

ASSOCIAÇÃO DOS PROCURADORES DO MUNICÍPIO DO SALVADOR

EM REVISTA

• ORGANIZADORES •

EDUARDO AMIN MENEZES HASSAN & RODRIGO MORAES

ASSOCIAÇÃO DOS PROCURADORES DO MUNICÍPIO DO SALVADOR

EM REVISTA

EDIÇÃO COMEMORATIVA DE 12 ANOS



MENTE ABERTA

Coordenação Editorial
Pedro Camilo de Figueirêdo Neto

Conselho Editorial

DOCTORES:

Claudia de Faria Barbosa
Ionã Carqueijo Scarante
Jessica Hind Ribeiro Costa
João Evangelista do Nascimento Neto
José Gileá
José Rômulo de Magalhães Filho
Luciano Sérgio Ventim Bomfim
Maria João Guia (Portugal)
Nadialice Francischini de Souza
Régia Mabel Freitas
Ricardo Maurício Freire Soares
Rodrigo Moraes
Sheila Marta Carregosa Rocha
Urbano Félix Pugliese do Bomfim

MESTRES:

Bruno Barbosa Heim
Clever Jatobá
Daniela Magalhães Costa de Jesus
Eduardo Amin Menezes Hassan
Fábio S. Santos
Geraldo Calasans Silva Júnior
Isan Almeida Lima
Kátia Maria Mendes da Silva
Marcelo Politano de Freitas
Milton Silva de Vasconcelos
Pedro Camilo de Figueirêdo Neto
Rodrigo Ludovice da Silva
Sueli Bonfim Lago
Tássia Louise de Moraes Oliveira
Thacio Fortunato Moreira

Programação Visual de Capa

Fernando Campos

Diagramação

Alfredo Barreto

Revisão

Adriano Mota Ferreira, Esdras Jôntam & Joana Cunha

A reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer modo, somente será permitida com autorização da editora.
(Lei nº 9.610 de 19.02.1998)

CIP – Brasil. Catalogação na fonte

Hassan, Eduardo Amin Menezes, - 1981-

Associação dos Procuradores do Município do Salvador em revista – Edição comemorativa de 12 anos / organização Eduardo Amin Menezes Hassan e Rodrigo Moraes – Salvador, Ba: Editora Mente Aberta, Janeiro, 2021.

256 p.

ISBN: 978-65-86483-37-6

1. Direito. 2. Procuradores municipais. 3. Salvador. I Hassan, Eduardo Amin Menezes. II Moraes, Rodrigo. III. Título.

CDD 340

DIRETORIA DA ASSOCIAÇÃO DOS PROCURADORES DO MUNICÍPIO DO SALVADOR

EDUARDO AMIN MENEZES HASSAN
Presidente

LILIAN OLIVEIRA DE AZEVEDO ALMEIDA
Vice-presidente

MARIA AMÉLIA MACIEL MACHADO
Primeira Secretária

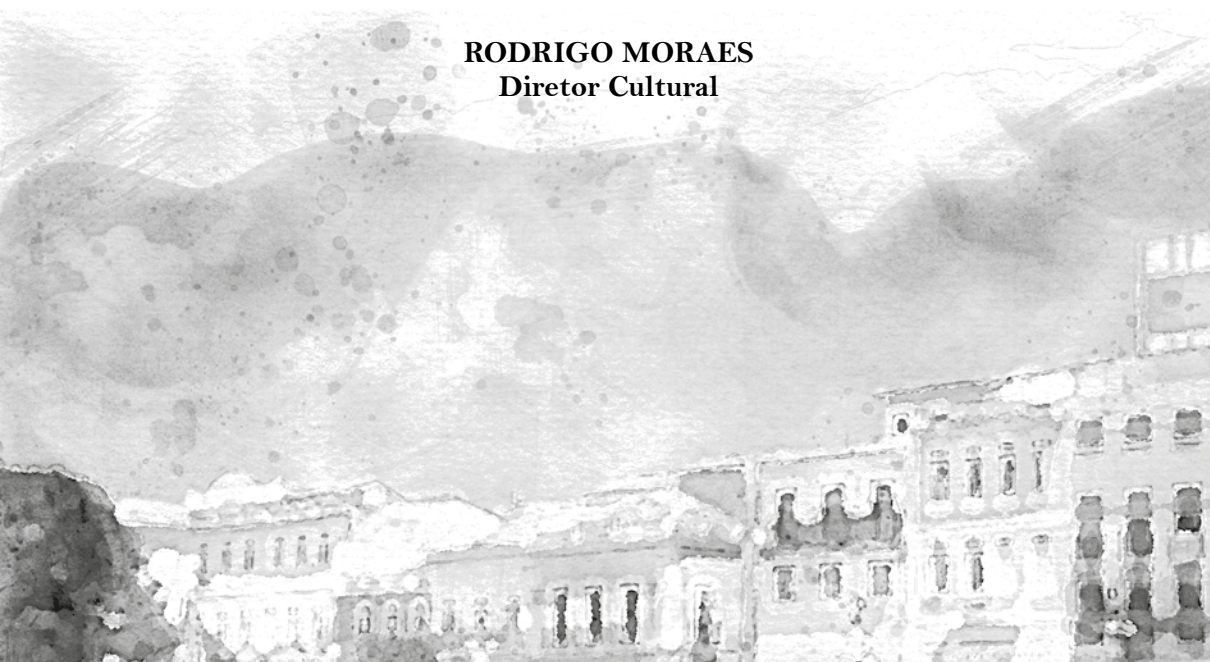
EMANUEL FARO BARRETTO
Segundo Secretário

JORGE VITAL DE LIMA
Secretário para Assuntos Relativos aos Inativos

LISIANE MARIA GUIMARÃES SOARES
Diretora Tesoureira

DAVID BELLAS CÂMARA BITTENCOURT
Diretor Social

RODRIGO MORAES
Diretor Cultural



CLÉBER LACERDA BOTELHO JÚNIOR
Conselho Fiscal (titular)

BRUNO PRAZERES DA SILVA
Conselho Fiscal (titular)

LUCIANO CAMPOS DA SILVA
Conselho Fiscal (titular)

ANDRÉ VIEIRA FREIRE
Conselho Fiscal (suplente)

VERA LÚCIA DA HORA DULTRA
Conselho Fiscal (suplente)

PREFÁCIO

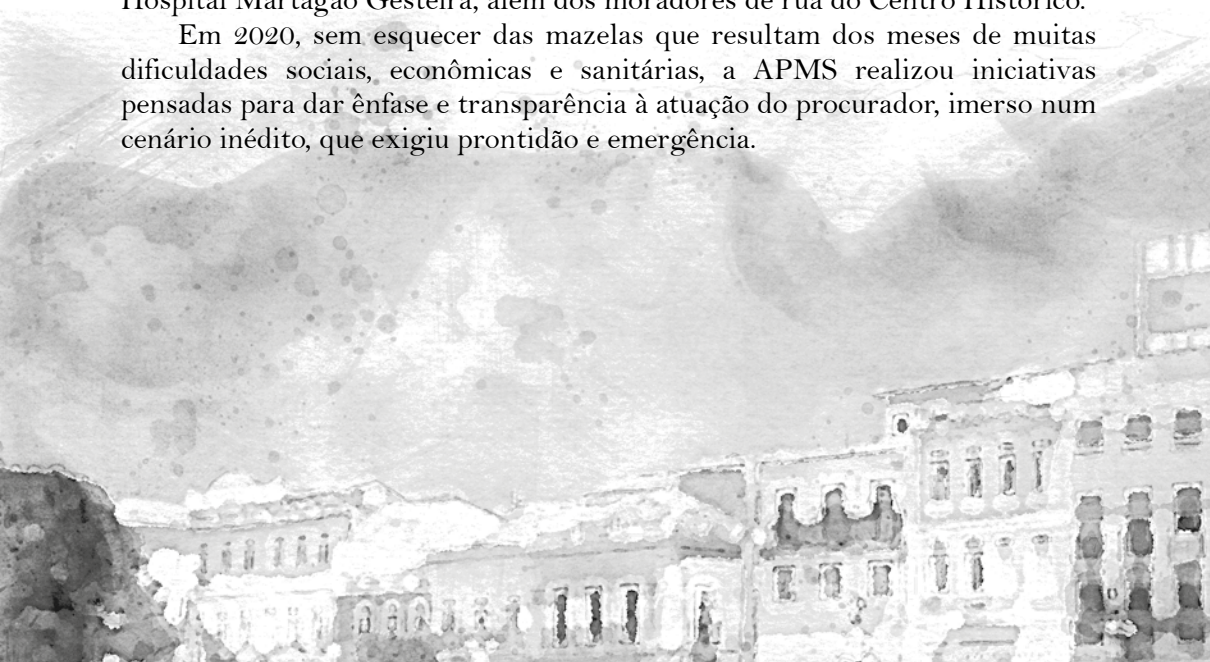
Prezado leitor

O cenário da pandemia pelo novo Coronavírus reforçou a importância do papel social do procurador do município. A atuação voltada para o enfrentamento da crise sanitária colocou, nas mãos desse profissional, consultas, direcionamentos, orientações para que os gestores definissem as medidas necessárias para a cidade contorná-la, tornando mais perceptível a relevância do trabalho do procurador – em regra, de difícil compreensão por boa parte da população.

A Associação dos Procuradores do Município do Salvador (APMS) somou esforços para, frente ao contexto histórico, dar visibilidade a essa atuação, que exigiu do procurador uma postura ativa, ágil e comprometida. O *podcast* “Momentos” foi produzido e publicado registrando todo o aparato jurídico que foi construído nessa atuação. Um vídeo institucional mostrou para a população as ações e medidas tomadas por Salvador que tiveram participação dos membros da Procuradoria do município.

Além disso, a APMS realizou doações e campanhas solidárias que estimularam os associados a doar a instituições filantrópicas que atuam junto à população mais carente da capital baiana, engajando-se também em ações de solidariedade das carreiras do estado e da Associação Nacional dos Procuradores Municipais. Entre as entidades beneficiadas por essas ações, estão o Projeto Axé, as Obras Sociais Irmã Dulce, o Abrigo São Gabriel, o Centro Espírita Cavaleiros da Luz, o Lar da Criança, a Instituição Cristã Amparo Jovem e o Hospital Martagão Gesteira, além dos moradores de rua do Centro Histórico.

Em 2020, sem esquecer das mazelas que resultam dos meses de muitas dificuldades sociais, econômicas e sanitárias, a APMS realizou iniciativas pensadas para dar ênfase e transparência à atuação do procurador, imerso num cenário inédito, que exigiu prontidão e emergência.



Esta publicação, que chega a suas mãos, também traz registros dessa atuação. O conteúdo que trazemos nesta 12ª edição de publicações jurídicas da Associação dos Procuradores do Município do Salvador vem refletir essa importância do procurador enquanto advogado público, que trabalha em prol da causa pública e, conseqüentemente, pelo bem de toda a sociedade.

Reunimos peças processuais, pareceres e artigos elaborados por associados na área do Direito Público Municipal; alguns, inclusive, abordam atuações voltadas para a pandemia nas diversas áreas em que o procurador esteve atuando: assistência social, saúde, fiscal, administrativa.

O objetivo é mostrar a produção intelectual do procurador do Município do Salvador e sua qualidade produtiva, dando visibilidade a essas publicações, proporcionando o aprendizado e a troca de experiências em assuntos tão ricos ao dia a dia da Administração Pública, sobretudo municipal.

O registro que fazemos aqui, com esta edição especial, é, portanto, mais uma iniciativa que visa perpetuar a produção do procurador do município do Salvador e dar visibilidade à importância de sua atuação para o bem estar da cidade.

Boa leitura!

Eduardo Amin Menezes Hassan
(Presidente da APMS)

SUMÁRIO

Artigos

1 A execução dos débitos judiciais das empresas estatais: submissão ao regime dos precatórios previsto na Constituição da República e reiteração dos aspectos jurídicos do tema pelo STF, 13

André Luiz de Andrade Carneiro

2 Reequilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos a partir da pandemia do Covid-19, 26

André Vieira Freire

3 Desafetação e alienação de áreas urbanísticas institucionais municipais: reflexões sob a ótica constitucional, 39

Aparecida de Sousa Damasceno

4 A reforma tributária e a redução da autonomia municipal, 48

Eduardo Amin Menezes Hassan

5 A pandemia provocada pelo Covid-19 e a concessão de benefícios fiscais em ano eleitoral à luz da jurisprudência do TSE, 72

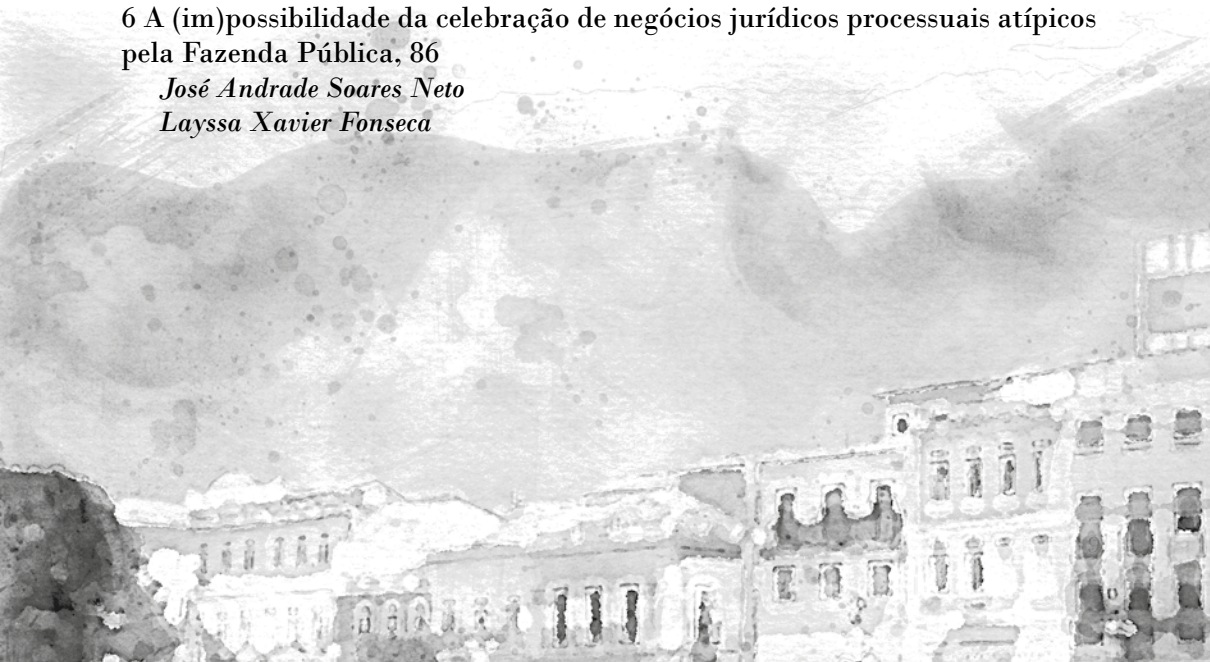
Eduardo Vaz Porto

André Luiz de Andrade Carneiro

6 A (im)possibilidade da celebração de negócios jurídicos processuais atípicos pela Fazenda Pública, 86

José Andrade Soares Neto

Layssa Xavier Fonseca



7 A necessidade de disciplina da prescrição intercorrente no processo administrativo tributário, 102

José Antônio Garrido

8 Reflexão sobre a justiça distributiva de John Rawls e a Teoria da Decisão Tributária, 129

José Antônio Garrido

9 A renegociação contratual como instrumento de redução de despesas em tempos de pandemia no âmbito do município do Salvador, 153

Luciana de Melo Borba Carneiro

10 Zona rural, zona urbana e delimitação da incidência do IPTU e do ITR sobre a propriedade imobiliária, 167

Pedro Leonardo Summers Caymmi

Pareceres

11 Parecer. Solicitação de recursos do FMMU, 183

Francisco Bertino de Carvalho

12 Parecer. Descabimento de execução em ação declaratória negativa de “dívida” extrajudicial julgada improcedente – prescrição, 213

Marcus Vinícius Americano da Costa

13 Parecer. Monumento Fonte da Rampa do Mercado, de 1970, de Mário Cravo Jr.: direito-dever do município do Salvador de recomposição. Inexistência de obrigação de pagamento de direitos autorais a herdeiros do falecido artista plástico. Obra em domínio público, 234

Rodrigo Moraes

ARTIGOS



I

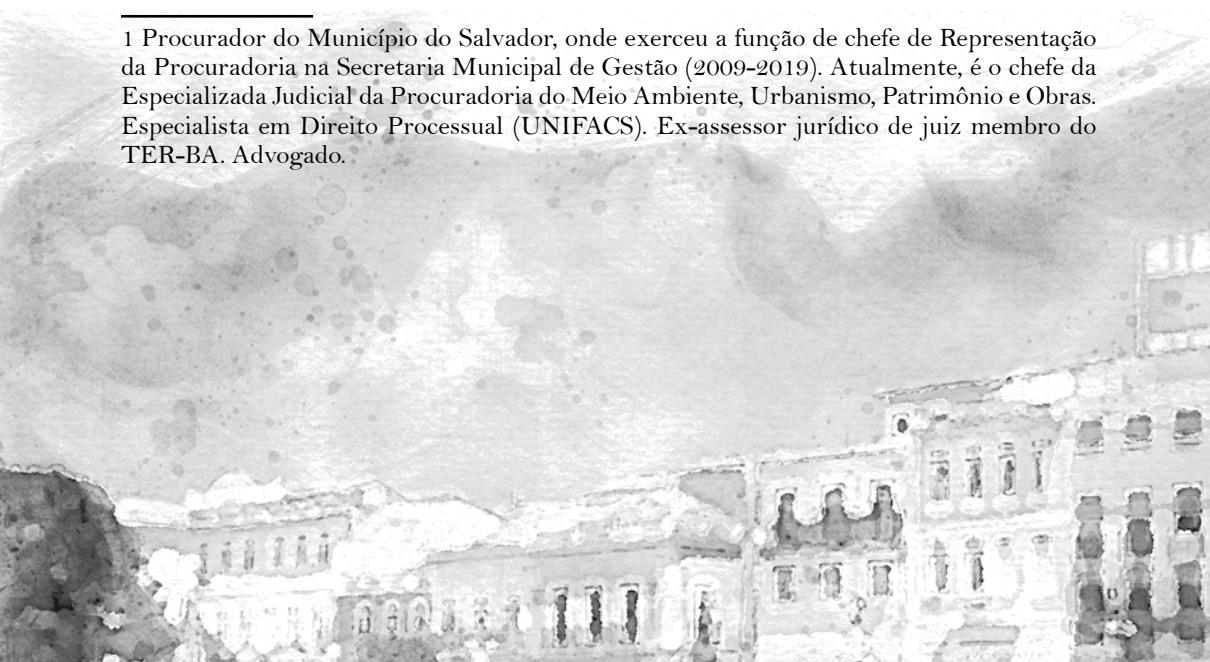
A EXECUÇÃO DOS DÉBITOS JUDICIAIS DAS EMPRESAS ESTATAIS: SUBMISSÃO AO REGIME DOS PRECATÓRIOS PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E REITERAÇÃO DOS ASPECTOS JURÍDICOS DO TEMA PELO STF

André Luiz de Andrade Carneiro¹

Não é de hoje que se estabeleceu no seio da máxima Corte de Justiça do país o entendimento segundo o qual, em relação às empresas estatais prestadoras de serviço público, a execução de débitos oriundos de sentenças judiciais transitadas em julgado não se faria da mesma forma que ocorre com as pessoas jurídicas do setor privado, ou seja, pelos meios executivos comuns dispostos no diploma processual civil.

Realmente, ainda que possuam natureza jurídica de direito privado, as denominadas “estatais” (sociedades de economia mista e empresas públicas), desde que presentes algumas características próprias em sua estrutura e à exemplo do

¹ Procurador do Município do Salvador, onde exerceu a função de chefe de Representação da Procuradoria na Secretaria Municipal de Gestão (2009–2019). Atualmente, é o chefe da Especializada Judicial da Procuradoria do Meio Ambiente, Urbanismo, Patrimônio e Obras. Especialista em Direito Processual (UNIFACS). Ex-assessor jurídico de juiz membro do TER-BA. Advogado.



que acontece com a Fazenda Pública, não deveriam se submeter a atos executivos comuns de constrição, tais como: bloqueios financeiros, penhoras, arrestos, sequestros, etc.

Pelo menos, desde o julgamento dos recursos extraordinários nº 220.906 e nº 225.011 (STF, DJ de 16.11.2000 e 19.12.2002, respectivamente), quando apreciou a situação concreta dos Correios (ECT), o Pretório Excelso enfrentou com alguma profundidade o tema, fixando as premissas básicas quanto à matéria em foco, de modo a deixar claro que, observados os requisitos – os quais foram ampliados em julgados posteriores –, a execução destas entidades da administração pública indireta deveria observar a sistemática do regime de precatórios judiciais prevista no art. 100 da Lei Fundamental de 1988, sob pena de violação de diversas normas e princípios de índole constitucional, notadamente os relacionados ao sistema financeiro e orçamentário, bem como a harmonia e a independência entre os poderes.

Em que pese a clareza desse posicionamento, que já persiste há mais de duas décadas, o que se tem visto, na prática do dia a dia forense, é a constante prolação de decisões judiciais, nas mais diversas instâncias (em primeiro ou segundo grau) e esferas de jurisdição (na justiça estadual e na federal, principalmente a trabalhista), que insistem em não seguir o caminho trilhado pelo Eg. STF, de forma a causar inúmeros prejuízos e inconvenientes de toda a sorte à gestão das estatais e ensejar, por consequência, uma profusão de medidas judiciais visando à necessária correção do rumo, abarrotando-se ainda mais o Judiciário com os mais diversos expedientes e recursos (exceções de pré-executividade, embargos à execução, impugnações, apelações, agravos de petição, etc), inclusive o próprio Supremo, com o ajuizamento de Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) e Reclamações constitucionais, estas com vistas justamente a restaurar a autoridade das decisões do Pretório Excelso.

Tal comportamento, proveniente de alguns órgãos do Poder Judiciário, como dito, vem sendo alvo, portanto, de diversas medidas saneadoras promovidas junto ao Supremo Tribunal Federal, que, por meio de reiterados e recentes julgados, vem ratificando o entendimento já consolidado no âmbito daquela Corte de Justiça, de modo que surge, assim, um **terreno** firme, seguro e concreto, apto a nortear a administração pública como um todo, fazendo emergir a tão almejada segurança jurídica quanto à matéria.

O objetivo do presente trabalho é, pois, longe de pretender esgotar os vastos contornos da temática abordada – que são inúmeros –, apenas conferir os pressupostos que vêm sendo aferidos pelo Supremo Tribunal Federal, os quais servem para fins de não somente preservar a segurança jurídica na gestão das empresas estatais, mas, principalmente, prestigiar normas e princípios elencados na Constituição da República Federal de 1988, no que buscaremos aqui também analisar, ainda que *en passant*, os mecanismos jurídico-processuais disponíveis aos agentes públicos para fins de correção de eventuais decisões judiciais contrárias.

1 OS FUNDAMENTOS JURÍDICOS ALINHADOS ACERCA DA MATÉRIA

Para fins de adentrarmos no exame dos contornos jurídicos que se encontram em derredor da presente discussão, é mister conhecer os pontos ou questões que suscitaram os debates mais aprofundados sobre o tema, notadamente as premissas que foram – e vêm sendo – levadas em consideração pela nossa Corte Suprema.

Pode-se afirmar que o cerne da controvérsia, inicialmente, girou em torno da necessária distinção que se deve ter em mente acerca da essência da função desempenhada pelas empresas estatais (servindo a presente abordagem tanto para as sociedades de economia mista como para as empresas públicas), na forma do quanto previsto pela própria Lei Maior.

De fato, é sabido que o regime das empresas estatais pode diferenciar se estivermos diante de entidade que explora diretamente atividade econômica, a qual deve necessariamente se submeter ao mesmo regime jurídico das empresas privadas não integrantes da administração pública (na forma do que dispõe o art. 173, §1º, inciso II da CF/88)², ou, na outra ponta, que se trate de estatal que tenha por escopo a prestação do serviço público em sentido estrito, notadamente quando envolve atividade de natureza primária (própria de Estado), cuja disciplina é a constante do art. 175 da mesma Carta Magna.³

Sobre os tipos de empresas públicas e sociedades de economia mista e seus respectivos regimes jurídicos, leciona o prof. Celso Antônio Bandeira de Melo (2013, p. 203, grifo nosso) em sua sempre aplaudida obra:

Há, portanto, dois tipos fundamentais de empresas públicas e sociedades de economia mista: exploradoras de atividade econômica e prestadoras de serviços públicos. Seus regimes jurídicos não são, nem podem ser, idênticos, como procuramos demonstrar em outra oportunidade. No primeiro caso, é compreensível que o regime jurídico de tais pessoas seja o mais próximo possível daquele aplicável à generalidade das pessoas de Direito Privado. Seja pela natureza do objeto de sua ação, seja para prevenir que desfrutem de situação vantajosa em relação às empresas privadas – as quais cabe a senhoria no campo econômico –, compreende-se que estejam, em suas atuações, submetidas a uma disciplina bastante avizinhada da que regula as entidades particulares de fins empresariais. Daí haver o texto Constitucional estabelecido que tais

² “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado **só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo**, conforme definidos em lei. § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: II - **a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários**”.

³ “Art. 175. **Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.**”

hipóteses regular-se-ão pelo regime próprio das empresas privadas (art. 173, §1º, II). Advirta-se, apenas, que há um grande exagero nesta dicção da Lei Magna, pois ela mesma se encarrega de desmentir-se em inúmeros outros artigos, como além demonstrado. **No segundo caso, quando concebidas para prestar serviços públicos ou desenvolver quaisquer atividades de índole pública propriamente (como promover a realização de obras públicas), é natural que sofram o influxo mais acentuado de princípios e regras de Direito Público, ajustados, portanto, aos resguardo de interesse desta índole.**

Na mesma esteira, os administrativistas Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2019, p. 75) jogam luz sobre o tema ao delimitarem:

Porém, se é fato que os meios jurídicos pátrios admitiram, sem maiores contestações, essa possibilidade de empresas públicas e sociedades de economia mista serem criadas ora para atuar do domínio econômico em sentido estrito, ora como prestadoras de serviço público, também é verdade que, em atenção à diferença de tratamento que o ordenamento constitucional dispensa a cada uma dessas atividades, passaram a ser estremados variados aspectos referentes ao regime jurídico aplicável à entidade, conforme o seu objeto.

Apesar de existirem inúmeros pontos de convergência entre estas estatais, notadamente em relação à estrutura organizacional e principalmente por serem ambas espécie de entidades da administração pública indireta com personalidade jurídica de direito privado, o objeto precípua de cada uma a ser considerado, seja para o escopo de explorar diretamente atividade econômica, seja para prestar serviço público próprio de Estado, é que vai definir os contornos de aplicação ou não dos precedentes jurisprudenciais ora em comento. Isso porque um dos pontos facilmente perceptíveis nos julgados da Corte Suprema diz respeito a esta exata distinção, não valendo a prerrogativa processual de sujeição ao regime de precatórios para as entidades da administração indireta que explorem diretamente atividade econômica (a exemplo de instituições financeiras), haja vista que, consoante o mandamento constitucional citado (art. 173, §1º, inciso II da CF/88), o regime jurídico a que se submetem estas deve ser necessariamente idêntico ao das empresas privadas, incluindo-se os meios de execução de suas dívidas judiciais, o que visa resguardar a isonomia e prestigiar o equilíbrio dos atores no mercado.

A seu turno, firmou-se o entendimento na instância extraordinária no sentido de que a percepção deveria ser outra se estivesse em discussão questão atinente a uma empresa estatal cujo objeto precípua fosse a prestação de um serviço público dito primário, ou seja, próprio de Estado, como, v.g., ocorre com as entidades que cuidam do abastecimento de água e sistema de esgotamento sanitário ou de saneamento básico (RE 627.242, rel. min. Marco Aurélio, redator para o acórdão min. Roberto Barroso) ou mesmo responsável pelo sistema

de transporte público ou de infraestrutura aeroportuária (RE 602.847, rel. min. Ayres Brito).

Outra circunstância exigida pela egrégia Casa de Justiça Constitucional é que o serviço público prestado pela estatal seja realizado em regime não concorrencial, vale dizer, em sistema de exclusividade, de monopólio, pois, se há caracterizada situação de concorrência no setor com serviços idênticos prestados por empresas privadas, vigoraria, então, a competitividade, não se justificando – e até mesmo não se recomendando – a utilização da prerrogativa processual executiva em destaque, sob pena de criar-se violação à isonomia e distorção no sistema previsto pelo ordenamento constitucional.

Em abordagem precisa sobre o assunto, o min. Carlos Veloso, em voto lapidar, trouxe a seguinte ponderação:

Quer dizer, o art. 173 da CF está cuidando da hipótese em que o Estado esteja na condição de agente empresarial, isto é, esteja explorando, diretamente, atividade econômica em concorrência com a iniciativa privada. Os parágrafos, então, do citado art. 173 aplicam-se com observância do comando constante do caput. Se não houver concorrência – existindo monopólio, CF, art. 177 –, não haverá aplicação do disposto no § 1º do mencionado art. 173. (RE 407.099, 2ª Turma, DJ 6.08.2004).

O ilustre publicista Ives Gandra Martins (2001, p. 58), há muito tempo, ainda que para efeito tributário, já alertava para a necessidade de se distinguir o regime aplicável às empresas estatais prestadoras de serviços públicos comuns daqueles prestados em regime de monopólio:

Por serem serviços públicos exclusivos, em regime semelhante aos serviços monopolizados, seu regime jurídico transcende os demais serviços públicos não exclusivos, próprios ou monopolizados, compondo a própria ação da Administração Pública, que, se indireta na formatação, é direta na atuação com tratamento constitucional tributário peculiar da Fazenda Pública.

Vale registrar que tais temas vêm sendo enfrentados por ocasião do julgamento de diversas ações no âmbito do STF, merecendo destaque a recente apreciação da ADPF nº 387, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, restando, assim, ementado o precedente:

Arguição de descumprimento de preceito fundamental. 2. Ato lesivo fundado em decisões de primeiro e segundo grau do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região que determinaram bloqueio, penhora e liberação de valores oriundos da conta única do Estado do Piauí, para pagamento de verbas trabalhistas de empregados da Empresa de Gestão de Recursos do Estado do Piauí S/A (EMGERPI). 3. Conversão da análise do pedido de medida cautelar em julgamento de mérito. Ação devidamente instruída. Possibilidade. Precedentes. 4. **É aplicável o regime dos precatórios às sociedades de economia mista prestadora de serviço próprio do Estado e de natureza**

não concorrencial. Precedentes. 5. Ofensa aos princípios constitucionais do sistema financeiro e orçamentário, em especial ao da legalidade orçamentária (art. 167, VI, da CF), aos princípios da independência e da harmonia entre os Poderes (at. 2º da CF) e ao regime constitucional dos precatórios (art. 100 da CF). 6. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada procedente. (ADPF nº 387, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJ de 25.10.2017, grifo nosso).

A ementa acima reproduzida é de clareza incontestada, traçando alguns parâmetros que merecem a devida ponderação, pois bem.

Primeiramente, é preciso que se diga que embora se tenha tratado, no caso concreto, de sociedade de economia mista, já é posição pacífica que o entendimento serve, de igual modo, aos propósitos das empresas públicas pelos motivos de congruência já mencionado alhures, sendo todas consideradas “estatais” em sentido amplo.

Em seguida, vale o registro de que embora no precedente tenha sido enfrentada situação de bloqueio da conta única do tesouro do ente público, os fundamentos elencados no *decisum*, como já elucidados em outras oportunidades pela mesma Corte, servem de igual modo à aplicação em hipóteses de contas de titularidade específica da própria estatal que venham a ser atingidas, mormente porque não é esta circunstância decisiva para o desiderato alcançado, mas sim outros valores e cânones de maior envergadura, como abordaremos adiante.

Noutro giro, percebe-se que o ponto fulcral levado em consideração pela Suprema Corte gira em torno de dois requisitos estruturais da estatal: i) prestar serviço público próprio do Estado e ii) possuir natureza não concorrencial.

Esse caminho vem sendo cada vez mais fortalecido no âmbito do Eg. STF, tornando-se uma jurisprudência efetivamente consolidada, como é possível observar também da análise do RE 627.242, de relatoria do eminente ministro Luís Roberto Barroso, que adota posição convergente, mesmo que amplie o leque dos requisitos a serem observados, *in verbis*:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. COMPANHIA ESTADUAL DE SANEAMENTO BÁSICO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL. EXECUÇÃO PELO REGIME DE PRECATÓRIOS. 1. Embora, em regra, as empresas estatais estejam submetidas ao regime das pessoas jurídicas de direito privado, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que **“entidade que presta serviços públicos essenciais de saneamento básico, sem que tenha ficado demonstrado nos autos se tratar de sociedade de economia mista ou empresa pública que competiria com pessoas jurídicas privadas ou que teria por objetivo primordial acumular patrimônio e distribuir lucros.** Nessa hipótese, aplica-se o regime de precatórios” (RE 592.004, Rel. Min. Joaquim Barbosa). 2. **É aplicável às companhias estaduais de saneamento básico o regime de pagamento por precatório (art. 100 da Constituição), nas hipóteses em que o**

capital social seja majoritariamente público e o serviço seja prestado em regime de exclusividade e sem intuito de lucro. 3. Provimento do agravo regimental e do recurso extraordinário. (RE nº 627.242 AgR, Relator o Ministro Marco Aurélio, Redator para o Acórdão Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, DJ de 25.5.2017, grifo nosso).

Nesse excerto, nota-se que, além daquelas outras duas exigências anteriores (ser prestador de serviço público próprio de estado e natureza não concorrencial), restaram fixadas também mais duas condicionantes, quais sejam: i) capital social majoritariamente público e ii) ausência de fins lucrativos.

Estando a empresa estatal jungida a regime jurídico de direito administrativo e público, com capital social oriundo, em sua maioria (com direito a voto), de ente público, nada mais razoável que se estendam a ela as prerrogativas relativas à forma de realizar a execução das suas condenações judiciais, prestigiando-se, ainda, o sistema constitucional da proteção à programação orçamentária e financeira, sendo o regime de precatórios um mecanismo de racionalização eficiente em busca de tais objetivos. O mesmo se diz quanto à razoabilidade (e racionalidade) da previsão de que se impõe, também, a ausência de distribuição de lucros entre sócios, o que, do contrário, desvirtuaria a finalidade almejada pelo legislador constitucional originário quando justamente quis distinguir os “dois mundos”, traçando nuances próprias para estatais que exerçam diretamente a exploração de atividade econômica e tenham o intuito lucrativo, cuja disciplina se aproximaria muito mais do regime jurídico privado.

Foi justamente a aferição de tais questões que, a título de mais um exemplo, afastou a aplicação do regime constitucional dos precatórios judiciais, por sua vez, da empresa Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A (Eletronorte), em julgamento que restou assim ementado:

FINANCEIRO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. PAGAMENTO DE VALORES POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL. INAPLICABILIDADE DO REGIME DE PRECATÓRIO. ART. 100 DA CONSTITUIÇÃO. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. MATÉRIA CONSTITUCIONAL CUJA REPERCUSSÃO GERAL FOI RECONHECIDA. Os privilégios da Fazenda Pública **são inextensíveis às sociedades de economia mista que executam atividades em regime de concorrência ou que tenham como objetivo distribuir lucros aos seus acionistas.** Portanto, a empresa Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. - Eletronorte não pode se beneficiar do sistema de pagamento por precatório de dívidas decorrentes de decisões judiciais (art. 100 da Constituição). Recurso extraordinário ao qual se nega provimento. (RE nº 599.628, Relator Ministro Ayres Brito, Redator para Acórdão Ministro Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJ de 17.10.2011).

Ora, se a estatal executa alguma espécie de atividade ou serviço que se submeta à concorrência com outros particulares do mesmo ramo de negócios, sem exclusividade, haveria, portanto, subsunção à regra constitucional que exi-

ge uma paridade de armas entre tais *players*, não se justificando um tratamento diferenciado.

Observa-se a mesma situação, destarte, quando existir objetivo dentro da instituição no que diz respeito a angariar e distribuir lucros e dividendos a seus acionistas, eis que a finalidade lucrativa, aos olhos da Corte Suprema, mais aproxima do que afasta a respectiva estatal do regime jurídico de direito privado, não se revelando razoável, assim, garantir observância de uma prerrogativa que se predispõe vinculada ao regime jurídico administrativo que emerge do sistema dos precatórios judiciais, não direcionada a uma finalidade eminentemente empresarial.

Mais recentemente, outrossim, foi julgada a nova ADPF, de nº 556, oriunda do Rio Grande do Norte, desta vez de relatoria da eminente ministra Carmen Lúcia, pela qual o assunto foi revisitado, sendo, então, reiterada a jurisprudência que vem cada vez mais vem se consolidando na Corte, conforme se depreende do precedente que restou assim ementado:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. FINANCEIRO. DECISÕES JUDICIAIS DE BLOQUEIO, PENHORA, ARESTO E SEQUESTRO DE RECURSOS PÚBLICOS DA COMPANHIA DE ÁGUAS E ESGOTOS DO RIO GRANDE DO NORTE – CAERN. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL. APLICABILIDADE DO REGIME DE PRECATÓRIOS. PRECEDENTES. INDEPENDÊNCIA ENTRE OS PODERES. LEGALIDADE ORÇAMENTÁRIA. ARGUIÇÃO PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESTA PARTE, JULGADA PROCEDENTE. 1. [...]. 2. A Companhia de Águas e Esgotos do Rio Grande do Norte – CAERN é **sociedade de economia mista, prestadora de serviço público em regime não concorrencial e sem intuito primário de lucro: aplicação do regime de precatórios (art. 100 da Constituição da República)**. Precedentes. 3. **Decisões judiciais de bloqueio, penhora, arresto e outras formas de constrição do patrimônio público de empresa estatal prestadora de serviço público em regime não concorrencial: ofensa à legalidade orçamentária (inc. VI do art. 167 da Constituição), à separação funcional de poderes (art. 2º da Constituição) e à continuidade da prestação dos serviços públicos (art. 175 da Constituição)**. Precedentes. 4. Arguição parcialmente conhecida e, nesta parte, julgada procedente para determinar a suspensão das decisões judiciais que promoveram constrições patrimoniais por bloqueio, penhora, arresto, sequestro e determinar a sujeição ao regime de precatórios à Companhia de Água e Esgoto do Rio Grande do Norte – CAERN. (Grifo nosso).

Como se depreende, outros pontos que também vêm sendo reiterados e sendo objeto de atenção na Suprema Corte têm a ver com as circunstâncias de as empresas serem controladas e mantidas pela administração pública direta, possuindo, destarte, a característica da dependência orçamentária e financeira, ainda que a receita auferida não seja exclusivamente oriunda do erário.

A esse respeito, mister transcrever passagem do voto condutor da decisão contida no precedente da ADPF 387, tendo o relator, o eminente ministro Gilmar Mendes aduzido:

Ademais, o requerente indica que a EMGERPI é mantida por meio de recursos financeiros previamente detalhados na Lei Orçamentária Anual do Estado do Piauí (Lei 6.576/2014), recursos, esses, repassados pelo Estado do Piauí e oriundos da conta única do ente mantenedor. Essa mesma lei previa que empresas estatais dependentes, como a EMGERPI, teriam sua execução financeira e orçamentária concentradas no Sistema Integrado de Administração Financeira do Estado (SIAFEM), da mesma forma que a Administração Direta Autárquica e Fundacional.

Em reforço ao argumento da violação clara e manifesta ao sistema constitucional dos precatórios judiciais por parte das decisões judiciais que impõem métodos de constrição invasivos, próprios dos atos executivos no âmbito privado, constata-se, de igual modo, que haveria, ainda, por via direta, afronta aos postulados inseridos na Lei Maior, atinentes ao sistema orçamentário e financeiro.

Realmente, não custa registrar que o intérprete deve adotar em suas decisões parcimônia e cautela, além do que, de igual modo, deve se valer de conceitos básicos relacionados a este sistema, como receita pública, despesa, orçamento, fiscalização, controle, remanejamento de recursos, categoria programática, dentre outros, especialmente em atenção ao comando do art. 167, VI, da Carta Magna, segundo o qual são vedados “a transposição, o remanejamento, ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa”.

Em outras palavras, impõe-se a observância do princípio da legalidade orçamentária, de modo a evitar uma interferência indevida na programação financeira e orçamentária da entidade, resultando em obstáculos difíceis ou mesmo intransponíveis a uma boa e regular gestão.

Uma vez que se trata, na espécie, de empresas estatais dependentes e, em regra, controladas, sua receita, na maior parte ou mesmo totalidade, advém de dotações orçamentárias próprias e específicas do ente mantenedor, destinadas a fazer frente a despesas de pessoal e de custeio, revelando-se os atos executivos em apreço uma verdadeira constrição indevida de verbas públicas, em afronta ao modelo constitucional de organização orçamentária.

José Afonso da Silva (2014, p. 712), com sua inerente lucidez, leciona com propriedade e maestria sobre o assunto, ponderando:

TRANSPOSIÇÃO. REMANEJAMENTO E TRANSFERÊNCIA DE RECURSOS. São formas de movimentação de recursos orçamentários, que o Poder Executivo pode efetuar, desde que tenha para tanto autorização legislativa. A Constituição anterior vedava apenas a transposição, sem prévia au-

torização legal, de recursos de uma dotação orçamentária para outra. O inciso VI do art. 167 é mais rigoroso, porque abrange todos os tipos de movimentação de recursos orçamentários, e não apenas de uma dotação para outra, mas de uma categoria de programação para outra, assim como de um órgão para outro [...], pois foi para evitar burla que se tornou necessário o emprego dos três termos, porque, quando se usava apenas transposição, praticava-se outra daquelas formas de movimentação, com o que se frustrava a vedação.

Se nem ao próprio Executivo, portanto, é possível remanejar tais receitas públicas sem a devida autorização legislativa, o mesmo se diz, também, em relação ao Poder Judiciário, uma vez que, nas palavras do ministro Alexandre de Moraes: “lhe falta possibilidade institucional para avaliar os impactos desses bloqueios e sequestros de verbas sobre a atividade administrativa e a programação financeira do ente”.

Imprescindível, assim, ter em mente que a posição defendida há muito tempo no âmbito do Pretório Excelso, atualmente consolidada mediante a prolação de diversos precedentes que convergem com o quanto fora alinhado acima, caminha na direção segura do entendimento de que se a estatal presta serviço público essencial (interesse primário, próprio de Estado), em regime de exclusividade, não concorrencial, e não distribui lucros e dividendos, os atos executivos das decisões judiciais que lhes são contrárias devem obedecer a sistemática dos precatórios (art. 100 da CF/1988), que, a par de não gerar desequilíbrio no mercado, protege a continuidade do serviço público prestado à coletividade.

E não há que se temer a adoção desta sistemática prevista constitucionalmente, garantidora da boa e eficiente gestão administrativa em decorrência da observação de postulados de organização financeira, mormente em vista dos mecanismos de proteção e robustez elencados pela emenda constitucional nº 62/2009, que conferiram maior segurança ao efetivo adimplemento dos débitos judiciais

2 FERRAMENTAS À DISPOSIÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARA EVITAR CONSTRIÇÃO JUDICIAL DIVERSA DO SISTEMA DE PRECATÓRIOS

Sem embargo da patente viabilidade de utilização dos diversos meios processuais postos à disposição da entidade estatal para fins de defender seus interesses e direitos no contexto do processo judicial em que se determine ato construtivo contra seu patrimônio, como a exceção de pré-executividade, os embargos à execução, ou mesmo os inúmeros recursos de âmbito horizontal ou vertical, cuidaremos, rapidamente, neste tópico, de outros mecanismos que possibilitam a interferência do próprio STF, revelando-se meios mais eficazes e efetivos aptos a corrigir as distorções porventura ocorridas.

Tais ferramentas devem ser adotadas com a máxima cautela e desde que se façam realmente necessárias, de forma a combater atos de constrição que, em

muitas vezes, em decorrência da amplitude e agressividade, possuem o condão de inviabilizar a gestão de uma estatal que, de repente, se vê na iminência de ter suas contas bloqueadas e seus valores penhorados e liberados em processos judiciais, causando descontrole, desorganização e, por conseguinte, até mesmo a paralisa das relevantes atividades prestadas à coletividade.

Como analisado no tópico anterior, é possível chegar-se à conclusão de que eventuais decisões judiciais que porventura imponham às empresas estatais – desde que tais entidades obedeçam aos requisitos elencados pelo STF – constrição patrimonial por meio de atos executivos comuns, como bloqueios, penhoras, arrestos e sequestros estarão, tais atos do Poder Judiciário, rogadas todas as escusas, em evidente afronta ao texto da Constituição da República de 1988.

Com efeito, a par de violação manifesta à sistemática dos precatórios judiciais prevista no art. 100 da Lei Maior, tem-se também inquestionável desobediência ao comando do inciso VI, do art. 167, que preconiza o postulado da programação orçamentária e financeira, além de ofensa à independência dos poderes, nos termos do art. 2º da nossa Carta Magna e à continuidade dos serviços públicos (art. 175).

Não há dúvidas quanto ao fato de que todos esses comandos normativos constitucionais carregam um influxo de normas que conferem sustentáculo ao ordenamento jurídico constitucional, sendo esteio do Estado democrático de direito e, portanto, afiguram-se preceitos fundamentais, cuja ofensa está a desafiar o ajuizamento de ADPF, nos termos do que prevê da Lei Federal nº 9.882/1999.

Na lição do culto professor e juiz federal baiano Dirley da Cunha Júnior (2011, p. 435), tal ação:

Consiste em uma ação constitucional especialmente destinada a provocar a jurisdição constitucional concentrada do Supremo Tribunal Federal para a tutela da supremacia dos preceitos mais importantes da Constituição Federal. Vale dizer, é uma ação específica vocacionada a proteger exclusivamente os preceitos constitucionais fundamentais, ante a ameaça ou lesão resultante de qualquer ato ou omissão do poder público.

Estando atendidos os requisitos formais e procedimentais previstos na citada legislação, que regulamenta e disciplina a aludida ação de índole constitucional, cabe o manejo de tão importante ferramenta processual pelos legitimados ativos, provocando a atuação da Corte Suprema, que, como vem demonstrando, não se esquiva, muito pelo contrário, conforme foi possível constatar dos diversos precedentes citados neste trabalho, sendo ainda possível mencionar, a título de reforço, as ADPF 437 e 405, rel. min. Rosa Weber; ADPF 420, rel. min. Ricardo Lewandowski; ADPF 114, rel. min. Roberto Barroso e ADPF 275, de relatoria do min. Alexandre de Moraes.

A seu turno, por se tratar de processo objetivo no âmbito de uma ação de controle de constitucionalidade concentrado, preconiza o §3º do art. 10 da Lei Federal nº 9.882/1999 que os efeitos das decisões alcançadas são vinculantes

relativamente aos demais órgãos do poder público, incluindo o Judiciário, além de ter eficácia contra todos (*erga omnes*), alcançando a todos, envolvidos ou não no processo constitucional.

Justamente por isso, o art. 13 da mesma legislação de regência prevê o cabimento da Reclamação constitucional contra o descumprimento da decisão do C. STF adotada no âmbito da ADPF, de modo a garantir a autoridade das determinações alcançadas pela Corte Suprema, nos moldes do que também garante o vigente diploma processual civil, notadamente o art. 988, III do Novo Código de Processo Civil (NCPC).

Não por outra razão, o festejado processualista Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, p. 1430) ensina que, diante da decisão proferida em sede de ADPF, “não podem os juízes que enfrentarem a questão constitucional de forma incidental desconsiderar a decisão judicial do Supremo Tribunal Federal, justamente porque o efeito *erga omnes* vincula a todos.”

A Reclamação, meio apto à parte interessada - *in casu*, a entidade estatal que está sofrendo a constrição patrimonial indevida - afigura-se, por certo, um mecanismo sem dúvida eficaz e célere visando a sanear o ato do poder público - decisão judicial - que esteja afrontando a decisão do C. STF obtida nas citadas ADPF e deve ser utilizada sempre que necessário, obedecendo-se, é claro, aos requisitos e condicionantes previstos em sede normativa.

Relevante, pois, que o gestor tenha a exata consciência do problema e busque junto à sua assessoria jurídica o devido respaldo e suporte para acionar os meios legais cabíveis com fins de solucionar o problema enfrentado, evitando atos executivos que venham a tornar difícil ou quase impossível a gestão eficiente da empresa estatal.

3 CONCLUSÕES

Consoante os motivos e fundamentos expostos, vimos que há bastante tempo a colenda Corte Constitucional do Brasil vem trilhando um caminho firme e seguro quanto ao tema ora em debate, consolidando o entendimento quanto à sujeição das empresas estatais, prestadoras de serviços públicos próprios de Estado, ao sistema de precatórios judiciais previsto no art. 100 da Lei Maior, a exemplo do que ocorre com as Fazendas Públicas, desde que as entidades estejam submetidas a regime não concorrencial e não tenham intuito lucrativo.

Destacou-se, também, que esta sujeição à sistemática dos precatórios não enseja desequilíbrio no mercado, justamente por não ofender a isonomia com o tratamento junto a outros particulares, haja vista desenvolver a estatal suas atividades em regime de exclusividade, prestigiando-se, por outro lado, a proteção da continuidade do serviço público prestado à coletividade.

Ademais, o regime constitucional dos precatórios, como demonstrado, revela-se um preceito de natureza fundamental, pois, conforme defendido pelo min. Gilmar Mendes na ADPF 387 “é o mecanismo de racionalização dos pa-

gamentos das obrigações estatais oriundos de sentenças judiciais, ao mesmo tempo em que permite a continuidade da prestação de serviços públicos e, conseqüentemente, a efetivação dos próprios direitos fundamentais”.

A partir desta constatação, portanto, é de se lamentar profundamente a insistência de alguns julgados, das mais variadas esferas e instâncias, em emitir decisões que desobedecem manifestamente aos precedentes oriundos do Pretório Excelso, ordenando a prática de atos executivos de constrição patrimonial que invadem bens, rendas e direitos das estatais, com bloqueios financeiros e penhoras de valores altíssimos que têm o condão de resultar em profundos danos e prejuízos operacionais, orçamentários e administrativos, podendo mesmo causar, a depender do volume e circunstâncias, até a paralisia das atividades prestadas pela entidade da administração pública, o que, em última análise, atinge em cheio o interesse público da coletividade atendida pelo serviço público.

Em se deparando o gestor com situação concreta desse jaez, deve se socorrer das ferramentas legais e processuais adequadas, postas à disposição pelo ordenamento jurídico vigente, notadamente a própria ADPF, visando resguardar o preceito fundamental eventualmente violado e a Reclamação constitucional com escopo de garantir a autoridade da decisão emitida pela Corte Suprema nas ações constitucionais de controle concentrado.

Rogamos, enfim, que se aproxime o tempo em que sequer seja preciso buscar providências junto à máxima Corte de Justiça do país e os respeitáveis órgãos do judiciário simplesmente acatem as decisões proferidas na matéria em apreço, de forma a evitar desgastes, esforços e custos pela movimentação da máquina administrativa estatal em busca de uma correção que se apresenta, além de evidentemente justa, de extrema necessidade para a higidez financeira das empresas estatais.

REFERÊNCIAS

- MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Administrativo Descomplicado**. 27. ed. São Paulo: Método, 2019.
- MARTINS, Ives Gandra. **Imunidade Tributária dos Correios e Telégrafos**. Revista Jurídica, v. 288, 2001, p. 58.
- SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2011.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

2

REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS A PARTIR DA PANDEMIA DO COVID-19

André Vieira Freire⁴

Tão logo surgiu, o novo coronavírus, de inopino, tomou o mundo em contágio fugaz; atingiu e transformou de tal forma a história humana que, a partir de 2020, todo e qualquer tema antrópico poderá ser dividido entre antes e depois da pandemia. Seja do ponto de vista dos sistemas de saúde, das relações sociais, dos efeitos psicológicos do isolamento, da expansão do trabalho virtual, do comércio global, tudo será estudado e analisado sob o efeito pandêmico. Para a presente leitura, importam as consequências econômicas, que não pouparam nenhum setor produtivo no Brasil e no exterior, na maioria dos casos impondo uma superinflação de preços, mas, em outros, ensejando o fenômeno inverso, qual seja, a deflação no mercado. Fato é: ninguém saiu incólume.

Diante da proporção dessa crise econômica, é possível imaginar o impacto sobre os incontáveis contratos administrativos que vinham em andamento quando deflagrada a pandemia. A máquina pública teve de puxar o freio de mão e reavaliar todas as suas atividades. Muitos projetos perderam o sentido no cenário de isolamento social, como eventos e festividades; outras áreas, como

⁴ Advogado. Procurador do município do Salvador (BA). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Sergipe e pós-graduado em Direito Público pela Faculdade Damásio de Jesus. E-mail: vieirafreire@hotmail.com.



a saúde e a assistência social, clamaram por recursos a ponto de exigirem o enxugamento de tudo o que não fosse absolutamente prioritário. A partir disso, passou-se a aplicar o que poderia ser apelidado de “direito administrativo da pandemia”, para fazer referência ao conjunto de normas que orientou a reavaliação de todo tipo de contratação pública. Muita coisa foi abandonada de pronto, através da rescisão unilateral por iniciativa da administração, enquanto outros contratos foram instados à renegociação a favor do poder público, pela queda de preços de mercado durante a crise.

Em 14 de abril de 2020, foi publicado o decreto municipal nº 32.347, que determinou metas percentuais para a redução de valores nas locações imobiliárias e nos contratos de prestação de serviços contínuos. Embora a diretriz do referido decreto fosse a redução geral de custos, a Procuradoria Geral do Município do Salvador, no trabalho acadêmico de compêndio das normas relativas à pandemia, denominado Boletim Informativo COVID-19, fez importante ressalva quanto aos serviços ligados ao enfrentamento da emergência de saúde pública:

Aparentemente, não foram ressalvados os gestores vinculados às unidades fins de enfrentamento da pandemia, como o Secretário de Saúde, deixando a entender que também estariam obrigados a cumprir com estes dispositivos relativos aos contratos de serviços. Como se deve supor, alguns contratos de prestação de serviços contínuos, a exemplo daqueles que implicam na utilização de mão de obra para a limpeza de certas unidades de saúde poderão ter seus valores majorados e não reduzidos.⁵

Em paralelo, novos contratos eram firmados em caráter de emergência, especialmente nas áreas da saúde e da assistência social, todos esses, via de regra, em patamares de preços muito superiores ao habitual. Para essa realidade de altos custos, foi editada a Lei Federal nº 13.979/2020, que flexibilizou sobremaneira a forma como a administração pública precifica suas contratações, bem como os limites, durante a execução contratual, para as alterações quantitativas e qualitativas.

Interessante é a situação dos contratos administrativos já em andamento, cujo contexto de preços, advindo da pandemia, disparou. Como dito acima, a administração pública rescindiu contratos supérfluos, renegociou a menor aqueles em que havia margem a seu favor, aceitou preços inflacionados para os novos contratos que necessitou firmar, mas, nessa quarta categoria – contratos vigentes com preços pré-pandemia –, a administração simplesmente quedou-se inerte, afinal, nesses estava em posição de vantagem.

⁵ Boletim Informativo COVID-19, atualizado até 04 de outubro de 2020, pág. 57. Aproveita-se o ensejo para parabenizar os responsáveis pela elaboração desse excelente trabalho: Dr. Rafael Carrera, Dra. Catarina Velloso e Dr. Eduardo Teles.

Ocorre que não tardou a proliferação de requerimentos, por iniciativa das diversas empresas contratadas, para revisão desses contratos por reequilíbrio econômico-financeiro, o que representou enorme desafio prático. Afinal, como aferir os casos em que a revisão seria devida e, mais ainda, como calculá-la? O dólar, como é cediço, atingiu alta histórica, fato que repercutiu em todo tipo de insumo importado e desafiou a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, que foi construída no sentido de que a mera valorização de moeda estrangeira não bastaria para configurar a revisão contratual. Para responder a essas perguntas, passemos ao estudo do instituto da revisão administrativa, do princípio do equilíbrio econômico-financeiro e dos parâmetros doutrinários e jurisprudenciais das Cortes de Contas.

I DA REVISÃO CONTRATUAL PARA REEQUILÍBRIO ECONÔMICO

O princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato está consagrado no art. 37, XXI, da Constituição Federal, que estabelece a necessidade de manutenção das “condições efetivas da proposta” vencedora na licitação ou na contratação direta. Assim, a equação econômica, que é definida no momento da apresentação da proposta, leva em conta os encargos do contratado e o valor pago pela administração, devendo ser preservada durante toda a execução contratual. Na definição do prof. José dos Santos Carvalho Filho (2017):

Equação econômico-financeira do contrato é a relação de adequação entre o objeto e o preço, que deve estar presente ao momento em que se firma o ajuste. Quando é celebrado qualquer contrato, inclusive o administrativo, as partes se colocam diante de uma linha de equilíbrio que liga a atividade contratada ao encargo financeiro correspondente. Mesmo podendo haver certa variação nessa linha, o certo é que no contrato é necessária a referida relação de adequação. Sem ela, pode dizer-se, sequer haveria o interesse dos contratantes no que se refere ao objeto do ajuste.

Nota-se que o princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro pode ser invocado tanto pelo particular (contratado), quanto pelo poder público (contratante). Isso porque, do mesmo modo que um aumento dos custos contratuais por fatores externos tende a majorar o respectivo preço, a diminuição desses custos ensejará a prerrogativa estatal de minorá-lo⁶. Daí a ideia de equilíbrio, que nivela as duas partes contratuais.

6 Exemplo foi o advento da reforma trabalhista, que fundamentou o seguinte entendimento do TCU: “A Administração, com fundamento no art. 65, inciso II, alínea d, e § 5º, da Lei nº 8.666/1993, deve promover a revisão de contrato que preveja o pagamento de horas *in itinere* (destinado a remunerar o tempo despendido pelo empregado de casa até o local de trabalho e o seu retorno), com a consequente glosa dos valores indevidamente pagos

Quando esse equilíbrio econômico é afetado por fatos supervenientes e imprevisíveis, como o caso fortuito ou a força maior, ou ainda por fatos previsíveis, mas de consequências incalculáveis, tem-se a hipótese de **revisão**, que é referida na legislação pelos arts. 58, §2º, 65, II, “d”, e §5º e §6º, da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; [...]

§ 2º - Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual. [...]

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: [...]

II - por acordo das partes: [...]

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. [...]

§5º - Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.

§6º - Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

No caso de desequilíbrio em desfavor do particular, a revisão representa um direito do contratado e um dever do Estado, que deve ser observado independentemente de expressa previsão contratual. Ao contrário do reajuste, a revisão não incide apenas sobre as cláusulas econômicas ou de preço, mas, tam-

a esse título, uma vez que referida despesa não é mais cabível com a entrada em vigor da Lei nº 13.467/2017 (reforma trabalhista), a qual alterou o art. 58, § 2º, da CLT”. (Acórdão 2131/2018/Plenário. Relator: Min. AUGUSTO NARDES).

bém, em relação às cláusulas regulamentares (revisão para dilatar um prazo, por exemplo). Nesse sentido, segue entendimento sumulado da Advocacia-Geral da União:

Orientação Normativa/AGU 22 - O reequilíbrio econômico-financeiro pode ser concedido a qualquer tempo, independentemente de previsão contratual, desde que verificadas as circunstâncias elencadas na letra 'd' do inc. II do art. 65, da Lei nº 8666, de 1993.

É importante destacar que **não é qualquer variação de custos para o fornecedor que lhe ensejará o direito à revisão**, mas somente aquela decorrente da **álea econômica extraordinária**. Nessa linha, o Tribunal de Contas da União aponta que o desequilíbrio econômico-financeiro deve ser aferido a partir do exame global do contrato, e não da variação de apenas um de seus insumos. Ademais, segundo o TCU, **a mera variação de preços ou flutuação cambial não é suficiente para a efetivação do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato**, sendo fundamental a presença de uma das hipóteses elencadas no art. 65, II, d, da Lei nº 8.666/1993, associada à demonstração objetiva de que ocorrências supervenientes tornaram a execução contratual excessivamente onerosa para uma das partes. Vejamos:

O desequilíbrio econômico-financeiro do contrato não pode ser constatado a partir da variação de preços de apenas um serviço ou insumo, devendo, ao contrário, resultar de um exame global de variação de preços de todos os itens da avença. (TCU, Plenário, Acórdão 1.466/13, Rel. Min Ana Arraes, DOU 12/06/2013, divulgado no informativo de jurisprudência de licitações e contratos do TCU nº 155).

Portanto, pleitos do gênero [reequilíbrio econômico-financeiro] não podem se basear exclusivamente nos preços contratuais ou na variação de valores extraídos de sistemas referenciais de custos, sendo indispensável que se apresentem outros elementos adicionais do impacto cambial, tais como a comprovação dos custos efetivamente incorridos no contrato, demonstrados mediante notas fiscais. Aferir a quebra do equilíbrio contratual não é uma tarefa simples, posto que a doutrina explicita a indispensabilidade de que seja comprovado o prejuízo do particular. (TCU, Plenário, Acórdão 1.085/15, Rel. Min. Benjamin Zymler, julgado em 06/05/2015, divulgado no informativo de jurisprudência de licitações e contratos do TCU nº 241).

Em outros precedentes, o TCU deixa ainda mais claro que não é qualquer circunstância desfavorável à contratada ou mera oscilação geral dos preços de mercado que ensejarão a revisão contratual, quando ausente o fator externo/extraordinário:

O aumento salarial, ainda que a título de abono, a que está obrigada a contratada por força de dissídio coletivo, não é fato imprevisível capaz de autorizar

o reequilíbrio econômico-financeiro de contrato de prestação de serviços de natureza contínua.

Acórdão 2255/2005-Plenário | Relator: LINCOLN MAGALHÃES DA ROCHA.

Reajuste salarial não é situação para reequilíbrio econômico-financeiro contratual. (TCU; Acórdão 1621/2011-Primeira Câmara; Data da sessão: 15/03/2011; Relator: VALMIR CAMPELO).

Argumento de que o mercado pratica, na atualidade, preços superiores àqueles inicialmente contratados, não basta para justificar o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. (TCU; Acórdão 624/2007-Plenário; Data da sessão: 18/04/2007; Relator BENJAMIN ZYMLER).

Embora a regra seja a avaliação global do contrato, cuja execução deverá restar ameaçada pelo implemento do fato externo, o TCU ressalva, a título de exceção, a revisão que incide sobre preços de itens isolados, quando presentes todos os demais requisitos já falados. A ressalva é importante para o atual cenário de pandemia, vez que tem se observado a superinflação de preços em determinados itens de saúde escassos, dada a alta demanda global. Nessa linha:

Não há óbice à concessão de reequilíbrio econômico-financeiro visando à revisão (ou recomposição) de preços de itens isolados, com fundamento no art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei 8.666/1993, desde que estejam presentes a imprevisibilidade ou a previsibilidade de efeitos incalculáveis e o impacto acentuado na relação contratual (teoria da imprevisão); e que haja análise demonstrativa acerca do comportamento dos demais insumos relevantes que possam impactar o valor do contrato. (TCU; Acórdão 1604/2015-Plenário; Data da sessão: 01/07/2015; Relator: AUGUSTO NARDES).

O professor Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2019, p. 259), procurador do Município do Rio de Janeiro, sintetiza, em sede doutrinária, os aspectos próprios à revisão contratual:

Em suma, as características da revisão são: a) decorre diretamente da lei (incide independentemente de previsão contratual); b) incide sobre qualquer cláusula contratual (cláusulas regulamentares ou econômicas); c) refere-se aos fatos imprevisíveis ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis; d) “restaura” o equilíbrio econômico-financeiro do contrato; e e) não depende de periodicidade mínima.

2 DA REVISÃO SOBRE ATA DE REGISTRO DE PREÇOS

Conquanto não seja comum falar em revisão contratual sobre ata de registro de preços, não há óbice legal à sua aplicação, mesmo diante da ausência de in-

teresse na aquisição imediata dos itens registrados, ou mesmo da inexistência de empenho de despesa nesse sentido. O próprio decreto federal nº 7.892/2013, que regulamenta o Sistema de Registro de Preços, admite expressamente essa possibilidade em seu art. 17, assim como, no âmbito normativo local, o decreto municipal nº 24.900/2014, também no art. 17, viabiliza a revisão financeira em ata de registro. Vejamos nos citados dispositivos regulamentares:

Decreto federal nº 7.892/2013, art. 17 – “Os preços registrados poderão ser revistos em decorrência de eventual redução dos preços praticados no mercado ou de fato que eleve o custo dos serviços ou bens registrados, cabendo ao órgão gerenciador promover as negociações junto aos fornecedores, observadas as disposições contidas na alínea d do inciso II do caput do art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993”.

Decreto municipal nº 24.900/2014, art. 17 – “Os preços registrados poderão ser revistos nas hipóteses e condições previstas na legislação pertinente, podendo o edital estabelecer o procedimento a ser observado.

§ 1º O preço registrado poderá ser revisto, em decorrência de eventual redução daqueles praticados no mercado, ou de fato que eleve o custo dos serviços ou bens registrados, cabendo ao órgão gerenciador da Ata, promover as necessárias negociações junto aos fornecedores. [...]

