edição
comemorativa

2017

40 ANOS

ASSOCIAÇÃO
DOS PROCURADORES
DO MUNICÍPIO DO SALVADOR

www.apms-ba.com.br

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

Coordenação de Produção:
Rosangela Leal 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 XXII, edição comemorativa, dezembro, 2017.

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.

Associação dos Procuradores do Município de Salvador
Endereço: Trav. da Ajuda, nº 1. Ed. Martins Catharino, 3º Andar, Conj. 301. CEP: 40020-030
Centro, Salvador-BA
Tel: (71) 3321-1501
Site: www.apms-ba.com.br
E-mail: apms@apms-ba.com.br

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
Mestra 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 Jundiaí/SP

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

Flavio 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 de Castro Faria
Mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais
Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Gama Filho/RJ
Professor dos cursos de pós-graduação em Direito Processual e Poder Judiciário do Instituto de Educação Continuada da PUC Minas
Professor e membro do Conselho Acadêmico da Faculdade de Direito Padre Arnaldo Janssen
Professor do curso de Direito da Faculdade de Minas – FAMINAS BH
Advogado

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-gradução

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 Lílian 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 Cadidé
Auditora Jurídica do Tribunal de Contas do Estado da Bahia

Maria Elisa Braz Barbosa
Advogada
Mestra 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
Mestra 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
Mestra 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

SUMÁRIO

DOUTRINA

Papel da NFS-E na constituição do crédito tributário – tipos de lançamento – crítica
Ânderson Souza Barroso 3

Suspensão de segurança
Carlos Nova 16

Honorários de sucumbência: direito do advogado público
Eduardo Amin Menezes Hassan 33

Princípios da boa fé, da cooperação e do direito à produção de provas no processo administrativo – reflexos do NCPC
Francisco Bertino Bezerra de Carvalho 41

O princípio da capacidade contributiva sob a ótica do Supremo Tribunal Federal
Geórgia Teixeira Jezler Campello 56

Uma breve resenha crítica sobre o emblemático julgamento do STF na ADI 5135, relativa à pretensa inconstitucionalidade do protesto de Certidão da Dívida Ativa (CDA)
Gustavo Adolfo Hasselmann 75

A declaração de utilidade pública para fins de desapropriação: uma nova leitura sob a perspectiva do neoconstitucionalismo.
José Andrade Soares Neto 78

Passivo trabalhista administrativo
Renato Augusto Nolasco de Macêdo 92

PARECERES E CONSULTAS

Parecer Nº XXX/2017
Rafael Carrera 105

PRÁTICA

Contestação em ação civil pública – práticas higienistas
André Bastos Vaccarezza 115

Agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo
Gisane Tourinho Dantas 124

ASSOCIAÇÃO DOS PROCURADORES DO MUNICÍPIO DO SALVADOR

EDITORIAL

Caro leitor

Como disse Fernando Pessoa, "O homem é do tamanho do seu sonho". E, há 40 quarenta anos, alguns homens e mulheres resolveram sonhar grande, quando tiveram a iniciativa de criar a Associação dos Procuradores do Município do Salvador (APMS). A entidade surgiu como fruto do desejo de seus integrantes de se afirmarem como Advogados Públicos e de terem a sua atuação reconhecida como agentes de fundamental importância para a defesa do interesse público.

De lá para cá, uma longa caminhada marcou a trajetória da carreira e a história dos Procuradores do Município do Salvador em atividades desempenhadas, seja representando o município em juízo ou fora dele, seja por meio de consultoria e assessoramento sobre temas diversos e de relevância para a cidade. Ao longo deste tempo, o corpo técnico da Procuradoria do Município do Salvador mostrou uma significativa produção técnica, no âmbito do direito, acerca dos temas vivenciados pela *polis*.

Algumas dessas atividades vêm sendo registradas por meio desta publicação. A iniciativa da APMS, materializada nesta revista, chega a sua 9ª edição, em 2017, quando, com grande alegria e satisfação, comemoramos, por igual, os quarenta anos da nossa Associação, sua história e seu caminhar. A coletânea de textos aqui publicada reflete a atuação dos Procuradores do Município em diversas áreas. São peças processuais, parecer, resenha crítica, artigos elaborados por associados, todos envolvendo o Direito Público Municipal.

O nosso objetivo é materializar, de algum modo, o imenso cabedal teórico produzido no âmbito da Procuradoria Geral do Município do Salvador, o qual deixa marcas na Administração Municipal há quatro décadas, compartilhando com a comunidade tal produção. O cuidado na diagramação e no tratamento da informação aqui publicada tornará esta leitura agradável e, sem dúvida, reafirmará o potencial dos profissionais que hoje atuam em defesa da Cidade do Salvador. Parabéns a todos os que contribuíram para que esta trajetória fique registrada para a posteridade. Compartilhamos, mais uma vez, o conhecimento gerado em favor da municipalidade pelos Procuradores do Município do Salvador.

Boa leitura!

A Diretoria

Eduardo Amin Menezes Hassan
Presidente

David Bittencourt Luduvice Neto
Vice-Presidente

Eduardo Vaz Porto
Primeiro-Secretário

Thiers Ribeiro Chagas Filho
Segundo-Secretário

Eurico Venâncio de Freitas
(in memoriam)
Secretário para Assuntos Relativos aos Inativos

Lisiane Maria Guimarães Soares
Diretora Tesoureira

André Bastos Vaccarezza
Diretor Social

Tércio Roberto Peixoto Souza
Diretor Cultural

Silvia Cecília da Silva Azevedo
Conselho Fiscal (Titular)

Cleber Lacerda Botelho Júnior
Conselho Fiscal (Titular)

Marizélia Cardoso Sales
Conselho Fiscal (Titular)

Karla Letícia Passos Lima
Conselho Fiscal (Suplente)

Luciana Barreto Neves
Conselho Fiscal (Suplente)

40
ANOS
ASSOCIAÇÃO
DOS PROCURADORES
DO MUNICÍPIO DO SALVADOR

DOUTRINA

PAPEL DA NFS-E NA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO – TIPOS DE LANÇAMENTO – CRÍTICA

Ânderson Souza Barroso*

O presente trabalho visa a debater sobre a possibilidade jurídica da constituição do crédito tributário a partir da emissão da nota fiscal eletrônica, em face da prestação de serviços, nos termos da legislação municipal em vigor, sem a necessidade de participação do Fisco, sob o ponto de vista formal.

A assertiva de que o crédito tributário possa ser constituído pelo cidadão-contribuinte é questão polêmica na doutrina, onde boa parte dela refuta tal realidade, embora a Jurisprudência venha caminhando em sentido oposto, fazendo prevalecer uma nova tendência onde há a necessidade de criar formas de acompanhar a evolução tecnológica e a modernidade das relações jurídicas, sobretudo diante de um mundo informatizado, de modo que tal realidade não fique à margem do Direito Tributário.

A discussão se torna ainda mais interessante quando o contribuinte declara o valor do tributo, porém não paga o que, antes, confessa devido, já que, quando declara e procede ao pagamento, o cidadão-contribuinte age em conformidade com a expectativa do Fisco, apresentando dados relativos à incidência tributária, bem como os valores correspondentes ao tributo devido, havendo, neste caso, a extinção do crédito tributário sob condição resolutiva de o Fisco reconhecer tal quitação a posteriori, nos termos do art. 156, I, do CTN.

Como bem observa a Prof. Denise Lucena Cavalcante[1], o legislador fala em extinção do crédito tributário, e, ao seu ver, só pode extinguir aquilo que existe. Seguindo este norte, a antecipação de pagamento remete à constituição do crédito tributário pelo contribuinte, havendo a mínima participação do Fisco no evento, limitando-se a registrar em seus arquivos eletrônicos as informações prestadas pelo contribuinte-cidadão, bem como a quitação ou não do valor do tributo declarado.

* Procurador do Município do Salvador, desde junho/2002, exercente do Cargo de Coordenador da Dívida Ativa do Município, desde 01/01/2013.
PÓS – GRADUAÇÃO
· Curso de Preparação para a Magistratura Trabalhista perante a Escola de Magistrados Trabalhistas da 5ª Região - EMATRA.
· Curso de Especialização em Direito Tributário pelo INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS TRIBUTÁRIOS - IBET.
· Curso de Especialização em Direito Civil pela Fundação Faculdade de Direito da UFBa, Salvador - BA.
· Curso de Especialização em Direito Processual Tributário pela PUC-SP, Faculdade Baiana de Direito e Fundação Faculdade de Direito.

[1] Denise Lucena Cavalcante, Crédito Tributário – a função do cidadão-contribuinte na relação tributária. Ed. atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 91.

Na hipótese em questão, haverá sempre a constituição do crédito tributário através de norma individual e concreta, produzida pelo próprio cidadão-contribuinte quando emite a NFS-e em prol ou em face de quem prestou ou tomou o serviço (nota fiscal tomador ou substituto, a depender do caso), declarando o valor devido a título de ISSQN, nos moldes determinados pela legislação, e efetuando, após o devido cálculo, o pagamento correspondente.

Conforme ensinamentos da Prof. Denise Lucena Cavalcante, "*constituído o crédito tributário pelo cidadão-contribuinte, torna-se este um ato jurídico, passível, entretanto de revisão ou modificação, administrativa ou judicial, como todo e qualquer ato jurídico, conforme determina a legislação*."

Assim, o presente estudo se aterá ao imposto declarado e não pago pelo cidadão-contribuinte, ao emitir a NFS-e, constituindo confissão de dívida, dotada de liquidez e certeza, nos termos do art. 104, § 3º do CTRMS, correspondendo os fatos e valores declarados à expressão da verdade.

Se não contestados os valores pelo Fisco, serão eles considerados válidos e o crédito tributário constituído, podendo ser imediatamente inscrito em Dívida Ativa, sem necessidade de uma nova notificação ou novo lançamento.

É imperioso ressaltar que muitos defendem a necessidade de "novo" lançamento visando promover a notificação do contribuinte para dar ciência daquela constituição, quando, em verdade, o crédito tributário já foi constituído pelo próprio sujeito passivo, sendo sua ciência simultânea à emissão da Nota Fiscal de Serviços eletrônica, tal como ocorre com a declaração de Imposto de Renda ou a emissão do DCFT – Declaração de Contribuições e Tributos Federais.

Neste sentido, Paulo de Barros Carvalho, ao abordar a questão da DCTF, em face da Súmula 436 do STJ, afirma que não há fundamento para uma nova formalização do crédito tributário pela Administração Pública, estando ele já devidamente constituído.[2]

E mais, em prefácio dirigido à tese de Doutorado da Prof. Denise Lucena Cavalcante sobre a função do cidadão-contribuinte na relação tributária[3], o aludido mestre sinaliza que "*o lançamento, enquanto ato jurídico administrativo que aplica a regra-matriz de incidência a uma situação concreta do mundo circunstante, passou a existir em quantidade cada vez mais reduzida. O tamanho tendencialmente estável dos aparatos administrativos, em proporção ao crescimento acentuado do universo dos sujeitos passivos, vem determinando que as legislações atribuam aos contribuintes a 'competência' para expedir o ato de linguagem responsável pela introdução da norma individual e concreta no sistema do direito positivo. Desse modo, crescem os deveres instrumentais ou formais cometidos ao devedor do tributo, aumentando, correlativamente, o dever de vigilância do Poder Público. Mas o lançamento mesmo, no seu particularíssimo modo de ser e de existir, como expediente de constituição originária do crédito do tributo, comparece cada vez menos nas situações efetivas da experiência jurídico-tributária. No modelo atual, seu papel tende a concentrar-se nas circunstâncias em que o Fisco exerce competências controladoras da atividade do poder privado, deparando-se com eventos que denotem a possibilidade de direitos subjetivos da Fazenda Pública. Nesses casos, o ato de constituição do crédito é produzido com o objetivo de desconstituir aqueloutro de iniciativa do sujeito passivo – no contexto, é claro, do processo administrativo tributário. O quadro está amplamente generalizado nos países de cultura ocidental, constituindo tema de constantes reinvindicações em simpósios. Penso, contudo, que a marcha é inexorável. Não há como inverter a situação: os sujeitos passivos verão aumentar, gradativa, mas, substancialmente, sua participação na determinação dos créditos tributários. Seja como for, e ainda que o ato administrativo venha a desempenhar função insignificante, em termos quantitativos, na*

[2] Paulo de Barros Carvalho. Direito Tributário: Fundamentos Jurídicos da Incidência. 2. ed., p. 251

[3] Denise Lucena Cavalcante. Crédito Tributário – a função do cidadão-contribuinte na relação tributária. Ed. atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2004, pp.3-4.

multiplicidade dos procedimentos de gestão dos órgãos públicos, o certo é que as teorias sobre o lançamento mantêm-se intactas, prontas para serem aplicadas no estudo de atos dos particulares que cumpram idêntico objetivo – qual seja, apurar em termos determinativos os conteúdos dos fatos e das obrigações tributárias previstas na regra-matriz de incidência tributária."

Em suma, torna-se premente abrir os olhos para o século XXI, cabendo ao aplicador do Direito se adequar a um cenário de revolução tecnológica, que exige a mudança de paradigmas com a adequação de interpretações a esta nova realidade, assim como a mudança de procedimentos tendentes a emprestar maior eficiência ao Estado, transferindo ao particular deveres instrumentais ou funções, outrora administrativas, sob pena de a Administração Pública se tornar ineficaz por não acompanhar a modernização das relações jurídicas e a globalização decorrente.

LANÇAMENTO. ATO ADMINISTRATIVO OU PROCEDIMENTO. CLASSIFICAÇÃO. CRÍTICA

Antes de se aprofundar o debate acerca da constituição do crédito tributário pelo contribuinte com a emissão da NFS-e, convém estabelecer a natureza jurídica do lançamento tributário, se ato administrativo ou procedimento.

Esta discussão decorre da terminologia adotada pelo próprio CTN, ao confundir processo e produto.

Isto porque, como se observa do próprio CTN, em seu artigo 142, o legislador define o lançamento como um procedimento administrativo, mas não se manteve coerente ao tratá-lo também como ato administrativo no *caput* do artigo 150 do CTN.

> *"**Art. 142.** Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, **assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente**, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível." (Grifo nosso)*

> *"**Art. 150.** O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, **opera-se pelo ato em que a referida autoridade**, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa." (Grifo nosso)*

Para Alberto Xavier[4], ao analisar o artigo 149 do CTN, que se refere à revisão do lançamento, deixa claro que se trata de um ato administrativo, pois somente atos podem ser objeto de revisão, e não os procedimentos.

Segundo José Cretella Júnior[5], o ato administrativo consiste na "*manifestação da vontade do Estado, por seus representantes, no exercício regular de suas funções, **ou por qualquer pessoa que detenha, nas mãos, fração de poder reconhecido pelo Estado, que tem por finalidade imediata criar, reconhecer, modificar, resguardar ou extinguir situações jurídicas subjetivas, em matéria administrativa***." (Grifos nossos)

Seguindo esta esteira, Rafael Peixoto Abal[6] conceitua o ato administrativo como sendo uma declaração da Administração Pública, que visa dar cumprimento à lei diante de uma situação fática.

Enquanto isto, o Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello[7] conceitua o procedimen-

---

4 XAVIER, Alberto. Do Lançamento Tributário Brasileiro, Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 44

5 CRETELLA JUNIOR, José. Do Ato Administrativo. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1977, p. 19

6 ABAL, Rafael Peixoto. Decadência e Os Tributos Sujeitos ao Lançamento por Homologação. 7. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2008, p. 49.

7 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo Brasileiro. 10. ed. revista,

to administrativo como sendo "*uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem todos, a um resultado final e conclusivo. Isto significa que para existir o procedimento cumpre que haja uma seqüência de atos conectados entre si, isto é, armados em uma ordenada sucessão visando a um ato derradeiro, em vista do qual se compôs esta cadeia, sem prejuízo, entretanto, de que cada um dos atos integrados neste todo conserve sua identidade funcional própria, que autoriza a neles reconhecer o que os autores qualificam como autonomia relativa.*"

Na linha de entendimento de que o lançamento constitui um procedimento administrativo, há alguns doutrinadores como Alfredo Augusto Becker[8], que defende esta tese, entendendo o procedimento administrativo como um conjunto de operações psicológicas e materiais de investigação e análise dos fatos que realizam a hipótese de incidência, de conversão da base de cálculo em cifra aritmética e cálculo da alíquota do tributo.

Nesta mesma toada, perfilham os Profs. Hugo de Brito Machado[9] e Ruy Barbosa Nogueira[10], os quais entendem que a atividade administrativa atinge direitos dos administrados, seguindo certos procedimentos determinados em lei.

De acordo com o primeiro autor, acima citado, "*além dos atos ditos preparatórios, haverá sempre mais de um ato a compor um procedimento que se destina a garantir os direitos fundamentais do administrado*".

Partindo para uma posição eclética, José Souto Maior Borges[11] diz que aqueles que vislumbram o lançamento apenas como um procedimento administrativo, na verdade sustentam uma meia-verdade, visto que os artigos 144, *caput*, 145, 146 e 150 do CTN disciplinam o ato administrativo de lançamento. Leciona o citado Mestre que: "***o lançamento, vocábulo polissêmico, não é só o ato administrativo de aplicação concreta da norma tributária material. O termo aplica-se também aos procedimentos administrativos, antecedentes à pratica do ato em análise. No CTN, o lançamento é tanto o ato quanto o procedimento***".

Deste entendimento, entretanto, discorda o Prof. Alberto Xavier[12], que refuta a possibilidade de utilização do termo lançamento para ato e procedimento, pois considera ser um desrespeito pelas regras de rigor terminológico científico, bem como por trazer dificuldades ao estudo da decadência e da prescrição, entendendo ainda, que o procedimento não é essencial ao lançamento.

Por outro lado, o mestre Paulo de Barros Carvalho[13], defendendo que o lançamento é ato administrativo, expõe que:

> "*Se o procedimento se substancia numa série de atos, que se conjugam objetivamente, compondo um todo unitário para a consecução de um fim determinado, torna-se evidente que, ou escolhemos o ato final da série, resultado do procedimento, para identificar a existência da entidade, ou haveremos de reconhecê-lo, assim que instalado o procedimento, com a celebração dos primeiros atos. Parece óbvio que não basta haver procedimento para que exista lançamento. Ainda mais, pode haver lançamento sem qualquer procedimento que o anteceda, porque aquele nada mais é do que um ato jurídico administrativo.*"

Embora esteja correto o raciocínio do Prof. Paulo de Barros Carvalho no sentido de que o lançamento seja um ato administrativo, não se

---

8 BECKER, Alfredo Augusto. Teoria Geral do Direito Tributário, cit., p. 380.

9 MACHADO, Hugo de Brito (Coord.) Lançamento Tributário e Decadência. São Paulo: Dialética, 2002, p. 226

10 NOGUEIRA, Ruy Barbosa. Teoria do Lançamento Tributário. São Paulo: Resenha, 1973, p. 32

11 BORGES, José Souto Maior. Tratado de Direito Tributário Brasileiro: Lançamento Tributário, cit., p. 374; e Lançamento Tributário, cit., p. 326-336

12 XAVIER, Alberto. Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro, cit., p. 24

13 CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário, cit., p. 381

pode negar, entretanto, a existência de um procedimento prévio para sua realização.

A propósito, Sacha Calmon Navarro Coêlho[14] ensina que:

> *"O lançamento é ato. Antes dele há um procedimento preparatório. Depois dele podem ocorrer, também, procedimentos revisionais, visando confirmar ou infirmar, no todo ou em parte, a sua integridade, por iniciativa do contribuinte ou do Estado, nos casos previstos em lei."*

Bem elucidativa é a lição do Prof. Estevão Horvath[15], in verbis:

> *"Estamos, mais uma vez, diante de um problema de ordem terminológica. Não podemos aceitar que seja lançamento ato ou procedimento, alternativamente. O que parece razoável – apesar de impróprio cientificamente – é chamar de lançamento tanto ao procedimento tendente a apurar o crédito tributário quanto ao ato final que o fará. A nosso ver, duas realidades distintas ocultam-se sob um único nomen juris – o lançamento. Parece inequívoco que existe um procedimento – no sentido de uma sequência de atos juridicamente encadeados visando a desembocar num ato final – e um ato final, ambos chamados pela legislação e por parte da doutrina de lançamento.*
> *(...)*
> *Em outras palavras, preferimos denominar procedimento de apuração dos tributos ao 'procedimento de lançamento' (quando, por óbvio, este exista ou seja necessário), deixando o termo lançamento para identificar o ato em que culmina esse procedimento, ou é praticado independentemente da existência deste último."*

Perfilhando o entendimento de que o lançamento é um ato administrativo, há outros doutrinadores de escol, os quais comungam da ideia de que o lançamento tributário é um ato jurídico administrativo movido por algum ente competente ou pelo contribuinte, com o objetivo de obter a formalização da obrigação tributária decorrente da subsunção da conduta do sujeito passivo à norma tributária, aplicando-se consequentemente todas as disposições da norma ao fato concreto a fim de se atingir a satisfação do crédito tributário, devendo ser precedido de procedimento para apuração da ocorrência da hipótese normativa, mas com ele não se confunde.

MODALIDADES DE LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO

Ao cuidar da constituição do crédito tributário, o Código Tributário Nacional, nos artigos 146 a 150, não se limita a descrever a estrutura conceitual do lançamento, mas também o classifica em modalidades, de acordo com o grau de colaboração do contribuinte para a constituição do crédito tributário. São assim denominados: a) lançamento direto ou de ofício; b) lançamento misto ou por declaração; e, c) lançamento por homologação ou "autolançamento".

O lançamento de ofício ou direto é a modalidade mais antiga de lançamento, que é aquele realizado por iniciativa da autoridade administrativa (sujeito ativo), sem a participação ou colaboração do sujeito passivo, qual seja, o contribuinte, uma vez que todas as providências preparatórias são feitas pela Administração Pública.

O art. 149 do Código Tributário Nacional prevê expressamente os casos em que ocorrerá o lançamento de ofício, quais sejam:

> *"Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:*
> *I – quando a lei assim o determine;*
> *II – quando a declaração não seja prestada, por quem de direito, no prazo e na forma da legislação tributária;*
> *III – quando a pessoa legalmente obrigada, embora tenha prestado declaração nos termos do inciso anterior, deixe de atender, no prazo e*

[14] COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de Direito Tributário Brasileiro, cit., p. 752
[15] HORVATH, Estevão. Lançamento Tributário e "Autolançamento". São Paulo: Dialética, 1997, p. 34

na forma da legislação tributária, a pedido de esclarecimento formulado pela autoridade administrativa, recuse-se a prestá-lo ou não o preste satisfatoriamente, a juízo daquela autoridade;
IV – quando se comprove falsidade, erro ou omissão quanto a qualquer elemento definido na legislação tributária como sendo de declaração obrigatória;

V – quando se comprove omissão ou inexatidão, por parte da pessoa legalmente obrigada, no exercício da atividade a que se refere o artigo seguinte;
VI – quando se comprove ação ou omissão do sujeito passivo, ou de terceiro legalmente obrigado, que dê lugar à aplicação de penalidade pecuniária;
VII – quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;
VIII – quando deva ser apreciado fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior;
IX – quando se comprove que, no lançamento anterior, ocorreu fraude ou falta funcional da autoridade que o efetuou, ou omissão, pela mesma autoridade, de ato ou formalidade especial.
Parágrafo único. A revisão do lançamento só pode ser iniciada enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública."

Nesta seara, dispõe Souto Maior Borges[16] a respeito do lançamento de ofício:

"O lançamento *ex officio* é realizado ou independentemente das operações de quantificação do débito pelo sujeito passivo ou quando este as efetua insuficientemente. Por isso, a distinção entre o lançamento de ofício e lançamento por declaração relaciona-se com o procedimento, não propriamente com o ato de lançamento em si, já que o ato de lançamento é idêntico tanto no procedimento do lançamento *ex officio* quanto no lançamento por declaração. Note-se que, enquanto o Código Tributário Nacional caracteriza o lançamento por declaração (art. 147, caput) e o lançamento por homologação (art. 150, *caput*), não o faz com relação ao lançamento de ofício (art. 149, *caput*)."

A atividade prevista no artigo 142 do CTN de se verificar a ocorrência do fato gerador, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido e identificar o sujeito passivo é feita pelo agente administrativo tributário, o qual terá o dever de notificar o sujeito passivo para que este efetue o pagamento ou apresente manifestação escrita (defesa).

Já o lançamento por declaração ou misto, está previsto no art. 147, *caput*, do Código Tributário Nacional:

"Art. 147. O lançamento é efetuado com base na declaração do sujeito passivo ou de terceiro, quando um ou outro, na forma da legislação tributária, presta à autoridade administrativa informações sobre a matéria de fato, indispensáveis à sua efetivação.
§ 1º A retificação da declaração por iniciativa do próprio declarante, quando vise a reduzir ou a excluir tributo, só é admissível mediante comprovação do erro em que se funde, e antes de notificado o lançamento.
§ 2º Os erros contidos na declaração e apuráveis pelo seu exame serão retificados de ofício pela autoridade administrativa a que competir a revisão daquela."

Segundo Sacha Calmon[17], a restrição do § 1º, parece-nos, feriria os princípios da verdade real e da economia procedimental, não houvesse a válvula de escape da comprovação do erro. Ora, é lógico que a retificação da declaração é cabível sempre que o declarante tenha errado. Depois de notificado do lançamento, é claro, caberá reclamação para a retificação do erro, e não mais modificação da declaração pelo próprio declarante [...].

---

[16] BORGES, José Souto Maior. Lançamento Tributário, cit., p. 340
[17] COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de Direito Tributário Brasileiro. cit., p. 767

Tal modalidade de lançamento passa obrigatoriamente por três importantes etapas: i) a declaração à autoridade (sujeito ativo) pelo sujeito passivo; ii) o lançamento pela autoridade; e, iii) a notificação do sujeito passivo (contribuinte).

No lançamento por declaração há atos tanto do sujeito passivo quanto do sujeito ativo, pois é a partir desta declaração, sendo verdadeiros os fatos e não havendo omissão, que a Fazenda Pública emite o ato administrativo de lançamento e notifica o sujeito passivo para que efetue o respectivo pagamento. Existe, portanto, uma expressiva relação de colaboração entre o particular e a administração fiscal.

Em síntese, ocorre o lançamento por declaração quando se identifica a atuação conjunta do Fisco e do contribuinte, em que o último apresenta, por força de previsão legal, declarações e informações, e o primeiro aprecia e processa os dados, expedindo ao final, a notificação de lançamento, na qual consta o valor devido e a data limite para o pagamento.

Neste ponto, o Prof. Hugo Machado[18] cita que "*no lançamento por declaração o sujeito passivo fornece ao órgão fazendário os dados necessários à expedição do ato administrativo de lançamento, para que, posteriormente, expedido o ato, a obrigação se torne exigível; já no lançamento por homologação, o sujeito passivo também está obrigado a fornecer todos os dados referentes à obrigação, através da guia competente a cada tributo, embora deva antecipar o pagamento, sem aguardar a realização do lançamento pelo Fisco*."

As informações, prestadas tanto pelo sujeito passivo como por terceiro e que caracterizam essa espécie, integram o procedimento prévio ao ato de lançamento. A declaração, portanto, é um pré-requisito procedimental para o posterior lançamento.

Importante salientar que, com relação ao lançamento por declaração, tem-se o lançamento feito em razão de arbitramento. Sendo assim, o Código Tributário Nacional em seu art. 148, prescreve:

> *"Art. 148. Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tem em consideração, o valor ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial."*

Até que surja prova em contrário, o Fisco, no lançamento por declaração, tem de aceitar a palavra do contribuinte. Entretanto, quando as informações sobre o valor ou preço dos bens, direitos, serviços, ou atos jurídicos, não condizerem com a realidade, seja por displicência, seja por malícia do sujeito passivo, pode a Administração deixar as informações prestadas de lado e calcular, estimar, buscando a verdade dos fatos. Esse arbitramento, no entanto, deve louvar-se de elementos idôneos e condizentes com a realidade.

Por fim, como última modalidade de lançamento tributário, tem-se o lançamento por homologação ou, também denominado, "autolançamento". Tal modalidade está expressa no art. 150, caput, do Código Tributário Nacional, que dispõe:

> *"Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando por conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.*

[18] MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 137

§ 1º o pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento.
§ 2º Não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito.
§ 3º Os atos a que se refere o parágrafo anterior serão, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação.
§ 4º Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação."

O lançamento por homologação é, portanto, aquele em que a constituição do crédito é efetuada sem prévio exame da autoridade administrativa. Tal lançamento foge às características básicas previstas no art. 142 do Código Tributário Nacional, que prevê textualmente que o lançamento é ato privativo de autoridade administrativa.

Dessa maneira, o sujeito passivo, qual seja, o contribuinte, deve declarar a ocorrência do fato gerador, identificar o sujeito passivo, ou indicar, se for o caso, o responsável tributário, definir o montante a ser recolhido e por último, recolher o tributo, sem, portanto, nenhuma intervenção da autoridade administrativa (sujeito ativo). A participação da Autoridade Administrativa, neste caso, se limita a posterior fiscalização e controle das atividades praticadas pelo sujeito passivo.

Concordando, à autoridade administrativa caberá apenas chancelar tal apuração, quando entender ser a mesma correta, mediante homologação expressa ou tácita.

Se for encontrada qualquer irregularidade de modo que a Autoridade Administrativa discorde do pagamento procedido pelo sujeito passivo, cabe àquela, dentro do prazo legal, promover o lançamento direto ou de ofício, aplicando a penalidade cabível.

Importante salientar que, hoje, o lançamento por homologação é, sem dúvida a modalidade de lançamento mais utilizada, demonstrando que a Administração Pública vem transferindo a função administrativa de arrecadar ao contribuinte, para se concentrar numa melhor fiscalização e gestão do que tem sido declarado pelo contribuinte.

Vários operadores do direito criticam esta classificação legal de lançamento, especialmente porque não teria correspondência com o que se quer classificar, na medida em que se refere ao momento que antecede a emissão do ato, e não aos seus elementos estruturais.

Segundo Paulo de Barros Carvalho[19], "*se lançamento é ato jurídico administrativo, [...] não há cogitar-se das vicissitudes que o precedem, primordialmente porque não integram a composição intrínseca do ato, nada dizendo com seus elementos estruturais*".

Mesmo entendendo serem procedentes as críticas mencionadas, Eurico de Santi[20] observa que tal classificação "*justifica-se pela sua utilidade, na medida em que ela nos ajuda a compreender melhor a questão do lançamento*".

A diferença entre o lançamento por declaração e por homologação, segundo o Prof. Hugo Machado[21] "*está em que no primeiro a lei impõe ao contribuinte o dever de prestar informações à Administração Tributária quanto ao fato gerador do tributo, mas a exigibilidade deste fica a depender de uma providência da autoridade administrativa.*

[19] CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário, cit., p. 381
[20] SANTI, Eurico Marcos Diniz de (Coord.). Curso de Direito Tributário e Finanças Públicas: Do Fato à Norma, da Realidade ao Conceito Jurídico. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 894.
[21] MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 137

Prestadas as informações, isto é, feita a declaração, o contribuinte fica a aguardar o lançamento que a autoridade fará com base nelas. Não tem o dever de pagar antes de ser notificado do lançamento. Já no segundo, o contribuinte é obrigado a apurar o valor do tributo e antecipar o pagamento respectivo". Infere-se, por conseguinte, que no lançamento por declaração o sujeito passivo fornece ao órgão fazendário os dados necessários à expedição do ato administrativo de lançamento, para que, posteriormente, expedido o ato, a obrigação se torne exigível; já no lançamento por homologação, o sujeito passivo também está obrigado a fornecer todos os dados referentes à obrigação, através da guia competente a cada tributo, embora deva antecipar o pagamento, sem aguardar a realização do lançamento pelo Fisco, tal como ocorre com a Nota Fiscal eletrônica.

Neste diapasão, reveste-se de grande importância o estudo do lançamento por homologação, não apenas pela sua grande participação na vida do contribuinte atualmente, mas por ser um dos institutos mais polêmicos do Direito Tributário brasileiro, ensejando diversas interpretações contraditórias, sendo inclusive objeto deste estudo.

NFS-E – HISTÓRICO – CONTEÚDO – FUNCIONAMENTO – PREVISÃO LEGAL

A evolução tecnológica e a informatização do mundo atual, sobretudo no âmbito da administração pública, tem afetado as relações entre o Fisco e o contribuinte, exigindo a criação de instrumentos mais adequados à fiscalização e à constituição do crédito tributário, de modo a acompanhar a evolução da globalização.

A partir de ferramentas extraídas tanto de uma interpretação finalística da legislação existente, como também da criação de novos instrumentos imprescindíveis ao acompanhamento e à fiscalização da ocorrência dos fatos geradores de tributos que se multiplicam no mundo real e virtual, torna-se premente o debate, à luz da Carta Magna de 1988 e da legislação infraconstitucional, acerca da possibilidade jurídica de constituição do crédito tributário pelo próprio contribuinte, em que pese o disposto no art. 142 do CTN, *in verbis*:

> *"Art. 142. Compete <u>privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento</u>, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível."*

Como visto acima, a doutrina tem gastado bastante tempo debatendo sobre este tema, mas, a cada dia, mais novos juristas vêm se posicionando favoravelmente à possibilidade do "autolançamento", ora admitindo como uma espécie de lançamento por homologação tácita[22], quando o contribuinte reconhece o valor devido do tributo e o paga antecipadamente, ora como deveres de colaboração do contribuinte para com a Fazenda Pública[23], por meio dos quais caberia ao particular informar ao Fisco todos os elementos necessários à constituição do crédito, antecipando o pagamento ou simplesmente, declarando sua liquidez e certeza, mas, quando deixa de quitar, pode o Fisco encaminhar à Dívida Ativa para cobrança.

Neste diapasão, o Município do Salvador possui legislação tributária que prevê este "autolançamento" como forma de constituição do crédito tributário, mais especificamente no caso de ISSQN, como se observa do art. 104, § 3º, e do Art. 108, §§ 3º e 4º, todos da Lei nº 7.186/2006. Senão vejamos:

> "Art. 104. O lançamento do ISS é mensal e efetuado por homologação, de acordo com critérios e normas previstos na legislação tributária.

[22] CARVALHO. Paulo de Barros. Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba. São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 225-227

[23] HORVATH, Estevão. Lançamento Tributário e "Autolançamento". São Paulo: Dialética, 1997, pp.109-111

(...)
§ 3º As informações prestadas pelo contribuinte na Declaração Mensal de Serviços – DMS ou na Nota Fiscal de Serviços Eletrônica – NFS-e relativas ao ISS devido têm caráter declaratório, constituindo-se confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a cobrança administrativa do imposto que não tenha sido recolhido ou para a cobrança da diferença de recolhimento a menor." (Grifo nosso)

Segundo o dispositivo supra, trata-se de lançamento por homologação (autolançamento), mas pode constituir-se em crédito tributário, pois o contribuinte confessa unilateralmente o quanto deve, sendo por isso passível de cobrança imediata, quando não efetivada sua quitação.

Já o art. 108, §§ 3º e 4º, da Lei 7.186/2006 cria deveres ao contribuinte, tornando necessária a atuação da autoridade administrativa fiscal apenas quando não cumprida a obrigação tributária acessória de emissão da nota fiscal, ***in verbis***:

"Art. 108. Ficam instituídos a Nota Fiscal de Serviços Eletrônica – NFS-e; a Nota Fiscal do Tomador/Intermediário de Serviços Eletrônica – NFTS-e; a Nota Fiscal de Prestação de Serviços; o Cupom Fiscal Eletrônico; o Cupom Fiscal de Estacionamento; o Cupom Fiscal de Eventos; o Recibo de Retenção na Fonte; a Declaração Mensal de Serviços Eletrônica – DMS-e e a Declaração Mensal de Serviços de Instituições Financeiras – DMS-IF, cujos modelos serão definidos em Ato do Poder Executivo.
(...)
§ 3º A Nota Fiscal do Tomador/Intermediário de Serviços Eletrônica deverá ser emitida pelas pessoas jurídicas e pelos condomínios edilícios residenciais ou comerciais por ocasião da contratação de serviços, sem a emissão da Nota Fiscal de Serviços Eletrônica - NFS-e, ainda que não haja obrigatoriedade de retenção na fonte do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS.
§ 4º Caberá ao Regulamento disciplinar a emissão da Nota Fiscal do Tomador/Intermediário de Serviços Eletrônica, definindo, em especial, os tomadores e os intermediários sujeitos à sua emissão."

O posicionamento doutrinário e jurisprudencial hoje prevalecente admite que o próprio contribuinte pode efetuar a constituição do crédito tributário por ele devido, mediante declaração, em documento adequado e previsto em lei, remetida à Administração Tributária, ainda que persistam importantes autores que sustentem a impossibilidade de se ter um crédito tributário exigível, sem o ato de constituição praticado pela Fazenda Pública[24], fechando os olhos à modernização das relações jurídicas e ao novo papel da Administração Pública Fiscal.

A necessidade de um ato que formalize a obrigação tributária surgida com o fato gerador, conforme o parágrafo primeiro do artigo 113 do CTN[25], é admitida por todos os estudiosos da matéria, ainda que existam divergências sobre a natureza deste ato, se meramente declaratório, pela certificação e liquidação de relação jurídica, permitindo sua exigibilidade, ou se dotado de efeito constitutivo, pela alteração da situação jurídica surgida com o fato gerador e sua modalização em uma relação jurídica de direito e dever[26].

A questão controversa era se este ato de formalização seria exclusivamente o lançamento,

[24] Ver, para excelentes defesas da posição minoritária, José Souto Maior Borges (Lançamento Tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 366-416) e Hugo de Brito Machado (Aspectos do lançamento tributário. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (coord.). Curso de Direito Tributário e Finanças Públicas. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 830-848).

[25] Art. 113. (...) § 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

[26] Resumem estes posicionamentos Alberto Xavier (Do lançamento no Direito Tributário Brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 307-378 e Estevão Horvath (Lançamento tributário e "autolançamento". São Paulo: Dialética, 1997, pp.53-58.

ato administrativo, e, por isso, privativo da autoridade pública competente, ou se a atividade cada vez mais abrangente do particular-contribuinte na sociedade de massa moderna, como exposto no tópico anterior, poderia chegar a um ponto no qual o próprio contribuinte identificasse a ocorrência do fato tributável, aferisse sua adequação ao modelo normativo, apurasse o montante devido e informasse ao Fisco, realizando, deste modo, toda a atividade de constituição do crédito tributário, usualmente atribuída ao lançamento.

Este quadro se torna bastante claro com a previsão do CTN do "autolançamento", prescrita por seu artigo 150[27], na qual o contribuinte, após realizar toda a atividade de individualização e liquidação do crédito tributário descrita no parágrafo anterior, efetua ainda o recolhimento antecipado do tributo; resta ao Fisco, neste regime, apenas a posterior fiscalização, homologando o resultado (ato que equivaleria ao lançamento) em caso de concordância, ou efetuando sua revisão e editando lançamento de ofício suplementar, nos termos dos incisos II a XI do artigo 149 do CTN, tudo em um prazo de 5 (cinco) anos, findo o qual se torna impossível qualquer revisão e resta homologado de modo "tácito" o ato constitutivo do crédito tributário.

O suposto regime de lançamento pelo ato de homologação possui inúmeras incongruências estruturais, apontadas por diversos autores, alguns deles até mesmo defensores de sua existência efetiva, como **Luciano Amaro**[28]. **Carvalho**, resumindo os principais pontos de fragilidade nas formulações do artigo 150 do CTN, constrói o seguinte raciocínio:

> Repito que o ato homologatório exercitado pela Fazenda, "extinguindo definitivamente o crédito tributário", não passa de um ato de fiscalização, como tantos outros, em que o Estado, zelando pela integridade de seus interesses, verifica o procedimento do particular, manifestando-se expressa ou tacitamente sobre ele.
> (...)
> Aliás, tão carregado de suficiência é o documento oferecido pelo sujeito passivo, a juízo da própria Administração, que o texto "declarado" é sumariamente dirigido para as providências instauradoras da execução judicial.
> (...)
> Tenho para mim que não há retórica que justifique a iniciativa do Poder Público, mobilizando recursos humanos e materiais para formalizar créditos sobre que não se alimente dúvidas de legitimidade, créditos esses que já se encontram devidamente plasmados na linguagem que a legislação específica prescreveu e que o destinatário, contribuinte do imposto, adequadamente implementou[29].

É por isso que hoje se pode concluir pela eficácia de determinados atos do contribuinte em constituir o crédito tributário, sem necessidade de lançamento ou qualquer participação da Administração Tributária. Resume **Eurico Marcos Diniz de Santi**, após análise do artigo 150 do CTN, que "***nosso direito positivo, portanto, reconhece expressamente a possibilidade jurídica de o contribuinte constituir a relação jurídica tributária (crédito)***"[30].

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), em posicionamento hoje uniforme, segue este entendimento, afirmando que "**nos casos em que o contribuinte comunica a existência de obrigação tributária, como na DCTF e na GFIP, o crédito fiscal é exigível a partir da**

[27] Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

[28] AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 364-368.

[29] CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, pp. 250-251.

[30] SANTI, Eurico Marcos Diniz de. Lançamento, decadência e prescrição no Direito Tributário. In: BARRETO, Aires & BOTALLO, Eduardo (coord.). Curso de iniciação em Direito Tributário. São Paulo: Dialética, 2004, pp. 66.

data do vencimento, podendo ser inscrito em dívida ativa e cobrado em execução", pois resta "**constituído o crédito tributário a partir do momento da declaração realizada**"[31].

Nesta mesma esteira, o C. STJ, através da sua Súmula 436[32], põe uma pá de cal sobre o tema, quando assevera que o particular, ao reconhecer o débito fiscal, constitui crédito tributário, dispensando qualquer providência por parte do Fisco.

Não diferente a NFS-e também constitui uma das formas de "auto-lançamento", já que o crédito tributário decorre da formalização de ato do próprio contribuinte, ao emitir documento digital, oportunidade em que identifica o fato gerador, o sujeito passivo, apura o montante devido e fixa os termos de exigibilidade, de acordo com os parâmetros legais que lhe são impostos.

Resume a Prof. **Denise Lucena Cavalcante**[33] que "*a classificação do lançamento no Código Tributário Nacional – lançamento de ofício, por declaração e por homologação – não prospera, vez que, atualmente, as formas de constituição do crédito tributário tanto podem ser pelo lançamento ou por ato do sujeito passivo*", pois "*o fato de o cidadão--contribuinte não poder efetuar o lançamento não significa que ele não possa constituir o crédito tributário; com esta afirmação chega-se a outra, qual seja, a existência de tributo sem lançamento*".

Neste mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça:

> *TRIBUTÁRIO – EXECUÇÃO FISCAL – PRESCRIÇÃO – CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO POR DCTF – DESNECESSIDADE DE LANÇAMENTO – PRAZO PRESCRICIONAL DO ARTIGO 174 DO CTN – OCORRÊNCIA.*
> *(...)*
> *3.* **É entendimento assente neste Tribunal que, com a entrega da Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, tem-se constituído e reconhecido o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte da Fazenda. A partir desse momento, inicia-se o cômputo da prescrição qüinqüenal, em conformidade com o artigo 174 do Código Tributário Nacional.**
> *4. Na hipótese, a interposição da ação executiva fiscal ocorreu após transcorrido o prazo prescricional de cinco anos para o seu ajuizamento.*
> *Agravo regimental improvido.*
> *(AgRg no REsp 1045445/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/04/2009, DJe 11/05/2009)*

Em suma, nestes casos de "auto-lançamento", não se torna imprescindível qualquer intervenção do Fisco, embora alguns doutrinadores defendam a incidência da homologação tácita, prevista no art. 150 do CTN.

Mutatis mutandis, independentemente do entendimento de alguns doutrinadores de escol, para a constituição do crédito tributário decorrente da prestação de serviços (ISSQN) através de NFS-e, não se faz necessária a intervenção direta do Fisco, já que o documento digital emitido possui todos os elementos necessários para sua constituição definitiva, conforme entendimento do STJ.

Neste sentido, a informatização da administração tributária prestigia a eficiência, em detrimento da burocratização no processo de constituição do crédito tributário, sobretudo quando este não for pago, pois abrevia etapas de fiscalização, autuação e cobrança, ensejando a inscrição imediata em Dívida Ativa, já que decorre de uma confissão de dívida do contribuinte, sem prejuízo de novos lançamentos pela

---

[31] SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo Regimental no Agravo 764.859/PR, Relator Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/09/2006, DJ 05/10/2006, p. 254.

[32] Súmula 436 do STJ: "A entrega de declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui o crédito tributário, dispensada qualquer providencia por parte do Fisco".

[33] Denise Lucena Cavalcante, Crédito Tributário – a função do cidadão-contribuinte na relação tributária, Ed. atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 132.

Administração Pública (de ofício ou arbitramento), caso reste demonstrado que houve erro, dolo ou fraude na prestação das informações.

E não se diga que a constituição do crédito tributário pelo particular afasta a obrigação de controle da legalidade por parte da Administração Pública, posto que o princípio da verdade real sempre deverá ser observado, sem prejuízo de outros mecanismos disponibilizados pela lei para alertar ao contribuinte de que não houve o pagamento do tributo declarado ao seu tempo e modo ou até para revisar ou modificar o autolançamento, mediante processo administrativo próprio de impugnação.

Este é o nosso entendimento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ABAL, Rafael Peixoto. *Decadência e Os Tributos Sujeitos ao Lançamento por Homologação*. 7. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 49

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro.* 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 364-368.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1963, p. 380.

BORGES, José Souto Maior. *Tratado de Direito Tributário Brasileiro: Lançamento Tributário*, cit., p. 374; *e Lançamento Tributário*, cit., p. 326-336 e 340

_____. *Lançamento Tributário.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 366-416

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro.* Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 752

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 381

_____. *Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência.* São Paulo: Saraiva, 1999, pp. 250-251.

_____. Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba. São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 225-227

CAVALCANTE, Denise Lucena. *Crédito Tributário – a função do cidadão-contribuinte na relação tributária.* Ed. atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 3-4, 91 e 132.

CRETELLA JUNIOR, José. *Do Ato Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1977, p. 19

HORVATH, Estevão. *Lançamento Tributário e "Autolançamento".* São Paulo: Dialética, 1997, p. 34 e 109-111

MACHADO, Hugo de Brito (Coord.) *Lançamento Tributário e Decadência*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 226

_____. *Curso de Direito Tributário.* 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 137

_____. *Aspectos do lançamento tributário*. *In*: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (coord.). Curso de Direito Tributário e Finanças Públicas. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 830-848.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo Brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Teoria do Lançamento Tributário*. São Paulo: Resenha, 1973, p. 32

SANTI, Eurico Marcos Diniz de (Coord.). *Curso de Direito Tributário e Finanças Públicas: Do Fato à Norma, da Realidade ao Conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 894.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. Lançamento, decadência e prescrição no Direito Tributário. *In*: BARRETO, Aires & BOTALLO, Eduardo (coord.). *Curso de iniciação em Direito Tributário.* São Paulo: Dialética, 2004, p. 66.

XAVIER, Alberto. *Do Lançamento Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 44.

SUSPENSÃO DE SEGURANÇA

Carlos Nova*

I – Razões de Escolha do Tema; II – Histórico; III – Da Denominação e Natureza do Instituto; IV – Da Legitimidade; V – Da Competência; VI – Do Rito Procedimental; VII – Momento processual para o pedido; VIII – Duração dos efeitos; IX – Do recurso em face do julgamento monocrático do pedido; X – O prazo do Agravo Interno, no incidente de suspensão de segurança; XI – Aplicabilidade nos Juizados Especiais; XII – O Incidente, na Tutela Provisória. Contracautela de Amplo Espectro; XIII – Conclusão; XIV – Bibliografia

I – RAZÕES DE ESCOLHA DO TEMA

O cidadão brasileiro tem encontrado ferramentas processuais, a cada dia, mais amplas e eficazes, para opor-se ao arbítrio ou mesmo ao pseudoarbítrio dos gestores da Administração Pública, nulificando ou tornando sem efeitos, temporária ou definitivamente, atos de autoridades, que se reputem *contra legem*.

Em contrapartida, desde que se reconheceu ao indivíduo ou entidades (à pessoa física, ou jurídica, e aos entes coletivos) a faculdade de opor-se eficazmente a atos de Poder, sob suposta ilegalidade, também se sentiu a necessidade de instituírem-se, em prol do Estado, mecanismos de manutenção e prevalência dos atos de seus agentes.

Aquelas ferramentas consistem na denominada cautela que se reserva aos administrados. A oposição que lhes faz a Administração é o que se entende como contracautela, fundada em lesão ou possibilidade de lesão aos interesses públicos. Dentro do gênero "contracautela", a espécie que ora nos importa é a que se intitula de "Suspensão de Segurança" e é dirigida ao Presidente do Tribunal a que se atribui a competência para eventual recurso advindo da ação originária.

A contracautela, de modo inegável, tem-se convertido em eficiente meio de controle dos atos que obstaculizam a ação do

*Procurador do Município do Salvador

administrador público. Não sendo recurso, funda-se, essencialmente, na compreensão da gravidade dos efeitos do ato judicial, sobre a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas. E (aspecto de relevante importância), não sofre a limitação temporal do processo. Assim sendo, coloca-se à disposição da pessoa jurídica de Direito Público, até mesmo quando prazos recursais se encontrem esgotados ou mesmo quando se formulem, concomitantemente à interposição de qualquer recurso.

Considere-se, entretanto, desde já, que a Suspensão de Segurança, fundando-se no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, se acha adstrita às hipóteses de manifesta existência daquele interesse, refletido na lesão ou possibilidade de lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Como se vê, apenas por esses rápidos aspectos que a conformam, é mecanismo processual que jamais deve ser olvidado pela Administração, para fazer valer atos seus que tenham efeitos coatados pelo Poder Judiciário.

Diante de tal importância, é que sobre o tema da suspensão dos efeitos de liminar ou sentença contra a Fazenda Pública, ora nos propomos a dissertar, tendo em vista a exigência do art. 22, I, da Lei Complementar nº 3/1991[1], e 27, I, do Regimento da Procuradoria Geral do Município do Salvador[2], aprovado pelo Decreto Municipal 19.391/2009, bem como para que sirva (permitam-me os nobres componentes desse Conselho de Procuradores, a pretensão) como modesto subsídio à práxis do excelente corpo de profissionais que representam e defendem juridicamente o Município da Cidade do Salvador.

II – HISTÓRICO

Instituída a ação mandamental e, em consequência, a possibilidade de intervenção judicial, nos atos da Administração Pública acoimados de ilegalidade, não tardou a ser criada, em autêntica reação estatal, medida consistente na suspensão dos efeitos das decisões prolatadas em desfavor do ente público.

Com efeito, a Constituição Federal de 16 de julho de 1934, em seu art. 113, item 33, instituiu o Mandado de Segurança. A pertinente regulamentação do referido dispositivo constitucional estabeleceu-se, a exatos dezoito meses após, através da Lei 191, de 16 de janeiro de 1936, que, em seu art. 13, previu a possibilidade de o *mandamus* ter os seus efeitos suspensos, por ordem do tribunal competente para conhecer dos recursos atinentes à ação.

Tal sistema de pesos e contrapesos dos direitos fundamentais enfocados pela Constituição de 1934 veio a ser confirmado pela codificação do processo civil nacional, mediante o Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939, que, no Livro dos Processos Especiais, destinou um título específico ao Mandado de Segurança (arts. 319/331), apesar de não o regulamentar com a amplitude da lei ordinária que, posteriormente, terminou por fazê-lo, já nos anos cinquenta do século passado.

Todavia, ao dispor sobre o mandado de segurança, o Código de Processo Civil de 1939, estabelecido, como sabemos, por Decreto-Lei, vez que fruto de um regime ditatorial, consagrou um retrocesso, em relação à norma constitucional que se erigira como norma resultante da tecedura de uma constituinte democrática. É que o art. 319 daquele texto codificado excluía do alcance da segurança o "*presidente da República, os ministros de Estado, governadores e interventores*".

---

[1] Art. 21. O crescimento funcional do Procurador do Município dar-se-á mediante progressão horizontal e progressão vertical, na forma estabelecida no regimento da Procuradoria Geral do Município do Salvador.
§ 1º A progressão horizontal é a passagem do Procurador de uma referência para outra superior, dentro da mesma classe.

[2] Art. 27. Fará jus à progressão vertical o Procurador que satisfizer, cumulativamente, os seguintes requisitos: I - ter aprovado, pelo Conselho de Procuradores do Município, trabalho técnico jurídico relacionado com o direito municipal, de acordo com as normas aprovadas por aquele Conselho;

Mas, trazendo, de forma louvável, para a legislação infraconstitucional, a concessão do remédio heroico, o Código de Processo Civil, que, em plena ditadura getuliana, unificou para o País, as esparsas normas processuais deixadas ao sabor dos Estados federados, também entendeu de regular, em favor do Poder estatal, a contracautela antes inserta na Lei 191 de 1936, ao prescrever, em seu art. 328, a possibilidade de "*o presidente do Supremo Tribunal Federal ou do Tribunal de Apelação, conforme a competência, autorizar a execução do ato impugnado*".

No início da década de cinquenta, contudo, o legislador houve por bem, revogando expressamente os dispositivos do Código de Processo Civil de 1939, editar lei autônoma que regulasse a matéria. E o fez, através da Lei 1.533, de 31 de dezembro de 1951.

Naquele novo diploma legal, nota-se que o legislador, bafejado pelos ares democráticos do pós-guerra mundial, torna a emprestar à norma concessiva do Mandado de Segurança a amplitude que lhe dera a Constituição Federal de 1934, porquanto lhe retira a restrição do Estado Novo (Decreto-Lei 1.608, de 16 de setembro de 1939), submetendo todas as autoridades ao controle de legalidade do Poder Judiciário. Não mais se isentavam, assim, o presidente da República, os ministros de Estado, os governadores e os interventores.

A Lei 1.533, de 1951, contudo, silenciou-se, sobre os fundamentos da suspensão dos efeitos da decisão mandamental.

Demais disso, nota-se que o art. 13 da Lei 1.533/1951 apenas se referia à suspensão da sentença ("*ordenar ao juiz a suspensão da execução **da sentença***" – destaquei). Criou-se, então, debate, na doutrina, sobre a possibilidade de suspenderem-se os efeitos da liminar. Dentre os que o admitiam, em corrente que terminou por consagrar-se no Direito nacional, destacaram-se Celso Agrícola Barbi, Hamilton de Moraes e Barros, Seabra Fagundes.

Esses choques de ideias não se fazem inutilmente. Assim é que, na década seguinte à da edição da lei ordinária reguladora do processo relativo ao mandado de segurança, editou-se a Lei 4.348, de 26 de junho de 1964, dissipando-se a divergência a respeito das decisões do *writ* cujos efeitos poderiam ser suspensos, em superveniente contracautela. A nova Lei contemplava, de modo expresso, a possibilidade de suspensão dos efeitos da liminar, assim como os da sentença. E, indo além, definiu os motivos para a sua concessão: a existência de potencial perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança, à economia públicas.

Dissipava-se o tormento que afligiu os comentadores da Lei 1.533, de 1951.

Em 2009, após 58 anos de vigência da Lei 1.533/51, sobreveio novo texto normatizador da ação mandamental, ou seja, do mandado de segurança. Constituiu-se ele, na vigente lei 12.016, de 7 de agosto de 2009, que ratificou o avanço estabelecido pela Lei de 1964.

Esta é a evolução do Mandado de Segurança e da contracautela que, no âmbito daquele que é o grande instrumento constitucional da defesa dos direitos e garantias individuais, obviava para o Estado a possível lesão da ordem, da saúde, da segurança e da economia públicas, provocada por ordem judicial, em favor do particular.

O Estado brasileiro, todavia, não se limitou a prevenir-se das consequências decorrentes das decisões judiciais, no âmbito do *mandamus*. Buscou estender, como efetivamente o fez, essa contracautela, a outros ambientes processuais, a exemplo do quanto dispôs **1**) para com a ação civil pública, através Lei 7.347, de 24 de julho de 1985; bem como **2**) Lei 8.038, de 28 de maio de 1990, para a hipótese de segurança concedida em segunda instância; **3**) para com a ação cautelar inominada, prevista na Lei 8.437, de 30 de junho de 1992, com as alterações da Medida Provisória 2.180-35, de 24 de agosto de 2001; **4**) para com a tutela antecipada contra a Fazenda Pública, na conformidade da Lei 9.494, de 10 de setembro

de 1997; e 5) para com a concessão o *habeas data*, pela Lei 9.507, de 12 de novembro de 1997.

Vê-se, assim, pela simples existência das leis que se vem de apontar, o crescimento da complexidade da vida social, ampliando a atuação do Estado, em setores de atividades antes inexistentes, hoje focadas por atos legislativos específicos, também ampliou a insurgência civil, face aos atos oficiais. Em contrapartida, concede-se, hoje, à Administração Pública, instrumento eficaz em face das decisões judiciais que coarctem a sua atuação, independentemente da espécie de ação em que hajam sido prolatadas.

III – DA DENOMINAÇÃO E NATUREZA DO INSTITUTO

Muito embora a concepção do instituto "Suspensão da Segurança" se haja originado, sob os efeitos da adoção do Mandado de Segurança, no Direito brasileiro, sua aplicação, dado o alargamento dos atos de Estado e consequente afirmação dos direitos civis públicos e individuais, não mais se restringe à impugnação aos efeitos de liminar ou de sentença, assim como não fica adstrita ao âmbito da segurança propriamente dita. Ao contrário do que possa parecer, portanto, a Suspensão de Segurança não é instituto aplicável apenas nos limites do Mandado de Segurança. Havendo sido gerado para a defesa do Estado, no poderoso espaço do *writ of mandamus*, terminou por ter sua aplicação ampliada para enfrentamento de ordens judiciais que, sacrificando a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas, coarctem a ação estatal.

Hodiernamente, aceita-se sua adequação ao pedido que vise sustar os efeitos de qualquer decisão, desde que dela advenha lesão ou perigo de lesão aos interesses públicos, sob o fundamento da ordem, saúde, segurança ou economia. Consiste em um incidente processual que, por ser autônomo, flui em autos próprios, apartados dos autos da ação a que se refira, sob a competência do presidente do tribunal a que caiba eventual recurso, nos autos da lide originária.

De igual modo, não se acha adstrito o pedido de Suspensão da Segurança, às decisões decorrentes da ação mandamental. Tem aplicação, como remédio eficaz em prol da Administração Pública, no bojo da ação civil pública, em ações cautelares, nos casos de tutela antecipada contra a Fazenda Pública ou quando se trate de procedimento relativo ao *habeas data*. Demonstram-no as já apontadas (Capítulo II, *supra*) edições dos seguintes estatutos: Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, para a ação civil pública; Lei 8.437, de 30 de junho de 1992, para a ação popular; Lei 9.494, de 10 de setembro de 1997, para a tutela antecipada; Lei 9.507, de 12 de novembro de 1997, para o *habeas data*.

Apresenta-se, destarte, o instituto-objeto deste breve estudo, como procedimento que abarca todo pedido da Administração Pública, que vise suspender decisão judicial, por ferir esta, a ordem, a saúde, a segurança ou a economia públicas, ou se encontre marcada por manifesta ilegalidade, não importando o campo processual em que haja sido prolatada. Na expressão de Cândido Rangel Dinamarco, "*a lesão ou ameaça aos valores indicados pela entidade (art. 4º* - da Lei 4348/1964*) são fatos que têm o poder de impedir que prepondere o direito do impetrante, ainda quando líquido e certo (e sempre que ainda não haja sido afirmado por decisão passada em julgado*)"[3]. Dada a taxatividade da norma, a respeito dos fundamentos da Suspensão de Segurança, jamais poderá o respectivo incidente apoiar-se em pretenso desrespeito à ordem jurídica, motivo que remeteria o Poder Público à utilização de medidas recursais.

O pedido de Suspensão de Segurança não pode resultar de mera alegação de prejuízo, mas deve vir embasado em robusta demonstração da lesão ou possibilidade de lesão arguidas, posto que não é admissível a dilação probatória. A

[3] DINAMARCO, Cândido Rangel. Suspensão do Mandado de Segurança pelo Presidente do Tribunal, in Revista de Processo, ano 27, nº 105, págs. 196/197, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo.

respeito, decidiu a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (cf. AgRg SS 1.296/RJ, rel. Min. Edson Vidigal, Corte Especial do STJ, DJU I, de 06/12/2004, pág. 174).

Muito se discutiu sobre sua natureza. Segundo Raphael Silva Rodrigues, "*a jurisprudência pacífica do STJ entende que o Pedido de Suspensão se trata de um juízo político a respeito da lesividade do ato judicial à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, sendo, por isso, impassível de discussão pela via especial*"[4]. Em verdade, é o que consta da ementa relativa ao AgRg na MC 7512/RJ.

Na doutrina especializada, dentre outros autores de nomeada, o doutor Sergio Ferraz, em sua excelente monografia "Mandado de Segurança", afirma que "*não obstante os pressupostos naturais da suspensão tenham inspiração marcadamente política, a decisão pertinente é eminentemente jurisdicional. Claro que não se trata de recurso (presidente de Tribunal não é instância recursal), mas, sim, de verdadeira ação cautelar incidental autônoma*"[5].

Já Leonardo Carneiro da Cunha, citando Elton Venturi, entende que o incidente da suspensão tem caráter jurisdicional, argumentando que uma decisão político-administrativa não pode sobrepor-se a uma decisão judicial[6].

De sua parte, Angelina Mariz de Oliveira, mestra em Processo Civil, pela PUC/SP, opina que "*a suspensão da segurança não é recurso, pois não tem – nem pode ter – o objetivo de questionar a correção jurídica da decisão que deferiu a liminar ou que julgou procedente o mandamus. Também não é ação judicial, pois lhe faltam os requisitos para tanto, como a citação, o proferimento de decisão terminativa e, consequentemente, a capacidade de produzir coisa julgada*"[7].

Os professores Rodrigo Klippel e Antônio Adonias Bastos entendem que "*a suspensão de segurança se trata de sucedâneo recursal, pois apresenta características que a aproximam dos recursos, ...*"[8].

Em meio ao debate, prevaleceu, antes de tudo, o amplamente majoritário entendimento de que não se trata de recurso. Argui-se que o pedido de Suspensão de Segurança tem caráter excepcional e não coloca em mira o mérito da lide originária; em seu exame, apenas devem ser levados em conta os motivos políticos de garantia da ordem, da saúde, da segurança ou da economia públicas, posto que sejam estes os fundamentos expressamente adotados pelo sistema jurídico. Não é o direito em debate, na causa subjacente, que fundamenta o pedido da suspensão da segurança ou que orienta o juiz que vier a conhecê-lo e sobre ele decidir (o presidente do tribunal competente para o recurso que do litígio originário se interpuser), mas o potencial lesivo que da decisão impugnada decorrer para a sociedade.

Para ilustrá-lo, leia-se, ainda uma vez, o prof. Dinamarco, que, analisando o 4º da Lei 4348/1964, diz:

> *Tudo isso somado converge ao resultado que aqui vem sendo demonstrado, ou seja, à interpretação sistemática do art. 4º da Lei 4.348, de 26.06.1964, no sentido de que as suspensões ali autorizadas não constituem um juízo de reexame das liminares ou da própria sentença em seus pressupostos de admissibilidade ou requisitos de concessibilidade. As razões de interesse público ali consideradas, quando presentes e reconhecidas em decisão motivada, impedem que o*

---

4 RODRIGUES, Raphael Silva. O Pedido de Suspensão de Segurança: uma Prerrogativa do Poder Público em Juízo, in Revista Dialética de Direito Processual, vol. 135, págs. 105/112, junho-2014, São Paulo - SP.

5 FERRAZ, Sérgio. Mandado de Segurança. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 369,

6 CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda Pública em Juízo. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 608

7 OLIVEIRA, Angelina Mariz de. Suspensão de Liminar e de Sentença em Mandado de Segurança, na Jurisprudência das Cortes Superiores, in Revista Dialética de Direito Processual, vol. 36, págs. 9/22 v, março-2006, São Paulo – SP.

8 KLIPPEL, Rodrigo. Em conjunto com BASTOS, Antônio Adonias. Manual de Direito Processual Civil. 3. ed. Salvador: Podivm, 2013, volume único, pág. 1089.

impetrante, não obstante presentes os requisitos para a medida, se beneficie dela antes do trânsito em julgado da última decisão no processo da impetração. Daí, pois, dizer-se que tais razões constituem fatos impeditivos do direito à segurança.[9]

Nesse sentido, considerando o pedido de Suspensão de Segurança, já decidiu, à unanimidade, o plenário do STF: "*Não se discute o mérito da impetração do writ, tão só se verifica a ocorrência, ou não, de qualquer das hipóteses previstas no art. 397 do RISTF c/c art. 25, da Lei n. 8038/90*".[10]

Tal entendimento repete-se, no Pedido de Suspensão de Segurança de nº 883-8-DF, relatado pelo Min. Sepúlveda Pertence, cuja compreensão sobre a matéria foi exarada, nestes termos: "*(...) na análise do pedido de suspensão de liminar, não se examina o mérito da causa mandamental, devendo a apreciação jurisdicional limitar-se à estrita consideração dos aspectos concernentes à possibilidade lesiva da decisão impugnada sobre a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas*" (*in* DJ, 20.10.1995, p. 35.297).

No mesmo direcionamento, são os seguintes precedentes da Suprema Corte: RTJ, 125/904, Rel. Min. Rafael Mayer; RTJ, 140/366, Rel. Min. Sydney Sanches; RTJ, 143/23, Rel. Min. Néri da Silveira. A eles acresça-se igual entendimento do Superior Tribunal de Justiça: STJ, Corte Especial, Rcl 541/GO, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 18.12.1998, DJ 18.04.1999; JSTJ 5:68.

Ou seja, é o interesse público, não o direito debatido, no particular e específico interesse dos litigantes, que norteia a análise dos tribunais, a respeito do pedido de Suspensão de Segurança.

Considere-se, ademais, que, por não dispor de caráter recursal, o pedido de Suspensão de Segurança não é óbice à interposição do adequado recurso com que possa ser atacada a mesma decisão, nem essa interposição obsta que se busque a recomposição da ordem, da segurança, da saúde ou da economia públicas, através daquele pedido. Nesta linha de entendimento, ainda há de salientar-se que a aceitação tácita da segurança concedida, decorrente da não interposição de agravo ou apelação, deixa de constituir-se em obstáculo à formulação do seu pedido de suspensão. Caso se lhe atribuísse a natureza de recurso, a concomitância do pedido de suspensão e de algum dos recursos previstos no Código de Processo Civil restaria inviabilizada, por ferir o princípio da unicidade recursal.

Aliás, a questão "recurso *versus* pedido de Suspensão de Segurança" encontra-se resolvida pelo § 6º do art. 4º da Lei 8.437, 30 de junho de 1992, com a redação que lhe foi atribuída pela Medida Provisória 2.180-35/2001.

Vale ponderar, entretanto, que, embora não se mostrem recurso e contracautela de Suspensão de Segurança, mutuamente como impedimentos, a sustação dos efeitos de decisões, por força de qualquer deles, inviabiliza a adoção da outra via. É que, atendido o Poder Público, em sua pretensão de resguardar a ordem, a saúde, a segurança e a economia sociais, por uma das apontadas provocações, faltar-lhe-á interesse processual, para acionar a outra medida, com o mesmo objetivo. Há, sim, em sua concessão, forte dose de cautelaridade. Porém, nem mesmo esse juízo de legalidade é bastante, para atribuir-lhe a natureza recursal.

Fato é que, como o próprio nome o revela, o pedido de Suspensão de Segurança não visa a reforma ou anulação da decisão por ele atacada, mas, simplesmente, sua suspensão.

Outro requisito recursal que se mostra inexistente no campo da Suspensão da Segurança, afastando, portanto, o instituto sob exame, das codificadas espécies de recurso, é a tempestividade. Não há prazo para o pleito de suspensão

---

[9] DINAMARCO, Cândido Rangel. Suspensão do Mandado de Segurança pelo Presidente do Tribunal, in Revista do Processo, ano 27, nº 105, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 199.

[10] Repertório IOB de Jurisprudência, nº 16, p. 301, 1993

da execução, como o há para a interposição de qualquer recurso. A todo tempo, pode-se requerer a suspensão dos efeitos da "segurança" *latu sensu*, desde que não tenha havido o trânsito em julgado do *decisum* que compôs a lide. E se assim de fato ocorre, jamais se poderá ter o pedido de Suspensão de Segurança, como intempestivo. Na espécie, inocorre a preclusão.

Importa considerar que, acaso o tribunal estadual negue provimento a eventual recurso interposto de decisão que comprometa a ordem, a saúde, a segurança ou a economia públicas, ainda caberá aos tribunais superiores (STJ ou STF, conforme a matéria discutida) o pedido de suspensão da segurança, por expressa e específica previsão do art. 15, §§ 1º e 2º, da Lei 12.016/2009.

É certo que o conhecimento poderá fazer-se limitado, nas instâncias superiores, se se apresentar a necessidade de exame dos fatos, dada a restrição decorrente das Súmulas 279-STF e 7-STJ, a impedir o reexame de provas pelas Cortes que as editaram, mas o pedido, em tese, é possível.

IV – DA LEGITIMIDADE

Tem legitimidade para instaurar o incidente de Suspensão de Segurança, a pessoa jurídica de Direito Público que sofre os efeitos da decisão impugnada. Também a tem o Ministério Público. Reconhece-se às entidades da Administração Indireta (sociedades de economia mista), essa legitimidade, como também a pessoas de Direito privado (concessionárias de serviço público), desde que estejam a defender o interesse público consubstanciado na ordem, na saúde, na segurança e na economia.

De modo uniforme, dispõem a Lei 12.016/2009 e demais Leis extravagantes, no sentido de que a Suspensão da Segurança pode ser concedida a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público. O pedido de suspensão de segurança é, portanto, na expressão de Raphael Silva Rodrigues, uma prerrogativa do Poder Público, quando responda a ações mandamentais, cautelares, de caráter civil público ou estejam a sofrer os efeitos da tutela provisória[11].

Infere-se, daí, que a suspensão só pode ocorrer em processo movido, em face da Fazenda Pública e em decorrência de decisão prolatada contra os interesses dela. Há, pois, a Fazenda, que figurar como ré, para legitimar-se ao pleito que vise suspender decisões que defiram pleitos dos contribuintes. Necessário que se encontre em risco o interesse público, pela eventual ofensa à ordem, à segurança, à saúde ou a economia.

De logo, adverte-se de que, mesmo em mandado de segurança, cuja postulação é feita, em decorrência de ato de autoridade, o incidente de suspensão da ordem mandamental só pode ser provocado em nome da pessoa jurídica a que pertença o coator. A este, em nome pessoal, falece legitimidade, para fazê-lo.

Por sua vez, o conceito de Fazenda Pública não se restringe apenas à Administração Direta, mas deve ser ampliado para abranger as empresas públicas e as sociedades de economia mista prestadoras de serviço público, e, até mesmo, pessoas de Direito Privado, desde que estejam a cuidar de matéria do interesse público. Nessas condições, tornam-se elas, também legitimadas para o pedido de Suspensão da Segurança.

Isso se evidencia mais claramente, quando se considera que, no âmbito do mandado de segurança, o *mandamus* pode ser impetrado contra referidas pessoas jurídicas da Administração Indireta. Tem-se, aí, uma questão orientada pelo princípio da paridade de armas processuais.

Tal abrangência decorre de um raciocínio puramente lógico. De fato, não seria justo negar-

[11] RODRIGUES, Raphael Silva. O Pedido de Suspensão de Segurança: uma Prerrogativa do Poder Público em Juízo, in Revista Dialética de Direito Processual – RDDP, vol. 135, págs. 105/112, junho-2014.

-se legitimidade para o pleito da Suspensão da Segurança, às pessoas jurídicas que componham a Administração Indireta, prestando serviços públicos de quaisquer espécies. O interesse público restaria desguarnecido, pelo simples fato de haver-se deslocado para o patrocínio de pessoas jurídicas da Administração Indireta ou de direito privado. E, se os atos de representantes de pessoas jurídicas da Administração Indireta se encontram sujeitos à contestação, via ação mandamental, a igualdade das partes, perante o Judiciário, recomenda que se lhes conceda a contracautela da suspensão dos efeitos das decisões que, em tais circunstâncias, provoquem prejuízo ou coloquem sob risco a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas. Ao fim, há de concluir-se que ditos interesses são os próprios interesses públicos.

Essa legitimação isonômica também encontra respaldo na disposição constitucional que iguala as Administrações Públicas Direta e Indireta, submetendo-as, igualmente, sem ressalva qualquer, aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (cf. art. 37 da Constituição da República).

E, neste enfoque, ainda tem pertinência dizer, sob ensinamento de Hely Lopes Meirelles, que "*não só a entidade pública como, também, o órgão interessado têm legitimidade para pleitear a suspensão de liminar* (sic), *como ainda as pessoas e órgãos de Direito Privado passíveis de segurança e que suportarem os efeitos da liminar podem pedir sua cassação*"[12].

A jurisprudência dos nossos pretórios superiores chancela este entendimento, a exemplo do quanto se decidiu em AgRg na SLS 37-CE, Relator: Min. Edson Vidigal. Corte Especial, julgado em 29 de junho de 2005, DJ, 19.09.2005, assim como na decisão contida na RSTJ 124/406.

Deste último acórdão, colhe-se o entendimento do ministro-relator, retratado nas seguintes palavras: *(...) entendo estar legitimada a Caesab para interposição do pedido de suspensão de segurança, nos termos do que* ***tenho feito constar em vários precedentes****. ... cuido que tal legitimidade não se deva recusar a pessoa, ainda que privada; enquanto desempenha serviço público é apta, portanto, a postular interesses gerais protegidos pela norma, tanto mais quando se trata de empresa pública, órgão da administração indireta, voltada exclusivamente à prestação de típico serviço público em descentralização personificada*" (sem destaque, no original).

A compreensão da legitimidade ativa para o pedido de Suspensão de Segurança, não difere, perante o STF, vez que, há longos anos, a Suprema Corte vem assim decidindo (cf. SS nº 114-SP, relator: min. Antônio Neder, julgado em 19.12.1979, DJ, 21.02.1980).

No plano da legitimidade para postular a Suspensão de Segurança, não se poderia negá-la ao Ministério Público, expressamente referido no art. 4º da Lei 8.437/1992 e no art. 25 da Lei 8.038/1990, que a direciona ao Procurador-Geral da República.

A meu ver, a legitimação do Ministério Público, *in casu*, independe da expressão da Lei ordinária. Decorre, sim, da própria natureza e finalidade institucionais que lhe foram atribuídas pela Norma Fundamental, nos termos do seu art. 137.

Ora, se assim efetivamente o é, não se há de buscar nas leis que regem o instituto, aqui, sob estudo, o fundamento da legitimidade do Ministério Público, para promovê-lo, mas na regência maior do Direito brasileiro.

O entendimento acima esposado, quanto ao Ministério Público, encontra guarida na doutrina de Nery e Nery[13], desde quando vigia a Lei 1.533/1951, omissa a esse respeito. Por outro

---

[12] MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e habeas data, págs. 91/92.

[13] NERY E NERY. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil em Vigor. 4. ed. São Paulo: RT, 2004, pág. 1815.

lado, é combatido por Cassio Scarpinella Bueno[14], ao entender que a legitimidade do *parquet* deve submeter-se a expressa previsão legal.

V – DA COMPETÊNCIA

Segundo expressa disposição legal, a competência para conhecer e julgar o pedido de Suspensão de Segurança é do Presidente do Tribunal ao qual tocar o conhecimento e o julgamento da ação donde emanou o incidente. E assim tem ocorrido, desde os primórdios do instituto (Lei 4.348/1964, art. 4º, Lei 8.038/1990, art. 25, Lei 12.016/2009, art. 15).

Essa competência deve ser respeitada, mesmo quando a liminar for obtida em decorrência de Agravo de Instrumento interposto pelo impetrante. Isso, por óbvio, nas causas processadas em primeira instância. O entendimento acha-se esposado pelo Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do versado em Rcl 1339/ES, tendo como Rel. Min. Franciulli Netto, 1ª Seção do STJ, DJU I de 16/05/2005, pág. 219.

Nas causas da competência originária dos Tribunais Regionais, dos Estados ou do Distrito Federal, a competência para o pedido de suspensão de segurança será do Superior Tribunal de Justiça ou, se em discussão houver matéria de base constitucional, do Supremo Tribunal Federal.

Interessante notar, porém, que se a ação originária for da competência das instâncias superiores, vedado estará o pedido de Suspensão de Segurança, para a presidência dos respectivos Tribunais. É que o art. 25 da Lei 8.038/1990 só o admite em decorrência de processos que tramitem perante os Tribunais Regionais, dos Estados ou do Distrito Federal.

A teor do disposto no art. 4º, § 5º, da Lei 8437/1992, com a redação da Medida Provisória 2158-35/2001, também são competentes os Tribunais Superiores, para a renovação do pedido de Suspensão de Segurança endereçado aos Tribunais Regionais ou Estaduais e do Distrito Federal, na hipótese em que haja sido negado provimento a agravo interposto em face de liminar.

VI – DO RITO PROCEDIMENTAL

Sob o regime da Lei 1533/1951, as mais antigas disposições legais sobre a Suspensão de Segurança fizeram-se omissas, quanto ao procedimento a ser adotado pelo Presidente do Tribunal a quem fosse pleiteada (cf. Lei 4348/1964). Entretanto, com a ampliação da contracautela da suspensão, para abranger outras ações, além do *writ of mandamus*, por força de novas leis extravagantes, sobrevieram normas específicas, estabelecendo ou facultando a seu respeito, procedimentos, no âmbito do STJ e do STF.

É o que se constata, na Lei 8038/1990 e na Lei 8437/1992, que concedem aos Presidentes das Cortes Superiores a faculdade de ouvirem, antes de decidirem sobre o pedido de suspensão de segurança, o autor da ação e o Ministério Público. De qualquer modo, entende-se que a oitiva do Ministério Público não é obrigatória, vez que, ao definir suas funções institucionais, a Constituição Federal proclamou que está vedada ao órgão ministerial "*a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas*" (art. 129, IX).

Em síntese, devem ser levados em consideração os seguintes requisitos, para a regularidade do procedimento, no incidente de Suspensão de Segurança: **1**) legitimidade ativa – autorizada está a requerer a Suspensão de Segurança, a Administração Pública Direita ou Indireta; **2**) legitimidade passiva – o autor da ação originária; **3**) competência da autoridade, para conhecer do pedido – competente é o Presidente do Tribunal a que estiver afeto eventual recurso gerado pela lide; **4**) pedido – há de ser a suspensão dos efeitos

[14] BUENO, Cassio Scarpinella. O Poder Público em Juízo. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, págs. 226/227.

da liminar ou da sentença prolatada nas ações em que se admite a contracautela; **5**) fundamento da contracautela – a lesão ou possibilidade de lesão da ordem, saúde, segurança ou economia públicas; **6**) prova – impera a impossibilidade de fase instrutória, vez que a demonstração do prejuízo alegado pela Fazenda deve acompanhar o pedido; **7**) decisão – a critério da autoridade julgadora, pode ocorrer, *in limine* e *inaudita altera pars*, ou, nos Tribunais Superiores, após ouvir o autor da ação e o Ministério Público.

Aos requisitos apontados, acresçam-se as considerações de que: **1**) a faculdade estabelecida no art. 25 da Lei 8038/1990 apenas se reporta aos Presidentes do STJ e do STF a quem a Lei atribuir a competência para conhecer do pedido de Suspensão de Segurança; **2**) a oitiva do órgão ministerial não é obrigatória; **3**) é vedado, o Ministério Público, de falar em defesa da pessoa jurídica de Direito Público que provocar o incidente de suspensão.

Cabe, ainda, uma referência ao rito da extinção dos efeitos da decisão de suspensão de segurança concedida em decisão do Presidente do Tribunal. Provindo a contracautela, de pronúncia de uma instância superior à decisão por ela afetada, não se opera, *ipso facto*, a sua extinção, se deferida em definitivo a segurança pleiteada. O desaparecimento dos efeitos da suspensão, como já demonstrado em capítulo próprio deste ensaio (IX – Até quando pode durar a eficácia da suspensão de segurança), há de provir de revogação expressa pela mesma autoridade que a prolatou, por provocação do interessado.

Acresça-se, *en passant*, neste próprio capítulo em que se trata do rito procedimental, a concessão da contracautela desafia o recurso de agravo, que, na instância ordinária, deve ser o último recurso de que dispõe o impetrante de segurança, considerando-se que o Superior Tribunal de Justiça, ao fundamento de não se tratar de decisão judicial, mas de cunho político, não admite a interposição de Recurso Especial, em face de decisão que suspende segurança (cf. o AgRgMC 8937/SP, rel. min. João Otávio de Noronha, 2ª Turma do STJ, DJU I de 17/12/04, p. 470).

Quanto à decisão que denega o pedido de Suspensão de Segurança, há de ser lembrado que o entendimento dos tribunais era no sentido de sua irrecorribilidade. Nesse sentido se editaram a Súmula 506, do STF, e a Súmula 217, do STJ. Essa compreensão foi modificada, a partir do julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Segurança 1.945/AL, cujo acórdão levou a Suprema Corte a desconsiderar a pertinente súmula. O mesmo fenômeno foi estabelecido, no Superior Tribunal de Justiça, por sua Corte Especial, cujo verbete 217 da sua Súmula, restou revogado, após o julgamento do Agravo de Instrumento na Suspensão de Segurança 1.204/AM, sendo relator o ministro Nilson Naves (cf. DJU I de 22/03/2004).

Tais são os traços que marcam o procedimento da contracautela, de tanta importância para os relevantes interesses da Fazenda Pública.

VII – MOMENTO PROCESSUAL PARA O PEDIDO

O pedido de Suspensão de Segurança que, como visto no Capítulo II, *supra*, foi instituído, para fazer face às lesões à ordem, saúde, segurança e economia públicas, por força de liminar, ampliou-se, para atender tal necessidade do Poder Público, ante a decisão terminativa do processo. A admissibilidade de suspensão de segurança, frente a sentença, acha-se proclamada no art. 4º, § 1º, da Lei 8.437, de 30 de junho de 1992.

Dúvida, pois, não resta, de que o expediente possa ser oposto às decisões que ponham termo aos processos. Demais disso, até já se entende que pode ser admitida, para opor-se a decisões de quaisquer naturezas. É certo que não mencionou a lei a sua oposição a acórdãos.

Contudo, considerando-se que o § 1º do art. 4º, supratranscrito, diz que a norma do *caput*

se aplica à sentença, "*enquanto não transitada em julgado*", há de entender-se que é cabível o pedido de suspensão de segurança, em face de decisão colegiada, desde que ainda desafie ela, recurso. Se do acórdão ainda se puder interpor recurso, faz-se viável a propositura do pedido de Suspensão de Sentença.

VIII – DURAÇÃO DOS EFEITOS

Capítulo interessante e de relevância, nesta matéria, é o que respeita à duração do decreto judicial obstativo dos efeitos da segurança, especialmente quando esta decorra de liminar.

À primeira vista, a simples leitura do art. 25, § 3º, da Lei 8.038/1990, e do art. 4º, § 9º, da Lei 8.437/1992, pode dar a impressão de que o trânsito em julgado da sentença que conceder a segurança cuja liminar tem seus efeitos sustados por decisão do tribunal, seja bastante para extinguir aludida suspensão. Esse entendimento, contudo, não se mostra jurídico.

Na verdade, o deferimento da segurança, em sentença transitada em julgado, quando houver liminar suspensa por decisão do Tribunal, não é capaz de gerar efeitos imediatos. Nesse caso, mesmo após a prolação da sentença que declarar a procedência do pedido contra a Fazenda, há de persistir a decisão da instância superior, que reconheceu a existência de lesão ou perigo de lesão ao interesse público, na decisão do Juízo originário. Admitir que os efeitos da sentença possam operar-se automaticamente, é reconhecer que decisão de instância inferior possa sobrepor-se ao que, em sentido contrário, haja decidido instância que lhe seja hierarquicamente superior.

Não se advoga que a suspensão dos efeitos da liminar possa ser oposta, indefinidamente, ao *decisum* contido na respectiva sentença. É evidente que a autoridade da coisa julgada haverá de ser respeitada, para resguardo do sistema jurídico. Cândido Dinamarco, lembrando Celso Agrícola Barbi, lança a lapidar assertiva de que "*o julgamento da impetração, por sentença, sempre supera e deixa sem conteúdo ou eficácia a liminar antes concedida*" (*in* parecer, supra-aludido, obra citada). Isso reafirma a provisoriedade da cautela e a impossibilidade da sua sobrevivência à superveniente sentença.

Contudo, ainda que liminar não mais exista, sobrepujada pelo julgamento do processo, para que desapareçam os efeitos decorrentes da sua suspensão, a adoção de um procedimento se impõe. Antes de valer-se da decisão definitiva de mérito, deve o beneficiário da decisão suspensa informar ao Presidente do Tribunal, que a causa foi julgada procedente. Diante de tal comunicação, deverá ocorrer, expressamente, a revogação do impedimento que obstava os efeitos da liminar. Só então, revogada a suspensão da segurança, pela própria instância que a determinara, poderão efetivar-se os efeitos da sentença.

Não sendo provocado o Presidente do Tribunal, para revogar a contracautela, perdurará ela, assim como estabelecida. O desrespeito, com base na sentença, da Suspensão da Segurança, antes de revogada pelo Tribunal que a adotou, dará ensejo a reclamação constitucional, com base no art. 102, I, l, da Constituição Federal, ao STJ ou ao STF, para fazer valer a supremacia da decisão prolatada no incidente. Este entendimento faz-se em consonância com o escólio do doutor Marcelo Abelha Rodrigues, professor da Universidade Federal do Espírito Santo.[15]

Resta, pois, esclarecida a impossibilidade de extinção automática da força do decreto de Suspensão de Segurança, antes que possa ser expressamente revogada pelo Tribunal que a proclamou.

---

[15] Observações Críticas Acerca da Suspensão de Segurança na Ação Civil Pública (Art. 4º da Lei 8.437/1992 e Art. 12, §1º, da LACP), in A Ação Civil Pública – após 20 anos: efetividade e desafios, coordenador Édis Milaré. São Paulo: RT, 2005, p. 381)

X – DO RECURSO EM FACE DO JULGAMENTO MONOCRÁTICO DO PEDIDO

Na seara das diversas espécies de pedido de Suspensão de Segurança, merece atenção a questão da recorribilidade da decisão do presidente do tribunal, concedendo-a ou negando-a, em face de liminar prolatada por juízo de primeiro grau.

Atenhamo-nos, neste instante, ao procedimento a ser adotado, no campo específico do mandado de segurança.

Regia a matéria, no império da Lei 1.533/1951, a Lei 4348/1964, que, em seu art. 4º, dispunha. Posteriormente, sobreveio-lhe a Lei 8.038/1990 (cf. art. 25 e seu §2º).

Sob a regência desses diplomas legais, os Tribunais Superiores, atentos ao tema, editaram verbetes específicos para a Súmula dos seus julgados.

O Supremo Tribunal Federal, na sessão plenária de 3 de dezembro de 1969, aprovou o verbete 506, com o seguinte enunciado: "*O agravo a que se refere o art. 4º da Lei 4.348, de 26/6/1964, cabe, somente, do despacho do Presidente do Supremo Tribunal Federal que defere a suspensão da liminar, em mandado de segurança; não do que a denega*".

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o pensamento do STF, consubstanciou sua jurisprudência majoritária, no particular, com o verbete 217, nos seguintes termos: "*Não cabe agravo de decisão que indefere o pedido de suspensão da execução da liminar, ou da sentença em mandado de segurança*".

Como se vê, as mais elevadas Cortes de Justiça do país, norteadoras da interpretação do Direito brasileiro, assinalavam que, no incidente de Suspensão de Segurança, por força da restrição contida na Lei 4348/1964 e dos enunciados 506 e 217 das Súmulas do STF e do STJ, respectivamente, só caberia agravo da decisão do Presidente do Tribunal que a concedesse. Irrecorrível, pois, seria a decisão que denegasse a pretendida Suspensão de Segurança.

Hoje, está em vigência, a Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009, que, revogando expressamente (art. 29) a Lei 4.348/1964, estabelece: em tais circunstâncias, "*caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte a sua interposição*".

Mais uma vez, repetindo as disposições das leis anteriores, voltava o sistema a reservar a interposição de agravo apenas à decisão que suspendesse a segurança concedida no âmbito do *mandamus*.

Contudo, releva notar que, em 1992, ainda vigente a Lei 1.533/1951, se editou a Lei 8.437, de 30 de junho, que inovou sobre as disposições anteriores acima transcritas, com o § 3º do seu art. 4º, o qual veio a ser alterado pela Medida Provisória 2.180-35, de 24 de agosto de 2001.

Achava-se, assim, portanto, reformulado o regramento da recorribilidade no incidente de Suspensão de Segurança, no que tange, expressamente, às mais diversas cautelas, como a tutela antecipada, ação popular, civil pública e a cautelar propriamente dita. Por falta de menção expressa, mantinha-se inalterado o regime legal do mandado de segurança. Antes, como já se registrou, só a concessão da Suspensão de Segurança poderia ser agravada, ao passo que irrecorrível se entendia o indeferimento de tal pedido.

Considerando que se operava, nessa exclusão do mandado de segurança, em face de outras ações mandamentais, uma "*lacuna de regulação*", o Supremo Tribunal Federal, encontrou justificativa para revisão da sua jurisprudência, especialmente da Súmula 506, acima transcrita, que resultou revogada.

Por reconhecer a Suprema Corte, na espécie, uma "*lacuna da lei*", que, no dizer de Karl

Larenz, "*é uma 'interpretação contrária ao plano' da lei*"[16], implementava-se, pela via pretoriana, a uniformização de tratamento recursal para o incidente de Suspensão de Segurança, independente do espectro processual em que se operasse.

Sem dúvida, foram profundos e amplos, os efeitos provocados por esse julgado, em favor da Fazenda Pública, podendo ser lido na SS 1945 AgR-AgR-AgR-OO, que teve como Relator para o acórdão, o Ministro Gilmar Mendes, em julgamento do Tribunal Pleno, aos 19.12.2002, publicado no DJ de 1.8.2003, pág. 102.

Estabeleceu-se, assim, independentemente de ato legislativo e a despeito da disparidade de regramento legal existente, simetria de tratamento recursal, nas cautelas pleiteadas em face da Fazenda Pública, por força de pronúncia judicial.

Muito embora a tese esposada pelo acórdão referente à ementa supratranscrita venha em proveito da Fazenda Pública, permito-me, por motivação puramente teórica, registrar importante crítica que lhe dirige o jurista Cassio Scarpinella Bueno.

Com efeito, apesar de realçar a erudição do voto do Min. Gilmar Mendes relator para o referido acórdão, Scarpinella Bueno anatematiza a revogação da Súmula 506 do STF. É que, segundo afirma, não deve ser obstaculizada "*a máxima eficácia reservada pela Constituição ao mandado de segurança*". E, para corroborar sua compreensão da matéria, destaca o seguinte trecho do voto então prolatado pelo Min. Marco Aurélio: "*... a Lei nº 8.437, de junho de 1992, não modificou nem a lei 4.348/64, nem o Regimento Interno desta Corte, que apenas preveem o agravo regimental ou mesmo o inominado, como está na Lei, no tocante às decisões concessivas da suspensão. E a razão de ser é única: é que o mandado "tem uma dignidade maior que as demandas cautelares, tanto assim que, decidido o mandado de segurança de forma favorável ao impetrante, por tribunal, não cabe contra essa decisão o recurso ordinário (RTJ 150/700)*"[17].

Malgrado a consistência dessa crítica, que ressalta o valor democrático do mandado de segurança e a significação da sua sede constitucional, importa considerar, sob o enfoque dos interesses da Fazenda Pública, que a revogação do enunciado 506 da Súmula do STF trouxe considerável reforço para as armas que, neste campo, se ofereciam ao Poder Público.

Não pode, pois, o Estado, em termos de generalidade, e a Fazenda Pública Municipal do Salvador, especificamente, deixar de utilizar-se, em proveito dos seus munícipes, de ferramenta dotada de tanta força, eficácia e legalidade, ainda que a crítica desfraldada por jurista do porte de Scarpinella Bueno lhe oponha restrições de ordem democrática.

X – O PRAZO DO AGRAVO INTERNO, NO INCIDENTE DE SUSPENSÃO DE SEGURANÇA

Os diversos diplomas legislativos que possibilitam a suspensão de segurança terminaram por estabelecer prazos desiguais entre si para a interposição de agravo da decisão do Presidente do Tribunal, no respectivo incidente.

Inicialmente, a Lei 4.348/1964, hoje revogada pela Lei 12.016/2009, estabelecia para a interposição de agravo da decisão que concedesse a Suspensão de Segurança, em mandado de segurança, o prazo de dez dias. A lei ora vigente (que a revogou), acima referida, permite essa interposição, em apenas cinco dias.

Interessa observar que o atual Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015, em vigor, desde 16 de março de 2016) incorporou ao seu elenco de recursos, o Agravo Interno, não con-

[16] LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. Tradução José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Goulbenkian, 1997, págs. 529/530.

[17] O Agravo Interno e o Indeferimento da Suspensão de Segurança – O Cancelamento da Súmula 506 do STF: Notas para uma Primeira Reflexão, in Revista Dialética de Direito Processual, vol. 3, págs. 9/24, Junho – 2003, São Paulo

templado pelo Código de Ritos de 1973. Desse modo, deixou a aludida irresignação recursal de ser regimental (pois que, antes, só previsto, nos regimentos internos dos tribunais, daí o seu nome), para ser um recurso autorizado pelo legislador ordinário.

Sendo, no regime ora vigente, recurso da mesma natureza dos demais constantes da lista estabelecida pelo art. 994 do CPC, o Agravo Interno, quanto ao prazo, submete-se à disposição constante do § 5º do art. 1.003 do diploma processual civil, que, excetuando a espécie dos Embargos de Declaração, uniformizou a duração dos prazos processuais, em quinze dias.

Todavia, entendemos que, apesar da superveniência da Lei 13.105/2015, no campo do mandado de segurança, não aproveitam à Fazenda Pública, nem o prazo comum do § 5º do art. 1.003 codificado, nem a dobra permitida pelo art. 183 daquele mesmo texto legal. É que o mandado de segurança, achando-se regrado por Lei específica que dispõe de previsão expressa para o referido recurso, não se submete ao regime processual comum. Só na hipótese da omissão da lei própria, é que se poderia aplicar subsidiariamente norma codificada. Nesse pensar, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça (cf. SS 3740 AgR-segundo, sendo relator o Min. CEZAR PELUSO (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 29/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-084 DIVULG 30-04-2012 PUBLIC 02-05-2012; e AgRg no REsp 1408864/PR, sendo relator o Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/04/2014, DJe 22/04/2014).

O prazo, portanto, para agravar da decisão do Presidente do Tribunal que examinar o incidente de Suspensão de Segurança, é de cinco dias, a teor do disposto no art. 15 da Lei 12.016/2009.

No campo da Ação Civil Pública, o prazo para interposição de recurso da decisão prolatada no incidente de Suspensão de Segurança, é, segundo a Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, de cinco dias (art. 12, § 1º).

Idêntico prazo, assim como para a ação civil pública, ficou estabelecido para a ação cautelar inominada e para a ação popular, numa aplicação estendida igualmente para a sentença, em qualquer delas prolatada. É o que dispõe o art. 4º, §§ 1º e 3º, da Lei 8.437, de 30 de junho de 1992.