§ 3º Quando o preço de mercado tornar-se superior aos preços registrados e o fornecedor, mediante **requerimento, devidamente comprovado**, não cumprir o compromisso, o órgão gerenciador poderá:

I - liberar o fornecedor do compromisso assumido, sem aplicação da penalidade, confirmando a veracidade dos motivos e comprovantes apresentados e, se a comprovação ocorrer antes do pedido de fornecimento; e

II - convocar os demais fornecedores visando igual oportunidade de negociação. (Grifo nosso).

Não fosse suficiente a clareza lapidar dos decretos pertinentes, o entendimento das Cortes de Contas ratifica a possibilidade de revisão em ata de registro de preços, como se comprova das ementas abaixo transcritas, com destaque para o momento dessa revisão, que deve anteceder a emissão de nota de empenho, sob pena de preclusão administrativa:

EMENTA: PROCEDIMENTO LICITATÓRIO, PREGÃO PRESENCIAL, AQUISIÇÃO DE MATERIAL HOSPITALAR, ATA DE REGISTRO DE PREÇO, FORMALIZAÇÃO DE TERMO DE APOSTILAMENTO, REAJUSTE DE VALOR, REGULARIDADE.

O procedimento licitatório e a formalização da ata de registro de preços são regulares por estarem instruídos com os documentos exigidos, que demons-

tram a observância das prescrições legais e das normas regulamentares. **O termo de apostilamento de reajuste de valor previsto no próprio contrato é regular quando devidamente comprovada a sua necessidade para compor o reequilíbrio econômico financeiro e a variação de preço praticada, cumpridos os requisitos legais e regulamentares.** [...] (TCE-MS - ATA DE REGISTRO DE PREÇO: 87582014 MS 1499453, Relator: MARCIO CAMPOS MONTEIRO, Data de Publicação: Diário Oficial do TCE-MS n. 1787, de 04/06/2018).

EMENTA: I. ATA DE REGISTRO DE PREÇO. NATUREZA JURÍDICA OBRIGACIONAL. INEXECUÇÃO: APLICAÇÃO DE MULTA. SANÇÃO DE IMPEDIMENTO DE LICITAR E CONTRATAR: NECESSIDADE DE NOVA NOTIFICAÇÃO.

II. PEDIDO DE REEQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO. EXPEDIÇÃO DE NOTA DE EMPENHO. PRECLUSÃO. NÃO CONHECIMENTO.

2. Não pode, a Administração Pública, conhecer de pedido de reequilíbrio econômico-financeiro da Ata de Registro cuja postulação seja posterior à expedição de Nota de Empenho pela qual se requer o bem registrado em Ata (art. 20, §1º, c/c art. 22, §2º, incs. I, II, do Decreto Estadual 28.087/2006). Preclusão cujo reconhecimento se impõe. (TCE/CE; Processo 06288/2015-9, contidos no Parecer 139/206).

3 DA COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS PARA REVISÃO CONTRATUAL

Definida a base teórica para a revisão de um contrato administrativo – simples de ser compreendida –, passa-se à questão mais tormentosa, qual seja, como comprovar, nos autos, a hipótese de revisão. A prova deve, por certo, contemplar dois campos distintos.

Em primeiro, deve-se provar, nos autos, a circunstância externa que desequilibrou o contrato, fundada no art. 65, II, “d” ou em seu §5º ou §6º, da lei geral de licitações, bem como a relação direta de causalidade entre essa circunstância e o objeto contratual. Tome-se, por exemplo, a pandemia do novo coronavírus, que vem sendo arguida indiscriminadamente na administração municipal. A situação de crise certamente afetou toda a sociedade, porém, do ponto de vista econômico, alguns setores tiveram alta de preços, alguns sofreram poucas oscilações, outros setores tiveram queda de preços e outros permaneceram inalterados. **Não basta, portanto, que o interessado simplesmente alegue a situação de pandemia, mas sim demonstre como essa afetou o objeto do contrato.** A mesma pandemia que inflacionou os preços de produtos hospitalares na saúde, deu azo à redução dos valores de aluguéis de imóveis, para o Poder Público e para particulares. Já produtos como eletrodomésticos praticamente não sofreram alterações de preço com a crise da covid-19.

Provada a ocorrência de circunstância externa e o nexo direto com o objeto do contrato, **é preciso, em segundo, comprovar que os custos do fornecedor foram de tal modo majorados a ponto de comprometer a execução contratual.** Para tanto, pode-se valer de notas fiscais de aquisição de insumos (antes e depois), declaração emitida pelo fabricante/fornecedor ou tabela de composição de custos que demonstre a impossibilidade de execução, lastreada no fator externo que provocou o desequilíbrio. Em todo o caso, deverá o setor técnico da administração pública atestar que o fato externo arguido pelo contratado afetou todo o mercado, bem como afirmar que os novos preços propostos estão compatíveis com a média de outros fornecedores. Nesse sentido, segue acórdão do Tribunal de Contas da União, cuja leitura atenta é recomendada:

Enunciado:

Notas fiscais de fornecedores da contratada são insuficientes, por si só, para caracterizar qualquer uma das hipóteses legais para o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato (fatos imprevisíveis ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução ou, ainda, caso de força maior, caso fortuito ou fato de príncipe), que deve estar demonstrada por meio da quantificação dos efeitos que extrapolaram as condições normais de execução e prejudicaram o equilíbrio global do contrato

Voto do Relator:

[...] 52. A Conspavi, **responsável pela execução das obras, interessada no realinhamento, não apresentou justificativa para repactuação, mas apenas notas fiscais.** Estes fatos permitem concluir que o procedimento de repactuação foi instruído apenas com notas fiscais da empresa acompanhadas de planilha que reproduzia os itens e preços constantes dessas notas. **Os responsáveis não apresentaram pesquisas ou análises com vistas a comparar tais preços com os preços de mercado.** [...]

55. Por outro lado, sabe-se que, em qualquer atividade comercial, as recompensas estão indissociavelmente ligadas aos riscos e às incertezas. Por isso, o particular, ao firmar contrato com a Administração deve previamente analisar e prever na proposta apresentada, a oscilação de preços típica do mercado dos insumos da construção civil. Tal cuidado configura o mecanismo necessário para preservar ou alcançar a relação desejada no início, de modo a assegurar a execução satisfatória do contrato, evitando intercorrências prejudiciais para as partes contratantes, tal como ocorreu no presente caso.

56. A oscilação normal dos preços presentes em economias estabilizadas não constitui fato capaz de justificar repactuação contratual com amparo na teoria da imprevisão, como quiseram os defendentes. **Tal teoria socorre os contratantes nas hipóteses de ocorrência de fato do príncipe, fato da administração ou ainda em decorrência de caso fortuito ou força maior, o que**

não se confunde com mera oscilação de preços, típica da acomodação do mercado. (TCU; Acórdão 7249/2016-Segunda Câmara; Data da sessão: 14/06/2016; Relator ANA ARRAES. Grifo nosso).

Em outros julgados, o TCU reafirma o papel do setor técnico da administração pública, responsável por: a) “análise fundamentada e criteriosa sobre o [fato] ocorrido, a fim de ficar caracterizado como extraordinário e extracontratual quanto à sua ocorrência e/ou quanto aos seus efeitos”; b) análise detalhada da documentação que o comprove; c) atestar que “a alteração dos custos dos insumos do contrato tenha sido de tal ordem que inviabilize sua execução”. Vejamos nos seguintes julgados:

Em casos de recomposição de preços motivada por ocorrência de fato comprovadamente imprevisível, deve constar do processo análise fundamentada e criteriosa sobre o ocorrido, a fim de ficar caracterizado como extraordinário e extracontratual quanto à sua ocorrência e/ou quanto aos seus efeitos. (TCU; Acórdão 7/2007-Primeira Câmara; Data da sessão: 23/01/2007; Relator: AUGUSTO NARDES).

O reequilíbrio econômico-financeiro de contrato deve estar lastreado em documentação que comprove, de forma inequívoca, que a alteração dos custos dos insumos do contrato tenha sido de tal ordem que inviabilize sua execução. Além disso, deve a alteração ter sido causada pela ocorrência de uma das hipóteses previstas expressamente no art. 65, inciso II, alínea “d”, da nº Lei 8.666/1993. (TCU; Acórdão 12460/2016-Segunda Câmara; Data da sessão: 16/11/2016; Relator VITAL DO RÊGO).

4 DOS CRITÉRIOS PARA CÁLCULO DO VALOR DA REVISÃO

Conforme mencionado no acórdão nº 7249/2016/TCU, acima transcrito, o direito à revisão contratual nasce a partir da “quantificação dos efeitos que extrapolaram as condições normais de execução e prejudicaram o equilíbrio global do contrato”. Assim, da perspectiva do preço, existe uma variação normal e aceitável, que não enseja revisão, e existe o que transpassa essa zona, constituindo variação extraordinária, que alterará o contrato. Acontece que, nessa última hipótese, as empresas interessadas costumam pedir, a título de reequilíbrio, o incremento no preço na mesma proporção do impacto econômico sofrido, isto é, transferindo os ônus ordinários e extraordinários.

Como exemplo, se determinado item foi adquirido a R\$ 10,00 por unidade, é plausível que seu preço, no mercado, oscile para R\$ 11,00 ou R\$ 12,00, sem que o particular possa reclamar revisão do contrato. Caso esse valor, por fato externo e imprevisível, dispare para R\$ 20,00, o particular procura a administração pública para requerer a revisão para os mesmos R\$ 20,00, com isso transferindo todo o ônus do infortúnio ao ente público. Impossível não vislumbrar que

haveria, aí, outro desequilíbrio, pois ocorreu o fato imprevisível, o particular preservaria sua margem de lucro na íntegra, ao passo que o ente público suportaria, sozinho, os efeitos adversos do ocorrido. Ainda nesse exemplo, se atestado que, partindo do preço-base R\$ 10,00, uma variação de até 20% seria normal de mercado, portanto até R\$ 12,00, quando o evento imprevisível acontece e o preço dobra para R\$ 20,00, os 20% de variação normal deverão ser suportados pelo particular, ao passo que os 80% de aumento extraordinário poderão ser transferidos ao ente contratante. O preço revisado, enfim, será de R\$ 18,00.

O desiderato desse raciocínio, aplicado no momento do cálculo do valor da revisão, é distribuir, de forma justa, a carga do impacto econômico sofrido pelo evento imprevisível e adverso, de modo que nem o ente público seja o único “penalizado” por sua ocorrência, nem o particular tenha sua atividade econômica inviabilizada por um preço inexecutável.

Os precedentes do TCU reforçam a tese de excluir, do campo da revisão, a margem de variação ordinária do contrato, bem como consignam, de forma peremptória, a impossibilidade de aumento da margem de lucro do particular a título de reequilíbrio econômico-financeiro. Confira-se no seguinte julgado, *ipsi litteris*:

As alterações contratuais feitas com o intuito de restaurar o equilíbrio econômico-financeiro do ajuste encontram limite na equação econômico-financeira estabelecida no ato da apresentação da proposta pela empresa contratada, estando tais modificações impedidas de alterar, em favor do particular, o quociente inicialmente obtido a partir da ponderação entre encargos e remuneração acordados. (TCU; Acórdão 2337/2006-Plenário; Data da sessão: 06/12/2006; Relator: UBIRATAN AGUIAR).

5 DA RESSALVA QUANTO A FUTUROS REAJUSTES

Uma vez efetivada revisão em favor do particular, portanto com aumento dos preços para a administração, é preciso que essa circunstância venha a ser observada caso se atinja, no futuro, o momento contratual do reajuste. Isso porque, aplicado o reajuste sobre o valor revisado, é possível que os valores alcancem patamar excessivamente oneroso, em razão da sobreposição desses dois instrumentos de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. É como orienta o TCU, vejamos:

Na hipótese de ser possível um futuro reajuste após concedida recomposição, a Administração deverá estabelecer que esta vigorará até a data de concessão do novo reajuste, quando então deverá ser recalculada, de modo a se expurgar da recomposição a parcela já contemplada no reajuste e, assim, evitar a sobreposição de parcelas concedidas, o que causaria o desequilíbrio em prejuízo da contratante. (TCU; Acórdão 1431/2017-Plenário; Data da sessão: 05/07/2017; Relator: VITAL DO RÉGO).

6 DO MOMENTO DA CONCESSÃO DA REVISÃO

Idealmente, a revisão para reequilíbrio econômico-financeiro deve ser requerida, apreciada e, sendo o caso, deferida, no curso da vigência contratual, para então produzir seus regulares efeitos. Ocorre que, em razão da mora na tramitação dos processos administrativos, pode acontecer de a revisão ser requerida no curso do contrato, mas somente ser apreciada e deferida após a sua conclusão. Nesse caso, a Procuradoria Geral do Município do Salvador, por ata da Comissão Permanente de Avaliação e Análise de Processos Administrativos, de 21/03/2019, firmou o seguinte entendimento:

As repactuações e as revisões pedidas ao tempo da vigência do contrato, mas só apreciadas e concedidas depois do seu termo final, terão natureza jurídica de indenização, pois não se pode mais reequilibrar uma relação jurídica já finda. Dessa forma, entendemos que em não estando mais o contrato vigente e havendo sido feito o pedido de repactuação anteriormente ao término do contrato, que a repactuação só poderá ser paga mediante indenização, sem prejuízo de apuração de responsabilidade pela Autoridade Competente.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, fica claro que, embora a revisão dos contratos administrativos para reequilíbrio econômico-financeiro configure direito subjetivo do contratado, quando fatores externos lhes tornarem inexecutáveis, é preciso que a administração pública se resguarde com extrema cautela para evitar abusos.

Em um cenário extremo como o da pandemia do Covid-19, é natural que todas as empresas com contrato em andamento com o poder público busquem revisão a seu favor. E, mais ainda, dentro do processo de revisão, é natural que tais empresas busquem a maior margem possível. Tem-se, nisso, simples expressão do princípio capitalista da maximização do lucro.

Conhecedor dessa realidade, o poder público deverá estar atento às diretrizes legais e jurisprudenciais para o reequilíbrio econômico-financeiro, todas amplamente abordadas alhures, com o objetivo de afastar os casos em que uma mera variação de custos não é suficiente para configurar a revisão, ou os casos em que não é provado o fator extracontratual, o nexo de causalidade entre este e o objeto contratual ou, ainda, a extensão do impacto sobre os custos do contratado.

Já nos casos em que a revisão for devida, caberá à administração ser diligente para aferir o justo valor do acréscimo, tomando por parâmetro a oscilação normal dos preços. Por fim, encontrado o valor da revisão, mesmo que presentes todos os requisitos para o seu deferimento, caberá ao gestor avaliar se não é mais vantajoso abandonar o contrato em curso e licitar, novamente, o objeto, provocando uma competição no mercado.

Em boa síntese, o particular sempre procurará a administração pública buscando a maior vantagem própria possível, cabendo a essa impor o freio da legalidade, exigir as provas pertinentes, avaliar os valores propostos, negociar o menor acréscimo, enfim, tudo para cumprir a missão constitucional de zelo ao erário, sob o prisma dos princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013**. Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 23 jan. 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7892.htm. Acesso em: 6 jun. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21 jun. 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 6 jun. 2020.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 31. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos: teoria e prática**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.
- PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DO SALVADOR. **Boletim Informativo COVID-19**. Salvador, 2020. Atualizado até 04 de outubro de 2020.
- SALVADOR. **Decreto nº 24.900, de 09 de abril de 2014**. Regulamenta, no âmbito da administração municipal, o sistema de registro de preços, previsto no inciso II, do art. 5º, de Lei nº 8.666, de 1993, combinado com o art. 11 de Lei nº 10.520, de 2002, e revoga o decreto 14.150, de 2003. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a1/ba/s/salvador/decreto/2014/2490/24900/decreto-n-24900-2014-regulamenta-no-ambito-da-administracao-municipal-o-sistema-de-registro-de-precos-previsto-no-inciso-ii-do-art-5-da-lei-n-8666-de-1993-combinado-com-o-art-11-da-lei-10-520-de-2002-e-revoga-o-decreto-14-150-de-2003>. Acesso em: 6 jun. 2020.

3

DESAFETAÇÃO E ALIENAÇÃO DE ÁREAS URBANÍSTICAS INSTITUCIONAIS MUNICIPAIS: REFLEXÕES SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL

Aparecida de Sousa Damasceno⁷

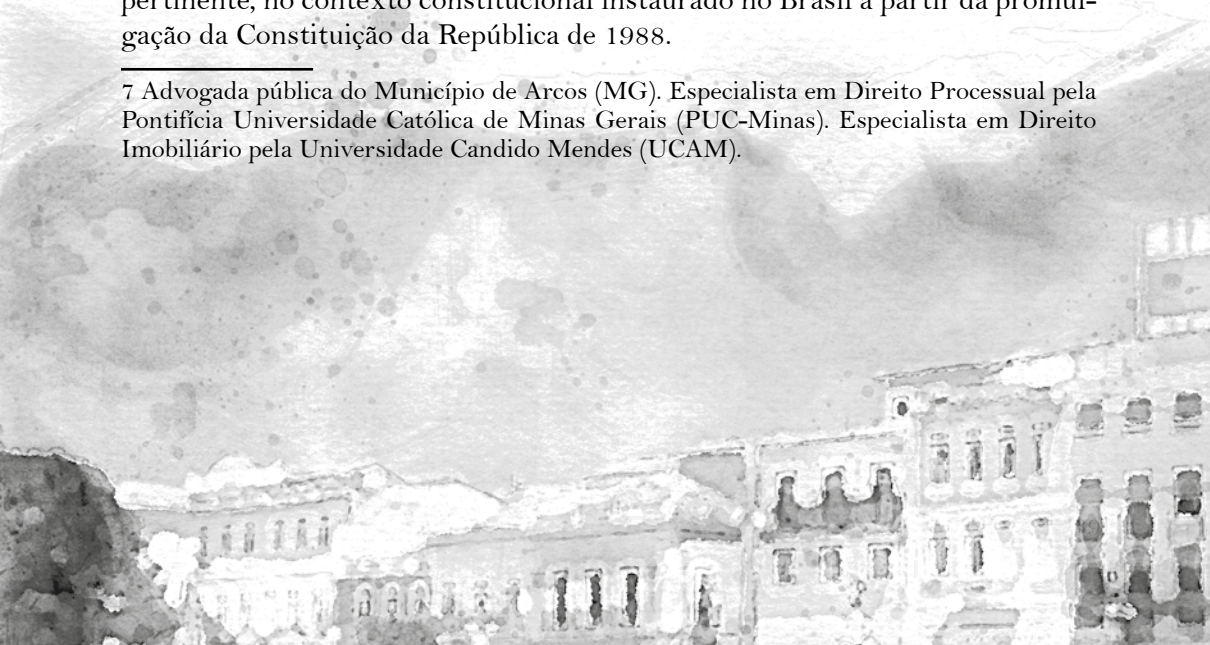
A pesquisa pretende discutir os limites à desafetação e à alienação de áreas urbanísticas institucionais municipais, a fim de verificar se tal prática, ainda que sob o argumento de atender ao princípio da função social da propriedade, configuraria desvio de finalidade, uma vez que as referidas áreas têm por objetivo precípuo a construção de edificações públicas e outros equipamentos comunitários destinados ao atendimento dos interesses da comunidade.

A hipótese formulada foi de que a desafetação e a alienação de imóveis definidos como áreas institucionais devem ser pensadas com cautela, com o intuito de se evitar a violação dos direitos urbanísticos e ambientais da população local.

O estudo se faz relevante em razão da necessidade de melhor avaliar os instrumentos de planejamento urbano e promover a otimização da ocupação das cidades, garantindo a preservação dos direitos urbanísticos e ambientais da população.

As variáveis propostas foram estudadas a partir da revisão de literatura pertinente, no contexto constitucional instaurado no Brasil a partir da promulgação da Constituição da República de 1988.

⁷ Advogada pública do Município de Arcos (MG). Especialista em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas). Especialista em Direito Imobiliário pela Universidade Candido Mendes (UCAM).



Segundo a proposta de Dias e Gustin (2013, p. 22-24), a pesquisa enquadra-se na vertente jurídico-sociológica, que tem por viés a investigação compreensiva. O raciocínio que melhor condiz com tal objetivo é o dialético. As autoras explicam que o raciocínio dialético se fundamenta “a partir do pressuposto de que a contradição está na realidade, formulando o seu pensamento por meio da lógica do conflito”. Esse raciocínio trabalha, portanto, com as noções de tese e antítese, abstrações que são absorvidas pela síntese.

A partir de tais premissas metodológicas, utilizou-se como estratégia a adoção dos seguintes procedimentos: a) análise bibliográfica e normativa, necessária para a delimitação e interpretação do estado da arte da matéria abordada; e b) pesquisa jurisprudencial.

I A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

O inciso III do artigo 170 da Constituição da República de 1988 prevê a função social da propriedade como um dos princípios gerais da atividade econômica. Já o seu artigo 182 estabelece, ainda, o seguinte:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§1º. O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§2º. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. (BRASIL, 1988).

O desenvolvimento urbano deve ser pautado pela garantia do bem-estar de seus habitantes, de maneira que o plano diretor assuma, por conseguinte, extrema relevância na orientação das políticas de expansão urbana.

Pires (2005, p. 51) afirma que foi um fato inédito na história constitucional brasileira a inserção no título da Ordem Econômica e Financeira da Constituição da República de 1988 de um capítulo dedicado à política urbana, cujas diretrizes gerais foram posteriormente melhor traçadas pelo Estatuto da Cidade – Lei Federal nº 10.257/2001.

Assim, a Constituição da República de 1988 avançou no tratamento conferido ao direito de propriedade e à sua função social, sendo consagrada como uma atividade típica do poder público municipal a promoção do desenvolvimento urbano.

José Afonso da Silva (2011, p. 120, grifo nosso) comenta que os juristas brasileiros concebem o regime jurídico da propriedade privada como subordinado ao direito civil, esquecendo-se de que as regras de direito público, especialmente as de direito constitucional, também disciplinam a propriedade:

Essa é uma perspectiva dominada pela atmosfera civilista, que não leva em conta as profundas transformações impostas às relações de propriedade privada, sujeita, hoje, à estreita disciplina de direito público, que tem sua sede fundamental nas normas constitucionais. Em verdade, a Constituição assegura o direito de propriedade, mas não só isso, pois, como assinalamos, estabelece também seu regime fundamental, de tal sorte que o direito civil não disciplina a propriedade, mas tão somente as **relações civis** a ela referentes.

Observa-se, portanto, que o direito de propriedade guarda intrínseca relação com o direito público, sobretudo porque o seu conceito é intimamente vinculado à ideia de função social. Vale salientar que o Código Civil de 2002 prevê, no §1º do seu artigo 1228 (BRASIL, 2002), que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas, como forma de garantir a qualidade de vida e o bem-estar da coletividade.

2 DESAFETAÇÃO E ALIENAÇÃO DE IMÓVEIS PÚBLICOS MUNICIPAIS

A administração do patrimônio público compreende tanto a sua utilização quanto a sua conservação, e, excepcionalmente, pode surgir a necessidade ou o interesse na alienação de bens. Meirelles (1998, p. 427) explica que os bens públicos são inalienáveis enquanto destinados ao uso comum do povo ou a fins administrativos especiais – isto é, enquanto tiverem afetação pública. Assim, estes poderão ser alienados se desafetados de sua destinação originária e convertidos à categoria de bens dominicais, pertencentes ao patrimônio disponível da Administração.

A alienação de imóveis deverá, à luz do princípio da legalidade, observar todas as normas regentes desta modalidade de ato. O artigo 17 da Lei Federal nº. 8.666/93 estabelece o seguinte:

Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

I - quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação

na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos: [...] (BRASIL, 1993).

A Lei Federal nº 6.766/79 (art. 4º, §2º) (BRASIL, 1979) define como equipamentos públicos comunitários os de educação, cultura, saúde, lazer e similares; e os também conhecidos como áreas urbanísticas institucionais.

Nesse cenário, é pertinente a análise dos limites à desafetação e à alienação de áreas urbanísticas institucionais no contexto municipal, com o intuito de verificar se tal prática, embora sob o argumento de atender à função social da propriedade, trata-se de política urbana adequada ou se pode vir a configurar desvio de finalidade.

Para tanto, é fundamental analisar a temática a partir dos contornos do direito à cidade, de viés constitucional.

2.1 DOS DIREITOS URBANÍSTICOS E AMBIENTAIS DA POPULAÇÃO: O DIREITO À CIDADE SUSTENTÁVEL

A função social da propriedade urbana deve ser exercida em conformidade com o plano diretor municipal e os seus instrumentos, uma vez que é esse o pressuposto básico da política de desenvolvimento e expansão urbana. Conforme bem destacado por Jatobá (2008):

Idealmente o Plano Diretor e os instrumentos urbanísticos por ele definidos visam estabelecer um uso racional do solo urbano, disciplinando-o segundo o interesse coletivo e a garantia do bem-estar dos urbanistas. Regulando as funções urbanas, estabelecendo um zoneamento adequado, evitando a expansão desordenada do tecido urbano e proporcionando a ocupação das áreas subutilizadas e não-utilizadas, o Plano Diretor deve dar condições para um crescimento harmonioso da cidade atendendo à adequada localização das zonas urbanas, à demanda habitacional, à otimização na implantação das infra-estruturas urbanas, à melhoria dos transportes e da mobilidade urbana e aos requisitos de um meio ambiente saudável.

Fiorillo (2002, p. 23) afirma que a cidade cumpre sua função social quando proporciona aos seus habitantes o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, garantindo a todos um piso vital mínimo, compreendido pelos direitos sociais à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância e à assistência aos desamparados.

Já Oliveira (2001, p. 2) ressalta que fazem parte do cotidiano de muitas cidades alguns sérios problemas urbanos, tais como a existência de periferias longínquas e desprovidas de serviços e equipamentos públicos essenciais: favelas, invasões, vilas e alagados que nascem e se expandem; a retenção especulativa de terrenos; o adensamento e a verticalização sem precedentes; a poluição de águas, do solo e do ar; dentre outros variados aspectos.

Com o plano diretor, almeja-se o ordenamento e o controle do uso do solo; a justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização; a recuperação dos investimentos do poder público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos e a regularização e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda, mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, conforme bem enumerado por Jatobá (2008).

Nesse contexto, a Lei Federal nº 6.766/79 (art. 4º, inciso I) (BRASIL, 1979), ao dispor sobre o parcelamento do solo urbano, prevê a necessidade da existência de áreas nos loteamentos destinadas a sistemas de circulação, à implantação de equipamento urbano e comunitário, bem como a espaços livres de uso público, proporcionais à densidade de ocupação prevista pelo plano diretor ou aprovada por lei municipal para a zona em que se situam.

Tal previsão busca, precipuamente, evitar o crescimento desordenado das cidades e a inadequada utilização dos espaços urbanos, assim como prevenir a deterioração das áreas urbanizadas, a poluição e a degradação ambiental.

A justa distribuição dos benefícios e dos ônus decorrentes do processo de urbanização, antiga reivindicação dos movimentos populares, é um importante princípio presente no Estatuto da Cidade, que reafirma a obrigatoriedade de o poder público agir em prol do interesse coletivo, conforme destaca Oliveira (2001, p. 9):

Com este princípio busca-se a garantia de que todos os cidadãos tenham acesso aos serviços, aos equipamentos urbanos e a toda e qualquer melhoria realizada pelo poder público, superando a situação atual, com concentração de investimentos em determinadas áreas da cidade, enquanto sobre outras recaem apenas os ônus. Em geral, estas áreas, onde já não se realizavam investimentos, coincidem com os setores urbanos ocupados pela população pobre, que permanecem, muitas vezes, “abandonadas” pelo poder público.

O direito à cidade implica a garantia do acesso a cidades sustentáveis, ao saneamento ambiental, à infraestrutura, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer. Ressalta-se que o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais já entendeu como ilegal a desafetação e a alienação de área urbanística institucional que deveria ter sido destinada a edificações públicas e outros equipamentos urbanos, uma vez que esta atingiu interesse indisponível de um meio ambiente ecologicamente equilibrado:

EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO. CONHECIDO DE OFÍCIO. RECURSO DE APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DESAFETAÇÃO E ALIENAÇÃO. ÁREA INSTITUCIONAL. DESVIO DE FINALIDADE. PONDERAÇÃO DE INTERESSES. VIOLAÇÃO A DIREITO URBANÍSTICO E AMBIENTAL ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO. FATO CONSUMADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS COLETIVOS. Há de se reconhecer ilegal o ato de desafetação e alienação de área urbanística institucional por desvio de finalidade e/ou ponderação de valores, uma vez

que deveria ter sido destinada a edificações públicas e outros equipamentos urbanos, de forma a atender os interesses da comunidade. Todavia, a situação de fato, apesar de irregular, restou consumada, tornando-se inviável a invalidação do ato, o que não esvazia o direito à indenização pelos danos morais coletivos, porquanto atingiu interesse indisponível de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Em reexame necessário, conhecido de ofício, reformar a sentença para julgar parcialmente procedente o pedido e julgar prejudicado o recurso de apelação. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, 2018).

No referido julgado, embora a nova destinação da área institucional tivesse caráter social, entendeu-se que o poder público municipal desviou a sua finalidade precípua, já que deveria ter sido destinada a edificações públicas, de forma a atender os interesses da comunidade com uma escola ou unidade de saúde, por exemplo, violando direitos urbanísticos e ambientais da população local.

2.2 ALTERNATIVAS PARA A RACIONALIZAÇÃO E A OTIMIZAÇÃO DA OCUPAÇÃO DAS CIDADES

A desafetação de áreas institucionais possui caráter excepcionalíssimo e, portanto, deve ser precedida de adequado planejamento, cabendo aos municípios, através de suas políticas urbanas, buscar melhores alternativas para dar a mais apropriada destinação a esses imóveis.

Nesse viés, é importante ressaltar a existência de opções menos onerosas ao interesse público, tais como a concessão de direito real de uso. Carvalho Filho (2002, p. 897) discorre sobre as vantagens do emprego de tal instrumento:

A concessão de direito real de uso salvaguarda o patrimônio da Administração e evita a alienação de bens públicos, autorizadas às vezes sem qualquer vantagem para ela. Além do mais, o concessionário não fica livre para dar ao uso a destinação que lhe convier, mas, ao contrário, será obrigado a destiná-lo ao fim estabelecido em lei, o que mantém resguardado o interesse público que originou a concessão de direito real de uso.

A tendência do Poder Judiciário na hipótese de alienação de imóveis públicos tem sido analisar cada situação especificamente, a fim de verificar a presença de eventual desvio de finalidade capaz de ocasionar prejuízos ao interesse público. Assim, no que se refere à alienação de áreas verdes, o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais já entendeu ser possível a desafetação e a alienação de referidas áreas, desde que mediante compensação de imóveis e sem prejuízos ao interesse público:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DESAFETAÇÃO DE ÁREA VERDE PELO MUNICÍPIO DE UBERLÂNDIA - PRO-

CEDIMENTO REGULAR - COMPENSAÇÃO COM ÁREA INSTITUCIONAL - PRESERVAÇÃO DO PERCENTUAL DE ESPAÇOS VERDES URBANOS - DESCARACTERIZAÇÃO DA INALIENABILIDADE DO IMÓVEL - POSTERIOR DOAÇÃO PRECEDIDA DE LICITAÇÃO - ASSOCIAÇÃO DE MORADORES DO RESPECTIVO BAIRRO - CONSTRUÇÃO DE CENTRO COMUNITÁRIO - ESCOLHA FUNDADA NO EXERCÍCIO REGULAR DA AUTONOMIA E DISCRICIONARIDADE MUNICIPAIS - AUSÊNCIA DE ARBITRARIEDADE - ATENDIMENTO DO INTERESSE PÚBLICO - INEXISTÊNCIA DE INJUSTA AGRESSÃO AO PATRIMÔNIO VALORATIVO DA SOCIEDADE LOCAL - DANO MORAL COLETIVO – IMPROCEDÊNCIA. 1. A inalienabilidade dos bens públicos é relativa, restando autorizada a sua disposição, desde que preenchidas as condições previstas em lei. Descaracterizada, regularmente, a natureza de bem de uso comum do povo, por meio de desafetação, fez-se lícita a sua posterior doação, precedida de licitação, à associação de moradores do bairro, para a construção de centro comunitário - constituído de departamento administrativo, financeiro e social, creche para crianças, áreas de lazer, educação e cultura, horta comunitária, salas para atendimento médico, dentário e psicológico e oferecimento de cursos profissionalizantes. 2. Em que pese o Município de Uberlândia tenha desafetado área verde para transformá-la em institucional, o respectivo ato já previu que passasse a ser considerada, como verde, determinada área institucional, para fins de compensação e preservação do percentual de espaços verdes urbanos. 3. Não ocorrência de violação ao disposto no art. 17 da Lei n. 6.766/1979, dado o exercício da autonomia e discricionariedade municipais dentro dos limites legais. 4. Inexistência de agressão injusta ao patrimônio valorativo da comunidade local. Ausência de dano moral coletivo. 5. Pedidos julgados improcedentes. Recurso não provido. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, 2017).

É válido ressaltar que, em geral, a alienação de áreas urbanísticas institucionais municipais deve ser feita apenas quando inviáveis outras alternativas para a adequada utilização do imóvel pelo próprio poder público, ou outras modalidades contratuais que melhor preservem o patrimônio público e a finalidade social da utilização do imóvel.

3 CONCLUSÃO

A função social da propriedade é um dos princípios gerais da atividade econômica e orienta a ordenação das cidades para que o desenvolvimento urbano seja necessariamente pautado pela busca do bem-estar de seus habitantes.

Sob esse enfoque, a alienação de imóveis públicos definidos como áreas urbanísticas institucionais deve ser cuidadosamente refletida, a fim de resguardar o direito à cidade sustentável e prevenir problemas como o crescimento urbano desordenado, o surgimento de periferias desprovidas de serviços essenciais, o aumento da poluição e outros problemas ambientais.

O plano diretor tem por objetivo o ordenamento e o controle do uso do solo, assim como a justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização, sendo certo, ainda, que a Lei Federal nº 6.766/79 prevê a necessidade de existência de áreas nos loteamentos destinadas a sistemas de circulação, à implantação de equipamento urbano e comunitário, bem como a espaços livres de uso público, proporcionais à densidade de ocupação prevista pelo plano diretor ou aprovada por lei municipal para a zona em que se situam.

Tal norma objetiva, sobretudo, evitar o crescimento desordenado das cidades, prevenindo a deterioração das áreas urbanizadas, o aumento da poluição e da degradação ambiental. O direito à cidade implica a garantia do direito a cidades sustentáveis, com acesso à infraestrutura, aos serviços públicos essenciais e a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Assim, a desafetação de áreas institucionais, que possui caráter excepcional, deve ser precedida de adequado planejamento, cabendo aos municípios, através de suas políticas urbanas, buscar preferencialmente outras alternativas para dar a apropriada destinação a estes imóveis, valendo-se de opções menos onerosas ao interesse público, tais como a concessão de direito real de uso.

É importante que os municípios busquem equilibrar o princípio da função social da propriedade com o direito à cidade, a fim de desestimular a existência de áreas ociosas e promover a racionalização e a otimização da ocupação das cidades sem, contudo, violar os direitos urbanísticos e ambientais da população local.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 ago. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979**. Dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 dez. 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6766.htm. Acesso em: 10 ago. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 10 ago. 2020.
- BRASIL. **Lei nº. 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jul. 2001. Dis-

ponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10257.htm. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 10 ago. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

DECARLI, Nairane; FERRAREZE FILHO, Paulo. Plano Diretor no Estatuto da Cidade: uma forma de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos. **Estatuto da Cidade**. Senatus, Brasília, v. 6, n. 1, maio de 2008, p. 35-43. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/131832/Plano_diretor_estatuto_cidade.pdf?sequence=3&isAllowed=y. Acesso em: 10 ago. 2020.

DIAS, Maria Tereza Fonseca; GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 4ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Estatuto da Cidade comentado**: Lei n. 10.257/2001 (Lei do Meio Ambiente Artificial) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

JATOBÁ, Sérgio Ulisses. **O plano diretor e a função social da propriedade urbana**. Revista IPEA Regional e urbano, v. 01, dez. 2008, p. 39-43. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5509/1/BRU_n1_plano_diretor.pdf. Acesso em: 07 dez. 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

OLIVEIRA, Isabel Cristina Eiras de. **Estatuto da cidade: para compreender**. Rio de Janeiro: IBAM/DUMA, 2001.

PIRES, Lilian Regina Gabriel Moreira. **Função social da propriedade urbana e o plano diretor**. Orientadora: Lúcia Valle Figueiredo. Dissertação (Mestrado em Direito) — Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Departamento de Direito, Programa de Pós-graduação em Direito do Estado, São Paulo, 2005, p. 51.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Apelação Cível 1.0702.11.053042-6/003 – Rel. Des(a). Áurea Brasil, julgamento em 27 de abril de 2017. 5ª Câmara Cível, **DJE** de 09 de maio de 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Apelação Cível 1.0702.11.048380-8/002 – Rel. Des(a). Albergaria Costa, julgamento em 05 de abril de 2018. 3ª Câmara Cível, **DJE** de 24 de abril de 2018.

4

A REFORMA TRIBUTÁRIA E A REDUÇÃO DA AUTONOMIA MUNICIPAL

*Eduardo Amin Menezes Hassan*⁸

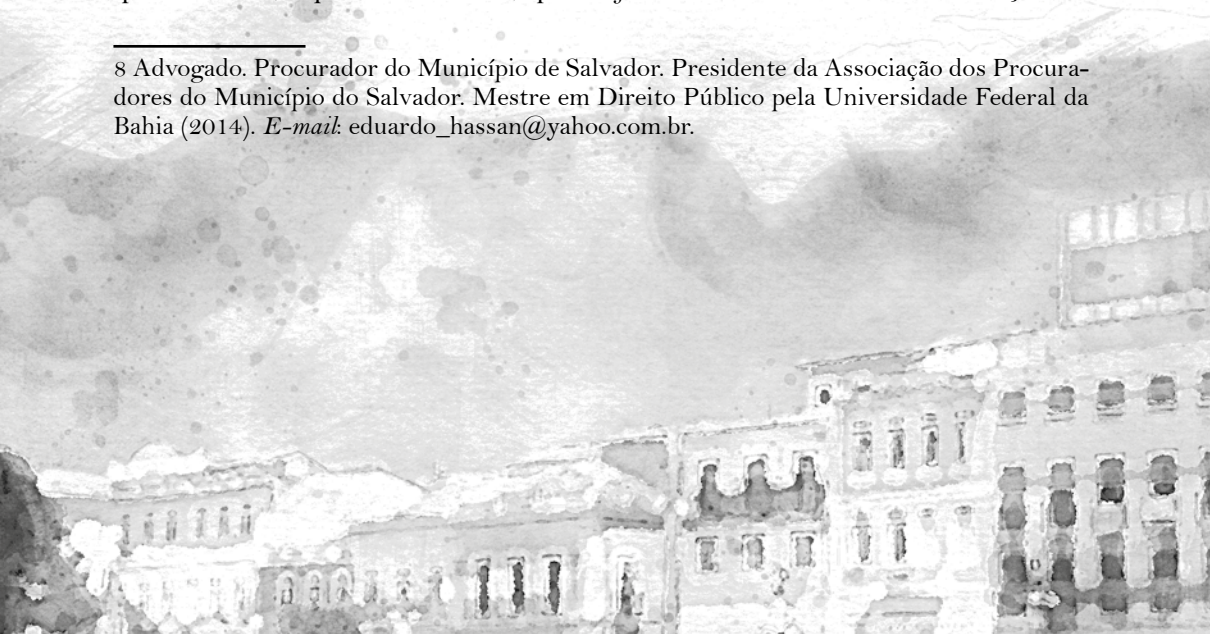
Este trabalho é composto de quatro capítulos, sendo o primeiro a introdução, dois de desenvolvimento e o último formado pelas considerações finais.

Assim, no primeiro capítulo do desenvolvimento, escreve-se sobre a competência municipal de tributar. Neste capítulo do trabalho, conceituam-se todos os impostos municipais, descrevendo as suas principais características, fundamentos constitucionais e legais, bem como a importância de cada um destes tributos. Explica-se, então, o IPTU, o ITIV (ou ITBI) e o ISS, demonstrando-se que a exclusão de qualquer um destes impostos geraria grave dano ao município, reduzindo a sua autonomia.

O Poder Judiciário tem sido a última palavra em matéria de discussão tributária no país, e a inconstitucionalidade da redução tributária municipal, qual seja a exclusão do ISS, em projeto de reforma tributária não parece ser a melhor opção. Afirma-se desde já que a redução da autonomia do município fere o pacto federativo brasileiro, que é cláusula pétrea e, portanto, não pode ser alterado nem por Emenda Constitucional.

Após essas digressões, analisar-se-á o projeto de reforma tributária, tratando do aspecto inconstitucional, por ferir a autonomia municipal e, conseqüentemente, o pacto federativo, qual seja a exclusão do ISS com a criação do

⁸ Advogado. Procurador do Município de Salvador. Presidente da Associação dos Procuradores do Município do Salvador. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (2014). *E-mail*: eduardo_hassan@yahoo.com.br.



ultrapassado IVA/IBS. Neste capítulo demonstra-se que a criação do IVA ou IBS não é a solução dos problemas, que alterar matéria de competência tributária é um retrocesso em se tratando de autonomia dos entes estatais.

Busca-se, neste trabalho, demonstrar que qualquer reforma tributária que se resolva fazer não deve alterar as competências tributárias preestabelecidas no âmbito da Constituição Federal. Além disso, a partir dessa ideia de federalismo, demonstra-se a inconstitucionalidade da criação do IVA ou IBS com a exclusão do ISS. Será discutida também a possibilidade de uma reforma tributária viável.

Por fim, no último capítulo deste trabalho, conclui-se pela inconstitucionalidade da reforma tributária, que tenta solucionar e simplificar o sistema tributário nacional por meio de uma ideia que gera uma série de atritos políticos e institucionais, reduzindo-se a autonomia municipal ao se criar um imposto único para o consumo, o IVA ou IBS, retirando-se do âmbito municipal a possibilidade de instituir o ISS.

1 A COMPETÊNCIA DOS MUNICÍPIOS EM MATÉRIA DE IMPOSTOS

A Constituição Federal de 1988 elevou os municípios a ente estatal autônomo, conforme se infere do art. 18: “A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”. Por consequência, há competência dos municípios para criar tributos. “Saliente-se que está implícito no exercício da competência tributária a existência de um mínimo de recursos financeiros, obtidos diretamente através de sua própria competência tributária” (MORAES, 2010, p. 282).

Segundo Regina Helena Cost (2012, p. 66), “Competência tributária é a aptidão para criar tributos, mediante a edição do necessário veículo legislativo (art. 150, I, CR), indicador de todos os aspectos de sua hipótese de incidência”.

A competência tributária decorre da competência legislativa e, para Paulo de Barros Carvalho (2016, p. 221), “[...] competência legislativa é a aptidão de que são dotadas as pessoas políticas para expedir regras jurídicas, *inovando* o ordenamento positivo”. Destarte, apenas entes estatais possuem competência tributária originária.

Segundo Hugo de Brito Machado (2012, p. 311), “[...] entende-se por atribuição constitucional de competência tributária a outorga pela Constituição Federal, a cada uma das pessoas jurídica de direito público que integram a Federação, de parcelas do poder de tributar”. Em outras palavras, a competência para tributar é o poder-dever dos entes estatais outorgado pela Constituição Federal para instituir tributos.

A ideia aqui proposta é trazer a lume a competência tributária do município para instituir impostos. Três são os impostos de competência municipal: IPTU (imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana), ITBI ou ITIV (im-

posto sobre a transmissão *inter vivos* de bens imóveis) e o ISS (imposto sobre serviços de qualquer natureza), conforme se infere do art. 156, I, II e III da CF/88.

Os municípios que não conseguem administrar seus próprios tributos demonstram grande ineficiência e dependem de repasses dos estados e da União para sobreviver e prestar o mínimo de serviços aos cidadãos. A instituição dos citados impostos é importante para que haja maior eficiência na Administração Pública municipal, preservando-se a autonomia desse ente e do sistema federativo equilibrado. Daí a importância de um capítulo específico para tratar desses impostos e suas peculiaridades.

1.1 IPTU

O IPTU é o imposto municipal mais popular e sua previsão está no art. 156, I da CF/88. Segundo Ribeiro (2013, p. 292), “[...] sua origem histórica recai sobre as décimas cobradas em Portugal sobre a propriedade de imóveis”. Contudo, nem sempre esse tributo foi de competência do município; de acordo com a Constituição Federal de 1891, sua competência era dos estados, o que foi alterado com a Constituição de 1934, que conferiu aos municípios essa competência, mantida pelas constituições seguintes até a presente data (RIBEIRO, 2013, p. 292).

A CF/88 traz a moldura do IPTU no seu art. 156, I:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

I - propriedade predial e territorial urbana; [...]

§ 1º Sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182, § 4º, inciso II, o imposto previsto no inciso I poderá:

I - ser progressivo em razão do valor do imóvel; e

II - ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel.

E o Código Tributário Nacional (CTN), recepcionado como lei complementar, traz os critérios básicos desse imposto nos seguintes termos:

Art. 32. O imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município.

§ 1º Para os efeitos deste imposto, entende-se como zona urbana a definida em lei municipal; observado o requisito mínimo da existência de melhoramentos

indicados em pelo menos 2 (dois) dos incisos seguintes, construídos ou mantidos pelo Poder Público:

I - meio-fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais;

II - abastecimento de água;

III - sistema de esgotos sanitários;

IV - rede de iluminação pública, com ou sem posteamento para distribuição domiciliar;

V - escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de 3 (três) quilômetros do imóvel considerado.

§ 2º A lei municipal pode considerar urbanas as áreas urbanizáveis, ou de expansão urbana, constantes de loteamentos aprovados pelos órgãos competentes, destinados à habitação, à indústria ou ao comércio, mesmo que localizados fora das zonas definidas nos termos do parágrafo anterior.

Art. 33. A base do cálculo do imposto é o valor venal do imóvel.

Parágrafo único. Na determinação da base de cálculo, não se considera o valor dos bens móveis mantidos, em caráter permanente ou temporário, no imóvel, para efeito de sua utilização, exploração, aformoseamento ou comodidade.

Art. 34. Contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título.

Esse imposto possui características marcantes. Segundo Ribeiro (2013, p. 292), “[...] é um imposto real, direto, fiscal, progressivo e complexivo”. Dessas características, destaque-se a de ser um imposto real. De acordo com Leandro Paulsen (2008, p. 398):

A instituição do IPTU deve ater-se à tributação da propriedade. Não se pode equiparar à propriedade qualquer outro direito real. O direito de propriedade envolve a faculdade de usar, gozar e de dispor. É esta revelação de riqueza, relativamente à imóvel urbano, que foi apontada pela Constituição como capaz de ensejar a sujeição do seu titular a um imposto de competência municipal.

Destarte, conclui-se, pelo entendimento do citado autor, que o conceito de propriedade não poderia ser ampliado no sentido de que detentores de outros direitos reais também paguem IPTU, sendo inconstitucionais os artigos 32 e 34 do CTN neste ponto específico. A Constituição de 1988, ao afirmar que esse imposto incidirá sobre a propriedade urbana, implicaria a impossibilidade de instituição sobre posse ou domínio útil?

Pelo entendimento de Leandro Paulsen (2008, p. 398-399), os demais direitos reais revelariam menor riqueza que a propriedade e, portanto, não ensejariam a possibilidade de instituição do IPTU sobre esses direitos, já que não foram previstos pela Constituição de 1988 para o pagamento de IPTU, que se restringiu à propriedade.

Já Sacha Calmon (COELHO, 2016, p. 336) entende que:

A hipótese de incidência básica do IPTU, portanto, harmonizados a Constituição e o Código Tributário Nacional, é o direito de propriedade sobre imóveis ou sua posse, como externalização do domínio ou o direito do enfiteuta sobre coisa alheia, por configurar uma “quase propriedade” (propriedade de fato *ex vi lege*).

Com supedâneo no Código Tributário Nacional, o fato gerador do imposto predial e territorial urbano é a propriedade, o domínio útil ou a posse a qualquer título de prédio ou terreno urbano, assim entende o STJ.⁹ Percebe-se que os ministros não tratam os artigos 32 e 34 do CTN como inconstitucionais, e o caso trata da possibilidade de incidência do IPTU ao possuidor do imóvel irregular.

Entretanto, apenas o possuidor com *animus domini* deve ser responsável pelo pagamento do IPTU, não se aplicando esta tese para o locatário, arrendatário ou comodatário, que acordam com o proprietário o pagamento, mas não podem ser responsabilizados diretamente pelo município (PAULSEN, 2018, p. 317). O STJ¹⁰ ratifica essa ideia ao pacificar sobre a ilegitimidade passiva do locatário para ser cobrado pelo município ao pagamento do IPTU.

Além de ser um imposto real, já que incide sobre a propriedade imobiliária, é de grande importância para arrecadação dos municípios e, conseqüentemente,

9 TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. IPTU. CONDOMÍNIOS IRREGULARES. FATO GERADOR. OCORRÊNCIA. 1. O IPTU tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel, por natureza ou acessão física, localizado na zona urbana do Município. 2. O contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor, a qualquer título. 3. No caso concreto, o Tribunal de origem concluiu que a recorrida é possuidora do imóvel sobre o qual recai a exação sob análise, pelo que a incidência do IPTU é medida que se impõe. Precedentes: REsp 1.402.217/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 24/11/2015; EDcl no AgRg no AREsp 600.366/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 3/3/2015. 4. Recurso especial a que se dá provimento. (RESP 201400061860, OG FERNANDES - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:18/10/2017. DTPB).

10 TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. IPTU. LOCATÁRIO. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. ARTS. 34, 121 E 123 DO CTN. PRECEDENTES. [...] 3. “Contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título” (art. 34 do CTN). O “possuidor a qualquer título” refere-se, tão-somente, para situações em que ocorre posse ad usucapionem, não inserida nesta seara a posse indireta exercida pelo locatário. [...] (REsp 818.618/RJ, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06.04.2006, DJ 02.05.2006 p. 273).

para a concretização da autonomia do ente. Além da fiscalidade, o IPTU também possui função extrafiscal, como explica Carneiro (2015, p. 49):

Quanto à finalidade, temos que a função do IPTU é preponderantemente fiscal, ou seja, a obtenção de receita derivada para os Municípios e o Distrito Federal, seja através da sua previsão ordinária ou pela sua progressividade fiscal prevista no inciso I do § 1º do art. 156 da CF. Contudo, considerando a evolução do Direito Tributário como forma de intervenção político-econômica, poderá esta função também se excepcionalmente extrafiscal quando se valer da progressividade no tempo que lhe permite o art. 182, §4º, II, da CF para coibir o descumprimento da função social da propriedade urbana, assim como também será possível invocar a extrafiscalidade na hipótese do art. 156, § 1º, II, da CF, quando se fixarem alíquotas diferenciadas em razão do uso e localização do imóvel.

Ou seja, além da função arrecadadora para pagamento das despesas públicas municipais, o IPTU também tem uma função social, que contempla a progressividade para evitar o mau uso da propriedade, ou melhor, “[...] não é o IPTU que tem por fato jurígeno o mau uso da propriedade, e sim a progressividade (por meio de alíquotas gravosas)” (COELHO, 2016, p. 338). A propriedade tem outro viés na contemporaneidade, não se permite mais o seu uso indiscriminado.

Regina Helena Costa (2012, p. 405) aduz:

Os novos incisos contemplam, expressamente, a possibilidade de utilização das técnicas de progressividade e da diferenciação de alíquotas, como instrumentos de fiscalidade e extrafiscalidade, respectivamente, esta, voltada ao cumprimento do princípio da função social da propriedade.

Cintia Fernandes (2018, p. 85) destaca a importância desse imposto na gestão territorial urbana:

A cobrança do IPTU pelos municípios brasileiros vincula-se ao direito à cidade, à função social e ambiental da propriedade e da cidade, ao direito fundamental ao planejamento urbano e à responsabilidade territorial dos municípios, prescritos expressamente no texto constitucional.

É necessário que o município utilize a sua plenitude tributária para que a sua autonomia seja alcançada, isso evitaria a sobrevivência do ente por meio apenas de repasses de verbas da União e dos estados. Em razão disso, é importante explicar minimamente os impostos municipais, mas o intuito não é aprofundar como um manual. O imposto a ser explicado no tópico seguinte é o ITBI ou ITIV.

1.2 ITBI

O ITBI é um imposto cobrado no Brasil desde o século XIX. Inicialmente era cobrado pelo Império, mas a partir de 1891 começou a ser cobrado pelos estados e passou a ser de competência municipal de 1961 a 1965, quando retornou ao estado. Somente a partir de 1988 é que esse imposto passa a ser definitivamente de competência municipal (RIBEIRO, 2013, p. 306). O constituinte de 1988 foi inteligente ao transferir a competência deste imposto aos municípios, já que estes entes possuem o cadastro imobiliário para a cobrança de IPTU, ele deveria ter sido observado quanto ao ITCMD (imposto sobre transmissão causa mortis e doação) para se ampliar a eficiência da Administração Tributária (MACHADO, 2012, p. 360).

A sua previsão está no art. 156, II, da CF/88:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre: [...]

II - transmissão “inter vivos”, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição; [...]

§ 2º O imposto previsto no inciso II:

I - não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil;

Segundo Regina Helena Costa (2012, p. 411), “[...] a análise da materialidade dessa imposição tributária depende de conceitos fornecidos pelo Direito Civil. *Bem imóvel por natureza* é o solo; *bem imóvel por acessão física* é tudo que ele se incorpora, natural ou artificialmente, como plantações e construções (art. 79, CC)”.

E continua a autora:

Já os direitos reais sobre imóveis são a propriedade, a superfície, as servidões, o uso, a habitação, o direito do promitente comprador do imóvel, a concessão de uso especial para fins de moradia e a concessão de direito real de uso (art. 1.225, CC), estando incluída a cessão de direitos e a sua aquisição. (COSTA, 2012, p. 411.)

Percebe-se que para a cobrança do citado imposto é preciso que haja mudança da titularidade entre vivos, que o ato de transferência seja oneroso e que se refira a bens imóveis. Todas essas informações são de extrema importância

para não se invadir a competência estadual no que se refere à incidência do ITCMD, previsto no art. 155, I da CF/88, que incide na transmissão de bens imóveis em razão da morte ou por doação.

O ITBI (ou ITIV) possui características marcantes. Para Ribeiro (2013, p. 306), “[...] é um imposto real, direto, fiscal, proporcional e instantâneo”. Em razão de ser um imposto real e não possuir autorização constitucional para progressividade, como é o caso do IPTU, o STF entendeu que leis que prevejam alíquotas progressivas para o ITBI são inconstitucionais (PAULSEN, 2008, p. 400).

Há inclusive a súmula 656 do STF que afirma: “É inconstitucional a lei que estabelece alíquotas progressivas para o imposto de transmissão *inter vivos* de bens imóveis – ITBI com base no valor venal do imóvel”.

Outro aspecto polêmico que merece destaque é o momento de pagamento deste imposto. Muitos municípios, como é o caso de Salvador,¹¹ determinaram por meio de lei própria que o pagamento seja efetuado antecipadamente, antes do registro imobiliário. Trata-se de presunção de ocorrência futura do fato gerador, o que parece razoável, já que celebra uma promessa de compra e venda de imóvel e faz com intuito de adquirir a propriedade do bem imóvel, o que não impediria a devolução do ITIV caso o negócio seja desfeito.

Segundo Sacha Calmon (COELHO, 2016, p. 341), “A promessa irretratável e irrevogável de compra e venda, por admitir o direito de sequela e o uso dos interditos, se averbada à margem do registro, equipara-se à transmissão da propriedade (interpretação extensiva)”. Ou seja, por este entendimento, o município poderia desde logo tributar.

11 Lei Municipal 7.186/2006 – Código Tributário e de rendas do Município de Salvador. “Art. 122 O imposto será pago: I - antecipadamente, até a data da lavratura do instrumento hábil que servir de base à transmissão; II - até 30 (trinta) dias contados da data da decisão transitada em julgado se o título de transmissão for decorrente de sentença judicial. § 1º É atribuída ao sujeito passivo a obrigação de pagamento do imposto, por antecipação, quando ocorrer a: I - assinatura do contrato de promessa de compra e venda de unidade imobiliária para entrega futura; II - confissão de dívida pelo contribuinte, com solicitação de parcelamento e ou expedição de guia de arrecadação para pagamento integral, antes da ocorrência do fato gerador. (Redação dada pela Lei nº 7611/2008)”.

Todavia, o entendimento tanto do STJ¹² quanto do STF¹³ é no sentido do fato gerador do ITBI ser o registro imobiliário da transmissão da propriedade

12 “TRIBUTÁRIO. ITBI. FATO GERADOR. OCORRÊNCIA. REGISTRO DE TRANSMISSÃO DO BEM IMÓVEL. 1. O Tribunal a *quo* foi claro ao dispor que o fato gerador do ITBI é o registro imobiliário da transmissão da propriedade do bem imóvel. A partir daí, portanto, é que incide o tributo em comento. 2. O fato gerador do imposto de transmissão (art. 35, I, do CTN) é a transferência da propriedade imobiliária, que somente se opera mediante registro do negócio jurídico no ofício competente. 3. Recurso Especial não provido”. (REsp 1504055/PB, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/03/2015, DJe 06/04/2015). “PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. DEVIDO ENFRENTAMENTO DAS QUESTÕES RECURSAIS. INCONFORMAÇÃO COM A TESE ADOTADA. TRIBUTÁRIO. ITBI. FATO GERADOR. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. NÃO INCIDÊNCIA. SÚMULA 83/STJ. DECRETO 16.419/06. LEI LOCAL. SÚMULA 280/STF. 1. Inexiste violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso. 2. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o fato gerador de ITBI é o registro imobiliário da transmissão da propriedade do imóvel, sendo inexigível no contrato de promessa de compra e venda. Incide, portanto, a Súmula 83/STJ. 3. Para se aferir a procedência das alegações recursais, seria necessário proceder à interpretação de norma local, a saber, o art. 2º do Decreto 16.419/2006. O exame de normas de caráter local é inviável na via do recurso especial, em virtude da vedação prevista na Súmula 280 do STF, segundo a qual, ‘por ofensa a direito local, não cabe recurso extraordinário’. Agravo regimental improvido”. (AgRg no AREsp 813.620/BA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 05/02/2016).

13 “AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO TRIBUTÁRIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DEVIDO PROCESSO LEGAL. ITBI. FATO GERADOR. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. 1. A jurisprudência do STF se consolidou no sentido de que suposta ofensa aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e dos limites da coisa julgada, quando a violação é debatida sob a ótica infraconstitucional, não apresenta repercussão geral. Precedente: RE-RG 748.371, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, DJe 1º.8.2013. 2. A transferência do domínio sobre o bem torna-se eficaz a partir do registro público, momento em que incide o Imposto Sobre Transferência de Bens Imóveis (ITBI), de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Logo, a promessa de compra e venda não representa fato gerador idôneo para propiciar o surgimento de obrigação tributária. 3. Agravo regimental a que se nega provimento”. (ARE 807255 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 06/10/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-218 DIVULG 29-10-2015 PUBLIC 03-11-2015). “AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS. FATO GERADOR. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. IMPOSSIBILIDADE. A obrigação tributária surge a partir da verificação de ocorrência da situação fática prevista na legislação tributária, a qual, no caso dos autos, deriva da transmissão da propriedade imóvel. Nos termos da legislação civil, a transferência do domínio sobre o bem torna-se eficaz a partir do registro. Assim, pretender a cobrança do ITBI sobre a celebração de contrato de promessa de compra e venda implica considerar constituído o crédito antes da ocorrência do fato imponible. Agravo regimental a que se nega provimento”. (ARE 805.859-AgR/RJ, Rel. Min. Luís Roberto Barroso).

do imóvel, sendo, portanto, inexigível a cobrança no momento de realização do contrato de promessa de compra e venda.

José Antônio Garrido (2016, p. 62) escreveu sobre o tema discordando desta posição e asseverando a legitimidade da cobrança antecipada do ITIV:

[...] é possível fundamentar o entendimento de que a exigência do ITIV por ocasião da celebração da promessa de compra e venda é legítima porque: (a) contida em lei; (b) criada sob a permissão do art. 150, §7º, da CF/88; (c) toma como fato gerador presumido a possível ocorrência futura da transmissão imobiliária; (d) adota a celebração da promessa como fato indiciário quanto à ocorrência futura do fato gerador; (e) contém a previsão de restituição, caso o fato gerador não venha a ocorrer (art. 123, inciso I, do CTRMS).

Segundo Leandro Paulsen (2018, p. 327), apesar de o art. 1.245 do Código Civil afirmar que a propriedade se transmite mediante o registro do título no cartório de registro de imóveis, o legislador poderia determinar pagamento antecipado no momento da escritura, em razão da presunção do fato gerador futuro, o que evitaria inadimplemento. Todavia, como já citado acima, o STF e o STJ entendem que o momento da cobrança deve ocorrer quando se fizer o registro imobiliário.

O imposto a ser explicado no tópico seguinte é o ISS, que tem grande importância para este trabalho, por ser ele parte do objeto da reforma tributária aqui criticada pela sua inconstitucionalidade.

1.3 ISS

O imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISS) surge no Brasil com o fim do imposto sobre indústrias e profissões, o que ocorreu com a reforma tributária realizada pela EC nº 18/1965, e, desde essa época, é de competência dos municípios, distinguindo-se do ICMS (CARNEIRO, 2015, p. 135).

A sua previsão está no art. 156, III da CF/88:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre: [...]

III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar. [...]

§ 3º Em relação ao imposto previsto no inciso III do caput deste artigo, cabe à lei complementar:

I - fixar as suas alíquotas máximas e mínimas;

II - excluir da sua incidência exportações de serviços para o exterior;

III - regular a forma e as condições como isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados

Conforme Claudio Carneiro (2015, p. 136-137), o ISS é dotado das seguintes características gerais: fiscal, real, residual, não vinculado, proporcional e cumulativo.

Para se entender esse imposto, mister se faz o conceito de serviço de qualquer natureza. De acordo com Leandro Paulsen (2018, p. 378), “Pode-se dizer que se trata de um fazer em favor de terceiros, específico, como simples meio para outra prestação. Ademais, deve ser prestado a título oneroso, mediante contraprestação”.

Além disso, é necessário se ater ao fato de o dispositivo constitucional supracitado afastar a tributação de serviços de competência tributária do estado, quais sejam: serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, bem como afasta a incidência do ISS nos serviços exportados para outros países.

Ademais, pela leitura do dispositivo acima, percebe-se que a instituição do ISS se limita aos serviços previstos em lei complementar, no caso a LC 116/03. Trata-se de uma lei nacional que se aplica a todos os municípios brasileiros e traz a lista de serviços que podem sofrer incidência do ISS.

A lei complementar para editar normas gerais de Direito Tributário, inclusive para estruturar os fatos geradores dos tributos e de suas espécies, como está no art. 146, III, “a” da CF, não implica licença para alterar as áreas tributáveis entregues constitucionalmente às pessoas políticas, caso contrário, seria inútil a Constituição. (COELHO, 2016, p. 344).

Observe-se que a lei complementar apenas baliza o imposto para que haja uma uniformidade nacional, todavia não pode determinar as alíquotas e sim fixar a máxima e a mínima, e assim o faz, sendo 2% a mínima e 5% a máxima. Isso por si só não retira a autonomia municipal, mas evita a guerra fiscal entre os municípios.

A citada lei complementar tem lista taxativa dos serviços que podem ser tributados pelo ISS. Sobre o tema, Harada (2008) explica:

Ora, não é qualquer serviço que pode ser tributado pelo Município, mas apenas aquele incluído na lista de serviços. E a lista poderá incluir serviços de qualquer natureza, isto é, qualquer tipo de serviço pode vir a ser tributado, desde que incluído na lista. Não há como objetar a expressa limitação estabelecida pelo legislador constituinte original. Contra regra expressa da Constituição não há como contrapor-se, mediante invocação do princípio constitucional da autonomia e independência do ente político local, que permitiria a tributação de serviço de qualquer natureza, de forma ampla e ilimitada. O legislador constituinte original é livre para outorgar a quantidade de impos-

tos a cada ente federado, bem como desenhar os limites e condições para o exercício do poder impositivo, relativamente a cada imposto que lhes é atribuído de forma privativa.

Não deveria existir dúvida sobre a taxatividade da LC 116/03 ao descrever a lista exaustiva dos serviços que podem sofrer a incidência do ISS. Contudo, houve tanta discussão sobre o tema que precisou o STF¹⁴ pacificar o entendimento, sendo hoje seus julgados uníssomos quanto à restrição da lista trazida pela LC 116/03. Há diversas súmulas do STJ que decorrem da dúvida de incidência do ICMS ou do ISS.¹⁵

O ISS é responsável por mais de 50% do montante da arrecadação tributária municipal (BREMAEKER, 2017), percebe a importância deste imposto para a manutenção da autonomia municipal, que sofre ameaça pela reforma tributária que pretende instituir o ultrapassado IVA (Imposto sobre Valor Agregado) ou IBS (Imposto sobre bens e serviços) - que se baseia na mesma ideia.

2 A REFORMA TRIBUTÁRIA

Luiz Carlos Hauly foi relator de uma das propostas de reforma tributária e, baseando-se no sistema europeu, sugeriu a criação do imposto sobre valor agregado (IVA), que substituiria o imposto sobre produtos industrializados (IPI), o imposto sobre operações financeiras (IOF), o PIS, o Pasep, a Cofins, a CIDE-Combustíveis, todos tributos federais; o imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS), estadual, e o imposto sobre serviços (ISS), que é municipal.

14 “EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ISS. LEI COMPLEMENTAR: LISTA DE SERVIÇOS: CARÁTER TAXATIVO. LEI COMPLEMENTAR 56, DE 1987: SERVIÇOS EXECUTADOS POR INSTITUIÇÕES AUTORIZADAS A FUNCIONAR PELO BANCO CENTRAL: EXCLUSÃO. I. - É taxativa, ou limitativa, e não simplesmente exemplificativa, a lista de serviços anexa à lei complementar, embora comportem interpretação ampla os seus tópicos. Cuida-se, no caso, da lista anexa à Lei Complementar 56/87. II. - Precedentes do Supremo Tribunal Federal. III. - Ilegitimidade da exigência do ISS sobre serviços expressamente excluídos da lista anexa à Lei Complementar 56/87. IV. - RE conhecido e provido.” (RE 361829, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 13/12/2005, DJ 24-02-2006 PP-00051 EMENT VOL-02222-03 PP-00593 LEXSTF v. 28, n. 327, 2006, p. 240-257 RIP v. 8, n. 36, 2006, p. 299-310).

15 Súmula 274: “O ISS incide sobre o valor dos serviços de assistência média, incluindo-se neles as refeições, os medicamentos e as diárias hospitalares”. Súmula 167: “O fornecimento de concreto, por empreitada, para construção civil, preparado no trajeto até a obra em betoneiras acopladas a caminhões, é prestação de serviço, sujeitando-se à incidência do ISS”. Súmula 163: “O fornecimento de mercadorias com simultânea prestação de serviços em bares, restaurantes e estabelecimentos similares constitui fato gerador do ICMS a incidir sobre o valor total da operação”.

Trata-se de um projeto antigo, com a ideia de racionalização do sistema, sem aparente redução de carga, mudando bases de incidência e uniformizando a legislação. A ideia é mudar o foco da tributação do consumo para a renda. A União ficaria com a renda, os estados com o consumo e os municípios com o patrimônio.

Como se daria a reforma da época em que Haully liderava: 1) haveria a extinção de quase todos os tributos atuais sobre consumo (IPI, ICMS, ISS, IOF, PIS/PASEP, COFINS), criar-se-ia o IVA – como nos projetos ditos “atuais” – ou IBS sobre consumo (produto/serviço), que seria fiscalizado pelo Superfisco Estadual (conjunto de todas as Unidades Federativas em carreira única), com relativa autonomia. 2) Criação do imposto seletivo federal e/ou estadual monofásico, com perfil “extrafiscal”, sobre energia, combustível, telecomunicações, cigarros, bebidas, veículos, pneus e autopeças, minerais, eletroeletrônicos e eletrodomésticos (ou seja, entrega o IVA ou IBS aos estados, mas fica com a parte do leão – energia, minerais, combustível, telefonia – ou tributa duas vezes). 3) Criação da CPMF, com possibilidade de divisão da arrecadação com estados/municípios e redução da carga sobre folha. 4) CSSL entra no IRPJ. 5) IRPF limitando isenções de distribuição de lucros de pessoas jurídicas, efetivamente progressivo e atacando aplicações financeiras.

O projeto seria até interessante na perspectiva da atividade econômica, mas piora a situação dos entes municipais e não há previsão de mecanismos de incentivo ao desenvolvimento social por região.

Atualmente tramitam duas PECs: a 45 e a 110, e tem-se ainda o PL 3887. Resumidamente, a PEC 45 cria o imposto sobre bens e serviços (IBS) e impostos seletivos, e extingue cinco tributos: IPI, PIS, Cofins, ICMS e ISS; já a PEC 110 cria o IBS e um imposto seletivo, e extingue nove tributos: IPI, IOF, PIS, PASEP, Cofins, CIDECombustíveis, salário-educação, ICMS e ISS; Já há um substitutivo à PEC 110,¹⁶ que cria o IBS federal, o IBS estadual/municipal

16 No quadro comparativo dos consultores explica-se, ainda, o que há de diferente na PEC 110: “Além do rearranjo da tributação sobre bens e serviços, a PEC 110 contempla outras matérias não previstas na PEC 45, sendo as mais destacadas as seguintes: - extinção da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), sendo sua base incorporada ao Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ); - transferência do Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD), da competência estadual para a federal, com a arrecadação integralmente destinada aos Municípios; - ampliação da base de incidência do Imposto sobre Propriedade de Veículo Automotor (IPVA), para incluir aeronaves e embarcações, com a arrecadação integralmente destinada aos Municípios; - autorização de criação de adicional do IBS para financiar a previdência social; - criação de fundos estadual e municipal para reduzir a disparidade da receita per capita entre os Estados e Municípios, com recursos destinados a investimentos em infraestrutura”. (CORREIA NETO; NUNES; ARAUJO; SOARES, 2019).

e um imposto seletivo, e extingue nove tributos: IPI, IOF, PIS, Pasep, Cofins, CIDE-Combustíveis, salário-educação, ICMS e ISS.¹⁷

No que se refere ao PL 3887/2020: cria a contribuição social sobre operações com bens e serviços (CBS) e extingue dois tributos: PIS e Cofins.

“Tanto o IBS das PECs quanto a CBS do PL pretendem ser tributos sobre o valor agregado nos moldes como apreçoado pela legislação internacional, o que faz com que as proposições sejam, em linhas gerais, compatíveis” (CORREIA NETO; NUNES; ARAUJO; SOARES, 2019).

A ideia de uma legislação uniforme seria bem-vinda, desde que observados os ditames constitucionais. A desoneração da folha teria uma redução tímida e a volta da CPMF ou algo parecido seria um aumento da carga tributária. Ademais, um aumento ainda maior do IRPF poderia afugentar capital, como tem acontecido em alguns países da Europa, onde muitos milionários alteraram sua cidadania ou seu domicílio. Sem falar nos problemas de divergência tributária e administrativa entre os entes estatais.

Não há possibilidade de existência do Estado sem os tributos, que são essenciais para manutenção da máquina pública, além da importância para a economia da nação. Entretanto, a burocracia tributária reduz a eficiência, tanto na iniciativa privada quanto na iniciativa pública, no que se refere à gestão tributária.

Dessa forma, percebe-se que a reforma tributária necessita de maior equilíbrio quanto ao ônus tributário. Para tanto é preciso haver uma simplificação tributária, que facilite o entendimento do contribuinte quanto à incidência do imposto e o motivo pelo qual deve pagá-lo. Ademais, é preciso que haja maior eficiência nas administrações tributárias e, finalmente, de programas que visem à eliminação progressiva dos entraves e burocracias de ordem fiscal.

Contudo, a reforma tributária não pode, com o objetivo de simplificar, ignorar o sistema federativo nacional e extinguir o ISS, ignorando a Constituição Federal e reduzindo a autonomia financeira dos municípios. Uma reforma tributária que altere competências tributárias dificilmente será constitucional.

Todos os sistemas tributários são imperfeitos, em razão dos conflitos naturais entre governo e povo. O Estado possui como principal fonte de obtenção de recursos os tributos: quanto maior a quantidade de serviços oferecidos pelo Estado, maior será a carga tributária. Sobre o tema, Hugo de Brito Machado (2012, p. 379) aduz:

Muitos afirmam que nossa carga tributária é muito elevada. Na verdade, porém, a carga tributária de um País deve ser considerada em relação aos serviços públicos nele efetivamente prestados, de sorte que é muito difícil a

17 Sugere-se leitura do trabalho de comparativo dos consultores Celso de Barros Correia Neto, Fabiano da Silva Nunes, José Evande Carvalho Araújo, Murilo Rodrigues da Cunha Soares (2019)..

comparação com outros Países sem um conhecimento seguro e completo dos tributos e dos serviços públicos.

O Estado Brasileiro possui uma quantidade grande de atribuições no que se refere a serviços públicos, o que implica grande carga tributária para a população. Não há possibilidade de prestação de serviços sem recursos financeiros para custeá-los.

Qualquer reforma tributária deve ser pensada com base em sistemas dinâmicos, já que a reforma decorre da obsolescência do sistema tributário. Todavia, a desconstitucionalização não parece ser uma boa alternativa, uma vez que alterar competências tributárias não resolve o problema e gera impasses do ponto de vista político, o que inviabiliza a aprovação pelas casas legislativas.

Apesar de este trabalho atacar especificamente a inconstitucionalidade da reforma tributária que traz o IVA como solução dos problemas, percebe-se que o processo de reforma tributária deve ser permanente e com eventos relevantes. Deve-se levar em conta os custos e riscos, que geram conflitos e impasses.

Ademais, o importante é alcançar-se segurança jurídica, evitando-se imprevisibilidade, para se fomentar a economia do país.

Acerca da complexidade do sistema, Hugo de Brito Machado (2012, p. 380) discorre:

A causa mais forte da complexidade do nosso sistema tributário é o conflito de interesses entre as diversas entidades tributantes. Conflito que é mais grave, nesse contexto, porque se instaura entre pessoas jurídicas dotadas de poder de legislar. E em razão desse conflito as diversas pessoas jurídicas utilizam-se das leis que produzem como instrumento de seus interesses.

O sujeito passivo tributário é inquieto por natureza, já que o tributo é um mal necessário. Muitas das opções apresentadas por meio dos diversos projetos de reforma tributária tentam encontrar primeiro a solução para depois atacar o problema. Com isso, percebe-se que falta compreensão política para enfrentar o tema.

A reforma tributária precisa se concentrar nas funções, e não competência tributária, para não ferir o pacto federativo. Ademais, com a falsa ideia de que tudo se resolve por meio de princípios, ignora-se a importância das regras e se esquece de que, se essas não forem observadas, enfraquece-se o caráter normativo do Direito.

Outro aspecto que não pode ser ignorado na reforma tributária é o excesso de Burocracia. O neoliberalismo e o processo de globalização impuseram aos países seguidores dessa ordem mundial a adoção de medidas político-administrativas de adequação a uma nova realidade. No Brasil não foi diferente. Se o neoliberalismo, por um lado, impunha a redução de gastos públicos com a formação de um Estado apenas regulador, a globalização, por outro, exigiu

maior confiabilidade das instituições, maior eficiência da máquina pública, com mínima intervenção governamental nos mercados. Diante desse cenário, torna-se necessária a reforma administrativa e tributária do Estado que o fizesse responder a essas demandas.

A eficiente gestão do Estado possui grande importância para a consagração de uma sociedade baseada no Estado de Direito, e sem a reforma tributária não há como conseguir essa eficiência, que é essencial para o sucesso no mundo globalizado.

O artigo 37 da Constituição Federal traz os princípios que devem ser observados pela Administração Pública que merece citação: “[...] a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.

A eficiência é fundamental para que uma reforma tributária valha a pena, para se alcançar isso é preciso simplificar a abertura e o fechamento de empresas, consolidar anualmente a legislação, impedir a abusividade legislativa e resolver a crise do processo administrativo fiscal. O modelo de julgamento administrativo é obsoleto e com base no fascismo da década de 30. Sugere-se um novo modelo de contencioso administrativo, mais moderno e não com o Fisco sendo o centro do processo.

Observe-se que a redução de competência tributária do ente estatal implica, indiretamente, medida que põe em risco a forma federativa brasileira, o que estaria blindado pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, inciso I, da Constituição Federal, que dispõe:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa. (BRASIL, 1988).

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos estados, municípios e do Distrito Federal, dá-lhes competências das quais se depreende a tributária, como forma de obtenção dos recursos financeiros para

cumprimento de suas metas. A arrecadação do imposto sobre serviços (ISS) faz parte do desenvolvimento econômico dos grandes municípios brasileiros.

Ao se criar o IVA ou IBS, excluindo o ISS das receitas municipais, retira-se parte da autonomia de tributar, nos moldes que foi conferida pelo art. 156, inciso III, da CF, e, conseqüentemente, viola-se o disposto no seu art. 60 § 4º, inciso I.

Sendo assim, é preciso refletir como se realizar uma reforma tributária, simplificando a burocracia do sistema, mas sem reduzir a autonomia dos entes federativos.

A excessiva concentração de recursos financeiros no governo federal favorece o clientelismo político. Estados dependem cada vez mais de verbas federais e deles os municípios tornam-se eternos pedintes. Parece evidente que a competência tributária deva ser atribuída aos três níveis de governo conforme as características de cada tributo. (HAIDAR, 2017).

A justificativa deste trabalho reside exatamente na necessidade de se demonstrar que não é viável uma reforma tributária com redução da autonomia dos Municípios, demonstrando a inconstitucionalidade de proposta que reduz competência tributária deste ente.

A respeito do tema, Harada (2013) aduz:

A última grande tentativa de Reforma foi a PEC nº 233/08 em que se buscava a redução de tributos federais substituídos pelo IVA-F. No plano estadual o ICMS era substituído pelo IVA-E unificando a legislação dos 27 Estados com a definição de alíquotas pelo Senado mediante acolhimento ou rejeição das propostas de enquadramento apresentadas pelo legislador do Confaz. Eram 127 modificações propostas de forma dúbia a atentar contra o princípio da segurança jurídica, incluindo o regime de transição do ICMS para o IVA em um período que ultrapasse mais de dois lustros.

Desde então, a Reforma Tributária passou a ter o significado de combate à Guerra Fiscal entre os Estados em relação ao ICMS, um imposto de vocação nacional, mas que em nome do princípio federativo da autonomia e independência dos entes políticos regionais e locais foi conferido aos Estados, com a participação parcial dos Municípios no produto de sua arrecadação.

Não se admite uma reforma tributária que tente resolver o problema tentando alterar competência tributária. O IVA, ou IBS, não é a solução dos problemas tributários do país, trata-se na verdade de um equívoco do legislador, que tenta por meio de um imposto obsoleto simplificar o complexo.¹⁸

18 “Em tudo, não se pode esquecer a nossa imorredoura vocação para copiar modelos de outros países, construídos em circunstâncias peculiares e diferentes das nossas. É o servilismo cultural, polo oposto e igualmente medíocre da xenofobia no campo das ideias. [...] O mais

2.1 A INCONSTITUCIONALIDADE DA PROPOSTA DE REFORMA TRIBUTÁRIA NO QUE SE REFERE AO IVA OU IBS

Não é possível uma edição de lei que reduza a autonomia de um dos entes federativos, ou melhor, não é possível sequer a edição de emenda constitucional neste sentido, sob pena de se violar o art. 60, § 4º, I, da CF.

Ademais, cabe salientar que nem mesmo por via transversa poderia haver alteração legal ou constitucional que reduzisse a autonomia dos municípios, sob pena de violação de cláusula pétrea. Neste sentido, Roque Carrazza (2008, p.150) elucida: “Logo, enquanto a atual Constituição esteve irradiando efeitos, é terminantemente proibida proposta de emenda constitucional que, ainda que por via transversa, colime suprimir ou modificar nossa federação”.

Hugo de Brito Machado (2012, p. 380) afirma que a eliminação da forma federativa realmente resolveria parte do problema por simplificar o sistema tributário, mas seria a troca de um mal menor por um mal maior, conforme se pode observar:

Pode parecer que a simplificação do sistema tributário depende da eliminação da forma federativa de governo. Não há dúvida de que em um Estado Unitário seriam eliminados os conflitos entre as pessoas jurídicas produtoras de leis tributárias e, em consequência, seria, mesmo, possível um sistema tributário simplificado. Ocorre, porém, que estaríamos diante de um mal maior, que é a concentração de poder. Por isto é que imaginamos uma fórmula que elimina os conflitos entre as entidades federativas sem lhes retirar a autonomia, ao menos na medida em que se entenda estar esta preservada com a garantia de receitas próprias.

Não se acredita em uma reforma tributária que reduza autonomia do município ou que exclua um de seus impostos, porque se isso ocorrer este ente estatal ficará ainda mais refém da União e dos estados no repasse de receitas. Não só seria inconstitucional, como também ineficiente e de difícil aprovação política.

Cabe trazer à tona a reflexão de Roberto Romano, em entrevista recente ao *Jornal Opção*, sobre a crise brasileira:

Enquanto não federalizarmos o País, ou seja, enquanto não descentralizarmos o poder e os recursos dos impostos, não teremos mudanças positivas. O Brasil cresceu, urbanizou-se e, apesar de a maior parte da população viver nas cidades, quase 70% dos impostos vão para o cofre do Executivo federal. Os municípios são saqueados pelo poder central. Hoje, a única maneira que eles têm de conseguir o retorno da arrecadação retida pela União é por meio da intermediação política. O prefeito tem de ter bom relacionamento com o governador, que tem de ter bom relacionamento com o deputado federal, que,

grave é que buscamos copiar modelos em franca obsolescência, como o IVA” (MACIEL, 2017).

por sua vez, tem de estar na base aliada que está sendo comprada naquele momento pelo presidente da República. O papel dos parlamentares atualmente se resume a praticamente intermediar o repasse de verbas entre Brasília e os municípios e Estados.¹⁹

O município não pode viver refém da boa vontade dos políticos, pois isso inviabiliza uma boa prestação de serviços e uma gestão eficiente, ou seja, uma reforma tributária que vise à redução da capacidade tributária do município correria na contramão da realidade vivida no país, pois que o município é o ente estatal com maior responsabilidade pela distribuição dos serviços públicos à população.

Os projetos de reforma tributária, como a PEC 45 e a PEC 110, reduzem a autonomia municipal e nivelam por baixo os municípios, isto é: os municípios que são autônomos em sua arrecadação de ISS são penalizados em comparação aos municípios que são inviáveis do ponto de vista econômico-financeiro e vivem do repasse de verbas dos estados e da união.

Apesar de os projetos de reforma tributária não trazerem o nome IVA, isso não quer dizer que seja outro tipo de ideia. Nos diversos projetos de reforma tributária, o tributo que substitui diversos outros, incluindo ICMS e ISS, é denominado IBS (imposto sobre bens e serviços), mas se baseia no mesmo conceito internacional de IVA.

Ademais, sobre a unificação de alguns tributos no IVA, Marcos Cintra (2017), com base na teoria de Everardo Maciel, disserta:

A ideia de que países “relevantes” adotam o IVA e o Brasil tem que fazer o mesmo não pode deixar de ser confrontada com fatos observados nas duas principais economias do planeta. Nos Estados Unidos esse imposto não existe. Eles jamais se aventuraram nessa forma de tributação. O outro caso se refere à Europa, onde esse tributo se tornou um problema por conta de sua característica marcante que é a burocracia, que abre brechas para fraudes de toda ordem. No final de setembro deste ano, a Comissão Europeia divulgou um comunicado à imprensa, dizendo que o IVA gerou perdas de 152 bilhões de euros para os países-membros daquela comunidade, em 2015.

A cultura nacional e a nossa estrutura econômica nos impõem um modelo tributário próprio. Insistir no IVA fará com que, em um prazo não muito distante, o tema reforma tributária esteja novamente na agenda do país.

O projeto de reforma tributária de que trata este trabalho não se atém aos problemas reais. Segundo Everardo Maciel (2017), “[...] pouca ou nenhuma

19 Em entrevista concedida a Euler de França Belém na edição 2238. Disponível em: <https://www.jornalopcao.com.br/colunas-e-blogs/imprensa/filosofo-diz-que-autonomia-dos-municipios-e-nao-a-lava-jato-pode-mudar-o-brasil-127016/>. Acesso em: 5 jun. 2018.

atenção se dá às nossas mais severas enfermidades tributárias: o burocratismo, a indeterminação conceitual e o processo tributário”.

Simplificar o complexo não é fácil, e Hugo de Brito Machado (2012, p. 380) advoga a seguinte tese como solução:

Em síntese, nossa proposta de reforma e simplificação do sistema tributário envolve três partes distintas, a saber: (a) federalização dos impostos, que inclui a reforma da legislação, com a eliminação ou a substituição de impostos; (b) alterações relativas a outras espécies de tributos; e (c) repartição das rendas tributárias.

Não se concorda com a proposta do autor, que esbarra na cláusula pétrea supracitada. Resumindo, não se concorda com reforma tributária que enfraquece os municípios, reduz competência tributária e não tem como foco o que realmente interessa. Acredita-se que a atenção deve ser voltada, como escreveu Everardo Maciel (2017), para o que interessa, isto é, redução do burocratismo, determinação conceitual e modernização do processo tributário.

A primeira solução dos problemas tributários nacionais deve ser focada na modernização do procedimento tributário. Everardo Maciel (2018) traz dados alarmantes sobre a dimensão dos problemas processuais e procedimentais:

No País, a soma das disputas tributárias (inclusive créditos inscritos em dívida ativa) perfaz um montante de R\$ 3,3 trilhões, valor equivalente a aproximadamente 50% do PIB previsto para 2017, segundo o Banco Central;

O prazo para o desfecho, na Justiça, de controvérsias tributário-constitucionais, que se iniciam na primeira instância, em conformidade com o controle difuso de constitucionalidade, é de 15 a 20 anos, gerando graves desequilíbrios concorrenciais; estão se esgotando as possibilidades de oferecimento de avais e fianças a contribuintes que contestam lançamentos tributários pela via judicial;

Por força de um burocratismo predatório que contrasta, paradoxalmente, com a excelência tecnológica da administração tributária, a mais recente pesquisa do Banco Mundial sobre a facilidade de fazer negócios (“Doing Business”) classifica o Brasil, em termos de pagamento de impostos, na lastimável 184ª posição em um universo de 190 países (apenas quatro países pobres africanos, Bolívia e Venezuela têm desempenho inferior ao Brasil).

Como dito, o problema tributário do país não se resolve com a criação do IVA ou IBS. O Sistema Tributário Nacional realmente é complexo e inchado de tributos, o que deve se simplificar é a forma de declaração e o pagamento da exação fiscal. A complexidade por si só não se resolve com unificação de tributos.

3 CONCLUSÃO

Ao se realizar todo esse estudo sobre a reforma tributária e a redução da autonomia municipal, desde a explicação acerca da competência tributária no que se refere aos impostos municipais, explicando uma das ideias de reforma tributária, chega-se ao estágio final do trabalho com a certeza da inconstitucionalidade da reforma tributária que exclui o ISS e cria o IVA ou IBS.

Percebeu-se que o município é dotado de autodeterminação, mesmo tendo características menos complexas que os estados. Ademais, o federalismo brasileiro difere de outros países em razão da existência do município, que possui tanta autonomia quanto os demais entes.

A instituição dos impostos municipais é de grande importância para que haja maior eficiência na Administração Pública municipal, preservando-se a autonomia deste ente e do sistema federativo equilibrado, sendo o município responsável pela prestação de uma gama de serviços públicos à população.

Saliente-se que não há espaço neste trabalho para demonstrar que há uma série de municípios que foram criados de forma irresponsável e não têm autonomia de fato, vivendo dos repasses dos estados e da União. Para esses municípios interessa uma reforma tributária nos termos do IBS, o que nivela por baixo a responsabilidade e autonomia do ente.

Destaca-se que ISS é responsável por mais de 50% do montante da arrecadação tributária municipal (BREMAEKER, 2017). Não há como manter a autonomia municipal sem que este ente estatal seja competente e responsável pela arrecadação deste imposto. A ameaça de uma reforma tributária ultrapassada, que pretende instituir o IVA (imposto sobre valor agregado) ou IBS (imposto sobre bens e serviços), não é a solução para os problemas tributários nacionais.

A segurança jurídica é essencial para o sistema tributário e econômico ter eficácia em um país. Há necessidade de se ter um sistema previsível para o sujeito passivo tributário, que precisa de planejamento para analisar a viabilidade de instituição de negócios, bem como o crescimento de investimento.

Não se admite uma reforma tributária que tente resolver o problema sem saber a sua razão, alterando a competência tributária constitucional. O IVA/IBS não é a solução dos problemas tributários do país, trata-se na verdade de um equívoco do legislador, que tenta por meio de um imposto obsoleto simplificar o complexo.

Como dito, o problema tributário do país não se resolve com a criação do IVA/IBS e extinção de tributos previstos na Constituição. O Sistema Tributário Nacional realmente é complexo e inchado de tributos, o que deve se simplificar é a forma de declaração, de entendimento e o pagamento da exação fiscal. A complexidade por si só não se resolve com unificação de tributos.

Cabe, a título de conclusão, mais uma vez afirmar que qualquer projeto de reforma tributária que não se atém aos problemas reais é ultrapassado. Dever-se-ia focar nas maiores enfermidades tributárias, tentando-se reduzir a burocracia, as indeterminações conceituais e o procedimento tributário (MACIEL, 2017).

O Sistema Tributário Nacional é muito constitucionalizado, o que requer cuidado redobrado ao se buscar qualquer reforma tributária. A ideia de uma reforma tributária é bem-vinda e este trabalho se conclui com a afirmação da necessidade dela. Todavia, buscando resolver o cerne da questão e sem alterar as competências tributárias constitucionais, em especial, sem redução da competência tributária dos municípios.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**. Critérios jurídicos para lidar com a escassez. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Torrieri Guimarães. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 2002.
- BREMAEKER, François E. J. de. **A importância do ISS para o Município**. 2017. Disponível em http://oim.tmunicipal.org.br/abre_documento.cfm?arquivo=_repositorio/_oim/_documentos/119D75C6-D89E-0784-ADA1E07E-2F609DE714032017054331.pdf&i=3073. Acesso em: 20 mai. 2018.
- CARNEIRO, Claudio. **Impostos federais, estaduais e municipais**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CAYMMI, Pedro Leonardo Summers. **Segurança jurídica e tipicidade tributária**. Salvador: Juspodivm, 2007.
- CINTRA, Marcos. A insana insistência no IVA. **Prof. Marcos Cintra**, 1 nov. 2017. Disponível em: <https://www.marcoscindra.org/single-post/2017/10/27/A-insana-insistencia-no-IVA>. Acesso em: 30 mai. 2018.

- COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- CORREIA NETO; Celso de Barros; NUNES; Fabiano da Silva; ARAUJO, José Evande Carvalho; SOARES; Murilo Rodrigues da Cunha. **Reforma tributária: comparativo da PEC 45/2019 (Câmara) e da PEC 110/2019**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/fiquePorDentro/temas/sistema-tributario-nacional-jun-2019/reforma-tributaria-comparativo-das-pecs-em-tramitacao-2019>. Acesso em: 9 set. 2020.
- COSTA, Regina Helena. **Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- COSTA, Regina Helena. **Princípio da capacidade contributiva**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.
- CUNHA, Carlos Renato; CAMPELLO, Geórgia Teixeira Jezler (Coord.). **Tributos Municipais em Debate**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- GOES, Guilherme Sandoval; MELLO, Cleyson de Moraes. **Controle de Constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2016.
- HAIDAR, Raul. Proposta de reforma tributária deve ser discutida com patriotismo. **Conjur**, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-04/justica-tributaria-proposta-reforma-tributaria-discutida-patriotismo>. Acesso em: 5 abr. 2018.
- HARADA, Kiyoshi. **A impossível reforma tributária: a guerra do ICMS**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3498, 28 jan., 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/23565>>. Acesso em: 5 abr. 2018.
- HARADA, Kiyoshi. ISS. Limitações constitucionais específicas. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 53, maio 2008. Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2850&revista_caderno=26>. Acesso em: 30 mai. 2018.
- HASSAN, Eduardo Amin Menezes. **A Institucionalização da Ética na Administração Pública: consequência da complementaridade entre moral e Direito**. Salvador: Dois de Julho, 2015.
- JAM JURÍDICA: Administração Pública, Executivo e Legislativo. Salvador: Jam-Jurídica editoração e Eventos. Ano XXI, edição especial, 2016.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Justiça e Direito.
- LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Edições Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 1983.
- MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2012.
- MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MACIEL, Everardo. A verdadeira reforma tributária. **Blog da Política Brasileira**, 2018. Disponível em: <http://blogdapoliticabrasileira.com.br/verdadeira-reforma-tributaria/>. Acesso em: 30 mai. 2018.
- MACIEL, Everardo. O equívoco da reforma tributária. **O Globo**, 2017. Disponível em: <http://noblat.oglobo.globo.com/artigos/noticia/2017/10/o-equivo-co-da-reforma-tributaria.html>. Acesso em: 30 mai. 2018.
- MARTINS, Ives Gandra. **Curso de Direito Tributário**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- MORAES, William. **Competência Tributária: conceito e características**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/49070/competencia-tributaria-conceito-e-caracteristicas>. Acesso em: 14 jun. 2018.
- MUKAI, Toshio. **Direito Administrativo Sistematizado**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário Completo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- PEIXOTO, Gustavo De Mori. **Direitos Fundamentais, Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2013.
- RIBEIRO, Ricardo Lodi. **Tributos (teoria geral e espécies)**. Niterói-RJ: Impetus, 2013.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

5

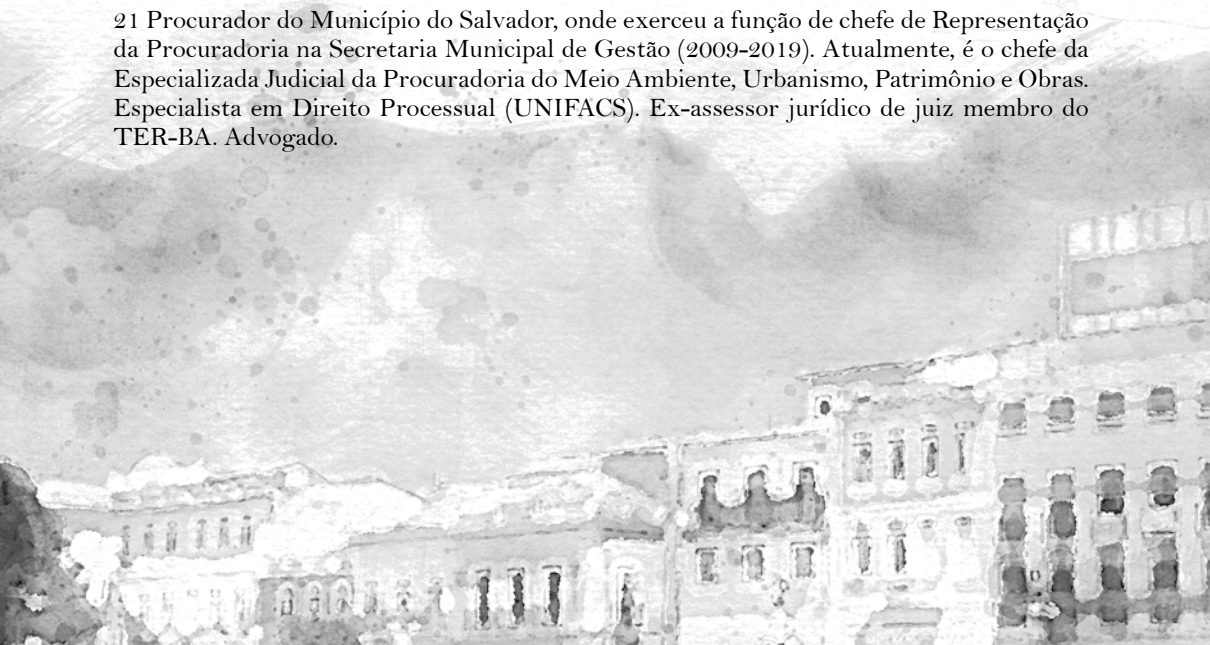
A PANDEMIA PROVOCADA PELO COVID-19 E A CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS FISCAIS EM ANO ELEITORAL À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO TSE

*Eduardo Vaz Porto*²⁰
*André Luiz de Andrade Carneiro*²¹

Os anos em que se realizam as eleições em nosso país são marcados por diversos fatos e circunstâncias que, pelo menos por um certo período, modificam hábitos e condutas de muitas pessoas envolvidas direta ou indiretamente no pleito, em especial nas eleições municipais, dada a proximidade da disputa com o eleitorado e os ânimos em regra acirrados pela rivalidade política local, sendo uma peculiaridade decisiva não apenas os movimentos próprios de alianças, conchavos e coligações – com os burburinhos e boatos inerentes –, mas também

20 Procurador do Município do Salvador, onde exerce a chefia da Representação da Procuradoria-Geral do Município junto à Secretaria Municipal da Fazenda-SEFAZ. Ex-procurador federal. Ex-assessor jurídico de juiz membro do TER-BA. Advogado.

21 Procurador do Município do Salvador, onde exerceu a função de chefe de Representação da Procuradoria na Secretaria Municipal de Gestão (2009-2019). Atualmente, é o chefe da Especializada Judicial da Procuradoria do Meio Ambiente, Urbanismo, Patrimônio e Obras. Especialista em Direito Processual (UNIFACS). Ex-assessor jurídico de juiz membro do TER-BA. Advogado.



a necessária observância de normatizações específicas para o bom e fiel decorrer do procedimento do certame.

Dentre estas regras próprias ao período eleitoral estão aquelas que são denominadas e conhecidas como “condutas vedadas aos agentes públicos”, ou seja, ações previamente determinadas pela legislação de regência como proibidas e, por isso, incompatíveis com a normalidade e a legitimidade que se espera das disputas eleitorais, sempre tendo como norte principal o exercício livre e consciente do sufrágio pelo eleitor.

A especificidade neste caso reside no fato de que tais normas são direcionadas às condutas de agentes públicos, isto é, às pessoas que possuem algum tipo de vinculação com a Administração Pública, estando o conceito delimitado de forma bastante ampla no § 1º do art. 73 da Lei Federal nº 9.504/1997 (Lei das Eleições), que, a exemplo do que fez o legislador na Lei de Improbidade Administrativa (Lei Federal nº 8.429/1992), trouxe definição elástica no seguinte sentido:

§ 1º Reputa-se agente público, para os efeitos deste artigo, quem exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nos órgãos ou entidades da administração pública direta, indireta ou fundacional.

Importante desde logo destacar, até para fins de melhor organização das ideias na compreensão do tema, que as denominadas *condutas vedadas aos agentes públicos* no ano eleitoral são aquelas elencadas, de forma predominante, no art. 73 da Lei Federal nº 9.504/1997, que possui a seguinte redação:

Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:

I - ceder ou usar, em benefício de candidato, partido político ou coligação, bens móveis ou imóveis pertencentes à administração direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, ressalvada a realização de convenção partidária;

II - usar materiais ou serviços, custeados pelos Governos ou Casas Legislativas, que excedam as prerrogativas consignadas nos regimentos e normas dos órgãos que integram;

III - ceder servidor público ou empregado da administração direta ou indireta federal, estadual ou municipal do Poder Executivo, ou usar de seus serviços, para comitês de campanha eleitoral de candidato, partido político ou coligação, durante o horário de expediente normal, salvo se o servidor ou empregado estiver licenciado;

IV - fazer ou permitir uso promocional em favor de candidato, partido político ou coligação, de distribuição gratuita de bens e serviços de caráter social custeados ou subvencionados pelo Poder Público;

V - nomear, contratar ou de qualquer forma admitir, demitir sem justa causa, suprimir ou readaptar vantagens ou por outros meios dificultar ou impedir o exercício funcional e, ainda, ex officio, remover, transferir ou exonerar servidor público, na circunscrição do pleito, nos três meses que o antecedem e até a posse dos eleitos, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados:

a) a nomeação ou exoneração de cargos em comissão e designação ou dispensa de funções de confiança;

b) a nomeação para cargos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos Tribunais ou Conselhos de Contas e dos órgãos da Presidência da República;

c) a nomeação dos aprovados em concursos públicos homologados até o início daquele prazo;

d) a nomeação ou contratação necessária à instalação ou ao funcionamento inadiável de serviços públicos essenciais, com prévia e expressa autorização do Chefe do Poder Executivo;

e) a transferência ou remoção ex officio de militares, policiais civis e de agentes penitenciários;

VI - nos três meses que antecedem o pleito:

a) realizar transferência voluntária de recursos da União aos Estados e Municípios, e dos Estados aos Municípios, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados os recursos destinados a cumprir obrigação formal preexistente para execução de obra ou serviço em andamento e com cronograma prefixado, e os destinados a atender situações de emergência e de calamidade pública;

b) com exceção da propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado, autorizar publicidade institucional dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, salvo em caso de grave e urgente necessidade pública, assim reconhecida pela Justiça Eleitoral;

c) fazer pronunciamento em cadeia de rádio e televisão, fora do horário eleitoral gratuito, salvo quando, a critério da Justiça Eleitoral, tratar-se de matéria urgente, relevante e característica das funções de governo;

VII - realizar, no primeiro semestre do ano de eleição, despesas com publicidade dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, que excedam a média dos gastos no primeiro semestre dos três últimos anos que antecedem o pleito;

VIII - fazer, na circunscrição do pleito, revisão geral da remuneração dos servidores públicos que exceda a recomposição da perda de seu poder aquisitivo ao longo do ano da eleição, a partir do início do prazo estabelecido no art. 7º desta Lei e até a posse dos eleitos. [...]

§ 10. No ano em que se realizar eleição, fica proibida a distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios por parte da Administração Pública, exceto nos casos de calamidade pública, de estado de emergência ou de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior, casos em que o Ministério Público poderá promover o acompanhamento de sua execução financeira e administrativa.

Como facilmente se depreende da dicção dos dispositivos acima e tendo em vista a possibilidade da reeleição dos mandatos de chefe do Executivo (autorizada a partir da EC nº 16/1997), o legislador eleitoral, como contrapartida a esta possibilidade de renovação de mandatos, preocupou-se em criar mecanismos e ferramentas de proteção à isonomia na disputa dos prélios eleitorais, evitando-se o desvio de finalidade no exercício do múnus público em prol de interesses casuísticos e com aptidão para afetar os postulados da cidadania e da plena democracia.

Realmente, o escopo buscado pelo legislador foi justamente evitar ao máximo o uso indevido da máquina administrativa por parte de agentes públicos, além de impedir que se valham desta posição de *vantagem competitiva*, com todos os beneplácitos decorrentes do exercício do cargo em favor das campanhas políticas próprias ou de terceiros, o que por certo desvirtuaria a finalidade essencial de utilização do cargo em prol do interesse público e a observância de cânones constitucionais, como a moralidade, a impessoalidade e a isonomia.

Segundo magistério de Roberto Moreira de Almeida (2016, p. 521):

Após aprovada a emenda constitucional da reeleição (EC nº 16/97), o legislador brasileiro viu a necessidade de tipificar condutas tidas por ilícitas ou abusivas, eis que capazes de afetar a isonomia de oportunidades entre os candidatos que disputam uma determinada eleição e, *ipso facto*, achou por bem vedar a sua prática. São as denominadas condutas vedadas aos agentes públicos em campanhas eleitorais e espécies de abuso de poder político e/ou econômico.

Vale aqui transcrever precedente do egrégio TSE que confere real dimensão da regra: “A interpretação teleológica do preceito revela a impossibilidade de a máquina administrativa ser manipulada com vistas a conquistar simpatizantes para determinada candidatura” (TSE, Consulta 1531-69/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, de 20/09/2011).

O ponto que será abordado no presente trabalho diz respeito à aplicação do comando oriundo do § 10º do citado dispositivo, também acima reproduzido e que traz regra legal de conteúdo bastante claro e incisivo, mas que vem, ao

longo do tempo, suscitando acaloradas discussões nos meios jurídico-eleitorais, principalmente quando se está diante de concessões de benefícios fiscais por parte dos entes federativos, por meio de leis que estabelecem os programas de renegociações de dívidas de contribuintes (também conhecidos, por exemplo, pelas siglas Refis, PPI etc.).

Isso se dá porque tais concessões na seara fiscal e tributária, a depender das nuances e circunstâncias do caso concreto a ser analisado, podem não apenas ter como finalidade uma mera alavancagem produtiva em determinado ramo de atividade econômica – com potencial incremento da receita que daí advém, o que é absolutamente legítimo –, mas, de igual modo, podem ensejar uma pretensão escamoteada com vistas à captação de dividendos eleitoreiros, desvirtuando sua razão de ser, o que não pode ser admitido pelo ordenamento.

No ano de 2020, esta situação ganhou contornos substanciais de maior relevância em decorrência do estado de pandemia declarado em 11 de março de 2020 pela Organização Mundial de Saúde (OMS), por causa da Covid-19, doença causada pelo novo coronavírus, que se alastrou pelo mundo com terríveis impactos não somente na saúde pública, mas também na área econômica, resultando em uma das maiores crises financeiras de que já se teve notícia, não sendo diferente com o Brasil, que se tornou um dos centros de emergência em saúde pública de importância internacional.

O que se tem percebido no decorrer dos meses de enfrentamento à Covid-19 é que os gestores públicos, em sua maioria, além de estarem tentando adotar todas as providências cabíveis que se encontram ao seu alcance, buscam, de igual modo, acautelarse – sobretudo aqueles que se encontram no comando de entes municipais –, a fim de evitar ou afastar a configuração da conduta vedada prevista no art. 73, § 10º, da Lei nº 9.504/97, justamente por estarmos em ano de eleições municipais, o que demanda cautela e atenção redobradas.

O presente trabalho, pois, sem pretender esgotar todas as particularidades do assunto – que são inúmeras –, visa a enfrentar a temática ora abordada com alguma profundidade e viés pragmático, especialmente passando pelas posições que vêm sendo adotadas pela máxima instância judicial no âmbito eleitoral, o colendo TSE, examinando-as no contexto atual do constante combate ao novo coronavírus.

1 EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO TSE ACERCA DO TEMA

Impende destacar, de início, que a apreciação que aqui se fará, conforme delimitação exigida quanto ao escopo do trabalho, circunscreve-se à análise jurídica dos aspectos atinentes às possíveis repercussões na seara eleitoral de uma possível concessão de benefícios fiscais, uma vez que nos encontramos em pleno período de eleições municipais, cabendo ressaltar que é imprescindível à Administração Pública, no momento oportuno e dentro do escopo específico, o

eventual enfrentamento dos contornos propriamente tributários e fiscais apropriados, que não são objeto específico deste estudo.

A dúvida surgida a respeito de possível obstáculo normativo da legislação eleitoral, entre as diversas condutas vedadas elencadas na Lei nº 9.504/97, decorre da interpretação da hipótese prevista no seu art. 73, § 10º, que assim dispõe, *in verbis*:

Art. 73. § 10. **No ano em que se realizar eleição**, fica proibida a distribuição gratuita de bens, valores ou **benefícios** por parte da Administração Pública, **exceto nos casos de calamidade pública, de estado de emergência** ou de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior, casos em que o Ministério Público poderá promover o acompanhamento de sua execução financeira e administrativa. (BRASIL, 1997, grifo nosso).

Convém registrar que, a partir da inclusão deste dispositivo no rol das condutas vedadas pela Lei nº 11.300/2006, o Tribunal Superior Eleitoral, num primeiro momento, sedimentou o entendimento na diretriz da incidência do artigo 73, § 10º, da Lei 9.504/1997 no tocante à implementação de benefícios tributários nos anos em que se realizarem eleições.

Essa orientação restou assentada, de forma taxativa, na Consulta nº 153.169, cujo voto condutor da lavra do Min. Marco Aurélio Mello concluiu nos seguintes termos: “Respondo à consulta consignando não só a impossibilidade de implemento de benefício tributário previsto em lei no ano das eleições como também de encaminhamento de lei com essa finalidade em tal período”.²²

Note-se que, neste primeiro momento, nem sequer se fazia possível o mero encaminhamento de projeto de lei com esta finalidade, pois entendia a Corte Superior Eleitoral que somente esta conduta já guardaria em si um objetivo claro de violar a regra legal em questão.

Seguindo esta esteira, os Tribunais Regionais Eleitorais também decidiram pela impossibilidade de concessão, por parte de municípios, de benefícios fiscais em ano eleitoral, relativos a programas de recuperação fiscal, como consta na seguinte ementa:

EMENTA: RECURSO ELEITORAL - CONDUTA VEDADA - DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE BENS - NÃO COMPROVADA - PROMESSA DE ISENÇÃO DE COBRANÇA DE CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA - NÃO CONFIGURAÇÃO DE ILÍCITO - CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - PROGRAMA DE RECUPERAÇÃO FISCAL - PARCELAMENTO DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS - DESCONTO SOBRE JUROS E MULTA - CONDUTA VEDADA CON-

²² Consulta nº 153169, Acórdão de 20/09/2011, Rel. Min. MARCO AURÉLIO MENDES DE FARIAS MELLO, DJE de 28/10/2011, Página 81.

FIGURADA - PENA DE MULTA - PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE - RECURSO PROVIDO EM PARTE.

1. Distribuição gratuita de uniformes escolares não comprovada. 2. A promessa feita pelo candidato de que não cobraria contribuição de melhoria pelas benfeitorias realizadas (pavimentação asfáltica) no município não caracteriza conduta vedada, consubstanciada em benefício concedido pela Administração Pública. 3. **A implementação de benefícios fiscais referente à dívida ativa do município, em programa de recuperação fiscal com redução de juros e multa configura conduta vedada prevista no artigo 73, § 10º, da Lei 9.504/97.** 4. A fixação da multa a que se refere o §4º do art. 73 da Lei no 9.504/97, ou mesmo para as penas de cassação de registro ou de diploma, dispostas no §5º do mesmo diploma legal, deve ser levado em conta a gravidade da conduta, em atenção ao Princípio da Proporcionalidade (Precedente TSE, Acórdão no 25.126, de 09.06.2005). 5. Recurso parcialmente provido. (RECURSO ELEITORAL nº 139547, Acórdão no 45832 de 15/05/2013, Relator(a) EDSON LUIZ VIDAL PINTO, Publicação: DJ - Diário de justiça, Data 22/5/2013).

Daí por que, ao longo do tempo, formou-se a ideia – equivocada, a nosso sentir – de não ser possível a concessão de qualquer benefício fiscal em ano eleitoral, sob o argumento de que ele representaria uma benesse do Poder Público – materializada por meio de ato de iniciativa do chefe do Executivo – para favorecer contribuintes e, assim, angariar simpatizantes visando às eleições que se aproximavam, de modo a causar desequilíbrio de oportunidades entre os candidatos da competição eleitoral.

Todavia, houve uma evidente evolução jurisprudencial, porquanto os entendimentos mais recentes trilham caminho em sentido oposto, passando a prever a necessidade de se proceder à análise do caso concreto para aquilatar se o benefício tributário concedido tem o condão de caracterizar ato tendente a afetar a igualdade de oportunidades no pleito, de modo a ensejar o desequilíbrio do prélio eleitoral.

Em voto de divergência do min. Gilmar Mendes na Consulta nº 36815, de 03/03/2015, restou ementado o seguinte:

CONSULTA. VEDAÇÃO. ART. 73, § 10, DA LEI Nº 9.504/1997. LANÇAMENTO DE PROGRAMA DE RECUPERAÇÃO FISCAL (REFIS). MUNICÍPIOS. ANO DE ELEIÇÕES FEDERAIS E ESTADUAIS. **A validade ou não de lançamento de Programa de Recuperação Fiscal (Refis) em face do disposto no art. 73, § 10, da Lei nº 9.504/1997 deve ser apreciada com base no quadro fático-jurídico extraído do caso concreto.** (Cta - Consulta nº 36815, Rel. Min. HENRIQUE NEVES DA SILVA, Rela. desig. Min. GILMAR FERREIRA MENDES, DJE de 08/04/2015, p. 146).

A partir daí, tal entendimento foi seguido por outros Regionais, a exemplo do TRE/RJ, que decidiu pela “possibilidade de concessão até mesmo de remis-

sões e anistias de dívidas tributárias”, não considerando essas ações, por si sós, condutas vedadas pelo artigo 73, § 10º, da Lei 9.504/97. A ementa do julgado foi a seguinte:

RECURSO ELEITORAL. REPRESENTAÇÃO. CONDUTA VEDADA. LEI QUE CONCEDE BENEFÍCIOS FISCAIS A ASSOCIAÇÕES RE-CREATIVAS E DESPORTIVAS. ART. 73, § 10º DA LEI 9.504/97. NÃO CARACTERIZAÇÃO. APROVAÇÃO DE LEI MUNICIPAL INSERIDA NO CONCEITO DE ATOS DE GOVERNANÇA. CONTINUIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. REMISSÃO E ANISTIA DE TRIBUTOS CONCEDIDAS SEM VIOLAÇÃO A LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL. EFEITOS JURÍDICOS NÃO PRODUZIDOS POR AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO. DESPROVIMENTO DO RECURSO. (RECURSO ELEITORAL no 258283, Acórdão de 11/03/2013, Relator(a) SERGIO SCHWAITZER, Publicação: DJERJ - Diário da Justiça Eletrônico do TRE-RJ, Tomo 052, Data 15/03/2013, p. 28-36).

Depois do citado *leading case* do egrégio TSE, que significou a mudança na jurisprudência desta Corte de Justiça, outras decisões foram proferidas, a exemplo do RO nº 171821, conforme os seguintes trechos:

6. Ainda que se diga que a referida remissão tributária foi implementada somente no ano de 2014, ano este eleitoral, tal argumentação não se sustenta. Isso porque não se trata de benefício fiscal concedido gratuitamente, sem contrapartida. Basta simples leitura do teor do inciso I do art. 2º da MP 215/2013 e dos incisos I e III desse mesmo artigo para verificar que **a concessão daquele benefício fiscal foi condicionada ao pagamento integral do IPVA e demais taxas devidas ao DETRAN/PB, relativos ao exercício financeiro de 2014, e ao pagamento de todas as multas de trânsito relacionadas às motocicletas e motonetas, ou seja, os benefícios fiscais em questão não foram concedidos por mera liberalidade do Governador aos eventuais contribuintes beneficiados.** Em outras palavras, houve por parte do Gestor Público a estipulação de **critérios objetivos à concessão do benefício fiscal, não atingindo a todos indistintamente, inclusive, condicionando a concessão do benefício à desistência de eventuais ações judiciais. Não há falar, portanto, em gratuidade da medida.**

7. Desta forma, **excluída a gratuidade do benefício, elemento normativo da conduta (gratuidade), afasta-se a ocorrência da conduta vedada, prevista no § 10º do art. 73 da Lei das Eleições.** Nesse sentido, cita-se o seguinte precedente: (...) **a adoção de critérios técnicos previamente estabelecidos, além da exigência de contrapartidas a serem observadas pelos pais e alunos, também descaracterizam a conduta vedada em exame (art. 73, § 10º, da Lei 9.504/97), pois não se configurou o elemento normativo segundo o qual a distribuição de bens, valores ou benefícios deve ocorrer de forma gratuita (REspe 555-47/PA, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJe de 21.10.2015). (TSE - Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJE, de 28/06/2018, p. 29-32).**

Feito esse breve esboço histórico acerca da evolução jurisprudencial em derredor da matéria posta a exame, resta estabelecida a premissa de que, segundo o novel entendimento, há de se fazer uma análise do caso concreto para verificar eventual utilização do benefício como meio de obtenção de apoio político-eleitoreiro.

Convém pontuar, nesse contexto, entendimento prevalecente segundo o qual: “A intervenção da Justiça Eleitoral há de se fazer com o devido cuidado no que concerne ao tema das condutas vedadas, a fim de não se impor, sem prudencial critério, severas restrições ao administrador público no exercício de suas funções” (TSE, REspe nº 24.989, Ministro Caputo Bastos, DJ. 26/01/2005).

Nessa perspectiva, abalizada doutrina traça a seguinte ponderação:

Isso não significa dizer, no entanto, que, em face do ano eleitoral, a Administração Pública deve ficar paralisada até a escolha do novo candidato; pelo contrário, o agente público não só pode, mas deve continuar a exercer as suas atividades para satisfazer os anseios da população, precavendo-se, apenas, para não confundir a sua função pública com a sua vida política. (BOSCAINE, 2011).

De se notar que, até aqui, vimos que a jurisprudência da Corte Máxima Eleitoral evoluiu no sentido de que a vedação contida no § 10º do art. 73 da Lei das Eleições não deve ser entendida como de aplicação imediata, automática e sem o devido temperamento, em interpretação unicamente literal, impondo-se, por seu turno, a análise do caso concreto de modo a aferir-se, com a necessária segurança, se os contornos do eventual benefício a ser concedido pela Administração Pública se amoldam às exceções previstas e, ainda, se possuem ou não finalidade eleitoreira.

Toda essa digressão, reiterar-se, é efetuada presumindo-se estar-se diante de situação fática na qual se vivenciam “momentos de plena normalidade na sociedade”, seja do ponto de vista político e social, seja sob o ângulo econômico e financeiro, ou até mesmo atinente a questões de saúde pública.

Contudo, é de conhecimento notório que o momento vivido atualmente, neste ano de 2020, foge muito ao conceito do que se conhece como “normalidade”, uma vez que vem sendo marcado por uma das mais terríveis e devastadoras doenças já conhecidas, a Covid-19, causada pelo novo coronavírus, com consequências desastrosas em escala mundial, e no Brasil já atingiu a lamentável marca, até a presente data, de mais de 135 mil mortos e cerca de quatro milhões de infectados.

A necessidade imposta pelo isolamento social e outros cuidados básicos que modificaram a rotina e a vida de milhões de pessoas atingiu em cheio a atividade econômica no país inteiro, com retração da economia nos mais variados setores – e estimativa de queda do PIB Brasileiro de 6,4% em 2020 (TIMÓTEO, 2020), conforme Banco Central, não sendo diferente com as maiores capitais brasilei-

ras, tal como Salvador (BA), cuja queda de arrecadação teve um decréscimo médio de 15% no período de abril a agosto de 2020²³ –, resultando em um estado de quase paralisia empresarial, cenário que gerou desemprego, diminuição de renda e consumo, com todos os consectários econômicos e sociais daí advindos, sem falar no aspecto do próprio combate à doença, com gastos exponenciais e imprevisíveis, dada a ausência de perspectiva de tratamento comprovadamente adequado e vacina efetiva.

Em assim sendo, deve-se ter em mente que, apesar de a norma em apreço (§ 10º do art. 73 da Lei nº 9.504/97) ser um salutar e necessário obstáculo no ano das eleições visando a combater práticas deletérias de desvio de finalidade, sua incidência não se dá de forma absoluta e automática em toda e qualquer hipótese, pois que comporta exceções em seu texto, justamente quando se está diante de “calamidade pública e estado de emergência”.

Sobre este aspecto, leciona com propriedade Rodrigo López Zilio (2012, p. 544), que “A exceção da situação excepcional guarda justificativa na necessidade de prestar pronta assistência ao corpo social atingido pela calamidade pública e estado de emergência, sob pena de frustração do fim básico do Estado – que é o bem comum geral”.

Nesse ponto, cabe registrar que a situação de calamidade pública decorrente da pandemia, como não poderia deixar de ser, foi plenamente reconhecida pelas três esferas federativas de governo em todo o país, seja pelo Decreto Legislativo Federal nº 06/2020, no âmbito da União, seja pelas normas próprias e específicas dos estados e municípios.

Portanto, parece indubitável que a situação concreta da realidade atual presente em todas as esferas da Administração Pública se subsume perfeitamente ao pressuposto de exceção previsto na norma em destaque, havendo clara hipótese de calamidade pública que está a justificar (*rectius*: exigir) ações proativas dos gestores públicos, objetivando minimizar ou mesmo estancar os impactos negativos da manifesta retração econômica.

De fato, não se trata apenas de um “poder”, mas sim de um verdadeiro dever do gestor público atuar, haja vista que o momento exige ações efetivas, de formas criativas e eficazes, dentro de um escopo que observe e prestigie os misteres constitucionais da Administração Pública, bem como postulados fundamentais de elevada grandeza, como a dignidade da pessoa humana, a livre iniciativa e a preservação do emprego e estímulo adequado ao desenvolvimento da atividade econômica, tudo visando ao devido enfrentamento e superação da crise que se instaurou sem qualquer responsabilidade estatal.

A eventual limitação do gestor público que poderia, em tese, ser acolhida pela redação contida no referido § 10º do art. 73 da Lei das Eleições não pode ser interpretada de modo a criar amarras e indevido engessamento do gestor,

23 Fonte oficial da Secretaria Municipal da Fazenda – SEFAZ de Salvador/BA.

de modo que, ao fim e ao cabo, resultem em grave e patente prejuízo aos cidadãos, em especial aos mais vulneráveis aos terríveis efeitos econômicos e financeiros causados pela pandemia.

Cabe aqui transcrever passagem crítica dos ilustres administrativistas André Cyrino e Gustavo Binenbojm (2018), os quais ponderam com propriedade:

Somente o administrador médio está confortável e seguro. Sem tal clarividência, no entanto, os incentivos ao administrador público – que quiser ser honesto – serão de adoção de postura estritamente burocrática, em sua pior conotação. Será um sujeito preso a ritos e cautelas que tendem a gerar paralisia decisória. É o apagão das canetas, como se tem referido. Um quadro de temor e inação.

Ainda nessa mesma direção, colhe-se passagem do parecer exarado pelo Ministério Público Eleitoral do Rio Grande do Sul que, em consulta formulada junto ao TRE/RS, assim se manifestou:

Contudo, não podemos olvidar o grave momento pelo qual está passando a sociedade brasileira diante da pandemia do coronavírus (Covid-19), que conduziu o país a uma crise sanitária, mas igualmente econômica sem precedentes, **sendo que os gestores públicos estão sendo demandados para atuar em prol da população e**, por se tratar de um ano de eleições, buscam orientação para não descumprir a legislação eleitoral.²⁴

Apreciando o mesmo tema ora sob testilha, a douta Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre (RS), por conduto do procurador Jhonny Prado, exarou manifestação jurídica com brilhante enfrentamento, cujo teor converge com a posição aqui adotada, merecendo a seguinte reprodução:

Deveras, nesses casos seria ilógico impor limitações ao gestor público que o impeça de adotar medidas políticas e sociais que conduza a situação novamente à normalidade. Seria, em outras palavras, submeter toda a população aos efeitos deletérios da crise, pelo simples medo do uso eleitoral da máquina. Em última análise, mediante uma interpretação teleológica da norma, seria um contrassenso, tendo em vista que geraria o possível desequilíbrio eleitoral reverso, para o ocupante do cargo público, diante da imposição de limitações ilógicas perante a realidade posta, impedindo-o de solucionar situação emergencial.²⁵

Tem-se, portanto, que a concessão dos eventuais benefícios fiscais pode, em regra, não consistir em um *fim* em si mesmo, mas em *meio* para se alcançar os fins buscados pela Administração Municipal na busca da mitigação dos impac-

²⁴ Parecer proferido no processo nº 0600098-44.2020.6.21.0000, grifo nosso.

²⁵ Parecer nº 1206, exarado no Processo nº 20.0.000036260-4.

tos decorrentes das medidas de enfrentamento da pandemia e, por conseguinte, incremento da receita pública, cuja queda nesse mesmo período vem sendo acentuada, desequilibrando as contas públicas. Não se trata, portanto, de um ato de mera liberalidade ou de um simples favor fiscal por parte do Poder Público.

Nesse passo, mesmo em caso de redução de imposto sem a exigência direta e objetiva de contrapartida, o TSE já se pronunciou no sentido de que “não caracteriza abuso de poder político a redução de imposto para um setor econômico se não se trata de ato episódico da administração, mas se insere no contexto de planejamento governamental”. Vejamos a ementa:

Recurso ordinário. Investigação judicial eleitoral. Art. 22 da Lei Complementar no 64/90. Governador. Candidato. Reeleição. Participação. Evento. **Associação Comercial e Industrial do Estado. Redução de imposto. Anúncio. Reivindicação. Empresários. Administração.** Ato episódico. Abuso do poder político. Não-configuração. Contexto. Governo. Ato regular. Planejamento governamental. Conduta. Potencialidade. Ausência. Inovação da lide. Não-ocorrência. Recurso. Restrição. Objeto. Abuso de poder. [...]

2. Não caracteriza abuso de poder político a redução de imposto para um setor econômico se não se trata de ato episódico da administração, mas se insere no contexto de planejamento governamental, fundado em estudos técnicos que evidenciam a viabilidade da concessão de benefícios fiscais, sem prejuízo ao erário.

Recurso ordinário a que se nega provimento. (RECURSO ORDINÁRIO n° 733, Rel. Min. FERNANDO NEVES DA SILVA, DJEde 21/06/2004, p. 87, grifo nosso).

Note-se, na esteira da jurisprudência acima, que a hipótese apreciada aqui não se trataria de ato episódico, mas sim de procedimento levado a curso pela Administração Pública dentro de um planejamento administrativo com objetivo delimitado e específico de mitigar impactos decorrentes do combate à Covid-19, notadamente nas hipóteses em que a economia do ente público municipal se encontra ancorada no setor de serviços, com destaque para segmentos de turismo e toda a cadeia produtiva derivada (bares, restaurantes, hotelaria etc.), muito impactada pelas medidas de isolamento social impostas pelos Poderes Públicos para evitar a disseminação da doença.

Por fim, é cediço que, em tema atinente às condutas vedadas aos agentes públicos, estatuídas no art. 73 da Lei n° 9.504.97, há regra hermenêutica segundo a qual se impõe conferir exegese restritiva aos dispositivos ali elencados, de sorte que não se pode realizar interpretação ampliativa para abarcar hipóteses não expressamente contempladas.²⁶

²⁶ “Para a configuração da conduta vedada aos agentes públicos, segundo o rol previsto no art. 73 da Lei das Eleições, **impõe-se o enquadramento preciso entre a realidade fática**

De igual modo, é importante pontuar que a permissão contida na exceção legal em comento (calamidade pública e estado emergencial) não deve conduzir a uma promoção pessoal do gestor ou de terceiros, especialmente porque há que ser prestigiado o princípio constitucional da impessoalidade (art. 37, § 1º, da CF/1988), imperando o caráter educativo, informativo e de orientação social dos atos, serviços ações e programas do Poder Público.

Daí é que, consoante vem entendendo o colendo TSE, somente o exame sereno, cuidadoso e equilibrado do caso concreto poderá resultar em conclusão de uso indevido de um eventual programa municipal, previsto em lei, que trate de concessão de benefícios fiscais, os quais, numa análise perfunctória, seria muito bem-vindos em tempos de combate aos efeitos deletérios provocados pela Covid-19.

2 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em que pese as regras que circunscrevem as condutas vedadas aos agentes públicos durante a campanha eleitoral tenham sido editadas em boa hora, com propósito legítimo e salutar de combater eventuais desvios do uso da máquina pública em prol de candidaturas políticas, protegendo a isonomia do certame, não se pode perder de vista que a Administração Pública, mesmo em ano de eleições, não pode admitir o engessamento ou a paralisia das suas funções primordiais, notadamente a busca pela melhoria da qualidade de vida da coletividade e a promoção do bem comum.

Para isso, há que se elogiar a mudança de postura da máxima corte de Justiça eleitoral no que tange à interpretação contida na regra do § 10º do art. 73 da Lei das Eleições, deixando-se de entendê-la como de aplicação imediata e automática e passando-se a enfrentar os contornos e nuances do caso concreto posto em análise, em posicionamento consentâneo, a nosso ver, com os postulados constitucionais de maior envergadura no sistema jurídico, e exemplo dos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da eficiência.

Com muito mais razão ainda, portanto, quando a situação concreta faz emergir, com tamanha e evidente segurança, a aplicação da exceção legalmente prevista, ou seja, a calamidade pública e o estado de emergência provocados pela pandemia do novo coronavírus, que está a exigir pronta e eficiente atuação do gestor público, com responsabilidade, sem amarras e sem receio de incidência na conduta vedada em tela, desde que não pretenda utilizar-se deste mecanismo

perquirida e o paradigma legal proibitivo, porquanto, tratando-se de norma restritiva de direitos, a exegese a ser conferida deve ser estrita, sendo, destarte, inviável estender a interpretação com vistas a alcançar hipóteses não disciplinadas taxativamente, consoante a jurisprudência do colendo TSE (Acórdão nº 16.040, rel. Min. Costa Porto, DJU de 4.2.2000, p. 30)". (TRE/BA, RE nº 7616, Rel. Juiz Pedro de Azevedo Souza Filho, DJ de 14/07/2007. Grifo nosso).

como *alavanca eleitoral*, de modo a desvirtuar a sua finalidade essencial, notadamente porque, mesmo nas situações de excepcionalidade, continua a ser aplicável a regra do inciso IV do art. 73 da Lei das Eleições, que proscreve “fazer ou permitir uso promocional em favor de candidato, partido político ou coligação, de distribuição gratuita de bens e serviços de caráter social custeados ou subvencionados pelo Poder Público”.

Assim, os benefícios fiscais em ano eleitoral, sobretudo no atual momento de pandemia da Covid-19, encontram respaldo no ordenamento jurídico, desde que, além das restrições acima, ostentem caráter objetivo e de impessoalidade, prezando pela absoluta transparência como forma de permitir o acompanhamento de sua execução por parte do Ministério Público Eleitoral e pelos demais atores do processo democrático.

É neste cenário que se vislumbra legítima a edição de norma legal que faça previsão de concessão de benefícios fiscais a determinados setores comprovadamente atingidos pela crise econômica e financeira causada pelas medidas de combate à Covid19, buscando-se seu soerguimento, a preservação do emprego e da renda da população e, ainda, evitando-se uma situação de caos ainda maior do que aquela provocada pela própria emergência sanitária.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Roberto Moreira de. **Curso de Direito Eleitoral**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- BOSCAINE, Clarissa. A distribuição gratuita de bens, valores e benefícios em ano eleitoral. **Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE**, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 41-54, jul./dez., 2011.
- CIRYNO, André; BINENBOJM Gustavo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 203-224, nov. 2018.
- TIMÓTEO, Antonio. Com coronavírus, BC espera queda de 6,4% no PIB brasileiro em 2020. **UOL Economia**, 25 jun. 2020. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/06/25/com-coronavirus-bc-espere-queda-de-64-do-pib-brasileiro-em-2020.htm>. Acesso em: 30 ago. 2020.
- ZILIO, Rodrigo López. **Direito Eleitoral**. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico editora, 2012.