À vista do exposto, conclui-se que a mais recente das leis que tratam da matéria (Lei 12.016/2009), reduzindo, no campo do mandado de segurança, o prazo de recurso relativo ao incidente de suspensão da cautela, buscou uniformizar um prazo diversificado por uma legislação extravagante, destacando, repise-se, a inaplicabilidade do art. 183 do CPC/15 (prazo em dobro).

XI – APLICABILIDADE NOS JUIZADOS ESPECIAIS

Vale um destaque, neste quesito da competência, para a possibilidade da instauração do incidente da suspensão de segurança, na área de atuação dos Juizados Especiais.

Muito embora não haja previsão legal para a propositura da suspensão de segurança, quer na Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, que disciplina os Juizados Especiais Federais, ou na Lei nº 12.153, 22 de dezembro de 2009, que regula os Juizados Especiais da Fazenda Pública, entende-se, sem séria discrepância, plenamente cabível o pedido de suspensão de segurança, no âmbito dos Juizados Especiais, sejam os Federais ou os da Fazenda Pública.

No caso dos Juizados Especiais, porém, a definição do Juízo competente para conhecer, processar e decidir o incidente, passa pela consideração de certa especificidade do procedimento adotado para as causas que lhes são atribuídas.

Tem-se como regra geral, em qualquer das hipóteses de Suspensão de Segurança, *latu sensu*,

por força das disposições acima apontadas, que competente é o Presidente do Tribunal a quem deve ser dirigido o recurso cabível, na causa originária. Como, nos Juizados Especiais, os recursos das decisões do Juiz singular estão afetos à respectiva Turma Recursal, ao Presidente desta é que deve ser endereçado eventual pedido de suspensão de segurança, por aquele que detiver legitimidade para sua proposição (cf. Capítulo IV, *supra*).

Tendo em vista que dos acórdãos das Turmas Recursais não cabem recursos quaisquer para o Superior Tribunal de Justiça, também não se admite que dos incidentes de suspensão dirigidos aos Presidentes das Turmas Recursais se recorra ao STJ ou a ele se postule um segundo pedido de Suspensão de Segurança. A irrecorribilidade dos acórdãos das Turmas Recursais, para o STJ acha-se, inclusive, sumulado por aquela Corte, através do verbete 203 da Súmula da sua jurisprudência dominante.

Diverso, contudo, é o entendimento, quando se considera, neste tema, a competência do Supremo Tribunal Federal. Admite-se a interposição de Recurso Extraordinário, com base no enunciado do verbete 640 da Súmula do STF.

E, se o STF acolhe Recurso Extraordinário advindo de Juizados Especiais, é plenamente compreensível que possa conhecer, igualmente, a Suspensão de Segurança em face das decisões deles.

É como, em breves linhas, se pode esboçar a competência dos Tribunais Superiores, para a suspensão de segurança originária de processos em curso, perante os Juizados Especiais.

XII – O INCIDENTE, NA TUTELA PROVISÓRIA. CONTRACAUTELA DE AMPLO ESPECTRO

Como já visto, suprindo a omissão da Lei 1.533/1951, especialmente no que tange ao instrumento da suspensão de segurança, editou-se, no ano de 1964, a Lei 4.348, de 30 de junho, que previu mencionada medida, em seu art. 4º.

Era, pois, regra dirigida especificamente ao mandado de segurança. Mas, com o advento da Lei 8.437, de 30 de junho de 1992, o instituto passou a ser aplicado, genericamente, às ações em que o Poder Público figurasse como Réu, também nos termos de um art. 4º.

E, como se para mostrar que a tendência, neste campo, era municiar o Estado, de armas processuais com que pudesse enfrentar eficazmente o contribuinte, a contracautela foi, através do art. 1º da Lei 9.494, de 10 de setembro de 1997, expressamente oferecida à Fazenda, para as hipóteses previstas nos arts. 273 (tutela antecipada) e 461 (medida cautelar) do Código de Processo Civil, então vigente.

Com a entrada em vigor, em março de 2016, da Lei 13.105, de 16 de março de 2015, que instituiu o Código de Processo Civil, a matéria constante dos arts. 273 e 461 do CPC antigo veio a ser disciplinada pelos arts. 294 a 311, contidos no Livro V do novo estatuto processual.

Assim, as tutelas de urgência (art. 300) ou de evidência (art. 311) podem ser impugnadas pelo Poder Público, através do incidente intitulado de suspensão de segurança, *latu sensu*, ao fundamento da existência de lesão ou eminência de lesão à ordem, saúde, segurança e economia públicas.

Tem, pois, razão Leonardo Carneiro da Cunha, quando afirma que "*atualmente, (...), o pedido de suspensão cabe em todas as hipóteses em que se concede tutela provisória contra a Fazenda Pública ou quando a sentença produz efeitos imediatos, por ser impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo automático*"[18].

[18] CUNHA, Leonardo Carneiro. A Fazenda Pública em Juízo. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, pág. 603.

Uma hipótese, porém, há de ser observada, em que não se opera a suspensão de segurança concedida ao contribuinte. É a que se refere a decisão exarada nos autos da ação de controle abstrato de constitucionalidade. Nesse sentido é o entendimento da Suprema Corte[19].

XIII – CONCLUSÃO

Vimos, portanto, que o incidente do pedido de Suspensão de Segurança é uma postulação conferida, com exclusividade ao Poder Público, a título de contracautela, em face de liminares ou sentenças mandamentais, cautelares, em ações populares, civis públicas, ou mesmo em decorrência de tutelas provisórias em quaisquer ações comuns, desde que fundada no interesse público decorrente da lesão ou possibilidade de lesão da ordem, saúde, segurança ou economia públicas.

O fato de não se tratar de recurso, mas de incidente ou mesmo de ação cautelar (consiste, sem dúvida, em uma contracautela), é de suma importância para os órgãos de defesa das pessoas jurídicas de Direito Público, como esta Procuradoria Geral do Município do Salvador, ou até das pessoas de Direito Privado que tenham, sob seus cuidados, o interesse público. É que, assim sendo, como efetivamente o é, pode este incidente ser manejado concomitantemente a recurso eventualmente interposto, sem necessidade da observância de quaisquer prazos. Não há que falar-se em tempestividade ou preclusão, no campo do pedido de suspensão de segurança. Pode o respectivo incidente ser instaurado, enquanto a sentença ou o acórdão que compuser a lide, não transitar em julgado.

É, pois, para nós, expediente processual a ser lembrado com a maior frequência, nas causas que ameacem os interesses da Cidade do Salvador, com base nos fatores expressamente apontados em lei: a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas.

Que estes apontamentos possam ser úteis na defesa dos interesses da Cidade do Salvador.

BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Eduardo Arruda. Suspensão de Segurança – *Suspension of writ of mandamus*, *in* Revista Forense, vol. 413, ano 107, Janeiro-Junho de 2011, págs. 119/136, Editora Forense, Rio de Janeiro.

BARBI, Celso Agrícola. *Do Mandado de Segurança*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

BUENO, Cassio Scarpinella. O Agravo Interno e o Indeferimento da Suspensão de Segurança – O Cancelamento da Súmula 506 do STF: Notas para uma Primeira Reflexão, in Revista Dialética de Direito Processual, vol. 3, págs. 9/24, Junho – 2003, São Paulo.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. 13. ed. *A Fazenda Pública em Juízo*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, págs. 601/635.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Suspensão do Mandado de Segurança pelo Presidente do Tribunal, in Revista de Processo, ano 27, nº 105, págs. 191/206, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo.

[19] EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR. LEI MUNICIPAL 3587/2003. TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. NORMA QUE REPRODUZ DISPOSITIVO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMISSIBILIDADE. SUSPENSÃO DE LIMINAR. HIPÓTESES DE CABIMENTO. 1. Controle concentrado de constitucionalidade de lei estadual ou municipal que reproduz norma da Constituição Federal de observância obrigatória pelos entes da Federação. Competência do Tribunal de Justiça, com possibilidade de interposição de recurso extraordinário se a interpretação conferida à legislação contrariar o sentido e o alcance de dispositivo da Carta Federal. Precedentes. 2. Representação de inconstitucionalidade. Concessão de medida cautelar para suspender a eficácia da norma. Pedido de suspensão de liminar. Via processual inadequada para sustar os efeitos da cautelar concedida no processo de controle concentrado de constitucionalidade. Lei 8437/92. Processo objetivo. Inaplicabilidade. Precedentes.
(SL 10 AgR, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 11/03/2004, DJ 16-04-2004 PP-00053 EMENT VOL-02147-01 PP-00001)

FERRAZ, Sérgio. *Mandado de Segurança*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

KLIPPEL, Rodrigo e BASTOS, Antônio Adonias. *Manual de Direito Processual Civil,* 3. ed. Salvador: Podivm, 2013, volume único.

OLIVEIRA, Angelina Mariz de. Suspensão de Liminar e de Sentença em Mandado de Segurança, na Jurisprudência das Cortes Superiores, *in* Revista Dialética de Direito Processual, vol. 36, págs. 9/22 v, março-2006, São Paulo – SP.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Observações Críticas acerca da Suspensão de Segurança na Ação Civil Pública (art. 4º da Lei 8437/1992 e art. 12, § 1º, da LACP), *in* A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios, coordenador Édis Milaré, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, págs. 369/382.

_____. O Recurso de Agravo no Incidente de Suspensão de Segurança Requerido ao Presidente do Tribunal, *in* Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos, coordenação Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim, Nelson Nery Jr., Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, págs. 471/477.

RODRIGUES, Rafael Silva. O Pedido de Suspensão de Segurança: uma Prerrogativa do Poder Público em Juízo, *in* Revista Dialética de Direito Processual, vol. 135, págs. 105/112, junho-2014, São Paulo – SP.

TOVAR, Leonardo Zehuri. O Pedido de Suspensão de Segurança: Sistematização e Mudanças à Luz do NCPC/15 – *in* O Novo Código de Processo Civil e a Fazenda Pública, coordenadores José Henrique Mouta, Leonardo Carneiro da Cunha, Marco Antônio Rodrigues. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, págs. 295/329.

HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA: DIREITO DO ADVOGADO PÚBLICO

Eduardo Amin Menezes Hassan*

SUMÁRIO:
1. Introdução. 2. O caráter alimentar dos honorários de sucumbência e a súmula vinculante nº 85 do STF. 3. Honorários sucumbenciais como direito do advogado público. 4. Não sujeição dos honorários sucumbenciais ao teto remuneratório do servidor público. 5. Considerações finais. Bibliografia.

Resumo: Os honorários de sucumbência são devidos aos advogados, segundo o Estatuto da OAB e o novo CPC. Partindo-se dessa premissa, percebe-se que não há sentido na vedação aos advogados públicos em receber honorários de sucumbência. Entretanto, há diversas controvérsias sobre essa situação, desde a natureza jurídica dos honorários de sucumbências decorrentes de vitória do ente público, se é receita pública ou não, e o seu enquadramento ou não no teto constitucional específico para cada carreira de advogado público de acordo com o ente estatal a que este estivesse ligado. Esse artigo abordará essas controvérsias, defendendo, em especial, o recebimento dos honorários de sucumbência pelos Procuradores dos entes estatais e sem aplicação ao teto constitucional remuneratório.

Palavras-chaves: Advogado público. Honorários de sucumbência. Receita pública. Teto remuneratório do servidor público

1. INTRODUÇÃO

Os honorários de sucumbência na advocacia pública estão sendo discutidos no âmbito dos três poderes. Trata-se de assunto polêmico e que sempre gera discussões das mais diversas, desde a sua natureza jurídica até se estão delimitados ao teto constitucional dos servidores públicos.

Tratar-se-á ao longo deste artigo sobre as diversas polêmicas envolvendo os honorários de sucumbência dos advogados públicos. No segundo capítulo, discorrer-se-á sobre a natureza

* Advogado, Procurador do Município de Salvador, Professor e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (2012).

jurídica da verba honorária sucumbencial, trazendo à tona a discussão sobre a nova súmula vinculante nº 85 do STF e ratificando o seu caráter alimentar.

No capítulo terceiro discute-se sobre quem é o credor dos honorários de sucumbência decorrentes das vitórias judiciais dos entes estatais, inclusive da administração indireta. Defende-se que se trata de verba devida aos advogados públicos.

Ao final do desenvolvimento, no capítulo quarto discute-se por que os honorários de sucumbência não devem se sujeitar ao teto remuneratório do servidor público, explicando-se o conceito de receitas públicas e receitas privadas.

A problemática aqui enfrentada é de grande importância social e a sua resolução um grande desafio que se tenta instigar nesse artigo. Os honorários de sucumbência dos advogados públicos geram polêmica, sendo, inclusive, motivo de processos nos tribunais de contas e nas cortes judiciais de todo o país. O objetivo desse singelo artigo não é esgotar a matéria, mas, apenas, instigar as discussões sobre o tema.

2. CARÁTER ALIMENTAR DOS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA E A SÚMULA VINCULANTE Nº 85 DO STF

Os honorários de sucumbência são aqueles que decorrem do êxito que o trabalho do advogado propiciou[1]. Atualmente são fixados de acordo com o art. 20 do CPC, entre 10% ou 20% sobre o valor da condenação ou apreciação equitativa nas causas de pequeno valor ou valor inestimável.

O NCPC, Lei Federal 13.105/2015, inova e traz uma série de escalonamentos dos valores dos honorários sucumbenciais ao longo do processo. Aduz em seu art. 80 § 2º e incisos que:

> 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:
> I - o grau de zelo do profissional;
> II - o lugar de prestação do serviço;
> III - a natureza e a importância da causa;
> IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

O CPC de 1973 omite-se em relação à natureza jurídica dos honorários advocatícios, bem como quem seria seu titular, o que dava ensejo a interpretações contraditórias no Judiciário brasileiro, a exemplo da súmula 306 do STJ.

A súmula 306 do STJ, editada no ano de 2004, aduz que "os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte".

O STJ, por meio de interpretação equivocada, utilizou-se do art. 21 do CPC de 1973, que afirma: "se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas", para editar a súmula supracitada, que foi revogada pelo NCPC.

Observe-se que a interpretação dos Ministros se contradizia ao art. 23 da Lei 8.906/94, Estatuto da OAB, segundo o qual "os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor".

Segundo Scarpinella Bueno: "O art. 23 da mesma lei reconhece ao advogado direito próprio e, neste sentido, distinto do da parte que representa processualmente, de receber honorários

[1] RAMOS, Gisela Gondim. Estatuto da Advocacia: comentários e jurisprudência selecionada. 4. ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2003, p. 427.

arbitrados judicialmente ou de sucumbência e, nesta qualidade, e até mesmo, se for o caso, cobrá-los mediante tutela executiva (...)[2].

Saliente-se que o Estatuto da OAB é lei especial e posterior ao CPC, não havendo omissão para que o STJ interpretasse pela possibilidade de, em caso de sucumbência recíproca, compensar os honorários de sucumbência. Se os honorários são de titularidade do advogado, não se pode compensar com débitos e créditos das partes, porque para haver compensação é preciso que os titulares dos créditos e débitos se confundam.

O legislador pôs fim às discussões sobre o assunto, já que o NCPC ratifica o Estatuto da OAB e afirma expressamente que os honorários são de titularidade do advogado. Indo mais além, o NCPC afirma que os honorários são do advogado, possuem caráter alimentar e não podem ser compensados em caso de sucumbência parcial, tudo com base no art. 85, § 14, *ipsis litteris*: " Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial".

Discutiu-se sobre a natureza alimentar ou não dos honorários de sucumbência nos tribunais superiores, seja no STJ ou no STF. Distinguiu-se se os honorários seriam contratuais ou sucumbenciais, sendo os primeiros de natureza alimentar e os segundos não, em razão de aleatoriedade. Todavia, este entendimento foi superado e o STF o pacificou afirmando que os honorários advocatícios possuem natureza alimentar, independentemente se são sucumbenciais ou contratuais[3].

Turma do STF deixa claro esse entendimento no julgado abaixo transcrito da relatoria do Ministro Marco Aurélio:

> Os honorários advocatícios têm natureza alimentar. Com base nesse entendimento, a Turma deu provimento a recurso extraordinário para reformar acórdão do STJ que, em recurso em mandado de segurança, mantivera decisão administrativa do Tribunal Regional Federal da 1ª Região a qual incluíra o precatório, referente aos honorários advocatícios do recorrente, na listagem ordinária para pagamento parcelado. O acórdão recorrido entendera que a verba decorrente dos honorários de sucumbência, dependente do êxito da parte a qual patrocina, não poderia ser considerada da mesma categoria dos alimentos necessarium vitae previstos no art. 100, § 1º - A da CF. Conclui-se pelo caráter exemplificativo do § 1º da referida norma e pela prevalência da regra básica do seu caput, por considerar que os honorários dos advogados têm natureza alimentícia, pois visam prover a subsistência destes e de suas respectivas famílias. Salientou-se que, consoante o disposto nos artigos 22 e 23 da Lei 8.906/94, os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nessa parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido a seu favor. Recurso provido para conceder a segurança e determinar a retificação da classificação do precatório.[4]

Mais recentemente, em razão das divergências quanto ao caráter alimentar ou não dos honorários de sucumbência, o STF editou a súmula vinculante número 85, antecipando-se a vigência do NCPC, que afirma:

> Os honorários advocatícios incluídos na condenação ou destacados do montante

---

[2] BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil, 1. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 235.

[3] Idem, p. 235/236.

[4] RE 470407/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 9.5.2006. (RE-470407).

> principal devido ao credor consubstanciam verba de natureza alimentar cuja satisfação ocorrerá com a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor, observada ordem especial restrita aos créditos dessa natureza.

Destarte, não resta dúvida sobre a natureza de verba alimentar dos honorários de sucumbência aos advogados que a recebem. Matéria que se encontra pacificada, seja pelo legislador ao trazer expressamente no art. 85, § 14º do NCPC, seja no Judiciário, com a edição da súmula vinculante número 85, editada pela mais alta corte do país.

Consequentemente, por se tratar de verba de caráter alimentar possui prevalência na expedição de precatórios, conforme já decidido desde 2006 pelo STF e ratificado no julgado mais recente que se transcreve:

> EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NATUREZA ALIMENTAR. SUBMISSÃO AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS PRECATÓRIOS, OBSERVADA ORDEM ESPECIAL. 1. Os honorários advocatícios incluídos na condenação pertencem ao advogado e possuem natureza alimentícia. A satisfação pela Fazenda Pública se dá por precatório, observada ordem especial restrita aos créditos de igual natureza. Precedentes: AIs 623.145, sob a relatoria do ministro Dias Toffoli; 691.824, sob a relatoria do ministro Marco Aurélio; 732.358-AgR, sob a relatoria do ministro Ricardo Lewandowski; e 758.435, sob a relatoria do ministro Cezar Peluso; REs 470.407, sob a relatoria do ministro Marco Aurélio; 538.810, sob a relatoria do ministro Eros Grau; e 568.215, sob a relatoria da ministra Cármen Lúcia; bem como SL 158-AgR. 2. Agravo regimental desprovido.[5]

Destarte, os honorários de sucumbência recebidos pelos advogados, seja ele público ou privado, sujeitam-se ao regime de precatórios, todavia, por serem de caráter alimentar, observa-se ordem especial para esse tipo de crédito.

3. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS COMO DIREITO DO ADVOGADO PÚBLICO

Primeiramente, cumpre conceituar advogado público: servidor público, inscrito na OAB, ingresso mediante aprovação em concurso público, responsável pela assessoria jurídica e defesa judicial dos interesses da pessoa jurídica a que está vinculado, seja da administração direta ou indireta.

Quanto aos procuradores das unidades federativas, segundo o Estatuto da OAB no seu artigo 3º, § 1º:

> Art. 3º O exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB),
> § 1º Exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime próprio a que se subordinem, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional.

Aproveita-se o ensejo, para informar que se entende por retirar a Defensoria Pública das atividades de advocacia supracitadas, em razão da Emenda Constitucional número 80/2014 ter equiparado este órgão à magistratura e ao Ministério Público no que couber. No que se refere aos outros órgãos citados no dispositivo

[5] RE-AgR 415950, rel. AYRES BRITTO, STF. (RE-AgR 415950)

acima, advoga-se que, por serem advogados e servidores público, possuem direito às vantagens de seu regime próprio e às vantagens dos advogados, desde que não haja vedação legal do ente estatal ao qual se subordina. No mesmo sentido, os advogados públicos se sujeitam aos ônus decorrentes do Estatuto da OAB.

Dessa forma, não é justo que se tenha o ônus e não se receba também o bônus. Gisela Ramos trata o assunto e afirma:

> Assim, para o exercício profissional, os integrantes destas entidades são obrigados à inscrição na OAB, e sujeitam-se às normas estabelecidas no Estatuto, no Regulamento Geral e no Código de ética e Disciplina. A exigência contida no Estatuto respeita-se tão-somente ao exercício da advocacia, de forma que coexiste harmonicamente com normas próprias aplicáveis à categoria funcional respectiva[6].

Hoje, questiona-se sobre a possibilidade ou não de os advogados públicos acumularem honorários de sucumbência e vencimentos ou subsídios. A OAB já possui entendimento pacífico que os advogados públicos podem receber além dos vencimentos os honorários sucumbenciais.

Esse entendimento encontra-se exposto no parecer da Comissão do Advogado Público da OAB/SP que aplicar-se aos advogados públicos o Estatuto da OAB no que se refere aos honorários de sucumbência, com fulcro no dispositivo supracitado. Senão observe-se:

> A interpretação sistemática do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei nº 8906/94, em seus artigos 18 a 23, assegura do Advogado inscrito na OAB, a percepção de honorários convencionados e aos fixados na sucumbência. Portanto, independentemente de o Advogado exercer sua profissão a título público ou a título privado, os honorários incluídos na condenação lhe pertencem. Logo os artigos 18 a 21 da Lei nº 8.906/94 são aplicáveis, também, aos advogados estatutários ou celetistas do setor público[7].

O STF também já se pronunciou sobre o tema, afirmando ser do procurador do município a verba de honorários de sucumbência.[8]

Se não bastasse o entendimento do STF e da OAB nesse sentido, o NCPC, de forma expressa, afirma que os advogados públicos possuem direito aos honorários de sucumbência. Observe-se o § 19 do art. 85: "os advogados públicos perceberão honorários de sucumbência, nos termos da lei".

Embora esta norma não condicione o seu direito à lei, já que afirma ser direito do advogado público perceber a verba honorária, lei específica de cada ente deve regulamentar a forma de seu recebimento.

Diante do exposto, infere-se que o advogado público possui direito ao recebimento dos honorários de sucumbência, não havendo dúvidas neste sentido. Por outro lado, questiona-se se os valores decorrentes dos honorários de sucum-

---

6 RAMOS, Gisela Gondim. Estatuto da Advocacia: comentários e jurisprudência selecionada. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2003, 4.ed, p. 90.

7 ANDRADE, Rogério Emílio de; DIAS, Rosa M. Pellegrini. Parecer - Comissão do Advogado Público da OAB/SP. IN: Revista de Direito e Política. São Paulo, vol. 4, p. 115-116, jan./mar. 2005, p. 115

8 EMENTA: ADMINISTRATIVO. PENSIONISTAS DE PROCURADORES DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. ART. 42 DA LEI MUNICIPAL N.º 10.430, DE 29 DE FEVEREIRO DE 1988. TETO REMUNERATÓRIO. VANTAGENS DE NATUREZA PESSOAL. Legitimidade do teto remuneratório, na forma fixada pelo dispositivo legal sob enfoque, sendo excluídas de sua incidência as vantagens de natureza pessoal, como tais consideradas apenas as decorrentes de situação funcional própria do servidor e as que representem uma situação individual ligada à natureza ou às condições de seu trabalho (ADI 14, Rel. Min. Célio Borja, D.J. de 30/11/89). Hipótese em que se enquadram as vantagens denominadas "gratificação de gabinete" e "adicional de função", mas não a "gratificação de nível superior", o "regime de dedicação profissional exclusiva", a "jornada H 40" e os "honorários advocatícios", conferidos estes a todos os integrantes da categoria de procuradores do Município. Recursos conhecidos e parcialmente providos (RE 312026, ILMAR GALVÃO, STF. (RE 312026)).

bência sujeitam-se ou não ao teto remuneratório dos servidores públicos, conforme previsto no art. 37, XI, da CF/88. A resolução desse problema decorre da distinção entre verba pública e verba privada, senão observe-se no próximo tópico.

4. NÃO SUJEIÇÃO DOS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS AO TETO REMUNERATÓRIO DO SERVIDOR PÚBLICO

Após a explicação que os honorários são dos advogados, sejam eles públicos ou privados, questiona-se se esses honorários são verbas públicas ou privadas. A partir dessa classificação, conclui-se ou não pela aplicação do teto remuneratório aos honorários sucumbenciais recebidos pelos advogados públicos. Já que apenas as verbas públicas recebidas pelos funcionários se sujeitariam ao teto remuneratório.

Segundo o Manual de Receitas Públicas editado pela Secretaria do Tesouro Nacional:

> Receita é um termo utilizado mundialmente pela contabilidade para evidenciar a variação ativa resultante do aumento de ativos e/ou da redução de passivos de uma entidade, aumentando a situação líquida patrimonial qualquer que seja o proprietário. A receita é a expressão monetária resultante do poder de tributar e/ou do agregado de bens e/ou serviços da entidade, validada pelo mercado em um determinado período de tempo e que provoca um acréscimo concomitante no ativo ou uma redução do passivo, com um acréscimo correspondente no patrimônio líquido, abstraindo-se do esforço de produzir tal receita representado pela redução (despesa) do ativo ou acréscimo do passivo e correspondente redução do patrimônio líquido.[9]

Infere-se do conceito supracitado que para ser receita pública é preciso preencher alguns requisitos: resultar do poder de tributar e/ou do agregado de bens e/ou serviços da entidade e provocar acréscimo no patrimônio líquido do ente credor. Os honorários sucumbenciais não resultam do poder de tributar, não decorre da agregação de bens ou serviços da entidade e, muito menos, acresce ao seu patrimônio líquido por não lhe pertencer.

Ademais, os honorários de sucumbência não devem ingressar na conta do ente estatal, mas sim dos advogados públicos, que devem criar associação para gerir essa verba, criando uma única conta em nome desta, e dividir entre os seus membros, evitando-se repartições desiguais. Por outro lado, caso não haja essa organização e os valores ingressem em conta pública, deve-se ser repassado aos advogados públicos. Já que, embora seja ingresso de recursos nos cofres públicos, os honorários de sucumbência não pertencem ao ente estatal.

Segundo o disposto na Lei 4.320/64 em seu artigo 11:

> Art. 11. A receita classificar-se-á nas seguintes categorias econômicas: Receitas Correntes e Receitas de Capital.
> § 1º São Receitas Correntes as receitas tributária, de contribuições, patrimonial, agropecuária, industrial, de serviços e outras e, ainda, as provenientes de recursos financeiros recebidos de outras pessoas de direito público ou privado, quando destinadas a atender despesas classificáveis em Despesas Correntes.
> § 2º São Receitas de Capital as provenientes da realização de recursos financeiros oriundos de constituição de dívidas; da conversão, em espécie, de bens e direitos; os recursos recebidos de outras pessoas de direito público ou privado, destinados a atender despesas classificáveis em Despesas de Capital e, ainda, o superávit do Orçamento Corrente.

[9] Brasil. Ministério da Fazenda. Secretaria do Tesouro Nacional. Receitas públicas: manual de procedimentos: aplicado à União, Estados, Distrito Federal e Municípios / Ministério da Fazenda, Secretaria do Tesouro Nacional – Brasília : Secretaria do Tesouro Nacional, Coordenação-Geral de Contabilidade, 2005, p. 12.

§ 3º O superávit do Orçamento Corrente resultante do balanceamento dos totais das receitas e despesas correntes, apurado na demonstração a que se refere o Anexo nº 1, não constituirá item de receita orçamentária .
§ 4º A classificação da receita obedecerá ao seguinte esquema:
Receitas Correntes:
Receita Tributária:
Impostos;
Taxas;
Contribuições de Melhoria.
Receita de Contribuições;
Receita Patrimonial;
Receita Agropecuária;
Receita Industrial;
Receita de Serviços;
Transferências Correntes;
Receitas de Capital:
Operações de Crédito;
Alienação de Bens;
Amortização de Empréstimos;
Transferências de Capital;
Outras Receitas de Capital.

Não se confundem depósitos diversos, que entram nos cofres do ente estatal, mas que deverão, em regra, ser devolvidos, com receitas. Destarte, os depósitos referentes aos honorários de sucumbência, quando ingressam nos cofres públicos, são depósitos diversos, mas não receita. Francisco Bertino de Carvalho, em parecer publicado na revista Jam Jurídica, arremata a ideia de que os honorários sucumbenciais não integram a receita dos entes públicos:

> Resta evidenciado, assim, que os valores pagos à Fazenda Pública, pelos vencidos, a título de honorários advocatícios oriundos da sucumbência não constituem receita pública, não integram o orçamento, nem como receita, muito menos como despesa, não ingressam nem deixam o patrimônio público, não fazem, a qualquer momento, parte do erário, não caracterizam nem direito, nem obrigação do ente público. Ao revés, transitam, na esfera estritamente privada, apenas entre o patrimônio do vencido e o dos patronos.[10]

Sendo assim, já que os advogados públicos também recebem verbas privadas, estas não podem se sujeitar ao teto do funcionalismo público. Consequentemente, não estão sujeitas às contribuições previdenciárias, já que não servirá para a soma dos valores dos proventos de aposentadoria. Com isso não se quer dizer que há isenção tributária aos advogados, já que a incidência do imposto de renda ocorrerá sobre os honorários de sucumbência.

Embora o STF[11] já tenha se posicionado sobre a aplicação do teto constitucional aos honorários de sucumbência dos procuradores dos entes estatais, o fez de forma equivocada, ao simples fundamento de não se enquadrarem os honorários sucumbenciais como vantagens pessoais, quando deveria caracterizar os honorários como verba privada e não como receita pública, o que excluiria do teto remuneratório.

E, por se tratar de verba privada, os valores arrecadados com o imposto de renda irão para os cofres da União, mesmo quando os advogados públicos forem dos quadros de outro ente estatal.

---

[10] CARVALHO, Francisco Bertino de. Regulamentação do inciso I do artigo 26 da Lei Complementar Municipal nº 03/1991. Revista JAM Jurídica. Edição especial, 2011. Salvador: Jam-Jurídica editoração e Eventos. p, 113.

[11] EMENTA: ADMINISTRATIVO. PROCURADORES DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. LEI Nº 10.430, DE MARÇO DE 1988, ART. 42. TETO REMUNERATÓRIO. GRATIFICAÇÃO DE GABINETE, ADICIONAL DE FUNÇÃO E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Legitimidade do teto remuneratório, na forma fixada pelo dispositivo legal sob enfoque. Preceito que não foi recebido pela CF/88, no ponto em que fixou teto para a remuneração bruta, a qualquer título, dos servidores municipais. Orientação assentada pelo STF, na ADI 14, Rel. Min. Célio Borja, no sentido de que deverão ser excluídas do cálculo do teto previsto no art. 37, XI, da CF/88, as vantagens pessoais, como tais, entretanto, consideradas apenas as decorrentes de situação funcional própria do servidor e as que representem uma situação individual ligada à natureza ou às condições do seu trabalho. Hipótese a que não se subsome a última das vantagens em destaque. Ausência, nos autos, de elementos que permitam a identificação da natureza jurídica da segunda delas. Recurso conhecido e parcialmente provido. (RE 220397, ILMAR GALVÃO, STF.)

Ao contrário do que ocorre quando servidor público do Município ou do Estado, já que os valores descontados com o imposto de renda sobre seus vencimentos ou subsídios são retidos para os Municípios e os Estados.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos argumentos acima trazidos, demonstrou-se que a natureza jurídica dos honorários de sucumbência recebidos pelos advogados, seja ele público ou privado, têm natureza alimentar, e possuem ordem especial quando devidos pela fazenda pública no regime de precatórios.

Em relação à titularidade do direito de percepção dos honorários de sucumbência decorrentes das vitórias judiciais dos entes públicos, conclui-se serem devidos aos advogados públicos dos respectivos entes, como ratificado pela OAB, pelos tribunais superiores e pelo legislador ao editar o NCPC. Saliente-se que lei específica de cada ente deve regulamentar o modo de seu recebimento; todavia, não poderá dispor de forma contrária à sua titularidade, já definida pelo NCPC.

Infere-se, de todo o exposto, que não há mais dúvidas sobre a titularidade dos honorários de sucumbência na advocacia pública. Contudo, ainda não se pacificou o entendimento de sua sujeição ou não ao teto remuneratório dos servidores públicos, previsto no art. 37, XI, da CF/88.

O entendimento trilhado neste artigo é no sentido da não aplicação do teto constitucional aos honorários de sucumbência dos procuradores dos entes estatais, tendo em vista serem os honorários sucumbenciais verba privada e não receita pública. Por ser verba privada, não pode ser atribuído para as vantagens previdenciárias do advogado público, em especial, por não se sujeitarem às contribuições sociais. Por outro lado, é devido o imposto de renda, que deve ser recolhido para a União.

Espera-se com este singelo artigo incitar os estudiosos e operadores do direito ao estudo da matéria, que sofrerá diversas intervenções regulamentares pelos entes estatais e sua administração indireta, a partir da vigência do novo CPC. Destarte, ao analisar os honorários de sucumbência como direito do advogado público, espera-se a ratificação deste entendimento pelos entes estatais que ainda não repassam essas verbas aos que possuem por direito a sua legitimidade.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Rogério Emílio de; DIAS, Rosa M. Pellegrini. Parecer - Comissão do Advogado Público da OAB/SP. *IN: Revista de Direito e Política*. São Paulo, vol. 4, p.115-116, jan./mar. 2005.

Brasil. Ministério da Fazenda. Secretaria do Tesouro Nacional. *Receitas públicas: manual de procedimentos: aplicado à União, Estados, Distrito Federal e Municípios* / Ministério da Fazenda, Secretaria do Tesouro Nacional – Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional, Coordenação-Geral de Contabilidade, 2005, p. 12.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil, 1.* São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO, Francisco Bertino de. *Regulamentação do inciso I do artigo 26 da Lei Complementar Municipal nº 03/1991.* Revista JAM Jurídica. Edição especial, 2011. Salvador: Jam-Jurídica editoração e Eventos. p, 113.

RAMOS, Gisela Gondim. *Estatuto da Advocacia: comentários e jurisprudência selecionada.* 4. ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2003, p. 427.

PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ, DA COOPERAÇÃO E DO DIREITO À PRODUÇÃO DE PROVAS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO – REFLEXOS DO NCPC

Francisco Bertino Bezerra de Carvalho*

Resumo: O artigo buscou analisar a aplicabilidade ao processo administrativo municipal das normas fundamentais elencadas pelo Novo Código de Processo Civil, especialmente dos princípios da boa fé, da cooperação e do direito à produção de provas, no âmbito do Estado Democrático de Direito, sob o prisma de que a formação e manifestação da vontade do Estado nos atos de aplicação do direito nos casos concretos, na execução do comando da lei ou na administração dos interesses coletivos pelo Poder Executivo, resulta de processos e procedimentos destinados à prática de atos complexos. Partiu do processo como instrumento do direito para construção, no plano real, de seu projeto de regulação da conduta e que a produção dos atos públicos jurídicos desafia tripla legitimação, pela fundamentação, pelo procedimento e pelo diálogo comunicativo de Habermas, aplicado no espaço do processo.

Abstract: The paper researchs the applicability to the municipal district administrative process of the fundamental norms set forth by the New Code of Civil Procedure, particularly the principles of good faith, cooperation and the right to produce evidences, within the Democratic State of Law, under the prism that the formation and manifestation of the will of the State in the acts of application of the law in concrete cases in the execution of the command of the law or in the administration of collective interests by the Executive Power, results from processes and procedures destined to practice complex acts. It presents the process as an instrument of law for the construction, in the real plan, of its project of regulation of conduct and that the production of legal public acts defies triple legitimation, by the legal fundamentation, the procedure and the communicative dialogue of Habermas, applied in the process ecope.

* Procurador do Município do Salvador 2ª Classe, Mestre em Direito Econômico pela UFBa e Doutor em Direito Público pela UFBa., Professor de Direito Processual Civil, UFBa, Coordenador do Curso de Graduação UFBa.

Palavras chaves: Novo Código de Processo Civil. Processo Administrativo Municipal. Aplicação das normas processuais fundamentais. Boa fé. Cooperação. Direito à produção de provas.

Key Words: New Code of Civil Procedure. Municipal District Administrative Procedure. Application of fundamental procedural rules. Good faith, Cooperation. Right to produce evidences.

1) INTRODUÇÃO

O objetivo do artigo é analisar a aplicação das normas fundamentais do processo ao procedimentos e processos administrativos. Abordam-se aspectos do desafio da aplicação concreta do direito pelos Poderes Judiciário e Executivo, no âmbito do Estado Democrático de Direito para, ao final, elevar a importância do processo na formação da vontade dos atos públicos e refletir sobre a aplicação das normas fundamentais elencadas no Novo Código de Processo Civil ao Processo Administrativo.

2) APLICAÇÃO DAS NORMAS FUNDAMENTAIS DO NCPC AO PROCESSO ADMINISTRATIVO

O processo – devido processo legal, cuja origem remonta à Magna Carta cujos 800 anos celebraram-se em 2015 – é uma das mais significativas conquistas do que se convencionou chamar de Estado Democrático de Direito.

O Capítulo II (Da aplicação das normas processuais) do Título Único (Das normas fundamentais e da aplicação das normas processuais) do Livro I (Das normas processuais civis) do Novo Código de Processo Civil – NCPC, no art. 15, prevê a aplicação das disposições do Código de Processo Civil supletiva e subsidiariamente ao processo administrativo, na ausência de normas que regulem:

> Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

A este dispositivo Humberto Theodoro Júnior atribui o condão de transformar o NCPC na "*principal fonte do direito processual no ordenamento brasileiro*"[1], pois lhe caberia o papel de "*fonte de preenchimento de todas as lacunas dos outros diplomas processuais*"[2] alinhando-se ao seu pensamento Cassio Scarpinella Bueno,[3] Nelson Nery Júnior[4], Guilherme Marinoni[5], Teresa Arruda Alvim Wambier[6], Marcelo Abelha Rodrigues[7], Fernando da Fonseca Gajardoni[8], entre outros. A doutrina de direito administrativo, mesmo antes do advento do NCPC já concluía, por força da

---

1 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 57. ed. Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 99

2 Idem, p. 99.

3 "o dispositivo quer acentuar o caráter supletivo e subsidiário do Código de Processo civil aos demais processos jurisdicionais e administrativos." (BUENO, Cassio Scarpinella. Novo código de processo civil anotado. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 52).

4 "3. Lei geral do processo. O CPC é a lei geral do processo civil no Brasil. Pela incidência do princípio da especialidade, comente quando houver regra especial específica, contrária à regra geral do CPC é que a lex specialis derrogat generallis. Ainda que não exista na lei especial dispositivo expresso no sentido da aplicação do CPC na lacuna, aplica-se por ser a lei geral do processo.
4. Aplicação subsidiária e supletiva. Na falta de regramento específico, o CPC aplica-se subsidiariamente aos processos judiciais trabalhistas (CLT 769), penais e eleitorais, bem como aos administrativos. De qualquer modo, a aplicação subsidiária do CPC deve guardar compatibilidade com o processo em que se pretende aplicá-lo. A aplicação supletiva também deve levar em consideração estes último princípio." (NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 233.)

5 "Nessa linha, na ausência de norma específica, a disciplina do processo civil tem caráter geral – isto é, transetorial. (MARINONI, Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 113)

6 "Não se trata somente de aplicar as normas processuais aos processos administrativos, trabalhistas e eleitorais quando não houver normas, nestes ramos do direito, que resolvam a situação." (WAMBIER, Tersa Arruda Alvim ... [et. al.]. Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 75.)

7 RODRIGUES, Marcelo Abelha. Manual de direito processual civil. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 64.

8 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015: parte geral. São Paulo: Forense, 2015, pp. 95/96.

unidade da teoria geral do processo, a aplicação subsidiária das normas de processo civil ao processo administrativo[9], também já admitida pela jurisprudência do STJ[10], ainda que se ressalve a necessidade de sua compatibilização[11].

A aplicação supletiva (complementar ou suplementar) e subsidiária (alternativa e subsequente) requer reflexão dirigida à definição do seu alcance, não obstante a doutrina caminhe no sentido de empregar o sentido das expressões, cujo significado não é o mesmo[12], para colmatar lacunas e omissões, cabendo à doutrina a tarefa de dar concretude à compatibilização dos sistemas normativos codificados de forma a identificar quando a hipótese é de lacuna parcial, complementável por norma subsidiária e quando é total capaz de admitir complementação supletiva[13], completando as regras procedimentais quando as regras disponíveis não se apresentem com clareza e/ou precisão suficientes:

A compreensão da "*ausência de normas que regulem processos ... administrativos*" pede uma análise mais acurada, uma vez que o significado pretendido pelo legislador parece escapar em leitura mais açodada e literal.

Com efeito, a um exame preliminar, a expressão "*na ausência de normas que regulem*" parece exigir a inexistência de códigos ou leis regulamentares para atrair a aplicação do NCPC, quando, em verdade, a proposta seria mais avançada, no sentido de dar este caráter complementar às normas do novo CPC sempre que, diante das normas, inclusive as existentes no ordenamento, a supletividade e a subsidiariedade tornem-se necessárias ou mesmo úteis. A leitura apressada e restritiva implicaria a compreensão, por exemplo, que a existência da Lei Federal 9.784/99 impediria a incidência de disposições do NCPC no processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

Observe-se, no particular, que no Capítulo XVIII (Das disposições finais) da lei de processo administrativo federal, fixou-se regra tornando a aplicação da referida legislação subsidiária aos "*processos administrativos específicos*"[14]. Desta forma, resta evidente que a Lei Federal nº 9.784/99 foi instituída, ela própria, para servir de norma geral aplicável na ausência de regramentos processuais específicos, ou seja, havendo uma lei de processo administrativo fiscal municipal, a Lei Federal nº 9.784/99 somente será utilizada complementarmente àquela existente.

Em relação à CLT, já havia previsão em seu art. 769[15], embora a aplicação supletiva e subsidiária do NCPC ao processo do trabalho ainda assim foi objeto de intensa e profícua discussão no âmbito do Fórum Permanente de Processualistas Civis, do qual surgiram inúmeros enunciados pela aplicação[16], não obstante o TST tenha baixado a Instrução Normativa nº

---

[9] FERRAZ, Sérgio, DALLARI, Adilson Abreu. Processo administrativo. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 141.

[10] STJ, RMS 29.036/ES, 1ª Turma, j. 03.03.2011, Rel. Mon. Benedito Gonçalves, DJe 16.03.2011.

[11] Na falta de regramento específico, o CPC aplica-se subsidiariamente aos processos judiciais trabalhistas (CLT 769), penais e eleitorais, bem como aos administrativos. De qualquer modo, a aplicação subsidiária do CPC deve guardar compatibilidade com o processo em que se pretende aplicá-lo. A aplicação supletiva também deve levar em consideração este último princípio." (NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 113.)

[12] "Aplicar supletivamente é mais do que subsidiariamente, e disso dá conta o próprio sentido de tais expressões: naquele caso está a suprir a ausência de disciplina na lei omissa; a aplicação subsidiária, por sua vez, é auxiliar, operando como que a dar sentido legal a uma disposição legal menos precisa." (MEDINA, José Miguel Garcia. Novo código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 4. ed. rev., atual. e ampl.: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 82)

[13] MEIRELLES, Edilton. O novo CPC e a aplicação supletiva e subsidiária no processo do trabalho. In: O novo código de processo civil e seus reflexos no processo do trabalho. Org. Elisson Miessa. Salvador: Juspodivm, 2015, pp. 39/44.

[14] Art. 69. Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei.

[15] Art. 769 - Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.

[16] Enunciados do FPPC concluindo pela aplicação subsidiária do NCPC ao Processo do Trabalho: 108, 109, 112, 124, 126, 131, 139, 145, 151, 167, 171, 199, 214, 245, 246, 250, 266, 270, 294, 302, 304, 325, 326, 329, 330, 331, 332, 333, 335, 347, 350, 352, 353.

39, em alguns pontos, sem acompanhar o mesmo entendimento dos enunciados do FPPC – Fórum Permanente de Processualistas Civis.

Em relação ao processo administrativo, a previsão do NCPC tem relevantes alcance e significado, conforme reconhece Paulo Cezar Pinheiro Carneiro ao reconhecer ser "*inegável a importância da aplicação supletiva e subsidiária do novo Código de Processo Civil ao processo administrativo, especialmente as normas que tratam dos direitos fundamentais e da sua respectiva aplicação (arts. 1º ao 12)*"[17].

Só a incidência do Capítulo sobre as normas fundamentais do processo civil ao processo administrativo já seria, pelo conteúdo de tais dispositivo, revolucionário, mas o mesmo doutrinador releva a afetação do processo administrativo pelo tratamento dado à jurisprudência e sua influência sobre a administração pública[18].

2.1) **Aplicação do NCPC ao processo administrativo no Município do Salvador.** Esta influência do NCPC, que alcança todo o processo administrativo, nas três esferas, é ainda maior no processo administrativo municipal, notadamente no Município do Salvador, desprovido de uma legislação própria de processo administrativo, não obstante disponha de leis especiais que estabeleçam regras de procedimentos específicos.

Com efeito, se o processo administrativo – como um todo – será diretamente afetado pela edição do NCPC, com relação ao processo administrativo municipal, em municípios que não tenham sua própria legislação processual, como no de Salvador, a aplicação supletiva e subsidiária do NCPC, em verdade, se converterá em aplicação integral, salvo conflito com norma expressa não revogada por sua incompatibilidade.

São duas análises complementares necessárias para a compreensão da aplicabilidade do NCPC no processo administrativo no Município do Salvador: primeiro, inexiste uma lei municipal geral de processo administrativo no município, fato suficiente para atrair a incidência do NCPC como normatividade de aplicação supletiva e subsidiária; segundo, mesmo a legislação existente, ainda que especial – circunstância que normalmente afastaria sua revogação por norma geral – poderá ser afastada em caso de incompatibilidade com o NCPC na hipótese de conflito sistêmico.

É preciso explicar. Regra consagrada de hermenêutica determina que o conflito aparente entre norma geral e norma especial é resolvido pela prevalência da segunda. Esta regra, todavia, pressupõe a existência simultânea das duas regras em conflito aparente. Quando a hipótese é de conflito intertemporal em associação com conflito de conteúdo prescritivo entre regras gerais e especiais, não há como aplicar uma fórmula para resolver, e é imprescindível fazer o exame do caso concreto, pois tanto a edição de uma nova norma pode ensejar a necessidade de estabelecer qual irá prevalecer, como a convivência pode ser harmônica. O mais comum quando, existindo uma norma geral, é posteriormente editada uma especial, é que esta última quase sempre prevaleça nas hipóteses que disciplina. O inverso, porém, ocorre com bem menos frequência, pois uma regra ou conjunto de regras especiais pode tornar-se incompatível com uma nova regra geral que obrigue sua expulsão do sistema, circunstância comum quando esta nova norma instaura um sistema diverso do anterior. Este é exatamente o caso do NCPC.

Com efeito, não obstante a semelhança, muitas vezes repetição de muitos dispositivos, o fato é que o novo CPC atualiza – tardiamente – o processo para o ordenamento constitucional inaugurado com a Constituição Federal de 1988 e, ao fazê-lo, constrói outro modelo de processo.

---

[17] CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Breves comentários ao novo código de processo civil. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier [et. al]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 95.

[18] Idem, pp. 95/96.

Basta mencionar o texto do art. 126 do CPC de 1973, segundo o qual, na lacuna da lei, dado o princípio do *non liquet*, o juiz seria obrigado a julgar, aplicando, pela ordem, a analogia, os costumes e, por último, os princípios gerais do direito, para se compreender a absoluta incompatibilidade da concepção do CPC de 1973 com um ordenamento constitucional fundado em torno de princípios, que, ao invés de serem o último critério de preenchimento das lacunas do texto legal, passou a ser a medida – a régua e o compasso na consagrada expressão da Bahia – da interpretação e da construção de significados para as normas.

Não se trata apenas de inaugurar um capítulo de normas fundamentais no CPC, é uma mudança mais profunda, necessária à adaptação do processo – e sua instrumentalidade – para cumprir sua missão em um ordenamento cravejado de princípios estruturantes.

Assim, é esperado – e previsível – que muitas regras processuais, mesmo especiais, venham a ser revogadas com a entrada em vigor de um sistema substancialmente diferente com o qual não podem ser compatibilizadas, o que será particularmente sentido no direito administrativo municipal pela ausência, como no caso de Salvador, de legislação própria.

Exemplificativamente, princípios estruturados para o novel processo brasileiro, como o da boa-fé objetiva, razoável duração do processo, cooperação, aplicação conforme, não surpresa, efetivo contraditório e fundamentação ingressam integralmente no processo administrativo, revolucionando suas bases e expulsando as normas com eles incompatíveis. Isto, no processo administrativo municipal, implica em enormes transformações, em especial com a centralidade na efetivação dos direitos. No caso do Município do Salvador, sem legislação processual própria, a aplicação praticamente integral do NCPC traz impacto significativo.

O Novo Código de Processo Civil do Brasil deixa transparecer sua preocupação com a efetivação do direito por meio do processo ao, entre outras posturas: vincular o processo civil à Constituição Federal (art. 1º[19]); estabelecer o princípio da cooperação (art. 6º[20]); submeter a atividade jurisdicional a princípios norteadores (art. 8º[21]); exigir e objetivar a fundamentação (arts. 11[22] e 489, §1º, I à VI[23]); aumentar o rigor da análise da responsabilidade das partes por sua conduta em Juízo, até mesmo por pleitear indevidamente a gratuidade da justiça (art. 100, par. ún.), e; parametrizar pela boa-fé objetiva a conduta de todos os partícipes do processo (art. 5º) e a interpretação do pedido (art. 322, §2º) e da decisão judicial (art. 489, §3º).

Como já visto, os princípios processuais estabelecidos pelo NCPC se aplicam ao processo administrativo municipal em Salvador por ausência de regulamento específico sobre a matéria,

---

[19] Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

[20] Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

[21] Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

[22] Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

[23] 498 […] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

de forma que todo o plexo axiológico abraçado pelo NCPC – e suas normas de proteção – que se espraia pelos processos trabalhistas, eleitorais e administrativos, tem grande repercussão no direito administrativo processual do município do Salvador.

É possível conjecturar, com alguma razão, acerca da desnecessidade da expressão literal de muitos destes dispositivos que poderiam ser deduzidos da ordem constitucional ou mesmo dos princípios informadores do direito, inclusive do ramo específico do processo, mas o senso de necessidade que moveu o legislador para tais inclusões retrata o reconhecimento da distinção prática entre, por exemplo, consagrar na Constituição o princípio da fundamentação (CF 93, IX) e obter decisões dos órgãos jurisdicionais efetivamente legitimadas democraticamente por sua motivação.

Alcançar todas as consequências desta interação supera em muito as possibilidades e pretensões deste ensaio, cujo objetivo será o de, sob iluminação específica das reflexões anteriores acerca da formação dos mitos e crenças sociais, da estruturação do Estado contemporâneo em formato de rede neural ou digital e do papel do processo na criação legítima do direito nos casos concretos, discorrer sobre algumas das normas fundamentais do processo e respectiva aplicação no processo administrativo municipal.

2.2) **Os princípios da cooperação e da boa-fé no processo administrativo**. É necessário abordar o conceito de cooperação objetiva constante do art. 6º e sua correlação com a boa-fé imposta pelo art. 5º. A dicção legal é esclarecedora:

> Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.
>
> Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Todos aqueles que, de alguma forma, atuarem nos processos administrativo e judicial, estão obrigados a agir em conformidade com a boa-fé e a cooperar para que sua conclusão em tempo razoável, com resposta final efetiva e justa sobre seu objeto.

A doutrina processual lusitana, mais experiente com ambos os conceitos que já existem há mais tempo na legislação processual portuguesa, não titubeia em descrever o sentido destes conceitos, seja de boa-fé[24,25], seja de cooperação[26] ou em estabelecer a íntima relação entre eles[27].

---

[24] "A boa-fé traduz a convicção de agir ou de ter um comportamento conforme aos princípios da justiça e da lealdade que a cada um se impõem nas suas relações com as outras pessoas. Neste sentido, dispõe o art. 8º que as partes devem agir de boa-fé e observar os deveres de cooperação resultantes do preceituado no artigo anterior." (AMARAL, Jorge Augusto Pais de. Direito processual civil. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 27)

[25] "Assim, enquanto no sentido subjetivo se visa uma atuação em boa fé, no sentido ético visa-se antes uma atuação segundo a boa fé, no sentido ético visa-se antes uma atuação segundo a boa fé e por ele se alude e se exprime genericamente o critério que deve presidir e orientar todo o comportamento do sujeito de direito, nomeadamente no exercício de todo e qualquer direito subjetivo.
Porém, será, fundamentalmente, com o significado de regra de correção e lealdade que a boa fé implica, precetivamente, comportamentos por comissão ou omissão que delimitam o conteúdo dos direitos subjetivos e que, assim, assumem especial relevo quanto à legitimidade ou ilegitimidade do agir." (RODRIGUES, Fernando Pereira. O novo processo civil: os princípios estruturantes. 2. ed.. Coimbra: Almedina, 2013, p. 108).

[26] "O princípio da cooperação consubstancia-se, per summa capita, no dever que impende sobre os diversos intervenientes processuais (magistrados, mandatários, partes ou terceiros para tanto judicialmente instados que prestarem a sua cooperação activa no sentido da obtenção, com celeridade e eficácia, da justa composição do litígio (art. 266º, nº 1). Trata-se, no fundo, de uma directriz ou, se se quiser, de uma <regra programática>, orientadora da conduta processual, não apenas dos magistrados, como também dos mandatários judiciais e das próprias partes. A respeito deste princípio, e da cooperação intersubjetiva, fala a doutrina alemã de uma comunidade de trabalho (Arbeitsgemeinschaft) entre as partes e o tribunal para a realização da função processual." (ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de. Direito processual civil. Coimbra: Almedina, 2010, vol. I, p. 288)

[27] "O princípio da cooperação implica para as partes e demais intervenientes um dever de litigância de boa fé, ou seja, um honeste procedere, traduzindo numa actuação processual pautada pela lisura e lealdade. As partes devem agir de boa fé e observar os deveres de cooperação plasmados no art.º 226.º (art.º 226.º-A)" (ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de. Direito processual civil. Coimbra: Almedina, 2010, vol. I, pp. 292/293)

Evidente, assim, que a postura de todos aqueles que atuarem no processo administrativo no âmbito do município deve refletir tais compromissos com a boa fé e com a cooperação para uma solução efetiva e justa do objeto do processo.

Esta dicção traz enormes consequências para processos administrativos de licitação, pleitos de administrados durante a execução do contrato administrativo, requerimentos de servidores e cidadãos, pois a tônica será a utilização dos processos administrativos para a realização do direito, sem espaço para ações estratégicas – no conceito de Habermas – voltadas obter vantagens indevidas.

Litigar de má-fé no processo administrativo municipal pode e deve ter consequências jurídicas graves para aqueles que pretenderem desvirtuar o objetivo do processo.

Estas estipulações chegam muito mais longe. Os princípios, não obstante seu natural conceito aberto, determinam implicações objetivas e práticas relevantes nos processos. Por exemplo, é no princípio da cooperação que a doutrina encontrou sustentação para a instituição no direito processual brasileiro da distribuição dinâmica da carga probatória.

Com efeito, prevê o § 1º do art. 373[28] a possibilidade de o juiz, mediante decisão fundamentada e sempre assegurando à parte a oportunidade de desincumbir-se do ônus, excepcionar a clássica regra do ônus da prova fundada no interesse nos casos: a) previstos em lei; b) de impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o encargo pela regra geral; c) maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário. Tal deliberação não pode gerar situação na qual "*a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil*" (art. 373, § 2º).

O NCPC ainda prevê a possibilidade de a distribuição do ônus da prova ser ajustada por convenção das partes (art. 373, § 3º), antes ou durante o processo (art. 373, § 4º) exceto quando recaia sobre direito indisponível da parte e/ou torne excessivamente difícil o exercício do direito a uma das partes. Esta dissociação da prova das partes e de seus interesses individuais se confirma no artigo 371[29].

Com efeito, ao se distribuir o ônus da prova por critério distinto do interesse no esclarecimento do fato, permitindo-se que o mesmo seja atribuído à parte que não tem interesse na demonstração daquele fato, ao revés, ou, em outras palavras, quando se obriga uma das partes a trazer aos autos prova em favor da outra contra a qual está litigando, a natureza da relação jurídica se modifica, pois se transforma a produção de prova em juízo, neste caso, em dever da parte, como já reconhecem doutrinadores (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2015b, 253), corroborados pelo texto do art. 378 do NCPC[30], cuja sanção processual passa a ser a própria atribuição do ônus, que, ao final, pode acarretar o êxito da parte adversária na demanda. O dever de cooperação, neste caso, atinge todos (art. 378) inclusive terceiros que podem ser sancionados por não colaborar (art. 400, par. ún.).

Há substancial diferença entre perder uma ação por não ter feito a prova necessária para demonstrar a existência de seu direito de sucumbir na demanda por não ter produzido nos autos a prova contrária àquela necessária e útil ao oponente. Isto porque, ao se compelir o litigante a colaborar com a Justiça contra si, precisa-se admitir que a conjugação dos princípios da verdade real e da cooperação tornaram a produção de provas um dever, não mais um ônus, a despeito do disposto no art. 379 do NCPC.

---

[28] § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

[29] Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

[30] O texto repete o art. 339 do CPC/73, mas a distribuição dinâmica da prova confere-lhe outro alcance.

A diferença é tamanha que Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery (2015, 997) chegam a enxergar (sem razão[31]) inconstitucionalidade por violação ao princípio de direitos humanos vigente no Brasil de que ninguém pode ser obrigado a produzir prova contra si mesmo (CIDH, art. 8º, 2 g[32]), cujo teor, a rigor, veda apenas que o réu em acusações de delitos seja obrigado a depor contra si mesmo ou declarar-se culpado.

A distinção do início do parágrafo anterior não tem conotação de crítica, pois ambos os princípios – verdade real e cooperação – alinham-se perfeitamente com a instrumentalidade do processo[33], norte essencial da consagração do devido processo legal como meio de concretização do direito e não de sua postergação ou negação. O objetivo é o de fazer a reflexão para melhor compreender a nova dimensão e o alcance do instituto da cooperação.

De fato, a distribuição do ônus da prova por critério que não seja o interesse próprio da parte que precisa da prova muda a lógica natural do processo, pois, a rigor, se está criando a obrigação de trazer a prova para o juízo/Administração, como corolário dos princípios da cooperação, expressamente incorporado pelo artigo 6º do NCPC e da verdade real, cuja adoção na Lei 13.105/15 se extrai da análise de dispositivos dispersos (como os arts. 345, IV, 349, 371, 380, par. ún., 400, par. ún., 403, par. ún., 435, par. ún., 479), ainda que, inexplicável e injustificadamente, o NCPC tenha previsto no direito processual civil a concepção de que a parte tem o amplo direito de não produzir prova contra si (art. 379[34]), de constitucionalidade duvidosa (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2015b, 256), mesmo que o artigo que a desobriga especificamente seja mais restritivo (art. 388[35]).

A análise dos reflexos da boa-fé e da cooperação sobre a produção de provas no processo administrativo municipal apresenta um recorte, dentre inúmeros possíveis, para trazer à luz as possibilidades criadas por esta nova base de princípios para o processo.

Duas considerações se impõem ainda: a) realçar a necessidade da decisão fundamentada nos termos do artigo 11 do NCPC, que, embora o dispositivo se refira aos requisitos da sentença, remete aos incisos do § 1º do art. 489 do NCPC, pois a tônica do código cidadão é a da legitimação da jurisdição pelo procedimento, pela fundamentação e até, em certos casos, pelo diálogo com terceiros interessados (art. 138) e com a sociedade (arts. 927, § 2º, 983, 1.038, II); b) registrar a necessidade de assegurar à parte para a qual se distribuir o ônus probante fora da regra geral a oportunidade de desincumbir-se do mesmo, refutando, assim, a redistribuição na sentença (DIDIER JR., BRAGA, OLIVEIRA, 2015b, 125)[36], corolário óbvio do princípio da

---

[31] Não obstante a opinião de Nelson Nery e Rosa Maria Nery, a distribuição dinâmica somente faz sentido quando determinar ônus distinto daquele previsto na lei, norteado pelo interesse. Taxar de inconstitucional toda distribuição que exigir prova contrária ao interesse esvazia o instituto em favor de um princípio que tem toda relevância no direito processual penal, mas que no processo civil inviabilizaria a aplicação do princípio da cooperação em matéria probatória, atingindo os princípios da verdade real e da instrumentalidade do processo, quando a garantia fundamental do processo penal não tem a mesma função ou alcance no processo civil.

[32] Artigo 8. Garantias judiciais [....]. 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [....] g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;

[33] Mesmo deslocado o eixo do processo instrumento do juiz para processo instrumento da sociedade, toda ampliação do papel e da atuação das partes no processo não o desvinculou de sua finalidade como caminho para efetivação do direito, ao contrário.

[34] Art. 379. Preservado o direito de não produzir prova contra si própria, incumbe à parte:
I - comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado;
II - colaborar com o juízo na realização de inspeção judicial que for considerada necessária;
III - praticar o ato que lhe for determinado.

[35] Art. 388. A parte não é obrigada a depor sobre fatos:
I - criminosos ou torpes que lhe forem imputados;
II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo;
III - acerca dos quais não possa responder sem desonra própria, de seu cônjuge, de seu companheiro ou de parente em grau sucessível;
IV - que coloquem em perigo a vida do depoente ou das pessoas referidas no inciso III.
Parágrafo único. Esta disposição não se aplica às ações de estado e de família.

ampla defesa infelizmente mal compreendido por parte da doutrina (NERY JR, NERY, 2015, 997) e da jurisprudência (apesar do STJ já ter repelido este entendimento[37]) construída sobre a interpretação do Código de Defesa do Consumidor[38]. Atendidos aos requisitos, a redistribuição poderia ser determinada pelo juiz nas hipóteses do NCPC.

A incorporação dos princípios da boa-fé e da cooperação no processo administrativo municipal representa, portanto, uma revolução na forma e no conteúdo dos processos administrativos, permitindo um novo enfoque pautado essencialmente na finalidade dos procedimentos em curso no poder executivo desenvolvidos sob inspiração de uma cooperação proativa e leal de Administradores e administrados dirigidas por uma comunicação franca, sincera e de intencionalidade voltada à realização do direito, notadamente e de sede constitucional.

2.3) **Direito à prova no processo administrativo**. Em processo, verdade (no plano fático) associa-se à prova, já que controvérsia fática é a tônica das demandas judiciais e administrativas.

A correlação verdade, prova, processo e direito transformou o direito à prova em um direito fundamental (MARINONI, 2015a, 504). Registre-se que verdade, direito e processo não são conceitos unívocos, não sendo diferente com prova "*una famiglia di concetti e cui membri mostrano varie carattieristiche analoghe ma anche rilevanti differenze*" (TARUFFO, 2014a,75), motivo de serem referidos por gênero.

O direito à prova (em sua amplitude) contempla, entre outros aspectos, a correlação teleológica entre prova e verdade e a distribuição adequada do ônus da prova (MARINONI, 2015a, 505).

Esse direito fundamental (DIDIER JR., BRAGA, OLIVEIRA, 2015b, 41) também está previsto em tratados internacionais incorporados ao direito brasileiro, como a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), incorporado pelo Decreto nº 678-9, no seu art. 8º e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, incorporado pelo Decreto n º 592/92, no seu art. 14.1, alínea "e". O § 3º do art. 5º da Constituição Federal prevê que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros equivalerão às emendas constitucionais.

O direito à prova, pela ótica das partes, assegura o direito à oportunidade de fazer a prova e levá-la aos autos, mas, no processo plural cooperativo, é também um direito da Administração (e do juízo) de obter a prova para instruir o processo. Deve-se realmente ressaltar, especialmente no âmbito do direito processual administrativo, que o direito à prova também é de titularidade do Poder Público, não apenas porque integra o processo administrativo, mas, acima de tudo, por ter deveres legais de concluir satisfatoriamente. Se o juiz, no processo judicial, precisa formar seu convencimento para decidir, sendo-lhe conferida a direção do processo e o acesso a todos os meios de prova permitidos, outra não é a situação da autoridade perante a qual tramita o processo administrativo, pois, ainda que não seja um "terceiro equidistante" uma vez não ser a hipótese de heterocomposição, tem a atribuição legal (dever) de extrair do processo a aplicação concreta da lei, sob pena, inclusive, de responder por improbidade.

---

[36] Sem razão, portanto, Nelson Nery e Rosa Maria Nery ao cogitar da redistribuição do ônus na sentença (2015, 997), seja por ofensa literal aos próprios §§ 1º e 2º do art. 373 do NCPC, seja, aí sim, por violação aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e da instrumentalidade.

[37] STJ, 2ª Turma, AgRgREsp 1450473-SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 23.9.14, DJUE 30.09.14.

[38] É conhecido o entendimento – flagrantemente inconstitucional – de que o inciso VIII do art. 6º do CDC permite a inversão do ônus da prova na sentença – encerrada a instrução, não obstante a violação ao princípio da ampla defesa. A ideia inspira proposta de texto de reforma do CDC em tramitação legislativa no qual tal aberração teria consagração literal no texto. Espera-se que o texto do NCPC freie este ímpeto.

A circunstância de a autoridade, no processo administrativo, praticar ato próprio – de sua competência – não reduz, ao revés, aumenta, sua necessidade de acertar como se infere das substanciais diferenças dos efeitos do ato sobre sua própria responsabilização legal. Não é por acaso que o julgador somente responde pessoalmente pelos atos praticados na função judicante em caso de dolo ou culpa grave, enquanto o Administrador será responsabilizado civil, administrativa e penalmente simplesmente por inobservar a legalidade.

O tipo de responsabilidade legal do Administrador reforça e dá concretude à relevância de ser o mesmo destinatário do direito de produzir provas para instruir o processo administrativo que irá apreciar, conferindo-lhe poderes não menos abrangentes que o do juiz no tocante à instrução probatória, ainda que não acompanhados da coercitividade da ordem judicial.

Registre-se que se o Administrador não pode, por exemplo, determinar a condução coercitiva de uma testemunha recalcitrante ou determinar a busca e apreensão de documentos, tanto pode (e deve) valer-se de medidas judiciais para tanto, quando necessário, como pode prever em instrumentos contratuais (ou em regras editalícias como outro exemplo) sanções administrativas e civis para a não cooperação (sendo esta também exigível por força do princípio anteriormente tratado).

Assim, em processos de licitação, pode ser exigida da licitante a apresentação de planilha aberta de preços, sob pena de desclassificação, assim como, no edital e no contrato, ser previsto que a empresa contratada, para obter revisão de preços, deve reapresentar a mesma planilha acompanhada dos documentos comprobatórios dos custos sob pena não apenas do indeferimento do pleito, como de sanções contratuais, uma vez que se estaria inviabilizando, por falta de cooperação, a correta conclusão do procedimento administrativo com danos ao erário (inclusive de uma negativa a uma revisão devida, mas não comprovada, que, posteriormente, poderia ser objeto de demanda judicial a ser julgada em desfavor da Administração porque, no processo administrativo, não lhe fora permitido ter elementos para sua correta apreciação).

Por estas razões, aplica-se também no âmbito do processo administrativo municipal a possibilidade da distribuição dinâmica da carga probatória, o que, inclusive para evitar celeumas, recomenda-se também que seja feito por meio de negócios jurídicos processuais que podem ser encartados, por exemplo, em cláusulas de contratos administrativos frutos de processos licitatórios.

De fato, os parágrafos do art. 373 do NCPC, como visto, inauguram uma abordagem diferenciada sobre a relação entre verdade, prova, processo e direito e permitem e requerem reflexões sobre sua contribuição para o papel do processo na construção e efetivação do direito material.

A teoria da carga probatória dinâmica em sua gênese no direito portenho (OLIVEIRA, 2014, 21), no qual sua utilização nos 21 anos de sua criação tem sido excepcionalíssima, se inspira no princípio da cooperação ao propor a determinação pelo juiz do ônus de provar para "*aquele que estiver, no processo, em melhor condição de fazê-lo*" (NERY JR., NERY, 2015, 997). A mesma situação, em muitas ocasiões, é exatamente aplicável ao Administrador quando tiver competência para praticar o ato e necessitar de elementos para formar sua convicção cujo oferecimento aos autos somente possa ser feito por terceiros, muitas vezes o próprio administrado interessado.

Este direito a produzir a prova tem relação direta com a produção formal da verdade real no processo, uma das diretrizes do NCPC. De fato, além de apontar a preocupação do texto do Novo Código de Processo com a relação entre verdade, processo e direito, a proposta da carga probatória dinâmica, neste contexto dos proces-

sos civil, eleitoral, trabalhista e administrativo[39], se correlaciona com a busca da verdade real.

No mesmo sentido e de forma mais específica, o NCPC reforçou o papel da busca da verdade na formação da decisão judicial e no ato administrativo (no que for aplicável) em diversas passagens, revelando, assim a consciência do legislador desta correlação e de sua importância na realização da missão dos Poderes Judiciário e Executivo.

Com efeito, além de manter o dever de expor os fatos conforme a verdade, a Lei nº 13.105/15 incluiu expressamente os procuradores entre os destinatários da norma (art. 77, I[40]) repetindo a alteração da verdade (art. 80, II) como hipótese de má-fé processual sujeita a reparação de perdas e danos, honorários e multa (ampliada em até dez vezes - art. 81) em favor da parte contrária (art. 96). Até mesmo os efeitos da revelia, reconhecidamente duros no direito brasileiro, foram amainados no texto em favor da formação de uma verdade processual mais próxima da real, seja por meio de sua inaplicabilidade quando os fatos forem inverossímeis ou conflitantes com a prova dos autos (art. 345, IV[41]), seja pelo reconhecimento do direito do revel à produção de provas (art. 349[42]). O NCPC também passou a prever expressamente (art. 139, VI) a proatividade do juiz na condução do processo comprometida com "*maior efetividade à tutela do direito*" inclusive quanto à ordem de produção da prova.

A aplicação de cada um destes artigos ao processo administrativo, exceto a questões dos honorários sucumbenciais (exclusivos da atividade jurisdicional), poderia até ser objeto de alguma controvérsia, se não fossem corolários das normas fundamentais elencadas entre os artigos 1º e 12 do NCPC, podendo-se extrair, as que já não derivarem da boa-fé e da cooperação previstas nos artigos 5º e 6º, como visto anteriormente, do direito à obtenção de solução em prazo razoável (art. 4º), da paridade de tratamento do art. 7º (compatibilizada com a presença do Estado no processo administrativo), o caráter finalístico e instrumental do processo (art. 8º), os princípios da não surpresa (art. 9º) e do efetivo contraditório (art. 10), sem mencionar a fundamentação das decisões (e atos administrativos) disposta no art. 11.

Todas estas normas fundamentais do processo afetam o direito administrativo processual, ou os processos administrativos municipais, proporcionando uma revolução em suas bases, ampliando o alcance de seus institutos e comprometendo-o, ainda mais, com a produção por meio dos atos administrativos complexos que, por meio deles, são produzidos, da solução efetivamente concretizadora da lei no plano objetivo da ação estatal.

O destaque casuístico aos princípios da boa-fé, da cooperação e do direito à produção da prova é aleatório, não observa uma hierarquia que os coloque à frente dos demais, servindo, ao revés, apenas para realçar a necessidade de avançarmos também no estudo dos impactos das demais normas fundamentais no processo administrativo, notadamente municipal.

Esta aplicação e seu longo alcance não excluem a incidência no processo administrativo municipal no âmbito do Município do Salvador, por ausência de regramento próprio, das demais regras do NCPC compatíveis com a lógica do processo perante a Administração Pública, cuja compreensão é igualmente necessária.

---

[39] No processo penal, substancial do direito penal, já que não há culpado sem decisão passada em julgado, em que o dever de provar é da acusação, pois a incerteza beneficia o réu, o papel da prova é outro e maior, pois destes enunciados deduz-se que não haverá incidência do direito penal sem a prova do crime, de sua autoria e da culpabilidade do réu.

[40] Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:
I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

[41] Art. 345. […] IV - as alegações de fato formuladas pelo autor forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos.

[42] Art. 349. Ao réu revel será lícita a produção de provas, contrapostas às alegações do autor, desde que se faça representar nos autos a tempo de praticar os atos processuais indispensáveis a essa produção.

3) CONCLUSÃO.

Buscou-se trazer para reflexão a aplicação do Novo Código de Processo Civil, mais particularmente suas normas fundamentais, ao processo administrativo, em especial no âmbito dos municípios, como o de Salvador, ainda desprovidos de legislação processual própria, escolhendo-se, para destaque, os princípios da boa-fé, da cooperação e do direito à produção de prova.

Além de concluir pela plena aplicabilidade dos referidos princípios ao direito processual administrativo municipal, conclui-se, também, pela necessidade aprofundar os estudos sobre a aplicabilidade e o alcance dos demais princípios e do próprio NCPC.

BIBLIOGRAFIA

ABELHA, Marcelo. **Manual de direito processual civil**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de. **Direito processual civil**. Coimbra: Almedina, 2010, vol. I.

_____. **Direito processual civil**. Coimbra: Almedina, 2015, vol. II.

AMARAL, Jorge Augusto Pais de. **Direito processual civil**. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **A justiça administrativa: lições**. 15. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

ANDRÉ, Adélio Pereira. **Vinculação da administração e proteção dos administrados**. Coimbra: Coimbra, 1989.

ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro: parte geral: fundamentos e distribuição dos conflitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, vol.1.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____ . **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro, MAIA, Maurilio Casas. Isonomia dinâmica e vulnerabilidade no direito processual civil. **Revista de Processo**. Ano 39, vol. 230, abril/2014, pp. 349/365. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo código de processo civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CALAMANDREI, Piero. **Direito processual civil**. Trad. por: Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery. Campinas: Bookseller, 1999, Vol.1.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Breves comentários ao novo código de processo civil**. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier [et. al]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CARNIO, Henrique Garbellini. Filosofia do direito processual e procedimentalização do direito. **Revista de Processo**. Ano 39, vol. 231, maio/2014, pp. 367/378. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CHIARILONI, Sergio. Uma perspectiva comparada da crise na justiça civil e dos seus possíveis remédios. **Revista de Processo**. Ano 38, vol. 228, fevereiro/2014, pp. 325/329. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

COSTA, Guilherme Recena. Livre convencimento e standards de prova. *In*: **40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro**. Camilo Zufelato e Flávio Luiz Yarshell (Org.). São Paulo: Malheiro, 2013.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo.** 18. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DAVI, Kaline Ferreira. **A dimensão política da administração pública: neoconsticutionalismo, democracia e procedimentalização**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015a, v.1

_____. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015b, v.2

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

FARIA, Edmur Ferreira de. **Controle do mérito do ato administrativo pelo judiciário.** 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

FARIA, Márcio Carvalho. A lealdade processual, o projeto de novo Código de Processo Civil brasileiro e a experiência portuguesa. **Revista de Processo**. Ano 39, vol. 230, abril/2014, pp. 369/396. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERRAZ, Sérgio, DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015: parte geral.** São Paulo: Forense, 2015.

GASPAR, António Henriques. **Justiça: reflexões fora do lugar comum**. Coimbra: Wolkers Kluwer Portugal, 2010.

GRECO, Leonardo. A teoria geral do processo e a prova. *In*: **40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro**. Camilo Zufelato e Flávio Luiz Yarshell (Org.). São Paulo: Malheiro, 2013.

JAUERNIG, Othmar. **Direito processual civil**. Trad. de: Zivilprozessrecht: ein Studienbuch. Trad. por: F. Silveira Ramos. 25. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. São Paulo: Malheiros, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LESSA, Pedro. **Do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915.

LIMA, Fernando Antônio Negreiro. **Teoria geral do processo judicial**. São Paulo: Atlas, 2013.

MARCATO, Antonio Carlos. Algumas considerações sobre a crise da justiça. *In*: **40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro**. Camilo Zufelato e Flávio Luiz Yarshell (Org.). São Paulo: Malheiro, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil, volume I.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil, volume 1.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015a.

_____. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume 2.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015b.

_____. **O novo processo civil**. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973**. 4. ed. rev., atual. e ampl.: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEIRELLES, Edilton. O novo CPC e a aplicação supletiva e subsidiária no processo do trabalho. *In:* **O novo código de processo civil e seus reflexos no processo do trabalho**. Org. Elisson Miessa. Salvador: Juspodivm, 2015.

MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado Constitucional. **Revista de Processo**. Ano 39, vol. 229, março/2014, pp. 51/74. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NERY JR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao código de processo civil: novo CPC – lei 13.105/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OLIVEIRA, Fernanda Paula, DIAS, José Eduardo Figueiredo. **Noções fundamentais de direito administrativo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

OLIVEIRA, Vivian von Hertwig Fernandes de. A distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro: a teoria da distribuição dinâmica. **Revista de Processo**. Ano 39, vol. 231, maio/2014, pp. 13/36. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **Teoria geral do processo**. Leme: Led, 1999.

RIBEIRO, Antonio de Pádua. **O judiciário como poder político no século XIX**. *In: Revista Síntese de Direto Processual Civil.* Porto Alegre: Síntese, v. 1, n. 1, set./out., 1999.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. **O direito constitucional à jurisdição**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). As Garantias do cidadão na Justiça. São Paulo: Saraiva, p. 31-51, 1993.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988**. *In*: Os 10 anos da Constituição Federal: temas diversos. Coord. Alexandre de Moraes. São Paulo: Atlas, 1999.

RODRIGUES, Fernando Pereira. **O novo processo civil: os princípios estruturantes**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2013.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 1.

_____. **Manual de direito processual civil.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SANTOS, Marília Lourido dos. **A interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

SEM, Amartya. **A ideia de justiça**. Trad. de: The idea of justice. Trad. por: Nuno Castello-Branco Bastos. Coimbra: Almedina, 2009.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, v. 1.

SOUSA, Miguel Teixeira de. Algumas questões sobre o ónus de alegação e de impugnação no novo processo civil português. **Revista de Processo**. Ano 38, vol. 228, fevereiro/2014, pp. 311/324. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SOUZA, José Guilherme de. **A criação judicial do direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETTO, Theobaldo. A boa-fé e a cooperação previstas no PL 8.046/2010 (novo CPC) como princípios viabilizadores de um tratamento adequado dos conflitos judiciais. **Revista de Processo**. Ano 39, vol. 230, abril/2014, pp. 13/32. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos do Direito Público.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TARUFFO, Michele. Il concetto di "prova" nel diritto processuale. **Revista de Processo**. Ano 39, vol. 229, março/2014, pp. 75/87. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a.

_____. Veritá e processo. **Revista de Processo**. Ano 38, vol. 228, fevereiro/2014, pp. 63/78. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014b.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 57. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processos e processo de conhecimento, volume 1**. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, et. al. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo.** Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015a.

_____. **Breves comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo.** Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015b.

YARSHELL, Flávio Luiz. Investigação e autonomia do direito à prova: um avanço necessário para a teoria geral do processo. *In*: **40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro**. Camilo Zufelato e Flávio Luiz Yarshell (Org.). São Paulo: Malheiro, 2013.

ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Geórgia Teixeira Jezler Campello*

RESUMO
O propósito desta investigação é estudar relevantes precedentes do Supremo Tribunal Federal que abarcaram o princípio da capacidade contributiva, nos últimos dez anos. Previamente, serão abordados a definição do conceito de capacidade contributiva e os seus aspectos positivo e negativo, a fim de se verificar quais os predicados do conceito e critérios foram utilizados e estabelecidos pelo STF no enfrentamento da matéria. Será analisada a norma de competência e o princípio em foco como dela integrante, especificamente como condicionante da matéria legislada, e também a competência jurisdicional para avaliar a constitucionalidade de normas violadoras do princípio da capacidade contributiva. Por fim, as decisões eleitas neste trabalho serão classificadas em dois grupos: aquelas que tiveram como parâmetro a capacidade contributiva em benefício do fisco; e as que contemplaram a capacidade contributiva em virtude do contribuinte.

Palavras-chaves: Capacidade contributiva. Competência tributária. Precedentes. STF

* Mestre em Direito pela PUC-SP. Especialista em Direito Tributário pela PUC-SP. MBA em Direito Público pela FGV-RIO. Especialista em Filosofia Contemporânea pela Faculdade Mosteiro de São Bento da Bahia. Procuradora do Município de Salvador.

1. INTRODUÇÃO

A capacidade econômica do contribuinte consagrou-se na Constituição de 1946, precisamente no art. 202, tendo sido excluída pela Emenda Constitucional 18, de 1965, que implementou a reforma constitucional tributária. A Constituição Federal de 1988 devolve o princípio da capacidade contributiva, que tem grande relevância e aplicação nas relações entre o fisco e o contribuinte.

A Constituição de 88 traz uma forma econômica capitalista[1], mas também contempla instrumentos de transformação social. O Estado Social que dela emerge prevê uma série de direitos básicos para os cidadãos e as decorrentes garantias para a sua efetividade; confere uma série de prestações de cunho social aos indivíduos e destes não pode retirar além do que tem que lhes dar[2] sob pena de subverter valores sob os quais a Carta Constitucional está imersa, como aqueles presentes nos princípios do estado social, da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da função social

[1] Para José Afonso da Silva, a Constituição se apoia inteiramente na apropriação privada dos meios de produção e na iniciativa privada (art. 170), caracterizando o modo de produção capitalista, que não se desnatura diante de intervenção do Estado para impor condicionamentos à atividade econômica (Curso de direito constitucional. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 786)

[2] TIPKE, Klaus e YAMASHITA, Douglas. Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 31.

da propriedade. Daí a importância de se exigir os tributos dos contribuintes em função da manifestação de riqueza, sem que se comprometa a sua subsistência, como forma de se viabilizar a positivação dos sobreditos princípios, bem como a igualdade e a justiça na tributação.

A necessária abdicação de parte da liberdade individual de cada qual é o que permite a manutenção dessa mesma liberdade por meio dos serviços promovidos pelo Estado e que obviamente têm um custo.

A presente investigação, ainda que não esgote o tema, visa contribuir para o conhecimento acerca da aplicação do princípio da capacidade contributiva pela Suprema Corte do país, cuja competência para dizer o direito fecha o sistema, porquanto é definitiva e influencia os demais participantes do sistema jurídico nacional.

Os julgados do STF pesquisados neste trabalho referem-se aos últimos dez anos de jurisprudências da Suprema Corte. Alguns deles foram desprezados porque se reportavam ao princípio da capacidade contributiva no indexador do Tribunal ou referências bibliográficas. Em outros casos, não obstante apontados pela parte, ou aventados nos processos analisados, não foram enfrentados pelo Supremo, sem utilidade, portanto, para a pesquisa empreendida neste estudo.

2 A DEFINIÇÃO DO CONCEITO DE CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

Precisar sentidos de expressões, superar vaguidades e ambiguidade e definir conceitos requerem o emprego de técnicas de legitimação, visando que uma seja aceita ao invés ou em lugar de outra.

No intuito de definir os sentidos, vale realizar a distinção entre "termo" e "conceito". O termo seria o suporte físico, o significante, com base no qual se afere a significação acerca de um significado. A significação é justamente o conceito, a ideia que exsurge do contato com o termo[3] e que pode ser conotativa ou denotativa. Já a definição é a explicação do significado de um termo.

O sentido extraído do texto pode ser realizado tanto pelos participantes como pelos observadores do sistema de direito positivo, sendo que o resultado da atividade dos participantes é a produção de normas prescritivas e o dos observadores é descritiva. Todavia, há um diálogo entre eles, na medida em que as decisões consubstanciadas em normas emanadas da atividade dos participantes baseiam-se também na doutrina, assim como a doutrina estuda os precedentes, a fim de organizá-los e prever situações e experiências futuras. É justamente o que se pretende neste trabalho com a avaliação dos precedentes do STF acerca da capacidade contributiva.

O termo "capacidade contributiva" gerou uma série de críticas a sua consistência científica, diante da sua vaguidade, tendo como defensor da sua inaptidão epistemológica Alfredo Augusto Becker[4]. Ocorre que a capacidade contributiva foi capturada, jurisdicizada pelo direito positivo, não restando ao intérprete, em nome da unidade e coerência sistêmica, outra opção que não a de lhe atribuir sentido.

A ideia de capacidade contributiva sofreu influência de duas importantes escolas econômicas que desenvolveram a teria do benefício e a teoria do sacrifício. Contudo, neste trabalho, o sentido da capacidade contributiva se aterá ao aspecto jurídico-positivo, tendo a Constituição Federal por parâmetro, assim como serão demonstrados os seus aspectos positivo e negativo.

Essa capacidade é uma aptidão, a força econômica do contribuinte para ser tributado. Nesse prisma, o princípio da capacidade contributiva

---

[3] GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto, 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 195-196

[4] BECKER, Alfredo Augusto. Teoria geral do direito tributário, 2. ed. São Paulo: Noeses, 2007, pp. 520-531

atua como medida da tributação, como decorrência do princípio da igualdade. E nesse plano é que o órgão legiferante define a capacidade e seu âmbito, assim como os aplicadores da lei devem-lhe obediência por ser princípio decorrente da isonomia emanada do art. 5º, *caput*, da Constituição Federal[5].

Essa igualdade aplicada no direito tributário resulta nas seguintes diretrizes: todos devem ser tributados pela lei; a parametricidade da aferição dessa igualdade deve ser a riqueza, de modo que os igualmente ricos paguem de maneira idêntica[6], abrindo espaço inclusive para a tributação progressiva consonante com a maior capacidade do contribuinte.

A perspectiva negativa do princípio da capacidade contributiva cinge a tributação ao campo de riqueza tributável do contribuinte, não cabendo desbordá-lo sob pena de violação de direitos e garantias fundamentais. Destarte, deve ser garantido o mínimo vital do contribuinte, propiciador da dignidade humana.

Não obstante a relação da capacidade contributiva com a capacidade econômica realizada por muitos autores, a capacidade econômica na verdade é o gênero, que se relaciona com a manifestação de riqueza do sujeito, não necessariamente vinculada à sua capacidade de contribuir para o Estado. Está relacionada à capacidade de receber recursos simplesmente e deles poder dispor. A capacidade contributiva é uma capacidade econômica específica no sentido de que não basta que aufira ou detenha riqueza, mas que estejam presentes as condições jurídicas que imponham o dever de contribuir. No caso das imunidades, que limitam a norma de competência tributária[7], por exemplo, o seu beneficiário tem capacidade econômica, mas não tem capacidade contributiva, qual seja a capacidade econômica específica[8]. O mesmo se dá com situações, eventos, não alcançados pela legislação tributária em função da incidência de determinadas normas veiculadoras de limites objetivos como a anterioridade e a irretroatividade da lei, que impedem a tributação das situações abarcadas pelas referidas limitações.

A capacidade contributiva, portanto, é uma capacidade econômica específica, dado que, além de deter riqueza, deve essa ser manifestada num contexto jurídico que lhe credencie como sujeito passivo numa relação jurídica tributária.

Refere-se a distribuição dos gastos públicos por meio dos impostos; à qualidade dos fatos escolhidos pelo legislador na hipótese de incidência dos tributos; ao potencial do contribuinte para contribuir com as despesas estatais; a um padrão de referência para se mensurar o impacto tributário. Pode ser encarado como um direito fundamental do contribuinte e como um sacrifício de todos para a contribuição com as despesas públicas, calcado na solidariedade social que no âmbito tributário tem a sua vertente na função social da propriedade[9].

Pode ainda ser definido o conceito de capacidade contributiva sob dois sentidos, quais sejam: a capacidade contributiva absoluta e a capacidade contributiva relativa.

---

[5] Não decorre especificamente do princípio da igualdade tributária, que também decorre da isonomia geral prevista no art. 5o caput da CR/88. Também nesse sentido vide COSTA, Regina Helena. Princípio da capacidade contributiva. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 42.

[6] Algumas dessas diretrizes foram citadas por José Marcos Domingues de Oliveira. In Direito tributário, capacidade contributiva, conteúdo e eficácia do princípio, 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1998, pp 12-13

[7] Aliomar Baleeiro define a imunidade como limitação ao poder de tributar. (BALEEIRO, Aliomar. Atualização: Mizabel Derzi. Direito tributário brasileiro. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 114).

[8] Regina Helena Costa entende que, no caso das imunidades ontológicas – imunidade recíproca das pessoas políticas –, a isonomia que a justifica e o caráter subjetivo dessas exonerações retira a capacidade contributiva dos beneficiários. Já as imunidades políticas beneficiam eventualmente as pessoas com capacidade de contribuir (imunidades dos templos, partidos políticos, fundações, livros, jornais, periódicos e papel destinado a sua impressão) (COSTA, Regina Helena. Princípio da capacidade contributiva. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, pp 78-79)

[9] COSTA, Regina Helena. Princípio da capacidade contributiva. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 43

A capacidade contributiva absoluta ou objetiva determina que o legislador eleja fatos que ostentem signos presuntivos de riqueza, que apontem para a disponibilidade de se prover as despesas públicas por um potencial sujeito passivo. Já a capacidade contributiva relativa ou subjetiva é direcionada a um sujeito passivo especificamente considerado, diante de um fato jurídico tributário, constituindo-se na diretriz para a graduação do imposto na apuração do valor devido[10], e portanto, num limite à tributação confiscatória e que ultrapasse o mínimo necessário à sobrevivência do indivíduo.

Assim, os indicadores de capacidade contributiva erigidos pelo legislador são diversos na proporção em que o são os fatos reveladores da riqueza e pressupostos pela Constituição Federal ao distribuir a competência tributária entre os entes federativos[11], reportando-se a índices diretos, como a renda, patrimônio, e a índices indiretos como o consumo, por exemplo.

3. COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA, NORMA DE COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA E JURISDIÇÃO

Competência tributária é a vocação que um sujeito detém em face de outro para modificar o sistema de direito positivo, promovendo a introdução de novas normas jurídicas que disponham sobre a instituição, arrecadação e fiscalização de tributos. Essa aptidão é modalizada como permitida ou obrigatória[12].

A técnica de isolamento da norma de competência tributária para um estudo mais acurado da sua estrutura é de grande valia para a compreensão dos seus elementos e uma melhor percepção da sua aplicação. A norma de competência em sentido amplo é toda norma que orienta prescritivamente o modo de criação de outras normas; e no sentido estrito pode ser entendida como um juízo condicional composto de todos os elementos da regulação do modo de criação das normas inferiores[13]. Assim, ela contém na sua hipótese aspectos formais e no consequente os aspectos materiais, ou limites materiais da mencionada competência[14]. É, portanto, qualidade comum a toda e qualquer norma jurídica o fato de ter a sua produção e validade condicionadas ao que prescrevem as normas de competência.

A instituição de um modelo lógico-sintático que contemple o esquema das normas de competência reduz complexidades, pois funciona como meio de generalizar, ofertando noções gerais sobre: quem pode criar normas no direito tributário, de que forma, em que circunstâncias de espaço e de tempo e acerca do que podem versar tais normas, não obstante suas proposições carregarem ainda termos vagos e ambíguos[15].

---

[10] Paulo de Barros Carvalho afirma que só na capacidade contributiva relativa ou subjetiva é que se pode aferir o cumprimento do cânone da igualdade, pois nessa fase é possível a aplicação de base de cálculo, alíquota, isenção, aptos a atender as desigualdades sociais e individuais na oportunidade de instituição do ônus tributário. (CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário, linguagem e método, 3. ed. São Paulo: Noeses, 2009, p. 327).

[11] Essa conclusão dificulta inclusive a possibilidade da instituição de um imposto único.

[12] No que se refere ao ICMS, Paulo de Barros Carvalho entende que os Estados e o Distrito Federal estão obrigados a implantar e arrecadar a exação em decorrência do que dispõe o art. 155 da CF/88 (CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário, linguagem e método. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2009, pp. 249-250).

[13] O direito como regulador de condutas é integrado por normas que possuem idêntica formulação sintática: são juízos condicionais, que vinculam um fato a uma consequência, não obstante a diversidade dos seus conteúdos. (CARVALHO, Paulo de Barros. Fundamentos jurídicos da incidência. 7. ed. São Paulo: Saraiva: 2009, p.9)

[14] GAMA, Tácio Lacerda. Competência Tributária. Fundamentos para uma teoria da nulidade. São Paulo: Noeses, 2009, p. 218

[15] Em linguagem formalizada essa norma de competência em sentido estrito pode ser representada da seguinte forma, tal qual proposta pelo Prof. Tacio Lacerda Gama: Njcom=Hj[s.e.t.p(p1.p2.p3...)]'!Rj[S9s.sp).m(s.e.t.c)]. Dentro deste esquema lógico estão todos os elementos que uma norma de competência deve apresentar. O mencionado sintagma pode ser traduzido da seguinte forma: se o sujeito competente (s) enuncia de acordo com um determinado procedimento [p9p1.p2.p3...0] em determinadas condições de espaço (e) e tempo (t), então será permitido ou obrigatório lançar norma jurídica no sistema, tratando de certa matéria [m(c.s.e.t)] para um determinado grupo de pessoas ou comunidade (sp). (GAMA, Tácio Lacerda. Competência tributária. Fundamentos para uma teoria da nulidade. São Paulo: Noeses, 2009, pp. 219 e 325)

A competência conferida aos órgãos jurisdicionais para dizer o direito, isto é, para o exercício válido e regular do poder jurisdicional, é também limitada pelo ordenamento jurídico. É competência modalizada como obrigatória, diante da proibição do *non liquet*, para verificar a validade das normas tributárias.

4 A PROGRAMAÇÃO DA MATÉRIA NA NORMA DE COMPETÊNCIA. O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA COMO CONDICIONANTE DA MATÉRIA LEGISLADA

A competência legislativa sofre delimitações pela norma que programa o exercício dessa mesma competência em quatro aspectos, como no que se refere ao sujeito que realiza a competência, ao espaço, tempo e no que pode ou deve ser realizado pelo sujeito. Quatro elementos compõem a competência para a instituição de tributos, como observa Tácio Lacerda Gama[16]. São eles: os enunciados de autorização, os princípios, as imunidades e os enunciados complementares. Nos ateremos aos princípios, que são objeto deste trabalho.

Os princípios, sejam termos ou enunciados mais complexos, são passíveis de construção sob a forma de proposição, prescritiva ou descritiva. Paulo de Barros Carvalho lembra que "onde houver regulação jurídica haverá, inexoravelmente, proposições normativas que, escritas ou não escritas, hão de manifestar-se em linguagem"[17]. E que os princípios podem ser gerais, específicos, explícitos ou implícitos, que estão distribuídos entre a linguagem-objeto (direito positivo) e a metalinguagem (ciência do direito)[18].

Os princípios são normas como as outras, já que têm a função de regular comportamentos[19], com grande conotação valorativa[20]. A capacidade contributiva é princípio jurídico, explícito, previsto no art. 145, § 1º, da Constituição Federal, expressão da justiça fiscal. Além de concretizar o valor da igualdade, apresenta-se como limite ao legislador, fazendo-o prever como tributários unicamente fatos que tenham conteúdo econômico.