6

A (IM)POSSIBILIDADE DA CELEBRAÇÃO DE NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS PELA FAZENDA PÚBLICA

*José Andrade Soares Neto*²⁷

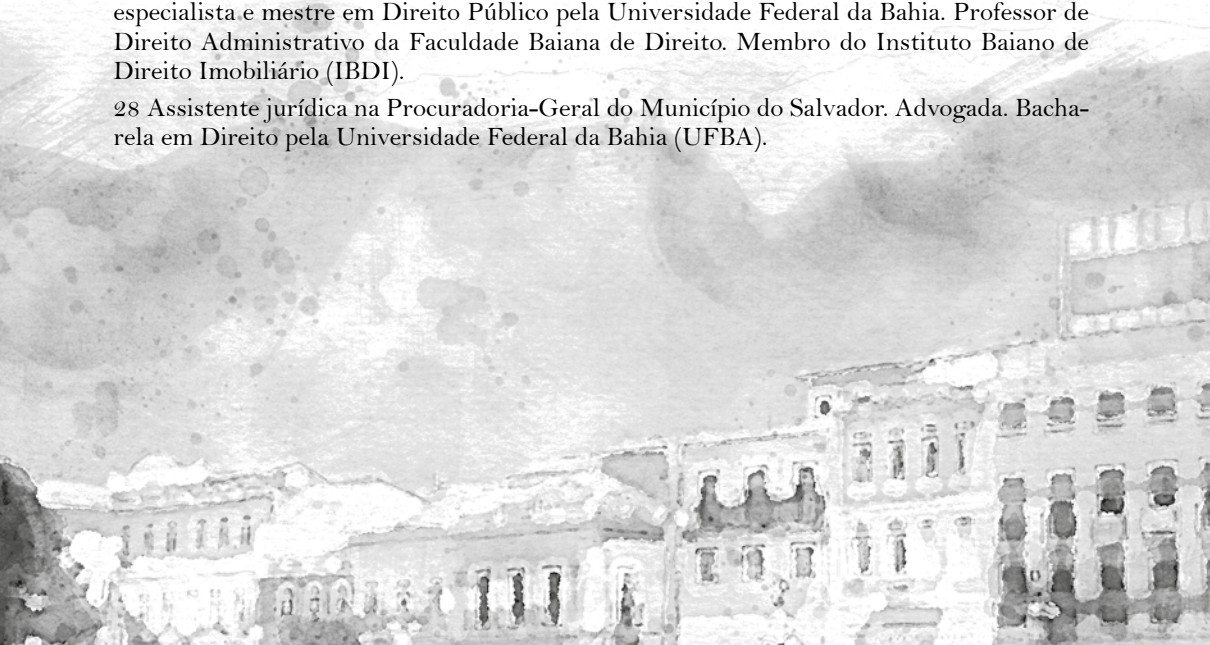
*Layssa Xavier Fonseca*²⁸

O Código de Processo Civil atual trouxe uma gama de inovações procedimentais na busca por um processo mais justo e efetivo. E, quando nos deparamos com a existência de situações jurídicas jamais vistas na sistemática processual brasileira, surge o dever de analisar como os novos procedimentos se manifestarão na realidade fática e quais as consequências de suas aplicações.

Essa nova forma de organização procedimental é o modelo processual cooperativo, compreendendo-se tal termo, em sua essência, como uma ação conjunta para se atingir uma finalidade através de métodos consensuais e práticas colaborativas. No Direito Processual, implica afirmar uma nova atuação das partes para a resolução do litígio, incluindo-se como colaborador do processo o juiz, o qual atuará de maneira ativa e dentro de um mesmo patamar hierárquico

27 Procurador do Município do Salvador. Coordenador da Procuradoria do Meio Ambiente, Patrimônio e Obras. Advogado. Sócio da Faro, Brito e Soares Neto Advogados. Bacharel, especialista e mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Professor de Direito Administrativo da Faculdade Baiana de Direito. Membro do Instituto Baiano de Direito Imobiliário (IBDI).

28 Assistente jurídica na Procuradoria-Geral do Município do Salvador. Advogada. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).



que as partes durante o procedimento, adquirindo relevância destacada apenas no momento da prolação da decisão.

O afastamento do modelo adversarial para a ascensão do modelo cooperativo trouxe uma série de deveres a serem praticados pelas partes, mas permitiu também a realização de atos a partir da celebração de negócios processuais. Em outras palavras, as partes podem convencionar, por exemplo, antes da instauração do procedimento ou da instrução probatória propriamente dita, quais são as provas que poderão ser produzidas e qual o grau de importância delas, limitando ou ampliando o conceito de instrução probatória que conhecemos hoje.

Em virtude da inovação intrínseca proposta pela mudança legislativa, o referido trabalho perpassa pelo estudo do novo modelo processual adotado, qual seja o cooperativo, com a utilização de instrumentos como os negócios jurídicos processuais atípicos, compreendendo sua extensão e contornos. Não obstante, como afirmado nas linhas iniciais, inovações legislativas estão sempre acompanhadas da investigação de sua ocorrência prática. Por fim, o último tópico repousa na compreensão de como se procederá a atuação da Fazenda Pública diante da possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais atípicos, de forma a delimitar a sua atuação e compreender a sua importância para efetivação do interesse público.

Feitas então as considerações iniciais, convém adentrarmos no estudo da expansão dos negócios processuais probatórios e na compreensão do modelo de processo arquitetado pelo Código de Processo Civil em busca de maior eficiência processual e efetivação da justiça.

1 O MODELO COOPERATIVO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Um dos maiores méritos que podemos conceder ao Código de Processo Civil atual é o seu desejo de ver nascer uma prestação jurisdicional mais efetiva. Para tanto, vê-se enraizado em seu texto um processo de inovação voltado para a promoção de um procedimento mais flexível e de um novo modelo de Direito Processual, que é o modelo cooperativo.

O modelo de organização processual influencia no modo de atuação daqueles que estão envolvidos no processo, que são as partes e o juiz. Cada um deles, independentemente do modelo a ser adotado, exercerá um papel mais ou menos relevante em determinada fase processual (DIDIER JR., 2011, p. 1082).

O entendimento do papel das partes no processo civil é essencial para se compreender a atividade jurisdicional, em que base ela se alicerça e os fins que o Estado lhe reserva. São justamente as limitações trazidas pelo sistema que irão delinear qual a função da jurisdição (ALMEIDA, 2014, p. 201). Até então, no Brasil predominava o modelo publicista, de matriz inquisitorial, com predomínio dos poderes instrutórios do juiz, buscando-se uma neutralização da liberdade das partes. Fortaleceu-se, então, a premissa de que às partes bastaria

narrar os fatos, sendo o direito de conhecimento privativo do juiz, passando este a ser o protagonista do processo (CUNHA, 2015, p. 48).

Porém, como já mencionado, o Código de Processo Civil atual pretende dar uma maior efetividade ao procedimento, instaurando um novo modelo de organização procedimental, o modelo cooperativo.

De acordo com este modelo, o momento em que existirá uma atuação predominante e exclusiva do juiz é no momento da prolação dos atos decisórios. O órgão jurisdicional assume uma dupla função, mostrando-se paritário no decorrer do procedimento e durante o diálogo processual e preponderante no momento da decisão, realizando, neste momento, uma função que lhe é própria e essencial para a resolução do conflito posto ao Poder Judiciário.

O princípio da cooperação compreende o conceito de uma “comunidade de trabalho” entre as partes e o tribunal para a realização da função processual (FREITAS, 1996, p. 153). O novo modelo processual deve ser orientado pelo diálogo e comunicação entre os sujeitos processuais. Há uma maior prevalência da instrumentalidade do processo, afastando-se da ideia de supervalorização das regras técnicas, de forma a se obter um meio de pacificação social dotado de efetividade, angariada por meio da cooperação entre os sujeitos envolvidos.

O objetivo principal deixou de ser a previsibilidade processual, dando-se à rápida e eficiente solução do processo o papel de destaque, a partir da elasticidade e da adaptabilidade dos procedimentos. Não há que se negar que o modelo inquisitorial, ao centralizar todas as atividades nas mãos do juiz, gera maior lentidão na marcha processual e a morosidade do Judiciário brasileiro, prejudicando os inúmeros jurisdicionados que dependem da resolução do conflito para ver seus direitos garantidos. Ao se atribuir a uma única autoridade várias responsabilidades em série, torna-se inviável a garantia de um trâmite processual com celeridade.

O modelo de processo cooperativo nada mais é do que uma efetiva distribuição de trabalho entre os sujeitos do processo, incluindo-se o juiz, de maneira simétrica, devendo existir uma responsabilização daqueles que não atuem de acordo com o regramento proposto. Essa nova forma de organização procedimental mostra-se apta a promover uma maior eficiência da prestação jurisdicional e oferece espaço para que as partes possam dispor de seus direitos sem afetar a atuação preponderante do juiz na prática dos atos decisórios.

O que o modelo cooperativo propõe é um equilíbrio no qual interesses públicos sejam preservados sem que se esqueça da razão pela qual foi concebida a atividade estatal (CABRAL, 2015, p. 206). Dessa forma, assim como as partes devem se adaptar ao ativismo judicial, os juízes também devem ser mais tolerantes e receptivos aos mecanismos que promovem uma maior disponibilidade procedimental pelas partes. Esse novo fenômeno processual visa a oferecer uma

alternativa para os procedimentos preestabelecidos em lei, que não se compatibilizam com as particularidades da relação jurídica apresentada.

Essa nova realidade processual, pela sua inovação, carece de maiores explicações quanto ao novo modo de atuação do Poder Judiciário que, além de simétrico em relação às partes, deve estar capacitado para desenvolver um procedimento probatório mais disponível e distinto da estrutura existente ao longo de anos na atuação jurisdicional.

Em termos práticos, houve uma ampliação da possibilidade de disposição das partes em matéria processual, permitindo-se mudanças no procedimento, para ajustá-los às especificidades da causa, de forma que se possa convencionar sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Tal mudança pode ser considerada como uma espécie de meio-termo entre o processo arbitral e o jurisdicional. Harmoniza-se o protagonismo do juiz com a possibilidade de gestão processual pelas partes (GRECO, 2007, p. 4), promovendo uma maior eficiência do sistema jurisdicional.

Assim, torna-se necessário estabelecer critérios sólidos para o modo e as consequências resultantes da adoção do modelo cooperativo no processo civil brasileiro como um mecanismo legítimo à efetiva prestação jurisdicional, que poderá ser usufruído também pela Fazenda Pública, desde que respeitados eventuais limites relacionados à preservação do interesse público.

2 NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS

Uma das formas de se verificar a flexibilização do procedimento é através de convenções realizadas pelas partes, prevendo modificações na forma e/ou conteúdo dos atos processuais incidentes em demandas futuras ou naquelas que já estão em curso. O que se busca com essas convenções não é solucionar o conflito, mas regulamentar o exercício da jurisdição nos moldes desejados. Não há uma disposição do Direito Material, mas sim do Direito Processual, com o intuito de se alcançar maior previsibilidade do resultado, tempo ou custo processual (ALMEIDA, 2015, p. 114).

Por se tratar de negócios processuais, uma vez que os sujeitos praticam tais atos com o intuito de realizar uma declaração de vontade com determinados efeitos jurídicos e fins específicos, para que sejam eficazes, necessitam estar em consonância com a teoria geral dos negócios jurídicos do Código Civil, os quais devem possuir forma estabelecida em lei, licitude do objeto e capacidade das partes. Não obstante, por possuírem conteúdo de Direito Processual, devem obedecer aos limites da ordem pública processual, incluindo-se o respeito ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa e a busca da verdade.

Apesar de não constarem no rol de espécies de negócios jurídicos processuais do Código Civil, sua previsão genérica se verifica nos arts. 190 e 200 do

Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), os quais materializam a estipulação de mudanças no procedimento, ajustando-o às especificidades da causa e convencendo sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo, produzindo efeitos imediatamente.

Em relação às convenções processuais, a questão deve ser analisada sob determinados aspectos, os quais irão influenciar na compreensão do instituto e nas formas que ele poderá se manifestar. Inicialmente, podemos fazer análise quanto aos aspectos judicial e extrajudicial. No âmbito judicial, essas convenções podem ocorrer através de duas ou mais declarações de vontade, que se unem para a criação de um novo ato, com efeitos específicos e possuindo, portanto, natureza processual. Já as convenções realizadas extrajudicialmente podem ocorrer de forma autônoma ou estarem inseridas em contratos abrangentes, possuindo natureza de Direito Material e ficando com os efeitos processuais condicionados à sua integração no processo (CABRAL, 2015, p. 348). Note que a localização da realização da convenção induzirá a sua natureza, e consequentemente as exigências necessárias para a sua formalização e o regime jurídico a ser adotado. Ou seja, o momento da sua ocorrência está intrinsecamente relacionado com a sua definição em convenção material ou processual.

As convenções em tema de processo possuem seus requisitos estampados no art. 190 do Código de Processo Civil, quais sejam: a) devem versar sobre direitos que admitem autocomposição; b) plena capacidade das partes e c) devem tratar sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais das partes.

De maneira breve, podemos destacar que o primeiro requisito se refere à obrigatoriedade de escolha de direitos que admitam autocomposição, abarcando os direitos processuais e as regras sobre procedimento. Insta ressaltar a necessária diferenciação entre os conceitos de indisponibilidade e possibilidade de transação, uma vez que mesmo no âmbito dos direitos indisponíveis existe uma margem para a autocomposição.

Costuma-se afirmar que os direitos indisponíveis não admitem autocomposição. Porém, não podemos negar a existência de situações em que aquilo que é indisponível passa a ser transacionável. É o caso, por exemplo, de processos de investigação de paternidade, no qual o réu, sendo maior e capaz, pode reconhecer a procedência da demanda e assumir a paternidade (YARSHELL, 2015, p. 81-82). Além disso, temos a possibilidade de realização de acordo no Direito Ambiental através da realização de indenizações de caráter econômico, ou ainda quando um bem público afetado a determinado uso especial é desafetado para ser objeto de alienação ou transação, desde que haja nestas últimas hipóteses a autorização legal exigida.

Já no que tange à plena capacidade das partes, a distinção em relação à natureza processual ou material terá efeito relevante. Em se tratando de natureza processual, serão exigidas a capacidade de ser parte, de estar em juízo e a postulatória. Entretanto, nas convenções de natureza material, até o seu ingresso

no procedimento, não seria exigível nem a capacidade de estar em juízo, nem a postulatória, mas tão somente a capacidade de ser parte, impondo-se apenas a presença de advogado quando do ingresso do ato em sede processual (CABRAL, 2015, p. 349).

Finalmente, quanto ao objeto das convenções, ressalta-se, desde já, que é ineficaz a convenção que tenha como base atos do juiz ou que dependa da sua anuência, de modo que a eficácia de tal ato só ocorrerá após a introdução da convenção no processo e a sua aceitação judicial. Ademais, não há maiores questionamentos quanto às hipóteses de abrangência, as quais abarcam, entre outras, o pacto de impenhorabilidade, a ampliação do tempo de sustentação oral, convenções sobre prova e redução de prazos processuais.²⁹

Quanto ao regime jurídico, em se tratando de convenções extrajudiciais, estas devem ser formuladas de forma escrita, não sendo admitida na modalidade verbal, porquanto a eficácia dos seus termos está condicionada à sua inserção no processo, quando estará passível do controle do juiz quanto à sua validade ou sua concordância, quando necessária. Já dentro do processo, as convenções podem ser encontradas em peças individuais produzidas pelas partes ou por meio de um ato processual conjunto. Assim, podemos depreender que, para que uma convenção extrajudicial tenha validade no processo, é necessário atender a todas as exigências processuais.

Mais do que a previsão genérica, o legislador trouxe expressamente algumas hipóteses de convenções processuais, tais como a possibilidade de modificação da competência e a repartição de custas processuais de forma diversa daquela prevista na lei, o que não veda a realização de negócios processuais não previstos expressamente, desde que respeitem as restrições supramencionadas e que não sejam hipóteses vedadas por lei ou que não contrariem objetivos jurisdicionais considerados mais relevantes (ALMEIDA, 2015, p. 122).

Entre as possibilidades de celebração de negócios processuais, sejam aquelas já ofertadas pelo legislador ou fruto de convenções processuais atípicas, podemos verificar as encontradas no campo do Direito Probatório, muito em razão da garantia ofertada pelo legislador de promover a efetivação do direito no caso concreto a partir de uma produção probatória mais ampla possível. O Direito Probatório apresenta uma ampla variedade e ao mesmo tempo uma certa complexidade, já que suas disposições são tradicionalmente consideradas cogentes, de forma que as convenções probatórias acabam recebendo forte resistência doutrinária.

Entretanto, a produção de provas é uma garantia constitucional de grande relevância para o proferimento de uma decisão justa, já que é nesta etapa que boa parte do convencimento do órgão julgador é formada. Para tanto, esse pro-

²⁹ Enunciados nº 19 e nº 21 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC).

cesso não deve ser restringido desnecessariamente e deve estar desvinculado de procedimentos rigidamente fixados em lei.

Assim é que, apesar da previsão de algumas hipóteses de convenções processuais, é possível a celebração de negócios processuais atípicos, através da cláusula geral prevista no art. 190 do CPC, como já mencionado, permitindo-se uma maior valorização da vontade dos sujeitos processuais, a quem se confere a possibilidade de promover o autorregramento de suas situações processuais (CUNHA, 2015, p. 71).

Inicialmente, podemos destacar a possibilidade de utilização de determinado meio atípico de prova, de acordo com o conteúdo a ser abordado, utilizando-se de métodos até então ignorados pela jurisdição brasileira. Tais métodos devem ser desenvolvidos de maneira apropriada para que possam ser legalmente consagrados (FERRIER, 1999, p. 110).

Presume-se possível também a existência de vedação de produção de prova pelo juiz, de forma a garantir a segurança jurídica desejada pelas partes e a eficácia do seu acordo, sem qualquer possibilidade de interferência do magistrado, desde que o negócio já tenha sido considerado válido e eficaz. A referida eliminação poderá ser parcial ou total (FERRIER, 1999, p. 112). A doutrina aponta também a possibilidade de estabelecimento convencional de prova legal, ou seja, a especificação de um só meio de prova possível para a demonstração da veracidade de um fato (MOUSSERON, 2010, p. 697).

Há, portanto, o imperativo da liberdade de demonstração da prova que poderá acarretar uma certa insegurança por parte dos contratantes, que deverá ser solucionada através da criação de dispositivos contratuais extremamente claros, demonstrando todas as situações possíveis e que sejam capazes de solucionar o feito sem prejuízo para quaisquer dos envolvidos.

Considera-se concebível também uma mudança na valoração das provas produzidas no procedimento, de forma diversa daquela prevista no ordenamento. Nesses casos, o objetivo é que a avaliação seja a mais razoável possível, devendo, por óbvio, estar prevista na relação contratual. Quanto mais claros forem os critérios, mais efetiva será a produção probatória (PEZZANI, 2004, p. 251).

As partes poderão ainda convencionar a respeito da existência de uma hierarquia entre as provas produzidas no procedimento. Assim, por exemplo, poderá ser determinado que em se existindo um conflito entre uma prova eletrônica e uma prova escrita, uma delas prevalecerá, de acordo com o disposto no negócio processual produzido pelas partes (MOUSSERON, 2010, p. 699).

Além disso, poderão ser objeto da convenção processual os meios de prova que serão utilizados no procedimento, que serão determinados exclusivamente no interesse das partes (PEZZANI, 2004, p. 192), bem como restará admitida a possibilidade de previsão absoluta dos fatos alegados pelas partes no contrato. Em outras palavras, as partes poderão convencionar indicando que alguns fatos determinados são absolutos, não necessitando da realização de provas em

relação a estes, devendo tal alegação ser acatada pelo juízo (FERRIER, 1999, p. 113).

Pelo exposto, o elenco de convenções processuais apresentado pela doutrina é bastante extenso, sendo importante ressaltar que tal relação será cada vez maior a partir da aplicação do instituto ao longo dos anos. Convém agora analisarmos como se procederá a atuação da Fazenda Pública diante da possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais atípicos, de modo a delimitar a sua atuação e compreender a sua importância para efetivação do interesse público.

3 A (IM)POSSIBILIDADE DA FAZENDA PÚBLICA CELEBRAR NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS

Como demonstrado anteriormente, um dos requisitos exigidos pelo art. 190 do Código de Processo Civil é de que o negócio processual verse sobre direitos que admitam autocomposição. A referida exigência, analisada sem o devido rigor, poderia levar à conclusão precipitada da impossibilidade de a Fazenda Pública firmar negócios jurídicos processuais atípicos.

Ligeiramente, há um aparente conflito entre regra e princípio. De um lado, a exigência de convenções processuais que versem apenas sobre direitos que admitam autocomposição; de outro, o tão conhecido princípio da indisponibilidade do interesse público.

No entanto, aqui não se fazem necessárias profundas análises hermenêuticas quanto à prevalência de um em relação ao outro. Uma análise sobre o verdadeiro conceito contido no princípio que norteia a atividade pública e uma interpretação acerca da exigência legal se mostram suficientes.

Inicialmente, e como já brevemente explanado neste trabalho, o texto legal não traz a exigência de que o Direito Material envolvido seja disponível, mas sim que o processo verse sobre direitos que admitam autocomposição. O legislador foi extremamente feliz em realizar a diferenciação entre os conceitos, pois dessa forma tornase possível a celebração dos negócios jurídicos processuais, ainda que os direitos sejam indisponíveis (NEVES, 2018, p. 395) e um das partes seja a Fazenda Pública.

Isso se dá porque é fato notório que grande parte dos direitos defendidos por ela são indisponíveis, mas a referida particularidade não se torna óbice à celebração de negócios jurídicos processuais. Inclusive, apesar das discussões doutrinárias, a atividade legislativa sempre caminhou neste sentido.

Prova disso é a promulgação da Lei nº 13.867/19, que autoriza o uso da mediação e da arbitragem para definir os valores das indenizações nas desapropriações por utilidade pública. Da mesma maneira, a Lei nº 9.469/97 também prevê expressamente a possibilidade de a Fazenda Pública celebrar acordos

para prevenir ou encerrar litígios, bem como autoriza, em determinados casos, a não propositura de ações.

No mesmo sentido, o Fórum Permanente de Processualistas Civis lançou o seguinte enunciado: “A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual”.³⁰

Compreendida a intenção do legislador quando da produção normativa e assimilando-se a distinção necessária entre indisponibilidade do Direito Material e direitos que admitam autocomposição, analisaremos agora o significado mais adequado da expressão “indisponibilidade do interesse público”.

O princípio em questão pode ser compreendido como uma das prerrogativas de que o Estado goza para satisfazer as necessidades coletivas, mas atentando-se à necessidade de atuar amparado nos limites do interesse público. Disso se depreende que os agentes públicos não são donos dos interesses por eles defendidos, mas meros representantes adstritos ao bem comum.

Nota-se que o conceito de interesse público é um dos exemplos das fórmulas genéricas encontradas no Direito, distanciadas de precisão e com caráter aberto. O mérito dessa forma de definição é inegável, uma vez que propicia a adequação da legislação às alterações ideológicas ocorridas com o passar do tempo, bem como a maleabilidade da norma no caso concreto (PEREIRA, 2008, p. 39).

A vantagem está justamente em ajustar o interesse público aos anseios contemporâneos e ao mesmo tempo ter uma consciência precisa do que o interesse público *não* representa.

Percebe-se então que, em verdade, não há óbices à celebração de negócios jurídicos processuais pela Fazenda Pública, desde que não haja ofensa ao interesse público e que o negócio tenha como fim uma melhor solução jurídica para resolução do conflito. Não há uma barreira intransponível, mas sim a necessidade de uma atuação delimitada.

Quando tratamos dos limites, já constatamos a necessidade de sua observação ao se tratar de celebração feita por particulares. No caso do advogado público, na condição de representante da Fazenda Pública, além de respeitar os limites gerais, deve ter sua atuação adstrita sempre à busca pelo interesse público.

Se a expressão supramencionada é genérica, a sua forma de proteção também o será, sendo variável de acordo com o caso concreto. No entanto, existem limitações que são constantes quando da celebração de negócios processuais atípicos pelo advogado público.

O primeiro caso é diante da existência de regramento legal ou administrativo que vede a sua celebração. Em seguida, podemos destacar a imprescindi-

30 Enunciado nº 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC).

bilidade de observação do princípio da isonomia, já tratado no tópico anterior, que ressalta a necessidade de paridade entre as partes celebrantes do negócio.

Mais especificamente, ao falarmos que o advogado público deve perseguir o interesse público, estamos a dissertar acerca do interesse primário, representado pelas necessidades da sociedade, ou seja, dos cidadãos enquanto partícipes da coletividade, não se confundindo com a vontade da máquina estatal, a qual se configura como interesse secundário (CARVALHO, 2015, p. 57).

Atender ao interesse público primário é, sem dúvida, proporcionar maior eficiência aos processos judiciais. A Fazenda Pública, assim como qualquer outra parte processual, não pode se distanciar dos valores inerentes ao modelo processual cooperativo, devendo atuar de modo a construir um processo judicial mais eficiente. Mais ainda, no caso dos advogados públicos, essa postura deve estar mais presente, uma vez que estes têm como função zelar pelo interesse público.

Optar por dar continuidade a um processo judicial por anos, pelo simples apelo ao rigor e sem qualquer razoabilidade, interpondo recursos infrutíferos quando a lei autoriza a sua renúncia, é, sem sombra de dúvida, uma atuação que vai de encontro ao interesse público.

Assim, sendo a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos um dos meios de se promover uma tutela efetiva e tempestiva, não há qualquer motivo em se negar a sua aplicação à Fazenda Pública. Ressalta-se, no entanto, ser inadmissível a celebração de acordos que gerem prejuízo ao erário.

Neste cenário, mostra-se razoável a celebração de negócios que versem sobre a redução de prazo em dobro para manifestações, exclusão de determinado meio de prova, realização antecipada da atividade probatória ou a não interposição de recursos, se isso não acarretar prejuízo à sua atuação. Em outras palavras, os negócios jurídicos processuais atípicos celebrados pela Fazenda Pública devem ser aqueles atinentes aos aspectos procedimentais, promovendo um processo judicial mais rápido e eficaz.

No entanto, para que a inovação legislativa proporcionada pelo Código de Processo Civil alcance o êxito a que se propõe, os advogados públicos devem estar abertos a essa nova perspectiva do processo. Isso ocorre porque, como supramencionado, a celebração desses acordos pode apresentar a falsa aparência de disposição do interesse público, de modo a atrair a fiscalização dos órgãos de controle como Ministério Público e do Tribunal de Contas, paralisando a atuação do advogado público.

Se por um lado a existência de maiores regramentos poderia trazer um certo prejuízo aos negócios processuais atípicos – até pela sua própria nomenclatura –, por outro, no âmbito da Fazenda Pública, ela se faz necessária para que a inovação legislativa não se torne uma letra morta. É necessário ofertar

maior segurança jurídica aos advogados públicos, de modo a prever hipóteses em que os negócios jurídicos poderão ser celebrados.

Não obstante, mesmo abarcado pelas hipóteses legalmente previstas, o advogado público deve necessariamente fundamentar e motivar a escolha da via negocial para solução dos conflitos judiciais. Por exemplo, não é cabível a celebração de acordo quando as chances de êxito da Fazenda Pública no processo são bastante significativas, pois estaria ferindo o interesse público em questão.

No contexto de regulamentação, podemos trazer à baila o exemplo exitoso da Procuradoria da Fazenda Nacional, que editou diversas portarias dispendo sobre a celebração de negócios jurídicos processuais em seu âmbito de atuação e promovendo a sua limitação. Segundo a Procuradoria da Fazenda Nacional, a estimativa é de que a celebração de acordos, somente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, promova uma redução de três mil processos em um semestre (BRASIL, 2019).

Verifica-se que as regulamentações editadas além de promoverem a abertura de um caminho que proporciona o descongestionamento do Judiciário, retirando perdas evidentes para a sociedade, proporcionaram a preservação do interesse público, conjugando este com a proteção do seu erário, evitando o dispêndio de valores expressivos.

Ainda no âmbito do mesmo órgão, fora recentemente realizada uma Transação Tributária e Negócio Jurídico Processual com cooperativa médica localizada no Município de Petrópolis (RJ), promovendo a regularização de passivo inscrito na dívida ativa em torno de R\$ 309 milhões, tudo conforme a Lei nº 13.988/20, a qual disciplina as regras de transação para solução de litígios que envolvem créditos da Fazenda Pública (BRASIL, 2020).

O negócio jurídico tornou possível a criação de um plano de amortização em parcelas mensais, bem como o oferecimento de imóveis para garantir o seu cumprimento e outros direitos creditórios. Também serão aproveitados, como abatimento de dívida, os valores que se encontravam depositados em juízo nas execuções fiscais, que não eram passíveis de levantamento imediato pela Fazenda Pública, por força dos litígios instaurados. Com a celebração do negócio processual, os valores poderão ser imediatamente transformados em pagamento definitivo, resultando em uma arrecadação de R\$ 23 milhões em prol da União. A Transação Tributária, por sua vez, consolidou-se por meio de plano de quitação em 145 prestações e desconto sobre o valor dos débitos envolvidos.

Com a celebração da Transação e do Negócio Processual, foi concebível a efetivação do interesse público em uma dupla dimensão, uma vez que houve a preservação da arrecadação tributária, sem a qual não é possível a manutenção de um Estado Democrático de Direito. Além disso, garantiu-se o acesso à saúde por parte dos cidadãos da região, porquanto os pactos ajustados conferem

oportunidade para que a cooperativa possa manter o seu pleno funcionamento e continue prestando serviços relevantes aos seus usuários.

Assim, diante do estímulo ofertado pelo Código de Processo Civil para a geração de um processo judicial mais justo e efetivo, torna-se necessário que todos aqueles envolvidos no procedimento estejam preparados para atuar de acordo com as inovações, permitindo-se uma adaptação a essa nova cultura negocial. É justamente o papel desempenhado pelas partes envolvidas que determinará o sucesso ou fracasso das novas disposições, tornando-se um dever da Fazenda Pública realizar tais adaptações para adequar sua atuação em juízo a esta nova realidade.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o implemento do modelo cooperativo através do Código Civil atual houve uma ampliação da possibilidade de negociação das partes em matéria processual, permitindo-se mudanças no procedimento, para ajustá-los às especificidades da causa, de forma que se possa convencionar sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

As premissas adotadas pelo referido diploma ensejaram às partes o exercício da autonomia da vontade, incluindo-se a possibilidade de celebração de negócios processuais atípicos.

Essas novas regras convencionais estabelecidas pelas partes devem ser pensadas como forma de tornar o processo mais efetivo, justo, de modo a alcançar resultados positivos e relevantes para o processo. Não se trata de uma simplificação do procedimento, mas de uma racionalização deste, adequando o processo às particularidades do litígio posto ao Poder Judiciário.

No entanto, para que essa inovação legislativa alcance o êxito a que se propõe, é necessário que os sujeitos processuais estejam dispostos a atuar de acordo com essa nova perspectiva, devendo promover o bom andamento do procedimento e a resolução do conflito.

Um comportamento contrário ou indiferente ao novo regramento proposto representaria uma atuação retrógrada, de forma que, como sujeito processual que é, não pode a Fazenda Pública se abster da celebração de negócios processuais atípicos, desde que tenha sempre como fim o alcance do interesse público primário.

Se o novo regramento e a ampliação da autonomia da vontade irão de fato promover uma revolução na sistemática do processo civil brasileiro, ainda é muito cedo para se afirmar, mas não há como se negar a ocorrência de grandes avanços sobre o tema.

Estamos superando o paradigma de que a disciplina processual pertence exclusivamente ao Direito Público, adentramos em uma era processual em que se apresenta uma nova forma de se solucionar judicialmente um conflito, mas a

sua efetivação e permanência estão sujeitas à sua correta aplicabilidade, a qual depende de uma compreensão de como as partes devem atuar em um cenário processual mais cooperativo, justo e efetivo.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A contratualização do processo** – Das convenções processuais no Processo Civil de acordo com o novo CPC. Rio de Janeiro. LTr, 2015.
- ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **Das convenções processuais no processo civil**. Tese. Rio de Janeiro: Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 2014.
- ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. **Negócios jurídicos materiais e processuais** – Existência, validade e eficácia – Campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. Revista de Processo, São Paulo, v. 244, ano 40, n. 244, p. 393-423, jun. 2015.
- ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. No acordo de procedimento qual é o papel do juiz (codeclarante, mero homologador ou outro)? **Revista Brasileira de Direito Processual** – RBDPro, Belo Horizonte, ano 23, n. 91, jul./set. 2015.
- AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 246, ano 40, p. 219-238, ago. 2015.
- BANDEIRA, Carlos Adriano Miranda. O papel do juiz no controle dos negócios jurídicos processuais e o art. 190 do novo Código de Processo Civil. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, 2015. 29 p. Disponível em <https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/viewFile/126/119>. Acesso em: 15 ago. 2018.
- BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Fundamentos Constitucionais do Modelo Processual Cooperativo Brasileiro**. 2011. 237 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito. Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2011.
- BRASIL. **PGFN e cooperativa médica celebram acordo inédito para composição de dívidas de aproximadamente R\$ 309 milhões**. Ministério da Economia, 28 ago. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/agosto/pgfn-e-cooperativa-medica-celebram-acordo-inedito-para-composicao-de-dividas-de-aproximadamente-r-309-milhoes>. Acesso em: 23 set. 2020.
- BRASIL. **PGFN e STJ formalizam acordo para reduzir tramitação de processos**. Ministério da Economia, 7 jun. 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/assuntos/noticias/2019/pgfn-e-stj-formalizam-acordo-para-reduzir-tramitacao-de-processos>. Acesso em: 19 ago. 2020.

- CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016.
- CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Convenções em matéria processual. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 241, p. 489-516, mar. 2015.
- CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais. *In*: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio Passo; NOGUEIRA, Paulo Henrique (Coord.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015.
- CAMBI, Eduardo. **Direito fundamental à prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- CARDOSO, César. **O pré-julgamento (Pretrial) e a conciliação como instrumentos de desoneração do sistema judicial norte-americano: um paralelo com o sistema brasileiro**. Disponível em: www.agu.gov.br/page/download/index/id/9923695. Acesso em: 20 jul. 2018.
- CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo** – volume único. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.
- CUNHA, Leonardo Carneiro. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. *In*: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio Passo; NOGUEIRA, Paulo Henrique (Coord.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015.
- DIDIER JR. Fredie. **Fundamentos do princípio da cooperação do direito processual civil português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- DIDIER JR., F.; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. **Curso de Direito Processual Civil**. 4. ed. Salvador: Juspodivm.
- DIDIER JR., Fredie. La preuve et le contrat. *In*: **Mélanges Michel Cabrillac**. Montpellier: Dalloz-Litec, 1999.
- DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de Processo**. vol. 198, 2011.
- DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil *In*: DIDIER JR., F.; CABRAL, A. P.; NOGUEIRA, P. H (Coord.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015.
- FREITAS, José Lebre de. **Introdução ao Processo Civil**. Conceitos e princípios gerais à luz do código revisto. Coimbra: Ed. Coimbra, 1996.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. São Paulo: Atlas. 2008.
- GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015. v.1.

- GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. **Revista de processo**, São Paulo, v. 34, n. 172, p. 32-53, jun. 2009.
- GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**: processo de conhecimento. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 2.
- GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – Primeiras Reflexões. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, 1ª edição, out./dez., 2007.
- HAZARD JR, Geoffrey. C.; TARUFFO, Michele. **American Civil Procedure – an Introduction**. New Haven: Yale, 1993.
- LANES, Júlio César Goulard; POZZATI, Fábriço Costa. O juiz como o único destinatário da prova. *In*: DIDIER JR., Fredie; FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (Coord.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC**: Direito Probatório. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 5.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**. 5. ed. rev. Atual. São Paulo. Ed. RT. 2012.
- MIGLIAVACCA, Luciano; FORTES, Vinicius. **Flexibilização do procedimento e cooperação**: um novo olhar sobre o processo, p. 8. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=490efb66c5016fa8>. Acesso em: 17 ago. de 2018.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O problema da divisão do trabalho entre juiz e as partes**: aspectos terminológicos. Temas de direito processual. Quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.
- MOUSSERON, Jean Marc. **Technique contractuelle**. 4. ed. Levallois: Francis Lefebvre, 2010.
- MULLER, Julio Guilherme. **Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.
- OLIVEIRA, Larissa Silva de. **Discovery stage**: a validade da celebração de negócios jurídicos processuais alterando a fase instrutória do processo civil brasileiro. 2017. Monografia (Graduação) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017.
- PEREIRA, Hélio do Valle. **Manual da Fazenda Pública em juízo**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PEZZANI, Titina Maria. **Il regime convenzionale dele prove**. Publisher, Universita degli studi, 2004.
- ROCHA. Grazielle. **A reformulação da produção antecipada de provas no NCPC**. Disponível em: <https://grazirocha.jusbrasil.com.br/artigos/234282079/a-reformulacao-da-producaoantecipada-de-provas-no-novo-cpc>. Acesso em: 6 ago. 2018.

- TARUFFO, Michele. Considerazioni su prova e motivazioni. Atividade probatória. *In*: WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALVIM, Teresa Arruda (Org.). **Coleção doutrinas essenciais**: processo civil. São Paulo. Ed. RT, 2011.
- VASCONCELOS, Pedro Pais. **Contratos atípicos**. Coimbra: Almedina, 1995.
- YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?. *In*: DIDIER JR., F; CABRAL, A. P; NOGUEIRA, P. H (Coord.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC**: negócios processuais. Salvador: Juspodivm, 2015.

7

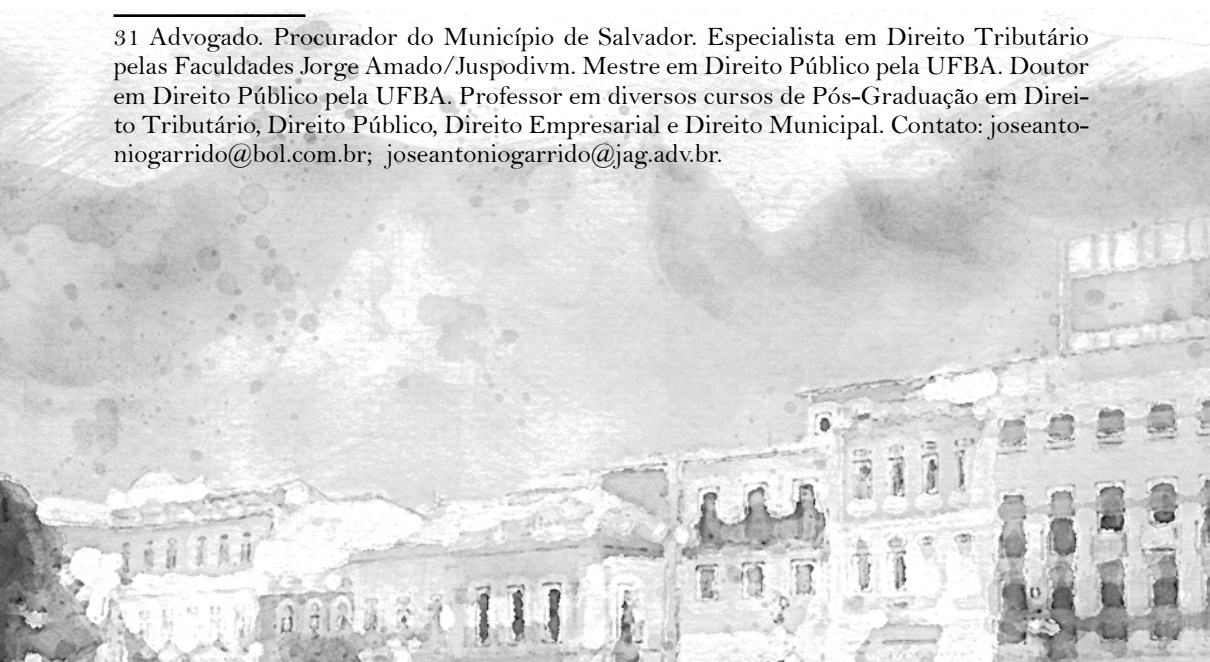
A NECESSIDADE DE DISCIPLINA DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO

*José Antônio Garrido*³¹

Questão das mais tormentosas para aqueles que lidam com os assuntos tributários decorrentes do contencioso administrativo reside, justamente, nas consequências jurídicas para os procedimentos administrativos encetados a partir de impugnações aos lançamentos realizados pela administração tributária, que, injustificadamente, não tem sua conclusão dentro de um prazo razoável, normalmente perdurando mais do que um lustro entre o protocolo da impugnação administrativa e o julgamento definitivo pela instância administrativa.

Avulta ainda maior importância quando o procedimento fica rigorosamente paralisado por mais de cinco anos ou, neste intervalo, somente se identificam promoções do sujeito passivo em busca de um julgamento definitivo. Indaga-se, pois, qual seria a resposta do ordenamento jurídico para isso: a consumação de algum fato jurídico caducificante (decadência, prescrição, preempção etc.), a fulminar a situação jurídica concernente ao crédito tributário; ou, em função da anomia específica, de um lado, e da circunstância de a impugnação administra-

³¹ Advogado. Procurador do Município de Salvador. Especialista em Direito Tributário pelas Faculdades Jorge Amado/Juspodivm. Mestre em Direito Público pela UFBA. Doutor em Direito Público pela UFBA. Professor em diversos cursos de Pós-Graduação em Direito Tributário, Direito Público, Direito Empresarial e Direito Municipal. Contato: joseantoniogarrido@bol.com.br; joseantoniogarrido@jag.adv.br.



tiva suspender a exigibilidade do crédito tributário – e, conseqüentemente, do poder de cobrar o cumprimento da prestação –, nenhum efeito extintivo dirigido à pretensão do Fisco.

Esta última consequência, contudo, não parece se comprazer com os valores consagrados pela ordem jurídica formada no âmbito do Estado Democrático de Direito, máxime com as parênticas da segurança jurídica, da boa-fé objetiva e do princípio constitucional administrativo específico da eficiência administrativa.

A ausência de disciplina legal específica do problema – diferentemente do que ocorre com a prescrição intercorrente no âmbito da execução fiscal, que inicialmente teve tratamento específico pela jurisprudência e, posteriormente, com previsão expressa na Lei Federal nº 6.830/80 – contribui para um estado de incerteza e, mais do que isso, certa despreocupação do órgão administrativo de julgamento com uma resposta definitiva à impugnação administrativa em prazo adequado.

Em apertadas linhas e de forma objetiva, fixar-se os elementos da discussão e uma proposta de disciplina para a prescrição no âmbito do processo administrativo tributário.

I CONTORNOS DOGMÁTICOS DA PRESCRIÇÃO NO DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

Decadência e prescrição não se confundem. Da mesma forma, não cabe efetuar uma distinção entre ambos a partir da separação entre direito material e direito de ação; não é um critério distintivo aplicável e pertinente segundo as regras do Direito Positivo brasileiro. A diferenciação, a rigor, advém da separação entre os direitos subjetivos (ou direitos a uma prestação) e os direitos potestativos.

Os direitos subjetivos ou direitos a uma prestação são aqueles em que há uma prestação imposta a um sujeito (passivo) em benefício de outro (ativo), em favor de quem aquele deve prestar uma conduta de fazer, não fazer ou dar. São direitos que comportam lesão (descumprimento pelo sujeito passivo), fazendo surgir para o sujeito passivo o poder de exigir coativamente o cumprimento da prestação; a esse poder se confere o nome de *pretensão*.

Os direitos potestativos, por sua vez, não envolvem o cumprimento de uma prestação. São poderes de agir, a partir dos quais, uma vez exercidos, criam-se, modificam-se ou extinguem-se relações e suas jurídicas. Envolvem *potestades* conferidas aos sujeitos de direitos pela ordem jurídica à vista da ocorrência de determinados fatos (ou conjunto de fatos) jurídicos; não comportam lesão, descumprimento e, portanto, não lhes é correlata a pretensão.

Essas situações jurídicas ativas – respeitantes a direitos subjetivos ou a direitos potestativos –, quando submetidas pelo ordenamento jurídico a um prazo para exercício, sob pena da respectiva extinção da situação jurídica, ficam

sujeitas aos atos-fatos jurídicos caducificantes conhecidos como prescrição e decadência. E, por imposição do princípio da segurança jurídica (pelo seu vetor de estabilidade das relações), a regra é a submissão dessas situações jurídicas ativas a um prazo para exercício; a não submissão é a exceção.

O prazo estipulado pelo ordenamento jurídico para o exercício de uma pretensão – surgida a partir da lesão (descumprimento) de um direito a uma prestação – integra o suporte fático do ato-fato jurídico caducificante da prescrição; os direitos a uma prestação, portanto, submetem-se ao regime da prescrição. Por seu turno, o prazo previsto no ordenamento jurídico para o exercício de um direito potestativo integra o suporte fático do ato-fato jurídico caducificante da decadência; os direitos potestativos, pois, estão sujeitos ao fenômeno da decadência. Direitos potestativos não prescrevem, ao passo que direitos a uma prestação **não** decaem. A disciplina específica da prescrição e da decadência – prazo, termo inicial, fatos impeditivos, suspensivos e interruptivos quanto a qualquer delas – cabe ao Direito Positivo. Essa distinção conceitual se aplica às inteiras ao direito tributário.

É cediço que, segundo o nosso CTN – que adotou a concepção estática acerca da teoria da relação jurídica obrigacional tributária –, ocorrido o fato gerador, surge a obrigação tributária (art. 113, § 1º): vínculo jurídico que une dois ou mais sujeitos em torno de um objeto cuja natureza é prestacional. Esta obrigação, entretanto, ainda é de caráter geral e abstrata, pendente de determinação/quantificação e ainda inexigível. Surge, também, portanto, com o fato gerador, com a obrigação tributária, uma potestade (direito potestativo) de imposição: delimitar a obrigação, quantificá-la e dotá-la de exigibilidade.

Cumprido, então, ao sujeito indicado pela legislação (autoridade administrativa, contribuinte ou terceiro) a realização de um ato de determinação (liquidação/quantificação) da prestação e que lhe conferirá exigibilidade (art. 139). O exercício desse direito potestativo se materializa no lançamento tributário (art. 142). Realizado este, surge o que o Direito Positivo tributário brasileiro denomina de *crédito tributário*, que difere sutilmente da obrigação, por ser já determinada (quantificada) e dotada de exigibilidade. *Obrigação tributária e crédito tributário*, portanto, no Direito brasileiro, são categorias distintas.

Do fato jurídico tributário surge, além da obrigação (que é uma relação jurídica respeitante a um direito subjetivo – direito a uma prestação), outra relação jurídica cujo conteúdo envolve uma potestade, um poder de criar uma situação jurídica nova, interferindo-se na esfera jurídica de outrem sem que este necessariamente tenha de tomar qualquer atitude para tanto; nasce a chamada potestade de imposição, cujo exercício se dá com a prática do ato de lançamento e o efeito (situação jurídica subjetiva nova, o *crédito tributário*). Dito de outro modo, o fato gerador da obrigação tributária faz surgir ao menos duas situações jurídicas tributárias: a) aquela relativa à obrigação tributária (ainda ilíquida e

inexigível); b) aquela relativa ao direito potestativo de constituir o crédito tributário por intermédio do lançamento.

Uma vez exercido o direito potestativo de constituir o crédito em razão da prática do lançamento, tem-se o surgimento da pretensão – poder de exigir coativamente o cumprimento da prestação.

Assim, no fluxo da fenomenologia jurídica tributária, tem-se a seguinte ordem: previsão normativa, ocorrência do fato no plano fenomênico, incidência automática da norma jurídica, surgimento da relação jurídica tributária respeitante à obrigação tributária (ilíquida e inexigível) concomitantemente ao surgimento do direito potestativo de lançar, lançamento, crédito tributário.

Do fato tributário, não surge para o Fisco direito subjetivo dotado de pretensão, mas o direito potestativo de se constituir o crédito por intermédio do lançamento. Exercido esse direito potestativo por intermédio do lançamento, constitui-se uma nova situação jurídica, correspondente à obrigação tributária dotada de liquidez e exigibilidade.

Vertendo o raciocínio para a seara tributária, tem-se que: *i*) a decadência atinge o direito potestativo de constituir o crédito por meio do lançamento, de modo que dela se cogita posteriormente à ocorrência do fato gerador (segundo marcos temporais a seguir traçados); ao passo que: *ii*) a prescrição atinge o crédito tributário (correspondente à obrigação líquida e dotada de exigibilidade), dela cogitando-se a partir da constituição definitiva deste (do crédito tributário).

Uma vez ocorrido o fato gerador, surge a obrigação tributária, fazendo surgir para o Fisco o direito potestativo de constituir o crédito tributário por intermédio do lançamento. Eis que flui, então, até que este ato seja praticado, a decadência (art. 173 do CTN). Realizado o lançamento por alguma das modalidades previstas em lei (de ofício, por declaração ou homologação), constitui-se o crédito tributário; vale dizer, dota-se a obrigação tributária de exigibilidade, conferindo ao titular do direito à pretensão o poder de impor ao obrigado o cumprimento da prestação que se constitui objeto da obrigação. A partir daí, cogita-se a prescrição do crédito tributário (art. 174, CTN).³²

³² “A diferença essencial entre decadência e prescrição, no Direito Tributário, está em que a primeira diz respeito ao direito de lançar, ou de rever o lançamento, enquanto a segunda diz respeito ao direito de haver o tributo lançado. O direito de lançar é da categoria dos direitos potestativos, pois a sua satisfação depende exclusivamente de seu próprio titular. Ficando este inerte até o final do prazo fixado em lei para o exercício do direito, este perece pela decadência. O direito de haver o crédito tributário, vale dizer, o direito de haver o tributo lançado, é da categoria dos direitos a uma prestação, pois sua satisfação depende da colaboração de outrem. O direito que tem a Fazenda de receber o valor do tributo lançado depende da colaboração do sujeito passivo da obrigação tributária, vale dizer, depende de que este efetue o pagamento. Se tal não ocorre, a Fazenda Pública precisa da ação de execução, para compelir o sujeito passivo pagamento. Assim, a morte do direito de ação, pela

Assim como no Direito Civil, a prescrição tributária extingue a pretensão. Todavia, distingue-se do instituto do Direito Civil por extinguir também o crédito e a obrigação tributária. Extingue, portanto, a relação jurídica tributária, a teor do art. 113, § 1º, c/c art. 156, inciso V, todos do CTN. De fato, se o § 1º do art. 113 do CTN determina que “[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”, e o art. 156, inciso V, determina que prescrição e decadência extinguem o crédito tributário. Tem-se que a prescrição extingue, portanto, o crédito e a obrigação, de modo que desaparece o dever tributário; ao ser extinto, o crédito tributário “leva consigo” a obrigação tributária,³³⁻³⁴ a tornar pagamento de indébito o pagamento de dívida tributária prescrita.

Desse modo, uma vez paga a dívida tributária prescrita, terá o sujeito que o fez direito à repetição de indébito, pois que pagou dívida que não mais existia, e não apenas dívida a respeito da qual não mais existia pretensão.

A decadência e prescrição em matéria tributária ostentam, no nosso sistema jurídico, uma importantíssima regra de estrutura do ordenamento (regra de competência) a implicar diversas consequências no exame de regras editadas pelos entes tributantes. Com efeito, determina o art. 146, inciso III, alínea b, da CF/88,³⁵ que compete à lei complementar tratar sobre decadência e prescrição do crédito tributário, uma vez que tema pertinente às normas gerais de direitos tributário.

Dessarte, somente por meio de lei complementar (de caráter nacional) é possível disciplinar, quanto à decadência e prescrição tributárias: a) prazo; b) termo de início; c) causas suspensivas, interruptivas e obstativas. Nenhum outro veículo normativo – salvo disposição constitucional – pode disciplinar qual-

inércia da Fazenda em promovê-la no prazo que a lei estabelece para esse fim, denomina-se prescrição” (MACHADO, 2002, p. 236).

33 “Claro está que desaparecido o crédito decompõe-se a obrigação tributária, que não pode subsistir na ausência desse nexo relacional que atrela o sujeito pretensor ao objeto e que consubstancia seu direito subjetivo de exigir a prestação. O crédito tributário é apenas um dos aspectos da relação jurídica obrigacional, mas sem ele inexistente o vínculo. Nasce no exato instante em que irrompe a obrigação e desaparece juntamente com ela” (CARVALHO, 2004, p. 449).

34 Nota da atualizadora: “Ocorre que tanto a obrigação fiscal como o crédito tributário dela decorrente nascem e se extinguem nos termos previstos no CTN. O crédito é direito subjetivo público, de que é titular o sujeito ativo – o credor – de exigir do sujeito passivo o cumprimento da obrigação tributária. Extinto o crédito, extingue-se a obrigação a seu turno” (BALEEIRO, 2000, p. 858).

35 “Art. 146. Cabe à lei complementar: [...] III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: [...] b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;”.

quer desses temas. A propósito, para o caso de desobediência a essa regra, o STF editou a Súmula Vinculante nº 8.³⁶

Assim, as normas integrantes do Código Civil, do Código de Processo Civil ou de qualquer outra lei ordinária federal não poderão ser aplicadas à disciplina da decadência e da prescrição tributárias, sob pena de se violar a disposição constitucional. Eventual disciplina da prescrição intercorrente no âmbito do processo administrativo tributário não pode se furtar a essa regra.

Constituído, pois, o crédito tributário, de decadência não se cogita mais. Contra o titular da pretensão respeitante à prestação tributária passa a correr, em regra, a prescrição. E, no que se refere à contagem do prazo prescricional, prevista no art. 174 do CTN,³⁷ o lapso temporal estabelecido pela legislação é de cinco anos, “contados da constituição definitiva” do crédito tributário. Esta ditará o termo *a quo* da fluência do prazo prescricional.

Poder-se-ia definir o crédito tributário como o direito subjetivo – logo, dotado de pretensão, de exigibilidade –, titularizado pelo sujeito ativo da relação obrigacional, de exigir a prestação estabelecida na obrigação tributária. A sua importância está diretamente relacionada ao fenômeno da prescrição, uma vez que é a partir da constituição definitiva do crédito que se passa a cogitar de prescrição.

Considera-se o crédito tributário constituído de forma regular a partir do momento em que se finaliza o lançamento tributário, com notificação do sujeito passivo (art. 145 do CTN) ou com a entrega da declaração relativa aos elementos constitutivos do tributo devido pelo sujeito passivo, para a hipótese de tributos sujeitos a lançamento por homologação (art. 150 do CTN) (súmula 436 do STJ).³⁸

E se o lançamento é o procedimento³⁹ administrativo voltado para a apuração dos sujeitos da relação, do seu objeto e a determinação da base de cálculo e sua respectiva alíquota, é forçoso concluir que é o término do lançamento, com a notificação do sujeito passivo, que constitui definitivamente o crédito tributário (art. 145, CTN) (ou ainda, quando o sujeito passivo presta as informações indispensáveis à efetivação do lançamento e não paga o tributo – súmula 436

36 “São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam da prescrição e decadência do crédito tributário”.

37 “Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva”.

38 “A entrega de declaração pelo contribuinte reconhecendo débito fiscal constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do fisco”.

39 A quizília doutrinária acerca da natureza jurídica do lançamento – se ato, procedimento ou ato-procedimento – afigura-se de somenos importância para a exposição ora feita, pois, em qualquer caso, o momento da constituição definitiva é um só.

do STJ), conforme Paulo de Barros Carvalho,⁴⁰ Celso Ribeiro Bastos,⁴¹ Luciano Amaro,⁴² Christiane Mendonça⁴³ e Ruy Barbosa Nogueira.⁴⁴

Destaque-se, pois, ser impróprio referir-se a lançamento provisório ou lançamento definitivo – ou constituição provisória ou constituição definitiva do crédito tributário. De rigor, é definitivo o lançamento tributário – e está definitivamente constituído o crédito tributário – no instante em que aquele ato administrativo reúne todos os seus elementos de existência, requisitos de validade e condições de eficácia; vale dizer, no instante em que o sujeito passivo é dele regularmente notificado (art. 145 do CTN). Não se deve confundir definitivida-

40 “A contagem do prazo tem como ponto de partida a data da constituição definitiva do crédito, expressão que o legislador utiliza para referir-se ao ato de lançamento regularmente comunicado (pela notificação) ao devedor” (CARVALHO, 1999, p. 428).

41 “O lançamento apresenta muita importância, pois é a partir dele que se vai contar o prazo para cumprimento da obrigação que, não cumprida, abre espaço à incidência dos dispositivos sancionatórios. Na verdade, o que conta não é propriamente a data do lançamento, mas sim a sua notificação ao contribuinte. Parece-nos claro que sem esta ciência que se dá ao sujeito passivo não se poderia falar em exigibilidade do crédito tributário. O que viria, no entanto, ser a notificação? É a notícia que a administração dá ao sujeito passivo do tributo, dando-lhe conhecimento da celebração do ato de lançamento e dos termos de exigibilidade do crédito” (BASTOS, 1992, p. 209).

42 “Parece-nos mais plausível a interpretação de que o Código Tributário Nacional teve em conta a concepção procedimentalista de lançamento que ele parece ter adotado, e, nessa linha, o lançamento já estaria ocorrendo com a prática de atos preparatórios de apuração de fatos e determinação de valores; assim, ainda não haveria uma ‘atividade administradora definitiva’ até que ela fosse concluída pela notificação do quantum debeatur ao sujeito passivo. Enquanto isso não ocorresse estaria ainda em curso o prazo decadencial; mas, ‘concluído’ o lançamento e notificado o sujeito passivo, passaria a fluir a prescrição”. (AMARO, 2005, p. 415).

43 “9. A partir da leitura do art. 174 do CTN é possível a construção da norma jurídica que prescreve a extinção do direito do Fisco cobrar judicialmente o crédito tributário, em razão do Fisco não exercer o seu direito de lançar durante 5 anos, a contar do dia em que o contribuinte foi notificado do lançamento tributário produzido pela autoridade administrativa. 9.1. Dá-se a constituição definitiva com o ato de lançamento regularmente comunicado (pela notificação) ao devedor”. (MENDONÇA, 2005, p. 675).

44 “Ao receber a notificação ou aviso de lançamento com a quantia fixada e o vencimento, está este definitivamente concluído ou consumado. Pois no ‘lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo’ (CTN, art. 145) a notificação é o último ato do procedimento de constituição formal do crédito tributário que o torna oponível ao contribuinte” (NOGUEIRA, 1999, p. 219).

de do lançamento e do crédito tributário com sua imutabilidade, conforme bem adverte José Souto Maior Borges.⁴⁵⁻⁴⁶

Assim, efetuado o lançamento e regularmente notificado o sujeito passivo, está definitivamente constituído o crédito tributário para fins de incidência do art. 174 do CTN, de sorte que, vencido e não cumprida a prestação tributária, inicia-se o lustro prescricional. Deste modo, por exemplo, em se tratando de IPTU (e de TLP) lançado de ofício de forma direta, a notificação do sujeito passivo se dá com o envio do carnê, conforme já definiu o STJ no enunciado n° 397 de sua súmula de jurisprudência.⁴⁷

45 Nesse ponto, convém uma breve referência ao magistério do prof. José Souto Maior Borges (1999, p. 455): “Em matéria de lançamento o ser definitivo não equivale a ser imutável. Equivale — isso, sim — àquele ato que já se aperfeiçoou como o conteúdo do art. 142, *caput*, do CTN”.

46 Critica veementemente Souto Maior Borges a adjetivação do lançamento em provisório e definitivo, sustentando que tal pensamento carece de fundamento dogmático. Assim, afirma que só os efeitos do lançamento são eventualmente provisórios. O lançamento é sempre definitivo; seus efeitos não necessariamente o serão. O lançamento poderá ser substituído por um outro ato administrativo, de conteúdo diverso: o ato de revisão. São inconfundíveis o procedimento de lançamento e o procedimento de revisão do lançamento. O objeto do procedimento de lançamento é o fato jurídico tributário. O objeto do procedimento tributário não é, nessa hipótese, o fato jurídico tributário, mas a revisão do lançamento. O procedimento administrativo se decompõe em duas fases distintas e inconfundíveis: o procedimento de lançamento e o procedimento de revisão do lançamento. O fato de o lançamento ser definitivo não implica dizer que o lançamento é imutável. O lançamento suplementar não anula o lançamento suplementado; complementa-o; não o torna provisório, porque sempre definitivo (BORGES, 1999, p. 451-6).

47 “O contribuinte do IPTU é notificado do lançamento pelo envio do carnê ao seu endereço”. Observem-se os reiterados julgados: “TRIBUTÁRIO. IPTU. PRESCRIÇÃO. MARCO INICIAL. DIA SEGUINTE AO VENCIMENTO DA EXAÇÃO. 1. O Plenário do STJ decidiu que “aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça” (Enunciado Administrativo n. 2). 2. A contagem da prescrição para a cobrança do IPTU tem como marco inicial o dia seguinte ao estipulado pela lei local para o vencimento da exação. Precedentes. 3. Hipótese em que o acórdão recorrido, por contar a prescrição da data de notificação do lançamento, deve ser cassado, com a determinação de novo julgamento da apelação, a fim de que seja aplicada a orientação jurisprudencial desta Corte Superior à realidade dos autos. 4. Agravo interno desprovido”. (AgInt no AREsp 976.764/BA, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/08/2017, DJe 14/09/2017). TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. NOTIFICAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ENTREGA DO CARNÊ. ENTENDIMENTO FIRMADO PELA PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ, SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. RESP 1.111.124/PR. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I. Trata-se de Agravo Regimental, interposto contra decisão monocrática publicada na vigência do CPC/73. II. Não há falar, na hipótese, em violação ao art. 535 do CPC, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na

O CTN prevê, expressamente, no parágrafo único do art. 174 as causas interruptivas da prescrição. São elas: a) o despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal (conforme Lei Complementar nº 118 de 2005, que substituiu a regra da citação válida como causa interruptiva para o despacho que ordena a citação); b) o protesto judicial; c) por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor; d) por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor. No tocante a esta última causa, a jurisprudência iterativa do STJ vem compreendendo como tal a atitude do sujeito passivo de pretender parcelar o débito, ainda que seu pedido de parcelamento tenha sido indeferido.⁴⁸

medida da pretensão deduzida, de vez que os votos condutores do acórdão recorrido e do acórdão dos Embargos Declaratórios apreciaram, fundamentadamente, de modo coerente e completo, as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida. III. A Primeira Seção do STJ, no julgamento do Recurso Especial 1.111.124/PR (DJe de 04/05/2009), consagrou o entendimento no sentido de que o termo a *quo*, para o início do curso do prazo prescricional para a cobrança do IPTU, tributo sujeito a lançamento de ofício, é a data do ato suficiente para a notificação do lançamento tributário, consistente na remessa do carnê do IPTU ao endereço do contribuinte. IV. Agravo Regimental Improvido. (AgRg no AREsp 430.747/MG, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 01/02/2017) (grifos adotados).

48 “TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PARCELAMENTO DO DÉBITO FISCAL. INTERRUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. ART. 174, PARÁGRAFO ÚNICO, IV, DO CTN. 1. A adesão a parcelamento de dívida fiscal, por constituir-se ato inequívoco de reconhecimento do débito pelo devedor, interrompe a prescrição para a cobrança do crédito tributário, conforme dispõe o art. 174, parágrafo único, IV, do CTN. 2. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no REsp 1724961/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 30/08/2018) TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO. ADESÃO A PROGRAMA DE PARCELAMENTO. INTERRUÇÃO. SÚMULA 7 DO STJ. O Superior Tribunal firmou orientação jurisprudencial no sentido de que a adesão a programa de parcelamento de crédito fiscal ou o seu mero requerimento, mesmo que indeferido o pedido, são causas de interrupção da contagem do prazo prescricional, por configurarem inequívoca confissão extrajudicial do débito, nos termos do art. 174, parágrafo único, IV, do CTN. Hipótese em que a Corte a *quo* afastou a alegação de prescrição dos débitos em debate, sob o fundamento de que a documentação juntada aos autos é suficiente para comprovar que a recorrente esteve em programa de parcelamento até 13/07/2012, quando ocorreu a sua exclusão formal. Nesses termos, o acórdão recorrido decidiu a questão ventilada com base na realidade que se delineou à luz do suporte fático-probatório constante nos autos, cuja revisão é inviável no âmbito do recurso especial, ante o óbice estampado na Súmula 7 do STJ. Agravo interno desprovido. (AgInt no AREsp 954.491/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/02/2018, DJe 15/03/2018). PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. PARCELAMENTO. INTERRUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. INADIMPLEMENTO. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. SEGUNDA CITAÇÃO. MERA REPETIÇÃO DE DILIGÊNCIA. SÚMULA 7 DO STJ. A jurisprudência deste Tribunal Superior é pacífica no sentido de que, antes da vigência da LC n. 118/2005, apenas a citação do executado interrompia a prescrição, sendo certo que, após a alteração do art.

Por constituir-se matéria reservada à lei complementar, é o próprio CTN – ou norma com igual *status* de lei complementar – que deverá tratar de causas que interrompem ou que suspendam a prescrição. Quanto às que suspendem a prescrição, o CTN delas cuida de forma implícita, ao tratar das hipóteses que suspendem a exigibilidade do crédito tributário.