É com a positivação do direito que as normas se relacionam, dando forma ao sistema jurídico, e nesse esquema é que o princípio da capacidade contributiva dialoga com as normas que visam instituir os tributos, na medida em que compõe a norma de competência, condicionando os órgãos legiferantes quanto à materialidade das normas que instituirão os tributos (capacidade contributiva absoluta), porquanto só poderão eleger na hipótese de incidência fatos que demonstrem signos presuntivos de riqueza[21] .

Assim, a introdução no sistema de regras-matrizes de incidência tributária deve estar em consonância com as proposições prescritivas veiculadas pelo princípio da capacidade contributiva, e dirigidas aos órgãos enunciadores das mencionadas regras, sob pena do reconhecimento da sua inconstitucionalidade, sanção para a conduta violadora da prescrição veiculada no mencionado princípio.

Cumpre observar que uma norma que institui um tributo pode ser constitucional em tese, mas inconstitucional na avaliação do caso concreto, por contrariar o princípio da capaci-

---

[16] GAMA, Tácio Lacerda. Competência tributária. Fundamentos para uma teoria da nulidade. São Paulo: Noeses, 2009, p. 225

[17] CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário, linguagem e método. 3.ed. São Paulo: Noeses, 2009, p. 256.

[18] Idem, p. 255

[19] BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. Brasília: Polis/UnB, 1989, pp. 158/159

[20] Segundo Cristiano Carvalho: "Os princípios não têm estrutura lógico-condicional. Como não há uma hipótese de incidência factual definida, princípios são comandos mais simples estruturalmente que as regras." (CARVALHO, Cristiano. Teoria da decisão tributária. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 266).

[21] Quanto à capacidade contributiva presumida, a renda presumida, há quem a defenda com reservas, porquanto vêem no princípio da capacidade contributiva um princípio de valor real, e não nominal. Os dados têm que ter potencial econômico (TIPKE, Klaus e Yamashita, Douglas. Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 34).

dade contributiva. Como alerta Luís Roberto Barroso, "uma das consequências legitimas da aplicação de um princípio constitucional será a não aplicação da regra que o contravenha[22]."

5 O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Como analisado previamente, a norma de competência dirige-se ao legislador, que deve conduzir a confecção da RMIT de acordo com os limites traçados pela referida norma, também integrada pelos princípios e dentre eles está o princípio da capacidade contributiva, de sorte que, na escolha das hipóteses de incidência, deve o legislador optar pela graduação dos tributos na proporção da riqueza dos contribuintes.

No Sistema Tributário Nacional, a Constituição Federal já traça as linhas as quais as regras-matrizes devem seguir na escolha dos fatos presuntivos de riqueza que comporão as suas hipóteses de incidência. A escolha desses fatos, contudo, não é absoluta, de modo que, diante da inafastabilidade da jurisdição, podem ser questionados em juízo.

No que se refere ao questionamento da lei genérica, compete ao Poder Judiciário avaliar se houve a violação da capacidade contributiva absoluta ou relativa, que é aquela que o legislador deve obedecer na eleição de fatos que demonstrem aptidão do sujeito de, abstratamente, absorver o impacto tributário. Já no caso de análise de um caso concreto, o controle jurisdicional dar-se-á na avaliação da obediência à capacidade contributiva relativa ou subjetiva, que é a aptidão de um contribuinte específico diante de um fato jurídico tributário, competindo ao juiz avaliar se a capacidade contributiva, neste caso, foi violada ou não. Nesse quadrante, cumpre ao Judiciário verificar se a aplicação da lei a determinado contribuinte se deu de acordo com a capacidade contributiva subjetiva, como ocorre nos casos de controle de constitucionalidade por via de exceção.

Nessa relação entre legislação e jurisdição, entre *ego* e *alter*, ou entre normatização e concretização normativa, como preceitua Marcelo Neves, há uma dupla contingência[23], que "implica que *ego* conta com a possibilidade de que a ação de *alter* seja diversa daquela que ele projetou e vice-versa[24]". Ressalta ainda que a atribuição de sentido dada pelo intérprete-aplicador, no caso o Judiciário, não importa em substituição do produtor legislativo[25].

O princípio da capacidade contributiva pode ser encarado sob dois aspectos: no sentido do interesse do fisco – todos devem contribuir para as despesas públicas de acordo com a sua capacidade contributiva (princípio da solidariedade); assim como no interesse do contribuinte, que deve ser tributado, mas tendo garantido o mínimo vital, a dignidade humana e o Estado Social. A análise da jurisprudência da Suprema Corte desenvolvida neste estudo será realizada sob essas duas vertentes.

5.1 O STF e a capacidade contributiva no interesse do fisco

Neste tópico, vale inicialmente traçar as linhas que conduziram as decisões do STF ao tratar da progressividade fiscal do IPTU, culminando com o RE 423768/SP, que põe em cheque a jurisprudência consolidada da Corte no sentido de que os impostos reais não são passíveis de sofrerem a aplicação de alíquotas progressivas.

Com base na lendária jurisprudência do Supremo, o caráter real dos tributos é, salvo disposição constitucional expressa em sentido contrário, "incompatível com a progressividade decorrente da capacidade econômica do con-

[22] BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional contemporâneo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 354

[23] Problemas ocorrem quando devemos esperar a conduta de outra pessoa, é o que Luhman entende por dupla contingência.

[24] NEVES, Marcelo. Entre Hércules e Hidra. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 09.

[25] Idem, p. 10.

tribuinte", entendimento consignado no RE 153.771/MG:

> IPTU. Progressividade. - No sistema tributário nacional é o IPTU inequivocamente um imposto real. - Sob o império da atual Constituição, não é admitida a progressividade fiscal do IPTU, quer com base exclusivamente no seu artigo 145, § 1º, porque esse imposto tem caráter real que é incompatível com a progressividade decorrente da capacidade econômica do contribuinte, quer com arrimo na conjugação desse dispositivo constitucional (genérico) com o artigo 156, § 1º (específico). - A interpretação sistemática da Constituição conduz inequivocamente à conclusão de que o IPTU com finalidade extrafiscal a que alude o inciso II do § 4º do artigo 182 é a explicitação especificada, inclusive com limitação temporal, do IPTU com finalidade extrafiscal aludido no artigo 156, I, § 1º. - Portanto, é inconstitucional qualquer progressividade, em se tratando de IPTU, que não atenda exclusivamente ao disposto no artigo 156, § 1º, aplicado com as limitações expressamente constantes dos §§ 2º e 4º do artigo 182, ambos da Constituição Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido, declarando-se inconstitucional o sub-item 2.2.3 do setor II da Tabela III da Lei 5.641, de 22.12.89, no município de Belo Horizonte. (RE 153771 / MG, Rel Min. CARLOS, Rel. p/ Acórdão: Min. MOREIRA ALVES, DJ 05/09/1997)

Esse entendimento foi consolidado sob o argumento de que a progressividade só caberia nas hipóteses expressamente dispostas na Constituição. Foi o que restou firmado no julgamento da ADI 2010 MC/DF, nos seguintes termos:

> (...) o legislador comum, fora das hipóteses taxativamente indicadas no texto da Carta Política, não pode valer-se da progressividade na definição das alíquotas pertinentes à contribuição de seguridade social devida por servidores públicos em atividade. Tratando-se de matéria sujeita a estrita previsão constitucional - CF, art. 153, § 2º, I; art. 153, § 4º; art. 156, § 1º; art. 182, § 4º, II; art. 195, § 9º (contribuição social devida pelo empregador) - inexiste espaço de liberdade decisória para o Congresso Nacional, em tema de progressividade tributária, instituir alíquotas progressivas em situações não autorizadas pelo texto da Constituição. ADI 2010 MC / DF, Rel. Celso de Melo, DJ 12/04/2002)

A mencionada tese culminou com o reconhecimento pelo STF da inconstitucionalidade de qualquer progressividade não expressamente consignada na Carta Constitucional, o que se deu com relação ao ITBI em função do valor venal do imóvel (Súmula 656) e do IPTU fora da hipótese prevista no art. 182, § 4º, II, da CF, decorrente do descumprimento da função social da propriedade urbana (Súmula 668), ambas publicadas em 2003.

No que se refere ao IPTU, foi editada a Emenda Constitucional 29/00, que deu a redação ao art. 156, § 1º. com o intuito de prever a progressividade do imposto em função do valor venal do imóvel e a adoção de alíquotas diferenciadas de acordo com a localização e o uso do imóvel.

A Emenda Constitucional n. 29/00 teve a sua constitucionalidade questionada sob o argumento de violação dos princípios da igualdade tributária e da capacidade contributiva, direitos fundamentais dos contribuintes, imunes até mesmo a violações oriundas do poder constituinte derivado, por força do art. 60, § 4º, IV, da CF. O STF, ao enfrentar o tema no RE 423768, optou por modificar a sua remansosa jurisprudência. No mencionado processo, o Município de São Paulo destacou a não violação de cláusulas pétreas, bem como que o direito de só ser tributado progressivamente no caso de impostos pessoais não existe e que o caráter pessoal não é sinônimo de tributo pessoal. O relator do precedente, Ministro Marco Aurélio, asseverou no seu voto os argumentos já expendidos no RE 234.105 no

tocante à interpretação do art. 145, § 1º da CF, que se vê dos destaques do voto a seguir:

> (...) não temos no teor do dispositivo qualquer distinção, qualquer limitação ao alcance do que nele se contém [...] Continuo convencido quanto a esse enfoque. O § 1º do art. 145 possui enfoque social de maior valia (...). O texto constitucional homenageia a individualização. Determina que se atente a capacidade econômica do contribuinte e esta há de ser examinada sob os mais diversos ângulos, inclusive o valor, em si, do imóvel. [...] A tradicional dicotomia entre tributo pessoal e real cede ao texto da Carta da República, apontada por Ulysses Guimarães como o documento da cidadania. Essa premissa deve nortear a solução de conflitos de interesses ligado à disciplina da progressividade (...) (RE 423.768, Rel. Min Marco Aurélio, DJ 10.05.2011)

Afirmou, ainda, que a EC 29/2000 veio apenas dar o real significado do que disposto anteriormente sobre a graduação dos tributos, não tendo abolido nenhum direito ou garantia individual, visto que a redação original da CF já versava acerca da progressividade dos impostos e a consideração da capacidade econômica do contribuinte, não se tratando, assim, de inovação apta a afastar algo que pudesse ser tido como integrado a patrimônio[26].

O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do relator, deu provimento ao recurso extraordinário interposto pelo Município de São Paulo.

Entretanto, vale atentar que os fundamentos da tese firmada no voto do relator afrontam duas súmulas editadas anteriormente ao precedente inovador, quais sejam as que pronunciaram a inconstitucionalidade da progressividade fiscal do ITBI (Súmula 656) e do IPTU no período anterior à EC 29/00 (Súmula 668).

Assim, diante da contradição suscitada, e ainda não revogadas as súmulas e não revisto o entendimento firmado no RE 423.768, a questão permanece pendente de uma decisão definitiva que oriente o tema da progressividade nos tributos reais.

A matéria foi também suscitada em 2013, no julgamento do RE 562.045, que reconheceu que todos os impostos devem se sujeitar ao princípio da capacidade contributiva, especialmente os diretos, independentemente da sua classificação como real ou pessoal. Senão vejamos:

> (...) todos os impostos podem e devem guardar relação com a capacidade contributiva do sujeito passivo e não ser impossível aferir-se a capacidade contributiva do sujeito passivo do ITCD. Ao contrário, tratando-se de imposto direto, a sua incidência poderá expressar, em diversas circunstâncias, progressividade ou regressividade direta. Todos os impostos, repito, estão sujeitos ao princípio da capacidade contributiva, especialmente os diretos, independentemente de sua classificação como de caráter real ou pessoal; isso é completamente irrelevante. Daí porque dou provimento ao recurso, para declarar constitucional o disposto no art. 18 da Lei 8.821/1989 do Estado do Rio Grande do Sul. (RE 562.045/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowsky, Rel. p/ o ac. Min. Cármen Lúcia, voto do min. Eros Grau, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, DJE de 27-11-2013, com repercussão geral.)[27]

Com relação à diferenciação de alíquotas, o STF reconheceu repercussão geral à questão constitucional atinente à possibilidade de instituir alíquotas de IPTU distintas para imóveis residenciais, não residenciais, edificados e não edificados, no período anterior à Emenda Constitucional 29/2000, o que foi suscitada no

---

[26] No mesmo sentido: RE 587.485-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ 29-3-2012; RE 586.693, Rel. Min. Marco Aurélio, DJE de 22-6-2011, com repercussão geral. Vide: RE 437.107-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJE de 23-4-2010)

[27] No mesmo sentido: RE 542.485, Rel. Min. Marco Aurélio, DJE de 8-3-2013.

RE 666.156/RJ[28], posteriormente ao julgamento do RE 423.768, ainda pendente de julgamento.

Com relação ao IPVA, e em decisão favorável ao fisco estadual, o STF, no RE 414.259, decidiu no sentido de que é constitucional lei estadual que prevê como base de cálculo o valor venal do veículo, a ser apurado por órgão do Poder Executivo, anualmente, e que diferencia as alíquotas aplicáveis em função do tipo e utilização do automóvel. Isto porque nesse caso não haveria progressividade, porquanto nessa seara a diferenciação de alíquotas não considera a capacidade contributiva:

> IPVA. Lei estadual. Alíquotas diferenciadas em razão do tipo do veículo. Os Estados-membros estão legitimados a editar normas gerais referentes ao IPVA, no exercício da competência concorrente prevista no art. 24, § 3º, da Constituição do Brasil. Não há tributo progressivo quando as alíquotas são diferenciadas segundo critérios que não levam em consideração a capacidade contributiva. (RE 414.259-AgR, Rel. Min. Eros Grau, DJE de 15/8/2008

Também restou firmado no RE 466312, que "o efeito extrafiscal ou a calibração do valor do tributo de acordo com a capacidade contributiva não são obtidos apenas pela modulação da alíquota. O escalonamento da base de cálculo pode ter o mesmo efeito." (RE 466312 AgR / RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Órgão Julgador: Segunda Turma, DJE 01-01-2011)

Por sua vez, a alíquota aplicada em função da metragem do imóvel no caso da taxa de lixo foi considerada pelo STF como apta à realização da isonomia tributária e do princípio da capacidade contributiva, não obstante a dessemelhança entre alíquota e base de cálculo.

> O fato de um dos elementos utilizados na fixação da base de cálculo do IPTU – a metragem da área construída do imóvel – que é o valor do imóvel (CTN, art. 33), ser tomado em linha de conta na determinação da alíquota da taxa de coleta de lixo, não quer dizer que teria essa taxa base de cálculo igual à do IPTU: o custo do serviço constitui a base imponível da taxa. Todavia, para o fim de aferir, em cada caso concreto, a alíquota, utiliza-se a metragem da área construída do imóvel, certo que a alíquota não se confunde com a base imponível do tributo. Tem-se, com isto, também, forma de realização da isonomia tributária e do princípio da capacidade contributiva: CF, arts. 150, II, 145, § 1º. (RE 232.393, Rel. Min. Carlos Velloso, Órgão Julgador: Pleno, DJ 5-4-2002.)[29]

A isonomia tributária e a capacidade contributiva foram focos do julgamento da constitucionalidade da COSIP, no RE 573.675, com repercussão geral. Neste caso a alegação de inconstitucionalidade fundou-se no argumento de que o legislador municipal, visando financiar a iluminação pública, não elegeu como contribuintes todos os beneficiários do serviço, mas sim aqueles que consomem energia elétrica, graduando progressivamente as alíquotas incidentes sobre a base na medida em que o consumo aumenta, e portanto, violando a isonomia e a capacidade contributiva.

No caso vertente, o STF considerou a COSIP tributo, precisamente uma contribuição específica, sujeita a disciplinamento próprio e aos princípios da isonomia (art. 150, II) e da capacidade contributiva (art. 145, § 1º). Restou ainda firmado o entendimento de extensão do princípio a todos os tributos desde que a sua aplicação não seja de difícil exercício. Vejamos:

> No mais, a despeito de o art. 145, § 1º, da Constituição Federal, que alude à capacida-

[28] RE 666156 RG / RJ, com repercussão geral, Rel. Min. AYRES BRITTO, substituído pelo Min. Luís Roberto Barroso, DJ 30-03-2012

[29] No mesmo sentido: RE 596.945-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 14-2-2012, Primeira Turma, DJE de 29-3-2012; RE 232.577-EDv, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 17-2-10, Plenário, DJE de 9-4-10; RE 336.782-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia.

> de contributiva, fazer referência apenas aos impostos, não há negar que ele consubstancia uma limitação ao poder de imposição fiscal que informa todo os sistema tributário.
>
> É certo, contudo, que o princípio da capacidade contributiva não é aplicável em sua inteireza a todos os tributos. (...)
>
> Como se sabe há certa dificuldade em aplicá-lo, por exemplo, às taxas, que pressupõem uma contraprestação direta em relação ao sujeito passivo da obrigação. Na hipótese das contribuições, todavia, o principio em tela, como regra, encontra guarida, como ocorre com as contribuições sociais previstas no art. 195, I, b e c, devidas pelo empregador. (RE 573.675, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 22-05-2009, com repercussão geral)

No caso da COSIP, o Tribunal entendeu que não há violação à isonomia na eleição dos consumidores de energia como contribuintes da exação, que pode ser cobrada inclusive na própria fatura. Os principais beneficiários serão sempre aqueles que residem nos municípios ou DF e identificáveis pelas faturas de energia. Seria impossível cobrar de todos os que transitam nas cidades, não residentes e que por ela passam eventualmente. Assim, a variação das alíquotas pelo tipo do usuário não ofende, mas cumpre o ideal de justiça fiscal. A Constituição Federal foi silente com relação à base de cálculo da contribuição de iluminação, deixando para o legislador municipal a eleição da melhor forma de cobrança do tributo, o que se mostrou razoável e proporcional. Ademais, a base de cálculo corresponde ao rateio do custo do serviço de iluminação pública entre os contribuintes selecionados segundo critérios objetivos. Vejamos:

> Lei que restringe os contribuintes da Cosip aos consumidores de energia elétrica do município não ofende o princípio da isonomia, ante a impossibilidade de se identificar e tributar todos os beneficiários do serviço de iluminação pública. A progressividade da alíquota, que resulta do rateio do custo da iluminação pública entre os consumidores de energia elétrica, não afronta o princípio da capacidade contributiva. Tributo de caráter *sui generis*, que não se confunde com um imposto, porque sua receita se destina a finalidade específica, nem com uma taxa, por não exigir a contraprestação individualizada de um serviço ao contribuinte. Exação que, ademais, se amolda aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. (RE 573.675, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 25-3-2009, Plenário, DJE de 22-5-2009, com repercussão geral.)[30]

O entendimento de aplicação do princípio da capacidade contributiva às taxas também foi objeto de decisões da Suprema Corte no julgamento do RE 177835, que tratou da taxa da CVM. O Supremo afirmou que o fato de a taxa variar em função do patrimônio líquido da empresa não significa que esse patrimônio constitua a sua base de cálculo (mantendo assim a referibilidade que orienta a cobrança das taxas). E citando os fundamentos da decisão de primeiro grau, o relator do recurso extraordinário, Ministro Carlos Velloso, ratificou que a variação do valor da taxa, em função do patrimônio líquido da empresa, é simples fator de realização do princípio constitucional da capacidade contributiva. Isto porque grandes empresas requisitam mais atividade fiscalizatória da CVM que aquelas pequenas empresas, de modo que uma taxa de valor único agravaria a situação das pequenas empresas. Asseverou, ainda que nada impede a aplicação do princípio às taxas, como se deu nas isenções dos carentes de recursos no que se refere à Taxa Rodoviária Única. E mais, que os participantes do mercado de valores mobiliários são perfeitamente identificáveis e se beneficiam com a atividade da CVM. Seria justa, portanto,

[30] No mesmo sentido: AC 3.087-MC-QO, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 27-3-2012, Segunda Turma, DJE de 21-6-2012; RE 642.938-AgR, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 29-5-2012, Primeira Turma, DJE de 21-6-2012; RE 635.001, Rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão monocrática, julgamento em 23-3-2012, DJE de 3-4-2012.

a progressividade do tributo relativo a atividade que concerne diretamente a um segmento da sociedade, perfeitamente identificável, segmento este dotado de maior capacidade contributiva que os demais.

Esse precedente demonstra que o princípio do custo-benefício e referibilidade presentes nas taxas não afastam a aplicação do princípio da capacidade contributiva.

> CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. TAXA DE FISCALIZAÇÃO DOS MERCADOS DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS - TAXA DA CVM. Lei nº 7.940, de 20.12.89. FATO GERADOR. CONSTITUCIONALIDADE. I. - A taxa de fiscalização da CVM tem por fato gerador o exercício do poder de polícia atribuído à Comissão de Valores Mobiliários - CVM. Lei 7.940/89, art. 2º. A sua variação, em função do patrimônio líquido da empresa, não significa seja dito patrimônio a sua base de cálculo, mesmo porque tem-se, no caso, um tributo fixo. Sua constitucionalidade. II. - R.E. não conhecido. (RE 177835 / PE, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJ 25-05-2001)

No que atine à aplicação de multa e a eventual violação do princípio em estudo, decidiu o Supremo Tribunal Federal no seguinte sentido:

> A multa moratória de 20% (vinte por cento) do valor do imposto devido, não se mostra abusiva ou desarrazoada, inexistindo ofensa aos princípios da capacidade contributiva e da vedação ao confisco. (RE 239.964, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 15-4-2003, Primeira Turma, DJ de 9-5-2003.)[31]

A Corte pronunciou a constitucionalidade do ICMS sobre energia elétrica na forma do "cálculo por dentro", incluindo o valor da operação ou da prestação do serviço somados ao próprio tributo para aferição da base de cálculo do ICMS, declarando a não violação ao princípio da capacidade contributiva, precisamente no AI 397743:

> É pacífica a jurisprudência desta Corte quanto à constitucionalidade da inclusão do valor da operação ou da prestação de serviço somado ao próprio tributo, para aferição da base de cálculo do ICMS, sem violação aos princípios da não-cumulatividade, da capacidade contributiva, da razoabilidade e da legalidade. 2. Agravo regimental improvido. (AI 397743 AgR / SP, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Órgão Julgador: Segunda Turma, DJ 18-02-2005)

Sobre a relação da capacidade contributiva com a eleição da base econômica constitutiva da hipótese de incidência tributária, vale citar o excerto do julgado que considerou constitucional a hipótese de demissão sem justa causa para compor a materialidade da regra-matriz de incidência do FGTS:

> (...) esta Suprema Corte considera constitucionais ambas as contribuições criadas pela LC 110/2001, desde que respeitado o prazo de anterioridade para início das respectivas exigibilidades (art. 150, III, b, da Constituição). Os dois tributos tinham por objetivo custear os dispêndios da União decorrentes de decisão do STF, que considerou devido o reajuste dos saldos do FGTS (RE 226.855, rel. min. Moreira Alves, Pleno, DJ de 13-10-2000). (...) Afasto (...) a alegada violação da capacidade contributiva (art. 145, § 1º, da Constituição). O perfil da exação não remete às características de ordem pessoal do contribuinte ou dos demais critérios da regra matriz, mas toma por hipótese de incidência a circunstância objetiva da demissão sem justa causa do trabalhador. Tal materialidade não constitui ato ilícito, por se inserir na esfera de livre gestão do empregador, ainda que desencorajada pelo Sistema Jurídico e, portanto, pode ser tomada como hipótese de incidência tributária. (ADI 2.556 e ADI 2.568, voto do rel. min. Joaquim Barbosa,

[31] No mesmo sentido: AI 755.741-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 29-9-2009, Segunda Turma, DJE de 29-10-2009.

julgamento em 13-6-2012, Plenário, DJE de 20/09/2012.)

A desvinculação dos princípios da isonomia e capacidade contributiva ao prazo para pagamento do tributo, no caso o ISS, e o seu atrelamento à ocorrência do fato gerador foi tema de acórdão do STF.

> A exigibilidade do ISS, uma vez ocorrido o fato gerador – que é a prestação do serviço –, não está condicionada ao adimplemento da obrigação de pagar-lhe o preço, assumida pelo tomador dele: a conformidade da legislação tributária com os princípios constitucionais da isonomia e da capacidade contributiva não pode depender do prazo de pagamento concedido pelo contribuinte a sua clientela. (AI 228.337-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 18/02/2000.)

Já o prazo para recolhimento do tributo, não obstante possa ser fixado por norma infralegal, compromete a capacidade contributiva se a sua redução abrupta refletir no montante real devido:

> Segundo orientação firmada por esta Suprema Corte, a fixação do prazo de recolhimento de tributo pode ser realizada por norma infraordinária, isto é, sem o rigor do processo legislativo próprio de lei em sentido estrito. Se a redução abrupta do prazo de recolhimento implicou a majoração artificial do montante real devido, eventual violação constitucional ocorreria em relação à capacidade contributiva (equilíbrio base de cálculo ' critério material), à segurança jurídica e à proibição do uso de tributo com efeito confiscatório, mas não em relação à regra da legalidade. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (RE 546316 AgR / SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Órgão Julgador: Segunda Turma, DJE 08-11-2011)

Após longo debate acerca da possibilidade de atualização da tabela progressiva do Imposto de Renda, no RE 388312, venceu no âmbito do Tribunal o entendimento já pacificado de que não cabe ao Judiciário autorizar a correção. Vale destacar os argumentos da Ministra Ellen Gracie que subsidiaram o seu voto, no sentido de que quando estamos diante de relação tributária, a dívida é de dinheiro e não dívida de valor, não há caráter sinalagmático ou contraprestacional. Essas relações tributárias são regidas por uma justiça distributiva e não comutativa. Segue a ementa:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO CONSTITUCIONAL E ECONÔMICO. CORREÇÃO MONETÁRIA DAS TABELAS DO IMPOSTO DE RENDA. LEI N. 9.250/1995. NECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR E CONTRARIEDADE AOS PRINCÍPIOS DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E DO NÃO CONFISCO. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NA PARTE CONHECIDA, A ELE NEGADO PROVIMENTO. 1. Ausência de prequestionamento quanto à alegação de inconstitucionalidade formal da Lei n. 9.250/1995 por contrariedade ao art. 146, inc. III, alínea a, da Constituição da República. 2. A vedação constitucional de tributo confiscatório e a necessidade de se observar o princípio da capacidade contributiva são questões cuja análise dependem da situação individual do contribuinte, principalmente em razão da possibilidade de se proceder a deduções fiscais, como se dá no imposto sobre a renda. Precedentes. 3. Conforme jurisprudência reiterada deste Supremo Tribunal Federal, não cabe ao Poder Judiciário autorizar a correção monetária da tabela progressiva do imposto de renda na ausência de previsão legal nesse sentido. Entendimento cujo fundamento é o uso regular do poder estatal de organizar a vida econômica e financeira do país no espaço próprio das competências dos Poderes Executivo e Legislativo. 4. Recurso extraordinário conhecido em parte e, na parte conhecida, a ele negado provimento.

(RE 388312 / MG, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Cármen Lúcia, DJ 11-10-2011)

Já no caso do Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ, a dedução da sua base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL não fere o princípio da capacidade contributiva em nenhuma das suas acepções, objetiva ou subjetiva. Assim, é constitucional o art. 1º e par. único da Lei 9.316/1996, que proíbe a dedução do valor da CSLL para fins de apuração do lucro real, base de cálculo do Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas – IRPJ. Esse foi o entendimento veiculado no RE 582525, cujo destaque do voto do relator vem a seguir:

> (...) Rejeito, ainda, a alegada violação do princípio da capacidade contributiva (art. 145, § 1º da Constituição), seja em sua acepção objetiva ou subjetiva. Proibir a dedução do valor da CSLL na apuração do IRP não leva inexoravelmente à tributação do patrimônio ou à tributação de qualquer outra grandeza que não seja renda. Independentemente de ser alocado à extinção do crédito tributário, o valor pago a título de CSLL também representa renda para o contribuinte e, portanto, pode ser incluído no cálculo da obrigação tributária referente ao IRPJ (...). (RE 582525 / SP, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, DJE 07-2-2014)

5.2 O STF e a capacidade contributiva no interesse do contribuinte.

A Suprema Corte, em sede de tributação, já possui remansosa jurisprudência no sentido de que o Poder Público não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade, que traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo, de sorte que não pode legislar abusivamente, devendo nesta atividade estar sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. Vejamos:

> O princípio da proporcionalidade, nesse contexto, acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A prerrogativa institucional de tributar, que o ordenamento positivo reconhece ao Estado, não lhe outorga o poder de suprimir (ou de inviabilizar) direitos de caráter fundamental constitucionalmente assegurados ao contribuinte. É que este dispõe, nos termos da própria Carta Política, de um sistema de proteção destinado a ampará-lo contra eventuais excessos cometidos pelo poder tributante ou, ainda, contra exigências irrazoáveis veiculadas em diplomas normativos editados pelo Estado.(ADI 2.551-MC-QO, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, DJ de 20-04-2006.)

Na avaliação da capacidade contributiva das empresas públicas e sociedades de economia mista, os julgamentos envolvendo a EBCT têm sido emblemáticos. Tem prevalecido o entendimento de que a aferição de quais os bens estariam afetos ao serviço público e quais não, não poderia sacrificar a própria imunidade, sob pena de se frustrar a integração nacional que os Correios buscam realizar, disponibilizando os seus serviços em todas as regiões do país. Foi o que se deu no julgamento do ARE 643686, em repercussão geral, de relatoria do Min Dias Toffoli. Desde a ACO nº 765, que tinha por objeto a imunidade da ECT relativamente ao IPVA dos veículos de sua propriedade, iniciou-se no STF a discussão sobre a necessidade de que a análise da capacidade contributiva para fins de imunidade se desse a partir da materialidade do tributo.

No ARE referenciado, o Ministro Toffoli consignou no seu voto que a capacidade con-

tributiva deve ser aferida a partir da propriedade imóvel individualmente considerada e não sobre todo o patrimônio do contribuinte; ou seja, "objetivamente falando, o princípio da capacidade contributiva deve consubstanciar a exteriorização de riquezas capazes de suportar a incidência do ônus fiscal e não sobre outros signos presuntivos de riqueza", contudo concluiu pela não distinção entre os imóveis afetados aos serviço eminentemente postal e os não afetados, seguindo a jurisprudência da Corte firmada no ACO 765.

Ademais, no caso do ISS, cuja materialidade diz respeito à própria atividade da ECT, o Plenário da Corte também havia reconhecido a imunidade da empresa, o que ocorreu no julgamento do RE nº 601.392, sendo Relator o Ministro Joaquim Barbosa, em que se admitiu o financiamento dos serviços dos Correios pelo modelo cruzado, diante da imprescindibilidade do serviço prestado, tendo sido destacado inclusive pelo Ministro Ayres Brito que "é obrigação do Poder Público manter esse tipo de atividade. Por isso que o lucro eventualmente obtido pela Empresa não se revela, com muito mais razão, como um fim em si mesmo; é um meio para a continuidade, a ininterrupção dos serviços a ela afetados".

Ainda tratando da imunidade, mas neste caso da imunidade das instituições de educação sem fins lucrativos, a impossibilidade de tributação funda-se na ausência de capacidade contributiva e da aplicação do princípio da solidariedade inversa às referidas entidades. Veja-se do excerto da ementa referente ao RE 636941:

> (...) Instituições de educação e de assistência social sem fins lucrativos são entidades privadas criadas com o propósito de servir à coletividade, colaborando com o Estado nessas áreas cuja atuação do Poder Público é deficiente. Consectariamente, et pour cause, a constituição determina que elas sejam desoneradas de alguns tributos, em especial, os impostos e as contribuições. A ratio da supressão da competência tributária funda-se na ausência de capacidade contributiva ou na aplicação do princípio da solidariedade de forma inversa, vale dizer: a ausência de tributação das contribuições sociais decorre da colaboração que estas entidades prestam ao Estado (RE 636941/RS, Rel. Min. LUIZ FUX, Órgão Julgador: Tribunal Pleno DJE 04-04-2014)

Recentemente, o STF enfrentou a exigência da contribuição previdenciária das cooperativas, indicando que a desconsideração legal da personalidade jurídica das sociedades cooperativas subverteria os conceitos de pessoa física e de pessoa jurídica estabelecidos pelo direito privado e reputou afrontado o princípio da capacidade contributiva (CF, art. 145, § 1º), porque os pagamentos efetuados por terceiros às cooperativas de trabalho, em face de serviços prestados por seus associados, não se confundiriam com os valores efetivamente pagos ou creditados aos cooperados. Isto porque no *leading case,* a lei questionada previa a incidência da contribuição sobre o valor bruto da nota fiscal ou da fatura dos serviços, o que na exposição de motivos foi justificada como intenção de aproximar, o máximo possível, a base de cálculo e a alíquota da real retribuição devida ao cooperado. O fato é que se estabeleceu legalmente que a base de cálculo definitiva da contribuição corresponderia a um percentual incidente sobre a nota fiscal ou a fatura. O relator apontou, citando julgamento do RE nº 603.191, de relatoria da Ministra Ellen Grace, entendimento já firmado no sentido de ser inconstitucional a adoção de mecanismos de fixação de base de cálculo fundados em presunções absolutas que descaracterizem a base econômica definida constitucionalmente.

> É inconstitucional a contribuição a cargo de empresa, destinada à seguridade social (...) prevista no art. 22, IV, da Lei 8.212/1991, com a redação dada pela Lei 9.876/1999. Com base nessa orientação, o Plenário deu provimento a recurso extraordinário no qual se discutia a obrigação de recolhimento da

> exação. (...) A Corte, de início, salientou que a Lei 9.876/1999 transferira a sujeição passiva da obrigação tributária para as empresas tomadoras dos serviços. Em seguida, assentou que, embora os sócios/usuários pudessem prestar seus serviços no âmbito dos respectivos locais de trabalho, com seus equipamentos e técnicas próprios, a prestação dos serviços não seria dos sócios/usuários, mas da sociedade cooperativa. Apontou que os terceiros interessados nesses serviços efetuariam os pagamentos diretamente à cooperativa, que se ocuparia, posteriormente, de repassar aos sócios/usuários as parcelas relativas às respectivas remunerações. O Colegiado aduziu que a tributação de empresas, na forma delineada na Lei 9.876/1999, mediante desconsideração legal da personalidade jurídica das sociedades cooperativas, subverteria os conceitos de pessoa física e de pessoa jurídica estabelecidos pelo direito privado. (...) Reputou afrontado o princípio da capacidade contributiva (CF, art. 145, § 1º), porque os pagamentos efetuados por terceiros às cooperativas de trabalho, em face de serviços prestados por seus associados, não se confundiriam com os valores efetivamente pagos ou creditados aos cooperados. Sublinhou que o legislador ordinário, ao tributar o faturamento da cooperativa, descaracterizara a contribuição hipoteticamente incidente sobre os rendimentos do trabalho dos cooperados, com evidente bis in idem. (RE 595.838, rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 08-10-2014, com repercussão geral).

A reduzida capacidade contributiva das microempresas e empresas de pequeno porte também foi objeto de recente análise do STF, no RE 627543:

> Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Microempresa e empresa de pequeno porte. Tratamento diferenciado. Simples Nacional. Adesão. Débitos fiscais pendentes. Lei Complementar nº 123/06. Constitucionalidade. Recurso não provido. 1. O Simples Nacional surgiu da premente necessidade de se fazer com que o sistema tributário nacional concretizasse as diretrizes constitucionais do favorecimento às microempresas e às empresas de pequeno porte. A Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, em consonância com as diretrizes traçadas pelos arts. 146, III, d, e parágrafo único; 170, IX; e 179 da Constituição Federal, visa à simplificação e à redução das obrigações dessas empresas, conferindo a elas um tratamento jurídico diferenciado, o qual guarda, ainda, perfeita consonância com os princípios da capacidade contributiva e da isonomia. 2. Ausência de afronta ao princípio da isonomia tributária. O regime foi criado para diferenciar, em iguais condições, os empreendedores com menor capacidade contributiva e menor poder econômico, sendo desarrazoado que, nesse universo de contribuintes, se favoreçam aqueles em débito com os fiscos pertinentes, os quais participariam do mercado com uma vantagem competitiva em relação àqueles que cumprem pontualmente com suas obrigações. 3. A condicionante do inciso V do art. 17 da LC 123/06 não se caracteriza, a priori, como fator de desequilíbrio concorrencial, pois se constitui em exigência imposta a todas as pequenas e as microempresas (MPE), bem como a todos os microempreendedores individuais (MEI), devendo ser contextualizada, por representar também, forma indireta de se reprovar a infração das leis fiscais e de se garantir a neutralidade, com enfoque na livre concorrência. 4. A presente hipótese não se confunde com aquelas fixadas nas Súmulas 70, 323 e 547 do STF, porquanto a espécie não se caracteriza como meio ilícito de coação a pagamento de tributo, nem como restrição desproporcional e desarrazoada ao exercício da atividade econômica. Não se trata, na espécie, de forma de cobrança indireta de tributo, mas de requisito para fins de

> fruição a regime tributário diferenciado e facultativo. 5. Recurso extraordinário não provido. (RE 627543 / RS, Rel. Min. Dias Toffoli, Órgão julgador: Pleno, DJE 29-10-2014)

Com relação à aplicação do princípio em estudo às taxas, vale citar a ADI 2178 MC em que o Tribunal fundamentou a sua decisão no fato de que o tratamento diferenciado de acordo com a variação das expressões econômicas dos contribuintes, assim o ato de poluir, não podem ser fatos geradores da taxa de fiscalização ambiental, que requerem uma atividade que demande o poder de tributar.

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 8º DA LEI Nº 9.960, DE 28.01.2000, QUE INTRODUZIU NOVOS ARTIGOS NA LEI Nº 6.938/81, CRIANDO A TAXA DE FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL (TFA). ALEGADA INCOMPATIBILIDADE COM OS ARTIGOS 145, II; 167, IV; 154, I; E 150, III, B, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Dispositivos insuscetíveis de instituir, validamente, o novel tributo, por haverem definido, como fato gerador, não o serviço prestado ou posto à disposição do contribuinte, pelo ente público, no exercício do poder de polícia, como previsto no art. 145, II, da Carta Magna, mas a atividade por esses exercida; e como contribuintes pessoas físicas ou jurídicas que exercem atividades potencialmente poluidoras ou utilizadoras de recursos ambientais, não especificadas em lei. E, ainda, por não haver indicado as respectivas alíquotas ou o critério a ser utilizado para o cálculo do valor devido, tendo-se limitado a estipular, a forfait, valores uniformes por classe de contribuintes, com flagrante desobediência ao princípio da isonomia, consistente, no caso, na dispensa do mesmo tratamento tributário a contribuintes de expressão econômica extremamente variada. Plausibilidade da tese da inconstitucionalidade, aliada à conveniência de pronta suspensão da eficácia dos dispositivos instituidores da TFA. Medida cautelar deferida. (ADI 2178 MC / DF Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 12-05-2000)

A isenção é também um instrumento de cumprimento do princípio da capacidade contributiva, como já reconhecido pelo Supremo Tribunal:

> Progressividade do tributo e isenção. Institutos distintos. O primeiro constitui sanção imposta pelo inadequado aproveitamento da propriedade, nos termos em que dispuser a lei federal; o segundo diz respeito à observância à capacidade contributiva do contribuinte. (RE 238.671, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 15-02-2002.)

No que atine à validade do regime de substituição tributária prevista no art. 150, § 7º da Constituição Federal e a sua eventual violação do princípio da capacidade contributiva, vale transcrever o excerto do julgamento do RE 603.191, o que se faz a seguir:

> Na substituição tributária, sempre teremos duas normas: a) a norma tributária impositiva, que estabelece a relação contributiva entre o contribuinte e o fisco; b) a norma de substituição tributária, que estabelece a relação de colaboração entre outra pessoa e o fisco, atribuindo-lhe o dever de recolher o tributo em lugar do contribuinte. A validade do regime de substituição tributária depende da atenção a certos limites no que diz respeito a cada uma dessas relações jurídicas. Não se pode admitir que a substituição tributária resulte em transgressão às normas de competência tributária e ao princípio da capacidade contributiva, ofendendo os direitos do contribuinte, porquanto o contribuinte não é substituído no seu dever fundamental de pagar tributos. A par disso,

> há os limites à própria instituição do dever de colaboração que asseguram o terceiro substituto contra o arbítrio do legislador. A colaboração dele exigida deve guardar respeito aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não se lhe podendo impor deveres inviáveis, excessivamente onerosos, desnecessários ou ineficazes. Não há qualquer impedimento a que o legislador se valha de presunções para viabilizar a substituição tributária, desde que não lhes atribua caráter absoluto. A retenção e recolhimento de 11% sobre o valor da nota fiscal é feita por conta do montante devido, não descaracterizando a contribuição sobre a folha de salários na medida em que a antecipação é em seguida compensada pelo contribuinte com os valores por ele apurados como efetivamente devidos forte na base de cálculo real. Ademais, resta assegurada a restituição de eventuais recolhimentos feitos a maior. (RE 603.191-MT, Rel. Min. Ellen Gracie, Plenário, DJE de 5-9-2011, com repercussão geral.)

Por fim, o tributo deve ser criado onde há capacidade contributiva. Isso se dá em todos os tributos. É a eficácia negativa do princípio da capacidade contributiva, que se aplica a todos os tributos e significa que os tributos não podem ter efeito confiscatório[32]. Nesse prisma, desenhou-se também a jurisprudência da Corte:

> IPVA. Progressividade. Todos os tributos submetem-se ao princípio da capacidade contributiva (precedentes), ao menos em relação a um de seus três aspectos (objetivo, subjetivo e proporcional), independentemente de classificação extraída de critérios puramente econômicos." (RE 406.955-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 4-10-2011, Segunda Turma, DJE de 21/10/2011)

> (...) todos os impostos podem e devem guardar relação com a capacidade contributiva do sujeito passivo e não ser impossível aferir-se a capacidade contributiva do sujeito passivo do ITCD. Ao contrário, tratando-se de imposto direto, a sua incidência poderá expressar, em diversas circunstâncias, progressividade ou regressividade direta. Todos os impostos, repito, estão sujeitos ao princípio da capacidade contributiva, especialmente os diretos, independentemente de sua classificação como de caráter real ou pessoal; isso é completamente irrelevante. Daí por que dou provimento ao recurso, para declarar constitucional o disposto no art. 18 da Lei 8.821/1989 do Estado do Rio Grande do Sul. (RE 562.045, rel. p/ o ac. min. Cármen Lúcia, voto do min. Eros Grau, DJE de 27-11-2013, com repercussão geral.

6. CONCLUSÃO

A capacidade contributiva é a aptidão, a força econômica do contribuinte para ser tributado; atua como medida da tributação, como decorrência do princípio da igualdade.

O aspecto positivo da capacidade contributiva revela que se deve tributar onde houver manifestação de riqueza. A perspectiva negativa do princípio cinge a tributação ao campo de riqueza tributável, é um limite à tributação confiscatória e que ultrapasse o mínimo necessário à sobrevivência do indivíduo.

A capacidade contributiva absoluta ou objetiva determina que o legislador eleja fatos que ostentem signos presuntivos de riqueza, que apontem para a disponibilidade de se prover as despesas públicas por um potencial sujeito passivo. Já a capacidade contributiva relativa ou subjetiva é direcionada a um sujeito passivo especificamente considerado, diante de um fato jurídico tributário.

No que se refere ao questionamento da lei genérica, compete ao Poder Judiciário avaliar

[32] TIPKE, Klaus e YAMASHITA, Douglas. Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 67.

se houve a violação da capacidade contributiva absoluta ou relativa; já no caso de análise de um caso concreto, o controle jurisdicional dar-se-á na avaliação da obediência à capacidade contributiva relativa ou subjetiva.

A importância do estudo dos precedentes da Suprema Corte sobre a capacidade contributiva está no fato de que é o tribunal competente para dizer o direito, fechando o sistema com manifestação definitiva e que influencia os demais participantes do sistema jurídico nacional.

O precedente ganha força diante do caráter obrigatório que adquiriu no direito nacional, especialmente no que se refere à sua *ratio decidendi*, *holding*, ou fundamentos jurídicos que sustentam a decisão[33], valendo sempre lembrar que a ordem jurídica não é formada apenas pelas leis, mas também pelas decisões judiciais, cuja força pública é demonstrada pelo condicionando dos comportamentos dos contribuintes, o que revela a importância em se conhecer os caminhos perseguidos pelos seus protagonistas.

Como se nota dos precedentes elencados neste estudo, a Corte Maior do país abordou, nesses últimos dez anos, a capacidade contributiva em diversas perspectivas, tanto no seu aspecto positivo como na sua versão negativa, tanto em benefício do fisco como do contribuinte, tanto em face das pessoas físicas como das pessoas jurídicas, tanto na sua versão subjetiva como na objetiva.

REFERÊNCIAS

ALCHOURRON, Carlos e BULYGIN, Eugenio. **Introducción a la metodología de lãs ciencias juridicas y sociales**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1987.

BALEEIRO, Aliomar. Atualização: Mizabel Derzi. **Direito tributário brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico.** Brasília: Polis/UnB , 1989.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 jun. 2017.

_____. Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil: promulgada em 18 de setembro de 1946. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 jun. 2017.

_____. Emenda Constitucional n.18: promulgada em 1º de dezembro de 1965. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 jun. 2017.

_____. Emenda Constitucional n.29: promulgada em 13 de setembro de 2000. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 10 jun 2017.

_____. Emenda Constitucional n.1: promulgada em 17 de outubro de 1969. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 10 jun. 2017.

_____. Lei n.5.172 de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Jurisprudência**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 jun. 2017.

[33] MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. São Paulo: RT, 2014, p. 385

CARRAZA, Roque. **Curso de Direito constitucional tributário**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2009.

_____. **Fundamentos jurídicos da incidência**. 7. ed. São Paulo: Saraiva: 2009.

COPI, Irvin M. **Introdução à lógica**. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978.

COSTA, Regina Helena. **Princípio da capacidade contributiva**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

GAMA, Tácio Lacerda. **Competência tributária. Fundamentos para uma teoria da nulidade**. São Paulo: Noeses, 2009.

GORDILLO, Augustín. **Princípios gerais de direito público**. São Paulo: RT, 1977.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto.** 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

HOLMES, Stephen and SUSTEIN, Cass. **The cost of rights: Why liberty depends on taxes**. New York: W. W. Norton and Company, 1999.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial. Fundamentos de direito**. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: RT, 2014.

MOUSSALEM, Tarek. **Fontes do direito tributário**. In http://www.ibet.com.br/fontes-do-direito-tributario-por-tarek-moyses-moussallem/. Acesso em 20/06/2017

NAGEL, Thomas e MURPHY, Liam. **O mito da propriedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

NEVES, Marcelo. **Entre Hércules e Hidra**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. **Direito tributário, capacidade contributiva, conteúdo e eficácia do princípio**. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

PIKETTY, Thomas. **O capital do século XXI**. Tradução de Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

QUIROGA, Roberto. **Renda e proventos de qualquer natureza – O imposto e o conceito constitucional.** São Paulo: Dialética, 1996.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. **As Contribuições parafiscais e a validação constitucional das espécies tributárias**. São Paulo: RDDT nº 174, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SMITH, Adam. **Riqueza das nações**. v. II, livro V. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

TIPKE, Klaus e YAMASHITA, Douglas. **Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva**. São Paulo: Malheiros, 2002.

XAVIER, Alberto. **Direito tributário internacional do brasil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

UMA BREVE RESENHA CRÍTICA SOBRE O EMBLEMÁTICO JULGAMENTO DO STF NA ADI 5135, RELATIVA À PRETENSA INCONSTITUCIONALIDADE DO PROTESTO DE CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA (CDA)

Gustavo Adolfo Hasselmann*

Trata-se, na espécie, de ADI aforada pela Confederação Nacional da Indústria - CNI, pugnando a Autora pela inconstitucionalidade formal e material do protesto de CDAs expedidas pela União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias e fundações públicas, introduzido, dito protesto, pela conversão da MP 577 na Lei 12.767/2012, art. 25, que alterou o art. 1º da Lei 9492/97.