De rigor, uma vez suspensa a prescrição mercê de qualquer das causas apontadas no art. 151 do CTN, de igual modo restará suspenso o fluxo do prazo prescricional. Há situações previstas como causas de suspensão da exigibilidade que poderão provocar, em verdade, não a suspensão do prazo de prescrição, mas seu impedimento; com efeito, por exemplo, a hipótese de apresentação tempestiva de impugnação administrativa faz com que o prazo de prescrição nem sequer inicie seu curso, pois que, uma vez efetuado o lançamento e regularmente notificado o sujeito passivo, este poderá impugná-lo no prazo de pagamento e, portanto, enquanto não vencido o tributo, não há que se falar em fluência do prazo de prescrição.

Considerando que somente lei complementar pode tratar de prescrição do crédito tributário, tem-se por absolutamente anódina quando se tratar de crédito deste jaez a regra do art. 2º, § 3º, da Lei Federal nº 6.830/80 (Lei de Execuções Fiscais – LEF),⁴⁹ tal como era – antes da introdução da modificação do inciso I, do § 1º do art. 174 do CTN – a regra do § 2º do art. 8º da LEF.⁵⁰ Aquela

174, parágrafo único, I, do CTN, pela novel legislação, o marco interruptivo da prescrição é o despacho que ordena a citação do devedor, desde que esse despacho tenha sido proferido após 09/06/2005. É firme o entendimento desta Corte de que a adesão a programa de parcelamento do crédito fiscal ou o seu requerimento, ainda que indeferido, são causas de interrupção da contagem do prazo prescricional, por tratar-se de inequívoca confissão extrajudicial do débito, nos termos do art. 174, parágrafo único, IV, do CTN Ocorrendo o inadimplemento de parcelas de acordo celebrado, o prazo prescricional volta a correr por inteiro a partir dessa data. Hipótese em que transcorreram menos de 5 (cinco) anos entre a data da rescisão do parcelamento (em 09/11/2002) e a data da citação da parte executada (em 08/10/2003), não se operando a prescrição. O afastamento das conclusões adotadas pelo acórdão recorrido de que a segunda citação foi mera repetição de diligência já realizada pressupõe o reexame de matéria de fato, o que é inviável no âmbito do recurso especial ante o óbice da Súmula 7 do STJ. Agravo desprovido. (AgInt nos EDcl no REsp 1559466/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FÁRIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/02/2018, DJe 15/03/2018).

49 “Art. 2º - Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. [...] § 3º - A inscrição, que se constitui no ato de controle administrativo da legalidade, será feita pelo órgão competente para apurar a liquidez e certeza do crédito e suspenderá a prescrição, para todos os efeitos de direito, por 180 dias, ou até a distribuição da execução fiscal, se esta ocorrer antes de findo aquele prazo”.

50 “Art. 8º - O executado será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, pagar a dívida com os juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, ou garantir a

norma tem aplicação em se tratando de inscrição em dívida ativa de crédito de natureza não tributária.

A prescrição tributária pode ser conhecida de ofício, conforme entendimento do enunciado nº 409 da súmula de jurisprudência do STJ,⁵¹ até mesmo porque é causa de extinção do crédito tributário.

2 OS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À ADMISSÃO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO

Tem-se por prescrição intercorrente justamente aquela que se consuma diante da inércia do titular da pretensão a partir de fato interruptivo da prescrição. Etimologicamente, a prescrição intercorrente é aquela que se opera após um fato interruptivo da prescrição. A prescrição direta se inicia a partir da chamada *actio nata* (nascida a partir da lesão ao direito subjetivo) e é obstada pela ocorrência de um fato interruptivo. A partir daí, cogitar-se-á de prescrição intercorrente.

Interessa o fenômeno em dois âmbitos: o do processo administrativo tributário⁵² e o da cobrança judicial do crédito tributário (execução fiscal).

A prescrição intercorrente no âmbito judicial é plenamente admissível. Inicialmente, fora acolhida pela jurisprudência, cujos precedentes redundaram na súmula 314 do STJ⁵³; em pó, o art. 40 da Lei de Execuções Fiscais fora alterado pela Lei Federal nº 11.051/2004 justamente para disciplinar o *iter* para o reconhecimento da prescrição intercorrente no âmbito da execução fiscal.

Com efeito, diante da não localização do devedor ou de bens passíveis de penhora, o juiz determinará a suspensão da execução, abrindo-se vista imediatamente para o representante judicial da Fazenda Pública; por enquanto, o lustro prescricional ainda não está a fluir (art. 40, *caput* e § 1º da LEF). Transcorrido

execução, observadas as seguintes normas: [...] § 2º - O despacho do Juiz, que ordenar a citação, interrompe a prescrição.”

51 “Em execução fiscal, a prescrição ocorrida antes da propositura da ação pode ser decretada de ofício (art. 219, § 5º, do CPC)”.

52 Fixe-se, de logo, uma distinção conceitual e de nomenclatura utilizada neste trabalho, embora reconheçamos que a jurisprudência e parte da doutrina não o façam: entendemos por procedimento administrativo fiscal aquele conjunto de atos realizados pela administração pública tributária com a participação dos possíveis sujeitos passivos (contribuintes e/ou responsáveis), preparatórios do lançamento de ofício em revisão, na forma do art. 149 do CTN, a se encerrar com a prática deste materializada na lavratura do auto de infração ou da notificação fiscal de lançamento de débito; por processo administrativo tributário, compreendemos aquele inaugurado a partir da apresentação de impugnação/defesa administrativa por parte do(s) contribuinte(s) e/ou responsável(is) no prazo previsto em lei, a contar da notificação acerca do lançamento de ofício (arts. 142, 145 e 149, todos do CTN).

53 “Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente.”

o prazo máximo de um ano sem alteração da situação que ensejou a suspensão do processo, o juiz deverá determinar o arquivamento dos autos (em arquivo provisório) (art. 40, § 2º da LEF), a partir do que começará a contar o prazo de prescrição. Há jurisprudência no sentido de que a intimação da Fazenda Pública para o reconhecimento da prescrição intercorrente é dispensável.⁵⁴

A qualquer tempo poderá/deverá a Fazenda Pública indicar meio específico para o prosseguimento da execução, uma vez que, a partir da determinação do arquivamento, o lustro prescricional intercorrente já está a fluir (art. 40, § 3º da LEF).

Decorrido o quinquênio a contar da decisão que determinou o arquivamento dos autos, a Fazenda Pública deverá ser intimada do desarquivamento dos autos; desta feita, não mais para requerer quaisquer diligências no sentido de localizar o(s) devedor(es) e/ou bens passíveis de penhora, mas para alegar e comprovar se, durante o referido período de cinco anos, ocorreu algum fato interruptivo ou suspensivo do prazo de prescrição. Não ocorrido, o juiz deverá decretar a prescrição intercorrente, extinguindo a execução e o crédito (art. 40, § 4º da LEF). Em execuções fiscais de pequeno valor – conforme definido pelo Ministro de Estado da Fazenda – a intimação prévia da Fazenda Pública será dispensada (art. 40, § 5º da LEF).

Demais disso, reconhece-se a prescrição intercorrente no âmbito da execução fiscal, outrossim, fora da aplicação específica do art. 40 da LEF, quando o procedimento executivo resta paralisado por inércia da Fazenda Pública. Assim, por exemplo, se após algum fato interruptivo da prescrição o processo

⁵⁴ “TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. SÚMULA 284/STF. EXECUÇÃO FISCAL. INÉRCIA DA EXEQUENTE. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. OCORRÊNCIA. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. 1. A parte sustenta que o art. 535 do CPC foi violado, mas deixa de apontar, de forma clara, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. Assim, é inviável o conhecimento do Recurso Especial nesse ponto, ante o óbice da Súmula 284/STF. 2. De acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, com o advento da Lei 11.051/04, que acrescentou o § 4º ao art. 40 da Lei 6.830/80, tornou-se possível a decretação *ex officio* da prescrição quinquenal intercorrente pelo juiz, após ouvido o representante da Fazenda Pública. Dispensável, todavia, a intimação do credor da suspensão da execução por ele mesmo solicitada, bem como do arquivamento do feito executivo, decorrência automática do transcurso do prazo de um ano de suspensão e termo inicial da prescrição. 3. O entendimento firmado no acórdão recorrido, assim, está de acordo com a pacífica jurisprudência do STJ, sintetizada na sua Súmula 314: ‘Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente’. 4. ‘A falta de impulso oficial do processo, por si só, não exime a responsabilidade da exequente pela condução do feito executivo, mormente quando o transcurso de prazo superior a cinco anos ocorre após a citação’ (AgRg no REsp 1.166.428/PE, Rel. Min. CASTRO MEIRA, Segunda Turma, DJe 25/9/12). 5. Recurso Especial parcialmente conhecido e nessa parte não provido”. (REsp 1683398/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/09/2017, DJe 19/12/2017).

restar paralisado por mais de cinco anos em razão da inatividade da Fazenda Pública, urge que se reconheça a prescrição intercorrente; o contraponto feito é justamente o entendimento cristalizado na Súmula 106 do STJ,⁵⁵ segundo a qual, se a paralisação não for imputada à Fazenda Pública, mas problemas afetos à estrutura judiciária, não se poderá reconhecer a prescrição.

Um exemplo de caracterização da prescrição intercorrente no âmbito da execução fiscal fora do específico âmbito de aplicação do art. 40 da LEF é aquele em que, proposta a execução e ordenada a citação do devedor, este adere a parcelamento do crédito tributário (fato interruptivo da prescrição), efetua o pagamento de algumas parcelas e, posteriormente, fica inadimplente, o que gera a extinção do parcelamento e conseqüentemente a reativação da exigibilidade do crédito tributário. A Fazenda Pública, contudo, tarda mais de cinco anos a contar da extinção do parcelamento para requerer que a execução fiscal retome seu curso contra o devedor inadimplente, razão por que se consuma a prescrição intercorrente. Outro exemplo, já aludido anteriormente, é o caso de redirecionamento da execução a codevedor após cinco anos da ocorrência de fato interruptivo contra o executado originário – a exemplo do despacho que ordena a citação (art. 174, parágrafo único, inciso I, do CTN).

Enfrentando seis temas repetitivos respeitantes à prescrição tributária intercorrente no processo judicial (566 a 571⁵⁶), o Superior Tribunal de Justiça

55 “Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência”.

56 Tema 566: “Discute-se a sistemática para a contagem da prescrição intercorrente (prescrição após a propositura da ação) prevista no art. 40 e parágrafos da Lei da Execução Fiscal (Lei n. 6.830/80): qual o pedido de suspensão por parte da Fazenda Pública que inaugura o prazo de 1 (um) ano previsto no art. 40, § 2º, da LEF”. Tema 567: “Discute-se a sistemática para a contagem da prescrição intercorrente (prescrição após a propositura da ação) prevista no art. 40 e parágrafos da Lei da Execução Fiscal (Lei n. 6.830/80): Se o prazo de 1 (um) ano de suspensão somado aos outros 5 (cinco) anos de arquivamento pode ser contado em 6 (seis) anos por inteiro para fins de decretar a prescrição intercorrente”. Tema 568: “Discute-se a sistemática para a contagem da prescrição intercorrente (prescrição após a propositura da ação) prevista no art. 40 e parágrafos da Lei da Execução Fiscal (Lei n. 6.830/80): quais são os obstáculos ao curso do prazo prescricional da prescrição prevista no art. 40, da LEF”. Tema 569: “Discute-se a sistemática para a contagem da prescrição intercorrente (prescrição após a propositura da ação) prevista no art. 40 e parágrafos da Lei da Execução Fiscal (Lei n. 6.830/80): se a ausência de intimação da Fazenda Pública quanto ao despacho que determina a suspensão da execução fiscal (art. 40, § 1º) ilide a decretação da prescrição intercorrente”. Tema 570: “Discute-se a sistemática para a contagem da prescrição intercorrente (prescrição após a propositura da ação) prevista no art. 40 e parágrafos da Lei da Execução Fiscal (Lei n. 6.830/80): se a ausência de intimação da Fazenda Pública quanto ao despacho que determina o arquivamento da execução (art. 40, § 2º) ilide a decretação da prescrição intercorrente”. Tema 571: “Discute-se a sistemática para a contagem da prescrição intercorrente (prescrição após a propositura da ação) prevista no art. 40 e parágrafos da Lei da Execução Fiscal (Lei n. 6.830/80): se a ausência de intimação da Fazenda

fixou as seguintes teses⁵⁷: 1) o prazo de um ano de suspensão do processo e do respectivo prazo prescricional previsto no art. 40, § 1º e 2º da Lei Federal nº 6.830/80 (LEF) tem início automaticamente na data da ciência da Fazenda Pública a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido, havendo, sem prejuízo dessa contagem automática, o dever de o magistrado declarar ter ocorrido a suspensão da execução; 2) havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não pronunciamento judicial nesse sentido, findo o prazo de um ano de suspensão, inicia-se automaticamente o prazo prescricional aplicável; 3) a efetiva constrição patrimonial e a efetiva citação (ainda que por edital) são aptas a interromper o curso da prescrição intercorrente, não bastando para tal o mero peticionamento em juízo, requerendo, por exemplo, a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens; 4) a Fazenda Pública, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245 do CPC/73, correspondente ao art. 278 do CPC/2015), ao alegar nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40 da LEF, deverá demonstrar o prejuízo que sofreu (exceto a falta da intimação que constitui o termo inicial, em que o prejuízo é presumido), por exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição.

A prescrição intercorrente no âmbito do processo administrativo tributário é muito mais delicada.

Praticado o lançamento e constituído o crédito tributário, não se cogita mais de decadência, mas de prescrição; caso haja apresentação de impugnação ao lançamento, suspende-se a exigibilidade do crédito tributário. Como a prescrição é situação jurídica que emergiu de ato-fato jurídico em cujo suporte há uma pretensão que poderia ser exercida e não foi pelo seu titular durante certo lapso de tempo, compreende-se que, se o titular não podia agir, porque suspensa a exigibilidade, não se poderia cogitar de prescrição; apenas após o encerramento da discussão administrativa em derredor do crédito tributário é que se retomaria a respectiva exigibilidade e, por conseguinte, a fluência do prazo prescricional.

A questão se instaura em saber se entre a constituição do crédito tributário operada por intermédio do lançamento (momento a partir do qual cessa a fluência do prazo de decadência) e o momento em que o crédito tributário recobra sua exigibilidade (quando findo o processo administrativo encetado por iniciativa do contribuinte ao oferecer a defesa administrativa) há o curso de algum prazo para a administração pública tributária julgadora concluir a fase do contencioso tributário. Vale dizer, isso ocorre se na pendência do processo

Pública quanto ao despacho que determina sua manifestação antes da decisão que decreta a prescrição intercorrente (art. 40, § 4º) ilide a decretação da prescrição intercorrente”.

57 O exame específico dessas teses firmadas será objeto de outra investigação.

administrativo tributário – quando o crédito está com sua exigibilidade suspensa *ex vi* do art. 151, inciso III, do CTN – corre contra a Fazenda Pública algum prazo para conclusão do processo, cujo efeito produza sobre o crédito tributário respectivo.

Os argumentos que se perfilam entre a inadmissibilidade e a admissibilidade dividem-se entre: *i*) empreender um raciocínio lógico binário, silogístico, no sentido de que, se a exigibilidade está suspensa, por força da impugnação e dos recursos administrativos, está impedido o Fisco de promover a cobrança do crédito tributário, não se poderia falar de uma prescrição a se operar intraprocessualmente, ou *ii*) com base em princípios constitucionais como o da eficiência administrativa e o da duração razoável do processo, no princípio administrativo da oficialidade, bem como no princípio da segurança jurídica,⁵⁸ defender a existência de um prazo para a Administração Pública findar o processo administrativo de certificação do crédito tributário. A este prazo, com alguma dissensão doutrinária, atribui-se a nomenclatura de prescrição intercorrente.⁵⁹

Ocupar-se-á, neste subitem, da posição refratária à sua admissibilidade. Em que pese haver manifestação doutrinária favorável à admissibilidade da prescrição intercorrente no âmbito do processo administrativo tributário, o STJ⁶⁰ in-

58 “[...] segurança jurídica como sendo uma norma-princípio que exige, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência, em benefício dos cidadãos e na sua perspectiva, de um estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídicas, com base na sua cognoscibilidade, por meio da controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstrutivistas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor do respeito à sua capacidade de – sem engano, frustração, surpresa e arbitrariedade – plasmar digna e responsabilmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro” (ÁVILA, 2014, p. 698).

59 No processo judicial tributário, trata-se de instituto tratado pelo direito positivo, precisamente no art. 40 da Lei Federal nº 6.830/80.

60 “PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE NÃO SOLVEU A LIDE À LUZ DOS DISPOSITIVOS DITOS POR VIOLADOS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NÃO OCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA INTERCORRENTE. SUSPENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL DE CINCO ANOS ATÉ A DECISÃO DEFINITIVA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA. AGRAVO INTERNO DA EMPRESA A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. É admitido o prequestionamento como requisito de admissibilidade para a abertura da instância especial não só na forma explícita, mas, também, implícita, o que não dispensa, nos dois casos, o necessário debate acerca da matéria controvertida, fato que não ocorreu. 2. No caso, verifica-se que inexistiu o prequestionamento da matéria relativa aos arts. 4º, 6º e 140 do Código Fux, 4º da LINDB, 1º do Decreto 20.910/1932 e 1º, § 1º da Lei 9.873/1999, de modo que não consta no acórdão recorrido qualquer menção a respeito de sua disciplina normativa, tampouco foram opostos Embargos de Declaração para tal fim. 3. Com efeito, o prequestionamento implícito é admitido para conhecimento do Recurso Especial apenas nos casos em

clina-se pela inadmissibilidade do instituto da prescrição intercorrente no âm-

que demonstrada, inequivocamente, a apreciação da tese à luz da legislação federal indicada, o que, como visto, não ocorreu na espécie. 4. Outrossim, a conclusão levada a efeito pelo acórdão recorrido se alinha com a jurisprudência desta Corte Superior, segundo a qual o recurso administrativo suspende a exigibilidade do crédito tributário, enquanto perdurar o contencioso administrativo, nos termos do art. 151, III do CTN, desde o lançamento (efetuado concomitantemente com auto de infração), momento em que não se cogita do prazo decadencial, até seu julgamento ou a revisão ex officio, sendo certo que somente a partir da notificação do resultado do recurso ou da sua revisão, tem início a contagem do prazo prescricional, afastando-se a incidência prescrição intercorrente em sede de processo administrativo fiscal, pela ausência de previsão normativa específica (REsp. 1.113.959/RJ, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 11.3.2010). 5. É inadmissível o Recurso Especial que se fundamenta na existência de divergência jurisprudencial, mas se limita, para a demonstração da similitude fático-jurídica, à mera transcrição de ementas e de trechos de votos, assim como tampouco indica qual preceito legal fora interpretado de modo dissintâneo. Hipótese de incidência, por extensão, da Súmula 284/STF. 6. Agravo Interno da Empresa a que se nega provimento.” (AgInt no AREsp 1489571/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/10/2019, DJe 18/11/2019). “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. SUBMISSÃO À REGRA PREVISTA NO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PENDÊNCIA DE RECURSO ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO, NOS MOLDES DO ART. 151 DO CTN. FLUÊNCIA DE PRAZO PRESCRICIONAL APENAS QUANDO CONSTITUÍDO DEFINITIVAMENTE O CRÉDITO TRIBUTÁRIO (ART. 174 DO CTN). 1. “Enquanto há pendência de recurso administrativo, não correm os prazos prescricional e decadencial. Somente a partir da data em que o contribuinte é notificado do resultado do recurso é que tem início a contagem do prazo de prescrição previsto no art. 174 do CTN. Destarte, não há falar em prescrição intercorrente em sede de processo administrativo fiscal” (REsp 718.139/SP, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 23.4.2008). 2. Agravo interno não provido.” (AgInt no REsp 1626695/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/03/2017, DJe 13/03/2017). PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS. PRAZO PRESCRICIONAL. SUSPENSÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO VIGENTE. PRESCRIÇÃO AFASTADA. I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015. II - O acórdão recorrido está em confronto com o entendimento desta Corte, segundo o qual o recurso administrativo suspende a exigibilidade do crédito tributário enquanto perdurar o contencioso administrativo, nos termos do art. 151, III, do CTN, desde o lançamento (efetuado concomitantemente com o auto de infração), momento em que não se cogita do prazo decadencial, até o seu julgamento ou a revisão de ofício, sendo certo que somente a partir da notificação do resultado do recurso ou da sua revisão deflagra-se a fluência do prazo prescricional, não havendo falar-se, ainda, em prescrição intercorrente em processo administrativo fiscal, porquanto ausente previsão legal específica. III - A Agravante não apresenta, no agravo, argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida. IV - Agravo Interno Improvido.” (AgInt no REsp 1587540/PE, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA,

bito do processo administrativo tributário, diante da ausência de previsão legal específica e da circunstância de que, durante aquele, a exigibilidade do crédito tributário e, conseqüentemente, a prescrição estarem suspensas.

Esses dois argumentos, embora de certa solidez, não são intransponíveis. A ausência de disciplina legal específica do instituto (anomia) não é suficiente para selar sua inadmissibilidade. Não é consequência inapelável da ausência de

julgado em 18/08/2016, DJe 29/08/2016). PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. IMPUGNAÇÃO DE DÉBITO TRIBUTÁRIO NA VIA ADMINISTRATIVA. SUSPENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 151, III, E 174 DO CTN. ACÓRDÃO RECORRIDO. REVISÃO DE ENTENDIMENTO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ. INOBSERVÂNCIA DAS NORMAS LEGAIS. AFRONTA À BOA-FÉ OBJETIVA. VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. EXAME PREJUDICADO. 1. Não se configura ofensa ao art. 535, II, do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada. Não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução. Nesse sentido: REsp 927.216/RS, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 13/8/2007; e REsp 855.073/SC, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 28/6/2007. 2. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 1.113.959/RJ, submetido ao rito do art. 543-C do CPC, firmou o entendimento de que “o recurso administrativo suspende a exigibilidade do crédito tributário, enquanto perdurar o contencioso administrativo, nos termos do art. 151, III do CTN, desde o lançamento (efetuado concomitantemente com auto de infração), momento em que não se cogita do prazo decadencial, até seu julgamento ou a revisão ex officio, sendo certo que somente a partir da notificação do resultado do recurso ou da sua revisão, tem início a contagem do prazo prescricional, afastando-se a incidência da prescrição intercorrente em sede de processo administrativo fiscal, pela ausência de previsão normativa específica” (REsp 1.113.959/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 11/03/2010). 3. A intempestividade do recurso administrativo não perfaz contexto fático juridicamente relevante para afastar o entendimento firmado no STJ acerca do tema. Precedentes: AgRg no AgRg no REsp 1.478.651/SP, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 13/3/2015; RCD no AREsp 623.936/RO, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 19/2/2015; AgRg no Ag 1.094.144/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 4/6/2009). 4. O acórdão recorrido examinou todos os pontos relevantes para a solução da controvérsia, indicando com clareza a data de peticionamento administrativo e os termos considerados para a contagem do lustro prescricional. Para infirmar a conclusão a que chegou a instância ordinária, faz-se necessário o reexame do conjunto fático-probatório, medida que encontra óbice na Súmula 7 do STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial” 5. A inobservância das normas legais para ver-se livre do pagamento de tributo afronta a boa-fé objetiva, nos termos do brocardo venire contra factum proprium. 6. Fica prejudicada a análise da divergência jurisprudencial quando a tese sustentada já foi afastada no exame do Recurso Especial pela alínea a do permissivo constitucional 7. Agravo Regimental não provido.” (AgRg no AREsp 705.069/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 04/02/2016).

previsão legal específica de determinado instituto sua inadmissibilidade; o Direito processual civil, a propósito, tem um bom exemplo disso: a exceção de pré-executividade. Em que pese inexistir um único dispositivo legal destinado à disciplina desse meio de defesa na execução, seu desenvolvimento pela doutrina redundou, paulatinamente, na admissibilidade pela jurisprudência com base estritamente em princípios constitucionais aplicáveis ao processo, desde antes do CPC/2015 e, até mesmo, da CF/88.

A disciplina da prescrição intercorrente no campo tributário, de rigor, há de ser conferida necessariamente por lei complementar, sobretudo em função do que consta no art. 146, inciso III, alínea b, do texto constitucional de 1988.

Registre-se que essa lei complementar – na esteira de todo o conteúdo do art. 146 da CF/88 – é de caráter nacional. Não é uma norma editada pela União para valer apenas como lei federal, nos estritos limites da competência legislativa federal. É uma lei da federação, aplicada uniformemente a todos os entes federados (União, estados, Distrito Federal e municípios), que subordina não apenas o Executivo desses entes, mas também o Legislativo, de modo que, no exercício das competências legislativas contidas na CF, devem-lhe estrita obediência. Lei ordinária que vier a tratar da prescrição intercorrente no âmbito do processo administrativo tributário – ainda que seja para dizer que é inadmissível, mercê da suspensão de exigibilidade operada em função das impugnações e recursos administrativos (art. 151, inciso III, do CTN) – padecerá de inconstitucionalidade formal, uma vez que o tema há de ser tratado por lei complementar.

Conforme será visto no item subsequente, normas-princípio previstas na CF/88, normas-regra insertas no CTN e princípios constitucionais implícitos podem muito bem pavimentar a admissibilidade da prescrição intercorrente no âmbito do processo administrativo tributário. Recorde-se que o CTN confere disciplina à prescrição no âmbito tributário, fixando seu prazo, termo inicial, fatos interruptivos e fatos suspensivos (estes por dedução lógica a partir das causas de suspensão de exigibilidade do crédito tributário). A partir da interpretação desse dispositivo, é possível estabelecer algumas regras para sua admissibilidade no âmbito do processo administrativo.

Muito embora de evidente harmonia lógica o argumento segundo o qual, com a suspensão de exigibilidade do crédito tributário operada automaticamente com a apresentação de impugnação e recursos administrativos, a Fazenda Pública (credora), por estar impedida de promover atos de cobrança, não poderia ter contra si a contabilização do tempo de sua inércia,⁶¹ não se pode olvidar que quem “conduz o tempo” do processo administrativo é, justamente, a própria

61 E assim sói ser em tantos outros casos, sobretudo nas relações privadas, quando a suspensão da exigibilidade da obrigação causada por razões várias não pode deixar de impedir que o prazo prescricional flua, sobretudo quando o credor não qualquer controle quanto à causa dessa suspensão de exigibilidade.

Administração Pública (juulgadora). E o tempo necessário à configuração de eventual prescrição – cinco anos – não é, nem de longe, exíguo para o mister de exaurimento das análises necessárias das impugnações e recursos apresentados pelos sujeitos passivos.

É cediço que a prescrição é ato-fato jurídico caducificante que se opera com o efeito de extinguir uma situação jurídica ativa; opera, pois, em prejuízo do credor. Por esse motivo, se a apresentação de impugnações administrativas tem que neutralizar essa consequência, não é razoável que a Fazenda Pública (credora) seja “senhora absoluta desse tempo”, de modo que não sofra qualquer consequência por uma desídia injustificada e exacerbada.

Os argumentos contrários à admissibilidade da prescrição intercorrente, portanto, embora dotados de uma coerência lógica, podem ser desconstruídos à luz do caso concreto, mormente em situações, cada vez menos raras, em que o feito administrativo permanece absolutamente paralisado – sem a prática de nenhum ato processual – por mais de cinco anos. Nada obstante, são hoje os prevalecentes na jurisprudência.

3 FUNDAMENTOS PARA ADMISSÃO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO. DA NECESSIDADE DE DISCIPLINA LEGAL DA QUESTÃO. UMA PROPOSTA

Ainda na década de 1970 – antes, portanto, da CF/88, de se falar dos princípios da eficiência administrativa (EC nº 19/1998) e da duração razoável do processo (EC nº 45/2004) –, Ives Gandra da Silva Martins,⁶² interpretando os dispositivos do CTN já vigentes à época, pontuava a necessidade de fixação de limites temporais para a atuação da administração pública tributária no proces-

62 “A nossa posição é a de que, uma vez constituído o crédito pelo lançamento, começa a correr um prazo fatal de 5 anos para prescrever o direito à ação, a não ser que seja interrompido por uma das quatro hipóteses mencionadas no § único do artigo 174. [...] Entendemos, por outro lado, que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, com efeitos apenas administrativos, não tem o condão de paralisar a fluência do prazo prescricional, para tanto devendo a Fazenda, se suspensa a exigibilidade do crédito tributário, utilizar-se do protesto judicial, como forma interruptiva da prescrição. Entendemos que somente neste contexto tem sentido a medida proposta pelo legislador no item II, eis que, se não suspensa a exigibilidade do crédito tributário, a Fazenda não tem que protestar o seu direito, mas executá-lo, sendo inócua, nesta hipótese, a enunciação legislativa do protesto. Entendemos que se, na legislação processual e civil, a falta de exigibilidade torna o direito líquido e certo inexecutável, o legislador tributário, nesta hipótese, inovou, eis que exigiu apenas a constituição do crédito tributário como primeiro passo para a fluência prescricional e remediou a falta de exigibilidade pela outorga do direito ao protesto. E, finalmente, que, assim agindo, limpou, definitivamente, o campo da arbitrariedade, que incluiria entre a decadência e a prescrição um terceiro estágio (suspensão de exigibilidade do crédito tributário), este sem prazo definido, multiplicando ao infinito o prazo entre a ocorrência do fato gerador e a propositura da ação de execução fiscal” (SOUZA, 1976, p. 197-198).

so de certificação do crédito inaugurado pela apresentação de defesa por parte do contribuinte. Conforme se depreende do pensamento do ilustre professor acima transcrito, a administração fazendária tem cinco anos para encerrar o processo administrativo tributário e promover a execução fiscal. Caso não seja possível, deve valer-se do protesto interruptivo da prescrição para evitar a consumação desta (de modo direto ou por via intercorrente).

O pensamento em derredor da prescrição intercorrente no processo administrativo tributário ganha maior substância quando se examinam dois princípios aplicáveis à Administração Pública e ao processo administrativo daquela natureza: o princípio da eficiência administrativa e o princípio da oficialidade. Pelo princípio da eficiência administrativa, inserto no sistema constitucional brasileiro por meio da EC nº 19/1998, é dever da Administração Pública, no seu proceder, buscar o resultado que atenda ao interesse público de modo mais célere e otimizado, com o mínimo de gasto possível. Noutros termos, a Administração Pública seria “eficiente” na medida em que apresentasse celeridade na prática de atos, os mais adequados possíveis ao interesse público e com o mínimo de dispêndio de recursos financeiros.

O processo administrativo tributário que, injustificadamente, dure mais do que cinco anos representa atuação administrativa que, a rigor, está em descompasso com os ditames da eficiência, sobretudo quando não há a prática de atos processuais que justifiquem tamanha demora ou quando o processo administrativo tem retardo ocasionado por invalidação de atos processuais praticados com vício por conta de má atuação dos agentes administrativos. Enfim, a demora não é imputável ao sujeito passivo, mas ao próprio Fisco.

O princípio da oficialidade, por sua vez, aplicável ao processo administrativo fiscal e ao processo administrativo tributário, impõe à autoridade administrativa o dever de proceder de ofício na condução do processo administrativo tendente à prolação de decisão definitiva, sem que tais atos se subordinem a requerimento do interessado. Tratase, portanto, do princípio do impulso oficial. Mercê desse princípio – calcado em outro, o princípio inquisitivo –, cumpre à administração pública tributária julgadora promover o julgamento definitivo do processo administrativo tributário, assegurando aos interessados todos os direitos constitucionais relativos ao processo, sem que dependa da provocação do interessado.

Por força da EC nº 45/2004, foi introduzido no rol de direitos fundamentais do art. 5º da CF/88 o direito a um processo de duração razoável, sem dilações indevidas. Tal norma veio na esteira do pensamento constitucional processual moderno, no sentido de que o processo (administrativo ou judicial) não deve durar mais do que o tempo necessário para a solução da querela, em respeito a todos os demais valores consagrados pela ordem jurídica (ampla defesa, contraditório, direito à prova, fundamentação das decisões etc.), sob pena de se comprometer a segurança das relações jurídicas, perpetuando violação a direito

e consolidando, no plano fático, situação originariamente em desconformidade com o ordenamento jurídico. O processo sem duração razoável viola, pois, direito do jurisdicionado e, no caso específico do processo administrativo tributário, do contribuinte.

Posteriormente, adveio a regra constante do art. 24 da Lei Federal nº 11.457/07,⁶³ que impõe à Administração Pública o dever de decidir a respeito de defesas e recursos no prazo máximo de 360 dias, a contar da data do protocolo. Entrementes, não previu sanção específica para o descumprimento deste prazo, que tivesse por objeto, pois, o crédito tributário, de modo que resta apenas a imposição do dever de obedecer a esse prazo.⁶⁴ Aqui cabe estabelecer uma dife-

63 “Art. 24. É obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte”.

64 “TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL FEDERAL. PEDIDO ADMINISTRATIVO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO PARA DECISÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APLICAÇÃO DA LEI 9.784/99. IMPOSSIBILIDADE. NORMA GERAL. LEI DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. DECRETO 70.235/72. ART. 24 DA LEI 11.457/07. NORMA DE NATUREZA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. 1. A duração razoável dos processos foi erigida como cláusula pétrea e direito fundamental pela Emenda Constitucional 45, de 2004, que acresceu ao art. 5º, o inciso LXXVIII, *in verbis*: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. 2. A conclusão de processo administrativo em prazo razoável é corolário dos princípios da eficiência, da moralidade e da razoabilidade. (Precedentes: MS 13.584/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJe 26/06/2009; REsp 1091042/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 21/08/2009; MS 13.545/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 29/10/2008, DJe 07/11/2008; REsp 690.819/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/02/2005, DJ 19/12/2005). 3. O processo administrativo tributário encontra-se regulado pelo Decreto 70.235/72 – Lei do Processo Administrativo Fiscal –, o que afasta a aplicação da Lei 9.784/99, ainda que ausente, na lei específica, mandamento legal relativo à fixação de prazo razoável para a análise e decisão das petições, defesas e recursos administrativos do contribuinte. 4. *Ad argumentandum tantum*, dadas as peculiaridades da seara fiscal, quiçá fosse possível a aplicação analógica em matéria tributária, caberia incidir à espécie o próprio Decreto 70.235/72, cujo art. 7º, § 2º, mais se aproxima do *thema judicandum*, *in verbis*: ‘Art. 7º O procedimento fiscal tem início com: (Vide Decreto nº 3.724, de 2001) I - o primeiro ato de ofício, escrito, praticado por servidor competente, cientificado o sujeito passivo da obrigação tributária ou seu preposto; II - a apreensão de mercadorias, documentos ou livros; III - o começo de despacho aduaneiro de mercadoria importada. § 1º O início do procedimento exclui a espontaneidade do sujeito passivo em relação aos atos anteriores e, independentemente de intimação a dos demais envolvidos nas infrações verificadas. § 2º Para os efeitos do disposto no § 1º, os atos referidos nos incisos I e II valerão pelo prazo de sessenta dias, prorrogável, sucessivamente, por igual período, com qualquer outro ato escrito que indique o prosseguimento dos trabalhos’. 5. A Lei nº

renciação: *i*) o dispositivo não está a estabelecer prazo de prescrição tributária (que já se encontra definido no *caput* do art. 174 do CTN, norma com status de lei complementar, na forma do art. 146, inciso III, alínea b, da CF/1988); *ii*) não está a tratar de fatos interruptivos ou suspensivos da prescrição (que já se encontram definidos no art. 151 e parágrafo único do art. 174 do CTN, norma com status de lei complementar, na forma do art. 146, inciso III, alínea b, da CF/1988); *iii*) apenas define um possível critério para que o ato-fato caducificante da prescrição (intercorrente) tenha incidência no âmbito o processos administrativo (inclusive o fiscal), tal como o faz, para efeito de aplicação da prescrição intercorrente no âmbito judicial, o art. 40 da Lei Federal nº 6.830/80, com redação dada pela Lei Federal nº 11.051/2004 – leis ordinárias, portanto, que dão aplicação a regras contidas em lei complementar.

Sobre a aplicação desse dispositivo da Lei Federal nº 11.457/2007 no âmbito do processo administrativo tributário já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp 1138206/RS, em sessão realizada pela Primeira Seção, em 9 de agosto de 2010.⁶⁵

Para a doutrina que defende a existência de prescrição intercorrente no processo administrativo tributário, o desrespeito aos princípios da eficiência administrativa, da duração razoável do processo e da oficialidade acarreta para a parte responsável (*in casu*, a Administração Pública) um conjunto de consequências gravosas (sanções), entre as quais está o perecimento do direito de crédito (tributário), que constitui objeto do processo que demorou tempo superior ao razoável.⁶⁶ O perecimento desse direito se opera por meio da prescri-

11.457/07, com o escopo de suprir a lacuna legislativa existente, em seu art. 24, preceituou a obrigatoriedade de ser proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo dos pedidos, *litteris*: ‘Art. 24. É obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte’. 6. Deveras, ostentando o referido dispositivo legal natureza processual fiscal, há de ser aplicado imediatamente aos pedidos, defesas ou recursos administrativos pendentes. 7. Destarte, tanto para os requerimentos efetuados anteriormente à vigência da Lei 11.457/07, quanto aos pedidos protocolados após o advento do referido diploma legislativo, o prazo aplicável é de 360 dias a partir do protocolo dos pedidos (art. 24 da Lei 11.457/07). 8. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. 9. Recurso especial parcialmente provido, para determinar a obediência ao prazo de 360 dias para conclusão do procedimento *sub judice*. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.’ (REsp 1138206/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/08/2010, DJe 01/09/2010).

⁶⁵ Vide a nota anterior.

⁶⁶ “As considerações desenvolvidas levam-nos a assentar as seguintes proposições. (a) A prescrição intercorrente consuma-se pelo decurso do prazo de cinco anos contados da data

ção intercorrente; diz-se “perecimento do direito” porque no campo tributário, como dito acima, o Direito Positivo brasileiro atribui à prescrição o efeito de extinguir o crédito e a obrigação tributária (art. 113, § 1º, c/c 156, V, ambos do CTN).

Encontram-se na doutrina que admite manifestações no sentido de se conceber a prescrição intercorrente no âmbito administrativo como uma sanção que se afigura em estado latente, apta a operar-se toda vez em que houver uma demora injustificável na conclusão do processo administrativo, fazendo ultrapassar o lapso temporal de cinco anos.⁶⁷ Nessa esteira, entende a doutrina que

em que poderia ter sido praticado determinado ato, medida ou providência necessários à obtenção dos efeitos jurídicos específicos (a solução da lide) para cuja consecução se volta o processo administrativo tributário. (b) Em razão do princípio da oficialidade, cabe à Administração promover a impulsão do processo administrativo tributário, sujeitando-se às consequências resultantes da inobservância deste dever, cuja relevância é sobremodo acentuada pela garantia da celeridade processual que o art. 5º, LXXVIII, da CF instituiu. (c) A prescrição intercorrente decorre de causa própria expressa na inércia da Administração em cumprir o dever de assegurar o andamento do processo administrativo tributário – dever, esse, cujo exercício não encontra nenhum obstáculo na norma veiculada pelo art. 151, III, do CTN”. (BOTALLO, 2006, p. 152).

67 “Destarte, que a autoridade julgadora tem o prazo de 5 (cinco) anos, contado do ingresso da impugnação/recurso no órgão julgador contando para decidir sobre a exigência fiscal, sob pena de prescrever o seu direito de ação de cobrar o suposto crédito. Logo, findo este prazo, e constatado que o processo fiscal permaneceu paralisado por exclusiva culpa da autoridade administrativa, deve a prescrição intercorrente ser declarada e extinto o processo. Melhor dizendo, a inércia da Administração, em promover os atos necessários ao regular andamento do processo administrativo tributário que lhe compete, é causa suficiente para declarar a prescrição intercorrente naquele” (PIMENTA, 2001, p. 122). Segundo o ensinamento de Fátima Fernandes Rodrigues de Souza (2007, p. 141), “Sim. No Código Tributário Nacional, o art. 155, parágrafo único, contempla hipótese de prescrição intercorrente. Já na Constituição, a garantia de segurança jurídica consagrada no *caput* do art. 5º e seu inc. LXXXVIII, incluindo, entre os direitos fundamentais, a celeridade na tramitação, tanto no processo judicial quanto no administrativo, constituem fundamentos que, independentemente de lei, autorizam a aplicação da prescrição intercorrente no processo administrativo tributário, até como meio de assegurar a observância do princípio da oficialidade”. Vale a pena mencionar, ainda, o escólio de Marilene Talarico Martins Rodrigues (2007, p. 178-180): “Concordamos com esse posicionamento para que o contribuinte não venha a sofrer danos com a morosidade do processo administrativo, embora reconheçamos que há defensores de corrente de entendimento contrário, mas entendemos que o art. 151 do CTN suspende a exigibilidade do crédito tributário, não porém a interrupção da prescrição que é regulada pelo art. 174, parágrafo único, do CTN. Assim, a Fazenda Pública, no decorrer do processo administrativo, tem o prazo de cinco anos para rever o lançamento e tornar definitiva a exigência fiscal (art. 174 do CTN). Esse prazo é mais do que razoável para o término do processo administrativo, pois, a Administração deve decidir apresentando uma resposta célere e satisfatória no âmbito administrativo, para que a garantia constitucional de ampla defesa no processo administrativo (art. 5º, LV, da CF) seja realmente efetiva. A questão deve ser interpretada, também, à luz da garantia do contribuinte no processo administrativo a partir da EC 45/2004, que acrescentou ao art. 5º, LXXVII, da CF, estabelecendo *razoável*

cinco anos seria um prazo mais do que razoável para que o processo administrativo tivesse um desfecho definitivo. Assim, definitivamente constituído o crédito tributário por intermédio do lançamento, regularmente notificado o sujeito, caso este ofereça impugnação, esta deve ser definitivamente apreciada no âmbito administrativo no prazo de cinco anos, sob pena de se aplicar a regra do art. 174 do CTN, decretando-se a prescrição.⁶⁸

duração do processo, nos seguintes termos [...]. Essa garantia constitucional sinaliza que o processo administrativo não pode ter duração infinita, devendo a Administração tomar todas as providências necessárias para o seu término no prazo de cinco anos. [...] Quanto à prescrição intercorrente no processo administrativo, pensamos que o art. 174 do CTN permite a fluência do prazo prescricional no processo administrativo, que deverá ser solucionado no prazo de cinco anos para a constituição definitiva do crédito tributário, *independentemente de estar suspensa a exigibilidade do crédito tributário* (art. 151, III, do CTN). Na impossibilidade de solucionar a questão, no prazo legal, a Fazenda Pública deverá utilizar-se do protesto judicial como forma de interrupção do prazo decadencial a que faz menção o parágrafo único do art. 174 do CTN. A Fazenda Pública, portanto, no decorrer do processo administrativo, tem o prazo de cinco anos para rever o lançamento e tornar definitiva a exigência fiscal em obediência aos *princípios da garantia de ampla defesa* (art. 5º, LV, CF) e *da duração razoável do processo administrativo* (art. 5º, LXXVIII, da CF), *da eficiência* (art. 37 da CF) e *da oficialidade*, que exige que o processo administrativo seja impulsionado, tomando a Administração todas as providências necessárias para dar celeridade ao processo”. (RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. Decadência e Prescrição. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Cadernos de pesquisas tributárias**. Nova série – 13. Decadência e prescrição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 178-80). E ainda merece menção o quando dito por Octávio Campos Fischer (2007, p. 431): “Bem por isso, estamos de acordo em sustentar que não seria admissível um processo administrativo tributário ter uma duração maior do que cinco anos, especialmente porque colocará o cidadão em uma situação bastante delicada: de um lado, tem o direito constitucional ao processo administrativo, mas, de outro, quanto mais tempo demorar o ‘exercício’ deste direito maior será o seu prejuízo, pois o valor do débito tornar-se-á elevadíssimo (juros e multas). Não há que falar que o processo administrativo tributário pode demorar mais de cinco anos por culpa do cidadão, já que a intervenção deste é apenas pontual (para apresentar a impugnação, interpor alguns poucos recursos e realizar sustentação oral). Ao contrário, temos um direito constitucional do cidadão que fica nas mãos justamente daquele contra o qual está litigando: o Fisco. Então, justamente por isso, quem deve ser penalizado é o Fisco. Até porque este não tem direito ao crédito tributário, mas tem um dever-poder (função) de cobrá-lo em um prazo razoável. Se não o fizer, estará extinto o crédito tributário. Em suma, entendemos que não se deve falar em decadência ou prescrição intercorrente no processo administrativo tributário. A utilização de tais expressões somente contribuiu para obstruir a realização do direito constitucional a um processo com duração razoável (art. 5º, LXXVIII, da CF/88). Nosso pensamento orienta-se para sustentar que um processo administrativo tributário razoável deve ter duração no máximo de cinco anos, após o qual será extinto o crédito tributário. Trata-se, assim, de uma extinção do crédito tributário por ofensa ao direito fundamental a um processo administrativo com duração razoável”.

68 Marco Aurélio Greco (2007, p. 219-224) identifica as situações jurídicas tributárias, atribuindo a cada qual fenômeno extintivo determinável decorrente da inércia do titular do direito, segundo o CTN: (i) o crédito comporta início de constituição (art. 173, parágrafo

Não nos perfilamos rigorosamente esse entendimento. A falta de uma disciplina normativa específica para a prescrição intercorrente no âmbito do processo administrativo tributário dá margem para diversas formulações entre aqueles que se posicionam pela sua admissibilidade.

Nessa linha de entendimento e com base nos elementos dogmáticos dispostos no CTN, nos princípios constitucionais já aludidos e, sobretudo, dentro de um postulado de razoabilidade na interpretação dos dispositivos pertinentes, entendemos como premissas fundamentais para a aplicação da prescrição intercorrente no âmbito administrativo: 1) o prazo para sua consumação é, invariavelmente, de cinco anos, por força da regra constante do *caput* do art. 174 do CTN; 2) todas as causas de interrupção previstas no parágrafo único do art. 174 do CTN a ela se aplicam; 3) há de ser aplicada somente se o processo administrativo tributário restar absolutamente paralisado por cinco anos ou mais, entendendo por essa paralisia a não prática de qualquer ato processual durante o lustro – abstraindo-se movimentações que não implicam qualquer produção de efeitos no âmbito do processo, assim como eventuais peticionamentos do sujeito passivo requerendo mero impulsionamento do feito –, bem como a ausência de pendência da prática de qualquer ato processual pelo sujeito passivo; 4) no âmbito do processo administrativo tributário federal, considerando a existência da regra constante do art. 24 da Lei Federal nº 11.457/07, é interpretação coerente a que aponta o início do quinquênio prescricional intercorrente após escoado o prazo de 360 dias, a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte, pois o legislador federal – ao regular o pro-

único); *(ii)* o crédito é constituído pelo lançamento (art. 142); *(iii)* ele terá sua exigibilidade suspensa, dentre outras hipóteses, pela interposição de reclamações e recursos; *(iv)* há um momento em que essa constituição (até então obviamente provisória) torna-se definitiva (art. 174). O ponto fundamental sobre o qual repousa a preocupação é o de saber se tal procedimento tem algum prazo para ser concluído depois que foi iniciado pelo auto de infração ou pelo “lançamento”; há de se verificar no ordenamento se existe um dever de proceder, que para o autor está no parágrafo único do art. 173 do CTN. O dispositivo em tela contém um prazo para concluir a constituição definitiva do crédito, contado do início do procedimento de constituição; contém um prazo para proceder sob pena de extinção do direito de constituir o crédito tributário: este prazo é chamado por Marco Aurélio Greco de *perempção*. Assim, uma vez iniciado o procedimento administrativo tributário pela notificação de qualquer medida preparatória indispensável à verificação do fato gerador, identificação do sujeito passivo etc., tem início um prazo *peremptório* de cinco anos para que se constitua definitivamente o crédito tributário, sob pena de extinção do direito de constituí-lo. Em arremate, para Marco Aurélio Greco, há três prazos distintos: *a)* um prazo de decadência, até a lavratura do auto de infração ou do chamado “lançamento”; *b)* um prazo de *perempção* do direito de proceder, desde o início do procedimento até sua conclusão; *c)* um prazo de prescrição, depois de concluído o procedimento administrativo, atendido o critério da *actio nata*. A *prescrição intercorrente* equivaleria, pois, a esse prazo de *perempção*. Nesse raciocínio, destacamos a divergência quanto à separação entre de constituição provisória e constituição definitiva do crédito tributário.

cesso administrativo tributário federal – entendeu como de duração razoável (a fim de, legislativamente, dar concretude ao art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/88) aquela em que há uma resposta da Administração Pública nesse prazo; ao cabo dele, a suspensão de exigibilidade do crédito tributário (e, conseqüentemente – em princípio e a princípio – da prescrição) não poderia servir de conforto à inércia do órgão administrativo de julgamento.

Não se deve deixar de registrar que essa inércia do órgão administrativo de julgamento, se não combatida com a prescrição intercorrente ou de alguma outra forma sancionada, contribuirá para prejuízos cada vez mais significativos ao sujeito passivo, sobretudo porque a suspensão de exigibilidade não prejudicada em absolutamente a contabilização dos encargos moratórios (juros e correção monetária).

4 CONCLUSÃO

Enquanto o legislador complementar não se ocupar de regular especificamente a questão, a discussão em derredor da (in)admissibilidade da prescrição intercorrente no âmbito do processo administrativo tributário permanecerá dando margem a situações de grave insegurança. Talvez as premissas postas nestas curtas linhas contribuam para conferir maior grau de certeza a situações, que vêm se tornando frequentes, em que os processos administrativos tributários perduram por mais de cinco anos sem que haja a apreciação da impugnação ou do recurso administrativo interposto, em alguns deles sem a prática de um ato processual sequer ou mesmo de mera movimentação.

REFERÊNCIAS

- AMARO, Luciano. **Direito Tributário brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 3. ed. rev., ampl. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário brasileiro**. 11. ed. rev., ampl. e atual. por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- BORGES, José Souto Maior. **Lançamento tributário**. 2. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 1999.
- BORGES, José Souto Maior. **Obrigações tributárias** (uma introdução metodológica). 3. ed. rev., ampl. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BOTALLO, Eduardo Domingos. **Curso de processo administrativo tributário**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

- GRECO, Marco Aurélio. **Dinâmica da tributação**: uma visão funcional. 2. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: 2007.
- MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Lançamento tributário e decadência**. São Paulo: Dialética. Fortaleza: ICET, 2002.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). Decadência e prescrição. **Cadernos de pesquisas tributárias**. Nova série – 13. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. Decadência e prescrição. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Cadernos de pesquisas tributárias** – n. 1. Decadência e Prescrição. São Paulo: Resenha Tributária, 1976, p. 190-202.
- MENDONÇA, Christiane. Decadência e prescrição em matéria tributária. *In*: DE SANTI, Eurico Marcos Diniz (Coord.). **Curso de especialização em direito tributário** – estudos analíticos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. Decadência e prescrição. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). Decadência e prescrição. **Cadernos de pesquisas tributárias**. Nova série – 13. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 147-188.
- SOUZA, Fátima Fernandes Rodrigues de. Decadência e Prescrição. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). Decadência e prescrição. **Cadernos de pesquisas tributárias**. Nova série – 13. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 115-146.

8

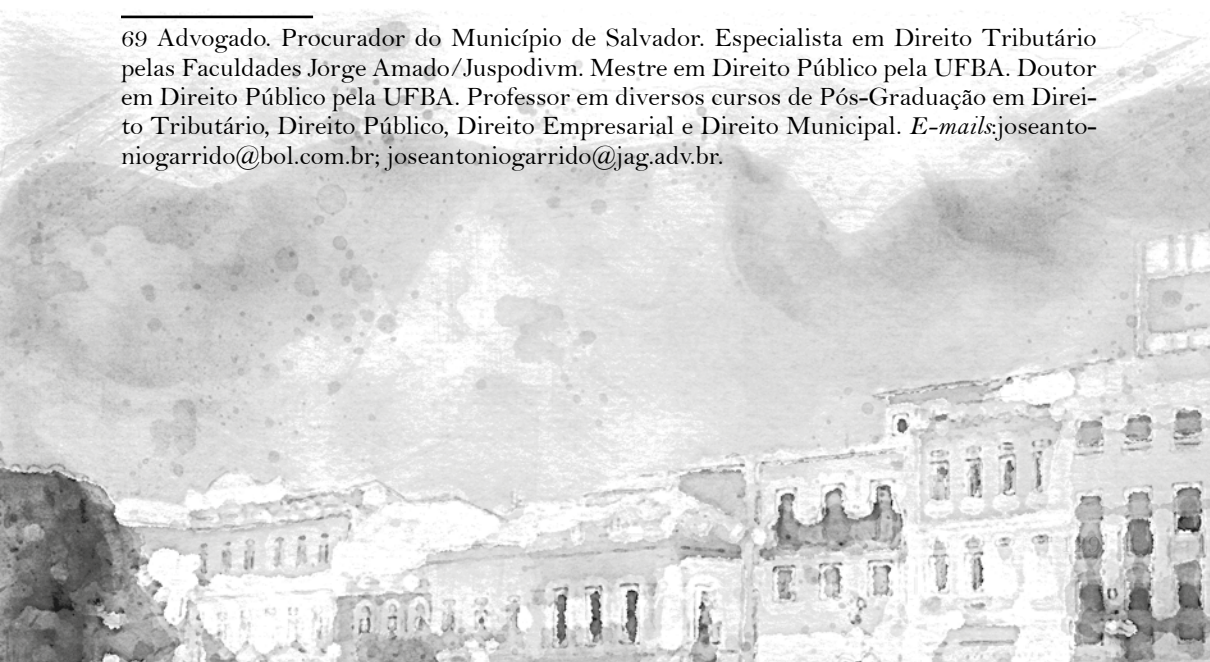
REFLEXÃO SOBRE A JUSTIÇA DISTRIBUTIVA DE JOHN RAWLS E A TEORIA DA DECISÃO TRIBUTÁRIA

*José Antônio Garrido*⁶⁹

Propõe-se o presente artigo, de uma forma brevíssima e objetiva, a cuidar do pensamento político-filosófico do norte-americano John Rawls a respeito da Justiça, buscando-se fazer uma aproximação de seu pensamento com o fenômeno da tributação, sob o enfoque dos elementos que fundamentam esta atividade do Estado, tanto sob a perspectiva jurídica como sob o viés metajurídico (político, econômico, social etc.), quais sejam: o princípio da solidariedade social e o princípio da capacidade contributiva. O propósito é, pois, situar a tributação como uma das expressões da justiça distributiva aplicada pelo Estado a partir de uma *decisão* de instituir tributo(s) sobre determinadas realidades econômicas e para certas finalidades protegidas ou estimuladas por ele, sempre limitada pelas liberdades individuais plasmadas explícita e implicitamente no texto constitucional. Assim, gizar-se-á a noção de *decisão tributária* tomada pelo legislador, com o objetivo de realizar a justiça distributiva.

No percurso de demonstração da tese, a análise partirá dos elementos que compõem a base da teoria de John Rawls, o que se convencionou chamar de

69 Advogado. Procurador do Município de Salvador. Especialista em Direito Tributário pelas Faculdades Jorge Amado/Juspodivm. Mestre em Direito Público pela UFBA. Doutor em Direito Público pela UFBA. Professor em diversos cursos de Pós-Graduação em Direito Tributário, Direito Público, Direito Empresarial e Direito Municipal. *E-mails*: joseantonio Garrido@bol.com.br; joseantonio Garrido@jag.adv.br.



“posição original” e, ao lado disso, o que se denominou de “véu de ignorância” – termos que ganharam notoriedade sob a pena do citado filósofo –, além da definição dos “bens primários” (“bens primeiros”), que interferem na concepção distributiva da justiça. Examinar-se-á a concepção de justiça de John Rawls, pautada na ideia de equidade, erguida sobre uma sociedade como sistema equitativo de cooperação. Nesse contexto, serão examinados os dois princípios de justiça descritos por Rawls, que aludem, respectivamente, às demandas de igualdade e o valor dessas garantias institucionais (RAWLS, 2011, p. 6). Para tanto, imprescindível será conceituar o instituto central do fenômeno da tributação – o *tributo* – e seus fundamentos (princípio da solidariedade social e princípio da capacidade contributiva), para indicar que a escolha do legislador (*decisão tributária*) – a iniciar pelo constituinte, ao repartir a competência tributária – materializa a densificação da ideia de justiça distributiva com base em juízo de equidade, expressada pelos dois princípios de justiça estabelecidos por John Rawls.

I BASES DA TEORIA DE JOHN RAWLS

Três são os elementos que devem ser examinados para a compreensão da teoria de John Rawls em derredor da Justiça como equidade: a chamada “posição original”, o “véu de ignorância” e os “bens primários”. Esses elementos, a rigor, não exaurem a teoria da justiça distributiva de Rawls, porém devem ser bem compreendidos a fim de que aquela seja assimilada sem deturpações. E, mais do que isso, importam sobremaneira para o desenvolvimento do raciocínio concernente à aplicação de suas concepções teóricas a uma (possível) explicação, do ponto de vista da Filosofia do Direito, acerca do fenômeno da tributação.⁷⁰

1.1 A “POSIÇÃO ORIGINAL”

Rawls é um filósofo político e partidário da teoria contratualista. Parte, contudo, da seguinte premissa: os termos equitativos da cooperação social são concebidos como um acordo entre as pessoas envolvidas, entre os indivíduos livres e iguais, nascidos em uma sociedade; as condições do acordo social devem situar equitativamente pessoas livres e iguais, e não deve permitir que algumas delas tenham poder superior de barganha, havendo de se excluir, outrossim, o recurso à ameaça de uso da violência física ou moral, ao engodo e à fraude

70 Registra Richard Posner que, antes de John Rawls, as noções de *posição original* e *véu de ignorância*, no seio dos contratualistas (dentro os quais se destacam nomes como Jean-Jacques Rousseau, Thomas Hobbes e Adam Smith), já haviam sido gizadas e tratadas por John Harsanyi; como este seria menos conhecido do que aquele, costuma-se citar Rawls, com muito mais frequência, como o filósofo responsável pela construção desses dois conceitos fundamentais para a teoria por ele desenvolvida. (POSNER, 2011, p. 571).

(RAWLS, 2011, p. 26-27). Liberdade e igualdade são, pois, ínsitas à concepção de “posição original”, haja vista que constituem o ponto de partida para o desenvolvimento do pensamento em derredor de uma teoria da justiça. Esta situação original envolve como condições características as circunstâncias da justiça, as restrições formais do conceito de Direito, o véu de ignorância e a racionalidade das partes contratantes (RAWLS, 1981, p. 107).⁷¹

Os homens são concebidos como pessoas livres, dotadas de razão, desejosas de favorecer seus próprios interesses e postas numa posição inicial de igualdade, tudo conforme a equidade (ISRAËL, 2009, p. 171). A condição de equidade que prevalece no seio da posição original leva os parceiros a conceber a igualdade sob a forma da reciprocidade, o que implica também uma ideia de comutatividade. O primeiro princípio da justiça pressuporá, pois, uma repartição dos direitos subjetivos segundo o princípio de reciprocidade (ISRAËL, 2009, p. 174).

Pontua Rawls cinco características essenciais: 1) a posição original modela as partes como representando os cidadãos imparcialmente; 2) ele os modela como racionais; 3) ela modela selecionando, dentre princípios de justiça disponíveis, aqueles que se aplicam ao sujeito adequado, que é, nesse caso, a estrutura básica; 4) as partes são modeladas como fazendo essas seleções pelas razões adequadas; e 5) como selecionando por razões relacionadas com interesses fundamentais dos cidadãos como razoáveis e racionais (RAWLS, 2004, p. 39-40).⁷²

John Rawls identifica pelo menos duas dificuldades para a admissão da “posição original”: a) necessidade de encontrar um ponto de vista apartado dessa estrutura de fundo abrangente que não seja distorcido por suas características e circunstâncias particulares; vale dizer, um ponto de vista a partir do qual um acordo equitativo entre pessoas concebidas como livres e iguais possa ser alcançado – aqui atua a ideia do “véu de ignorância”, a ser tratada a seguir; b) como a posição original deve ser entendida como um artifício de representação, todo acordo estabelecido pelas partes deve ser visto como hipotético e a-histórico – isto é, destituído de elementos de concretude vinculados a um referencial

71 Destaca Richard Posner que a abordagem da “posição original” foi introduzida por economistas que buscavam no consentimento as bases da maximização da utilidade; sucede que, segundo Posner, Rawls faz uma reviravolta e afirma que, na posição original, as pessoas optam por maximizar a utilidades dos piores resultados distributivos, e não a utilidade estimada (POSNER, 2010, p. 119).

72 Esta concepção de posição original recebe a crítica de Ronald Dworkin: “O dispositivo de uma posição original [...] não pode ser plausivelmente aceito como ponto de partida da filosofia política. Requer o embasamento de uma teoria mais profunda, que explique por que a posição original tem as características que tem e por que de fato as pessoas escolhem determinados princípios nessa posição, se escolhessem, os autentica como princípios da justiça. A força da posição original como dispositivo das argumentações pela justiça, ou de qualquer modelo específico da posição original para tal finalidade, depende, na minha opinião, da adequação de uma interpretação da igualdade de recursos que a sustente, e não o contrário” (DWORKIN, 2005, p. 156).

de tempo e espaço, portanto totalmente dependente da configuração segundo a qual esta se apresente (RAWLS, 2011, p. 27-8).

Segundo o próprio John Rawls, a ideia é utilizar a posição original para representar tanto a liberdade e a igualdade como as restrições às razões apresentadas, para se tornar inteiramente evidente que espécie de acordo seria alcançado pelas partes na condição de representantes dos cidadãos (RAWLS, 2011, p. 30). Enquanto outros pensadores partidários da concepção contratualista, de períodos anteriores, utilizavam a figura do *homem em estado puro de natureza*, Rawls utiliza a figura da *posição original* como ponto de partida para a explicação da forma pela qual o ideal de justiça deveria se concretizar, em especial a justiça distributiva: “[o] objetivo é usar a noção de pura justiça processual como uma base da teoria” (RAWLS, 1981, p. 119).

1.2 O “VÉU DE IGNORÂNCIA”

A posição original, a fim de que se possa inferir os princípios da justiça que serão enunciados mais adiante, impõe aos indivíduos um “véu de ignorância”; não lhes permite conhecer o seu lugar na sociedade, sua posição de classe ou seu estatuto social, nem o que lhes é reservado na repartição das capacidades e dos dons naturais (ISRAËL, 2009, p. 171).⁷³

Explica Ronald Dworkin que, segundo Rawls, os membros da “posição original”, em que são escolhidos os princípios da justiça, fazem as vezes de fiduciários de outras pessoas, cuja posição social e econômica, talentos e habilidades, gostos e concepções do bem ficam ocultos para o fiduciário sob o “véu de ignorância”. A estratégia de Rawls para reconciliar a liberdade e a igualdade,

⁷³ Conforme a explicação do próprio John Rawls: “Presumo, então, que as partes não sabem certos tipos de fatos particulares. Antes de mais nada, ninguém conhece seu lugar na sociedade, sua posição de classe ou *status* social; nem sabe sua fortuna na distribuição de dotes e habilidades naturais, sua inteligência e força, e assim por diante. Nem, de novo, ninguém conhece sua concepção do bem, as particularidades do seu plano racional de vida, ou até as características especiais de sua psicologia, tais como sua aversão ao risco ou inclinação ao otimismo ou pessimismo. Além disto, presume que as partes não conhecem as circunstâncias especiais da sua própria sociedade, isto é, não sabem sua situação econômica ou política, ou o nível de civilização e cultura que foram capazes de atingir. As pessoas na posição original não têm informação sobre a qual geração pertencem. Estas mais amplas restrições ao conhecimento são apropriadas, em parte, porque as questões de justiça social brotam tanto entre gerações quanto dentro delas, por exemplo, a questão da apropriada média de poupança de capital e de conservação dos recursos naturais e do meio ambiental. Há também, de qualquer modo teoricamente, a questão de uma razoável política genética. Nestes casos também, a fim de efetuar a ideia da posição original, as partes precisam conhecer as contingências que as colocaram em oposição. Precisam escolher princípios, com cujas consequências estejam preparadas a conviver, qualquer que seja a geração a que resultem pertencer” (RAWLS, 1981, p. 119).

portanto, parece um misto das estratégias constitutiva e dos interesses; a liberdade, por sua vez, entra na definição de igualdade na estratégia constitutiva.⁷⁴

Como o próprio Rawls afirma, a razão pela qual essa posição deve abstrair as contingências do mundo social e não ser afetada por elas é que as condições de um acordo equitativo sobre princípios de justiça política entre pessoas livres e iguais devem eliminar as vantagens de barganha que inevitavelmente surgem sob as instituições de fundo de qualquer sociedade, em virtude de tendências sociais, históricas e naturais cumulativas (RAWLS, 2011, p. 27).

1.3 A IDEIA DOS BENS PRIMÁRIOS

Na posição original, são desejados “bens primeiros” (ou “bens primários”), a partir dos quais se consegue descobrir os princípios da justiça, uma vez que aqueles correspondem ao que se reputa que todo homem racional deseja: os direitos, as liberdades e as possibilidades oferecidas ao indivíduo, as rendas, a riqueza e o respeito a si mesmo (ISRAËL, 2009, p. 172).