Articulou a Autora, preliminarmente, com a pecha de inconstitucionalidade, mercê de vício formal, que inquinaria de nulidade as citadas alterações legislativas, na medida em que teria havido, na hipótese vertente, o malfadado "contrabando legislativo" (também conhecido como "jabutis"). Com efeito, a MP 577/12 cuidava de matéria referente ao setor elétrico, enquanto que, na conversão aludida para a Lei 12.767/2012, foi introduzido o tema concernente ao protesto de CDA. Inobstante, na ADI 5127, o STF já tenha rechaçado o chamado "contrabando Legislativo", o fez com modulação de efeitos *ex nunc,* não alcançando, na hipótese em apreço do protesto de CDA, a Lei 12767/2012, art. 25. Desse modo, tal tese de vício de inconstitucionalidade formal restou afastada na espécie, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não considerou pertinente a antes citada modulação de efeitos na ADI 5127.

No que tange ao aspecto material, o tema é instigante, candente e relevantíssimo, inclusive nos aspectos pragmático e consequencial. Todavia, sem mais delongas e para não cansar os

* Procurador do Município do Salvador – BA
Consultor Jurídico
Especialista em Direito Administrativo pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia
Especialista em Processo pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia
Graduado em Filosofia pela Faculdade Batista Brasileira (FBB)
Membro Associado do Instituto dos Advogados da Bahia – IAB (onde ingressou com aprovação de tese)
Membro Associado do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo
Possui vários artigos publicados em periódicos.

leitores, tendo em vista serem os votos na ADI *sub examine* alentados, densos e substanciosos, examinaremos na presente resenha, com mais detença, os votos do Relator, Min. Luís Roberto Barroso e o do Min. Edson Fachin, que inaugurou a divergência, sendo certo que o escore final do julgamento foi acachapante, de 7x3, vencidos os Ministros Edson Fachin, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Efetivamente, para não cansar os leitores, repita-se, cabe pontuar que, na espécie, os votos do Relator e do Ministro que abriu divergência são suficientes para a exata compreensão da controvérsia.

Articulou a Autora da ação na inicial, no aspecto material, *violação à livre iniciativa*, *devido processo legal*, *isonomia*, *razoabilidade* e se tratar, a medida em tela, *de uma sanção política*, nos moldes das Súmulas 70 (interdição de estabelecimento pelo fisco, com vistas à cobrança de tributos); 323 (apreensão de mercadorias para compelir o contribuinte a recolher o tributo); 547 (aquisição de estampilhas e despacho de mercadorias nas alfândegas ao contribuinte em débito).

O ilustre Relator, Min. Roberto Barroso, respondeu, uma a uma, com consistência ímpar, as inquinações de inconstitucionalidade, antes referidas, deduzidas pelo Autor da ação.

Principiou, o ínclito relator, espancando a increpação de se tratar, o protesto de CDA, de uma sanção política, sufragando orientação externada pelo próprio STF de há muito. Com efeito, alegou que o protesto de CDA é medida legítima, que não encerra coação ao contribuinte, razoável e proporcional (nos três subprincípios hauridos no direito alemão, a saber, os testes da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) e, por fim, não obstaculiza ou impede, tal protesto, o direito de funcionamento da empresa. Não custa rememorar que o argumento de ser ou não a medida em tela uma sanção política foi o que mais atraiu a atenção dos Ministros nos debates travados nas respectivas assentadas do Plenário da Corte. Acresce ao que vem de ser exposto, na contramão do argumento de tratar-se de uma sanção política o protesto de CDA, a alegação, defendida pelo Min. Roberto Barroso (e sustentada na tribuna pela Advogada da União, Dra. Grace Mendonça) de que ele, o protesto de CDA, não é uma punição indireta, oblíqua ou transversa ao contribuinte, para compeli-lo a pagar o tributo, como sói acontecer com as sanções políticas. O protesto é sim um meio direto de cobrar o tributo, como ocorre nas relações entre particulares, em que se certifica e se documenta uma dívida e a inadimplência do devedor, só e somente só.

No que atina ao princípio do devido processo legal formal e material (este último aspecto respeitante à razoabilidade e proporcionalidade da medida em apreço), o Min. Roberto Barroso foi de uma precisão cirúrgica ao assentar que, no aspecto formal, não há burla ao devido processo legal, na medida em que, a par dessa medida, o protesto de títulos, ocorrer também entre os particulares em suas relações privadas; estes têm, a seu favor, as medidas judiciais cabíveis, inclusive a sustação do protesto, sem embargo de poderem se defender na esfera administrativa antes da constituição do crédito tributário.

Demonstrou também o ilustre Relator que não há nenhuma mossa de inconstitucionalidade no aspecto material do devido processo legal, posto que o protesto de CDA é adequado, e serviente à cobrança do crédito tributário, na medida em que é menos gravoso do que o executivo fiscal, no bojo do qual existem medidas extremamente constritivas, como a penhora, inclusive a *on line*, a indisponibilidade de bens etc., etc., etc. Afirmou ainda o insigne Relator que, no atinente à proporcionalidade em sentido estrito, os benefícios são maiores que os ônus ou custos. Neste diapasão assinalou, na esteira do II Pacto Republicano, firmado pelos três poderes, cuja pauta incluiu a celeridade e eficácia dos processos, que o protesto de CDAs promove uma desjudicialização no País, cujo congestionamento no Judiciário com execuções fiscais gira em torno de 40% dos processos, segundo dados do

CNJ. Outro benefício haurido com o protesto das CDAs é uma menor condescendência ou leniência com a sonegação fiscal.

Por fim, o lustre Relator assinalou que não vislumbra nenhuma mácula, com o protesto da CDA, `a livre iniciativa, posto que se de um lado os protestos são comuns entre os particulares, do outro não impede ou obstaculiza o livre funcionamento da empresa.

Para o Ministro Fachin, que inaugurou a divergência, o protesto de CDA constitui uma sanção política, sendo um mecanismo gravoso e severo, que compele o contribuinte a recolher o tributo, causando, de outro lado, embaraço à livre inciativa. Para Sua Exa., o executivo fiscal é menos gravoso e suficiente para a cobrança das dívidas ativas. Comungamos das razões externadas no primoroso voto – com a devida vênia do Ministro Fachin – do Ministro Roberto Barroso, sem relegar a plano secundário as razões declinadas pelos demais Ministros, inclusive o ilustre decano Celso de Mello, que acompanharam o Relator.

Para arrematar, impende apresentar mais duas razões em abono à tese vencedora, sem ter a pretensão de esgotar ou exaurir o rico, denso e substancioso debate, acalorado e acirrado, travado pelos Ministros do STF nas assentadas em que se debateu o tema ora sob análise: a primeira delas diz respeito ao fato de ser o protesto, na esteira do II Pacto Republicano, um meio coadjuvante da execução fiscal, que se presta, sobretudo em momentos difíceis que o nosso Brasil atravessa, a tornar mais célere e eficaz a cobrança da dívida ativa, para curar e satisfazer os interesses primários da sociedade; a segunda delas é que, com a superveniência do art. 25 da Lei de Conversão 12.767/2012, o STJ modificou a sua orientação anterior, admitindo desde então o protesto da CDA como meio célere e eficaz, coadjuvante das execuções fiscais.

A DECLARAÇÃO DE UTILIDADE PÚBLICA PARA FINS DE DESAPROPRIAÇÃO: UMA NOVA LEITURA SOB A PERSPECTIVA DO NEOCONSTITUCIONALISMO.

José Andrade Soares Neto*

SUMÁRIO:

1. Introdução. 2. A modernidade jurídica e a crise dos seus paradigmas. 2.1. O projeto da modernidade jurídica. 2.2. A crise da modernidade jurídica. 3. A pós-modernidade jurídica e a Administração Pública. 4. Breves considerações sobre o neoconstitucionalismo pós-positivista. 5. A declaração de utilidade pública para fins de desapropriação: uma nova leitura sob a perspectiva do neoconstitucionalista. 6. Conclusão. 7. Referências

Resumo: O presente trabalho tem por objeto uma análise crítica da atuação da Administração Publica na pós-modernidade jurídica. Para tanto, serão abordados os paradigmas da modernidade jurídica, a sua crise e os pilares que sustentam este novo momento denominado pós-modernidade. Neste contexto, objetiva-se explorar, sobretudo, a influência do neoconstitucionalismo sobre a Administração Pública, demonstrando-se a relevância dos princípios constitucionais à transformação de institutos clássicos do Direito Administrativo, sobretudo o dever de ponderação acerca do interesse público existente quando da expedição de um decreto de utilidade pública para fins de desapropriação, visando a sua adequação aos novos paradigmas existentes.

Palavras-chave: Administração Pública. Decreto de utilidade pública. Desapropriação. Neoconstitucionalismo. Novas tendências.

* Doutorando e Mestre em Direito Público pela UFBA, Especialista em Direito Administrativo pela Fundação Faculdade de Direito da UFBA, Professor de Direito Administrativo dos cursos de graduação e pós-graduação *latu sensu* da Faculdade Baiana de Direito e Gestão, bem como do Curso Brasil Jurídico. Advogado, sócio do Faro, Brito e Soares Neto Advogados e Procurador do Município de Salvador/Ba.

1. INTRODUÇÃO

O Direito Administrativo, enquanto disciplina que trata das regras que regem as relações institucionais entre a Administração e o cidadão, vêm passando por transformações intrínsecas ao longo do tempo, sendo nítida a constatação de que não há mais condições de administrar a máquina pública com eficiência, seguindo preceitos clássicos de certos institutos e prerrogativas concebidas nos primórdios da modernidade jurídica.

A doutrina mais adepta a um estudo crítico do Direito Administrativo[1], preconiza que o referido ramo do direito teve o seu desenvolvimento embrionário num período em que a Administração Pública - sobretudo na França revolucionária do final do século XVIII – necessitava se estabelecer enquanto instituição, repelindo eventuais forças contrarrevolucionárias, insatisfeitas com o regime recém-instituído.

Para tanto, uma série de medidas foram tomadas visando a proteção institucional da grande/frágil máquina realizadora dos ideais liberais burgueses.

O Estado de Direito recém-criado, devia respeitar as suas próprias Leis, desde que elaboradas, interpretadas e julgadas por um Conselho que integrava o próprio Estado-Administração, ao arrepio do que pregara Montesquieu, quando idealizou a separação dos poderes como mecanismo eficiente à limitação do próprio poder.

A partir daí, o Direito Administrativo seguiu por um largo período sendo desenvolvido para estruturar mecanismos que assegurassem à Administração Pública prerrogativas para a concretização de uma gestão eficiente na arte de sobrepor os ideais entendidos como públicos em detrimento dos administrados.

Sustentam os referidos autores que ferramentas de domínio foram criadas para tal desiderato, todas calcadas no ideal da supremacia do interesse público, da legalidade e, por vezes, veiculadas por meio da discricionariedade, tais como a presunção de legitimidade e veracidade, autoexecutoriedade, intervenções do Estado na propriedade privada, dentre elas a desapropriação, poder de polícia, etc.

Verifica-se, pois, que boa parte dos pilares ainda hoje utilizados na Administração Pública e estudados no âmbito do Direito Administrativo – mesmo que em outro contexto, após séculos de esforços para adaptá-los ao Estado Democrático de Direito – podem ter sua origem em uma tentativa de manutenção de um projeto de estruturação de poder autoritário do Estado sobre os seus súditos.

Verdade é que a França, através do próprio Conselho de Estado, já em meados do século XIX, bem como as demais nações seguidoras da tradição jurídica continental europeia romanística, elevaram tais prerrogativas estatais a uma categoria que tinha por desiderato a concretização, pela Administração Pública, do bem comum pautado no interesse público.

Entretanto, estas prerrogativas estatais foram desviadas de sua origem ao serem adaptadas ao longo do tempo para as perspectivas de um momento histórico-filosófico denominado de modernidade, cuja crença em modelos estanques, planificados para um ideário legalista, estacionou-as em paradigmas que atualmente não mais se adequam ao novo pano de fundo filosófico que nos guia, denominado por alguns de pós-modernidade[2].

Após a revolução industrial do século XIX e as grandes guerras da primeira metade do século XX, com a declaração internacional dos direitos fundamentais do homem de 1948, em

---

[1] BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

[2] SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 1999, p.77.

um período de conquistas humanísticas irrenunciáveis, beira o absurdo assistir com passividade a Administração Pública – apoiada por reluzente doutrina e jurisprudência agir, na maioria das vezes, calcada em prerrogativas clássicas – mas aveludadas por feições hermenêuticas atuais – com autoritarismo e desrespeito a princípios que atualmente agregam ao rol de direitos e garantias conferidos aos cidadãos.

Após o arraigamento do movimento constitucionalista do século XIX, vislumbramos, atualmente, o mundo jurídico atravessar o pós-positivismo neoconstitucionalista, segundo o qual, os princípios constitucionais passam a ter força normativa e os ramos do direito devem ser aplicados considerando-se tais princípios como a dignidade da pessoa humana, a boa-fé objetiva, a segurança jurídica, a função social da propriedade, dentre outros.

Não seria diferente com o Direito Administrativo ao regular a Administração Pública nas suas relações entre seus órgãos e entre esses e os particulares. Segundo essa nova ótica, não há mais espaço para a aplicação da legislação administrativista distante dos referidos princípios constitucionais.

Assim sendo, verificou-se a necessidade de confrontar paradigmas clássicos (como a supremacia do interesse público sobre o particular, a legalidade estrita e a discricionariedade) e institutos arraigados, como os que decorrem do direito de intervenção do Estado na propriedade privada, mais precisamente o decreto de utilidade pública que antecede o procedimento expropriatório que consiste em ato unilateral e insuscetível de ponderação pelo expropriado, pela população ou mesmo, via de regra, pelos órgãos de controle estatais[3].

Pretende-se, desta forma, no presente trabalho uma investigação acerca do dever de ponderação motivada pela Administração Pública, respeitando o crivo dos princípios constitucionais circundantes no caso concreto, quando da expedição do ato de declaração de utilidade pública, por meio de decreto expropriatório, considerando o real interesse público existente.

2. A MODERNIDADE JURÍDICA E A CRISE DOS SEUS PARADIGMAS

2.1 – O projeto da modernidade jurídica

De acordo com Antônio Carlos Wolkmer[4], a vivência liberal-individualista ocasionou uma justificação racional do novo mundo que surgia, diferente do sistema jurídico múltiplo verificado na sociedade feudal. As diferentes ordens que coexistiam no feudalismo acabavam sendo uma barreira ao crescimento da burguesia emergente. Em razão da atividade principal a qual se dedicavam, o comércio – ao contrário da atividade agrícola que marca a Idade Média – fazia-se necessária a unificação do Direito Mercantil para engendrar o crescimento, bem como para a consolidação da burguesia enquanto classe. A partir daí observa-se uma transição hierárquica: entra o trabalho assalariado, sai o senhorio feudal.

O Estado Moderno nascente, estava fundamentado numa legitimidade racional, abandonando-se a busca da verdade em poderes divinos, junto ao movimento iluminista. A burguesia mercantil, que detinha a força econômica que praticamente sustentava a nobreza e o clero, enquanto classe detentora dos meios de produção, busca adequar seus interesses a uma ordem estatal fortalecida, o que deveria passar necessariamente pelo plano jurídico.

O Direito Moderno, conforme Antônio Carlos Wolkmer[5], fundamenta-se na formação social e econômica, bem como na noção de lega-

[3] BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
[4] WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3.ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.
[5] Idem, p. 85.

lidade estatal. O Estado de Direito, na concepção clássica é aquele Estado que, ao mesmo tempo se subordina a suas próprias regras legais e respeita os direitos dos cidadãos.

Muito embora, a narrativa histórica aguçada pela visão crítica no nascimento do Direito Administrativo, contada por Gustavo Binenbojm[6], congrega a uma realidade adversa em que as prerrogativas estatais criadas pela jurisprudência do Conselho do Estado Francês tem a sua origem ligada mais à necessidade da manutenção do Poder nas mãos de quem no trono está (o recém erguido trono burguês), do que assegurar garantias aos cidadãos recém-apresentados aos ideais do Liberté, igualité e fraternité. Veremos que não apenas o passar do tempo e a mutação social havida, mas tal origem adversa também contribuiu para a crise de certos paradigmas que vem sustentando a atuação da Administração Pública em moldes não mais adequados à nova realidade que se tem concebido.

Segundo Ricardo Maurício Freire Soares[7], em conformidade com a doutrina de Boaventura Santos, a realização dos objetivos do projeto da modernidade seria garantida no plano histórico, pelo equilíbrio entre os vetores societários de regulação e emancipação. As forças regulatórias englobariam as instâncias de controle e heteronomia, exercidas através do Estado de Direito. De outro lado, as forças emancipatórias expressariam as alternativas de expansão da personalidade humana, oportunizando rupturas, descontinuidades e transformações.

O programa da modernidade fundar-se-ia, então, na estabilidade dos referidos pilares, que foram precocemente demolidos pela avalanche trazida pela vivência neo-liberal.

2.2 - A crise da modernidade jurídica

No plano da modernidade, as normas legais afiguravam-se como instrumentos plenos, capazes de engendrar a codificação do ordenamento jurídico e a regulamentação pormenorizada dos problemas sociais. O fenômeno da positivação é, pois, expressão da modernidade jurídica, permitindo a compreensão do Direito como um conjunto de normas postas (Direito Positivo). A positivação desponta como um conjunto de procedimentos capazes de moldar valores e padrões de conduta[8].

Importante considerar que a referida atitude legiferante, ainda que útil e eficaz para a regulação da sociedade à época, teve a sua justificação histórica diretamente ligada ao plano de ascensão e manutenção do poder pela burguesia.

Nas palavras do mesmo autor supracitado:

> "o apego excessivo à norma legal refletia a postura conservadora de uma classe que ascendera no plano social, na esteira do movimento jusnaturalista. Decerto, o jusnaturalismo racionalista consolida-se com o advento da ilustração, despontando a racionalidade humana como um código de ética universal e pressupondo um ser humano único em todo o tempo e em todo espaço. Os iluministas acreditavam, assim, que a racionalidade humana, diferentemente da providência divina, poderia ordenar a natureza e vida social..."[9]

Tal momento, não por mera coincidência, reflete justamente a ascensão da escola da exegese que primava pela obediência à literalidade da Lei pelos seus aplicadores, sobretudo pelo Poder Judiciário.

Acerca do direito na modernidade, De La Torre Rangel, citado por Antônio Carlos Wolkmer[10], propala que "pretendendo ser um Direito igual e supondo a igualdade dos homens sem ter

---

[6] BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
[7] SOARES, R. M. F. O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 55.
[8] Ibid., p. 60.
[9] Ibid., p. 60.
[10] WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3.ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001, p. 98.

em conta os condicionamentos sociais concretos, produz uma lei abstrata, geral e impessoal". Entretanto, sua crise é tão evidente ao final do século XX que "todos os primados do Direito chamado moderno, seus fundamentos, o direito individual como direito subjetivo, o patrimônio como bem jurídico, a livre manifestação da vontade, estão abalados" sendo "...tão evidente a crise do Estado moderno e de seu direito que não há mais quem defenda a sua manutenção tal como está".

Prossegue o mesmo autor afirmando que o processo de ruptura e afirmação de paradigmas fundados em formas autônomas de vida heterogênea e modalidades alternativas de regulação social conduz à busca de novos parâmetros de fundamentação e de verdade. Transformada a sociedade, marcada pela globalização, não mais se sustenta com toda sua força a racionalidade moderna. Questiona-se tal racionalidade e ocorre a busca por novos padrões de referência. A sociedade é um sistema conflituoso e em permanente transformação, de forma que o Direito, enquanto modelo cultural tradicional, está em *crise*. Em suas palavras, o exaurimento do atual paradigma jurídico "descortina, lenta e progressivamente, o horizonte para a mudança e a reconstrução paradigmática" que se funda na experiência histórica e na prática cotidiana concreta de um pluralismo jurídico de teor comunitário-participativo.

A referida crise dos paradigmas da modernidade terá reflexos no direito e, sobretudo no Direito Administrativo, fazendo-se necessário que a Administração Pública reveja o seu plano de supremacia para incluir o cidadão, levando a sério os seus direitos e garantias constitucionais, como parte integrante do epicentro desta revolução.

Assim com a crise da modernidade, os mais diversos pensadores, destacaram para o surgimento de um novo paradigma à compreensão do mundo atual, complexo, veloz e globalizado: a pós-modernidade.

Neste sentido, preleciona Ricardo Maurício Freire Soares[11]:

> "A perspectiva pós-moderna passou a indicar a falência das promessas modernas da liberdade, de igualdade, de progresso e de felicidade acessíveis a todos. "Conquanto tenha desencadeado o progresso material da sociedade moderna, o racionalismo do ocidente acabou promovendo o cerceamento desintegrador da condição humana, a perda da liberdade individual, o esvaziamento ético e a formação de um sujeito egoísta, direcionado, precipuamente ao ganho econômico. Os indivíduos foram convertidos a meros receptáculos de estratégias de produção, enquanto força de trabalho (alienação); de técnica de consumo, enquanto consumidores (coisificação); e de mecanismos de dominação política, enquanto cidadãos da democracia de massas (massificação)."

Tais elementos tornaram-se patologias de uma modernidade em colapso.

A desconfiança de todo discurso unificante torna-se também o marco característico do pensamento pós-moderno. A realidade social, dentro desta nova perspectiva, não existe como totalidade, mas se revela fragmentada, fluida e incerta.

3. A PÓS-MODERNIDADE JURÍDICA E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Verifica-se, pois, que as grandes visões modernas esvaziaram-se, perdendo gradativamente a credibilidade. Em seu transcurso histórico, o programa moderno não logrou concretizar suas idéias emancipatórias.

A sociedade que sofre os efeitos da globalização da economia e da política, dentre outras esferas, desenvolve novas formas ou mecanismos para a concretizaçcão de relações jurídicas, como

[11] Ibid., p. 63.

os contratos eletrônicos, propriedade compartilhada (time share), proprieade coletiva, sendo assim, não é cediço alcançar a suficiência do ordenamento jurídico, devido a incerteza da incidência do mais tênue dispositivo ao mais velho instituto jurídico.

No que diz respeito a esta corrida tecnológica, a sociedade atual vive a era da informatização das relações jurídicas, que possui como característica determinante a despersonalização das relações negociais. O contato físico entre os interessados já não é mais necessário, já que o mercado eletrônico, ou virtual, em total contraposição aos conceitos vetustos do tradicional comércio físico, em que a presença do comerciante, pessoa física ou jurídica era fundamental, nesse cenário apresenta-se facilmente desconsiderada.

Desta forma, devido ao crescimento das novas relações jurídicas antes não cogitadas seja na seara ambiental, consumerista, aeroespacial, direito regulatório e da informática, até como efeito do fenômeno da globalização, associada a parca e insuficiente normatização, que ainda se encontra em trâmite, emergem tais relações como um problema cotidiano de difícil solução.

O direito, por ser indissociável da sociedade, sofre os efeitos da globalização e dos novos ramos relacionais que surgem a todo instante e não obstante a discussão do ordenamento jurídico estar preparado ou não para as relações que, apesar de não contempladas, ocorrem diuturnamente e, por conseguinte, devem ser tuteladas.

Com o direito administrativo não é diferente. A Administração Pública vem passando por significativas transformações para se adequar à nova realidade pós-moderna. Como bem observou Gustavo Binemoijm[12], verifica-se o deslocamento do campo da legalidade para o da juridicidade de certos paradigmas clássicos como o da supremacia do interesse público do sobre o particular, que deve passar a um dever de avaliação da proporcionalidade nos casos concretos, levando-se em conta não apenas o interesse da gestão mas o das comunidades afetadas com as decisões administrativas; a discricionariedade passa ter limites maiores, balizada também pelos princípios constitucionais, além das leis regulamentos administrativos.

O estado provedor e executor passa a uma postura liberal e regulatória em prol da potencialização da eficiência, como revela a experiência com as agências reguladoras; o abandono da administração burocrática para um maior desenvolvimento da noção de administração pública gerencial, onde se verifica significativa interface com a forma de administrar própria da iniciativa privada, a exemplo dos contratos de gestão.

Valério de Oliveira Mazzuoli[13] corrobora ao afirmar que o direito já não é fruto de um processo meramente lógico-dedutivo. Ao contrário, é decorrência de uma interação (ponderação, diálogo) permanente entre as regras e os princípios, entre o direito interno e o externo, entre a legalidade e a constitucionalidade, entre a legalidade e a convencionalidade da norma, entre a lei e os valores em jogo, em cada caso concreto.

Segundo o referido autor, o direito pós-moderno deixou de ser lógico (formal) para se transformar em axiológico (busca do justo mediante a ponderação de valores), deixou de ser meramente legalista para interagir (dialogar) com as novas fontes do direito (constitucionalismo, internacionalismo e universalismo). Ele se tornou muito mais complexo, mas nunca, como agora reuniu tantas condições para ser justo (em cada caso concreto). Do método da subsunção passamos à ponderação de todos os valores em jogo para que se atinja a decisão mais justa no caso concreto.

---

[12] Reflete a ampliação da noção de legalidade estrita voltada à legislação infraconstitucional, típica da pós-modernidade, à noção de juridicidade que leva em consideração os mais diversos princípios constitucionais quando da aplicação da legislação administrativa, nos moldes da doutrina neoconstitucionalista.

[13] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Características do Direito na Pós-Modernidade. Revista de Direito, vol. 13, n. 17, ano 2010, p. 04.

4. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O NEOCONSTITUCIONALISMO PÓS-POSITIVISTA.

Como fora delineado no sucinto escorço histórico apresentado na introdução do presente trabalho, os ditames sob os quais a Administração Pública esteve regida desde o princípio da consolidação do Estado moderno, teve como alicerce a supremacia dos interesses da Administração, incialmente visando a mera sobrevivência da potestade burguesa diante do receio de uma contrarrevolução, mas posteriormente, com a evolução pretoriana do Conselho de Estado Francês, tendo por finalidade viabilizar a atuação do Estado em prol do bem comum.

Entretanto, com o passar do tempo, que trouxe aos cidadãos conquistas das mais diversas no que tange aos direitos constitucionais, nas suas diversas gerações evolutivas, possível verificar uma ruptura nos principais alicerces que serviam de sustentáculo à atuação frondosa da Administração Pública que, sob a afirmação de estar protegendo interesse público maior, muitas vezes abdicara da ponderação do razoável, no caso concreto, passando por cima de interesses dos cidadãos merecedores de preservação.

Na ótica de Gustavo Binenbojm[14], por força do neoconstitucionalismo alguns paradigmas clássicos sofreram graves abalos, merecendo ajustes para a adequada regência da Administração Pública na pós-modernidade. Dentre eles destacamos a supremacia do interesse público sobre o particular; a legalidade administrativa e o denominado poder discricionário, sobre os quais teceremos algumas considerações mais adiante.

Segundo o referido autor, ao revés da distância cultivada à época do constitucionalismo primário, garantidor de direitos negativos aos cidadãos, consistentes sobretudo na não interferência do Estado para que direitos como o da liberdade de locomoção, expressão, associação, dentre outros, fossem assegurados, quando a Constituição tendia a ser mais sintética e preconizava meras diretrizes principiológicas sem força normativa, com o neoconstitucionalismo, que se desenvolvera em meados do século XX, verifica-se uma grande revolução na sistemática do ordenamento jurídico, em que a Constituição é posicionada no seu núcleo, passando de mera indicadora de diretrizes a centro normativo irradiador de eficácia.

A evolução dos direitos individuais negativos de primeira dimensão, denominados direitos de liberdade individuais, galgados no fim do século XVIII, com a revolução francesa, aos direitos das liberdades positivas, desenvolvidos, sobretudo, após a revolução industrial do século XIX, quando clamava-se por políticas públicas de saúde, educação, saneamento, etc., passando pela terceira dimensão dos direitos sociais preconizados pelas constituições mexicana (1917) e de Weimar (1919), com a consolidação dos direitos fundamentais nos seus textos, tudo isso conduziu a uma nova perspectiva da Constituição e seus efeitos no ordenamento jurídico.

Diante desta nova postura contundente do texto constitucional, não mais cabia a contenção absoluta dos seus princípios, relegando-os a meros preceitos informativos, diante do seu alto grau de abstração. Estudos como os de Robert Alexy[15], consolidaram a força normativa dos princípios constitucionais, que devem ser encarados como verdadeiras normas dotadas de eficácia para a solução de conflitos, mediante exercício de ponderação no caso concreto.

O neoconstitucionalismo vem, então, revelar, no contexto da pós-modernidade, uma forma racional e equilibrada de interpretar e aplicar o

---

[14] BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

[15] ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 5. ed. alemã, traduzida por Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008.

ordenamento jurídico em todas as searas, desde o âmbito privatista, como no direito civil, empresarial e do trabalho, ao direito público, seja no âmbito penal, ambiental, urbanístico e, naturalmente, no direito administrativo, com fortes impactos na forma de interpretar o regramento jurídico administrativo e, por conseguinte, na atuação da Administração Pública.

Nesta nova ordem, prudente abandonar a tendência legalista, através da qual procurava-se preservar a ordem através do fiel cumprimento dos preceitos legais infraconstitucionais, limitados e ineficazes diante da nova realidade conglobante pós-moderna, vertendo-se ao centro de todos os ramos qual seja, a Constituição Federal, sobretudo no seu núcleo duro que releva a plêiade dos direitos fundamentais, cerne do ordenamento atual.

Ou seja, normas de Direito Administrativo (bem como dos demais ramos do direito) não comportariam mais interpretação/aplicação à revelia dos direitos fundamentais preconizados na Constituição. E este exercício hermenêutico não deve estar limitado aos princípios constitucionais administração pública explícitos, como os da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência; a gestão pública, na prática dos seus atos deve resistir aos princípios fundamentais gerais como os da dignidade da pessoa humana, boa-fé objetiva, segurança jurídica, dentre outros.

No cenário atual, apesar da resistência de grande parte da doutrina administrativista tradicional e pela praxe na Administração Pública, percebe-se o reconhecimento desta nova realidade pela doutrina, que não pode prescindir da relevância dos princípios constitucionais que resguardam aos cidadãos o exercício dos seus direitos fundamentais básicos.

Nesta linha de raciocínio preleciona Maria Sylvia Zanela Di Pietro que o Brasil tende a seguir os passos de algumas nações estrangeiras no que tange à constitucionalização do direito administrativo[16]:

> "O primeiro passo no sentido da constitucionalização dos princípios do Direito Administrativo foi dado pela Lei Fundamental da Alemanha, de 8-5-49, cujo artigo 20, item 3, estabelece que 'o poder legislativo está vinculado à ordem constitucional; os poderes executivo e judicial obedecem à Lei e ao direito'. Ideias semelhantes foram inseridas nas Constituições espanhola e portuguesa.
>
> No Brasil, embora não se repita norma com o mesmo conteúdo, não há dúvida de que se adotou igual concepção, já a partir do preâmbulo da Constituição, rico na menção a valores como segurança, bem estar, desenvolvimento, igualdade e justiça. Além disso, os artigos 1º a 4º e outros dispositivos esparsos contemplam inúmeros princípios e valores, como os da dignidade da pessoa humana, os valores sociais e da livre iniciativa, o da erradicação da pobreza, o da prevalência dos direitos humanos, o da moralidade, publicidade, impessoalidade, economicidade, eficiência, dentre outros. Todos esses princípios e valores são dirigidos aos três Poderes do Estado: a lei que os contrarie será inconstitucional."

Diante deste quadro, em que o neoconstitucionalistmo se faz presente, com fortes influências no regramento jurídico administrativo, é que propomos uma análise acerca da crise de alguns dos principais paradigmas da Administração Pública e das novas tendências a serem seguidas para uma adequação a esta realidade, particularmente no que diz respeito à necessidade da ponderação motivada quando da declaração de utilidade pública para fins expropriatórios como se analisado a seguir.

[16] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela. Direito Administrativo, 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 37.

5. A DECLARAÇÃO DE UTILIDADE PÚBLICA PARA FINS DE DESAPROPRIAÇÃO: UMA NOVA LEITURA SOB A PERSPECTIVA DO NEOCONSTITUCIONALISMO.

Os paradigmas que norteiam determinado ramo do saber refletem o pano de fundo balizador do sentido que se pretende atribuir a determinadas instituições e institutos, em determinado período.

Segundo Thomas Kuhn[17] quando realizamos uma análise dogmática no âmbito de determinado ramo científico, estabelecendo um corte epistemológico, firmando um objeto de estudo, elegendo um método de análise, o fazemos segundo certos paradigmas, dentro de padrões esperados e conhecidos pela comunidade científica e que vigorarão por determinado período de tempo até haja o seu rompimento por meio de estudos reflexivos, ou zetéticos[18].

Havendo um rompimento ou quebra de paradigmas, seja em razão da evolução dos métodos científicos postos à disposição, seja em razão de uma revolução havida no meio em que são perpetrados os estudos ou, ainda, por uma mutação no seu objeto, novos paradigmas devem ser estabelecidos, visando uma adaptação aos padrões atuais para seja viável a continuidade do trabalho científico, segundo nova perspectiva identificada.

A nossa intenção no presente estudo é verificar a quebra de paradigmas no âmbito da Administração Pública, e contribuir por meio de um pequeno ensaio com novas perspectivas para a interpretação da legislação vigente e aplicação dogmática de determinados institutos do Direito Administrativo que devem ser revistos diante da crise de paradigmas clássicos como o da supremacia do interesse público sobre o particular, a legalidade estrita e a discricionariedade administrativa, mormente no que tange aos decretos administrativos expropriatórios de utilidade pública.

Nesse sentido, tem-se que o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, costuma ser aplicado a serviço da Administração, sem a necessária ponderação motivada diante da gama dos interesses particulares em jogo, quando do exercício de prerrogativas estatais.

Revela Gustavo Binenbojm[19] que a doutrina e a jurisprudência brasileiras, de forma expressivamente majoritária, sustentam a existência um princípio implícito na Constituição Federal que asseguraria a supremacia do interesse público sobre o privado no ordenamento jurídico brasileiro.

Entretanto, segundo o referido autor, essa predileção apriorística em prol do interesse público não se coaduna com as próprias finalidades do Estado que não deve dispensar a ponderação principiológica a respeito dos valores em jogo quando da análise de determinado caso concreto.

Ainda na ótica do referido autor, o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, seria antidemocrático seja sob a sua vertente organicista hegeliana, ao colocar os "valores de Estado" em uma ordem superior aos interesses dos integrantes da nação, seja sob uma visão utilitarista, através da qual o Estado seria guiado em suas decisões, visando um ganho substancialmente maior ao maior número de indivíduos ou por atender, estatisticamente, a um interesse mais benéfico à sociedade.

Sob tais prismas, seria factível, por exemplo, a admissão da tortura para a solução de crimes praticados contra o interesse da Administração Pública (organicismo), ou a recusa do Estado em fornecer atendimento médico através instituição pública de saúde a idosos terminais para dar

---

[17] KUHN, Tomas. A Estrutura das Revoluções Científicas (tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira). São Paulo: Perspectiva, 2005.

[18] FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Direito, retórica e comunicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

[19] BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pág. 83.

mais chances de sobrevivência a casos clínicos facilmente solucionáveis, em pacientes jovens com mais chances de sobreviver e contribuir ao país (utilitarismo).

Em ambas as perspectivas, o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, revela-se, de fato, abominável.

É importante ressaltar que a noção de um princípio jurídico que preconize a prevalência *a priori* de interesses da coletividade sobre os interesses individuais, revela-se absolutamente incompatível com a ideia da Constituição como sistema aberto de princípios, articulados não por uma lógica hierárquica estática, mas sim por uma lógica de ponderação proporcional.

Sobre tal questão, Marçal Justen Filho[20] apresenta sua crítica ao que denomina "supremacia da burocracia sobre a sociedade civil", afirmando que através desta superioridade, a propósito de identificar o interesse público, o agente público acaba por escolher a realização de fins mais convenientes ao aparato administrativo (senão de suas próprias convicções pessoais) ou ao partido político no poder. Isso é inadmissível, uma vez que a atividade administrativa tem de legitimar-se como via de realização mais intensa possível dos interesses de todos os seres humanos.

Muito embora não seja objeto de análise do presente estudo o desvio de finalidade na prática dos atos administrativos, mas tão somente crise paradigmática da supremacia do interesse público em si e como esta reflete no modo como ainda tem sido conservados alguns institutos, sobremodo a declaração de utilidade pública nas desapropriações, nítido reconhecer que a prevalência *in totum* do interesse público em detrimento do particular, na medida em que amplia, sem limitação aparente, o poder do administrador sobre um conceito indeterminado como o do interesse público, majoram-se as chances de práticas de indesejados atos com incidência de abuso de poder.

Temos então que diante das conquistas no âmbito dos direitos humanos fundamentais, dos novos tempos da pós-modernidade, que abarca uma sociedade dinâmica com novos contextos, tendências e reclames, impossível insistir com a inércia perelmaniana[21] sobre o princípio da prevalência apriorística da supremacia do interesse público sobre o particular.

Admitindo-se que tal princípio seja decorrente da Constituição, cediço que esta deve ser interpretada segundo a sua ordem sistêmica, sobretudo diante da postura neoconstitucionalista assumida na pós-modernidade jurídica.

Desta forma, compete ao gestor público, levando em consideração as demais regras e princípios constitucionais em jogo – como os da dignidade da pessoa humana, boa-fé objetiva, segurança jurídica, dentre outros – ponderar no caso concreto acerca possibilidade de atender ao interesse público com o menor grau de lesão aos interesses privados existentes, ou mesmo, diante de uma grande lesão a particular, sem grave prejuízo à Administração Pública, ceder em prol da preservação de um interesse privado.

É dizer: diante deste novo paradigma apresentado, a Administração Pública passa, segundo Gustavo Binenbojm[22], de um direito de supremacia a um dever de observância da razoabilidade/proporcionalidade no caso concreto, sendo correto afirmar que terá de ceder ao interesse particular se o interesse público em jogo não resistir uma avaliação de razoabilidade, passado pela dignidade humana, boa-fé, segurança jurídica, dentre outros princípios existentes no ordenamento constitucional que possam ser invocados no caso concreto.

---

[20] JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 7. ed. São Paulo: Editora Fórum, 2011, p. 132.

[21] PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. Tratado da argumentação: a nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

[22] BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

É como propomos, deve ocorrer quando da declaração de utilidade pública de determinado bem para fins de desapropriação pelo Poder Público.

A declaração de utilidade pública, conforme ditames previstos no Decreto-Lei 3.365/1941, trata-se de ato unilateral através do qual a Administração Pública municipal, estadual ou federal identifica o interesse público existente para a desapropriação de determinado bem, visando a concretização futura de uma das circunstâncias consideradas como de utilidade pública nos termos do art. 5º do referido diploma normativo.

Verifica-se que a referida declaração se exterioriza a partir da publicação de um decreto expropriatório produzido sem a participação ou ciência do particular que será expropriado e sem que a Administração demonstre como chegou à conclusão acerca do enquadramento legal desta utilidade pública, nem mesmo externaliza se houve uma ponderação acerca dos interesses público e privado em jogo para que se verifique se acerca da razoabilidade do ato praticado.

Deve ficar claro que a presente mudança paradigmática não pretende causar uma subversão da ordem administrativa, retirando do Estado a possibilidade de atender o seu desiderato.

Nem se pretende, da mesma forma, uma sobrevalorização ou superproteção dos interesses privados, tornando-os intocáveis diante de necessidades públicas. A nova diretriz sugere, a nosso ver, que a Administração Pública deve ponderar no caso concreto e submeter-se aos ditames de princípios constitucionais relevantes quando o exame destes apontarem a uma abstinência Estatal por mera conveniência ou mesmo economia estatal pouco significativa diante de uma consequência de dimensões catastróficas à vida digna de uma pessoa, família ou de uma comunidade local.

Entendemos que a ponderação deve existir diante do caso concreto, a motivação do ato é sempre essencial, sobretudo quando a decisão é pelo sacrifício do interesse particular, para que seja, inclusive, passível de controle interno e até mesmo externo, pelo Poder Judiciário, quando violados os princípios da razoabilidade/proporcionalidade ou destes, aliados a grave violação aos demais princípios fundamentais preconizados na Constituição Federal.

Nesta senda, exemplifiquemos situação em que a Administração Pública pretenda desapropriar um determinado imóvel para a construção de uma escola pública. Ocorre que no referido imóvel funciona há anos uma escola particular, em situação regular, que presta serviços de qualidade à comunidade local, com preço acessível. Seria razoável a referida desapropriação? A utilidade pública educacional, embora esteja prevista no art. 5º do Decreto-Lei 3365/1941, resiste ao crivo dos princípios constitucionais relacionados, tais como a dignidade da pessoa humana, a segurança jurídica a economicidade, dentre outros?

Entendemos que Administração deve ponderar no caso concreto acerca da razoabilidade do ato que pretende praticar, bem como verificar a incidência dos demais princípios correlacionados, cientificando o particular acerca da intenção pela declaração da utilidade pública para que possa, eventualmente trazer elementos à ponderação do Ente Público, assegurando-se inclusive, direito ao contraditório e ampla defesa no futuro eventual procedimento administrativo de desapropriação amigável e não apenas a discussão do preço, como se faz na praxe administrativista, seguindo os ditames estabelecidos ao procedimento judicial previsto no Decreto-Lei 3365/1941.

A desapropriação do bem, em que pese visar um interesse público primário voltado à satisfação do dever constitucional de provimento social de educação pública e gratuita, de acordo com a nova versão paradigmática do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, não deve passar incólume ao crivo de

outros princípios em jogo no caso concreto. Por mais que se trate de um interesse público nobre, como o provimento da educação, não se pode presumir de forma apriorística a supremacia deste interesse.

Para a realização da referida desapropriação, deveriam ser levados em conta os interesses todos os interesses envolvidos, inclusive os particulares, sejam os do proprietário do bem e gestor da escola privada, seja da comunidade local que utiliza o serviço.

Verificando-se, por exemplo, que a escola particular está consolidada no local há anos; que presta um serviço de qualidade aos usuários; que a desapropriação levará à paralisação temporária das atividades até o estabelecimento e organização do equipamento público; que os usuários estão satisfeitos com a instituição; que o proprietário da escola teria que cessar com a sua atividade que é única fonte de renda do seu núcleo familiar e razão de ser da sua existência, posto que educador de formação; a indenização pelo preço do imóvel não equalizaria as perdas sofridas; ficariam desempregados dezenas de funcionários da escola; e que seria mais oneroso ao poder público instalar e manter uma nova escola que celebrar um convênio com a particular existente para subsidiar vagas aos estudantes carentes da localidade, não parece razoável a desapropriação do bem em prol de suposto interesse público e em detrimento dos múltiplos interesses ali existentes.

É inadmissível que, na atualidade, sob égide do neoconstitucionalismo, uma decisão administrativa com tamanha repercussão em interesses particulares não seja submetida ao crivo dos demais princípios constitucionais como o da razoabilidade, boa-fé objetiva, segurança jurídica e dignidade humana, ainda que diante de regras legais aparentemente rígidas que permitam tais práticas ou que atinjam esfera discricionária de conveniência e oportunidade da Administração.

6. CONCLUSÃO

Através do presente estudo constata-se que o Direito Administrativo, embora tenha se fincado nos idos da Revolução Francesa (meados do século XVIII), como marco regulatório das relações jurídicas publicistas, através de prerrogativas lastreadas em paradigmas afeitos à modernidade jurídica, o referido ramo do direito teve de passar por modificações para se adequar à nova realidade vindoura, consubstanciada através da pós-modernidade jurídica, planificada mais precisamente através do neoconstitucionalismo.

Verificou-se, com isso, uma grande revolução na sistemática do ordenamento jurídico, em que a Constituição é posicionada no seu núcleo, passando de mera recomendadora de diretrizes a centro normativo irradiador de eficácia.

Por força do neoconstitucionalismo alguns paradigmas clássicos que regem a Administração Pública sofreram graves abalos, merecendo ajustes para a sua adequada regência na pós-modernidade. Dentre eles foram destacados a supremacia do interesse público sobre o particular; a legalidade administrativa e o denominado poder discricionário.

Constatou-se que o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, costumava ser aplicado a serviço da Administração, sem a necessária ponderação diante da soma dos interesses particulares em jogo, quando do exercício de prerrogativas estatais. Entretanto, essa predileção apriorística em prol do interesse público não se coaduna com as próprias finalidades do Estado que não deve dispensar a ponderação principiológica a respeito dos valores em jogo, em determinado caso concreto.

A noção de um princípio jurídico que preconize a prevalência *a priori* de interesses da coletividade sobre os interesses individuais, revela-se absolutamente incompatível com a ideia da Constituição como sistema aberto

de princípios, articulados não por uma lógica hierárquica estática, mas sim por uma lógica de ponderação proporcional.

Compete ao gestor público, levando em consideração as demais regras e princípios constitucionais em jogo – como os da dignidade da pessoa humana, boa-fé objetiva, segurança jurídica, dentre outros - ponderar no caso concreto acerca possibilidade de atender ao interesse público com o menor grau de lesão aos interesses privados existentes, ou mesmo, diante de uma grande lesão a particular, sem grave prejuízo à Administração Pública, ceder em prol da preservação de um interesse privado.

Ou seja, diante deste novo paradigma apresentado, a Administração Pública passa de um direito de supremacia a um dever de observância da razoabilidade/proporcionalidade no caso concreto, sendo correto afirmar que terá de ceder ao interesse particular se o interesse público em jogo não resistir uma avaliação de razoabilidade, passado pela dignidade humana, boa-fé, segurança jurídica, dentre outros princípios existentes no ordenamento constitucional que possam ser invocados no caso concreto.

Além do abalo à supremacia apriorística do interesse público, temos que, diante das novas perscpectivas neoconsticionalistas, através das quais, todos os ramos do direito devem ser irradiados pelas normas-princípio da Constituição Federal, sofre grande abalo, também, o princípio da legalidade.

Desta forma, relevante se faz o estudo para o desenvolvimento da aplicação dos clássicos institutos do Direito Administrativo à luz dos novos paradigmas do neoconstitucionalismo, dentre eles a desapropriação, mais precisamente no que tange ao ato de declaração da utilidade pública, visando uma atuação mais condizente da Administração Pública, diante dos novos paradigmas afeitos à pós-modernidade, com a prática de atos que satisfaçam o interesse público com o mínimo possível de lesão aos interesses individuais, o que seria possível atingir mediante ponderação dos princípios constitucionais nos casos concretos.

7. REFERÊNCIAS.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica:* a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. São Paulo: Landy, 2005.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. alemã, traduzida por Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo.* 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BINEMBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*: *direitos fundamentais, democracia e constitucionalização.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOLZAN, Fabrício e TAVARES, André Ramos. *Tratado de Direito Administrativo, 2/ Coordenadores, Adilson Abreu Dallari, Carlos Valder do Nascimento, Ives Gandra da Silva Martins*. – São Paulo: Saraiva, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela. *Direito Administrativo*, 28. ed.São Paulo: Atlas, 2015.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

JUSTEN FILHO. Marçal. *Curso de Direito Administrativo.* 7. ed. São Paulo: Editora Fórum, 2011.

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

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Características do Direito na Pós-Modernidade*. Revista de Direito, vol. 13, n. 17, ano 2010.

PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. 4. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

_____. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 7ª ed., São Paulo: Cortez, 2000.

SOARES, R. M. F. *Curso de Introdução ao Estudo do Direito*. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.

_____. *O Princípio Constitucional da Dignidade da pessoa humana*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Hermenêutica e Interpretação Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3ª edição. Editora Alfa Omega: São Paulo, 2001.