Os “bens primários” seriam aqueles bens básicos indispensáveis para satisfazer qualquer plano de vida; são de dois tipos: a) os bens primários de tipo social, que são diretamente distribuídos pelas instituições sociais (como a riqueza, as oportunidades, os direitos); b) os bens primários de tipo natural, que não são distribuídos diretamente pelas instituições sociais (por exemplo, os talentos, a saúde, a inteligência etc.) (GARGARELLA, 2008, p. 23).

Para Rawls, o princípio da diferença afirma não se justificar nenhuma desigualdade em bens primários, a não ser que melhore a situação econômica do grupo em pior situação. Dworkin critica Rawls asseverando que ele nunca conseguiu explicar satisfatoriamente por que os membros de sua posição original, ignorantes de suas situações futuras, escolheriam o princípio da diferença por interesse próprio (DWORKIN, 2005, p. 467).

74 Continua Dworkin explicando: “A comunidade política trata as pessoas com igual consideração quando respeita os princípios de justiça que seriam escolhidos por seus representantes são modeladas de modo que admitam que as pessoas têm um interesse fundamental na liberdade. Os fiduciários da posição original recebem informações de que seus beneficiários têm um interesse extraordinário em desenvolver e explorar sua própria capacidade de autonomia – sua capacidade de formar, criticar e pôr em prática as concepções da vida boa – e esse interesse não pode ser atendido em uma comunidade cujas leis não proporcionem ampla liberdade de escolha pelo menos nas questões importantes. Mas Rawls parece manter pelo menos um pequeno elemento da estratégia dos interesses: ele afirma que os fiduciários da posição original só confiarão em afirmações instrumentais empíricas sobre como atender melhor aos supostos interesses de alta ordem na atribuição de determinados direitos à liberdade” (DWORKIN, 2005, p. 181-2).

2 NOÇÃO DE JUSTIÇA (DISTRIBUTIVA) DE JOHN RAWLS

A teoria de Rawls é desenvolvida a partir de uma concepção de contrato social, mas sem se limita a explicar a origem da sociedade ordenada ou sua subordinação a um determinado soberano; provoca a imaginar as pessoas em uma “situação inicial” (ou “posição originária”), na qual deliberam entre si a respeito de que tipo de sociedade elas aceitariam como justa, presumindo que a justiça – significando equidade (*fairness*) – lhes parece um valor indiscutivelmente capital.

Nessa hipótese inicial, as partes contratantes são pessoas comuns, mas que atuam sob o que chamou de “véu de ignorância”, que oculta delas todo conhecimento de sua situação real mesmo em suas dimensões mais rudimentares (KELLY, 2010, p. 548-9). Para Rawls, “todos os bens primários sociais devem ser distribuídos igualmente, salvo se uma distribuição desigual mostre-se vantajosa para os menos favorecidos”.⁷⁵ Em síntese, Rawls procurou traçar o perfil da justiça como um tipo de equidade (SCHIMDTZ, 2009, p. 278).

2.1 CONCEITO DE JUSTIÇA

Conforme destaca Ronald Dworkin, alguns filósofos negam a possibilidade de qualquer conflito fundamental entre justiça e equidade por acreditarem que, no fim das contas, uma dessas virtudes deriva da outra; outros afirmam que, separada da equidade, a justiça não tem sentido e, em política, tudo aquilo que provenha de procedimentos baseados na equidade é justo; é o extremo da ideia de Justiça como equidade (DWORKIN, 2003, p. 214).⁷⁶

⁷⁵ “Cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema total mais extensivo das liberdades básicas iguais compatíveis com um sistema de liberdade semelhante para todos, todos os bens primários sociais – liberdade e oportunidade, renda e riqueza, e os fundamentos do respeito por si mesmo – devem ser distribuídos igualmente, a menos que uma distribuição desigual de qualquer ou todos esses bens seja vantajosa para os menos favorecidos” (RAWLS, 2002, p. 302-303).

⁷⁶ Amartya Sen, a propósito de explorar a concepção de equidade sob as parâmetros de pensamento de Rawls, afirma que essa ideia fundamental pode ser conformada de várias maneiras, mas em seu centro deve estar uma exigência de evitar vieses em nossas avaliações, levando em conta os interesses e as preocupações dos outros também e, em particular, a necessidade de evitarmos ser influenciados por nossos respectivos interesses pelo próprio benefício, ou por nossas prioridades pessoais, excentricidades ou preconceitos. Pode ser amplamente vista como uma exigência de imparcialidade. A especificação de Rawls das exigências de imparcialidade é baseada em sua ideia construtiva de posição original, que é central para sua teoria da “justiça como equidade”. A posição original é uma situação imaginada de igualdade primordial, em que as partes envolvidas não têm conhecimento de suas identidades pessoais, ou de seus respectivos interesses pelo próprio benefício, dentro do grupo como um todo. Seus representantes têm de escolher sob esse véu de ignorância, ou seja, em um estado imaginado de ignorância seletiva (especialmente, ignorância sobre os

Segundo Amartya Sen, Rawls identifica alguns princípios de justiça bem específicos, os quais são a escolha unânime que surgiria da concepção política da justiça como equidade. Essa unanimidade de escolha faz boa parte do trabalho no sistema rawlsiano, definindo as instituições para a estrutura básica da sociedade, bem como a determinação de uma concepção política da justiça, o que, supõe Rawls, influenciará os comportamentos individuais em conformidade com essa concepção partilhada (SEN, 2005, p. 86). John Rawls defende a criação de uma teoria da justiça da qual os juízes poderiam valer-se para dirimir aquelas divergências cuja resolução o legislador não dá (POSNER, 2011, p. XXXV).

Tratando dos problemas relacionados com as concepções utilitaristas, Richard Posner pontua que o princípio de justiça social de John Rawls define-se como fruto coletivo das escolhas dos indivíduos na “posição original”, isto é, destituídos de todas as suas características individuais; por serem avessos aos riscos, essas pessoas escolhem um princípio que sacrifica, em grande medida, a liberdade econômica individual em troca de seguridade social; lembra, ainda, o princípio enunciado por Jeremy Bentham de maximização da igualdade de renda condicionada à preservação dos incentivos à atividade produtiva individual (POSNER, 2010, p. 71).

Posner (2010, p. 92) afirma que Rawls, entre outros, defende a visão de que o patrimônio genético de um indivíduo é uma espécie de acidente, desprovido de importância moral, o que, no entanto, é incoerente com as noções kantianas de individualidade das quais essa visão supostamente deriva; assim, exemplifica que tratar igualmente um inventor e um deficiente mental no que concerne a suas pretensões morais de controle sobre recursos valiosos é não levar a sério as diferenças entre os indivíduos; pontua, ao cabo, que qualquer política redistributiva afeta a autonomia daqueles a partir dos quais se faz a redistribuição (POSNER, 2010, p. 92).

Cinco são as premissas para se chegar a um conceito moderno de justiça distributiva: *i*) cada indivíduo, e não somente sociedades ou a espécie humana como um todo, tem um bem que merece respeito, e aos indivíduos são devidos certos direitos e proteções visando à busca daquele bem; *ii*) alguma parcela de bens materiais faz parte do que é devido a cada indivíduo, parte dos direitos e proteções que todos merecem; *iii*) o fato de que cada indivíduo mereça isso pode ser justificado racionalmente, em termos puramente seculares; *iv*) a distribuição dessa parcela de bens é praticável: tentar conscientemente realizar essa tarefa não é um projeto absurdo nem é algo que, como ocorreria caso se tentasse tornar a amizade algo compulsório, frustraria o próprio objetivo que se tentar

interesses pessoais característicos reais de uma vida boa – conhecendo apenas o que Rawls chama de “preferências abrangentes”), e é nesse estado de concebida ignorância que os princípios de justiça são escolhidos por unanimidade. Os princípios da justiça, para Rawls, determinam as instituições sociais básicas que devem governar a sociedade que estão por “criar” (SEN, 2005, p. 84).

alcançar; *v*) compete ao Estado, e não a indivíduos ou organizações privadas, garantir que tal distribuição seja realizada (FLEISCHACKER, 2006, p. 12). O conceito de justiça de John Rawls, portanto, é de cunho distributivo e fundado em equidade.

2.2 PRINCÍPIOS DE JUSTIÇA

Três critérios vêm sendo defendidos com frequência como princípio e fim da justiça distributiva, todos com força real, mas nenhum deles tem força em toda a escala de distribuições: a) livre intercâmbio – é ilimitado, mas não garante nenhum resultado distributivo; não é um critério geral e só pode especificar os limites dentro dos quais ele funciona por meio de análise minuciosa de determinados bens sociais; b) mérito – é tanto ilimitado quanto pluralista, daria a retribuição merecida por cada um e a contribuição exigida de cada um; c) necessidade – considera-se que “a cada um segundo a suas necessidades” é a metade distributiva da famosa máxima de Marx, no sentido de que devemos repartir as riquezas da comunidade segundo as necessidades de seus membros, gera a necessidade de uma esfera distributiva especial, dentro da qual é, de per si, o princípio distributivo adequado (WALZER, 2003, p. 25-32): “[n]uma sociedade pobre, uma proporção alta das riquezas sociais será atraída para dentro dessa esfera” (WALZER, 2003, p. 32).

De forma sintética, os princípios de justiça são enunciados pelo próprio John Rawls (2002, P. 302) da seguinte forma: 1) cada indivíduo deve ter um direito igual ao sistema total mais extenso de liberdades básicas iguais compatível com um sistema semelhante de liberdade para todos [e, neste sistema, as liberdades políticas, e somente estas liberdades, devem ter seu valor equitativo garantido (RAWLS, 2011, p. 6)]; 2) as desigualdades sociais e econômicas devem ser arrançadas de modo que ambas sejam para o benefício máximo dos menos favorecidos, consistente com o princípio de poupança justa, e estejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos sob condições de igualdade equitativa de oportunidades [o princípio da diferença].

Em obra mais recente, Rawls fez pequena modificação na enunciação desses princípios.⁷⁷

⁷⁷ “a. Cada pessoa tem um direito igual a um sistema plenamente adequado de direitos e liberdades iguais, sistema esse que deve ser compatível com um sistema similar para todos. E, neste sistema, as liberdades políticas, e somente estas liberdades, devem ter seu valor equitativo garantido. b. As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas exigências: em primeiro lugar, devem estar vinculadas a posições e cargos abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; em segundo lugar, devem se estabelecer para o maior benefício possível dos membros menos privilegiados da sociedade” (RAWLS, 2011, p. 6).

Conforme bem pontua John Rawls (2011, p. 7), os dois princípios de justiça acima enunciado expressam uma variante igualitária de liberalismo em virtude de três elementos: *i*) a garantia do valor equitativo das liberdades políticas, de modo que não se tornem puramente formais; *ii*) a igualdade equitativa (e não meramente formal) de oportunidades; *iii*) o denominado princípio de diferença, segundo o qual as desigualdades sociais e econômicas associadas a cargos e posições devem ser ajustadas de tal modo que, seja qual for o nível dessas desigualdades, devem redundar no maior benefício possível para os membros menos privilegiados da sociedade.

Segundo Samuel Fleischacker (2006, p. 167), os dois princípios enunciados por John Rawls fornecem uma explicação compreensiva de: a) quais bens devem ser distribuídos; b) que necessidades esses bens satisfazem; c) por que se devem favorecer as necessidades sobre a contribuição; d) como se deve equilibrar a distribuição com a liberdade (de tal modo que a “distribuição” de liberdade tenha prioridade sobre toda distribuição de bens econômicos e sociais).

Para Amartya Sen (2005, p. 120-121), no caso da justiça rawlsiana, esses princípios incluem principalmente a prioridade da liberdade (primeiro princípio), algumas exigências de igualdade processual (primeira parte do segundo princípio) e algumas exigências de equidade, combinadas com a eficiência na forma da prioridade conferida à promoção dos interesses e vantagens do grupo em pior situação (segunda parte do segundo princípio). Com toda essa delimitação específica feita na teoria rawlsiana, não há necessidade de maior temor da acusação de indeterminação.

As consequências políticas da desigualdade, destaca Richard Posner (2011, p. 124), sob um contexto de análise daquilo que chama de “inveja”, não são determinadas pelo grau de desigualdade da distribuição de renda entre a população, mas sim pela relação ética e emocional a isso. Nessa linha, um compromisso social forte com a igualdade de oportunidades, como o que existe nos EUA, pode rechaçar os sentimentos de inveja e fazer com que a riqueza pareça ser uma consequência do mérito pessoal, da sorte ou de outras condições inocentes ou virtuosas, e não são uma ratificação da exploração, da discriminação e doutras injustiças, ou uma recompensa por essas práticas. Admitindo-se isso como verdade, a maximização da igualdade de oportunidades pode reduzir as pressões pela redistribuição e ao mesmo tempo, pelas razões que já apresentei, tornar a distribuição de renda mais desigual. Contudo, a igualdade de oportunidades pode exacerbar a “inveja” precisamente por dar a impressão de que a renda resulta da sorte, e não do mérito (sobretudo se mesmo os atributos genéticos forem considerados produto da sorte, conforme aponta Rawls), de modo que se mostra arbitrária; ou por enfatizar as diferenças de capacidade.

Pelo princípio da diferença, só se justificam as desigualdades se forem criadas para trazer o maior benefício possível para a classe social mais desprivilegiada; mais especificamente, o princípio da diferença é a restrição imposta aos

talentosos, depois de desfeito o monopólio de riqueza (WALZER, 2003, p. 17). Dito de outro modo, pelo princípio da diferença, as desigualdades devem ser arranjadas de tal modo que as maiores vantagens sejam conferidas àqueles que possuem menos vantagens (SCHMIDTZ, 2009, p. 281). Quando Rawls se refere aos menos privilegiados, está a aludir a uma classe econômica que desfruta de menores vantagens; além disso, essa classe é identificada pelo grau de prosperidade e faixa de renda, e não por qualquer outro fator demográfico; os desprivilegiados são trabalhadores, menos privilegiados, e não pessoas que nasceram com desvantagens. Exigem uma parcela do produto social, porque contribuem para sua produção, não pois que precisem dela (SCHMIDTZ, 2009, p. 282-3).⁷⁸

Em derredor da natureza e do conteúdo dos “princípios de justiça” rawlsianos e do processo através do qual são derivados, Amartya Sen (2005, p. 121) pontua a possibilidade deles levarem a algumas exclusões seriamente problemáticas, incluindo: 1) ignorar a disciplina de responder a perguntas comparativas sobre a justiça, concentrando-se apenas na identificação das demandas de uma sociedade perfeitamente justa; 2) formular as exigências da justiça com relação aos princípios de justiça que estão exclusivamente focados nas “instituições justas”, ignorando a perspectiva mais ampla das realizações sociais; 3) ignorar os possíveis efeitos negativos sobre as pessoas além das fronteiras de cada país a partir das ações e escolhas internas do país, sem necessidade institucional alguma de ouvir as vozes das pessoas afetadas em outros lugares; 4) não ter nenhum procedimento sistemático para corrigir a influência dos valores paroquiais à qual qualquer sociedade pode ser vulnerável quando separada do resto do mundo; 5) não permitir a possibilidade de que, mesmo na posição original, diferentes pessoas possam continuar a considerar, depois de muita discussão pública, princípios muito diferentes como os apropriados para a justiça, por causa da pluralidade de suas normas e valores políticos baseados em razões (e não devido a suas diferenças de interesses pelo próprio benefício); 6) não dar espaço para a possibilidade de que algumas pessoas nem sempre se comportem “razoavelmente”, apesar do contrato social hipotético, e isso poderia afetar a adequação de todos os arranjos sociais (incluindo, naturalmente, a escolha das instituições), o que é drasticamente facilitado através do uso rígido da ampla suposição de cumprimento de um tipo específico de comportamento “razoável” por parte de todos.

A concepção de justiça de John Rawls dialoga fortemente com o fenômeno de tributação, tomado em seu aspecto político, social e jurídico. Demonstrar-se-á, nessa linha, que o ato de tributação – a começar pela decisão do constituinte ao outorgar a competência tributária – é decisão que materializa a aplicação da

78 Na compreensão de David Schmidtz (2009, p. 278), o sucesso da teoria geral de John Rawls em enunciar um problema fundamental da ética utilitária foi uma contribuição real, do mesmo modo que o foi sua ideia de que as concepções da justiça devam responder a ideais de reciprocidade (de vantagem mútua), mais do que a um imperativo utilitarista destinado a maximizar apenas o valor agregado.

concepção de justiça distributiva, mediante a aplicação, outrossim, do princípio da diferença.

3 A DECISÃO TRIBUTÁRIA (DO LEGISLADOR) E AS PREMISSAS DE JUSTIÇA DE JOHN RAWLS: OS FUNDAMENTOS DO TRIBUTO

O tributo é fenômeno que não pertence exclusivamente ao domínio do Direito. Pode ser examinado e explicado com base em premissas jurídicas e em dados e concepções que pertencem ao campo da Economia, da política, das relações sociais e, inclusive, da religião. É, em verdade, um instituto que comporta exame sob uma perspectiva multicultural, sob o aspecto social, político, econômico e jurídico.

Os sistemas jurídicos constroem-se tendo por conteúdo normas jurídicas que, por sua vez, valem-se: *i*) tanto de conceitos construídos diretamente por elas – e, portanto, válidos enquanto vigentes essas normas diretamente referidas (conceitos jurídicos positivos), construídos a partir da experiência (exame do direito positivo); *ii*) conceitos construídos a partir de premissas de lógica jurídica, com pretensão de validade universal e permanente; são os conceitos lógico-jurídicos, com base nos quais se fundam as teorias gerais, entre as quais a Teoria Geral do Direito (KAUFMANN, 2010, p. 140-158; TERAN, 2012, p. 81-86).⁷⁹

O conceito de tributo é da categoria dos jurídico-positivos, construído, ao menos no caso do Direito brasileiro, a partir de disposições constitucionais. E bem o faz Ricardo Lobo Torres, conjugando deliberadamente os traços constitucionais como enunciado do art. 3º do CTN, para afirmar que tributo é o dever fundamental e consiste em prestação pecuniária, que se limita pelas liberdades fundamentais, pautada pelas normas-princípios constitucionais da capacidade contributiva – como um princípio de individualidade, de realidade e para a proteção do mínimo existencial⁸⁰ –, do custo-benefício ou da solidariedade e que ostenta a finalidade primária ou secundária de obtenção de receita tanto para as necessidades públicas como para as atividades protegidas pelo Estado, sendo exigida a prestação pecuniária de quem tenha realizado o fato descrito em lei elaborada de acordo com a competência específica outorgada pela Constituição.

79 A respeito de conceitos lógico-jurídicos e conceitos jurídico-positivos, ver nosso texto “Sobre os conceitos lógico-jurídicos e os conceitos jurídico-positivos” (GARRIDO, 2006, p. 125-138).

80 “Nessa linha, Tipke afirma que existe apenas uma fonte de impostos, a renda, de modo que “o princípio da capacidade contributiva significa: todos devem pagar impostos segundo o montante da renda disponível para pagamento de impostos. Quanto alta a renda disponível, tanto mais alto deve ser o imposto. Para contribuintes com rendas disponíveis altas o imposto deve ser igualmente alto. Para contribuintes com rendas disponíveis desigualmente altas o imposto deve ser desigualmente alto” (TIPKE, 2002, p. 32-34).

O conceito constitucional de tributo alberga, inexoravelmente, a noção da exação como o “preço da liberdade”,⁸¹ um dever fundamental, ínsito a qualquer ordem constitucional; além disso, é pautado pelos princípios constitucionais da capacidade contributiva, do custo-benefício ou da solidariedade. É dever fundamental porque se constitui dever do homem e do cidadão (ou de unidade econômica) que tem especial significado para a comunidade e pode por esta ser exigido, visando à concretização do bem comum; é uma posição jurídica passiva subjetiva, individual, universal, permanente e essencial (NABAIS, 2004, p. 64). Constitui um tributo inato à condição do indivíduo que, submetido à soberania do Estado, realiza fatos que denotam capacidade contributiva⁸² e dependem também de uma atuação legislativa infraconstitucional para serem criados.

Dois são, portanto, os fundamentos para a exigência do dever tributário: a) princípio da solidariedade social; b) princípio da capacidade contributiva.

A Constituição Brasileira de 1988, após fixar que o Estado Brasileiro é Estado Democrático de Direito, estabeleceu, de duas maneiras, os princípios fundamentais deste: i) como fundamento da República Federativa do Brasil, e assim colocou a soberania, a cidadania, a dignidade humana, o valor social do trabalho e o pluralismo político (art. 1º); ii) como objetivo da República Federativa do Brasil, e assim o fez quanto à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, à garantia do desenvolvimento nacional, à erradicação da pobreza e da marginalização, à redução das desigualdades sociais e regionais, à promoção do bem de todos, sem discriminação. Desse elenco se extrai que a Constituição impôs o dever de perseguir os ideais de dignidade e de solidariedade (ÁVILA, 2005, p. 68).

O princípio da solidariedade social tem inspiração nos valores da Revolução Francesa. Corresponde, pois, à fraternidade (que figura ao lado da liberdade e da igualdade). É um conceito que não pertence, prevalentemente, aos domínios jurídicos. Como bem pontua Ricardo Lobo Torres, não apresenta conteúdos materiais específicos, podendo ser examinado como valor ético e jurídico,

81 Em trabalho anterior, Ricardo Lobo Torres faz alusão a essa ideia: “Alguns teóricos do liberalismo, no exame do problema do *fundamento jurídico* da tributação, afirmam que o imposto é o preço da liberdade. Adotam a teoria do benefício e vinculam o pagamento do tributo à contraprestação estatal representada pela segurança dos direitos individuais ou pela entrega de bens e serviços públicos. [...] O tributo é o preço da liberdade para efeito de lhe fixar a finalidade ética e econômica e a dimensão existencial de instrumento de alienação do cidadão diante do Estado” (TORRES, 1991, p. 138).

82 Confirmam-se as conclusões de José Casalta Nabais (2004, p. 679): “1. Como dever fundamental, o imposto não pode ser encarado nem como um mero *poder* para o estado, nem como mero *sacrifício* para os cidadãos, constituindo antes o tributo indispensável a uma vida em comunidade organizada em *estado fiscal*. Um tipo de estado que tem na subsidiariedade da sua própria ação (econômico-social) e no primado da autorresponsabilidade dos cidadãos pelo seu sustento o seu verdadeiro suporte. Daí que se não possa falar num (pretenso) *direito fundamental* a não pagar impostos”.

absolutamente abstrato, e como princípio positivado (ou não) nas Constituições (TORRES, 2006, p. 180-181).

Surge como princípio contemplado nas constituições como valor a ser observado pela sociedade a partir do momento em que há transição do Estado Liberal, de intervenção mínima, para o Estado Social.

Após um processo lento e gradual que se iniciou em meados do século XIX e se estendeu até a primeira metade do século XX, houve a modificação paulatina de um Estado Liberal, calcado nas ideias da Revolução Francesa de liberdade de iniciativa e na abstenção em interferir na vida econômica (Estado de Direito em sua concepção original), para um Estado Social. Deu-se, portanto, a substituição de um Estado então inerte, abstencionista, por um Estado intervencionista, regulador da atividade econômica a fim de garantir o bem-estar social obtido através do desenvolvimento econômico. Um Estado que assegurasse bens jurídicos mínimos aos indivíduos necessários à obtenção do que se denomina de bem-estar.⁸³

A solidariedade social pode ser identificada com ênfase tanto na atribuição de direitos, correspondendo basicamente à ideia de direitos sociais e de direitos de solidariedade propriamente ditos (por exemplo: direito ao desenvolvimento, direito ao meio ambiente), quanto à imposição de deveres, o que se implementa com a divisão do trabalho social, definindo os encargos cabíveis aos membros da comunidade, para formação de patrimônio refletor de interesses convergentes para a coexistência harmônica em grupo.⁸⁴ Vincula-se ao próprio ideal de vida comum ao determinar os laços de interdependência recíproca, em que os indivíduos participantes dessa comunidade passam a compartilhar entre si direitos e deveres correlatos estabelecidos na esfera da experiência jurídica e que revelam a sujeição de certos comportamentos à formação de benefícios desfrutados por toda a coletividade. Impõe ao Estado um papel ativo perante a sociedade, com a

83 Ariño Ortiz (apud FONSENCA, 2001, p. 240-244) elenca algumas razões que impõem a intervenção do Estado no domínio econômico. A primeira delas diz respeito ao fracasso do mercado e a necessidade de sua recriação; a intervenção vem para garantir a livre competição no mercado, conferindo-lhe consistência. O segundo motivo é a existência de critérios de equidade na distribuição, a fim de se eliminarem as desigualdades; o capitalismo livre não permitiria isso, cabendo ao Estado o compromisso de garantir a justiça distributiva, com o objetivo de assegurar uma justa distribuição de renda. A terceira razão, e mais criticada, seria a rápida consecução de metas de política econômica. Na linha dessas razões, segundo Ariño Ortiz, quatro seriam as modalidades de intervenção: a) regulação econômica; b) atuação fiscal e financeira, sobretudo utilizando o tributo com função extrafiscal; c) a iniciativa pública, através da criação de empresas públicas que atuarão em regime de mercado conjuntamente com as empresas privadas; d) reserva ao setor público, com os regimes de monopólio (SILVA NETO, 2001, p. 149-51).

84 Historicamente, portanto, esse princípio (da solidariedade) foi concretizado dentro de cada um dos Estados, exatamente com fundamento no compartilhamento de ideais e objetivos e, portanto, das previsões de direitos e deveres (SACCHETTO, 2005, p. 50).

realização de ações interventivas positivas e concretas voltadas para a melhoria da situação de vida de toda comunidade, em particular aos grupos menos favorecidos, garantindo-lhes conteúdo mínimo de sobrevivência digna, em que se procura evitar posições econômicas, políticas, culturais e morais degradantes de alguns em relação ao tratamento direcionado à totalidade dos membros.

De outra parte, a solidariedade social acaba por intervir na seara das relações privadas, no campo dos direitos subjetivos, área demarcada pelas concepções clássicas do valor e da liberdade, estabelecendo limitações ao pleno exercício da vontade individual, ao prescrever a necessária relação de ajustamento/compatibilidade entre a referida esfera de autonomia privada ao atendimento de sua função social, geralmente determinada no contexto normativo constitucional (CONTIPELLI, 2010, p. 145-147).

A solidariedade social atua perante a experiência jurídica como valor fundamental, que, revelado à consciência da sociedade pós-moderna como invariante valorativa, traduz-se em princípio geral do direito de conteúdo imediato, diretamente ligado ao valor primordial da pessoa humana, passando a influenciar o sentido e a concretização de normas jurídicas, ou seja, funcionando como verdadeiro referencial hermenêutico para a criação e aplicação das regras pertencentes ao mundo do Direito, bem como para construção de significado deôntico de seus respectivos modelos (CONTIPELLI, 2010, p. 163).

A ideia da solidariedade foi *redescoberta* na segunda metade do século XIX e início do século XX, por meio de uma teorização construída por economistas (a exemplo de Charles Gide), sociólogos (como Émile Durkheim) e juristas (tais como Léon Duiguit, Maurice Hauriou e Georges Gurvitch). Hoje, a solidariedade pode ser compreendida em um sentido objetivo e um sentido subjetivo: no primeiro, alude à relação de pertença e, por conseguinte, de partilha e responsabilidade que liga cada um dos indivíduos à sorte e vicissitudes dos demais membros da comunidade; no sentido subjetivo (de ética social), em que a solidariedade exprime o sentimento, a consciência dessa mesma pertença à sociedade (NABAIS, 2005 apud GRECO, 2005, p. 110-112; NABAIS, 2005, p.82-84).

No específico campo tributário, o princípio da solidariedade impõe à coletividade o dever de contribuir para a satisfação das despesas públicas necessárias à satisfação dos direitos públicos subjetivos, positivos ou negativos. Implica o dever de concorrer para as despesas públicas, segundo as possibilidades de cada um (princípio da capacidade contributiva) e, portanto, fundamenta o tributo na relação entre o contribuinte e o Estado.

Nesse passo, se se considerar que sem a economia privada – e, consequentemente, o direito dos particulares – não podem existir nem mesmo os tributos, é correto, outrossim, o raciocínio inverso: os tributos são a condição de existência da propriedade; “sem tributos a propriedade não existe”. Se estas premissas são aceitas, então todos aqueles que têm direitos – e todos são titulares de direitos – são obrigados à solidariedade e à solidariedade fiscal, na medida de suas

possibilidades (SACCHETTO, 2005 apud GRECO, 2005, p. 36). O dever de contribuir com o sustento dos gastos públicos se fundamentaria, precisamente, nesta solidariedade social, a que chama de megaprincípio, do qual o dever de contribuir com os gastos públicos seria uma concreção (NOVOA, 2012, p. 107).

Em um contexto de análise do princípio da solidariedade social, sob uma perspectiva da filosofia política, Michael Walzer alude ao pensamento de John Rawls, em derredor da noção de auxílio mútuo, para quem o conceito deste dever seria bem compreendido se se imaginar “como seria tal sociedade se esse dever fosse rejeitado” (RAWLS, 2002, p. 339), uma vez que a rejeição não é um problema dentro de uma sociedade qualquer, mas um problema em toda e qualquer sociedade, e somente entre as pessoas que não compartilham (ou que não sabem que compartilham) uma vida em comum (WALZER, 2003, p. 41).

Cumpra, assim, ao sistema jurídico⁸⁵ a função integrativa do valor da solidariedade social com as atividades do Estado que possibilitarão a sua realização. Para tanto, a obtenção de recurso para a satisfação dessas necessidades virá com a repartição do dever de contribuir entre os indivíduos, por intermédio do dever tributário, na medida da capacidade contributiva revelada por cada um.

O princípio da isonomia implica cinco consequências (DERZI, 2003 apud BALEIRO, 2003, p. 530): a) proibição de distinguir (universalmente) na aplicação da lei, em que o valor básico protegido é a segurança jurídica; b) proibição de distinguir no teor da lei vedação que salvaguarda valores democráticos como abolição de privilégios e de arbítrios, e derivam daí os princípios da generalidade e da universalidade; c) dever de distinguir no conteúdo da lei entre desiguais e na medida dessa desigualdade⁸⁶ – em Direito Tributário, o critério é a capacidade econômica do contribuinte; d) dever de considerar as grandes desigualdades econômicas e materiais advindas dos fatos, com o fim de atenuá-

85 Apoiado na teoria dos sistemas desenvolvida por Talcott Parsons, afirma Celso Campilongo (2002, p. 134): “[...] a cada um dos quatro grandes desafios funcionais do sistema social corresponde uma estrutura normativa e um subsistema específico. A adaptação [...] é a função própria do sistema econômico. A instrumentalização dos objetivos [...] é a função típica do subsistema político. De modo aproximativo, pois isto não está claro na obra de Parsons, a função integrativa [...] está coligada às normas sociais e, particularmente, às normas jurídicas (solidariedade social e cidadania) e a função de manutenção [...] refere-se ao subsistema de socialização (reprodução de valores sociais, educação)”.

86 “Tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. Em suma: importa que exista mais que uma correlação lógica abstrata entre o fator diferencial e a diferenciação consequente. Exige-se, ainda, haja uma correlação lógica concreta, ou seja, aferida em função dos interesses abrangidos no direito positivo constitucional. E isto se traduz em consonância ou dissonância dela com as finalidades reconhecidas como valiosas na Constituição” (MELLO, 2000, p. 21-22).

-los e restabelecer o equilíbrio social – a progressividade cumpriria esse papel; e) possibilidade de derrogações parciais ou totais ao princípio da capacidade contributiva pelo acolhimento de outros valores constitucionais como critérios de comparação a fim de efetivar planos de desenvolvimento nacional integrado e harmonioso.

O princípio da isonomia em matéria tributária impõe o respeito a estas regras. No exercício da competência tributária, não pode o legislador tratar desigualmente sujeitos que se encontrem em idêntica situação. E, em contrapartida, no tratamento diferenciado dispensado àqueles que estejam em situações díspares, deve haver uma exata correlação entre a diferença de tratamento e os fatores de discriminação encontrados.

A igualdade não repercute apenas na mensuração da carga tributária criada para determinado indivíduo. Limita a elaboração de todas as normas tributárias, a exemplo das que instituem obrigações tributárias acessórias, regulam os procedimentos de fiscalização; as que preveem as sanções tributárias, as que concedem isenções, anistias e outros tipos de benefícios fiscais.

O respeito à capacidade contributiva é ínsito ao conceito constitucional de tributo, muito bem elaborado por Ricardo Lobo Torres, e tem por matriz político-ideológica, como bem pontua Cláudio Sacchetto, o princípio da solidariedade social (SACCHETTO, 2005, p. 10). Afora isso, as materialidades possíveis de qualquer tributo devem referir-se a fato com dimensão econômica. Não se pode eleger fato gerador de tributo situação que não tenha conteúdo econômico, pois que se deve respeitar, no exercício da competência tributária, as condições econômicas reais de cada indivíduo, segundo o que Alfredo Augusto Becker (2002, p. 494-505) denominou de *signos presuntivos de riqueza*.⁸⁷⁻⁸⁸

A respeito da ideia de capacidade contributiva, Ricardo Lobo Torres, em sua tese de doutoramento em Filosofia, discorrendo sobre a gênese do Estado Fiscal, coloca-a imbricada com a imunidade do mínimo existencial, sem, contudo, confundir ambas.⁸⁹

87 Regina Helena Costa exprime, em nível técnico-econômico, os elementos que revelam a capacidade contributiva “têm capacidade contributiva, segundo essa concepção, aqueles sujeitos que (a) constituam unidades econômicas de posse ou de emprego de recursos produtivos ou de riquezas, (b) sejam facilmente identificáveis e avaliáveis pela Fazenda Pública como susceptíveis de imposição e (c) estejam em situação de solvência presumidamente suficiente para suportar o tributo” (COSTA, 2003, p. 26).

88 Pierre Beltrame (1976, p. 103) aponta como elemento característico dos sistemas fiscais dos países em vias de desenvolvimento a tributação a partir de signos presuntivos de riqueza. “O imposto de tipo indiciário, que consiste em apreender a capacidade tributária dos contribuintes por intermédio de sinais exteriores, é utilizado com frequência crescente nos países em vias de desenvolvimento”. Karl Marx e Friedrich Engels (2010, p. 88), ainda no século XIX, defendiam que, para os países “mais avançados” (*rectius*, país capitalistas desenvolvidos), seria necessária a aplicação de “pesado imposto progressivo”.

89 “No Estado Fiscal de Direito a tributação repousa no princípio da capacidade contribu-

O princípio da capacidade contributiva deflui do princípio da igualdade em matéria tributária – embora este a ele não se resuma. É um critério de aplicação da igualdade (ÁVILA, 2004, p. 358). Direcionado aos entes políticos, impõe que, ao se criar o tributo, o legislador tenha de respeitar limites econômicos revelados pelo contribuinte objetivamente considerado, sob pena de se violarem direitos fundamentais deste, além de, em última análise, vilipendiar o princípio da dignidade da pessoa humana.

Por essa regra, o legislador tributário há sempre de preservar o mínimo vital. O tributo tem por fundamento a solidariedade social: todos têm o dever fundamental (NABAIS, 2004, 677) de contribuir para o custeio das despesas públicas, porém na medida de suas possibilidades econômicas. O tributo não pode importar em sacrifício patrimonial desmesurado, de sorte a comprometer o direito de propriedade privada (art. 5º e art. 170, II, da CF/88), a existência digna (art. 1º, da CF/88), a livre iniciativa (art. 170, *caput*, da CF/88) e o livre exercício de atividade econômica (art. 170, II, da CF/88).

A capacidade contributiva pode ser aferida por diversas formas, a partir dos mais variados indicadores econômicos (MACHADO, 2004, p. 87). Entre estes há a renda monetária, o patrimônio e o consumo. Liam Murphy e Thomas Nagel pontuam, ao tratarem da capacidade contributiva como uma ideia igualitária, que: 1) se a ideia de tributação segundo a capacidade contributiva se concretiza pelo princípio da igualdade de sacrifícios, ela depende da noção radical de que a distribuição de bem-estar produzida pelo mercado é justa por natureza; 2) se, ao contrário, a ideia de tributação de acordo com a capacidade contributiva é entendida em função da noção de que a justiça exige uma redistribuição outra que não a efetuada pelos retornos de mercado, mas que exige a atuação positiva do Estado, o objetivo da equidade vertical da tributação perde sentido fora do contexto mais geral da justiça dos gastos do governo (MURPHY, 2005, p. 43).

Se se diz que o conceito de capacidade contributiva deve inspirar-se no espírito da Constituição e se admite que é conforme a este espírito a mudança da riqueza atual, não pode excluir-se depois que o imposto concorra para esta mudança. Não só a redistribuição não comporta necessariamente a eliminação das fontes produtivas senão que melhor pressupõe sua permanência; a unifor-

tiva, e não mais na só necessidade do governo. Esse princípio, emanado da ideia de justiça distributiva, vai se concretizar no subprincípio da progressividade, ingressando nas Constituições da França e do Brasil, entre outras. Passa a prevalecer, portanto, a regra de justiça segundo a qual cada cidadão deve pagar o imposto de acordo com a sua capacidade de contribuir. Mas esse pagamento não atinge a parcela mínima necessária à existência humana digna, que, constituindo reserva da liberdade, limita o poder fiscal do Estado. A imunidade do mínimo existencial sempre possui dicção constitucional própria, devendo ser lida nas entrelinhas do princípio da tributação progressiva. Mas não se confunde com a justiça, nem com a capacidade contributiva, nem com a progressividade, posto que é predicado dos direitos da liberdade e é pré-constitucional” (TORRES, 1991, p. 134).

mização das riquezas excluiria para sempre toda a redistribuição futura (MOSCHETTI, 1980, p. 74-76).⁹⁰

Como bem destaca Klaus Tipke, a igualdade da tributação conforme a capacidade contributiva significa duas coisas distintas: a) o legislador deve elaborar as leis tributárias correspondendo ao princípio da capacidade contributiva; b) as autoridades fiscais devem aplicar as leis tributárias de modo igual e a igualdade na aplicação da lei implica duas exigências: as leis devem ser interpretadas de modo igual; nesse mister, existem normas administrativas; primordial, contudo, é que as situações fáticas sejam esclarecidas de modo eficiente, igualmente eficiente. (TIPKE, 2003 apud SCHOUERI, 2003, p. 362).

Só é capacidade contributiva aquela riqueza que possa ser detraída sem prejudicar a sobrevivência da organização econômica gravada. Salienta Moschetti (1980, p. 74-76) que o legislador tributário não poderá assumir como pressuposto do tributo uma riqueza atual que constitua *fonte produtiva*; ao contrário, o incremento futuro dessa riqueza será susceptível de exação. Essa teoria destaca que a potência econômica deve considerar-se como “condição necessária mas não suficiente” da capacidade contributiva e deve estar, portanto, “qualificada à luz dos princípios constitucionais fundamentais”. Segundo o autor, na medida em que se entenda que a tributação não pode prejudicar a permanência da propriedade privada, acaba por acentuar mais a tutela do direito de propriedade do que a sua função social. Surge, então, segundo o autor, “uma clara antítese entre a capacidade contributiva e o fim redistributivo do imposto”⁹¹: admite a conformidade ao espírito da Constituição de uma mudança na atual distribuição de riqueza, mas exclui que o fim fiscal e o redistributivo podem coexistir na mesma lei. E não se pode objetar que a redistribuição mediante o imposto é necessariamente inconciliável com o conceito de capacidade contributiva: é in-

90 Aborda Enrico de Mita a capacidade contributiva como justificação do imposto, *a ratio* do imposto considerado singularmente. A lei tributária não pode definir os fatos tributáveis mediante categorias específicas. A norma jurídica não pode nunca, em geral, alcançar um completo e rigoroso sistema de definições. E isso porque a exigência da aplicação prática da lei requer sempre uma referência a comportamentos práticos dos seres humanos. Exige-se, pois, a *simplificação dos conceitos*, isto é, a redução de um conceito abstrato de fato tributável a hipóteses específicas que façam referência a comportamentos práticos dos contribuintes. A *simplificação* não deve caminhar em detrimento da *racionalidade*, não deve fazer perder de vista o objetivo da lei tributária; precisa procurar ajustar as exigências da racionalidade às de aplicabilidade. Um imposto que se limitasse a ser rigoroso nas suas definições seria inaplicável na medida em que dificilmente referido aos fatos concretos da vida. Entretanto, um imposto somente aplicável, ou seja, constituído □ como frequentemente acontece □ mais pela casuística que de definições, faria perder de vista a justificação econômica do tributo. A hipótese de incidência tributária é, conseqüentemente, sempre muito articulada tecnicamente, numa séria mais ou menos ampla de hipóteses que fazem todas referência a um conceito geral que deveria constituir a *ratio*, a *causa* do tributo singular (MITA, 2005 apud FERRAZ, 2005, p. 231-233).

91 Sobre o caráter redistributivo do tributo, ver: MURPHY; NAGEL, 2005.

conciliável só enquanto se lhe dê um significado restritivo, limitando-o à única função de tutelar as fontes produtivas. Se se diz que o conceito de capacidade contributiva deve inspirar-se no espírito da Constituição e se admite que é conforme a este espírito a mudança da riqueza atual, não pode excluir-se depois que o imposto concorra para esta mudança. Não só a redistribuição não comporta necessariamente a eliminação das fontes produtivas senão que melhor pressupõe sua permanência; a uniformização das riquezas excluiria para sempre toda a redistribuição futura.

Carlos Palao Taboada,⁹² examinando o tema da capacidade contributiva como princípio jurídico-constitucional, traz duas posições fundamentais sobre esse princípio: a) quem entende que o princípio tem um conteúdo que é possível concretizar (*konkretisieren*) e, assim, inclinam-se por potencializar sua eficácia como critério de controle de constitucionalidade da legislação fiscal; teve sua manifestação extrema na doutrina italiana, que chegou a considerá-lo como único critério de justiça e constitucionalidade da legislação fiscal, o que trouxe insuperáveis dificuldades; b) aqueles que, sem negar a totalmente a possibilidade de que o princípio de capacidade tenha tal eficácia, tendem a considerar que a virtualidade real do princípio é limitada, especialmente se tem em conta a influência de outros princípios e fins, também com respaldo constitucional, na elaboração da legislação fiscal.

Há mais de quarenta anos, Alfredo Augusto Becker chama a atenção para três aspectos deformadores da noção de capacidade contributiva que atuaram a partir do momento em que essa noção integrou a norma jurídica e, portanto, sentiu-se a necessidade de se construir o conceito jurídico-constitucional da capacidade contributiva. Segundo o autor, são as seguintes as restrições jurídicas ao conceito de capacidade contributiva: a) exclusão do conceito de capacidade contributiva global; isto é, a proporção entre a riqueza do indivíduo e a carga de todos os tributos que ele deverá pagar dentro do ciclo do orçamento público⁹³; b) consideração não da totalidade da riqueza do contribuinte, mas de apenas um fato-signo presuntivo de renda ou capital; c) a renda ou o capital presumido deve ser aquele acima do *mínimo indispensável*. Becker (2002, p. 496-498) critica a primeira e a segunda deformação que, em conjunto com a terceira, levaram à formulação de uma regra constitucional muito simples, cuja eficácia jurídica acaba por se tornar muito restrita.

Isso se dá porque a carga tributária não merece ser examinada em relação a cada imposto que recai sobre a atividade, mas quanto ao conjunto de tributos

92 TABOADA, Carlos Palao. **El principio de capacidad contributiva como criterio de justicia tributaria**: aplicación a los impuestos directos e indirectos. Toronto: Thomson Reuters, sp. 287-288.

93 A ideia de capacidade contributiva global associa-se com a ideia de exame global da violação ou não ao princípio da vedação ao confisco, como já examinado.

que incidem sobre determinada atividade. A atividade de tributação somente pode ser ideologicamente seccionada; economicamente, é um fenômeno único.

Saliente-se que Rawls tem em mente não pedir demais aos privilegiados, mas é vital que o sistema não peça demais àqueles cujas contribuições sejam as mais vitais, pois se os pressionar demais, eles deixarão o país e emigrarão, o que seria ruim para todos, inclusive para os desprivilegiados. Reportando ao princípio da diferença, Rawls esclarece que ele só se aplica a uma escolha da estrutura básica da sociedade, proibindo a existência de instituições que possam funcionar em detrimento dos desprivilegiados, incluindo aquelas que possam aplicar o princípio da diferença com excesso de zelo em detrimento dos desprivilegiados (SCHMIDTZ, 2009, p. 284-285). Dito de outro modo, se a tributação desprezpear o princípio da capacidade contributiva, implicará desequilíbrio do sistema redistributivo.

Os princípios da solidariedade e da capacidade contributiva, portanto, justificam a instituição de um tributo, instrumento utilizado pelo Estado para realizar a justiça distributiva.

O segundo princípio de justiça enunciado por John Rawls refere-se à redistribuição, sendo a igualdade priorizada em relação ao princípio da diferença; devem ser disponibilizadas igualdades de oportunidades a todos e os recursos devem ser alocados priorizando sempre aqueles menos beneficiados. Nesse contexto, Cristiano Carvalho (2013, p. 151), em sua tese de livre-docência pela USP, responde à indagação de como possibilitar, na prática, os meios necessários para alcançar os princípios de justiça indicados por Rawls com a “tributação progressiva, que retira de quem aufere mais, na medida em que aumenta a renda e transfere (de forma indireta) os recursos para os menos favorecidos”.

Nesse passo, o ato de tributar (*rectius* – instituir um tributo) é uma decisão do legislador, autorizada pelo texto constitucional (ao outorgar a competência tributária), com o objetivo de provocar a redistribuição de recursos, com espeque no princípio da solidariedade social e capacidade tributária, sendo que este último, além de funcionar como fundamento, opera, outrossim, como limite ao exercício do poder tributário.⁹⁴

Como bem aponta Ronald Dworkin (2005, p. 5), John Rawls questionou se a igualdade distributiva não deveria exigir desvios de uma base igual quando fosse para benefício do grupo mais desprivilegiado, de modo que, por exemplo, a igualdade de bem-estar seja mais bem distribuída quando os desprivilegiados têm menos bem-estar do que outros, porém mais do que teriam de outra forma.

O tributo muito bem cumprirá sua função redistributiva, sob as premissas da justiça rawlsiana, na medida em que se afigure como como um tributo ótimo, que, segundo Richard Posner, é aquele que atende a quatro requisitos:

94 Para uma análise ampla em derredor da decisão do legislador, vide excelente trabalho de Cristiano Carvalho (Teoria da decisão tributária. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 117-220).

a) tem uma base grande de contribuintes, porque alcança todos aqueles que têm capacidade contributiva; b) incide sobre produtos e serviços de demanda inelástica; c) atenda à isonomia; d) ter baixo custo administrativo, sob pena de se frustrarem os objetivos da tributação, implicando mera troca sinalagmática de recursos (CARVALHO, 2013, p. 210).

4 CONCLUSÃO

Ao cabo do presente estudo e cumprindo os objetivos inicialmente traçados, podese afirmar que Rawls teve a percepção de que: *i*) a sociedade em seu melhor aspecto é um empreendimento cooperativo para vantagem mútua; *ii*) nenhuma classe deve ser deixada para trás na crescente do aumento de riqueza dentro de uma economia moderna, nem sequer a classe dos menos afortunados; *iii*) a liberdade é uma pré-condição desde o início para que possa surgir essa crescente econômica, especialmente do tipo capaz de elevar o nível de vida de *todas* as classes (SCHMIDTZ, 2009, p. 293).

Situa-se a tributação como uma das expressões da justiça distributiva aplicada pelo Estado a partir de uma *decisão* de instituir tributo(s) sobre determinadas realidades econômicas e para certas finalidades protegidas ou estimuladas pelo Estado, com fundamento no dever de solidariedade social e capacidade contributiva, sendo também limitado por esta última.

É, pois, o tributo um dos instrumentos utilizados pelo Estado para realizar essa *necessária* função de justiça (re)distributiva.⁹⁵ Aliás, como diz o próprio John Rawls (2002, p. 281), numa sociedade na qual todos são capazes de alcançar seu bem completo, ou em que não há demandas conflitivas e as aspirações de todos se ajustam mutuamente, sem coerção, em um harmonioso plano de atividade, é uma sociedade que, em certo sentido, está além da justiça; aboliu as circunstâncias em que o recurso a princípios jurídicos e justiça seja necessário.

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. Limites à tributação com base na solidariedade social. GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (Coord.). *In: Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 68-88.
- BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do Direito Tributário*. 3. ed. São Paulo: Lejus, 2002.
- BELTRAME, Pierre. *Os sistemas fiscais*. Coimbra: Almedina, 1976.
- CAMPILONGO, Celso. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

⁹⁵ Apontam Liam Murphy e Thomas Nagel como funções principais da tributação: a) repartição entre público e privado; e b) distribuição (MURPHY; NAGEL, 2005, p. 101).

- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3. ed. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARVALHO, Cristiano. **Teoria da decisão tributária**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CONTEPELLI, Ernani. **Solidariedade social tributária**. Coimbra: Almedina, 2010.
- COSTA, Regina Helena. **Princípio capacidade contributiva**. 3. ed. atual., rev., ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.
- DWORKIN, Ronald. **A virtude da soberania: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- FLEISCHACKER, Samuel. **Uma breve história da justiça distributiva**. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino. **Direito Econômico**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos – direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.
- GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política**. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- GARRIDO, José Antônio. Sobre os conceitos lógico-jurídicos e os conceitos jurídico-positivos. In: **Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia: Homenagem ao Prof. Dr. George Fragoso Modesto**, n. 13. Salvador: 2006, p. 125-138
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004
- ISRAËL, Nicolas. **Genealogia do direito moderno: o estado de necessidade**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. 4. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2010.
- KELLY, John M. **Uma breve história da teoria do Direito ocidental**. Tradução de Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 548-9.
- MARX, Karl. ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista**. 2. ed. Bauru: Edipro, 2010.
- MITA, Enrico de. O Princípio da capacidade contributiva. In: FERRAZ, Roberto (Coord.). **Princípios e limites da tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 221-256.

- MOSCHETTI, Francesco. **El principio de capacidad contributiva**. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1980.
- MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. **O dever fundamental de pagar impostos – contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo**. Coimbra: Almedina, 2004.
- MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. **O mito da propriedade**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- NABAIS, José Casalta. **Estudos de Direito Fiscal: por um estado fiscal suportável**. Coimbra: Almedina, 2005.
- NABAIS, José Casalta. **O Dever fundamental de pagar impostos – contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo**. Coimbra: Almedina, 2004.
- NOVOA, César García. **El concepto de tributo**. Buenos Aires/Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2012.
- POSNER, Richard. **A economia da justiça**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- POSNER, Richard. **Fronteiras da Teoria do Direito**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- RAWLS, John. **O direito dos povos**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.
- RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rimoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- SACCHETTO, Cláudio. O dever de solidariedade no Direito Tributário: o Ordenamento Italiano. *In*: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (Coords.). **Solidariedade e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005, p. 9-52.
- SCHMIDTZ, David. **Os elementos da justiça**. Tradução de William Lagos. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Landy, 2005.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: LTR, 2001, 206 p.
- TERAN, Juan Manuel. **Filosofía del Derecho**. 21. ed. México: Porrúa, 2012.
- TIPKE, Klaus. A necessidade de igualmente na execução das leis tributários. SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). *In*: **Direito Tributário**. Vol. 1 – Home-nagem a Alcides Jorge Costa. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 361-374.
- TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. **Justiça fiscal e o princípio da capacidade contributiva**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- TORRES, Ricardo Lobo. **A ideia de liberdade no Estado patrimonial e no Estado fiscal**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

- TORRES, Ricardo Lobo. O Conceito constitucional de tributo. *In*: TORRES, Heleno Taveira (Coord.). **Teoria geral da obrigação tributária** – estudos em homenagem ao Prof. José Souto Maior Borges. São Paulo: Malheiros editores, 2005, p. 559-593.
- TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional e Tributário**. Vol. II – Valores e princípios constitucionais tributários. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2006.
- WALZER, Michael. **Esferas da justiça**: uma defesa do pluralismo e da igualdade. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

9

A RENEGOCIAÇÃO CONTRATUAL COMO INSTRUMENTO DE REDUÇÃO DE DESPESAS EM TEMPOS DE PANDEMIA NO ÂMBITO DO MUNICÍPIO DO SALVADOR⁹⁶

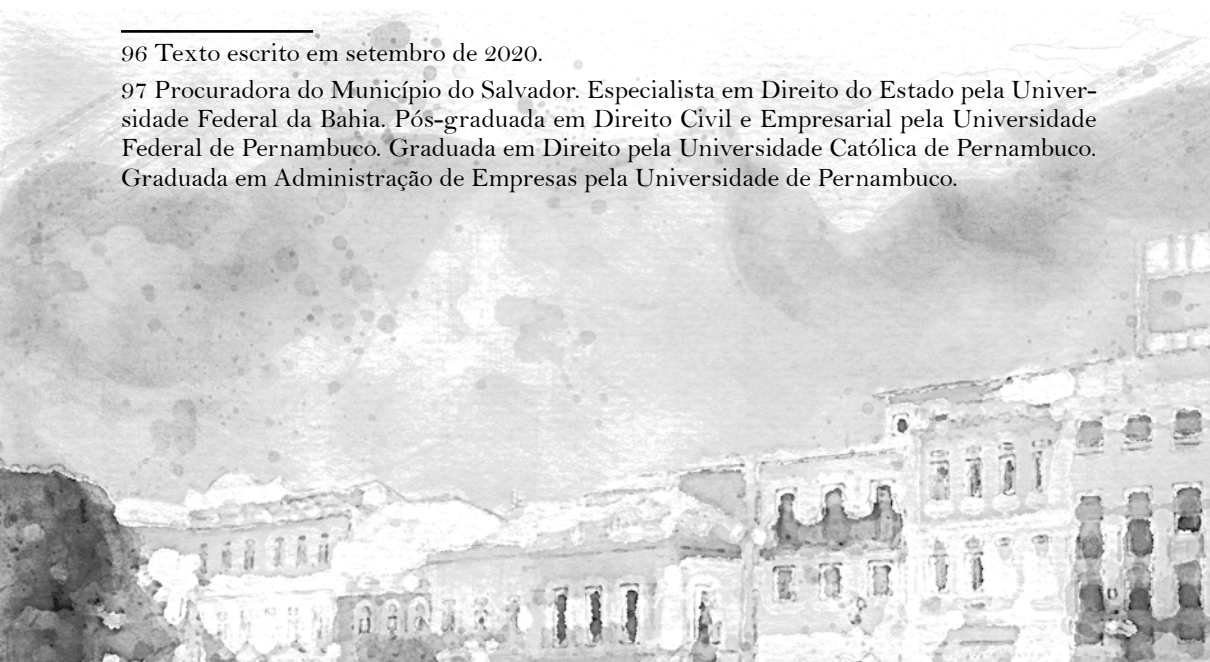
Luciana de Melo Borba Carneiro⁹⁷

O ano de 2020 ficará marcado na história do mundo e do nosso país. O Brasil passa por uma situação de extrema vulnerabilidade social e econômica em razão da rápida disseminação global do novo coronavírus, responsável pela Covid-19, que se originou na cidade de Wuhan, na China, com o primeiro caso reportado em 31 de dezembro de 2019, chegando ao Brasil com a confirmação do primeiro caso da doença em 26 de fevereiro do corrente ano. A pandemia se alastrou em território nacional com índices alarmantes, totalizando aproximadamente 4,8 milhões de casos confirmados da doença e cerca de 145 mil mortes até a presente data.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou em 30 de janeiro de 2020 que a contaminação pelo novo coronavírus configura “emergência de saúde pública de interesse internacional”.

96 Texto escrito em setembro de 2020.

97 Procuradora do Município do Salvador. Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal da Bahia. Pós-graduada em Direito Civil e Empresarial pela Universidade Federal de Pernambuco. Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Graduada em Administração de Empresas pela Universidade de Pernambuco.



Diante da gravidade do tema, o Governo Federal editou a Lei Federal nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, dispondo sobre medidas que poderiam ser adotadas para o enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional, decorrente do novo coronavírus, objetivando a proteção da coletividade, impondo diversas providências para a restrição de circulação de pessoas.

No âmbito do Município do Salvador, o Poder Executivo editou os Decretos nº 32.248 e nº 32.249, de 14 de março de 2020, e o Decreto nº 32.256, de 16 de março de 2020, todos dispondo sobre medidas de prevenção e controle para o enfrentamento da pandemia da Covid-19, bem como estabelecendo orientações aos órgãos e entidades integrantes da Administração Pública Municipal quanto às medidas de proteção para o enfrentamento da emergência de saúde pública.

Em 18 de março de 2020, por meio do Decreto nº 32.268, foi declarada situação de emergência no Município de Salvador para o enfrentamento da pandemia decorrente do novo coronavírus, de importância internacional, com o estabelecimento de novas medidas relativas à dispensa de licitação (possibilitando a utilização da requisição de bens e serviços), à suspensão de expediente administrativo, à suspensão de atendimento ao público, ao apoio a unidades públicas e privadas sem fins lucrativos de acolhimento aos idosos, à campanha de utilidade pública, à entrega de medicamentos, ao fechamento do Mercado Modelo e Elevador Lacerda, entre outras medidas.

Em 19 de março de 2020, o município estabeleceu medidas complementares às já publicadas, por meio do Decreto nº 32.272, entre as quais estão medidas acerca das contratações emergenciais e do fornecimento de cestas básicas.

Observa-se que os impactos decorrentes dessa pandemia ultrapassam a questão de saúde pública, afetando diretamente a economia de maneira geral. As medidas que foram adotadas (algumas continuam sendo) pelos Poderes Públicos para proteger a saúde da população e para evitar a propagação do vírus foram necessárias, por outro lado geraram aumento de despesas, no sentido de que o Poder Público realizou gastos extraordinários e urgentes, não previstos originariamente no orçamento.

Foi baseado em parte nessa justificativa que o Município do Salvador teve reconhecido o estado de calamidade pública pela Assembleia Legislativa do Estado da Bahia, em 21 de março passado.

Entre os diversos decretos municipais publicados desde o início, com o estabelecimento de medidas para enfrentamento da pandemia, foi editado o Decreto nº 32.347, de 14 de abril de 2020, que dispõe sobre medidas administrativas de controle e redução de despesas no âmbito do Município do Salvador, entre estas a renegociação contratual.

Nesse contexto, pretendeu-se inicialmente abordar de maneira geral as alternativas trazidas no decreto municipal para a redução de despesas no tocante

aos contratos administrativos vigentes de prestação de serviços, durante a situação de pandemia.

No segundo momento, ganhou atenção a hipótese de renegociação contratual propriamente dita trazida na legislação municipal como forma de redução dos gastos na situação atual de pandemia, bem como seus reflexos práticos no momento de formalização do aditivo contratual e na subsunção às hipóteses de alteração contratual previstas na legislação federal pertinente.

1 O DECRETO MUNICIPAL Nº 32347, DE 14 DE ABRIL DE 2020 E AS HIPÓTESES RELATIVAS AOS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO VIGENTES PARA REDUÇÃO DE DESPESAS DURANTE A SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA

A partir da Lei Federal nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e com a propagação do vírus em todo o território nacional desde a confirmação do primeiro caso em 26 de fevereiro do corrente ano, as autoridades competentes passaram a adotar as medidas necessárias para proteger a população do novo coronavírus com o intuito de evitar o colapso do sistema de saúde.

Referidas medidas, a exemplo do isolamento social, fechamento temporário de estabelecimentos comerciais e industriais, manutenção de trabalhadores em casa, entre outras, em que pese haverem sido necessárias para salvaguardar a saúde da população, foram medidas que implicaram inevitavelmente forte desaceleração na produção, circulação e consumo de bens e serviços, comprometendo, por consequência, a atividade econômica como um todo e refletindo sobremaneira na capacidade de arrecadação de tributos dos entes federados.

A respeito da crise econômica causada por uma pandemia:

A parada do comércio e de diversos setores ao redor do globo apresenta determinante responsabilidade por esta conjuntura, ocasionando uma crise financeira que se aproxima das de contexto de guerra, com a agravante de ter ocasionado, repise-se, um *lockdown* generalizado, paralisando as mais diversas atividades e setores da economia mundial.

Isso se deu pela já mencionada velocidade de propagação da doença, que se alastrou e rapidamente acometeu parcela considerável da população mundial. Com o fito de desacelerar uma tragédia mundial que em poucas semanas se mostrou inevitável, as autoridades de cada nação passaram a adotar medidas de contenção da propagação da doença, sempre direcionadas pela Organização Mundial de Saúde. Infelizmente, a situação fugiu ao controle humano e medidas mais drásticas logo passaram a ser recomendadas altivamente.

As autoridades sanitárias e políticas a nível municipal, estadual e federal, no Brasil e no mundo, determinam gradativamente, outrossim, a proibição de aglomerações e eventos, o sistema de rodízio de veículos, bem como o fechamento de escolas, *shopping centers*, academias, restaurantes e todo o comércio

não essencial. Essa situação inédita desencadeia inexoravelmente o desemprego em massa e o encerramento das atividades de diversas empresas e microempresas, a despeito das sucessivas medidas provisórias, leis e decretos para minimizar as consequências do cenário posto, muitas delas dilatórias e ainda não efetivadas. (OLIVEIRA FILHO; COSTA, 2020).

Diante deste cenário, o Poder Executivo Municipal de Salvador passou a adotar medidas a fim de proteger a saúde da população bem como evitar a propagação do vírus; no entanto, paralelamente, fez-se necessária a realização de gastos extraordinários e urgentes não previstos originariamente no orçamento.

Nesse contexto, foi publicado em 14 de abril de 2020, no Diário Oficial do Município do Salvador, o Decreto Municipal nº 32.347, dispondo sobre medidas administrativas de controle e redução de despesas no âmbito do município.

A partir do artigo 8º, o referido decreto dispõe sobre as medidas recomendadas para redução de despesas em relação aos contratos de prestação de serviços contínuos ou não, durante a vigência do estado de calamidade pública no município.⁹⁸

Por sua vez, o artigo 9º insta os gestores municipais a fazerem uma análise casuística nos contratos vigentes em suas respectivas secretarias e entidades a fim de optar entre as alternativas ali elencadas de modo a atender o interesse público com a manutenção dos serviços, mas sempre com o intuito de redução de despesas naquilo que entender dispensável.⁹⁹

A primeira disposição elencada no inciso I do citado artigo diz respeito à manutenção daqueles contratos cujos objetos configurem serviços imprescindíveis às necessidades da unidade, nos mesmos quantitativos originalmente contratados.

98 “Art. 8º Em relação aos contratos administrativos de prestação de serviços contínuos, ou não, durante a vigência do estado de calamidade pública no Município do Salvador, reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 2.042, de 23 de março de 2020, da Assembleia Legislativa da Bahia, os órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta deverão observar o disposto neste Decreto.”

99 “Art. 9º Os dirigentes máximos dos órgãos e entidades definirão, para cada contrato, a opção mais adequada ao interesse público, dentre as seguintes alternativas: I - em se tratando de serviço imprescindível às necessidades da unidade, subsistindo a necessidade da prestação dos serviços objeto do contrato nos mesmos quantitativos vigentes, manutenção do contrato; II - subsistindo parcialmente a necessidade da prestação dos serviços objeto do contrato: a) alteração quantitativa de supressão unilateral de até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato ou, mediante acordo celebrado com o contratado, de porcentagem superior; b) alteração qualitativa unilateral de supressão de qualquer porcentagem do valor inicial atualizado do contrato. III - não subsistindo, temporariamente, a necessidade da prestação contratual, a suspensão da execução do contrato, mediante a celebração de termo aditivo ou por despacho unilateral, observado o pagamento de indenização efetivamente comprovada, no que couber.”

Nas hipóteses de subsistir parcialmente a necessidade de prestação dos serviços, o decreto orienta: 1) para alteração quantitativa do objeto contratual no sentido de suprimir unilateralmente até o percentual de vinte e cinco por cento do valor inicial atualizado do contrato ou em um percentual superior, por acordo entre as partes; ou 2) para alteração qualitativa unilateral a fim de suprimir qualquer percentual do valor inicial atualizado.

Ainda no artigo 9º, o inciso terceiro dispõe sobre a necessidade de suspensão temporária, por meio de aditivo, da execução dos contratos nos quais a prestação dos serviços seja dispensável para o órgão na situação de pandemia, sem prejuízo de indenização quando couber.

Importante observar que os dispositivos acima comentados do decreto municipal estão alinhados com a legislação federal já existente acerca de contratos administrativos e possibilitam a aplicação conjunta nas diversas situações casuísticas.

Em hipóteses nas quais a prestação dos serviços objeto do contrato for considerada não essencial pelo setor técnico competente do órgão no curso da situação atual, mas o interesse no objeto contratual persistir após o término do estado de calamidade pública, o contrato poderá ser suspenso temporariamente com fundamento no artigo 78, inciso XIV, da Lei nº 8.666/93, devendo a Administração notificar formalmente o contratado, fazendo constar que, logo após a retomada dos serviços, será feito aditivo contratual “devolvendose” o prazo correspondente ao período em que o serviço esteve suspenso, nos termos do artigo 57, § 1º, inciso III, cumulado com o artigo 79, § 5º, ambos da Lei nº 8.666/93.

Nos casos dos contratos por escopo ou cuja execução do objeto tenha prazo determinado, mas que não esteja sendo executado durante a situação de calamidade pública, é recomendado ao gestor que providencie a suspensão temporária com a notificação da parte contratada, alertando para posterior readequação do prazo de vigência e do cronograma físico financeiro da execução do objeto contratual.

Ressalte-se ainda aqueles contratos cujos serviços tiveram suas demandas reduzidas. Nessas hipóteses, deve ser avaliado com a área técnica a estimativa de redução do quantitativo, notificando o contratado acerca da redução e formalizando termo aditivo para supressão do objeto, nos termos do artigo 65, § 1º, da Lei nº 8.666/93, com a abertura do respectivo processo administrativo de aditivo contratual.

Verifica-se ainda aqueles casos em que o gestor entende pela ausência de interesse de forma definitiva na manutenção dos contratos cujos serviços foram declarados não essenciais. Nessas situações, a recomendação é a rescisão amigável com fundamento no artigo 79, inciso II, Lei nº 8.666/93.

Observa-se também a intenção do Poder Executivo Municipal ao editar referido decreto dispondo sobre medidas a serem adotadas pelos gestores para redução dos gastos e despesas, especificamente em relação aos contratos de

prestação de serviços contínuos ou não, em alertar os gestores e suas respectivas áreas técnicas, quando da análise dos pedidos de prorrogação dos contratos vigentes, para que verifiquem a necessidade da prorrogação, bem como se os serviços estão de fato sendo prestados e, na hipótese positiva, se estão sendo prestados na demanda contratada originalmente.

2 A RENEGOCIAÇÃO CONTRATUAL PROPRIAMENTE DITA TRATADA NO ART. 10º, DO DECRETO MUNICIPAL Nº 32.347/2020

Consoante discorrido no item anterior, o Decreto Municipal nº 32.347 dispõe sobre o mecanismo da renegociação contratual, instando os gestores municipais a fazerem uma análise casuística nos contratos vigentes em suas respectivas secretarias e entidades, a fim de optar entre as alternativas ali elencadas, de modo a atender o interesse público com a manutenção dos serviços, mas sempre com o intuito de redução de despesas naquilo que entender dispensável.

O artigo 10º do Decreto acima mencionado insta os dirigentes municipais a envidar esforços no sentido de renegociação dos contratos como objetivo de redução dos preços originalmente contratados, mediante descontos em percentual não inferior a 30% (trinta por cento) e por prazo não inferior a 180 (cento e oitenta) dias.¹⁰⁰

Observando o citado dispositivo, percebe-se que a intenção do Poder Público Municipal com a renegociação contratual, estabelecendo metas aos gestores, é de evitar despesas desnecessárias, sobretudo no momento delicado em que os esforços devem ser convergidos para combater a pandemia, contudo sem prejudicar a manutenção dos serviços públicos essenciais para funcionamento da máquina pública.

No que tange ao percentual e prazo indicados como metas ao gestor para fins de renegociação, faz-se importante trazer a explanação do ilustre procurador do Município do Salvador Eduardo Teles, ao ser indagado a respeito do tema, no *podcast* de iniciativa conjunta da Procuradoria-Geral do Município do Salvador e da Associação dos Procuradores do Município do Salvador, mediado pelo também procurador do Município Rafael Carrera:¹⁰¹

A interpretação do conjunto das normas que compõem o subsistema jurídico, tal exigência de renegociação não alcançaria essa situação específica, sob

100 “Art. 10º – Sem prejuízos das medidas previstas no art. 9º deste decreto, os dirigentes máximos dos órgãos e entidades deverão renegociar os contratos, com meta de obter redução, mediante descontos nos preços contratados, em percentual não inferior a 30% (trinta por cento) e por prazo não inferior a 180 (cento e oitenta) dias. “

101 APMS-BA. **Renegociações contratuais é tema de nova edição do podcast Momentos**. Podcast, 12 mai. 2020. Disponível em <http://apms-ba.com.br/renegociacoes-contratuais-e-tema-de-nova-edicao-do-podcast-momentos/>. Acesso em 30 set. 2020.

pena de se configurar um verdadeiro contrassenso, além disso, a meu ver, a norma ao se valer da expressão “como meta de obter redução”, trouxe patamar mínimo para início de negociação dos gestores públicos junto aos contratados. Vou entender tais parâmetros como razoáveis, até porque o termo meta, pelo seu próprio significado, é aquilo que se pretende alcançar, é um objetivo, uma finalidade. Portanto, sob meu ponto de vista, tal exigência deve ser observada de forma temperada. É sim dever dos Gestor Público renegociar os contratos então vigente, valendo-se dos patamares mínimos previstos na norma municipal, não obstante, a questão deve ser enfrentada caso a caso, nas situações específicas nas quais não se viabilize tal desconto no percentual desejado pela norma, cumpre ao Gestor respaldado em pareceres técnicos e documentos, a exemplo de uma planilha aberta de preços apresentados pela Contratada, demonstrar essa inviabilidade de renegociação, ou mesmo, que essa renegociação tenha sido realizada em patamar inferior àquele previsto na norma. Assim sendo, sob pena de eventualmente se inviabilizar o regular e necessário funcionamento da máquina pública, importante inclusive, como pano de fundo para enfrentamento do novo coronavírus, os parâmetros previstos de renegociação previstos no decreto, a meu ver, devem ser observados como ponto de partida, a fim de que a chegada coincida invariavelmente com o interesse público perseguido no contexto da pandemia.

A renegociação contratual vem sendo apontada como uma solução para minimizar os efeitos da crise econômica decorrente da pandemia no âmbito do empresariado nacional e, por consequência lógica, o mesmo raciocínio pode ser aplicado para os contratos administrativos formalizados entre Poderes Públicos e iniciativa privada.

Em notícia publicada no Boletim de Notícias do *site* Consultor Jurídico (MINISTRO..., 2020), o ministro Luís Felipe Salomão, do Superior Tribunal de Justiça, apontou “a renegociação como a saída ideal para as empresas que estão em dificuldades por causa da crise econômica provocada pela Covid-19”, na conferência on-line “O futuro dos direitos das empresas”, que fez parte do I Congresso Digital Covid-19 – Repercussões Jurídicas e Sociais da Pandemia, evento promovido pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

Segundo informações constantes do boletim de notícias mencionado, o ministro Luís Felipe Salomão abordou o tema da renegociação contratual:

O dever de renegociação é uma obrigatoriedade que, ainda que não seja prevista em lei, consta como princípio anexo ao contrato. Antes de submeter uma disputa ao Judiciário, é preciso haver uma negociação prévia. Esse princípio da renegociação precisa ser melhor entendido pelo Judiciário, mas é a melhor saída para todos.

Pautadas pelos princípios da boa-fé objetiva, da razoabilidade e da economicidade, as partes devem buscar a renegociação como forma de satisfazer da melhor forma possível os seus interesses e preservar o contrato, evitando uma suspensão temporária ou rescisão antecipada do ajuste, uma vez que no

momento de crise o ideal é a manutenção do contrato com condições que viabilizem o cumprimento das obrigações pactuadas pelas duas partes, sem prejuízos efetivos.

Referidas tentativas de renegociações contratuais para redução dos valores originalmente contratados são realizadas pelos setores técnicos competentes dos órgãos e, quando bem-sucedidas, devem ser formalizadas por meio de aditivo contratual. A formalização do aditivo para redução de valor em virtude de renegociação contratual fundamenta-se no princípio da economicidade que rege a conduta do administrador público, bem como no próprio decreto municipal para redução de despesas no período de recessão econômica decorrente da pandemia

Em hipóteses nas quais o órgão tenta realizar a renegociação baseado no disposto do citado artigo 10º, do Decreto nº 32.347, observa-se que está buscando-se a redução do valor inicialmente contratado, mas fruto da renegociação realizada pelo setor competente com o intuito exclusivamente de alcançar um desconto no valor em razão do disposto no decreto mencionado para redução dos gastos em virtude da situação de emergência. O objeto contratual, a princípio, permanece inalterado em suas especificações e quantitativos, não havendo alteração quantitativa, tampouco qualitativa, mantendo-se as demais cláusulas, com a continuidade da prestação do serviço na forma originalmente contratada.

Nessas situações nas quais o objeto permanece inalterado nos aspectos quantitativos e qualitativos, a hipótese de renegociação decorre exclusivamente da tentativa proposta pelo município de redução do valor originalmente contratado, por meio de um “desconto” como disposto no próprio artigo e de forma consensual entre as partes, enquadrando-se, pois, no disposto no inciso II, do artigo 65º, da Lei nº 8.666/93.

Analisando sobre outra égide o instrumento da renegociação, é certo que ela pode ser também utilizada com o intuito de redução do valor quando este se torne onerosamente excessivo para qualquer das partes em virtude de evento imprevisível. A esse respeito, muito se vem discutindo sobre a situação de pandemia como fato imprevisível capaz de alterar o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

Em notícia publicada no portal eletrônico do Superior Tribunal de Justiça a respeito desse assunto, o ministro João Otávio de Noronha fala a respeito do assunto:

O presidente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ministro João Otávio de Noronha, falou da importância da negociação para lidar com os problemas contratuais decorrentes da pandemia do novo coronavírus (Covid-19), durante debate promovido pela Ordem dos Advogados do Brasil, seccional de Minas Gerais (OAB/MG), no YouTube. [...]

Segundo o presidente do STJ, o Código Civil traz dois institutos diferentes sobre a revisão dos contratos: a teoria da imprevisão – que permite, na ocorrência de motivos imprevisíveis, a revisão do contrato para assegurar o valor real da prestação – e a resolução do contrato por onerosidade excessiva, nos casos em que houver extrema vantagem para uma das partes, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis.

O ministro ressaltou que a filosofia do código é preservar o contrato para que as partes não optem pela sua resolução. “Este momento exige muita negociação. A revisão não é panacea para todos os desequilíbrios contratuais; depende da atividade, do setor, dos fatos que envolvem a relação contratual. Nós precisamos entender que a revisão dos contratos é singular, deve ser vista caso a caso”, disse. (BRASIL, 2020).

Sobre o tema da teoria da imprevisão, discorre Matheus Carvalho:

A teoria da imprevisão ocorre nos casos em que há uma situação fática não prevista quando da celebração do contrato, portanto imprevisível, que venha a alterar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, com reflexos em sua execução. [...] Decorre da denominada Cláusula *rebus sic stantibus*: situações nas quais há desequilíbrio contratual e a administração precisa, a fim de manter o equilíbrio do contrato, proceder à revisão dos preços e prazos previamente pactuados.

As hipóteses de teoria da imprevisão são: a) Caso fortuito e força maior – situações imprevisíveis ou inevitáveis que alteram a relação contratual. Pode decorrer de fatos humanos, desde que não sejam provocados por nenhuma das partes do acordo, ou podem ser causados por fatos da natureza, em relação aos quais nenhuma medida pode ser tomada para obstar a sua precipitação. (CARVALHO, 2019).

Joel de Menezes Niebuhr (2012, p. 897) aborda em sua obra *Licitação Pública e Contrato Administrativo* essa temática da teoria da imprevisão afirmando:

A teoria da imprevisão demanda equivalência entre as obrigações e a retribuição de cada uma das partes contratantes mesmo diante de eventos imprevisíveis que sejam estranhos às suas vontades. Trata-se de expressão moderna da cláusula *rebus sic stantibus*, segundo o qual o pactuado não permanece em vigor se o estado das coisas sobre as quais se firmou o acordo de vontade não permanecer o mesmo. [...]

No Brasil, a teoria da imprevisão é atualmente reconhecida no Direito Privado e no Direito Público. [...] Seguindo a linha civilista, a alínea “d” do inciso II do art. 65 da Lei n. 8.666-93 reconhece a aplicação da teoria da imprevisão sobre os contratos administrativos, preceituando que eles podem ser alterados por acordo entre as partes “para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento,

objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual”.

Em publicação de artigo on-line em março do corrente ano, o professor de Direito da Universidade Federal do Mato Grosso (UFMT) Welder Queiroz dos Santos (2020) abordou o tema da renegociação, revisão e resolução contratual em tempos de pandemia:

A Covid-19 veio de forma extraordinária e imprevisível e alterou, por diversos motivos, as circunstâncias em que as partes balizaram suas contratações. Como as partes envolvidas em relações contratuais podem lidar juridicamente diante dessas alterações abruptas em seus negócios?

O direito brasileiro estabelece a renegociação, a revisão e a resolução contratual [1] devido a evento imprevisível e extraordinário como forma de buscar um equilíbrio material nas relações entre os indivíduos e de concretizar a função social do contrato.

Na renegociação contratual, as partes contratantes podem extrajudicialmente readequar os direitos e as obrigações, principais e acessórias, como forma de restabelecer o equilíbrio econômico-jurídico originalmente pactuado.[2] O dever de renegociar o contrato desequilibrado independe de cláusula expressa, pois decorre do dever de lealdade, que tem amparo no direito brasileiro na boa-fé objetiva (art. 422[3], Código Civil).[4]

Caso frustradas as tentativas de renegociação, as partes podem buscar a revisão judicial e/ou a resolução dos contratos civis em decorrência do evento imprevisível e extraordinário que é a pandemia do novo coronavírus.

Da leitura dos artigos 317[5] e 478[6] do Código Civil, é possível concluir que os requisitos para a revisão[7] e para a resolução dos contratos de execução continuada ou diferida por onerosidade excessiva superveniente são os mesmos, pois a “desproporção manifesta” equivale à “onerosidade excessiva”, os “motivos imprevisíveis” equivalem aos “acontecimentos extraordinários e imprevisíveis”, a “extrema vantagem” equivale à “desproporção manifesta” e “partes” equivalem à “credor e devedor”. [8]

Compreender o que é um acontecimento extraordinário e imprevisível para fins de revisão ou resolução de contrato não é uma tarefa fácil. De acordo com o STJ, as variações do real em face do dólar americano são previsíveis e não autorizam a revisão de contratos de compra de safra futura de soja[9], de fertilizantes[10] ou de equipamentos para atividade profissional.[11] Os fatos extraordinários e imprevisíveis são aqueles que não estão cobertos objetivamente pelos riscos próprios do contrato.[12] A extraordinariedade e a imprevisibilidade decorrem tanto do acontecimento em si quanto das consequências que ele produz.[13]

A pandemia do novo coronavírus, a Covid-19, é indubitavelmente fato extraordinário e imprevisível às partes que celebram contratos antes de sua ocorrência. Assim, as recomendações dos órgãos mundiais de saúde de instituição de quarentena, de isolamento social e de distanciamento social, somadas às determinações impostas pelos Governos, geraram redução da circulação de pessoas e, por consequência, impactos econômicos a diversos negócios, com a redução substancial do faturamento, quando não total, nas mais variadas cidades brasileiras. E, até o momento, não há nenhuma previsão a respeito da duração de tais medidas.

Por sua vez, a onerosidade excessiva está ligada à desproporção manifesta entre a prestação e a contraprestação originalmente pactuada, causando um desequilíbrio material no contrato, com a superação dos riscos futuros esperados, conforme o caso a ser analisado. Já a extrema vantagem do credor é elemento acidental da alteração fática e decorre da desproporção entre a prestação originalmente pactuada e o seu valor real.^[14] Já o inadimplemento das obrigações contratuais deve ser posterior ao evento imprevisível que gerou a onerosidade excessiva. Preenchidos todos os requisitos, a parte prejudicada pode requerer a revisão ou resolução do contrato.

É certo que uma das características do contrato administrativo é a sua mutabilidade. As alterações dos contratos podem ser unilaterais, quando feitas só pela Administração, ou por acordo entre a Administração e o contratado. Assim dispõe o artigo 65, incisos I e II, da Lei nº 8.666, de 1993.¹⁰² A alteração contratual não constitui ato discricionário da administração contratante, devendo estar fundamentada pelos princípios que regem a conduta do administrador público, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade,

102 “Art. 65 – Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: I - unilateralmente pela Administração: a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos; b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei; II - por acordo das partes: a) quando conveniente a substituição da garantia de execução; b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários; c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço; d) (VETADO). (Revogado) d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994).”

eficiência, economicidade, bem como pautada no permissivo legal que viabiliza a alteração.

Nesse sentido, sustenta Marçal Justen Filho (2009, p. 742), em sua obra *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*:

Quando a Administração pactua o contrato, já exercitou a competência ‘discricionária’ correspondente. A Administração, após realizar a contratação, não pode impor alteração da avença mercê da simples invocação da sua competência discricionária. Essa discricionariedade já se exaurira porque exercida em momento anterior e adequado. A própria Súmula nº 473 do STF representa obstáculo à alteração contratual que se reporte apenas à discricionariedade administrativa.

A Administração tem de evidenciar, por isso, a superveniência de motivo justificador da alteração contratual. Deve evidenciar que a solução localizada na fase interna da licitação não se revelou, posteriormente, como a mais adequada. Deve indicar que os fatos posteriores alteraram a situação de fato ou de direito e exigem um tratamento distinto daquele adotado.

Considerando a intenção de redução de gastos e despesas do Poder Executivo Municipal e realizando uma interpretação sistêmica das normas, conclui-se que a hipótese de renegociação trazida no artigo 10º do Decreto Municipal nº 32.347/2020, configura, a princípio, hipótese de alteração contratual por acordo das partes (artigo 65, II, da Lei 8.666/1993), na tentativa da Administração de busca por um “desconto” no valor originalmente contratado, sem necessariamente haver modificação do objeto em suas especificações e quantitativos, tampouco a necessidade de um reequilíbrio econômico-financeiro da avença.

Por outro lado, obviamente, nada impede que os gestores municipais evidenciem esforços também no sentido de buscar renegociações dos contratos nos quais tenha havido um desequilíbrio econômico-financeiro em suas cláusulas, em razão do evento imprevisível que configura a pandemia, tornando as obrigações pactuadas excessivamente onerosas para qualquer das partes.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os impactos decorrentes dessa pandemia ultrapassam a questão de saúde pública, afetando diretamente à economia de maneira geral. As medidas que foram adotadas (algumas continuam sendo) pelos Poderes Públicos para proteger a saúde da população e para evitar a propagação do vírus foram necessárias, contudo geraram aumento de despesas, uma vez que o Poder Público realizou gastos extraordinários e urgentes, não previstos originariamente no orçamento.

Por meio deste artigo, pretendeu-se abordar a utilização do mecanismo de renegociação dos contratos pelo Município do Salvador, trazido por meio

das orientações previstas no Decreto Municipal nº 32.347, publicado no Diário Oficial do Município do Salvador em 14 de abril de 2020, como instrumento de extrema importância a fim de evitar gastos desnecessários por parte dos órgãos e entidades municipais, sobretudo no momento delicado em que os esforços devem ser convergidos para combate à pandemia, porém sem prejudicar a manutenção dos serviços públicos essenciais para funcionamento da máquina pública.

No decorrer do trabalho, observou-se que a tentativa de manutenção dos contratos por meio da renegociação entre as partes apresenta-se como uma solução para amenizar a crise econômica vivenciada em todo o país, decorrente da rápida disseminação do novo coronavírus, tanto no âmbito da iniciativa privada como no da Administração Pública, de modo a evitar suspensões ou rescisões antecipadas dos contratos.

Ganhou destaque o artigo 10º do decreto municipal ao tratar da alternativa de renegociação dos contratos de prestação de serviços vigentes no Município do Salvador como forma de buscar “descontos” nos valores originariamente contratados, sem necessariamente haver modificações nas especificações e quantitativos do objeto contratado, tampouco a necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro das cláusulas, configurando, por conseguinte, hipótese de alteração contratual por simples acordo entre as partes.

Não obstante a alternativa de renegociação trazida no artigo 10º da lei supracitada, foi trazida ainda a possibilidade de situações nas quais a questão da pandemia configura fato imprevisível como fundamento para alteração contratual por acordo das partes para fins de reequilíbrio econômico do contrato, hipótese prevista no artigo 65, II, alínea d, da Lei nº 8.666/1993.

Por fim, é certo que o Decreto Municipal nº 32.347, de 14 de abril de 2020, trouxe dispositivos e orientações aos gestores municipais no que se refere aos contratos de prestação de serviços contínuos ou não, na tentativa de redução dos gastos e despesas públicas, que, se de fato foram e vêm sendo ainda aplicadas e efetivadas pelos setores competentes dos órgãos e entidades, materializaram instrumento de extrema importância no sentido de amenizar o aumento das despesas públicas com os gastos extraordinários gerados pela pandemia.

REFERÊNCIAS

- APMS-BA. **Renegociações contratuais é tema de nova edição do podcast Momentos. Podcast**, 12 mai. 2020. Disponível em <http://apms-ba.com.br/renegociacoes-contratuais-e-tema-de-nova-edicao-do-podcast-momentos/>. Acesso em 30 set. 2020.
- BRASIL. Em debate virtual, presidente do STJ fala da importância da negociação nas relações contratuais. **STJ, Comunicação, Notícias**, 30 abr. 2020. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/>

Em-debate-virtual—presidente-do-STJ-fala-da-importancia-da-negociacao-nas-relacoes-contratuais.aspx. Acesso em: 29 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Presidência da República, Casa Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em 28 set. 2020.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

FILHO, Marçal Justen Filho. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

MINISTRO do STJ aponta renegociação contratual como boa saída para a crise. **Boletim de Notícias CONJUR**, 30 jul. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-30/renegociacao-contratual-saida-crise-ministro-stj>. Acesso em 30 set. 2020.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 897.

OLIVEIRA FILHO, João Glicério de; COSTA, Camila Bastos Bacelar. Dos contratos de locação empresarial durante a crise econômica causada por uma pandemia. *In: Direitos e Deveres Fundamentais em Tempos de Coronavírus*, v. 3. São Paulo: IASP, 2020.

SALVADOR. **Decreto Municipal nº 32.347, de 14 de abril de 2020**.

Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/ba/s/salvador/decreto/2020/3234/32347/decreto-n-32347-2020-dispoe-sobre-medidas-administrativas-de-controle-e-reducao-de-despesas-no-mbito-do-municipio-de-salvador>. Acesso em: 28 set. 2020.

SANTOS, Welder Queiros dos. O novo coronavírus (Covid-19) e os contratos: renegociação, revisão e resolução contratual em tempos de pandemia. **Gen Jurídico**, 27 mar. 2020. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/03/27/resolucao-contratual-pandemia/>. Acesso em: 30 set. 2020.

10

ZONA RURAL, ZONA URBANA E DELIMITAÇÃO DA INCIDÊNCIA DO IPTU E DO ITR SOBRE A PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA

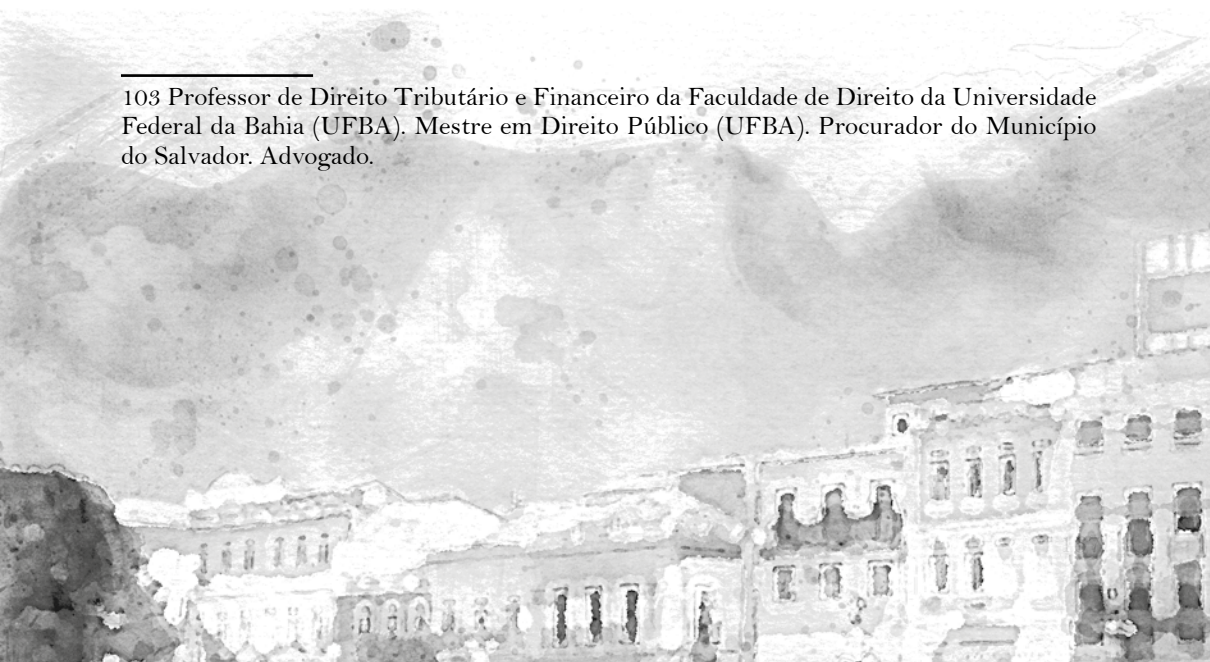
Pedro Leonardo Summers Caymmi¹⁰³

O objeto do trabalho é a identificação dos critérios aplicáveis para a definição da situação dos imóveis, se pertencentes à zona urbana ou à zona rural e, por consequência, a delimitação da incidência tributária do imposto sobre propriedade predial e territorial urbana (IPTU), que é municipal, e do imposto territorial rural (ITR), que é federal.

O estudo, com esse objetivo, faz de início uma breve exposição da disciplina fundamental dos dois impostos; em seguida, analisa esses critérios, iniciando pela localização do imóvel e, na sequência, pela sua destinação econômica.

Concluindo, faz-se uma síntese da aplicação conjugada destes critérios, para sistematização do procedimento de identificação da competência tributária.

103 Professor de Direito Tributário e Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Direito Público (UFBA). Procurador do Município do Salvador. Advogado.



I IPTU E ITR: DESENHO BÁSICO DOS IMPOSTOS SOBRE PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA

Tanto o IPTU quanto o ITR são impostos cuja definição constitucional de competência pela materialidade¹⁰⁴ indica um estado (um *ser*)¹⁰⁵ de titularidade (propriedade, domínio útil ou determinados tipos de posse) sobre um imóvel;¹⁰⁶ tratam-se, por isso, de tributos sobre o patrimônio (riqueza immobilizada), em contraste com os tributos sobre a renda (riqueza acrescida) e sobre o consumo (riqueza circulante).

O IPTU, de competência municipal, outorgada pelo inciso I do artigo 156 da CF/88, tem suas normas gerais nos termos do inciso III do artigo 146 da CF-88, prescritos pelos artigos 32 a 34 do Código Tributário Nacional (CTN) e é instituído pela legislação de cada município, no seu âmbito de competência.¹⁰⁷

O IPTU “recai sobre o valor venal do imóvel todo, isto é, o solo com todas as acessões e benfeitorias”, como lembra Aliomar Baleeiro (2018, p. 321), e exatamente por isso é “predial” e “territorial”.

O imposto sobre a propriedade territorial rural (ITR), por sua vez, de competência federal, tem o núcleo de sua estrutura jurídica delineado pelo inciso VI do artigo 153 da CF-88, e é posteriormente parametrizado em normas gerais pelo CTN (artigos 29 a 31) e, por fim, instituído pela Lei Federal nº 9.393/96.

O ITR, como afirma Marilene Talarico Martins Rodrigues (1998, p. 193), é “um tributo de incidência específica sobre os bens imóveis situados na zona rural, sem construção, o que vale dizer, o solo sem benfeitorias ou edificação”, sendo este um ponto de distinção com o IPTU, que, como visto, afere capacidade contributiva tanto em função do valor do solo quanto dos prédios e construções em geral a ele agregados.

Incidindo ambos sobre a propriedade imobiliária, surge naturalmente a discussão sobre os limites da competência de cada ente federado em relação aos imóveis em geral. O critério inicial de delimitação de competência fixado pela lei complementar, na forma tanto do inciso I quanto do próprio inciso III

104 Tácio Lacerda Gama (2020, p. 254–255) sintetiza que “os tributos não vinculados têm a sua materialidade prevista e distribuída entre os entes federativos (arts. 153, 155 e 156), cabendo à União a competência residual (art. 154, I)”.

105 Paulo de Barros Carvalho (2009, p. 605) ensina que a materialidade ou critério material compreende um “comportamento de uma pessoa, representado por verbo pessoal e de predicação incompleta, seguido pelo complemento”, que no caso é ser proprietário, titular do domínio útil ou possuidor qualificado.

106 O conceito de imóvel para fins de IPTU e ITR é aquele dado pelo Direito Privado, conforme o artigo 110 do CTN; deste modo, nos termos do artigo 79 do Código Civil, “são bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente”.

107 A título de exemplo, atualmente, no Município do Salvador, é instituído pelos artigos 60 a 83 da Lei Municipal nº 7.186/2006.

do artigo 146 da CF-88, leva em conta o critério espacial¹⁰⁸ da norma jurídica tributária, distinguindo entre *zona urbana* e *zona rural*.

Nessa perspectiva, considerado o imóvel integrante da zona urbana, será tributada sua propriedade pelo IPTU, e, caso contrário, estando situado na zona rural, sofrerá a incidência do ITR.

O CTN, como lei complementar de normas gerais de Direito Tributário, traz os critérios iniciais de definição das zonas urbana e rural baseados na *localização* do imóvel e, posteriormente, estes foram complementados pelo Decreto-Lei nº 57/66, que se vale da *destinação econômica* do imóvel, especificamente, para sua definição como integrante da zona rural.

2 LOCALIZAÇÃO DO IMÓVEL: DISTINÇÃO ENTRE ZONA URBANA E ZONA RURAL NO CTN

2.1 ZONA URBANA POR NATUREZA

O critério da localização do imóvel como definidor da zona urbana se baseia, como implícito na denominação, no local da situação do imóvel, ou seja, em qual parcela ou subdivisão territorial do município se encontra o bem.

Esclarece Luiz Emygdio da Rosa Jr. (2012, p. 764) que “os §§ 1º e 2º do art. 32 do CTN estabelecem os critérios para a caracterização de zona urbana, sobrelevando o critério geográfico sobre a destinação do imóvel”, já que “são alcançados somente os bens imóveis situados nos lindes interiores do perímetro urbano”, como complementa Sandra Barbon Lewis (2011, p. 612).

O CTN traz os elementos para identificação da zona urbana, sendo a definição de zona rural por oposição, compreendendo as parcelas de território que não se enquadrarem na definição de zona urbana pela Lei de Normas Gerais. Resume Roque Antônio Carrazza (2010 p. 151) que “o proprietário de imóvel localizado na zona urbana, assim considerado pela lei do Município, se sujeita à tributação por meio de IPTU; o proprietário do imóvel localizado na zona rural (a que estiver fora da zona urbana), à tributação por meio do ITR”.¹⁰⁹

Inicialmente, o CTN define como zona urbana aquela fixada por lei municipal, desde que igualmente presentes “melhoramentos” urbanísticos a cargo do Poder Público; é a denominada zona urbana “por natureza”, conforme o parágrafo primeiro do artigo 32 do CTN:

108 Frisa Luís Eduardo Schoueri (2017, p. 550) que “o exame do critério ou aspecto espacial da hipótese tributária traz ponderação sobre a existência de limites ao exercício da competência tributária”.

109 Registre-se que esse autor tem posição pessoal pela plena autonomia das leis municipais na definição da zona urbana, não sendo necessária sua submissão aos requisitos do CTN ou do DL nº 57/66.

Art. 32 [...] § 1º Para os efeitos deste imposto, entende-se como zona urbana a definida em lei municipal; observado o requisito mínimo da existência de melhoramentos indicados em pelo menos 2 (dois) dos incisos seguintes, construídos ou mantidos pelo Poder Público:

I - meio-fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais;

II - abastecimento de água;

III - sistema de esgotos sanitários;

IV - rede de iluminação pública, com ou sem posteamento para distribuição domiciliar;

V - escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de 3 (três) quilômetros do imóvel considerado. (BRASIL, 1966).

Diante desse critério, a primeira opção é a aferição de estar situado o imóvel em área que possua ao menos dois melhoramentos instituídos ou mantidos pelo Poder Público, e que seja assim definida por lei municipal.

Importante pontuar que, na zona urbana por natureza, não basta a existência dos melhoramentos para a sua caracterização, sendo imprescindível o elemento normativo, ou seja, a definição, por lei municipal, daquela área como zona urbana.

Ao mesmo tempo, a lei municipal tem sua autonomia em definir a área como urbana limitada pela necessidade da existência dos citados melhoramentos, e, por isso, “área que não tenha pelo menos dois dos melhoramentos acima, mantidos ou instituídos pelo Poder Público, não poderá ser considerada urbana pela lei municipal”, com exceção da hipótese que será vista adiante, prevista no parágrafo segundo do mesmo artigo, alerta Hugo de Brito Machado Segundo (2017, p. 297).

Dentro desta primeira definição, está-se diante de uma situação *de fato e de direito*, isto é, além da verificação da existência da previsão legal, cabe a constatação concreta da existência ou não dos referidos melhoramentos.

Outra questão interessante, neste aspecto, é que o CTN indica que eles devem ser instituídos ou mantidos pelo Poder Público, sugerindo duas alternativas para preenchimento do requisito. Já Fábio Fanucchi (1978, p. 62-63) afirmava:

Note-se que a lei complementar não registra que tais melhoramentos devam ser construídos e mantidos pelo Poder Público”, já que “basta que esse providencie uma coisa ou outra para que se caracterize a situação dos imóveis numa zona urbana, sujeitando-os ao imposto municipal.

Ainda que seja, no nosso entendimento, questionável a desnecessidade de que os serviços sejam mantidos pelo Poder Público para que se caracterizem

como melhoramentos urbanos, é efetivamente esta a leitura mais direta do dispositivo legal.

2.2 ZONA URBANA POR EQUIPARAÇÃO

Paralelamente à definição de zona urbana “por natureza”, com a exigência cumulativa da previsão legal e da presença do Poder Público fornecendo infraestrutura urbana, o parágrafo segundo do artigo 32 do CTN traz o conceito de zona urbana por expansão, em processo de urbanização ou “por equiparação”:

Art. 32 [...] § 2º A lei municipal pode considerar urbanas as áreas urbanizáveis, ou de expansão urbana, constantes de loteamentos aprovados pelos órgãos competentes, destinados à habitação, à indústria ou ao comércio, mesmo que localizados fora das zonas definidas nos termos do parágrafo anterior. (BRASIL, 1966).

Definem Ives Gandra da Silva Martins e Aires Fernandino Barreto (1985, p. 95) que, “se o ITR visa, fundamentalmente, à orientação da política agrária do país, nada mais lógico que áreas futuras de expansão urbana ou urbanizáveis devam ficar, desde o início, sob a égide impositiva do Município”.

A grande questão é quais seriam os requisitos para o enquadramento da área como zona urbana por equiparação, já que aqui, ao contrário da zona urbana por natureza, não existem elementos de fato a integrar os requisitos (existência dos melhoramentos urbanos), mas apenas exigências de caráter normativo.

Do mesmo modo que na zona urbana por natureza, faz-se imprescindível a existência de lei municipal definindo aquela localização como urbana, e, ao lado disso, a sua definição como área “urbanizável ou de expansão urbana”.

Nesse ponto, Paulo Caliendo (2020, p. 981) esclarece que:

[...] o conceito de área de expansão urbana consta do Estatuto da Cidade, que determina que se considere como áreas de expansão urbana aquelas destinadas pelo plano diretor ou lei municipal ao crescimento ordenado das cidades, vilas e demais núcleos urbanos, bem como aquelas que forem incluídas no perímetro urbano.

Tratou-se, primeiro, do artigo 42-A do Estatuto da Cidade (Lei Federal nº 10.257/2001),¹¹⁰ com redação dada pela Medida Provisória nº 547/2011,

110 Não enxergamos, aqui, ofensa ao artigo 146 da CF-88, por se tratar o Estatuto da Cidade de lei ordinária, já que ele não regula diretamente o perfil do tributo, mas apenas indiretamente disciplina um dos elementos (área de expansão urbana) ao qual a lei complementar (CTN) faz remissão, de modo análogo, por exemplo, ao já citado conceito de imóvel prescrito pelo Código Civil.

e, posterior e atualmente, do artigo 42-B, introduzido pela Lei Federal nº 12.608/2012:

Art. 42-B. Os Municípios que pretendam ampliar o seu perímetro urbano após a data de publicação desta Lei deverão elaborar projeto específico que contenha, no mínimo:

I - demarcação do novo perímetro urbano;

II - delimitação dos trechos com restrições à urbanização e dos trechos sujeitos a controle especial em função de ameaça de desastres naturais;

III - definição de diretrizes específicas e de áreas que serão utilizadas para infraestrutura, sistema viário, equipamentos e instalações públicas, urbanas e sociais;

IV - definição de parâmetros de parcelamento, uso e ocupação do solo, de modo a promover a diversidade de usos e contribuir para a geração de emprego e renda;

V - a previsão de áreas para habitação de interesse social por meio da demarcação de zonas especiais de interesse social e de outros instrumentos de política urbana, quando o uso habitacional for permitido;

VI - definição de diretrizes e instrumentos específicos para proteção ambiental e do patrimônio histórico e cultural; e

VII - definição de mecanismos para garantir a justa distribuição dos ônus e benefícios decorrentes do processo de urbanização do território de expansão urbana e a recuperação para a coletividade da valorização imobiliária resultante da ação do poder público.

§ 1º O projeto específico de que trata o caput deste artigo deverá ser instituído por lei municipal e atender às diretrizes do plano diretor, quando houver.

§ 2º Quando o plano diretor contemplar as exigências estabelecidas no caput, o Município ficará dispensado da elaboração do projeto específico de que trata o caput deste artigo.

§ 3º A aprovação de projetos de parcelamento do solo no novo perímetro urbano ficará condicionada à existência do projeto específico e deverá obedecer às suas disposições. (BRASIL, 2001).

A questão da zona urbana por equiparação é extremamente importante e atual, já que, no presente momento histórico, a maioria dos municípios médios e grandes, como Salvador, diante do crescimento exponencial de sua ocupação, já não possuem zona rural.

Este é um fenômeno apontado por Kiyoshi Harada (2014, p. 481), já que “a crescente urbanização dos municípios componentes de regiões metropolitanas, notadamente, os do ABCD, criou uma situação de eliminação das zonas rurais do ponto de vista legal”.

Na verdade, em cidades como São Paulo, Salvador, e mesmo municípios de médio porte, mas já mais densamente povoados, em que a ocupação já se dá de maneira integral e até desordenada, todo o território já constitui área de expansão urbana, enquadrada nas funções sociais da cidade (lazer, trabalho, moradia e circulação) e, portanto, inserida no perímetro urbano.

Usando o Município do Salvador como exemplo, o atual Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano (PDDU), editado pela Lei Municipal nº 9.069/2016, em consonância com o parágrafo primeiro do artigo 182 da CF-88 e os artigos 39 a 42-B do citado Estatuto da Cidade, disciplina, em seus artigos 160 a 191, o zoneamento urbano, deixando clara a ausência de zona rural:

Art. 160. A divisão do território do Município de Salvador em zonas de uso deve observar os objetivos, definidos nesta Lei para as Macrozonas e Macroáreas.

Art. 161. O Município de Salvador, compreendendo as macrozonas e as macroárea, atendendo às diferentes especificidades do território, fica dividido nas seguintes zonas de uso: I - ZPR – Zona Predominantemente Residencial; II - ZEIS – Zona Especial de Interesse Social; III - ZCMe – Zona Centralidade Metropolitana; IV - ZCMu – Zona Centralidade Municipal; V - ZCLMe – Zona Centralidade Linear Metropolitana; VI - ZCLMu – Zona Centralidade Linear Municipal; VII - ZUSI – Zona de Uso Sustentável nas Ilhas; VIII - ZIT – Zona de Interesse Turístico; IX - ZDE – Zona de Desenvolvimento Econômico; X - ZEM – Zona de Exploração Mineral; XI - ZUE – Zona de Uso Especial; XII - ZPAM – Zona de Proteção Ambiental. (SALVADOR, 2016).

Do mesmo modo, os quadros do Anexo 2 do PDDU identificam toda a área municipal como área urbana. Ainda, o mapa de macrozoneamento, constante do Anexo 3 do PDDU/2016, evidencia que hoje, em Salvador, só existem a macrozona de ocupação urbana e a macrozona de conservação ambiental, ou seja, não existe zona rural.

Não deixando qualquer dúvida, até mesmo o antigo PDDU (Lei Municipal nº 7.400/2008) já não trazia indicação de rural.

Existindo esta previsão normativa, como no exemplo utilizado, qualquer imóvel nos limites do município está situado em zona urbana, independentemente da análise de qualquer outro aspecto. O Superior Tribunal de Justiça é claro neste sentido:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. IMÓVEL SITUADO EM ÁREA URBANIZÁ-

VEL. EXISTÊNCIA DE LEI MUNICIPAL. DESNECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DOS MELHORAMENTOS PREVISTOS NO § 1º DO ART. 32 DO CTN PARA FINS DE COBRANÇA DE IPTU. AGRAVO INTERNO DA PARTICULAR DESPROVIDO.

1. A decisão agravada foi baseada na jurisprudência desta Corte, a qual entende que a existência de lei municipal que considera a área em discussão urbanizável ou de expansão urbana afasta a exigência prevista no art. 32, § 1º do CTN.

2. Na espécie, segundo o acórdão recorrido, o imóvel em questão está inserido na delimitação do perímetro urbano do Município São-bernardense, consoante a Lei Municipal 4.803/1999. Logo, desnecessária a comprovação do preenchimento dos requisitos descritos no § 1º do art. 32 do CTN para fins de cobrança do IPTU.

3. Agravo Interno da particular desprovido.¹¹¹

111 BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgInt no REsp 1576548/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 03/08/2017. No mesmo sentido: “TRIBUTÁRIO. IPTU. ÁREA URBANIZÁVEL OU DE EXPANSÃO URBANA. PREVISÃO EM LEI MUNICIPAL. ART. 32, § 2º, DO CTN. INEXIGIBILIDADE DOS MELHORAMENTOS PREVISTOS NO § 1º DO ART. 32 DO CTN. 1. A existência de previsão em lei municipal de que a área é urbanizável ou de expansão urbana, nos termos do § 2º do art. 32 do CTN, afasta, para fins de incidência do IPTU, a exigência dos melhoramentos elencados no § 1º do mesmo dispositivo legal. Precedentes: AgRg nos EDcl no REsp 1.375.925/PE, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 15/5/2014, DJe 26/5/2014; AgRg no Ag 672.875/SP, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 14/11/2005; REsp 613.102/DF, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 10/10/2005. 2. Recurso Especial não provido.” (REsp 1655031/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/04/2017, DJe 25/04/2017). “PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. IPTU. IMÓVEL SITUADO EM ÁREA URBANIZÁVEL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. EXISTÊNCIA DE LEI MUNICIPAL. MELHORAMENTOS DO ART. 32, §1º, DO CTN. DESNECESSIDADE. JURISPRUDÊNCIA FIRME DO STJ. 1. O entendimento desta Corte Superior é no sentido de que a existência de lei municipal tornando a área em discussão urbanizável ou de expansão urbana, afasta, de per si, a exigência prevista no art. 32, §1º, do CTN, é dizer, de qualquer daqueles melhoramentos básicos. Precedentes: AgRg no REsp 191.311/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ de 24/5/2004; AgRg no Ag 672.875/SP, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, DJ de 14/11/2005; AgRg no REsp 783.794/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 8/2/2010; Ag 1.300.987/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Data de Publicação em 22/6/2010; AREsp 242.408/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Data de Publicação em 25/10/2012. 2. Agravo regimental não provido.” (AgRg nos EDcl no REsp 1375925/PE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/05/2014, DJe 26/05/2014). Ainda, o Tribunal de Justiça do Paraná: “TRIBUTÁRIO - APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS À EXECUÇÃO DE IPTU - REGULARIDADE E TEMPESTIVIDADE DO LANÇAMENTO - OBRIGAÇÃO ANUAL E DE CONHECIMENTO NOTÓRIO - NOTIFICAÇÃO PRESUMIDA - AUSÊNCIA DE PROVA EM CONTRÁRIO - PRESCRIÇÃO - INO-

Deste modo, a se valer do critério da localização do imóvel (art. 34, CTN), tornase cada vez mais rara a existência de zona rural nos municípios de maior parte, desde que, obviamente, preenchidos os requisitos normativos acima apontados.

3 DESTINAÇÃO ECONÔMICA DO IMÓVEL RURAL

Posteriormente à edição do CTN, foi editado o Decreto-Lei nº 57/1966, igualmente recepcionado com *status* de lei complementar de normas gerais de Direito Tributário, que prescreve, em seu artigo 15, um critério distinto para a definição de imóveis rurais, quando existir, na unidade, atividade econômica tipicamente relacionada ao meio rural: “Art. 15. O disposto no art. 32 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, não abrange o imóvel de que, comprovadamente, seja utilizado em exploração extrativa vegetal, agrícola, pecuária ou agroindustrial, incidindo assim, sobre o mesmo, o ITR e demais tributos com o mesmo cobrados”.

Trata-se aqui do critério da *destinação econômica*, em paralelo ao critério geral da localização, visto no tópico anterior. Relativamente aos imóveis com destinação econômica tipicamente rural, o critério da destinação prevalece sobre o critério genérico da localização (art. 32, CTN), já tendo sido esta questão

CORRÊNCIA POR FALHA DO MECANISMO DA JUSTIÇA, QUE NÃO PODE SER IMPUTADA AO EXEQÜENTE - INCIDÊNCIA DA SÚMULA 106 DO STJ, SALVO EM RELAÇÃO AOS EXERCÍCIOS DE 1989 E 1990 QUE PRESCREVERAM ANTES DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO - PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO - DESNECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO PRÉVIA PARA LANÇAMENTO - IMPOSTO QUE INCIDE SOBRE LOTEAMENTO REGISTRADO E AVERBADO, SITUADO EM ÁREA DE EXPANSÃO URBANA - INTELIGÊNCIA DO § 2º DO ART. 32 DO CTN, EM DETRIMENTO DO § 1º DO MESMO ARTIGO - RECURSO PROVIDO EM PARTE, PARA REFORMAR A SENTENÇA NO TOCANTE À OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO TAMBÉM DO EXERCÍCIO DE 1990. 1. A constituição do crédito de IPTU ocorre com o lançamento, no dia primeiro de cada exercício. A notificação do contribuinte é presumida e, não necessariamente, se dá através do envio dos carnês de pagamento (enunciado nº 9). Independente da cediça obrigação anual do proprietário pagar IPTU e de incumbir ao mesmo o ônus da prova da inexistência de notificação, há nos autos certificação de envio do carnê e afixação do edital de lançamento. 2. Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência, ainda mais quando o exequente sequer teve sua intimação pessoal realizada. Por conseguinte, se acaso verificado que quando aforada a demanda alguns exercícios já estão prescritos, a extirpação destes é medida que se impõe. 3. Não há que se falar em prévio processo administrativo para se lançar o IPTU, porque inexistente previsão legal neste sentido. 4. **O objeto tributado se encontra em área de expansão urbana e está registrado e averbado, porquanto incide o § 2º do art. 32 do CTN, em detrimento do § 1º, sendo possível a cobrança do tributo.** (TJ-PR - AC: 5881847 PR 0588184-7, Relator: Paulo Roberto Vasconcelos, Data de Julgamento: 21/07/2009, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 197).

objeto de recurso especial julgado pelo incidente de uniformização de recursos repetitivos pelo Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO. IMÓVEL NA ÁREA URBANA. DESTINAÇÃO RURAL. IPTU. NÃO-INCIDÊNCIA. ART. 15 DO DL 57/1966. RECURSO REPETITIVO. ART. 543-C DO CPC.

1. Não incide IPTU, mas ITR, sobre imóvel localizado na área urbana do Município, desde que comprovadamente utilizado em exploração extrativa, vegetal, agrícola, pecuária ou agroindustrial (art. 15 do DL 57/1966).
2. Recurso Especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.¹¹²

Nesse ponto, é importante e conveniente o alerta de Aires Fernandino Barreto (1998, P. 238) de que existem imóveis que não se destinam à atividade econômica rural, mas que apenas “na fuga ao burburinho citadino, aos ruídos excessivos e à lufa-lufa diária estão suas razões de ser”; por isso, “a existência de horta, do pomar, da pequena criação, sem fins comerciais, não lhe desnaturam o destino urbano”.

Isso significa que precisa existir, no imóvel, atividade econômica, exploração econômica agropecuária. Não basta existir um quintal, criação de bichos para subsistência ou pequena horta para consumo próprio, é preciso se demonstrar a exploração econômica, ou seja, a realização da atividade comercial organizada de bens com intuito lucrativo, o exercício da empresa rural na forma do artigo 966 do Código Civil:

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa. (BRASIL, 2002).

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO. IPTU E ITR. INCIDÊNCIA. IMÓVEL URBANO. IMÓVEL RURAL. CRITÉRIOS A SEREM OBSERVADOS. LOCALIZAÇÃO E DESTINAÇÃO. DECRETO-LEI N. 57/66. VIGÊNCIA.

1. Não se conhece do recurso especial quanto a questão federal não prequestionada no acórdão recorrido (Súmulas n. 282 e 356/STF).

112 BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1112646/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/08/2009, DJe 28/08/2009.

2. Ao disciplinar o fato gerador do imposto sobre a propriedade imóvel e definir competências, optou o legislador federal, num primeiro momento, pelo estabelecimento de critério topográfico, de sorte que, localizado o imóvel na área urbana do município, incidiria o IPTU, imposto de competência municipal; estando fora dela, seria o caso do ITR, de competência da União.

3. O Decreto-Lei n. 57/66, recebido pela Constituição de 1967 como lei complementar, por versar normas gerais de direito tributário, particularmente sobre o ITR, abrandou o princípio da localização do imóvel, consolidando a prevalência do critério da destinação econômica. O referido diploma legal permanece em vigor, sobretudo porque, alçado à condição de lei complementar, não poderia ser atingido pela revogação prescrita na forma do art. 12 da Lei n. 5.868/72.

4. O ITR não incide somente sobre os imóveis localizados na zona rural do município, mas também sobre aqueles que, situados na área urbana, são comprovadamente utilizados em exploração extrativa, vegetal, pecuária ou agroindustrial.

5. Recurso especial a que se nega provimento.¹¹³

É preciso também aqui aferir-se, em cada caso, a situação de fato, isto é, se existe uma atividade empresarial a explorar, de modo contínuo, ordenado e em dimensões economicamente relevantes, produção e comércio de extração vegetal, agrícola, pecuária ou agroindustrial. Até porque, como já dito, a simples existência, em um imóvel de proporções consideráveis, de um galinheiro, um criatório de cabras, um canil, uma horta, um pomar, enfim, de incipiente “pro-

113 BRASILEIRO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 472.628/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/08/2004, DJ 27/09/2004, p. 310. Veja-se também a seguinte ementa: “TRIBUTÁRIO. IPTU - MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO. SÍTIO RECREIO. 1. Incide o IPTU sobre imóvel considerado “sítio recreio” situado em zona de expansão urbana do município, cujo reconhecimento de tal situação ocorre em lei municipal. 2. Acórdão que, com base nos fatos locais examinados e em lei municipal, entende incidir IPTU sobre “sítio recreio”, **por inexistir, no mesmo, qualquer produção agrícola com fins comerciais**. 3. Interpretação feita de modo adequado do art. 32 §§, do CTN. 4. Em sede de recurso especial não se examina apontada afronta ao art. 150, II, da CF, por tal apenas ser possível se agitar no seio do recurso extraordinário. 5. Recurso parcialmente conhecido, porém, improvido.” (REsp 180.533/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/10/1998, DJ 01/03/1999, p. 243). Também o seguinte julgamento do Tribunal de Justiça de São Paulo: “APELAÇÃO CÍVEL Embargos à execução fiscal IPTU do exercício de 2001 IPTU X ITR Imóvel situado em zona urbana Decisão do STJ pelo critério da destinação econômica do imóvel em detrimento da localização. Não comprovação de exploração extrativa, vegetal, agrícola, pecuária ou agroindustrial Sentença mantida Recurso improvido.” (TJ-SP - APL: 6986920048260453 SP 0000698-69.2004.8.26.0453, Relator: Eutálio Porto, Data de Julgamento: 18/08/2011, 15ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 24/08/2011).

dução” rural, não indica o exercício de atividade econômica organizada agropecuária.

Na verdade, a presença destas atividades em pequena escala e de eventual aparência “rústica” do imóvel, como descrito no Estatuto da Terra, caracterizam, no máximo, um sítio de recreio, tipo de imóvel integrante da zona urbana e sujeito ao IPTU, de acordo com entendimento pacífico do STJ, independentemente da discussão quanto a à existência ou não de equipamentos urbanos em seu perímetro:

AGRAVO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. IPTU. MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO. SÍTIO RECREIO. INCIDÊNCIA. IMÓVEL SITUADO EM ÁREA URBANA DESPROVIDA DE MELHORAMENTOS. DESNECESSIDADE.

1. A recorrente demonstra mero inconformismo em seu agravo regimental que não se mostra capaz de alterar os fundamentos da decisão agravada.

2. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que é legal a cobrança do IPTU dos sítios de recreio, localizados em zona de expansão urbana definida por legislação municipal, nos termos do arts. 32, § 1º, do CTN c/c arts. 14 do Decreto-lei nº 57/66 e 29 da Lei 5.172/66, **mesmo que não contenha os melhoramentos previstos no art. 31, § 1º, do CTN.**

3. Agravo regimental não provido.¹¹⁴

114 BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no REsp 783.794/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 08/02/2010. Trata ainda da questão o Tribunal Regional Federal da 03ª Região: “TRIBUTÁRIO. CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. ITR X IPTU. BITRIBUTAÇÃO. SÍTIO DE RECREIO. INCIDÊNCIA DE IPTU. HONORÁRIOS. ARTIGO 20 PARÁGRAFO 4º DO CPC. **1. Os imóveis rurais utilizados exclusivamente como sítios de recreio, independentemente de sua localização, sujeitam-se ao IPTU (art. 14 do Decreto-Lei nº 57/66. 2. Não comprovação de exploração extrativa vegetal, agrícola, pecuária ou industrial.** 3. O artigo 20, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil determina que nas causas em que não houver condenação, como a presente, a verba honorária seja fixada pelo juiz, observando o disposto nas alíneas do parágrafo 3º do mesmo artigo (grau de zelo do profissional, lugar da prestação do serviço e natureza e importância da causa, o trabalho e o tempo exigido na demanda). 4. Honorários fixados em razão do valor da causa e da complexidade da demanda. 5. Remessa Oficial e apelações improvidas.” (TRF-3 - APELREE: 1895 SP 2000.61.06.001895-2, Relator: JUIZ CONVOCADO WILSON ZAUHY, Data de Julgamento: 22/10/2010, JUDICIÁRIO EM DIA - TURMA C). No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: “APELAÇÃO - AÇÃO ANULATÓRIA DE LANÇAMENTO FISCAL C.C. REPETIÇÃO DE INDÉBITO - IPTU -IMÓVEL UTILIZADO COM SÍTIO DE RECREIO SITUADO EM ÁREA EQUIPARADA A URBANA -EXISTÊNCIA DE MELHORAMENTOS - Desnecessidade: Havendo previsão legal para a cobrança sobre imóvel usado como sítio de recreio, situado em área definida como urbana em 2008, correta a exação, independente da existência dos melhoramentos previstos no art. 32, § 1º, do CTN. Recurso da

4 CONCLUSÃO

A análise efetuada permite, por fim, traçar os seguintes parâmetros para caracterização da zona urbana, com incidência do IPTU municipal, e, por consequência, da zona rural, com incidência do ITR federal: a) a regra geral é o critério da localização, que leva em conta a situação espacial do imóvel cuja propriedade está sujeita à tributação patrimonial; b) será zona urbana a área assim definida por lei municipal, com a obrigatoriedade do perímetro ser provido de uma quantidade mínima de melhoramentos urbanos decorrentes da ação do Poder Público; c) também será zona urbana a área definida por lei municipal que, não obstante ausentes esses melhoramentos, seja qualificada normativamente como área de expansão urbana, nos termos do Estatuto da Cidade e do Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano; d) os imóveis em que se realizar atividade econômica organizada tipicamente rural serão considerados imóveis rurais para fins de tributação, independentemente de sua localização; e) imóveis com aparência rústica, ainda que neles se desenvolvam pequena atividade de plantação e criação de animais, sem fins econômicos organizados, não se qualificam como imóveis rurais, mas sítios de recreio, sujeitos ao critério da localização, para fins de definição de situação em zona urbana ou rural.

REFERÊNCIAS

- BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário brasileiro**: CTN comentado. (at. DERZI, Misabel). 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- BARRETO, Aires Fernandino. Arts. 32 a 34. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Comentários ao Código Tributário Nacional**, volume 1. São Paulo: Saraiva, 1998.
- BRASIL. **Lei Federal nº 12.608, de 10 de abril de 2012**. Institui a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil - PNPDEC; dispõe sobre o Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil - SINPDEC e o Conselho Nacional de Proteção e Defesa Civil - CONPDEC; autoriza a criação de sistema de informações e monitoramento de desastres; altera as Leis nºs 12.340, de 1º de dezembro de 2010, 10.257, de 10 de julho de 2001, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.239, de 4 de outubro de 1991, e 9.394, de 20 de dezembro de 1996; e dá outras providências. Presidência da República, Casa Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112608.htm. Acesso em: 26 nov. 2020.

Municipalidade provido, negado o da contribuinte.” (TJ-SP - APL: 994093685346 SP, Relator: J. Martins, Data de Julgamento: 15/04/2010, 18ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 11/05/2010).

- BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Presidência da República, Casa Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 26 nov. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Presidência da República, Casa Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 26 nov. 2020.
- CALIENDO, Paulo. **Curso de Direito Tributário**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- CARRAZZA, Roque Antônio. **Reflexões sobre a obrigação tributária**. São Paulo: Noeses, 2010.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: linguagem e método**. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2009.
- FANUCCHI, Fábio. **Curso de Direito Tributário brasileiro**, volume II. 4. ed. São Paulo: Resenha Tributária, 1978.
- GAMA, Tácio Lacerda. **Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade**. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2020.
- HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- LEWIS, Sandra Barbon. IPTU e ITBI. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva *et al.* (Org.). **Tratado de Direito Tributário**, volume 1. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Manual de Direito Tributário**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva; BARRETO, Aires Fernandino. **Manual do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana**. São Paulo: RT, 1985.
- RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. ITR. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Comentários ao Código Tributário Nacional**, volume 1. São Paulo: Saraiva, 1998.
- ROSA JR., Luiz Emygdio F. da. **Manual de Direito Tributário**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- SALVADOR. **Lei Municipal nº 9.069/2016**. Dispõe sobre o Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano do Município de Salvador – PDDU 2016 e dá outras providências. Prefeitura Municipal do Salvador – Bahia, Gabinete do Prefeito. Disponível em: <http://www.sucom.ba.gov.br/wp-content/uploads/2016/07/LEI-n.-9.069-PDDU-2016.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2020.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PARECERES



11

PARECER

PARECER Nº.: 00094/2020
PROCESSO Nº: 08310/2020 (SEMOB/SEGES)
INTERESSADOS: INTERVENTOR DA CSN – TRANSPORTES URBANOS S/A
SEMOB – SECRETARIA DE MOBILIDADE DO MUNICÍPIO DO SALVADOR
ASSUNTO: SOLICITAÇÃO DE RECURSOS DO FMMU

EXMA. SRA. PROCURADORA GERAL DO MUNICÍPIO,

À PGMS é reencaminhado o processo para análise do requerimento formulado pelo interventor na Concessão do STCO no Contrato de Concessão da Área C (Orla/Centro do município de Salvador), outorgado por meio do Contrato de Concessão 007/2014 à empresa CSN Transportes Urbanos S/A, sobre a utilização de recursos do Fundo Municipal de Mobilidade Urbana (FMMU), criado pela Lei Municipal nº 9.414/2018, em despesas para evitar solução de continuidade nos serviços públicos de transporte urbano.

O ofício (fls. 02/05) diz:

Considerando que o Decreto nº 32.512/2020, publicado em 20/06/2020 no Diário Oficial do Município, estabeleceu a Intervenção na Concessão do STCO relativa ao Contrato de Concessão da área C – Orla/Centro do Município de Salvador, outorgado através do Contrato de Concessão 007/2014 à empresa CSN Transportes Urbanos S/A, pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias.



Considerando que o Decreto de 03 de agosto de 2020, publicado no Diário Oficial do Município em 04/08/2020 que nomeou como Interventor o Sr. Armando Yokoshiro Filho, a quem compete, além de outros poderes, gerir, administrar e representar a CSN;

Considerando que a intervenção na concessão implicou na suspensão dos mandatos dos administradores, diretores, membros do conselho fiscal e de administração, assegurados ao interventor poderes de gestão sobre as operações e os ativos da Concessionária CSN Transportes Urbanos S/A;

Considerando que a intervenção tem como objetivo a) assegurar a regular continuidade e boa prestação dos serviços; b) apurar as razões da inadequada prestação do serviço; c) analisar a situação econômico-financeira da CSN frente às necessidades contratuais; d) realizar auditorias que se mostrem necessárias; e) promover o levantamento atualizado de descumprimentos legais e contratuais por parte da Concessionária;

Considerando que a Lei Municipal nº 9414/2018 criou o Fundo Municipal de Mobilidade Urbana (FMMU), vinculado à Secretaria Municipal de Mobilidade, com a finalidade de promover os suportes técnico e financeiro necessários às políticas de melhoria da mobilidade urbana, focadas nos aspectos de segurança, acessibilidade universal, democrática, inclusiva e sustentável, priorizando a implementação de ações e medidas para garantir a qualidade e eficiência do transporte público e que os recursos financeiros do FMMU deverão ser aplicados, entre outras destinações, em: financiamento e investimento em planos, programas, projetos, ações e serviços relacionados à mobilidade urbana no Município; criação, desenvolvimento e aperfeiçoamento de programas, soluções e mecanismos de gerenciamento, planejamento, tecnologia, inovação, preservação e sustentabilidade ambiental e sistemas inteligentes, relacionados à gestão do transporte público; manutenção, modernização, melhoria da qualidade e expansão dos serviços públicos municipais de transporte coletivo de passageiros; execução de medidas e ações destinadas a garantir maior eficiência ao transporte coletivo de passageiros; fomento e investimento na estrutura e infraestrutura de mobilidade urbana, notadamente em relação ao transporte coletivo de passageiros, podendo, inclusive, se for o caso, dar os recursos do FMMU em garantia do sistema; outras ações relacionadas às diretrizes instituídas para a política nacional de mobilidade urbana;

Considerando que a CSN Transportes Urbanos S/A possui diversas dívidas que comprometem a continuidade da prestação do serviço público de transporte de passageiro por ônibus, que é essencial à população;

Considerando a Lei nº 14.020, de 06 de julho de 2020, que instituiu o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e o Decreto nº 10.470, de 24 de agosto de 2020 que prorrogou os prazos para celebrar os acordos de redução proporcional de jornada e de salário e de suspensão temporária do contrato de trabalho e para efetuar o pagamento dos benefícios emergenciais de que trata a Lei nº 14.020, de 06 de junho de 2020.

E com fulcro no artigo 2º, I, II, IV, V, VI e VII e no artigo 5º, III da Lei Municipal nº 9.414/2018, requer que o Conselho Gestor do FMMU, autorize a aplicação de recursos do Fundo Municipal de Mobilidade Urbana, para fins de suporte e adimplemento das seguintes despesas, relativas à operação da CSN Transportes Urbanos S/A, diante do risco iminente de descontinuidade do serviço de transporte coletivo de passageiros por ônibus no Município de Salvador:

PREVISÃO DE RECEBIMENTO DE REPASSE PARA 18/09/2020:

- Saldo de salário: R\$ 1.513.335,37 (um milhão, quinhentos e treze mil, trezentos e trinta e cinco reais e trinta e sete centavos).
- INSS GPS: R\$ 799.229,74 (setecentos e noventa e nove mil, duzentos e vinte e nove reais e setenta e quatro centavos).
- INSS Desoneração: R\$ 255.386,20 (duzentos e cinquenta e cinco mil, trezentos e oitenta e seis reais e vinte centavos).
- IRRF: R\$ 65.098,41 (sessenta e cinco mil, noventa e oito reais e quarenta e um centavos).
- OdontoPrev: R\$ 75.271,00 (setenta e cinco mil, duzentos e setenta e um reais).
- Plano de Saúde HAPVIDA: R\$ 913.591,96 (novecentos e treze mil, quinhentos e noventa e um reais e noventa e seis centavos).
- SALDO REMANESCENTE: R\$ 64.091,59 (sessenta e quatro mil, noventa e um reais e cinquenta e nove centavos).
- **VALOR TOTAL: R\$ 3.557.821,09 (três milhões, quinhentos e cinquenta e sete mil, oitocentos e vinte e um reais e nove centavos).**

Informo que a CSN – Transportes Urbanos SPE/AS está inscrita sob o CNPJ nº 21.162.522/0001-60. Ao tempo que disponibilizamos o e-mail para contato deste Interventor, sendo o mesmo: csn.inter.ssa@gmail.com

Estamos encaminhando a previsão do recebimento do repasse por meio eletrônico (pendrive).

Destacamos que a utilização de recursos do fundo será feita sempre objetivando a sua recomposição.

Por fim, colocamo-nos à disposição para quaisquer esclarecimentos que se fizerem necessários.