PASSIVO TRABALHISTA ADMINISTRATIVO

Renato Augusto Nolasco de Macêdo *

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO. 2. O CENÁRIO DO PASSIVO TRABALHISTA DAS ADMINISTRAÇÕES DIRETA E INDIRETA DO MUNICÍPIO DO SALVADOR ATÉ O ANO DE 2006. 3. A CRIAÇÃO DO JUIZADO DE CONCILIAÇÃO DE SEGUNDA INSTÂNCIA NO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 5ª REGIÃO. 4. O DEBATE SOBRE A POSSIBILIDADE DE O PODER PÚBLICO TRANSACIONAR APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO DE COGNIÇÃO. 5. OS CRITÉRIOS PARA O MUNICÍPIO DO SALVADOR TRANSACIONAR PERANTE O JC2 DO TRT-5ª REGIÃO E OS RESULTADOS OBTIDOS. 6. CONCLUSÃO. 7. BIBLIOGRAFIA E REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

Esse trabalho tem como objetivo analisar o modelo proposto pela Procuradoria Especializada Judicial Trabalhista da Procuradoria Geral do Município do Salvador para enfrentar as dificuldades provocadas pelo enorme passivo trabalhista, tanto da Administração Direta como da Indireta de Salvador, a partir da criação do Juízo de Conciliação de Segunda Instância do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, no ano de 2006.

Para enfrentar o grave problema da dívida trabalhista acumulada, primeiro apresenta-se o cenário que existia da dívida pública e a postura da Corte Trabalhista baiana até a implantação do novo órgão jurisdicional. Em seguida, serão analisadas as dificuldades jurídicas que existiam para a participação do Município do Salvador, perante o Juízo de Conciliação de Segunda Instância, em função das divergências acerca da possibilidade legal de o ente público celebrar transação judicial.

* Procurador do Município do Salvador e Advogado

No capítulo seguinte, serão demonstrados: a) a conduta da Procuradoria Especializada Judicial Trabalhista, que assumiu uma postura proativa diante dos riscos, numa época em que não se cogitava ser viável o ente público transigir diante do Judiciário Trabalhista; b) os critérios utilizados pelo Município do Salvador para conciliar no JC2 do TRT-5ª Região e c) os resultados de campo, obtidos com a opção inovadora, os quais atestam que houve absoluto sucesso na condução do problema e que nada de prejudicial ao interesse público foi produzido. Ao contrário, a opção revelou-se exitosa, tanto que o constituinte derivado, explicitamente, positivou esse caminho.

2. O CENÁRIO DA DÍVIDA PÚBLICA DO MUNICÍPIO DO SALVADOR ATÉ 2006

O Município do Salvador, primeira capital do Brasil, sempre conviveu com uma incômoda realidade: de um lado, considerando os números da sua população, ocupa a terceira posição dentre os 5.570 municípios da Federação, conforme dados do último censo do IBGE (2010); e, do ponto de vista do rendimento e trabalho dessa mesma população, situa-se entre as piores colocações no *ranking* das capitais do Brasil. Confira-se o impressionante dado extraído do sítio oficial https://cidades.ibge.gov.br/v4/brasil/ba/salvador/panorama:

> "Trabalho e Rendimento
>
> Em 2014, o salário médio mensal era de 3.5 salários mínimos. A proporção de pessoas ocupadas em relação à população total era de 32%. Na comparação com os outros municípios do estado, ocupava as posições 8 de 417 e 3 de 417, respectivamente. Já na comparação com municípios do Brasil todo, ficava na posição 105 de 5570 e 475 de 5570, respectivamente. Considerando domicílios com rendimentos mensais de até meio salário mínimo por pessoa, tinha 36.8% da população nessas condições, o que o colocava na posição 414 de 417 dentre os municípios do estado e na posição 3211 de 5570 dentre os municípios do Brasil."

A convivência com essa tormentosa dicotomia (população X arrecadação) produz um problema socioeconômico crônico e gigantesco para a Administração da Capital baiana nas mais diversas áreas, como educação, saúde e infraestrutura. No que diz respeito ao endividamento público municipal perante a Justiça do Trabalho – tema especificamente relacionado a esse artigo –, as dificuldades também se evidenciam preocupantes.

A Administração Direta do Município do Salvador, embora há muito conhecesse o importante passivo trabalhista represado no Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, portava-se, até um passado recente, como a grande maioria dos entes públicos da Federação, endividados na Justiça do Trabalho: observava a ordem estabelecida na lista cronológica divulgada pelo Tribunal competente para evitar a preterição, mas, anualmente, limitava-se a quitar apenas alguns precatórios, segundo a sua possibilidade ou conveniência financeira.

Prevalecia sedimentada, não apenas no Município do Salvador, a cultura de que o eventual inadimplemento de precatórios, mesmo vencidos, não ensejaria consequência alguma, além da frustração do credor e do crescimento da dívida pública. Ou seja, a completa ausência de consequência jurídica estimulava o pensamento de que pagar o que deve não era prioridade para os governantes.

A sanção estabelecida em sede constitucional – a intervenção no ente federativo (art. 34, da Constituição Federal) – nunca foi instituto que assombrasse os administradores públicos. Afinal, há notícia de rejeição de milhares de pedidos de intervenção formulados nos diversos Tribunais de Justiça Estadual. O Supremo Tribunal Federal, aliás, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, jamais acolheu pedido de intervenção federal em Estados

brasileiros, cristalizando jurisprudência para só admitir a extrema medida em casos de evidente dolo na preterição de precatórios. Confira-se:

> "IF 4640 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL
> AG.REG. NA INTERVENÇÃO FEDERAL
> Relator(a): Min. CEZAR PELUSO (Presidente)
> Julgamento: 29/03/2012
> Órgão Julgador: Tribunal Pleno
> ACÓRDÃO ELETRÔNICO
> DJe-080 DIVULG 24-04-2012 PUBLIC 25-04-2012
> Parte(s)
> AGTE.(S): ANTONIO CARLOS FAGUNDES E OUTRO(A/S)
> ADV.(A/S): MARÍLIA DO COUTO E SILVA E OUTRO(A/S)
> AGDO.(A/S): ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
> ADV.(A/S): PGE-RS - KARINA DA SILVA BRUM E OUTRO(A/S)
>
> EMENTA: INTERVENÇÃO FEDERAL. Pagamento de precatório judicial. Descumprimento voluntário e intencional. Não ocorrência. Inadimplemento devido à insuficiência transitória de recursos financeiros. Necessidade de manutenção de serviços públicos essenciais, garantidos por outras normas constitucionais. Agravo improvido. Precedentes. Não se justifica decreto de intervenção federal por não pagamento de precatório judicial, quando o fato não se deva a omissão voluntária e intencional do ente federado, mas a insuficiência temporária de recursos financeiros."
>
> "IF 2915/SP - SÃO PAULO - INTERVENÇÃO FEDERAL
> Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO
> Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES
> Julgamento: 03/02/2003
> Órgão Julgador: Tribunal Pleno
> Publicação DJ 28-11-2003 PP-00011
> EMENT VOL-02134-01 PP-00152
> Parte(s)
> REQTES.: NAIR DE ANDRADE E OUTROS
> ADVDOS.: ANTÔNIO ROBERTO SANDOVAL FILHO E OUTROS
> REQDO.: ESTADO DE SÃO PAULO
> ADVDOS.: PGE-SP - EDSON MARCELO VELOSO DONARDI E OUTROS
>
> EMENTA: INTERVENÇÃO FEDERAL. 2. Precatórios judiciais. 3. Não configuração de atuação dolosa e deliberada do Estado de São Paulo com finalidade de não pagamento. 4. Estado sujeito a quadro de múltiplas obrigações de idêntica hierarquia. Necessidade de garantir eficácia a outras normas constitucionais, como, por exemplo, a continuidade de prestação de serviços públicos. 5. A intervenção, como medida extrema, deve atender à máxima da proporcionalidade. 6. Adoção da chamada relação de precedência condicionada entre princípios constitucionais concorrentes. 7. Pedido de intervenção indeferido."

Na Bahia, quando presidiu o Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, a ilustre Desembargadora Conceição Martinelli encaminhou inúmeras representações interventivas do Estado em Municípios que descumpriram os ofícios requisitórios ou incorreram em preterição, mas o Tribunal de Justiça do Estado não abrigou quaisquer das representações. Mesmo quando o Ministério Público opinava pelo acolhimento do pleito, a Corte retardava o exame do incidente até que o ente público quitasse o precatório preterido e, diante da perda de objeto, o pedido era julgado prejudicado.

A ciranda do passivo trabalhista dos entes públicos, especialmente nos tempos da inflação descontrolada, inviabilizava o cumprimento das decisões judiciais, pois, no momento em que a Administração Pública ia efetuar a quitação de precatório, a moeda já estava tão corroída que, muitas vezes, expediam-se cheques com valor

de face em centavos para liquidar precatórios. Essa realidade obrigava os credores a reiniciar o périplo para atualizar o montante da dívida e percorrer todo o *iter* necessário à expedição de novo ofício requisitório, para aguardar a ordem cronológica organizada pelo respectivo Tribunal.

O fato é que a sociedade, há muito, clamava para que se construísse uma solução que, a um só tempo, garantisse, notadamente para o jurisdicionado hipossuficiente, a efetividade no cumprimento das decisões judiciais e viabilizasse alternativa aos entes públicos para eliminar ou reduzir o passivo trabalhista, mitigando a dívida pública e as consequências desse descontrole.

No início do século XXI, não apenas a situação de endividamento da Administração Direta do Município do Salvador era preocupante. Também os integrantes da Administração Indireta ocupavam posições de destaque no quadro geral de devedores do TRT-5ª Região (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista). O Município do Salvador finalizara o ano de 2006 com 61 (sessenta e um) precatórios vencidos e não pagos. A pior situação, entretanto, era a dos entes jurídicos privados, não sujeitos ao regime de precatórios e com a pesada incidência dos juros de mora na base de 1% (um por cento) ao mês.

Durante muitos anos, a Procuradoria Especializada Judicial Trabalhista do Município do Salvador, mesmo prestigiada por seus Procuradores Gerais, esbarrava na imponderável resistência dos gestores públicos. Simplesmente, não existia vontade política para se enfrentar a dramática realidade do endividamento municipal, perante a Justiça do Trabalho, tanto em relação ao passivo trabalhista da Administração Direta, como da Indireta.

Desde a promulgação da Lei 3.034, de 25/05/1979, o Município do Salvador foi autorizado a criar duas empresas públicas: a LIMPURB – Empresa de Limpeza Urbana de Salvador; e a TRANSUR – Empresa de Transporte Urbano de Salvador. Estas duas empresas viriam a se tornar, em razão do elevado número de empregados que passaram a ter desde as respectivas constituições, as detentoras de maior passivo no âmbito da Administração Indireta.

A LIMPURB, para se ter uma ideia, encontrava-se em 2006, com uma dívida já executada, em números da época, de mais de R$50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais). Só a incidência de juros e correção monetária impunha ao contribuinte um custo mensal daquela dívida superior a meio milhão de reais, o que criava uma situação de verdadeira calamidade financeira; um cenário de sangria que não apresentava qualquer perspectiva de solução satisfatória ao interesse público.

Praticamente todo o patrimônio físico da LIMPURB (caminhões compactadores, veículos e mobiliário), embora àquela altura deveras sucateado, encontrava-se penhorado para garantir as centenas de execuções em processos, ajuizados a partir da segunda metade da década de 1980. A situação da empresa agravava-se a partir das limitações financeiras que impediam o pleno exercício do direito de defesa, por parte dos advogados da LIMPURB. Afinal, não raras vezes, sequer o dinheiro para realizar o prévio depósito recursal, imprescindível ao aviamento do recurso ordinário, estava disponível.

Fracassavam as tentativas de bloqueio nas contas bancárias de titularidade da LIMPURB, via convênio Bacen-jud, pois o dinheiro não circulava mas contas da empresa, já que as despesas, inclusive com a folha de pessoal, eram arcadas por meio de recursos municipais, vinculados no orçamento da Administração Direta para aquelas rubricas.

Esse impasse criado pelo círculo vicioso, agravado pelo enorme custo da dívida já consolidada, terminou por paralisar a tramitação de diversos processos no primeiro grau da Justiça do Trabalho. Tal situação levou alguns magistrados trabalhistas, provocados pelos advogados dos

credores, a adotar medidas pouco ortodoxas, até então inusitadas no repertório da jurisprudência trabalhista baiana.

Com o fundamento de que a autonomia administrativo-financeira, inerente às empresas públicas, havia desaparecido ou se esgarçado de modo a tornar a LIMPURB insolvente, alguns juízes decidiram redirecionar as execuções para o Município do Salvador, apontando-o como instituidor e mantenedor daquela empresa pública e integrando-o ao polo passivo das demandas para que, com a formação do precatório, a dívida fosse, finalmente, liquidada.

O ativismo judicial mais ousado, todavia, que, apesar de radical e de constitucionalidade, no mínimo, discutível, muito contribuiu para a mudança de postura da Administração do Município do Salvador, ocorreu a partir de algumas decisões do então Juiz da 15ª Vara do Trabalho de Salvador (período de maio/1993 a abril/2004) e hoje Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Dr. Cláudio Mascarenhas Brandão. A partir da constatação de que o Município do Salvador contemplava, em seu orçamento anual, recursos destinados à LIMPURB e, ao mesmo tempo, era titular de conta bancária destinada, exclusivamente, a realizar pagamentos devidos pela empresa pública, aquele ilustre magistrado passou a emitir ordens ao Secretário da Fazenda do Município, a fim de que bloqueasse e transferisse à disposição do juízo da 15ª Vara do Trabalho recursos suficientes para liquidar as execuções, cujo *quantum debeatur* já estivesse definido, sob pena de configuração do crime de desobediência e consequente pedido de prisão do Secretário.

O Município, por meio da Procuradoria Especializada Judicial Trabalhista, atacou tais medidas judiciais com mandados de segurança e *habeas corpus* preventivos, providências que evitaram maiores constrangimentos ao gestor público. Alguns bloqueios, derivados de sequestros ordenados por magistrados de primeiro grau, entretanto, foram realizados, sem que o Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região acolhesse os argumentos do Município, de que a verba apresada se tratava de recurso público e não da LIMPURB e que a decisão monocrática era de constitucionalidade, no mínimo, duvidosa, por violação do art. 100, da CF, que rege o sistema de precatórios.

Alguns argumentos defendidos pelo Judiciário eram, flagrantemente, metajurídicos: a Justiça do Trabalho não podia ficar de braços cruzados diante de uma situação de total ineficácia de suas decisões.

3. A CRIAÇÃO DO JUIZADO DE CONCILIAÇÃO DE SEGUNDA INSTÂNCIA NO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 5ª REGIÃO

É, justamente, nesse contexto, quando o Secretário da Fazenda do Município do Salvador era constantemente ameaçado de prisão, sendo obrigado a andar com o salvo conduto no bolso do paletó para evitar dissabores, e a Administração, como de resto os entes públicos baianos com débitos trabalhistas, era tratada com muita reserva pelo Judiciário Trabalhista, é criado o Juízo de Conciliação de Segunda Instância, mediante a Resolução Administrativa nº 003/2006.

No sítio oficial do Eg. TRT-5ª Região há a informação dos objetivos institucionais daquele órgão:

> "A este órgão compete: a- exercer as atribuições que objetivem a conciliação nos Precatórios e b- tentar conciliar litígios e homologar acordos, se for o caso, a requerimento dos interessados, em processos que estejam na segunda instância, seja após interposição de recurso e antes de ser sorteado relator, seja depois de publicado o acórdão respectivo, antes da remessa dos autos ao seu destino (art. 57-B, incisos I e II, respectivamente, do Regimento Interno). E ainda, caso haja pedido formal de conciliação global envolvendo todos os processos de empregados de

um único empregador em curso na primeira e segunda instâncias, o procedimento conciliatório correrá perante o Juízo de Conciliação de Segunda Instância (Resolução Administrativa nº 24/2006, art. 1º).

Atua no Juízo de Conciliação de Segunda Instância o desembargador mais antigo deste Regional, excluídos os integrantes da Mesa Diretora, podendo ser designado um juiz para auxiliá-lo, conforme o contido nos artigos 57-A e 57-E, do supramencionado regimento."

O primeiro desafio do órgão foi convidar todos os entes públicos devedores e todos os credores constantes das respectivas listas de precatórios para lhes propor alternativas para liquidação global dos débitos, desde a concessão de deságio até o comprometimento de determinado percentual do Fundo de Participação dos Municípios como mecanismo de liquidação dos passivos no menor tempo possível.

Evidentemente, a novidade enfrentou as mais diversas resistências, desde a cultural até a jurídica. Abriu-se, com a criação desse novo órgão do Judiciário Trabalhista baiano, uma nova alternativa para a solução do crônico problema da dívida pública, cabendo aos gestores utilizá-la ou não.

4. O DEBATE SOBRE A POSSIBILIDADE DE O PODER PÚBLICO TRANSACIONAR APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO DE COGNIÇÃO

A questão que o presente trabalho propõe a discussão não abarca a possibilidade de o Administrador Público transigir extrajudicialmente ou antes de estabelecida a definitividade do título judicial exequendo, embora respeitável parcela da doutrina já a admita, com judiciosos argumentos.

O que se propugna aqui é que, mais do que ter o direito, o Administrador tem o dever de realizar a transação, desde que demonstrado que o objeto é lícito, as condições da conciliação só beneficiam a Fazenda Pública (seja com redução, seja com parcelamento do valor da dívida) e a parte adversária concorde. Afinal, se o montante da dívida já foi acertado, de modo insuscetível de ataque, deixar de celebrar transação que preveja redução de valor e/ou elasticidade de prazo importará em ilícito suficiente à cassação do mandato, a teor do que dispõe o Decreto-lei 201/67. Confira-se:

> "Art. 4º São infrações político-administrativas dos Prefeitos Municipais sujeitas ao julgamento pela Câmara dos Vereadores e sancionadas com a cassação do mandato:
> ...
> VIII - Omitir-se ou negligenciar na defesa de bens, rendas, direitos ou interesses do Município sujeito à administração da Prefeitura;"

Talvez o julgamento proferido no RE 253.885-MG, DJU 21.06.2002 seja o maior precedente, verdadeiro *leading case*, sobre a matéria. Naquela decisão, relatada pela ilustre Ministra Ellen Gracie, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que *"há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimação desse interesse"*.

Há quem resista e simplifique a questão invocando, tão somente, os princípios da legalidade e da indisponibilidade, partindo da premissa de que o ente público não pode fazer concessões sem previsão legal e, para transigir, essa conduta se constituiria num pressuposto lógico. Para essa corrente doutrinária, não é possível à Administração Pública e aos agentes administrativos celebrarem transações, a menos que exista uma lei autorizando esta prática. Ou seja, a transação é um instrumento perfeitamente aplicável no direito privado, mas com aplicação restrita no direito público e a Administração somente poderá celebrar acordos para dirimir uma situação jurídica, existindo ou não ação judicial proposta,

caso exista uma lei expressamente autorizando a transação, e tal composição só pode ser celebrada nos estritos limites fixados por tal lei.

Se é certo que o agente político deve submeter-se aos princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público, também o é que uma eventual omissão do gestor em celebrar um acordo para gastar menos e/ou parcelar uma dívida líquida e certa, resultante de decisão transitada em julgado, ainda quando não convertida em precatório, *contraria a todos os princípios de administração explícitos e implícitos existentes no direito*. Não se questiona, a esta altura, se o dirigente pode celebrar. Antes, se ele pode deixar de fazê-lo.

Firme na doutrina do grande Mestre Celso Antônio Bandeira de Mello, sempre incisivo na defesa do princípio da indisponibilidade dos interesses públicos, bem como na definição dos verdadeiros limites e contornos da discricionariedade administrativa, vinculados à finalidade, afasta-se qualquer justificativa para que o gestor público resista e não proteja, como é seu dever, o erário contra gastos desnecessários:

"Em suma: os "poderes" administrativos – na realidade poderes-deveres – só existirão – e, portanto, só poderão ser validamente exercidos – na extensão e intensidade *proporcionais* ao que seja irrecusavelmente requerido para o atendimento do escopo legal a que estão vinculados." (*in Curso de Direito Administrativo*, 19. ed. SP: Malheiros, 2005, p. 88).

Adiante, na mesma obra, arremata o Mestre Celso Antônio:

> "Assim, a discricionariedade existe, por definição, única e tão-somente *para proporcionar em cada caso a escolha da providência ótima*, isto é, daquela que realize superiormente o interesse público almejado pela lei aplicanda. Não se trata, portanto, de uma liberdade para a Administração decidir a seu talante, mas para decidir-se do modo que torne possível o alcance perfeito do desiderato normativo." (*Idem*, p. 406).

Vale dizer, a discricionariedade não é tão livre e isenta de compromisso com a finalidade da Administração pública como o incauto poderia imaginar. Também a discricionariedade nesse sentido, é relativa, e para tornar legítimo o ato discricionário será preciso que o administrador tenha escolhido, dentro das possibilidades de opção que tinha, a que lhe pareceu mais vantajosa, mais recomendável ao interesse público e mais indicada a alcançar a eficiência da Administração.

Às lições do Mestre Celso Antônio somam-se os argumentos de Adilson de Abreu Dallari (*in* "Viabilidade da Transação entre o Poder Público e Particular", em Interesse Público, Ano 4, nº 13, janeiro/março 2002, Editora Nota Dez, Porto Alegre, 2002, p. 15-6), que assim pontifica:

> "Fundados em um antigo preconceito, no sentido da necessidade de oposição entre o interesse público e o particular, entendem alguns que a Administração Pública em juízo não pode transigir, não pode desistir e está obrigada a prosseguir em qualquer feito, indefinidamente, enquanto houver algum recurso abstratamente possível.

Mas os tempos são outros. Atualmente, com base no princípio participativo, afirmado pela Constituição Federal, já se desenvolvem várias ações calcadas na colaboração, no entendimento e na soma de esforços de agentes privados e governamentais. A atividade legislativa já se desenvolve hoje em dia com ampla participação popular. Nos serviços prestados pela Administração Pública, isso é ainda mais nítido e mais frequente. Diante disso, não pode o Judiciário, nas ações judiciais, simplesmente vedar e proscrever qualquer entendimento, qualquer negociação, que leve à satisfação do interesse público.

Nunca é demais lembrar o superprincípio da estabilidade das relações jurídicas. Conflitos

inevitavelmente surgem nas relações jurídicas, criando situações de incerteza e instabilidade. Mas isso é um mal que não pode ser perpetuado. O objetivo da atividade jurisdicional é a composição dos conflitos, inclusive aqueles envolvendo a satisfação do interesse público. Uma das formas de composição do conflito é a conciliação, que pode e deve ser promovida pelo juiz.

Ao optar pela solução amigável, a Administração Pública não está necessariamente transigindo com o interesse público, nem abrindo mão de instrumento de defesa de interesses públicos. Está, sim, escolhendo uma forma mais expedita ou um meio mais hábil para a defesa do interesse público.

O interesse público não se confunde com o mero interesse da Administração ou da Fazenda Pública. Não há interesse público legítimo ao se procrastinarem pagamentos efetivamente devidos, pois o interesse público está na correta aplicação da lei, de acordo com a melhor interpretação possível, diante do caso concreto, em benefício da coletividade, dos cidadãos integrantes da coletividade."

É certo que, se antes havia uma liberdade maior para conciliar precatórios, com o advento da Emenda Constitucional 62/2009, isso foi mitigado. As alterações produzidas no art. 100, da CF e, principalmente, a inserção da expressa menção, no art. 97, § 8º, III, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, à necessidade de promulgação de lei própria da entidade devedora para criar e disciplinar o funcionamento de câmara de conciliação gerou alguma discussão sobre o tema, prevalecendo o entendimento de que o Texto Fundamental não impunha a obrigatoriedade da edição de lei e que, se os acordos fossem celebrados perante os núcleos judiciais de conciliação, a aprovação de lei própria do ente público seria desnecessária.

Esse debate foi, definitivamente, superado, quando o constituinte derivado editou a Emenda Constitucional 94/2016, que normatizou as seguintes inovações:

> "Art. 102. Enquanto viger o regime especial previsto nesta Emenda Constitucional, pelo menos 50% (cinquenta por cento) dos recursos que, nos termos do art. 101 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, forem destinados ao pagamento dos precatórios em mora serão utilizados no pagamento segundo a ordem cronológica de apresentação, respeitadas as preferências dos créditos alimentares, e, nessas, as relativas à idade, ao estado de saúde e à deficiência, nos termos do § 2º do art. 100 da Constituição Federal, sobre todos os demais créditos de todos os anos.
>
> Parágrafo único. A aplicação dos recursos remanescentes, por opção a ser exercida por Estados, Distrito Federal e Municípios, por ato do respectivo Poder Executivo, observada a ordem de preferência dos credores, poderá ser destinada ao pagamento mediante acordos diretos, perante Juízos Auxiliares de Conciliação de Precatórios, com redução máxima de 40% (quarenta por cento) do valor do crédito atualizado, desde que em relação ao crédito não penda recurso ou defesa judicial e que sejam observados os requisitos definidos na regulamentação editada pelo ente federado."

Não é exagero algum afirmar-se que essa nova normatização, em sede constitucional, foi estimulada por experiências de solução satisfatória de precatórios de alguns entes públicos da Federação, conduzidos por núcleos de conciliação, como é eloquente o exemplo do Município do Salvador.

5. OS CRITÉRIOS PARA O MUNICÍPIO DO SALVADOR TRANSACIONAR PERANTE O JC2 DO TRT-5ª REGIÃO E OS RESULTADOS OBTIDOS

Após muitos anos insistindo em convencer a Administração do Município do Salvador de que precisava enfrentar, seriamente, o expressivo débito trabalhista constituído por seus precató-

rios, bem como o enorme passivo acumulado da LIMPURB - Empresa de Limpeza Urbana de Salvador, com a criação do Juízo de Conciliação de Segunda Instância, a Procuradoria Especializada Judicial Trabalhista recebeu, finalmente, a autorização para iniciar as tratativas junto ao Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região para disciplinar a forma como se dariam as conciliações envolvendo os precatórios vencidos e não pagos da Administração Direta e as centenas de execuções da LIMPURB.

O Município propôs a constituição de um fundo provido pelo ente público e administrado pelo TRT-5ª Região, junto ao Banco do Brasil, que abriu conta judicial específica e vinculada àquela finalidade. Mensalmente, o Município aportaria certa quantia e os processos seriam pautados para a realização de audiências de tentativa de conciliação.

Por meio dessa medida, os titulares dos precatórios de maior valor que, normalmente, eram trabalhadores substituídos pelo sindicato dos servidores, anuíram em parcelar o pagamento do crédito e concordaram em liberar o pagamento de precatórios de créditos individuais, muito menores. Com tal providência, desobstruiu-se e acelerou-se o andamento da fila cronológica dos precatórios.

Em 25/10/2007, por meio do Procedimento JCP 44/2006, o Município do Salvador, representado pelo Secretário da Fazenda, pelo Procurador Geral, Dr. Pedro Augusto Costa Guerra, e por Procuradores da Especializada Judicial Trabalhista assinou acordo de conciliação global, homologado pelo valoroso Juiz João Batista Sales de Souza, viabilizando a quitação de sessenta e um precatórios vencidos e não pagos, assegurando-se o parcelamento do montante da dívida em 50 (cinquenta) meses, sem correção monetária e/ou juros, salvo uma inflação superior a 10% ao ano, onde o Município se comprometeu a promover, a partir do mês de dezembro/07, um aporte mensal, em favor do fundo constituído em conta judicial aberta no Banco do Brasil, no valor de R$250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais).

Em 09/12/2009, o Município, representado pelo mesmo Procurador Geral, Dr. Pedro Guerra, celebrou nova conciliação global de precatórios (Procedimento JCP 099/2009), negociando o pagamento, também parcelado, de 14 (catorze) precatórios, alguns ainda dentro do prazo de pagamento. Inaugurou-se, com esse segundo acordo global, uma nova fase: o passivo da Administração Direta estava equacionado e o Município do Salvador passou a ostentar a condição de ente público sem precatórios inadimplidos na Justiça do Trabalho baiana.

Em relação ao passivo da LIMPURB, definiu-se, que o Município ingressaria nos processos da empresa pública na condição de terceiro interessado e proporia, para cada credor, um deságio da ordem de 50% (cinquenta por cento) sobre o montante de cada dívida.

O Município do Salvador obrigou-se a aportar, inicialmente, a quantia mensal de R$200.000,00 (duzentos mil reais). Em contrapartida e para cessar os inúmeros bloqueios de dinheiro a que era submetido (havia, somente em 2006, mais de dois milhões de reais bloqueados por juízes de primeiro grau), postulou e obteve do Órgão Especial do Eg. Tribunal Regional da 5ª Região a edição da Resolução Administrativa 050/2006, por meio da qual foram suspensos os bloqueios de verbas do Município do Salvador em razão de débitos trabalhistas da Administração Indireta.

Após o vencimento do prazo originalmente estabelecido na Resolução 050/2006, o Juízo de Conciliação de Segunda Instância considerou exitoso o mecanismo de liquidação das execuções da LIMPURB e TRANSUR e outras Resoluções, de idêntico conteúdo, foram editadas (RA 013/2007, 033/2009, 025/2012, 010/2015 e 075/2016).

Em planilha divulgada pelo Juízo de Conciliação de Segunda Instância da 5ª Região

constata-se que, desde a primeira audiência, realizada em 01/09/2006, até aos dias atuais, o Município do Salvador já celebrou 1.647 (hum mil seiscentas e quarenta e sete) transações, tendo desembolsado, em valores não corrigidos, a quantia de R$27.328.284,96 (vinte e sete milhões trezentos e vinte e oito mil duzentos e oitenta e quatro reais e noventa e seis centavos) para a quitação desses processos. Considerando que, para os acordos envolvendo a LIMPURB, o deságio é de 50% (cinquenta por cento), a economia gerada aos cofres públicos foi na mesma medida dos gastos.

O índice de sucesso nas audiências de conciliação foi superior a 95% (noventa e cinco por cento) e, não raras vezes, o reclamante que recusou, num primeiro momento a transação, por entender exagerado o deságio proposto, reviu sua posição e postulou a reinclusão do processo em pauta para também celebrar acordo. Afinal, compreendeu-se que, nos processos mais antigos, a incidência de juros aumentava demasiado o valor principal da dívida e a aplicação do deságio era a garantia da imediata eficácia da prestação jurisdicional.

No ano de 2016, o aporte mensal realizado pelo Município na conta do Fundo instituído para eliminação do passivo trabalhista do ente público correspondia a R$400.00,00 (quatrocentos mil reais), dos quais R$50.000,00 (cinquenta mil) eram destinados ao passivo da LIMPURB e o restante ao passivo da TRANSUR.

A TRANSUR também obteve excelentes resultados, tendo extinguido por transação vinte e dois processos anteriores à liquidação da empresa, mediante o desembolso de R$2.438.346,46, no período de 05/12/2013 a 18/04/2017.

Em março de 2016, o saldo do Fundo instituído pelo Município do Salvador, por ocasião da publicação da Resolução Administrativa 075/2016, apresentava o saldo positivo superior a R$3.000.000,00 (três milhões), quantia suficiente para dispensar a renovação das resoluções que evitavam os bloqueios de primeiro grau.

Desde a criação do Juízo de Conciliação até hoje, a Procuradoria Especializada Judicial Trabalhista interveio em todas as tratativas da Administração Direta e Indireta do Município do Salvador, comparecendo a todas as audiências designadas pelo órgão. Ultrapassando os limites estritamente formais do seu campo originário de atuação, a EJUTR negociou os precatórios de diversas autarquias (SURCAP, SUCOP, IPS, etc.) e Fundações (Gregório de Matos, Cidade Mãe e Mário Leal Ferreira). Celebrou acordo no Procedimento JC2 054/2014 para extinção de 110 (cento e dez) processos ajuizados pelo SINDACS – Sindicato dos Agentes Comunitários de Saúde e Contendores das Doenças Endêmicas e Epidemiológicas do Estado da Bahia, envolvendo milhares de trabalhadores de tão importante área para a população soteropolitana.

Também foi graças à transação celebrada no Procedimento JC2 17/2008 que o Município do Salvador, o Ministério Público do Trabalho, a Real Sociedade Espanhola de Beneficência e os sindicatos de trabalhadores (SINDIMED e SINDSAÚDE) conseguiram evitar a paralisação do Programa de Saúde da Família na Capital baiana, assegurando a desprecarização da mão de obra e resolvendo centenas de processos que impactavam o planejamento municipal na manutenção daquele programa essencial à população de Salvador.

6. CONCLUSÃO

Após onze anos da criação do Juízo de Conciliação de Segunda Instância do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, o Município do Salvador e o Judiciário Trabalhista baiano continuam em exemplar sintonia, construindo, dia a dia, alternativas negociadas para abreviar o desfecho dos processos, solucionar demandas que podem comprometer serviços essenciais à população e reduzir ou eliminar o passivo, dentro da lei e da forma mais vantajosa possível a preservar o erário municipal.

O povo, em nome de quem todo o poder emana, deve ter no Advogado público um

mandatário com atuação proativa na busca das melhores soluções para o ente público, sempre comprometido com a lei e, mais do que isso, com o interesse da população que representa.

A Administração Pública, mais do que poder, tem o dever de utilizar os instrumentos legais e institucionais disponíveis para proteger o interesse público e se manter adimplente perante o Judiciário Trabalhista, evitando, ao máximo, a procrastinação de processos que já não comportam o aforamento de medidas juridicamente viáveis.

Os resultados obtidos pelo Município do Salvador, desde a criação do Juízo de Conciliação de Precatórios, mais tarde renomeado de Juízo de Conciliação de Segunda Instância do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, demonstram, empiricamente, que a alternativa da transação judicial é medida legal e salutar, que deve ser mantida e, se possível, aprimorada, de modo a assegurar não apenas o cumprimento, em prazo razoável, das decisões do Poder Judiciário Trabalhista, como a economia de recursos públicos.

A experiência do Município do Salvador, ao encampar a corajosa e proativa proposta apresentada pela Procuradoria Especializada Judicial Trabalhista da PGMS para o enfrentamento do enorme passivo trabalhista que tinha acumulado na Justiça do Trabalho baiana, revelou-se exitosa e teve a sua regularidade ratificada, inclusive pelas inovações trazidas pela Emenda Constitucional 94/2016.

7. BIBLIOGRAFIA E REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL, Emenda Constitucional 94/2016, consultado em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc94.htm

DALLARI, Adilson de Abreu. *Viabilidade da Transação entre o Poder Público e Particular, em Interesse Público*. Ano 4, nº 13. Porto Alegre: Nota Dez, janeiro/março 2002.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, sítio oficial https://cidades.ibge.gov.br/v4/brasil/ba/salvador/panorama

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Acórdão IF 4640 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL, AG.REG. NA INTERVENÇÃO FEDERAL Relator(a): Min. CEZAR PELUSO (Presidente) Julgamento: 29/03/2012 Órgão Julgador: Tribunal Pleno, consultado no sítio: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226690

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Acórdão **IF 2915/SP - SÃO PAULO - INTERVENÇÃO FEDERAL, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Julgamento: 03/02/2003. Órgão Julgador: Tribunal Pleno, consultado no sítio:** http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1939252

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Acórdão **RE 253885 – MINAS GERAIS – RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE. Julgamento: 04/06/2002. Órgão Julgador: Segunda Turma, consultado em:** http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1775410

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 5ª REGIÃO, sítio oficial: http://www.trt5.jus.br/juizo-conciliacao.

PARECERES E CONSULTAS

PARECER Nº XXX/2017

Rafael Carrera*

PROCESSO Nº XX/2017
CONSULENTE: XXXX
REQUERENTE: XXXX
ASSUNTO: LICENÇA MATERNIDADE – REPRODUÇÃO ASSISTIDA

EMENTA: Servidora pública municipal que doa óvulo para que a fecundação se dê no ventre da companheira, desde que não consiga fazer a prova de ser a responsável pela amamentação, ou de outro fato excepcional, como a impossibilidade de convívio da criança com a mãe gestante, mesmo sendo considerada mãe biológica, fará *jus* ao tempo de afastamento equivalente àquele deferido na licença paternidade.

1. RELATÓRIO/CONSULTA

1.1. Honra-nos a Secretaria XXX com a consulta ora formulada acerca da possibilidade de concessão de licença maternidade para a mãe que doa seu óvulo para que a fecundação aconteça no ventre de sua companheira.

1.2. Os autos foram instruídos com: certidão de casamento entre a servidora pública municipal, XXX, e XXX (fls. 07), termo de autorização e consentimento livre e esclarecido para transferências de embriões (fls. 08 e 09), laudo de ultrassonografia pélvica transvaginal (fls. 10): ultrassonografia obstétrica (fls. 11): situação funcional da servidora (fls. 13): parecer da Procuradoria Geral do Município – RPMS-SMS (fls. 14 a 16) e Declaração de que a companheira não labora para a Administração Pública (fls. 18).

1.3. A pedido desta COREP foi chamada a servidora/Requerente para apresentar novos esclarecimentos, trazendo na oportunidade a certidão de nascimento de XXX, nascido em XX de XXX de 2017.

1.4. É o que temos a relatar, pelo que passemos à análise do caso.

* Procurador do Município

2. FUNDAMENTAÇÃO

SEÇÃO PRIMEIRA
LICENÇA À GESTANTE

2.1. A licença maternidade é uma garantia constitucional concedida às mães, biológicas ou não, pelo prazo mínimo de 120 dias[1], sendo plenamente aplicável às servidoras públicas, inclusive às ocupantes de cargo em comissão.

> "Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
> (...)
> XVIII - licença à gestante, **sem prejuízo do emprego e do salário**, com a duração de cento e vinte dias; (...)"

2.2. O Art. 110 da Lei complementar 01, de 1991, Estatuto dos Servidores Públicos do Município do Salvador, aplicável à Administração Direta, autárquica e fundacional, contempla, dentre seus incisos, a licença gestante, senão vejamos:

> **Art. 110** Conceder-se-á ao servidor público licença:
>
> I - para tratamento de saúde e por acidente em serviço;
> II - à gestante, lactante e adotante;

2.3. Desde 2009, por meio da LC municipal nº 47, o Município do Salvador estendeu o prazo da licença para 180 dias, conforme Lei Complementar 01, de 15 de março de 1991, Art. 123:

> **Art. 123** Será concedida licença a servidora gestante por 180 (cento e oitenta) dias consecutivos, a partir do oitavo mês de gestação, de acordo com a sua conveniência ou por recomendação do órgão oficial de inspeção médica do Município, sem prejuízo de sua remuneração. (Redação dada pela Lei Complementar nº 47/2009)

2.4. Além de ampliar o prazo, a LC 01, de 1991, estabeleceu que a beneficiária manterá a sua remuneração durante o período do afastamento em razão da licença gestante, como se nota da parte final do Art. 123 acima transcrito.

2.5. Além disso, o período de afastamento da servidora por conta da licença gestante foi considerado, pela LC 01, de 1991, Art. 138, como tempo de efetivo exercício:

> **Art. 138** Além das ausências ao serviço previstas no Art. 135 desta Lei, são consideradas como de efetivo exercício, salvo nos casos expressamente definidos em lei específica, os afastamentos em virtude de:
>
> I - férias;
> II - júri e outros serviços obrigatórios por lei;
> III - desempenho de mandato eletivo federal, estadual ou municipal, exceto para progressões horizontais e vertical;
> IV - licença para o serviço militar;
> V - licença prêmio OU especial;
> **VI - licença à gestante, lactante e à adotante**

2.6. O sistema constitucional brasileiro está baseado em princípios e garantias supranacionais, como adverte a Advocacia Geral da União[2]no Parecer Plenário 03/2016:

> V. O Estado brasileiro está inserido em um sistema supranacional de proteção dos direitos das mulheres, especialmente contra todo tipo de discriminação, e que dão específica importância às questões relacionadas ao meio ambiente de trabalho. É justamente dentro desse contexto, nacional e supranacional, que o Estado barsileiro deve atuar com vistas à proteção, garantia e efetivação do direito fundamental à licença matgernidade, em sua leitura constitucional mais

---

[1] "Os prazos da licença adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações. Em relação à licença adotante, não é possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada". (RE 778889/PE, jul. 10.03.2016. Min Rel. Luiz Roberto Barroso)

[2] Disponível em http://www.procuradoriafederal.ufscar.br/documentos/parecer-plenario-no-03-2016. Acessado em 13 de fevereiro de 2016.

> ampla, como expressão da dignidade da mulher, da proteção da família e da criança e da efetiva igualdade de gênero. Compete, assim, à Administração Pública envidar todos os esforços para interpretar e aplicar as normas pertinentes (especialmente a Lei 8.112/90) de modo a apreender o correto entendimento do significado normativo do direito fundamental à licença à gestante, e, sendo necessário, modificar e aperfeiçoar normas e procedimentos para tornar possível o seu mais amplo usufruto e impedir que esse exercício represente algum obstáculo ao gozo da licença e, portanto, ao livre desenvolvimentoda personalidade feminina e à efetiva proteção da criança e de sua família.

2.7. Duas questões estão colocadas no caso concreto: (a) é possível conceder a licença maternidade à mãe (servidora pública municipal) que, mantendo uma relação homoafetiva, doou seu óvulo para que a fecundação acontecesse no ventre de sua companheira com a qual é casada? (b) caso positivo, ambas as mães poderiam ter direito à licença maternidade de 120 ou 180 dias, conforme legislação a qual estivessem subordinadas? e c) caso negativo, teria a mãe/servidora direito a algum afastamento de suas atividades por conta do nascimento ou adoção da criança? Se a resposta for afirmativa, qual seria o tempo deste afastamento?

2.8. As questões colocadas acima perpassam pelo reconhecimento doutrinário e jurisprudencial de que a entidade familiar não se resume a união estável entre o homem e a mulher. Além disso, traz a problemática da reprodução assistida.

SEÇÃO SEGUNDA
DO RECONHECIMENTO DA ENTIDADE FAMILIAR

2.9. O direito do companheiro, na união estável homoafetiva, à percepção do benefício de pensão por morte de seu parceiro restou decidida no julgamento do RE 477.554/AgR, da relatoria do Ministro decano do STF, Celso de Mello.

> "ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos Supremo Tribunal Federal (...) nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual. Os homossexuais, por tal razão, têm direito de receber a igual proteção tanto das leis quanto do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desigua-le as pessoas em razão de sua orientação sexual. (…) A família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas"

2.10. O direto à pensão por morte decorre do reconhecimento de tratar-se a união homoafetiva de uma entidade familiar. No voto do Min. Luiz Fux, desta feita no Ag Reg. no REX nº 687.432/MG, ficou assentado:

> Esse entendimento foi formado utilizando-se a técnica de interpretação conforme a Constituição para excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família.

2.11. O tratamento, portanto, a ser concedido à entidade familiar constituída por uma relação homoafetiva deve garantir uma situação análoga àquela que o Direito costuma oferecer à relação heteroafetiva.

SEÇÃO TERCEIRA
DA PARIDADE DE DIREITOS

2.12. A licença maternidade é conferida, em princípio, à mãe para benefício da criança. Trata-se de um período em que se admite, sem perdas da remuneração, o afastamento da servidora

pública municipal, por 180 (cento e oitenta) dias, para que mantenha com a criança um convívio mais intenso e lhe garanta as condições de um desenvolvimento saudável e equilibrado.

2.13. Conquanto seja importante a figura paterna, e para este existe a licença paternidade de cinco dias, conforme Art. 126 da LC 01, de 15 de março de 1991, o Direito reconheceu que a figura materna, inclusive pela função da amamentação, mereceria uma proteção especial, concedendo-lhe um tempo de afastamento maior que aquele possível aos pais.

2.14. Na impossibilidade de conceder o afastamento prolongado das atividades laborais para ambos os responsáveis pela criança, o Direito optou em concedê-lo a um deles, e, normalmente, recai sobre a mãe.

2.15. Excepcionalmente, numa relação homoafetiva entre dois homens, por exemplo, a licença maternidade poderá recair sobre um deles. Isto acontecesse porque – como dito anteriormente – a licença maternidade, antes de tudo, dirige-se a proteger a criança.

2.16. Mesmo numa relação heteroafetiva, se a mãe, comprovadamente, não reúne condições de oferecer os cuidados que a criança requer, o consorte poderá pleitear, sob certas circunstâncias, a licença mais prolongada. É o caso, por exemplo, da mãe que se encontra impossibilitada de manter contato com a criança em razão de alguma enfermidade.

2.17. Em praticamente todos os casos, o afastamento por 120 ou 180 dias é concedido a um dos responsáveis, seja a mãe ou o pai, biológicos ou adotantes.

2.18. No caso do adotante, os pais biológicos perdem o poder familiar. Esta parece ser uma diferença sensível para o caso em análise, se fossem tomadas as condições da licença maternidade conferida na adoção. Decididamente, o tratamento jurídico dado no caso da criança adotada diverge bastante do objeto de estudo, seja porque a servidora é a mãe biológica da criança, seja porque a sua companheira que gestou a criança não abriu mão do poder familiar, mantendo a ascendência sobre a criança.

2.19. Todavia, o caso em estudo versa sobre uma relação homoafetiva entre mulheres, sendo que uma delas doou o óvulo para que a criança fosse fecundada no ventre da sua companheira. Pelo que consta nos autos, referindo-se mais detidamente ao laudo de fls. 10, infere-se tratar-se de uma doação de gametas com empréstimo de útero.

2.20. Nesse caso, além da presença de duas mães, houve uma reprodução assistida. É natural, assim, que existam dúvidas acerca de quem teria direito à licença maternidade: a mãe biológica, entendida como aquela que doou o óvulo e, portanto, parte da carga genética, ou a mãe gestacional que, inclusive, parece ser a responsável pela amamentação da criança.

SEÇÃO QUARTA
DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA

2.21. Segundo a médica Mariangela Badalotti (Disponível em: http://www.pucrs.br/bioetica/cont/mariangela/bioeticaereproducao.pdf.. Acessado em 01 de agosto de 2017), doutora em Patologia pela Fundação Faculdade de Ciências Médicas de Porto Alegre (2006), a reprodução assistida (RA) pode ser entendida como "o conjunto de técnicas laboratoriais que visa obter uma gestação substituindo ou facilitando uma etapa deficiente no processo reprodutivo".

2.22. A doação de gametas, esclarece BADALOTTI pode ser utilizada quando:

> (…) há ausência de formação de gametas, tanto por parte do homem (azoospermia) quanto da mulher (falência ovariana). Outra situação para emprego de doação de gametas é evitar o risco de transmissão de doenças genéticas.

2.23. Já a maternidade de substituição também definida pela doutora Badalotti tem o seguinte sentido:

> A utilização temporária do útero de outra mulher está indicada nos casos de síndrome de Rokitansky, em pacientes histerectomizadas, em casos de alterações anatômicas do útero e de contra-indicação clínica à gravidez .

2.24. A servidora alegou que por não possuir o útero não poderia gestar a criança. A despeito de não cumular conhecimentos médicos, a ultrassonografia acostada às fls. 10 é conclusiva quanto a não visualização do útero na paciente XXX. Esta circunstância induz que está presente uma das justificativas colocadas pela Dra. Badalotti para a realização da reprodução assistida na modalidade de maternidade de substituição em combinação com a doação de gametas.

2.25. Não houve, assim, até onde se pode ter acesso, nenhuma ilegalidade aparente praticada no procedimento de reprodução assistida que teria ocorrido com o consentimento da companheira da servidora pública municipal. Optou-se, ainda, pela companheira da doadora como mãe substituta, o que está em conformidade com as práticas internacionais de RA. É interessante notar que, no caso em exame, a companheira que emprestou o útero, não o faz nas mesmas condições que uma barriga de aluguel, isto porque, não se trata de uma terceira na relação, ao contrário, é tanto mãe quanto aquela que doou o óvulo.

2.26. A Resolução do Conselho Federal de Medicina n° 2.121, de 2015 estabelece normas técnicas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Este ato normativo disciplina não apenas a doação de gametas como a gestação de substituição. A simples doação de gametas inibiria o conhecimento pelo receptor da identidade do doador, como prevê o item IV da Res. 2.121/2015:

> IV – DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES
> (…)
> 2- Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa".

2.27. Nesse caso nos parece, por tudo quanto dito, que além da doação de gametas, há também uma espécie de gestação de substituição (doação temporária do útero).

2.28. Na modalidade de gestação de substituição, como prefere chamar a Res. 2.121/2015, pode haver conflitos quanto aos direitos sobre a criança, pelo que o CFM recomenda que no Termo de Consentimento livre e esclarecido, assinado pela doadora e pela receptora, seja informada de forma clara a questão da filiação da criança.

2.29. Pelo Conselho da Europa, na ausência de definição clara dos direitos sobre a criança, entender-se-á como pais os que tiveram a intenção de procriar, os que se mobilizaram na busca da gravidez e do filho.

2.30. Pelo quanto consta nos autos, não foi assinado um pacto entre as companheiras no sentido de disciplinar a quem recairia o poder familiar, deixando subentendido que recairia sobre as duas, a servidora (doadora do óvulo) e a sua companheira (quem emprestou o útero).

SEÇÃO QUINTA
DA AMAMENTAÇÃO E DA RECUPERAÇÃO FÍSICA E PSICOLÓGICA DA MÃE APÓS A GESTAÇÃO

2.31. A licença maternidade presta-se a garantir no caso da mãe gestacional a disponibilidade de tempo, sem prejuízos financeiros, para dedicar-se aos cuidados com a criança recém-nascida.

2.32. É importante para a mãe que, ao longo da gestação e, mesmo com o parto, sofre inúmeras transformações no seu corpo e enfrenta, além

disso, o desafio de manter o equilíbrio psíquico e emocional, a fim de oferecer o melhor de si à criança que está sob seus cuidados.

2.33. É também um afastamento entre 120 e 180 dias das atividades laborais para que possa ocorrer um estreitamento das relações entre mãe-bebê e, dentre outras considerações, possa se dar a amamentação.

2.34. A Organização Mundial da Saúde (OMS) e o Ministério da Saúde no Brasil recomendam que durante os primeiros seis meses de vida a criança seja alimentada exclusivamente pelo leite materno (Disponível em: http://g1.globo.com/bemestar/noticia/apenas-39-dos-bebes-brasileiros-sao--alimentados-so-com-leite-materno.ghtml.Acessado em 03 de agosto de 2017). No Brasil, contudo, apenas 47% das mães (Disponível em: http://g1.globo.com/bemestar/noticia/apenas-39-dos-bebes-brasileiros-sao-alimentados-so--com-leite-materno.ghtml. Acessado em 03 de agosto de 2017.) conseguem atender a esta recomendação.

2.35. Em se tratando de um caso no qual existe a presença de duas mães, a mãe biológica e mãe gestacional, ambas com direitos sobre a criança, deve preferir a licença maternidade, cujo afastamento do trabalho é, no caso do Município do Salvador, de 180 dias, àquela que gestou a criança, visto que para esta concorreria aspectos físicos e psicológicos não presentes na outra mãe doadora do óvulo.

2.36. Salvo, portanto, que se faça a prova de existirem condições especiais que justifiquem a dupla licença maternidade, ou ainda, a licença para a mãe doadora, repito, deve preferir a licença maternidade à mãe gestacional.

2.37. A argumentação de que a companheira da servidora não estaria amparada pela licença maternidade não nos pareceria suficiente para conferir à servidora idêntico direito. Em decisão relativamente recente (2015) o Superior Tribunal de Justiça no REsp 1511048 da relatoria do Min. Humberto Martins decidiu nos seguintes termos:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. OMISSÃO. ALEGAÇÃO GENÉRICA.
SÚMULA 284/STF. **SALÁRIO-MATERNIDADE.** SEGURADA **DESEMPREGADA**.
CABIMENTO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PAGAMENTO PELO INSS.
1. A alegação genérica de violação do art. 535 do Código de Processo Civil, sem explicitar os pontos em que teria sido omisso o acórdão recorrido, atrai a aplicação do disposto na Súmula 284/STF.
2. O **salário-maternidade** tem natureza previdenciária, consoante expressamente previsto no art. 18, "g", da Lei n. 8.213/91.
3. Por seu turno, o art. 71 da Lei de Benefícios estabelece como requisito para fruição do **salário-maternidade** estar a beneficiária em gozo da qualidade de "segurada".
4. A condição de **desempregada** é fato que não impede o gozo do benefício, bastando a tanto que a beneficiária ainda se encontre na qualidade de segurada, e a legislação previdenciária garante tal condição àquele que deixar de exercer atividade remunerada pelo período mínimo de doze meses, independentemente de contribuição.
5. Durante esse período, chamado de graça, o segurado desempregado conserva todos os seus direitos perante a Previdência Social, a teor do art. 15, II, e § 3º, Lei n. 8.213/91.
6. O **salário-maternidade** deve ser arcado pelo INSS, uma vez que o caráter contributivo obrigatório estabelece vínculo apenas entre o segurado e a Previdência Social, única legitimada a responder pelos diversos benefícios legalmente instituídos.
7. O empregador, quando promove o pagamento do benefício, apenas atua como facilitador da obrigação devida pelo INSS, a quem incumbe suportar o encargo previdenciário.
8. "A responsabilidade final pelo pagamento do benefício é do INSS, na medida que a empresa empregadora tem direito a efetuar compensação com as contribuições inci-

dentes sobre a folha de **salários** e demais rendimentos" (REsp 1.309.251/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/05/2013, DJe 28/05/2013).

Recurso especial conhecido em parte e improvido.

3. CONCLUSÕES

3.1. Diante dos fundamentos já expostos, atendendo a uma competência fixada na Lei Orgânica, que atribui a PGMS a função de, dentre outras tarefas, assessorar os órgãos da Administração Direta do Município do Salvador na aplicação e interpretação do sistema jurídico, passo a opinar e aduzir que:

(a) na falta de um acordo entre as mães no sentido de definir sobre quem recairia o poder familiar, deve ser entendido que ambas seriam responsáveis pela criança;

(b) nesse sentido, deve ser conferida a licença maternidade para uma das mães e o afastamento equivalente à licença paternidade para a outra;

(c) a servidora pública municipal colocou-se na condição de mãe doadora, portanto, deveria ter se incumbido de fazer a prova de algum evento excepcional a justificar a inversão da presunção de que para a criança melhor seria o afastamento da mãe gestacional, aqui tomadas as condições de saúde física e psicológica da companheira e da própria criança;

(d) não elidida a presunção de que o afastamento de 180 dias deve ser direcionado para a mãe gestacional, opino pelo afastamento de 5 (cinco) dias, conforme Art. 126 da Lei Complementar nº 01, de 15 de março de 1991: Considerando que a criança nasceu no dia 13 de junho de 2017, caso não tenha sido respeitado este afastamento autorizado por Lei, que seja realizado o reembolso da servidora referente aos dias porventura glosados;

(e) por fim, entendo não ser relevante a declaração de fls. 18 assinada pela própria Requerente no sentido de que sua companheira não é segurada do PREVIS e/ou não está vinculada a nenhum órgão da Administração Pública direta e indireta para efeito de conceder a licença maternidade, na forma pretendida, e, neste ponto apenas há discordância com o parecer da RPGMS/SMS de fls. 14-16. Ratifico que para conferir a licença maternidade, a quem em princípio não teria direito, seria necessária a prova de uma situação excepcional já exemplificada no corpo deste arrazoado, como a impossibilidade de a mãe gestacional ter contato com a criança, o que poderia justificar uma decisão favorável à pretensão da Requerente.

É o entendimento, s.m.j.

Salvador, 03 de agosto de 2017.
Rafael Carrera
Procurador do Município
Ao Gabinete,
Com o parecer acima em 13 (treze) laudas,

Rafael Carrera
Procurador do Município do Salvador

40
ANOS
ASSOCIAÇÃO
DOS PROCURADORES
DO MUNICÍPIO DO SALVADOR

PRÁTICA

CONTESTAÇÃO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA – *práticas higienistas*

André Bastos Vaccarezza*

EXCELENTISSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 6ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE SALVADOR – ESTADO DA BAHIA

PROCESSO Nº ... AÇÃO CIVIL PÚBLICA

O **MUNICÍPIO DO SALVADOR**, pessoa jurídica de direito púbico, por meio do Procurador do Município ao final assinado, vem, mui respeitosamente, perante Vossa Excelência, nos autos do Processo em epígrafe (Ação Civil Pública), movido pela DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA, apresentar **CONTESTAÇÃO**, com base nas razões fáticas e jurídicas que doravante passa a expor.

1. SÍNTESE DOS FATOS

A parte Autora alega que, no ano de 2013, por conta da Copa das Confederações e, também, no período da Copa do Mundo (2014), se deparou com *práticas higienistas* por parte de órgãos do Município de Salvador.

Alega a ilustre DPE-BA que, durante o ano de 2013, a PMS, por sua Secretaria de Promoção Social e Combate à Pobreza – SEMPS, removeu centenas de pessoas em situação de rua, transferindo-as para a antiga Casa de Saúde Ana Nery e outros estabelecimentos.

A Acionante sustenta que pessoas em situação de rua também estariam sendo removidas pela Empresa de Limpeza Urbana do Salvador – LIMPURB e levadas para sítios, chácaras, comunidades terapêuticas, hotel social e outros abrigos.

Requereu a concessão de liminar para que a parte Acionada não empregasse a suposta prática de ações em desconformidade com os direitos fundamentais, cessando apreensão de pertences pessoais, remoção de pessoas, disparo de jatos de água, requerendo, outrossim, como pedido definitivo, além dos petitórios aludidos, a condenação dos Acionados, a título de dano moral,

* Pós-graduado em Direito do Estado pela Escola dos Magistrados do Estado da Bahia – EMAB
Ex-Controlador Geral do Município de Salvador/BA
Ex-Procurador do Ministério Público junto ao TCM/BA
Procurador do Município de Salvador/Ba e Advogado
avaccarezza@hotmail.com

em relação aos indivíduos supostamente lesados e indenização, a título de dano moral coletivo, a ser revertida ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, no valor de R$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais).

Entrementes, **tais pedidos**, Nobre Julgador, mormente os indenizatórios, **não podem prosperar,** sob pena de flagrante violação ao regramento e organização político-administrativa; frontal vulneração aos princípios da legalidade e responsabilidade fiscal, ofensa à repartição dos poderes e respectivas funções típicas, bem como postulados da programação e equilíbrio orçamentário, restando, desde já, a matéria prequestionada (arts. 18; 165; 167, inciso II; 204, inciso I, da Constituição da República).

Apresenta-se, outrossim, **impugnação** ao **valor da causa** ante o desarrazoado pedido indenizatório, estratosférico, impertinente, descabido e desprovido de razoabilidade no importe de **R$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais)**, não correspondendo, tal valor, ao conteúdo patrimonial em discussão.

Impende salientar que a pretensão de penalizar o Município, que, diante de tamanhos desafios diários, cumpre a sua missão institucional e seu papel de promover o aperfeiçoamento diário da gestão pública na busca de propiciar a dignidade da pessoa humana em meio a transversalidade, complexidade e constantes transformações das demandas sociais, **torna-se uma tentativa pouco saudável de mitigar a compreensão da necessidade do perene diálogo entre as Instituições e fechar os olhos para as virtudes e avanços contundentes que vêm sendo descortinados nesta Capital, principalmente em tempo de escassos recursos públicos**.

Eminente Julgador!! **Esta Ação, com todas vênias, é carecedora de justa causa e não leva em consideração a realidade social e o trabalho diário, hercúleo, de extrema paciência e importância singular dos Profissionais envolvidos na área da Assistência Social que tanto se empenham, diante de tantos desafios cotidianos numa Grande Capital, para tentar, a um só tempo, conseguir convencer as pessoas em situação de rua da possibilidade de migrarem para ambientes outros que as tragam à dignidade que tanto precisam e merecem!!**

Esta demanda é, indubitavelmente, desprovida de razoabilidade, razão pela qual pugna-se, dede logo, pela total improcedência dos pedidos, por medida da mais lídima justiça!

2. DO COMPARECIMENTO/CHAMAMENTO AO PROCESSO DO ESTADO DA BAHIA.

É preciso salientar que a parte Autora direciona a demanda para o Município, olvidando de chamar ao processo, também, o Estado da Bahia, pois o ente estatal tem o legítimo interesse e total direito em apresentar a sua manifestação e esclarecimentos dos fatos, diante do depoimento colhido, unilateralmente, pela própria DPE-BA, quando o suposto morador de rua alega que "**foram abordadas pelos policiais os ameaçando com armas em punho**", senão vejamos (vide fls. 06 e ss da Exordial):

> "Mesmo assim, a Defensoria conseguiu reduzir alguns depoimentos por termo. Seguem os principais trechos das declarações, cujos originais encontram-se digitalizados anexos, ouvidos no segundo semestre de 2013:
> XXX, morador de rua, ouvido no dia 16 de setembro de 2013: "...na madrugada entre o dia 15 e 16 de setembro (de 2013), o assistido e outras pessoas que se encontram em situação de rua, e que dormiam na região do Relógio de São Pedro, próximo ao Banco Bradesco, foram surpreendidos por dois carros pipa, dois caminhões e dois carros particulares **com policiais militares fardados dentro** (...) o carro pipa passou molhando as pessoas e suas coisas que estavam na rua. **Quando as pessoas tentaram correr, foram abordadas pelos**

policiais os ameaçando com armas em punho. Os pertences dos assistidos, desde papelões e lençóis à documentos e bolsas, foram tomados de suas mãos e jogados em caminhões que acompanhavam a "operação" (...) Segundo o assistido, esta não é a primeira vez que isto acontece. No dia 31 (de agosto de 2013) (...) situação semelhante havia acontecido e tem acontecido rotineiramente. As pessoas que estão nas ruas têm sido molhadas e coagidas, perdendo seus documentos e demais pertences.

XXX, moradora de rua, ouvida em 14 de outubro de 2013: "... em uma madrugada da última semana, por volta das 3 (três) horas da manhã, foi surpreendida, junto à outras pessoas em situação de rua, enquanto dormiam no viaduto do Politeama, por uma caminhão pipa que os acordou com jatos d'água. Além do caminhão pipa que os molhava, havia outro caminhão, nos qual eram colocados seus pertences (colchão, mochila com roupas e documentos, lençol etc.). Ambos os caminhões tinham escrito 'Prefeitura de Salvador'. **Haviam, também duas viaturas da polícia militar, com policiais militares fardados dentro. Os policiais desceram das viaturas e abordaram as pessoas que lá se encontravam, já molhadas, as ameaçando, com armas em punho, ordenando que fossem embora do local, sem levar nada. (...)** Enquanto isso, um homem que desceu do caminhão jogava os pertences das pessoas no dito caminhão. **As pessoas que reclamavam, solicitando seus pertences e documentos, eram agredidas fisicamente pelos policiais. Quando abordou um dos policiais solicitando ao menos seus documentos e pedidos de exames, sem sequer solicitar seu lençol ou outras coisas, o policial lhe disse para ir embora**. Saiu correndo, pois um outro policial veio em sua direção para agredi-la. Algumas pessoas ficaram feridas, em razão das agressões feitas pelos policiais. Esta tem sido uma prática recorrente, não é a primeira vez que isto acontece. As pessoas que estão nas ruas tem sido molhadas e coagidas, perdendo seus documentos e demais pertences. Isto já ocorreu no Largo Dois de Julho, na região do Aquidabã, dentre outras, onde as pessoas em situação de rua dormem".

(grifos nossos).

Diante do contexto acima narrado, havendo a menção à digna Polícia Militar de participação no(s) suposto(s) evento(s) citado(s) por morador(es) de rua, não obstante o cumprimento escorreito, sério e responsável dos integrantes da corporação, no desiderato da missão institucional de polícia ostensiva, pugna-se, Excelência, a fim de que os Entes citados possam refutar de forma clarividente as alegações da parte Autora, pela citação do Estado da Bahia, chamando-o ao processo, nos termos do arts. 130 e 131 do NCPC.

3. DA REALIDADE FÁTICO-JURÍDICA. CUMPRIMENTO DE MISSÃO INSTITUCIONAL DO ENTE MUNICIPAL. RESPEITO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS. RESPEITAR O ORÇAMENTO E EQUILIBRAR AS FINANÇAS É SINÔNIMO DE RESPEITO AO CIDADÃO, NOTADAMENTE ÀS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA, CUJOS RECURSOS DA ASSISTÊNCIA SOCIAL SÃO CANALIZADOS PARA MUDAR, TRANSFORMAR E VIABILIZAR A VIDA DIGNA DOS MAIS NECESSITADOS.

O Município do Salvador (seja através da SEMPS e/ou da LIMPURB), Capital com transversais e mais complexos desafios, como qualquer grande Capital da República, não tem medido esforços no sentido de promover uma pacificação social, mormente no tocante ao acolhimento de pessoas em situação de rua, com o fito de, paulatinamente, promover uma inserção

social mais digna, com inserção em cadastros dos programas de assistência social.

Entrementes, é preciso que se entenda que uma Capital de tal porte e com problemas sociais agudos e históricos não consegue, até mesmo por razões elementares de orçamento, resolver, de uma só vez, tais importantes questões.

Para tanto, sem embargo das respectivas e significativas missões do Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública, conta com a compreensão e lucidez das aludidas Instituições, sob pena de inviabilizar a Gestão Pública Municipal, lastreada na responsabilidade fiscal e equilíbrio orçamentário-financeiro.

Os órgãos da municipalidade promovem convites para dar segurança à população em situação de rua; discutindo as sensíveis questões com os demais protagonistas da assistência social e órgãos de Controle Externo, para encontrar estratégias na busca da solução de tão sensíveis questões sociais.

Note Eminente Julgador!! Não é de fácil persuasão promover a retirada das pessoas em situação de rua, seja pelo apego a determinados locais; seja por estarem carentes de maiores cuidados, já que muitas são detentoras de patologias graves; seja por uma rejeição orgânica; seja pelo costume e por refutarem com veemência (e, às vezes, com até violência aos convites das equipes multidisciplinasres) às investidas dos *experts* em saúde pública e assistência social.

É, indubitavelmente, um trabalho sério, sensato, difícil e sensível!!

E, por isso mesmo, deve ser analisado do ponto de vista macro, ou seja, existe um percentual altíssimo de resultado positivo e satisfação na migração das pessoas em situação de rua para unidades outras de acolhimento, não sendo salutar nem sensato compelir judicialmente o Ente Público a exigências que não são dotadas de razoabilidade.

Dessa maneira, não se pode conceber a alegação de violação a Direitos Humanos, na medida em que há a efetiva responsabilidade na promoção do manejo dos recursos públicos, dotando o Ente de Profissionais capacitados, com equipes multidisciplinares, capacitação para fazer um trabalho hercúleo, cuidadoso, paulatino, diário (muitas vezes, até perigoso).

Não existe, por conseguinte, higienização social, mas sim o ESFORÇO LABORAL PARA A EFETIVA INCLUSÃO SOCIAL, o efetivo desempenho das missões institucionais de cada órgão municipal nos limites da legislação.

No caso concreto, consoante Nota Técnica, em Anexo, proveniente da Diretoria de Proteção Especial da SEMPS, faz-se necessária a transcrição dos seguintes trechos:

> "No ano de 2013, ocorreu uma ocupação no imóvel da antiga Casa de Saúde Ana Nery, conforme afirmação do Ex-Secretário da SEMPS Dr. Maurício Trindade, em reunião realizada aos dois de agosto de 2013, no auditório da Escola Superior da Defensoria Pública, às 15h (Ata em Anexo). Segundo o Ex-Secretário " *a Casa Ana Nery não é um abrigo da prefeitura, mas uma invasão feita por vários grupos*" ressaltou ainda que "*no primeiro dia da invasão, compareceu na referida casa e que a prefeitura realizou a desapropriação*", falou da data para o encerramento do estabelecimento, mas questionou a situação dos habitantes que preferiam "*estar lá à estar na rua*". Aberta a discussão na referida reunião, os representantes da população de rua relataram que os habitantes do referido estabelecimento não tinham interesse no auxílio aluguel e no albergue, (instituição mantida pelo município), justificando que são assistências pouco confiáveis porque há atraso no pagamento e são de caráter passageiro. Os representantes da população de rua pediram uma solução às autoridades públicas, especialmente ao Secretário Mau-

ricio Trindade, no que tange ao Programa Habitacional "Minha Casa, Minha Vida", ressaltando que preferiam estar na Casa de Saúde Ana Nery a estar em situação de Rua. (Conforma Ata em Anexo).
A SEMPS providenciou levantamento das famílias que se encontravam no imóvel da antiga Casa de Saúde Ana Nery, e promoveu o cadastro de alguns beneficiários que optaram pelo recebimento do auxílio aluguel. Outras pessoas foram encaminhadas para albergues sociais mantidos ou conveniados com a Prefeitura. Muitos, porém, se reusaram a realizar cadastro, pois implicaria na confecção de documentos de identidade, rejeitados pelos mesmos. Todo atendimento foi relatado oficial e tempestivamente ao Ministério Público e Defensoria Pública, através de Relatórios encaminhado pela Coordenação de Proteção Especial da SEMPS".

Infere-se, mais uma vez, o quão delicado e complexo é o tema sob análise, de modo que não se há de falar em conduta desregrada do Município, não se pode taxar o ente municipal como violador de direitos humanos, porquanto cumpre, com responsabilidade e correção, a sua missão institucional!!!!!!!!!!

4. DA INEXISTÊNCIA DE DANO MORAL INDIVIDUAL E/OU COLETIVO.

Eminente e Respeitável Magistrado da 6ª Vara Fazendária!!

Com todas as vênias à tese autoral da i. Defensoria Pública, não se pode conceber o acolhimento de pedido de indenização pela total ausência de conduta agressora; inexistência de nexo de causalidade; e ausência de resultado perpetrado dotado de intolerabilidade.

O Município, através de suas equipes multidisciplinares, é cumpridor de sua árdua missão institucional, cujo objetivo é prevenir, diuturnamente, as situações de risco social através do desenvolvimento de potencialidades e do fortalecimento dos laços familiares e comunitários, propiciando à população que se encontra em situação vulnerável em virtude da pobreza, privação e fragilização, um destino mais humano.

É preciso que se diga e reconheça o trabalho árduo desempenhado pelos Profissionais da área da Assistência Social.

Somente quem está na rua, diariamente, sabe o que significa o contato frequente com as pessoas mais carentes de rua, que, não raramente, nem sabem dos seus reais objetivos, conduta naturalmente compreensível, diante da situação de fragilidade que vivem, de modo que o Poder Público busca amenizar todo esse sofrimento, direcionando, transformando, dialogando, dando os caminhos e a luz indispensáveis para a mudança de vida!!

De certa forma, sempre existirá uma minoria que acaba por não ficar, na sua plenitude, satisfeita!!

Isso faz parte do convívio social e em todo lugar, seja ele qual for, haverá insatisfação, o que não significa erro, equívoco ou dano causado a quem quer que seja!!!!

Vale reforçar!! Do que foi narrado na peça vestibular e da documentação adunada ao feito, não se vislumbra justa causa ensejadora para punição, para condenação, para execração do Município de Salvador!!

Condenar o Ente Municipal é promover a condenação de todos os Cidadãos de Bem desta Capital e os respectivos Profissionais da Assistência Social que acreditam na transformação que o Poder Público pode levar às pessoas mais carentes e moradores de rua!!

Não é promovendo condenações milionárias, sem lastro probatório robusto e justa causa, que conseguiremos a verdadeira (e pau-

latina, pois não se consegue, honestamente, promover a mais genuína inclusão social da noite para o dia) transformação social !!

Este petitório indenizatório, data máxima vênia, não é a solução mais adequada, nem conduta esperada num Estado Democrático de Direito!!

Nesse diapasão, consoante a identificação da situação de vulnerabilidade apresentada, são desenvolvidos, pelos Setores da Prefeitura de Salvador (SEMPS, SMS etc.) serviços, programas e projetos locais de acolhimento, convivência e socialização de famílias e indivíduos, cujos vínculos familiar e comunitário não foram rompidos.

Nobre Julgador !! Se, a cada 100 pessoas, v.g., 90 são convencidas a saírem de uma situação de vulnerabilidade das ruas, é sinal que o trabalho tem sido exitoso!!

In casu, **NÃO há se falar em DANO MORAL INDIVIDUAL OU DANO MORAL COLETIVO**, pois, conforme remansosa jurisprudência pátria, é indispensável que o **fato transgressor** seja de **razoável significância** e **desborde os limites da tolerabilidade, senão vejamos:**

> "CONSUMIDOR. PROCESSO CIVIL. TRANSPORTE COLETIVO. CONFIGURAÇÃO DE DANO MORAL COLETIVO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ.
>
> 1. O pedido de condenação ao dano moral coletivo é cabível quando o dano ultrapassa os limites do tolerável e atinge, efetivamente, valores coletivos, o que não foi constatado pela Corte de origem, pois "não restaram provados os fatos alegados na reclamação feita através da denúncia anônima, quais sejam: as precárias condições estruturais dos veículos, de limpeza e a ocorrência de problemas mecânicos frequentes" (fl.425, e-STJ).
>
> 2. Modificar tal entendimento demandaria o reexame do contexto fático-probatório dos autos, o que é defeso a esta Corte. Incidência da Súmula 7/STJ.
>
> Agravo regimental improvido.
>
> (AgRg no AREsp 809.543/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 8/3/2016, DJe 15/3/2016)"

O fato transgressor (conduta) deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial **coletiva**, **O QUE, INDUVIDOSAMENTE, NÃO SE CONFIGUROU NO CASO DOS AUTOS**!!!!

AGORA, PERGUNTA-SE, PRECLARO JULGADOR:

- SE DEZENAS OU CENTENAS DE PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA SÃO, DENTRO DA ROTINA DE TRABALHO, DOS ÓRGÃOS COMPETENTES DO ENTE MUNICIPAL, CONVENCIDAS E CONDUZIDAS A MUDAREM DE VIDA, qual o motivo para apenar, condenar, estrangular esse trabalho, penalizando o Município?

- **Quando os Profissionais da Assistência Social são recebidos de forma pouco generosa por alguns moradores de rua, e, às vezes, de forma veementemente agressiva, mas, ainda assim, precisam efetuar o seu mister, como executar essa atividade sem o aparato da Polícia Militar? Haveria, então, um diário e perpétuo dano moral coletivo?**

É preciso compreensão, reflexão sobre tais medidas **e, principalmente, contextualização do que ocorre nas ruas**!

É PRECISO EXERCITAR A VERDADEIRA SOLIDARIEDADE!! É PRECISO,

repita-se, CONTEXTUALIZAR, sem paixões, OS FATOS NA BUSCA DA VERDADE MATERIAL!!

Desde já, restam **impugnados** os depoimentos colacionados no corpo da peça vestibular, por não reproduzirem a verdade material, substancial e mais cristalina dos fatos.

É bem verdade que, no Estado Democrático de Direito, deve ser assegurada a liberdade de expressão, mas, desde que **não** ofenda outro direito fundamental, de modo que o exercício pleno de um direito **não** acarrete restrição absoluta a outro, **de tal natureza que o depoimento pontual não reflete a magnitude e a nobreza de um trabalho sério, cuidadoso, perene e sensível, que é tratar diretamente com a pessoa em situação de rua, no sentido de persuadir tal grupo a acolher novas alternativas de vida, para que consigam desfrutar da verdadeira cidadania**.

A LIMPURB, por exemplo, executa, com celeridade, presteza e competência, os serviços da sua atribuição, para promover a limpeza dos logradouros públicos, para que toda a coletividade possa usufruir, com dignidade, dos ambientes da Município (praças, campos, praias, ruas, avenidas etc.).

As necessidades sociais são gigantescas, crescentes e constantes, mas os recursos são finitos, de tal natureza que é essencial o respeito às normas de finanças públicas, com a Gestão do recurso público com responsabilidade e equilíbrio orçamentário.

A consequência do Ente público municipal que é ceifado no âmbito dos seus recursos públicos é experimentar, junto com toda a Sociedade, o dissabor desmedido de uma verdadeira e inconsequente desorganização administrativa, o que, certamente, acarretaria problemas nefastos para toda a Sociedade, com tragédias administrativas em multiplicadas áreas (seja da saúde, educação, assistência social, cultura, esporte etc.).

Dessa forma, sim, haveria um descontrole generalizado, razão pela qual esta Demanda não pode prosperar, **não havendo se falar em dano, nem indenização**!!

As pessoas em situação de rua enfrentam as mais diversas e complexas dificuldades, incluindo-se a sua territorialização precária, sujeitando esse grupo às diversas facetas do desamparo: insalubridade, insegurança constante, desconforto face às intempéries da chuva/sol/frio etc.

Então, refletimos novamente:

- SERÁ, ENTÃO, QUE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DEVE SER CONDENADA POR EXECUTAR O SEU PAPEL (DIGA-SE, DE PASSAGEM, UM ÁRDUO PAPEL)?!

- QUE PARADOXO É ESSE, EM QUE HÁ UMA EXPOSIÇÃO ULULANTE DOS PROFISSIONAIS DA ASSISTÊNCIA SOCIAL E TODO O GRUPO OPERACIONAL INERENTE ÀS RESPECTIVAS ATIVIDADES, E, AINDA ASSIM, MESMO PARA FAZER O BEM, FICA SUSCETÍVEL EM VER O ENTE MUNICIPAL CONDENADO, MASSACRADO, ESTRANGULADO, pelo fato de ser cumpridor de seu papel constitucional, exercendo as suas funções típicas de gestão ?!

Nos termos do que foi apontado na Nota Técnica, em anexo, e o que é público, notório e incontroverso, não se pode deixar de registrar que podem ocorrer excessos dos próprios beneficiários/moradores de rua, numa tentativa de recalcitrar às boas práticas que estão sendo empregadas.

Acrescente-se que alguns são usuários de substâncias que os tornam incapazes de entender o tamanho benefício que lhes é propiciado, com o convite da retirada das ruas!!! Muitos, inclusive, rejeitam a inclusão

em programas (exemplo Minha Casa Minha Vida) pela necessidade de tirar documentos oficiais, pelo receio de serem reconhecidos pelas autoridades policiais e judiciárias competentes!!!!!!!!!!!!!!

Não se pode, portanto, perder de vista a natureza do serviço público ora sob exame e o perigo que muitas vezes envolve tal atividade desses primorosos profissionais de assistência social e daqueles que participam da operacionalização, que estão, a todo momento, expostos a ofensas, ameaças, brigas, por diversos motivos, surgindo, até mesmo, a necessidade de intervenção do estado, de forma moderada e proporcional, através do efetivo policial, como narrado na exordial.

Por conseguinte, conclusivamente, indagamos:

- SERÁ MESMO QUE É MAIS DIGNO DEIXAR AS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA ABANDONADAS NAS CALÇADAS, PRAÇAS, RODOVIAS, PARQUES, VIADUTOS, POSTOS DE GASOLINA, PRAIAS, BARCOS, TÚNEIS, BECOS, LIXÕES, AO INVÉS DE ALOCAREM EM LOCAIS MAIS SEGUROS ?!?!

Certamente a resposta será negativa!

A implementação e execução dessas atividades no Município são muito e compreensivelmente cobradas, havendo avanços, dificuldades e desafios. A incursão exploratória no campo é fruto de muito estudo e prévia programação, consistindo em processo de observação sistemática e conhecimento do equipamento social, contatos informais com os profissionais e com alguns usuários do local para a aquisição de indicativos preliminares.

Há também um complexo feixe de entrevistas formais e informais, com técnicos sociais, e necessária interação com representantes e coordenadores das entidades filantrópicas e organizações não governamentais da Cidade que trabalham com a população em situação de rua, sob pena de inviabilizar essa aproximação.

O que se percebe é a diuturna necessidade de diálogo entre as diversas Instituições, na busca do desenvolvimento e contribuição de ações intersetoriais de qualidade junto à população de rua, livre de preconceitos, possibilitando condições de inclusão social e de uma vida digna, onde sejam garantidos seus direitos sociais e fornecidas condições basilares de autonomia.

Todavia, essas ações essenciais não podem ser suprimidas da esfera de competência do ente público, nem tampouco haver um estrangulamento do ente público com pretensões que desbordam da razoabilidade e proporcionalidade, ante a ausência de transgressão significativa e extrapoladora de limites da tolerabilidade.

Trazemos, *verbi gratia*, *mutatis mutandis*, situação bem drástica e diversa do caso concreto, mas, que, ainda assim, não fora ensejadora de dano moral coletivo, senão vejamos:

> "EMENTA: ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INTERDIÇÃO DE CADEIA PÚBLICA EM TEÓFILO OTONI. **DANO MORAL INDIVIDUAL E COLETIVO**. **NÃO CARACTERIZAÇÃO.** PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.
>
> - Sob a ótica do Superior Tribunal de Justiça, não é cabível indenização derivada das más condições de encarceramento de preso provisório ou definitivo que se encontra sob a custódia do Estado (EResp nº 962.934). APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0686.08.218283-9/001 - COMARCA DE TEÓFILO OTÔNI - APELANTE (S): DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS - APTE (S) ADESIV: ESTADO

DE MINAS GERAIS - APELADO (A)(S): ESTADO DE MINAS GERAIS, DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS"

Note-se, Excelência, por conseguinte, que **NÃO HÁ** qualquer conduta da gestão municipal que seja enquadrada como de **intolerabilidade vultosa** ou **que transborde os limites da razoabilidade**, razão pela qual, diante, sobretudo, do lapso temporal da demanda (com o fito de estabelecer a harmonização e pacificação social), pugna-se pelo julgamento antecipado da lide (diante das provas coligidas aos autos), com **A TOTAL IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS**.

Caso Vossa Excelência entenda primordial o seguimento do *iter* instrutório, protestamos, desde já, por todos os meios de prova, a fim de corroborar os verdadeiros fatos frutos da natural e desafiadora missão institucional da municipalidade, com a condução da prova testemunhal em audiência e demais necessárias ao reforço da tese do ente público.

5. CONCLUSÃO

Ante o exposto, e por tudo mais que consta nos autos, confiando na sábia e perspicaz apreciação deste Eminente Magistrado da 6ª Vara Fazendária desta Capital, o Município de Salvador pugna pela apreciação antecipada da lide, com o julgamento de **total improcedência dos pedidos**, requerendo provar, caso V. Exa. entenda, *in casu*, necessário o seguimento do *iter* instrutório, o alegado por todos os meios de prova admitidos em direito, especialmente, a juntada dos documentos anexos à presente, o depoimento pessoal da parte contrária, sob pena de confissão, a oitiva de testemunhas e a realização de perícia.

Pede Deferimento.

Salvador/BA, 01 de agosto de 2017.

ANDRÉ BASTOS VACCAREZZA

Procurador do Município

OAB-BA 20.887

AGRAVO DE INSTRUMENTO, COM PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO

Gisane Tourinho Dantas *

Exmo(a) Sr(a) Desembargador(a) Presidente do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia

Ref. Execução Fiscal nº **0856567-44.2016.805.0001 (processo eletrônico)**

O **MUNICÍPIO DO SALVADOR**, por sua Procuradora adiante assinada, nos autos do processo supra, na qual figura como parte executada XXX, vem, tempestivamente, e usando da prerrogativa dos prazos recursais em dobro (art. 183 do CPC/2015), interpor **AGRAVO DE INSTRUMENTO, COM PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO** nos termos do art. 1.015, inciso II do CPC/2015.

Nessa conformidade, requer o Agravante, inicialmente, seja recebido o presente Recurso e distribuído ao respectivo Relator, do qual se espera e requer, inicialmente, a suspensão da decisão agravada, nos termos do art. 1.019, inciso I, do CPC/2015, decidindo-se, ao final, pela reforma da decisão em apreço, no sentido de determinar o prosseguimento da execução fiscal em relação a todos os exercícios ajuizados.

Dispensado o preparo, na forma do art. 1.007, § 1º, do CPC/2015.

Instruem o presente agravo cópia integral dos autos da execução fiscal acima referenciada, nela incluindo a decisão agravada e a respectiva certidão de intimação. Considerando que a parte executada, ora agravada, não foi citada e nem compareceu espontaneamente aos autos, inexiste instrumento de mandato por ela outorgada. Também inexiste procuração por parte do agravante, uma vez que é representado pela Procuradoria do Município do Salvador.

* Procuradora do Município do Salvador, lotada na Procuradoria Fiscal.
Ex-Chefe da Representação da Procuradoria na Secretaria de Serviços Públicos e Prevenção à Violência (SESP).
Ex-Defensora Pública do Estado de Sergipe.
Mestra 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 Direito pela Escola dos Magistrados da Bahia: Curso de Pós-Graduação Lato Sensu Preparatório à Carreira de Magistratura (EMAB/UCSAL)
Possui diversos artigos publicados em periódicos.
E-mail: gisanedantas@hotmail.com

Ao ensejo, a Procuradora do Município signatária declara, sob sua responsabilidade pessoal, que as cópias que formam o instrumento conferem com as peças originais do processo.

O agravante é representado pela Procuradoria do Município, localizada na Travessa da Ajuda, nº 2, Edf. Sul América, 2º Andar, Centro, Salvador-BA.

Nestes termos, pede deferimento

Salvador, 29 de março de 2017.

Gisane Tourinho Dantas
Procuradora do Município

RAZÕES DE AGRAVO

Eminentes Julgadores,

DA TEMPESTIVIDADE RECURSAL

O prazo para a interposição do recurso de agravo de instrumento é de 15 dias úteis, nos termos do art. 1.003, § 5º c/c com o art. 1.009, ambos do CPC/2015. Em se tratando da Fazenda Pública, há a prerrogativa dos prazos em dobro (art. 183 do CPC/2015) – **30 dias úteis** –, e a sua contagem tem início com a vista pessoal dos autos pelo Procurador, da carga ou da remessa dos mesmos (art. 183 c/c art. 1.003, *caput*, ambos do CPC/2015).

Na hipótese em apreço, houve suspensão dos prazos no período do recesso do Carnaval (23/02 a 01/03/2017). De todo modo, a Fazenda Pública foi intimada em 03/03/2017, conforme se depreende da certidão de intimação. Portanto, tempestivo o agravo.

1. DO CABIMENTO DO PRESENTE RECURSO

Como é sabido, o agravo é o meio de impugnação cabível de decisões interlocutórias. MARINONI[1] esclarece:

> Quaisquer que sejam essas decisões, ou ainda seu conteúdo (decidindo sobre questão processual ou mesmo sobre o mérito, como acontece com as denominadas "liminares"), em qualquer espécie de procedimento no processo civil brasileiro, é cabível o recurso de agravo.

O art. 203 do CPC/2015 conceitua sentença e decisão interlocutória, in verbis:

> § 1º Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução.
> § 2º Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1º.

Assim, o que importa é a natureza jurídica do pronunciamento judicial, e não a sua denominação. Portanto, não encerrando definitivamente o feito, já que determina o prosseguimento da execução em relação aos exercícios remanescentes, tratar-se-á de decisão interlocutória, como é o caso dos autos.

Ademais, em virtude de a decisão interlocutória agravada declarar a prescrição parcial do débito e, portanto, decidir sobre o MÉRITO DO PROCESSO, o cabimento do presente agravo de instrumento repousa no art. 1.015, inciso II, do CPC/2015.

2. DO MÉRITO DO AGRAVO

O presente feito versa sobre execução fiscal ajuizada pelo MUNICÍPIO DO SALVADOR contra o executado, visando cobrança de ***IPTU, decorrente da Notificação Fiscal de Lançamento nº 1617.2012.***

[1] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. Manual do Processo de Conhecimento. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.p. 547.

Embora de culta e ilustre lavra, a decisão agravada reconheceu, *data venia*, equivocadamente a prescrição de parte da dívida (***exerc. 2007 a 2011***), determinando o prosseguimento da execução em face dos exercícios remanescentes. Senão vejamos.

2.1. Da nulidade da decisão agravada. Da decisão proferida sob a vigência do CPC/2015. Da necessidade de prévia oitiva da Fazenda Pública para se manifestar sobre a existência ou não de causa interruptiva ou suspensiva do prazo prescricional (parágrafo único do art. 487 do CPC/2015).

O parágrafo único art. 487 do CPC/2015 determina a prévia manifestação da Fazenda Pública, antes de o magistrado decidir sobre a ocorrência de prescrição, *in verbis*:

Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:

I - acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção;
II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;
III - homologar:
a) o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção;
b) a transação;
c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção.

Parágrafo único. **Ressalvada a hipótese do <u>§ 1º</u> <u>do art. 332</u>, a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se.**
(GRIFOS ACRESCIDOS)

No caso dos autos, a decisão agravada foi proferida em janeiro/2017, e, portanto, deve atender aos parâmetros determinados pelo CPC/2015, contudo a mesma não obedeceu à exigência da norma do parágrafo único do art. 487 do referido diploma legal, razão pela qual é absolutamente NULA.

2.2. Da inocorrência de prescrição no caso concreto. Da constituição definitiva do crédito tributário por meio de Notificação Fiscal de Lançamento.

Os créditos tributários objetos da presente execução fiscal são decorrentes ***da Notificação Fiscal de Lançamento nº 1617.2012*** (referente ao IPTU dos exercícios de 2007, 2008, 2009, 2010, 2011 e 2012). Nenhum exercício objeto da referida NFL está decaído ou prescrito, pelas razões abaixo.

Primeiro, a NFL em apreço é uma Revisão de Lançamento para cobrança da diferença do IPTU devido. A legislação existente deixou de ser cumprida quando do lançamento originalmente efetuado pela administração tributária, com base nas informações prestadas pelo contribuinte Agravado, o que autoriza a sua revisão/retificação, enquanto não ocorrer a decadência de a Fazenda Pública constituir o crédito, nos termos dos arts. 146; 147, § 2º; 149, parágrafo único e art. 173, inciso I, todos do Código Tributário Nacional (CTN).

Assim, especialmente com base no art. 173, inciso I, do CTN, significa dizer que em relação ao exercício de 2007 a Fazenda Pública poderia constituir o crédito ou revisar o lançamento até 01/01/2013; em relação ao exercício de 2008 a Fazenda Pública poderia constituir o crédito ou revisar o lançamento até 01/01/2014; em relação ao exercício de 2009 a Fazenda Pública poderia constituir o crédito ou revisar o lançamento até 01/01/2015; em relação ao exercício de 2010 a Fazenda Pública poderia constituir o crédito ou revisar o lançamento até 01/01/2016; e em relação ao exercício de 2011 a Fazenda Pública poderia constituir o crédito ou revisar o lançamento até 01/01/2017. Observe-se que a revisão do lançamento (objeto da NFL em apreço) ocorreu no ano de 2012, portanto dentro do prazo decadencial.

Segundo, tampouco há que se falar em prescrição, pois tendo sido constituído o crédito exequendo através de Auto de Infração / Notificação Fiscal de Lançamento, faz-se necessário examinar não somente a data de sua lavratura, mas também a data da sua decisão final, a data da publicação no Diário Oficial, bem como a data da notificação da decisão definitiva ao contribuinte, a fim de se fixar o termo inicial do prazo de prescrição.

Vale transcrever trecho do voto proferido pela Ministra Eliana Calmon, nos autos do REsp 812098/SE, de acordo com o qual entende esta Corte que, se o crédito tributário não for impugnado, ocorrerá a constituição definitiva desse crédito trinta dias depois da notificação do lançamento, contando-se, a partir daí, o prazo prescricional.

Enfim, imperioso saber a data da constituição definitiva do crédito tributário, a fim de se efetuar a contagem do lapso prescricional, o que somente seria possível mediante análise do procedimento administrativo.

Assim sendo, tem-se que o fato de a NFL ter sido lavrada no ano de 2012 não significa que a sua constituição definitiva se deu neste exercício, posto que esta – a constituição definitiva – somente ocorrerá com a notificação da última decisão administrativa, da qual não caiba mais recurso, o que ocorreu em novembro/2016, com a notificação da Agravada acerca da última decisão administrativa.

Assim, o Agravante teria o prazo de 05 (cinco) anos para ajuizar a execução fiscal, a partir da constituição definitiva do crédito tributário. No caso dos autos, essa constituição definitiva ocorreu em novembro/2016, e a Fazenda Pública teria o prazo de até novembro/2021 para propor a execução fiscal, e considerando que a mesma foi ajuizada em 28/12/2016, nenhum exercício da NFL objeto dos autos está prescrito.

Nem mesmo ocorreu a prescrição intercorrente, vez que os autos não ficaram paralisados por mais de cinco anos, seja porque, da data de interrupção do prazo prescricional, não correu tal período, seja porque o exequente promoveu todo o andamento processual, incidindo o teor da Súmula 106 do STJ.

Registre-se, ainda, que, **por imposição legal**, cabe ao juiz velar pela rápida solução do litígio, conforme o inciso II do artigo 125 do CPC (art. 139, inciso II do CPC/2015), bem como que este possui prazo, ainda que impróprio, para proferir os seus atos processuais, conforme o artigo 189 do CPC (art. 226 do CPC/2015).

Do mesmo modo, lembre-se que, de acordo com o artigo 262 do CPC (art. 2º do CPC/2015), o processo judicial se desenvolve por impulso oficial, ou seja, uma vez realizados pelo autor os atos que lhe cabem, é do Poder Judiciário a atribuição de dar curso ao processo.

Além disso, de qualquer modo, a Fazenda Pública só teria obrigação de se manifestar quanto à demora na citação caso intimada para tanto, e de modo pessoal, conforme o artigo 25 da lei federal 6.830/80. Sem que fosse intimada pessoalmente a Fazenda Pública para realização de qualquer ato, não se pode falar em prescrição, até mesmo porque, como dito, o processo se encontrava com o juiz para que este proferisse ato processual privativo.

3. DO PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO DA DECISÃO AGRAVADA

Os pressupostos para a concessão do efeito suspensivo à decisão agravada estão presentes. Vejamos.

Há o ***fumus boni iuris***, pelos seguintes motivos:

- a decisão agravada é NULA, pois não obedeceu à norma do parágrafo único do art. 487 do CPC/2015, isto é, não intimou previamente a Agravante para se manifestar sobre a existência ou não de

causa interruptiva ou suspensiva do prazo prescricional;

- a constituição definitiva do crédito tributário, por meio da Notificação Fiscal de Lançamento objeto dos autos ocorreu com a notificação do contribuinte acerca da última decisão administrativa, já que o mesmo impugnou a notificação e ainda interpôs recurso administrativo e realizou pedido de revisão da decisão proferida pelo Conselho de Contribuintes que julgou procedente a NFL;

- somente a partir da notificação do contribuinte sobre a última decisão administrativa é que se constituiu definitivamente o crédito – ano de 2016 – e, então, iniciou-se a contagem do prazo prescricional;

- o crédito tributário possui natureza jurídica de crédito público e, portanto, indisponível, possuindo presunção de certeza e liquidez, nos termos do art. 3º da Lei federal nº 6.830/80 e do art. 204 do CTN;

- a discussão judicial quanto ao crédito tributário inscrito em Dívida Ativa somente é possível em execução fiscal, na forma da Lei 6830/80, isto é, em sede de Embargos à Execução Fiscal, salvo as hipóteses previstas no art. 38 da citada norma;

- a demora da citação do agravado não ocorreu por culpa do Agravante (Súmula 106 do STJ).

Já o ***periculum in mora*** consiste em:

- o débito não foi pago;

- o IPTU constitui crédito público que integra o orçamento público do Município agravante, sendo indispensável para o custeio das despesas ordinárias da cidade.

4. DO PEDIDO

Ante o exposto, pede que seja concedido o efeito suspensivo postulado e, ao final, seja dado provimento ao agravo de instrumento, para, reformando a decisão recorrida, determinar o prosseguimento da execução fiscal em relação a todos os exercícios ajuizados.

Nestes termos, pede deferimento
Salvador, 29 de março de 2017

Gisane Tourinho Dantas
Procuradora do Município

* Tão logo informado sobre a interposição do agravo de instrumento, o juízo da 9ª Vara da Fazenda Pública reconsiderou sua decisão.

JAM JURÍDICA

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA,
EXECUTIVO, LEGISLATIVO E
ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL

www.jam-juridica.com.br

ISSN 1806-1346