Os autos foram instaurados a partir de Correspondência do Interventor (fls. 2/5), de 14 de setembro de 2020, acompanhada de documentos relativos às despesas (fls. 6/18). Após despacho na SEMOB (fls. 20), foram instruídos com os aditivos ao contrato de concessão (fls. 21/42), notícias da imprensa (fls. 43/44), o Decreto de Intervenção (fls. 45), a Lei de criação do FMMU (fls. 46/49), o Contrato de Concessão (fls. 50/82), o Regulamento do FMMU (fls. 83/90) e, após encaminhados à PGMS (fls. 92), foram distribuídos ao subscritor.

O Município do Salvador determinou a intervenção pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias na Concessão do Sistema de Transporte Coletivo de Ônibus (STCO), especificamente no Contrato de Concessão da área C – Orla/Centro do Município de Salvador, que fora outorgado por meio do Contrato de Concessão 007/2014 à empresa CSN Transportes Urbanos S/A.

De acordo com o Decreto nº 32.512/2020, de 20/06/2020, a finalidade da intervenção fora: **a)** assegurar a regular continuidade e boa prestação dos serviços; **b)** apurar as razões da inadequada prestação do serviço; **c)** analisar a situação econômico-financeira da CSN frente às necessidades contratuais; **d)** realizar auditorias que se mostrem necessárias; **e)** promover o levantamento atualizado de descumprimentos legais e contratuais por parte da concessionária.

Todos os objetivos elencados no decreto são importantes, dentre eles destacando-se, porém, o de evitar solução de continuidade nos serviços públicos de transporte urbano, de essencialidade indiscutível, notadamente em tempos de pandemia.

De fato, deve ser feito o registro, no caso dos autos, quanto à necessidade de manutenção dos transportes públicos urbanos por meio dos quais se deslocam para o trabalho os profissionais essenciais na estrutura e organização do combate à pandemia, a saber, grande parte dos trabalhadores da saúde (médicos, enfermeiros, auxiliares de enfermagem, farmacêuticos, auxiliares de limpeza dos hospitais etc.), de limpeza urbana (garis, motoristas, varredores etc.), de segurança pública (policiais militares e civis, guardas municipais, peritos criminais etc.), do abastecimento (caixas, empacotadores, cozinheiros, farmacêuticos, frentistas etc.), de gêneros de primeira necessidade (alimentos, refeições, material de limpeza e higiene, remédios, combustíveis etc.), de serviços essenciais (o próprio transporte público com rodoviários e metroviários, vigilância sanitária, agentes de fiscalização e controle da Administração Pública etc.), sem os quais as atividades básicas sofrerão solução de continuidade.

Em Salvador, capital do Estado da Bahia, no Brasil, a maior parte do contingente desses trabalhadores utiliza regularmente transporte público para se deslocar entre sua casa e o trabalho, de forma que a continuidade da prestação dos serviços é de importância imperiosa para o próprio enfrentamento da pandemia.

Trata-se, inequivocamente, de serviço público essencial que deverá, ao longo de todo o período de combate à pandemia, ser mantido, ainda que em pa-

tamar essencial, para assegurar o funcionamento dos órgãos públicos e entes privados imprescindíveis à sociedade, incluindo os esforços de enfrentamento da Covid-19.

Apesar dessa inegável prioridade da continuidade dos serviços públicos, a informação constante do ofício do interventor é a de que a empresa concessionária possui dívidas que comprometem a continuidade do serviço público: “Considerando que a CSN Transportes Urbanos S/A possui diversas dívidas que comprometem a continuidade da prestação do serviço público de transporte de passageiro por ônibus, que é essencial à população”.

Em função disso, o interventor solicita a utilização de recursos do FMMU, argumentando, com esteio nos artigos 1º e 2º da Lei n. 9.414/2020, que o fundo foi instituído com a finalidade de promover os suportes técnico e financeiro necessários às políticas de melhoria da mobilidade urbana, focadas nos aspectos de segurança, acessibilidade universal, democrática, inclusiva e sustentável, priorizando a implementação de ações e medidas para garantir a qualidade e eficiência do transporte público e deve aplicar seus recursos, entre outras destinações, em: financiamento e investimento em planos, programas, projetos, ações e serviços relacionados à mobilidade urbana no município; criação, desenvolvimento e aperfeiçoamento de programas, soluções e mecanismos de gerenciamento, planejamento, tecnologia, inovação, preservação e sustentabilidade ambiental e sistemas inteligentes, relacionados à gestão do transporte público; manutenção, modernização, melhoria da qualidade e expansão dos serviços públicos municipais de transporte coletivo de passageiros; execução de medidas e ações destinadas a garantir maior eficiência ao transporte coletivo de passageiros; fomento e investimento na estrutura e infraestrutura de mobilidade urbana, notadamente em relação ao transporte coletivo de passageiros, podendo, inclusive, se for o caso, dar os recursos do FMMU em garantia do sistema; outras ações relacionadas às diretrizes instituídas para a política nacional de mobilidade urbana.

Inicialmente, verifica-se a correlação entre a fundamentação do ofício e a literalidade dos artigos da Lei n. 9.414/20:

Art. 1º Fica criado o Fundo Municipal de Mobilidade Urbana (FMMU), vinculado à Secretaria Municipal de Mobilidade, regido nos termos da legislação específica, com a finalidade de promover os suportes técnico e financeiro necessários às políticas de melhoria da mobilidade urbana, focadas nos aspectos de segurança, acessibilidade universal, democrática, inclusiva e sustentável, priorizando a implementação de ações e medidas para garantir a qualidade e eficiência do transporte coletivo, dos meios não motorizados e da integração entre as diversas modalidades de transportes, no âmbito do Município, em conformidade com o estabelecido na Lei Federal nº 12.587/2012, bem como na Lei Municipal nº 9.374/2018.

Art. 2º Os recursos financeiros do FMMU deverão ser aplicados exclusivamente em:

I - financiamento e investimento em planos, programas, projetos, ações e serviços relacionados à mobilidade urbana no Município;

II - criação, desenvolvimento e aperfeiçoamento de programas, soluções e mecanismos de gerenciamento, planejamento, tecnologia, inovação, preservação e sustentabilidade ambiental e sistemas inteligentes, relacionados à gestão do transporte público;

III - realização de estudos e pesquisas relacionados ao transporte público e afins;

IV - manutenção, modernização, melhoria da qualidade e expansão dos serviços públicos municipais de transporte coletivo de passageiros;

V - execução de medidas e ações destinadas a garantir maior eficiência ao transporte coletivo de passageiros;

VI - fomento e investimento na estrutura e infraestrutura de mobilidade urbana, notadamente em relação ao transporte coletivo de passageiros, podendo, inclusive, se for o caso, dar os recursos do FMMU em garantia do sistema;

VII - outras ações relacionadas às diretrizes instituídas para a política nacional de mobilidade urbana;

VIII - suporte a despesas relacionadas aos riscos do Município na concessão dos serviços públicos de transporte coletivo de passageiros.

Confirma-se, dessa forma, a fundamentação legal apresentada no ofício do Interventor:

E com fulcro no artigo 2º, I, II, IV, V, VI e VII e no artigo 5º, III da Lei Municipal nº 9.414/2018, requer que o Conselho Gestor do FMMU, autorize a aplicação de recursos do Fundo Municipal de Mobilidade Urbana, para fins de suporte e adimplemento das seguintes despesas em atraso, relativas à operação da CSN Transportes Urbanos S/A, diante do risco iminente de descontinuidade do serviço de transporte coletivo de passageiros por ônibus no Município de Salvador:

Não resta dúvida, dessa maneira, de que o requerimento, quanto à adequação às normas da lei que instituiu o FMMU, dirige-se à realização do escopo que ensejou a criação e existência do Fundo, assim como atende às regras que se referem à destinação dos seus recursos.

Além da literalidade dos artigos e incisos, resta evidente que a intervenção do município na concessão de transportes tem correlação direta com as finalidades existências do Fundo.

Observe-se, nesse sentido, que a Lei n. 9.414/2020, instituidora do Fundo, vincula-o à Lei de Mobilidade Urbana do Município do Salvador (Lei n. 9.374/2018), diploma que estabelece:

Art. 5º A Política Municipal de Mobilidade Urbana Sustentável de Salvador atende aos seguintes princípios:

I – acessibilidade universal;

II – desenvolvimento sustentável nas dimensões socioeconômicas e ambientais;

III – igualdade no acesso dos cidadãos ao transporte público coletivo;

IV – eficiência, eficácia e efetividade na prestação dos serviços de transporte urbano;

V – segurança nos deslocamentos das pessoas; [...]

Art. 6º A Política Municipal de Mobilidade Urbana Sustentável de Salvador observa as seguintes diretrizes: [...]

XII – fortalecer a gestão democrática no planejamento, controle e operação dos sistemas de transportes e viário que servem à mobilidade da cidade. [...]

Art. 11 Com vistas ao objetivo estratégico de promover a melhoria contínua dos serviços, equipamentos e instalações relacionados à mobilidade, o Poder Executivo deverá priorizar as seguintes estratégias:

I – implantação de sistemas de gestão da qualidade dos serviços públicos de transporte, incluindo processos de apuração sistemática do grau de satisfação da população quanto aos serviços de transporte público e trânsito;

II – aprimoramento contínuo dos métodos e processos de controle do uso e de fiscalização dos serviços de transporte público e do trânsito; [...]. (Grifo nosso).

A Lei n. 9.414/2020, instituidora do Fundo, também o correlaciona com a legislação que estabelece a política nacional de mobilidade urbana (Lei Federal n. 12.587/2012), que estipula:

Art. 2º A Política Nacional de Mobilidade Urbana tem por objetivo contribuir para o acesso universal à cidade, o fomento e a concretização das condições que contribuam para a efetivação dos princípios, objetivos e diretrizes da política de desenvolvimento urbano, por meio do planejamento e da gestão democrática do Sistema Nacional de Mobilidade Urbana. [...]

Art. 5º A Política Nacional de Mobilidade Urbana está fundamentada nos seguintes princípios:

I - acessibilidade universal;

II - desenvolvimento sustentável das cidades, nas dimensões socioeconômicas e ambientais;

III - **equidade no acesso** dos cidadãos ao transporte público coletivo;

IV - **eficiência, eficácia e efetividade na prestação dos serviços de transporte urbano;** [...]

VI - segurança nos deslocamentos das pessoas; [...]

IX - eficiência, eficácia e efetividade na circulação urbana.

Art. 6º A Política Nacional de Mobilidade Urbana é orientada pelas seguintes diretrizes: [...]

III - garantia de sustentabilidade econômica das redes de transporte público coletivo de passageiros, de modo **a preservar a continuidade, a universalidade** e a modicidade tarifária do serviço. (Grifo nosso).

A Lei Federal, em sentido convergente, elenca os direitos dos usuários:

Art. 14. São direitos dos usuários do Sistema Nacional de Mobilidade Urbana, sem prejuízo dos previstos nas Leis nºs 8.078, de 11 de setembro de 1990, e 8.987, de 13 de fevereiro de 1995:

I – receber o serviço adequado, nos termos do art. 6º da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; [...]

IV – ter ambiente seguro e acessível para a utilização do Sistema Nacional de Mobilidade Urbana, conforme as Leis nºs 10.048, de 8 de novembro de 2000, e 10.098, de 19 de dezembro de 2000. (Grifo nosso).

A preservação da continuidade da prestação do serviço essencial é requisito legal, diretamente correlacionado com a universalidade do acesso ao transporte público, com a equidade do acesso e, dessa forma, com a eficiência, eficácia e efetividade na circulação interna, pois, por evidente, na hipótese de suspensão parcial (de uma linha ou de uma bacia inteira) ou total (do sistema de transporte inteiro), todos esses princípios de mobilidade urbana restam inviabilizados. A lei nacional de mobilidade urbana ainda prevê que a fiscalização da realização de transportes públicos deve ter, como norte, os dispositivos definidos naquela legislação: “Art. 11. Os serviços de transporte privado coletivo, prestados entre

peças físicas ou jurídicas, deverão ser autorizados, disciplinados e fiscalizados pelo poder público competente, com base nos princípios e diretrizes desta Lei”.

A legislação nacional ainda reúne, entre as atribuições dos municípios, reconhecida a essencialidade do serviço público em questão, além de assegurar a qualidade, eficácia e eficiência das atividades e garantir os direitos dos usuários, realizar a prestação, direta ou indireta, dos serviços de transporte público coletivo urbano:

Art. 18. São atribuições dos Municípios:

I - planejar, executar e avaliar a política de mobilidade urbana, bem como **promover a regulamentação dos serviços de transporte urbano;**

II - **prestar, direta, indiretamente ou por gestão associada, os serviços de transporte público coletivo urbano, que têm caráter essencial;** [...]

Art. 22. Consideram-se atribuições mínimas dos órgãos gestores dos entes federativos incumbidos respectivamente do planejamento e gestão do sistema de mobilidade urbana: [...]

II - avaliar e fiscalizar os serviços e monitorar desempenhos, **garantindo a consecução das metas de universalização e de qualidade;** [...]

IV - dispor sobre itinerários, frequências e **padrão de qualidade dos serviços;**

V - estimular a **eficácia e a eficiência** dos serviços de transporte público coletivo;

VI - **garantir os direitos** e observar as responsabilidades dos usuários; e [...]. (Grifo nosso).

Além disso, a Lei Nacional de Mobilidade Urbana prevê que os municípios devem planejar orçamentariamente e aplicar os recursos em ações de apoio à mobilidade urbana, não sendo outra a justificativa para a criação do próprio FMMU:

Art. 25. O Poder Executivo da União, o dos Estados, o do Distrito Federal e o dos Municípios, segundo suas possibilidades orçamentárias e financeiras e observados os princípios e diretrizes desta Lei, farão constar dos respectivos projetos de planos plurianuais e de leis de diretrizes orçamentárias as ações programáticas e instrumentos de apoio que serão utilizados, em cada período, para o aprimoramento dos sistemas de mobilidade urbana e melhoria da qualidade dos serviços.

Parágrafo único. A indicação das ações e dos instrumentos de apoio a que se refere o caput será acompanhada, sempre que possível, da fixação de critérios

e condições para o acesso aos recursos financeiros e às outras formas de benefícios que sejam estabelecidos.

A lei nacional de concessões e permissões de serviços públicos (Lei Federal nº 8.987/1995), por seu turno, prevê a intervenção, a ser realizada por decreto, do poder concedente com o escopo de garantir a adequação na prestação do serviço, assim como o cumprimento das obrigações legais e contratuais:

Art. 32. O poder concedente poderá intervir na concessão, com o fim de assegurar a adequação na prestação do serviço, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes.

Parágrafo único. A intervenção far-se-á por decreto do poder concedente, que conterá a designação do interventor, o prazo da intervenção e os objetivos e limites da medida.

Art. 33. Declarada a intervenção, o poder concedente deverá, no prazo de trinta dias, instaurar procedimento administrativo para comprovar as causas determinantes da medida e apurar responsabilidades, assegurado o direito de ampla defesa.

§ 1º Se ficar comprovado que a intervenção não observou os pressupostos legais e regulamentares será declarada sua nulidade, devendo o serviço ser imediatamente devolvido à concessionária, sem prejuízo de seu direito à indenização.

§ 2º O procedimento administrativo a que se refere o caput deste artigo deverá ser concluído no prazo de até cento e oitenta dias, sob pena de considerar-se inválida a intervenção.

Art. 34. Cessada a intervenção, se não for extinta a concessão, a administração do serviço será devolvida à concessionária, precedida de prestação de contas pelo interventor, que responderá pelos atos praticados durante a sua gestão.

A Lei Municipal nº 474/1954, que dispõe sobre a concessão de serviços municipais e dá outras providências, também traz normas regulamentares cuja aplicação se revela pertinente ao caso:

Art. 1º Esta lei dispõe sobre os serviços públicos Municipais do Salvador, sejam de que natureza for, e a exploração privada dos serviços de utilidade pública quando se tornar necessária a intervenção do Poder Público Municipal, para a sua prestação e efetiva regulamentação. [...]

Art. 4º A concessão de serviço público só atribui ao concessionário as facilidades indispensáveis à prestação do serviço na forma e modos previstos no contrato, nesta Lei ou em regulamento e ficará subordinada aos seguintes princípios:

I - O serviço público concedido continua a ser sempre um serviço público;

II - a **concessão é feita tendo em vista o interesse público** e as condições para ela estipuladas não poderão ser modificadas pelo concessionário;

III - O poder concedente só atribui ao concessionário um direito pessoal sempre temporário;

IV - o **poder concedente reserva poderes de intervenção**, controle e direção de serviço concedido.

Art. 5º. A Prefeitura poderá: [...]

III - proceder a execução direta do serviço, dispondo temporariamente de uso e modo do emprego dos meios de exploração, quando o concessionário ou permissionário não prestar o serviço pela forma que dispuserem o contrato de concessão ou a licença para funcionamento, a Lei e reatamentos ou prestá-lo sem atender à regularidade, continuidade, generalidade e eficácia própria à sua natureza;

IV - decretar a anulação, a caducidade, a revogação ou encampação da concessão nos casos estabelecidos nesta Lei, em contrato. [...]

Art. 8º. Nenhum serviço público será concedido a pessoa física ou Jurídica que não comprove sua idoneidade financeira.

Parágrafo único. No caso de falência do concessionário, a Prefeitura promoverá a liquidação das perdas e danos resultantes da falta do serviço durante o tempo que restava para findar-se o contrato de concessão, para efeito de habilitação do crédito na falência, **sem prejuízo da Intervenção na exploração do serviço** e da revogação da concessão. [...]

Art. 33 A Prefeitura, através dos órgãos competentes, incumbe:

I - assegurar serviço adequado;

II - fixar tarifas quando pela Constituição ou Lei Federal não for da, competência de outro poder.

Parágrafo único. Para realização de tais fins, exercerão a fiscalização da contabilidade do concessionário do serviço público ou permissionário do serviço de utilidade pública. (Grifo nosso).

Da leitura dos dispositivos acima reunidos é possível concluir que: o serviço concedido continua a ser sempre um serviço público (art. 4º, I); a concessão é feita tendo em vista o interesse público (art. 4º, II); o poder concedente reserva poderes de intervenção, controle e direção do serviço concedido (art. 4º, IV); a prefeitura poderá executar diretamente o serviço “quando o concessionário ou

permissionário não prestar o serviço pela forma que dispuserem o contrato de concessão” ou “presta-lo sem atender à regularidade, continuidade, generalidade e eficácia própria à sua natureza” (art. 5º, III); o serviço público não pode ser prestado por empresas incapazes de comprovar sua idoneidade financeira (art. 8º) e, finalmente; é dever do Poder Público Municipal assegurar a prestação do serviço adequado (art. 33, I).

A Lei Municipal n. 474/1954 também elenca obrigações legais de cada uma e de todas as concessionárias de serviços públicos:

Art. 9º. A concessionária além do que dispuser o contrato, é obrigado:

I - a prestar o serviço atendendo à generalidade, uniformidade, continuidade e regularidade próprias a sua natureza e pelo modo previsto em Lei ou regulamento;

II - cumprir as exigências que se contem nesta lei ou regulamento;

III - a sujeitar-se ao controle e fiscalização da concedente, através de órgão municipal competente;

IV - a permitir aos funcionários encarregados da fiscalização, devidamente credenciados pela Prefeitura, livre acesso, em qualquer época, aos escritórios, obras e instalações compreendidas na concessão, para exame dos livros, assentamentos, contas, faturas e documentos do concessionário, fiscalização do material a ser empregado na construção, restauração ou modificação das obras e instalações afetadas à concessão. [...]

Art. 21 Quando a prestação do serviço for má e deficiente ou na hipótese do concessionário não cumprir as obrigações previstas em contrato, lei ou regulamento, e não convier ao poder concedente assumir diretamente a prestação do serviço, a Prefeitura promoverá. Judicialmente, a rescisão do contrato.

Parágrafo único. Além do pagamento das perdas e danos e demais cominações a que a sentença vier a condenar o concessionário, este será compelido a fazer, às suas custas, a reposição dos bens públicos no estado em que os encontrou antes da instalação do serviço, e à remoção das obras e instalações que forem construídas para a prestação do serviço.

Em específico, com relação à intervenção, a legislação municipal traz prescrições próprias:

Art. 22. Sem prejuízo da revogação da concessão o poder municipal poderá intervir na prestação do serviço, executando-o diretamente, e nomeando para dirigi-lo uma Comissão Administrativa;

I - nos casos dos incisos I a IV do artigo 18;

II - quando o concessionário recusar-se a atender ao disposto nos incisos II, III e IV do Art. 8º, desta Lei;

III - no caso de interrupção parcial ou total do serviço, ainda que não imputável ao concessionário.

§ 1º A intervenção obedecerá aos seguintes princípios:

a) a intervenção cessará logo que desapareçam as causas que a motivaram;

b) durante a intervenção continuarão a cargo do concessionário os riscos da exploração do serviço;

c) o concessionário é obrigado a prestar à Prefeitura a necessária colaboração para execução do serviço;

d) ao concessionário será atribuída a renda efetivamente produzida pela exploração do serviço durante o tempo da intervenção, depois de deduzidas todas as despesas, de qualquer natureza, realizadas com o serviço, inclusive retribuições ao pessoal que o Município designar para efetuar a Intervenção;

e) a renda do serviço poderá ser empregada no melhoramento dos processos de exploração e das instalações, quando a intervenção for motivada pela má ou insuficiente prestação de serviço,

§ 2º A intervenção não exime o concessionário das sanções, previstas em Lei ou contrato, cabíveis no caso.

§ 3º Durante a intervenção poderá o Prefeito nomear agentes de sua confiança para os cargos de chefia e direção, técnicos e administrativos, do serviço. [...]

O Decreto de Intervenção (nº 32.512/2020), dessa maneira, revela-se alinhado com as prescrições legais:

DECRETO Nº 32.512 DE 20 DE JUNHO DE 2020

Decreta intervenção na Concessão do Contrato do Serviço de Transporte Coletivo de Passageiro por Ônibus (STCO) da Área “C” - Orla/Cento de Salvo, celebrado com a Concessionária CSN - Transportes Urbanos S/A, Sociedade de Propósito Específico inscrita no CNPJ sob nº 21.162.552/0001-60, com o fim de assegurar a adequação na prestação dos serviços e dá outras providências.

O PREFEITO DO MUNICÍPIO DO SALVADOR, ESTADO DA BAHIA, no uso das suas atribuições legais, definidas pelo artigo 52, inciso IX, da Lei Orgânica do Município, e com fundamento nos artigos 30, V e 175 IV da Constituição Federal, artigos 29, III e 32 e ss. da Lei Federal nº 8.987/95, no art. 22 da Lei Municipal 474/1954 e na Cláusula Décima Quinta do Contrato de Concessão nº 007/2014, originário da Concorrência Pública nº 001/2014;

CONSIDERANDO que a empresa CSN - Transportes Urbanos S/A, doravante denominada Concessionária CSN, é concessionária do serviço de Transporte Coletivo por Ônibus, conforme Contrato de Concessão 007/2014;

CONSIDERANDO que a concessão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, satisfazendo as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas, na forma estabelecida pelo art. 6º e § 1º da Lei Federal nº 8.987/95;

CONSIDERANDO a alegada situação de dificuldade financeira pela Concessionária CSN, capaz, segundo a própria concessionária, de inviabilizar a prestação de serviços;

CONSIDERANDO que a Concessionária CSN, ou seus acionistas, não propuseram nenhuma medida de capitalização para resolver o problema de dificuldade financeira da Concessionária;

CONSIDERANDO a notícia veiculada na imprensa local de que a Concessionária CSN ajuizou ação judicial para entrega da Concessão;

CONSIDERANDO que o atual, trágico e conhecido momento que assola o país, ocasionado pela pandemia da COVID-19, transforma o serviço de transporte urbano, que já é essencial, em imprescindível, portanto, de solução de continuidade inaceitável;

CONSIDERANDO a declaração fornecida pelo Sindicato dos Trabalhadores em Transportes Rodoviários da Bahia de que a Concessionária CSN vem de forma reiterada descumprindo as regras previstas no Acordo Coletivo de Trabalho, bem como as obrigações trabalhistas para com seus empregados;

CONSIDERANDO a informação apresentada pelo mencionado Sindicato de paralização dos serviços por parte dos empregados da Concessionária CSN a partir de 01:00h do dia 21/06/2020; CONSIDERANDO, por fim, que o serviço de transporte público coletivo é essencial, na dicção do inciso “V” do art. 10 da Lei Federal nº 7.783/89, DECRETA:

Art. 1º Fica declarada a intervenção na Concessão dos Serviços de Transporte Coletivo por Ônibus relativa ao Contrato de Concessão da Área “C” - Orla/Centro do Município de Salvador, outorgado através do Contrato de Concessão 007/2014 à empresa Concessionária CSN Transportes Coletivos S/A.

Art. 2º O prazo da intervenção será de 180 (cento e oitenta) dias necessários à plena adequação dos serviços, podendo a intervenção ser encerrada antes do prazo estabelecido desde que atinja seu propósito, sejam cessadas as suas causas ou na hipótese de ser extinto o contrato de concessão.

Art. 3º A Intervenção terá por objetivo:

I - assegurar a regular continuidade e boa prestação dos serviços para preservar o interesse legítimo dos usuários;

II - apurar as razões da inadequada e imperfeita prestação dos serviços;

III - analisar a situação econômico-financeira da Concessionária CSN frente às necessidades contratuais;

IV - realizar na concessionária CSN as auditorias previstas no contrato de concessão ou outras que se mostrem necessárias para o cumprimento da intervenção;

V - realizar o levantamento atualizado de descumprimentos legais e contratuais da Concessionária CSN.

Art. 4º Fica nomeado como Interventor o Sr. ANTÔNIO ALMIR SANTANA MELO JR, cédula de identidade com RG nº 0598442 e CPF/MF sob nº 524.237.005-04, com plenos poderes de direção para praticar todos os atos de gestão, de administração e de representação, inclusive movimentação bancária, em juízo ou fora dele, da Concessionária CSN sob intervenção.

§ 1º A intervenção na concessão implica a suspensão do mandato dos administradores, diretores e membros do conselho fiscal e de administração, assegurados ao interventor plenos poderes de gestão sobre as operações e os ativos da concessionária e a prerrogativa exclusiva de convocar assembleia geral nos casos em que julgar conveniente.

§ 2º O Interventor terá também os seguintes poderes:

I - Representar perante instituições financeiras, incluindo abertura e fechamento de conta, e realizar qualquer movimentação financeira para a operação completa dos serviços até o final da intervenção;

II - Suspender os mandatos dos membros da diretoria, do conselho fiscal e de administração da Concessionária CSN;

III - Convocar assembleia geral nos casos que julgar conveniente;

IV - Suspender e rescindir contratos de trabalho e de prestação de serviço celebrados pela Concessionária CSN;

V - Celebrar em nome da Concessionária CSN novos contratos que se façam necessários para a intervenção;

VI - Praticar todos atos societários previstos no Estatuto Social da Concessionária CSN necessários ao cumprimento da intervenção, incluindo aquisição ou alienação de bens ou direitos de qualquer natureza;

VII - Gerir, administrar e representar a Concessionária CSN;

VIII. Solicitar informações de interesse da intervenção;

IX - Receber, dar quitação, transigir, outorgar mandato, receber notificações, citações e intimações, relacionadas com a intervenção;

X - Requisitar das instituições públicas qualquer tipo de apoio necessário para a prática dos atos de intervenção;

XI - Nomear equipe para auxiliar nas funções decorrentes da intervenção;

XII - Delegar poderes e atribuições decorrentes da intervenção, podendo, inclusive, realizar contratação de pessoas ou serviços;

XIII - Suspender pagamento para partes relacionadas (empresa controladora, coligadas e pertencentes ao mesmo grupo econômico);

XIV -Praticar quaisquer outros atos necessários para o adequado cumprimento da intervenção.

§ 3º Para a execução da intervenção o interventor poderá ser auxiliado por Comissão Gestora nomeada pelo Poder Executivo.

§ 4º A remuneração do Interventor será compatível com aquela da função correlata exercida na Concessionária CSN, observado regras de mercado, ou, no caso de exercício cumulado com função pública, caberá ao Interventor a opção da remuneração.

Art. 5º O Poder Concedente deverá instaurar, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da intervenção, processo administrativo objetivando a comprovação das causas determinantes da intervenção, bem como a apuração de responsabilidades, assegurando-se à concessionária o contraditório e ampla defesa.

Art. 6º Caberá ao Interventor, com apoio do Poder Concedente, elaborar Plano de Intervenção na Concessão da Área C - Orla/Centro de Salvador/BA do Contrato de Concessão 007/2014, contemplando as premissas relativas à operação do serviço, bem como Plano de Comunicação acerca da intervenção no sentido de informar a população, colaboradores, instituições públicas, instituições financeiras e fornecedores, dando-lhe a adequada publicidade.

Art. 7º Constatada, no âmbito do processo administrativo, a inviabilidade da continuidade da concessão serão adotadas todas as medidas necessárias nos termos da Lei Federal nº 8.987/95 e respectivo contrato de concessão.

Art. 8º O Interventor deverá apresentar, mensalmente, ao Chefe do Poder Executivo Municipal, relatório circunstanciado das suas atividades.

Art. 9º O interventor, durante todo o período da intervenção, terá o apoio da Guarda Civil Municipal para assegurar a práticas de todos os atos necessá-

rios para o regular e fiel cumprimento deste Decreto e poderá requisitar força policial para garantir a efetividade e segurança da intervenção.

Art. 10. Cessada a intervenção, se não for extinta a concessão, a administração do serviço será devolvida à concessionária, precedida de prestação de contas pelo interventor, que responderá pelos atos praticados durante a sua gestão, na forma do art. 34 da Lei Federal nº 8.987/95.

Art. 11. No que for omissis este Decreto aplicar-se-ão as normas da Lei Federal nº 8.987/95, Lei nº 8.666/93 e cláusulas e condições do contrato de concessão, no que for cabível.

Art. 12. As despesas decorrentes da execução deste Decreto correrão por conta das receitas advindas da Concessão do STCO ou verbas próprias do orçamento municipal, suplementadas se necessário.

Art. 13. Este Decreto entra em vigor no dia 21 de junho do corrente ano.
GABINETE DO PREFEITO DO MUNICÍPIO DO SALVADOR, em 20 de junho de 2020.

Do Decreto de Intervenção extrai-se que o primeiro objetivo elencado da medida é “assegurar a regular continuidade e boa prestação dos serviços para preservar o interesse legítimo dos usuários” (art. 3º, I), meta inalcançável sem que o interventor ordene os pagamentos das despesas necessárias à operação para o que recebeu os poderes específicos de “gerir, administrar e representar a Concessionária CSN” (art. 3º, §2º, VII) e de “praticar quaisquer outros atos necessários para o adequado cumprimento da intervenção” (art. 3º, §2º, XIV).

O art. 12 ainda esclarece que “*as despesas decorrentes da execução deste Decreto correrão por conta das receitas advindas da Concessão do STCO ou verbas próprias do orçamento municipal, suplementadas se necessário*”.

O ofício do interventor relata, de forma objetiva, a necessidade de fazer frente às despesas vinculadas à operação do sistema, já tendo sido uma das razões da intervenção, como se extrai dos considerandos do Decreto n. 32.521/2020, as dificuldades econômicas e financeiras da concessionária, admitidas pela própria CSN, como relata o seguinte considerando: “a alegada situação de dificuldade financeira pela Concessionária CSN, capaz, segundo a própria concessionária, de inviabilizar a prestação de serviços”, ratificada pela informação de que ela ajuizou ação para “entregar” a concessão.

Para eliminar qualquer dúvida, como registra o próprio Decreto, soma-se “a declaração fornecida pelo Sindicato dos Trabalhadores em Transportes Rodoviários da Bahia de que a Concessionária CSN vem de forma reiterada descumprindo as regras previstas no Acordo Coletivo de Trabalho, bem como as obrigações trabalhistas para com seus empregados” e “a informação apresentada pelo mencionado Sindicato de paralização dos serviços por parte dos empregados da Concessionária CSN a partir de 01:00h do dia 21/06/2020”,

ficando evidenciada tanto a necessidade de intervenção, quanto o fato de uma de suas causas ser a suspensão de pagamento de remuneração dos trabalhadores. As despesas referidas no requerimento do interventor (fls. 1/3) referem-se à adiantamento de salários, INSS e Plano de Saúde e ao recolhimento do IRRF descontado dos trabalhadores.

A Lei Municipal n. 474/1954 também prevê algumas cláusulas obrigatórias dos contratos de concessão, entre as quais a de pagar e indenizar seus trabalhadores, assegurar os usuários e respeitar seus direitos, cumprir suas obrigações e acatar o direito de direção do Poder Concedente com todas as atribuições inerentes:

Art. 10. Constará, obrigatoriamente, dos contratos de concessão:

I - direito reservado à Prefeitura de decretar a anulação, a caducidade, a revogação e a encampação nos casos previstos nesta Lei; [...]

V - determinação dos direitos e obrigações do concessionário;

VI - direitos dos usuários; [...]

VIII - obrigação do concessionário de segurar os usuários contra os riscos da exploração do serviço público concedido; [...]

XI - responsabilidade do concessionário pela indenização do pessoal utilizado no serviço, pela forma que dispuserem as leis trabalhistas, toda vez que se extinguir a concessão: por expiração de prazo, caducidade, rescisão, ou revogação de concessão motivada por culpa do concessionário; [...]

O inciso XI, registre-se, reforça as obrigações legais da concessionária com o pagamento de seu pessoal. A Legislação Municipal (art. 13) ainda afirma que os bens “por qualquer modo afetados na prestação do serviço, responderão pelos prejuízos decorrentes da inexecução do contrato:

Art. 13. Os bens e instalações de concessionário, utilizados ou por qualquer modo afetados na prestação do serviço, responderão pelos prejuízos decorrentes da inexecução do contrato. Parágrafo único. Toda cessão, parcial ou total da concessão, ou alienação, por qualquer título, dos bens a ela afetados, deverá ser precedida do consentimento, expresso, do Prefeito, que poderá negá-lo.

Na avaliação da situação trazida, deve ser ainda registrado que o município não tem responsabilidades com credores do concessionário, nem com acionistas ou debenturistas:

Art. 23. Sejam quais forem as obrigações contraídas pelo concessionário para com os seus acionistas, debenturistas ou credores de qualquer natureza, ne-

nhuma responsabilidade poderá recair sobre o Município, além do preço da encampação.

A responsabilidade, o dever, a obrigação de cumprir fielmente as obrigações legais e contratuais é exclusiva das concessionárias, como previsto nos dispositivos do Código Civil e da lei de mobilidade urbana, sobre os quais se deve ainda acrescentar o rol de obrigações oriundas do contrato de concessão, igualmente impositivo para as concessionárias.

Assim, não pode haver dúvida, inclusive para as concessionárias, de que a obrigação de prestar o serviço com qualidade, eficiência, segurança e atendendo a todos os ditames legais e contratuais é de titularidade das contratadas.

Não é preciso lembrar que o risco da atividade econômica, no caso, pertence ao empreendedor privado, nem muito menos rememorar as obrigações originadas da lei e do contrato assinado, sendo, portanto, consequência necessária concluir que, se for constatada a incapacidade de superar essa adversidade, isso implicará necessariamente em solução de continuidade na concessão, a atingir prioritária e principalmente a própria concessionária e seus sócios.

A Lei Federal n. 8.987/1995 também reforça a titularidade passiva das obrigações inadimplidas da concessionária, mesmo em caso de caducidade:

Art. 38. [...]

§ 6º Declarada a caducidade, não resultará para o poder concedente qualquer espécie de responsabilidade em relação aos encargos, ônus, obrigações ou compromissos com terceiros ou com empregados da concessionária.

A concessionária não poderia pretender, nem na via administrativa, nem na judicial, “entregar” a concessão de serviços públicos, como noticiado na imprensa e registrado em considerando do Decreto, mas sua conduta atrai a incidência do art. 34 da Lei Municipal nº 474/1954:

Art. 34. A renúncia do concessionário à prestação do serviço público, além das sanções e penalidades a que der causa, obriga-o ao pagamento das perdas e danos pelo não cumprimento do contrato durante o restante do prazo a que estava obrigado e no pagamento das despesas que o Município realizar para reposição dos bens de domínio público no estado anterior, sem prejuízo da intervenção para a prestação do serviço e da revogação prevista no artigo 18, inciso I.

Tal conduta, inclusive, implica em infração de obrigações legais e contratuais e na incidência das respectivas multas, sem prejuízo das perdas e danos a serem descontadas da garantia contratual prestada ou, na sua insuficiência, mediante reforço da concessionária:

Art. 44. A importância das multas impostas ao concessionário por infração da Lei, regulamento ou disposição contratual, desde que não recolhida aos cofres do Tesouro Municipal no prazo de 10 (dez) dias, poderá ser descontada da caução a juízo do Prefeito.

Parágrafo único. Esgotando-se a caução ou em caso de sua absorção parcial será pedido reforço ao concessionário, que é obrigado a presta-lo no prazo de 8 (oito) dias.

Do conjunto de prescrições normativas, é possível concluir que a intervenção promovida pelo Poder Concedente implica necessariamente na gestão dos recursos da concessionária para manter os serviços públicos e, diante da ausência de caixa para honrar obrigações alimentares para com os trabalhadores, imediatas ou em atraso, na necessidade da Administração Pública efetuar os pagamentos para evitar a solução de continuidade na prestação dos serviços públicos essenciais.

A utilização do FMMU como fonte de recursos para tais despesas, por outro lado, atende às finalidades do Fundo e está entre as destinações para seus recursos previstas na própria lei que o institui, atendendo-se, assim, à exigência da Lei de Responsabilidade Fiscal acerca da previsão da despesa em lei específica, requisito atendido não apenas pela própria lei que instituiu o Fundo, como, segundo o quanto já visto, pelas Leis Municipais n. 474/1954 e n. 9.374/2018, bem como pelas Leis Federais n. 8.987/1995 e n. 12.587/2012.

O serviço público de transporte urbano coletivo é atribuição legal do município, cabendo-lhe, na falta do contratado, prover seu funcionamento. Ademais, nesse mesmo sentido, a previsão legal ainda decorre também da previsão da intervenção e das atribuições do Poder Concedente nessa hipótese, seja na legislação federal, seja na municipal, estando ainda prevista no contrato de concessão (cláusula décima quinta).

Todos os elementos dos autos, inclusive a conduta da própria concessionária ao pretender desfazer-se unilateralmente da concessão, ainda que isso não seja juridicamente possível, confirmam a necessidade e o acerto da intervenção, da qual o pagamento de despesas é consequência natural e inevitável.

O art. 22 da LINDB é preciso quanto à necessidade de analisar a situação em conformidade com o contexto enfrentado à época, a partir das opções reais existentes para o gestor:

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

No caso dos autos, como se viu, diante das opções existentes com as informações e elementos disponíveis, a alternativa encontrada (a intervenção) atende à necessidade de atuação preventiva e restaurativa.

Considerando que inexistente a opção de se omitir diante do quadro, dadas as sérias consequências adversas de se chegar a uma suspensão dos serviços prestados pelo sistema ou mesmo ao seu colapso, como se chegou a temer; e, pelas informações, continua a ser um risco efetivo e iminente, a alternativa encontrada apresenta consistência jurídica em situação tão anormal e emergencial que se posterga, enquanto a arrecadação do sistema não é suficiente para cobrir os custos com a operação e a recuperação das condições operacionais em função da necessidade, que se tornou pública e notória, de serem consertados veículos e equipamentos.

De igual forma, a alternativa é capaz de dar significativa concretude aos princípios norteadores da atuação da Administração Pública, ou seja, apresenta uma motivação dotada de adequação sem prescindir das formalidades legais, atendendo ao art. 20 da mesma Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

A LINDB, art. 20, revelou expressamente a preocupação que a esfera administrativa deve ter com a análise dos atos praticados – e suas motivações – com as opções reais e concretas de solução dos problemas como compreendidos à época:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

A pandemia continua sendo uma realidade diária no Brasil, na Bahia e em Salvador, a demandar todos os esforços da Administração Pública para manter a oferta do serviço público de transporte urbano coletivo na cidade do Salvador.

Por fim, é crucial ainda dar a devida credibilidade à orientação técnica que fundamenta os atos praticados, necessária e suficiente para a tomada de decisões pelo gestor, como revela a inteligência do art. 24 da LINDB.

Por todas essas razões fáticas, técnicas e jurídicas, a intervenção revela-se, além de adequada, imune a crítica no campo da regularidade ou legalidade pelos fatos públicos, notórios e registrados nos autos.

Todos os fatos descritos, acrescidos daqueles públicos e notórios, inclusive divulgados pela imprensa, recomendam que a operação nessas condições, reconhecidamente extraordinárias, sejam objeto de obtenção, pelo Poder Concedente, da respectiva quitação.

Com efeito, além do dever das concessionárias de realizar os serviços de transporte com segurança para seus empregados e para os usuários dos serviços públicos, são públicas e notórias as medidas tomadas pelo estado para auxiliar empresas e pessoas, inclusive com a desoneração da folha de pagamentos e os encargos incidentes sobre ela, assim como o concurso de diversos fatores externos e internos que alteram substancialmente a operação do STCO.

A conjugação de todas essas circunstâncias inequivocamente se traduz na prestação dos serviços em condições extraordinárias, com modificações substanciais sobre o conteúdo da atividade, suas receitas e custos, todos alterados por razões que surgem de um largo espectro de causas, desde as medidas de responsabilidade das empresas para propiciar um transporte seguro até ao comportamento individual dos usuários.

Essa evidente excepcionalidade, dada a dimensão das transformações sobre a realidade da atividade, recomendam uma abordagem e um tratamento específico e especial por parte do Poder Concedente, em especial para preservar o funcionamento de um sistema essencial durante esta quadra particularmente difícil da história, sendo essa, inclusive, a motivação da própria intervenção, inclusive para prevenir efeitos deletérios para o sistema que incorressem no risco de seu colapso.

As ações e medidas da Administração Pública em direção da continuidade do STCO durante essa fase excepcional sustentam-se na essencialidade dos serviços para a própria pandemia, mas devem ser realizadas mediante a contrapartida da quitação dos serviços do período, fundamental para a consolidação de uma solução juridicamente adequada e segura para a situação.

É público e notório que os efeitos da pandemia alcançaram a grande maioria das atividades econômicas e financeiras, impondo pesadas perdas a diversos setores e a cujas consequências as concessionárias não podem pretender ser imunes, muito menos se proteger com a transferência de responsabilidade para o estado, notadamente no caso dos serviços de transportes públicos urbanos da cidade do Salvador, cujo contrato de concessão estipula, como risco das concessionárias, a variação de demanda.

Assim, verifica-se a correção da conduta da Administração Pública de proceder à intervenção para evitar solução de continuidade ao serviço, assim como de buscar as alternativas juridicamente possíveis para manter o sistema com o funcionamento necessário, em circunstâncias tão díspares das normais.

É preciso, porém, deixar juridicamente claro e seguro que essas ações e esforços obterão a contrapartida do recibo de quitação dos serviços prestados no período para não deixar qualquer dúvida de que os objetivos são comuns (incluem ações, medidas e esforços das concessionárias) e que o município não está sendo, nem será futuramente, indevidamente onerado por riscos inerentes à atividade empresarial das concessionárias. Nesse sentido, a título de contribuição, apresenta-se o modelo de recibo de quitação em anexo (Anexo I) que deverá ser

assinado pelo interventor, pelo consórcio, pelas concessionárias e seus sócios em relação aos meses nos quais o Poder Concedente intervier ativamente para a manutenção dos serviços necessária para o combate à pandemia, independentemente – e previamente pela urgência – da formal alteração (correspondente e consequente) nos instrumentos respectivos, igualmente recomendada.

O art. 12 do Decreto n. 35.512/2020 esclarece que os custos devem ser suportados pelas receitas derivadas da prestação de serviços, complementada por recursos municipais quando necessário, situação claramente configurada quando não há disponibilidade em caixa para o pagamento de débitos privilegiados como as obrigações trabalhistas.

O requerimento formulado pelo interventor, todavia, e isso deve ser registrado, destaca que a utilização de recursos do fundo “será feita sempre objetivando a sua recomposição”, aspecto importante do tema. Os recursos do fundo efetivamente destinam-se à essa finalidade, como mencionado anteriormente, notadamente quando necessários em virtude de intransponível ausência de recursos financeiros no caixa da concessionária, mas, como já visto, o patrimônio que deve suportar as despesas com a concessão é o da própria empresa concessionária, sem prejuízo de também arcar com prejuízos causados ao próprio Poder Concedente.

Assim, considerando a titularidade passiva das obrigações – que oneram o patrimônio da concessionária –, é efetivamente importante que os pagamentos com recursos do Fundo Municipal sejam ressarcidos de forma a recompô-lo e, no caso de adiantamento com recursos do Poder Concedente para posterior devolução, remunerados como financiamento. Nesse sentido, sugere-se que as receitas decorrentes da prestação dos serviços sejam utilizadas para essa finalidade em percentual que não comprometa a própria operação em si, sem prejuízo da execução das garantias contratuais e da exigência do seu reforço quando insuficientes (art. 44 da Lei n. 474/1954), nem da constituição de garantia sobre os bens e instalações da concessionária “*utilizados ou por qualquer modo afetados na prestação do serviço*” (art. 13 da Lei n. 474/1954), para que possam responder pelos prejuízos decorrentes da inexecução do contato, inclusive para custeio do pagamento dos danos e das sanções derivadas da renúncia à concessão (art. 34 da Lei n. 474/1954).

Ainda na mesma direção, convergindo com as orientações anteriores e o teor dos requerimentos, sugerimos a entrega formal de ofício do interventor à direção da Concessionária CSN, solicitando, para elidir quaisquer dúvidas, a confirmação dos valores devidos que constam em sua contabilidade, a autorização formal para que a Administração Pública efetue o pagamento, inclusive para evitar os acréscimos moratórios e punitivos decorrentes da lei e do contrato, assim como a concordância com a futura compensação do valor pago de créditos que vierem a receber pela prestação dos serviços que, nesse sentido, devem ser ofertados em garantia para a recomposição do FMMU, no sentido do que se

apresenta, a título de sugestão, o texto em anexo deste parecer (Anexo II), a ser enviado aos representantes legais das sócias da CSN, acompanhado de minuta de ofício no qual, formalmente, possam ratificar sua aquiescência, no sentido do que se apresenta, a título de sugestão, o texto em anexo deste parecer (Anexo III).

Por fim, recomenda-se ainda a realização de estudos para a análise técnica da adequação da legislação existente às especificidades da situação concreta para, se for o caso, proceder-se ao aperfeiçoamento das normas regulatórias incidentes sobre a intervenção e a concessão.

Conclusão. Ante ao quanto exposto, opina-se no sentido da inexistência de óbice legal à pretensão constante do requerimento para serem utilizados recursos do FMMU na intervenção determinada pelo Decreto n. 32.512/20, **observados procedimentos visando a assegurar a recomposição do referido Fundo Municipal de Transporte**, assim como a **efetiva responsabilização da concessionária**, seus sócios e administradores pelas dívidas de sua responsabilidade civil, seja para com o próprio Poder Concedente, seja para com terceiros, colaboradores ou fornecedores, sem prejuízo da recomendação da realização de estudos para verificar a conveniência ou não de serem aperfeiçoadas as regras legais aplicáveis à intervenção e à concessão.

Este é o parecer, s.m.j.

Salvador, 18 de setembro de 2020.

Francisco Bertino de Carvalho
Procurador do Município

ANEXO I

RECIBO INTEGRAL DO MÊS DE _____ DE 2020

Considerando a prévia análise e concordância das partes sobre os seguintes aspectos e considerações:

- i. a ocorrência de pandemia mundial, reconhecida pela Organização Mundial de Saúde decorrente da disseminação de variante letal do Coronavírus, assim como a confirmação de contágio e mortes no Brasil em decorrência da Covid-19;
- ii. o disposto na Lei Federal n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da referida pandemia;

- iii. o disposto na legislação estadual e municipal acerca das medidas, nos âmbitos dos territórios do Estado da Bahia e do Município do Salvador, com o mesmo propósito de conter a disseminação do vírus e evitar danos à saúde pública e individual dos cidadãos brasileiros;
- iv. as situações fáticas e jurídicas decorrentes da pandemia, assim como das medidas adotadas para combatê-la;
- v. a essencialidade do serviço de transporte público, inclusive para o deslocamento ao trabalho dos servidores, trabalhadores e prestadores de serviços necessários ao desenvolvimento de atividades essenciais;
- vi. os riscos envolvidos na realização de transporte público em coletivos, considerando a necessidade de medidas de distanciamento social e de restrição a aglomerações;
- vii. o reconhecimento, tanto por parte do Poder Concedente, quanto das concessionárias, de que as excepcionais circunstâncias impostas pela emergência de saúde pública tornam impossível, por absoluta inadequação, manter, durante o período das medidas de combate à pandemia e seus efeitos, o contrato de concessão nos moldes originalmente ajustados;
- viii. a obrigação, legal e contratual, das concessionárias ofertarem aos usuários um transporte público seguro e, aos trabalhadores do STCO, condições de trabalho adequadas, inclusive e especialmente no cenário de saúde pública criado pela pandemia;
- ix. a queda na arrecadação proveniente das tarifas do STCO em valores que, nesse caso, revelaram-se superiores ao da oferta necessária de serviços;
- x. a circunstância da matriz de risco estruturada originalmente no contrato de concessão, em diversos aspectos, como, apenas a título de exemplo, a variação de demanda correr por conta das concessionárias e as modificações nas linhas por conta do Poder Concedente, revelar-se inadequada para a realidade imposta pelo enfrentamento da pandemia e a afetação dos serviços de transporte urbano, ensejando risco de tornar excessivamente oneroso para as partes sua manutenção nos mesmos termos;
- xi. a necessidade, diante de todas as considerações anteriores, de ser especialmente adequada a prestação dos serviços de transporte público para o período da pandemia, inclusive para evitar que a diferença entre a arrecadação e os custos da manutenção dos serviços torne-se financeiramente danosa;
- xii. as análises e planilhas feitas e elaboradas pela SEMOB, pela ARSAL, pelas concessionárias, pela INTEGRA e pelo TRANSCARD, sobre as quantidades de serviço requeridas na pandemia (em quilometragem, frota, linhas e horários) e os correspondentes recursos humanos e materiais envolvidos (Anexo 1) e a conta realizada com base nesta planilha para o mês de xxxxx de 2020 (Anexo 2);
- xiii. o saldo de caixa do STCO, seja no TRANSCARD, seja nas Concessionárias no início dos efeitos em Salvador da pandemia, em 15 de março de 2020 (Anexo 3);

- xiv. o valor arrecadado pela venda de tarifas durante o período da pandemia, desde 15 de março de 2020 (Anexo 4) e o valor especificamente arrecadado no mês de xxxx de 2020 (Anexo 5);
- xv. a diferença no período do mês deste recibo (xxxx de 2020), apurada na forma das análises e planilhas constantes do Anexo 1 na forma da conta específica (Anexo 2), alimentada com os números relativos ao caixa do STCO, a arrecadação e os custos da operação no dimensionamento necessário, de acordo com a tabela de demandas e ofertas elaborada pelas partes (Anexo 6);
- xvi. o consenso entre as partes da necessidade de equalizar, pelos mecanismos referidos, a diferença entre a arrecadação ordinária do STCO e os custos operacionais dos serviços de transporte coletivo urbano de passageiros durante as condições excepcionais impostas pelas medidas de prevenção de trabalhadores e usuários, assim como de combate à proliferação da pandemia;

É, pelo consenso obtido, subscrito o presente recibo atendendo aos seguintes itens:

1) PAGAMENTO DA DIFERENÇA – com a aquisição de xxx (xxx) bilhetes, no valor de R\$ xxx.xxx,xx (R\$ xx.xxx,xx), a diferença entre as receitas ordinárias do STCO e os custos do sistema para prestação dos serviços na modelagem no mês de xxxx de 2020 fica integralmente coberta, paga e quitada pelo Sistema STCO, pelas concessionárias e pelo Transcard;

2) DISTRIBUIÇÃO DOS RECURSOS ENTRE AS CONCESSIONÁRIAS – caberá à Integra, com participação do Transcard, distribuir os recursos obtidos pelo sistema, seja a título de tarifas, seja pelo pagamento referido no item 1, seja proveniente de qualquer outra fonte, de acordo com as necessidades de equilíbrio financeiro do sistema, conforme a situação coletiva e individual das concessionárias durante a pandemia, considerando-se também os custos referentes às quantidades de fornecimento de serviços totais e individuais (em quilometragem, frota, linhas e horários) e os correspondentes recursos humanos e materiais envolvidos no mês em questão (Anexo 2);

3) RECEBIMENTO E QUITAÇÃO – com o pagamento da aquisição dos bilhetes na quantidade e valor referidos no item 1, as concessionárias, individual e coletivamente, a Integra e o Transcard, seus respectivos sócios, acionistas e administradores, dão plena, geral e irrevogável quitação, para nada mais reclamar, seja a que título for, do Poder Concedente, do município, da SEMOB ou da ARSAL, com relação à execução dos serviços de transporte público urbano de passageiro por ônibus coletivos no mês de XXXX de 2020, seja como verbas do contrato de concessão, seja como verbas de qualquer outra natureza, renunciando, em caráter irrevogável e irretratável, a quaisquer direitos ou ação que porventura pudessem ter com relação ao período a qualquer direito, vantagem, obrigação, pretensão ou ação ao mesmo relativos.

Salvador, xx de xxxxxx de 2020.

INTERVENTOR
OTTRANS
CSN
PLATAFORMA
INTEGRA
TRANSCARD

SÓCIOS (TODOS DE CADA UMA DAS CONCESSIONÁRIAS)

ANEXO II

Prezados Senhores,

Considerando que o Sindicato dos Rodoviários informou, desde antes do início da intervenção, a existência de débitos da CSN com relação à verbas direta e indiretamente decorrentes da relação de trabalho dos colaboradores da empresa;

Considerando que a falta de pagamento dos salários ensejou, à época, um movimento paredista dos trabalhadores que, acaso implementado, interromperia a prestação dos serviços públicos de transporte urbano e constituiu uma das razões pelas quais foi decretada a intervenção na CSN;

Considerando que o não pagamento de salário e outras verbas de natureza trabalhista ou decorrentes do vínculo de emprego, ou das normas legais e coletivas do trabalho, assim como o não recolhimento de impostos, notadamente após sua retenção, constituem gravíssimas infrações às leis e às cláusulas do contrato de concessão, capazes, inclusive, de ensejar o desfazimento do vínculo por infração de responsabilidade da concessionária;

Considerando que a informação obtida junto à Diretoria Administrativa e Financeira da empresa confirma a existência de dívidas, referentes a:

– saldo de salário: R\$ 1.513.335,37 (um milhão, quinhentos e treze mil, trezentos e trinta e cinco reais e trinta e sete centavos);

– INSS GPS: R\$ 799.229,74 (setecentos e noventa e nove mil, duzentos e vinte e nove reais e setenta e quatro centavos);

– INSS Desoneração: R\$ 255.386,20 (duzentos e cinquenta e cinco mil, trezentos e oitenta e seis reais e vinte centavos);

– IRRF: R\$ 65.098,41 (sessenta e cinco mil, noventa e oito reais e quarenta e um centavos);

– OdontoPrev: R\$ 75.271,00 (setenta e cinco mil, duzentos e setenta e um reais);

– Plano de Saúde HAPVIDA: R\$ 913.591,96 (novecentos e treze mil, quinhentos e noventa e um reais e noventa e seis centavos);

– SALDO REMANESCENTE: R\$ 64.091,59 (sessenta e quatro mil, noventa e um reais e cinquenta e nove centavos – a ser abatido);

– VALOR TOTAL: R\$ 3.557.821,09 (três milhões, quinhentos e cinquenta e sete mil, oitocentos e vinte e um reais e nove centavos).

Considerando que esses débitos se referem às obrigações vencidas e vincendas dessa empresa que, portanto, deveriam ser quitadas com seus recursos próprios, se necessário, com aporte de seus sócios;

Considerando que se tratam de verbas de natureza trabalhista e alimentar, associadas também à saúde dos trabalhadores, sempre prioritária e ainda mais em tempos de pandemia ou, ainda, de dívidas de ordem fiscal, de exigibilidade vinculada;

Considerando que os aspectos acima referidos nas considerações anteriores indicam a necessidade de serem pagas as dívidas da empresa com salários, alimentação e saúde dos empregados e que o valor delas deve recair sobre o patrimônio da empresa;

Considerando que o caixa disponível na empresa, desde o início da intervenção, não suporta o pagamento dos débitos relacionados, em função da CSN não ter deixado recursos suficientes para fazer frente a tais despesas.

O interventor, no exercício de suas atribuições, com a intenção de viabilizar a utilização dos recursos da CSN para liquidar suas obrigações, evitando inclusive os efeitos financeiros da mora, apresenta a missiva em anexo na qual solicita formalmente a concordância da CSN com: a) os valores individuais de cada um dos passivos listados e o valor total; b) o pagamento de tais valores no bojo da intervenção, pelo Poder Concedente, com a correspondente compensação com créditos da CSN a serem recebidos da Transcard para efeito de ressarcimento

do valor emprestado; c) a constituição de garantia sobre os recebíveis da CSN no valor total dos pagamentos.

Em face do interesse da própria CSN na quitação de seus débitos preferenciais em atraso, acima referidos, aguardamos, caso outra seja a posição dessa empresa, a manifestação formal no prazo de 24 horas contadas do recebimento desta, pois a ausência de resposta será admitida como concordância integral com as medidas aqui propostas.

ANEXO III

Prezado Senhor:

Considerando que o Decreto nº 32.512/2020, publicado em 20/06/2020 no Diário Oficial do município, estabeleceu a Intervenção na Concessão do STCO relativa ao Contrato de Concessão da área C – Orla/Centro do Município de Salvador, outorgado através do Contrato de Concessão n. 007/2014 à empresa CSN Transportes Urbanos S/A, pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias;

Considerando que a intervenção tem, como objetivos: a) assegurar a regular continuidade e boa prestação dos serviços; b) apurar as razões da inadequada prestação do serviço; c) analisar a situação econômico-financeira da CSN frente às necessidades contratuais; d) realizar auditorias que se mostrem necessárias; e) promover o levantamento atualizado de descumprimentos legais e contratuais por parte da concessionária;

Considerando que a intervenção na concessão implicou na suspensão dos mandatos dos administradores, diretores, membros do conselho fiscal e de administração, assegurados ao interventor plenos poderes de gestão sobre as operações e os ativos da Concessionária CSN Transportes Urbanos S/A.

Nos termos da legislação vigente, declaramos, para os devidos fins de direito, que confirmamos a existência dos débitos trabalhistas já apurados, de titularidade da CSN Transportes Urbanos S/A, relativos ao mês de junho/2020, conforme discriminação abaixo:

DESPESAS	VALOR
Saldo de salário	1.513.335,37
INSS – GPS	799.229,74
INSS - Desoneração	255.386,20

IRRF	65.098,41
Odontoprev	75.271,00
Plano de Saúde	913.591,96
Saldo Remanescente do Repasse do dia xx/xx/2020 (a abater)	64.091,59
TOTAL	3.557.821,09

Assim, autorizamos o pagamento dos valores acima referidos pelo município de Salvador, bem como a sua compensação por meio de créditos futuros a serem repassados diretamente pela Transcard, entregues em garantia para essa finalidade até o valor da despesa, já autorizado o pagamento e a quitação respectiva.

12

PARECER

DESCABIMENTO DE EXECUÇÃO EM AÇÃO DECLARATÓRIA NEGATIVA DE “DÍVIDA” EXTRAJUDICIAL JULGADA IMPROCEDENTE – PRESCRIÇÃO

*Marcus Vinícius Americano da Costa*¹¹⁵

EMENTA: MEDIDA CAUTELAR DE SUSTAÇÃO DO PROTESTO DE LETRA DE CÂMBIO. LIMINAR CONCEDIDA. AÇÃO ORDINÁRIA DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÍVIDA AJUIZADA NA VIGÊNCIA DO CC DE 1916 E CPC DE 1973 – EXEQUÍVEL: CPC DE 2015/6. CONTESTAÇÃO E AUSÊNCIAS DE RECONVENÇÃO E AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA. IMPROCEDÊNCIA. SENTENÇA PROFERIDA, INTIMAÇÃO ÀS PARTES E RECURSOS ANTES DA LEI Nº 12.232/2005. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DO INCISO I, ART. 475-N, CPC. CONFIRMAÇÃO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DIREITO INTERTEMPORAL. REGRA DO EFEITO IMEDIATO A ATOS PROCESSUAIS FUTUROS E PRESERVAÇÃO DAQUELES (E SEUS EFEITOS) JÁ PRATICADOS. *IRRETROATIVIDADE DA LEI NOVA. DIREITO ADQUIRIDO, ATO JURÍDICO PERFEITO E COISA JULGADA.* TÍTULO EXTRAJUDICIAL E DECISÃO JUDICIAL NÃO EXECUTÁVEIS. DENEGAÇÃO DE RECURSO ESPECIAL: TJ E STJ. PRESCRIÇÃO: REGRA DE TRANSIÇÃO DO CC 2002/3 (ARTS. 2028 E 2044). INEXISTÊNCIA DE CAUSA INTERRUPTIVA DO PRAZO. ACOLHIMENTO. EXTINÇÃO DO PROCESSO, COM RESOLUÇÃO DE MÉRITO.

115 Procurador do Município do Salvador, Advogado, Professor-Mestre e Consultor Jurídico. Autor de Diversos Livros e Trabalhos Jurídicos

I RESUMO DOS FATOS E FUNDAMENTOS

Envolvendo temas processuais e de Direito Civil, o presente opinativo é fruto de uma consulta formulada pelo autor da Medida Cautelar e Ação Declaratória, julgadas improcedentes, com a condenação somente nas cominações sucumbenciais, perguntando-nos, em síntese, se o reconhecimento de permanecer a obrigação contratual seria passível de execução, como título judicial, e estaria, a letra de câmbio de origem, como título extrajudicial, prescrita.

Face à relevância da matéria e para dissipar eventuais dúvidas, e, ainda assim, ressalvadas algumas circunstâncias fático-processuais, trazemos à tona tal posicionamento, ao menos até cessar a vigência do CPC/1973, ressalvados os princípios que norteiam a teoria da revogabilidade das leis (a destacar: *tempus regit actum*), atinentes ao direito adjetivo, pois se entende, atualmente, que o cumprimento da sentença que reconhecer a exigibilidade da obrigação em pagar quantia, mesmo em Ação Declaratória – *positiva* ou *negativa* –, independentemente de condenação, dar-se-á por simples requerimento do exequente de forma definitiva, ainda que o recurso interposto possua ou não efeito *suspensivo*, segundo as normas estabelecidas pelos arts. 513/519, 520/522, 523 e 527 do Estatuto Processual de 2015/6, como também, à luz do instituto da *prescrição*, no caso específico, aplicado em consonância com o Código Civil em vigor.

Então, ao apresentar um minucioso e circunstanciado relatório dos fatos adstritos às questões em epígrafe, o consulente nos submeteu, em seguida, a exame para emissão de *parecer*, passando a fazê-lo do modo que se segue.

2 INEXEQUIBILIDADE DA SENTENÇA DECLARATÓRIA COMO TÍTULO JUDICIAL

A cogitada *execução*, nos autos do processo de conhecimento ou cognitivo, é NULA DE PLENO DIREITO (arts. 586 e 618, I, CPC).

De logo, vale lembrar que a ação proposta pelo próprio autor, em janeiro de 1992, foi meramente DECLARATÓRIA de reconhecimento de quitação integral da poupança, nulidade da letra de câmbio e indenização por danos materiais e morais, além das verbas sucumbenciais, precedida de medida cautelar de sustação de protesto da letra de **câmbio em** dezembro de 1991, com concessão de liminar, após oferecer, para garantia do juízo, caução idônea (bem imóvel) e posterior substituição autorizada pelo juiz, tendo sido a sentença, proferida em novembro de 1999, posteriormente confirmada pelo TJ, restringido a julgá-las improcedentes e condenando-o, apenas em caráter secundário, “ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios que arbitro em 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa atualizado”, assim como fixando “o valor da indenização pela litigância de má-fé em 5% sobre o valor da causa”.

Como sabemos, a tradicional classificação das sentenças, proposta por Chiovenda, em *declaratórias*, *condenatórias* e *constitutivas*, é feita ante o *efeito principal* do julgado. Na prática, pela multiplicidade de efeitos delas decorrentes, se, por exemplo, a sentença declaratória incidente sobre a análise de determinada relação jurídica for considerada procedente ou improcedente, fatalmente, sem desnaturá-la, haverá a condenação da parte sucumbente nas custas processuais e verba honorária – e demais consectários legais, como se deu no caso sob comentário.

Portanto, segundo o art. 4º, do CPC, quando a sentença, ao menos prolatada até 22.06.2006, como veremos adiante, declara a certeza de existir ou inexistir o suposto direito em litígio, exaurindo-se a prestação jurisdicional, acaso o vencedor seja o acionado e pretenda reaver o valor de que alega ser credor contra o vencido na relação processual, exigindo-lhe a respectiva quitação, obviamente, como assevera Amaral Santos, “terá que propor outra ação contra o devedor, esta de natureza condenatória”

Em idêntica linha de pensamento, o imortal processualista Giuseppe Chiovenda (1969, p.182-183) constatou que a *sentença declaratória* proferida pelo órgão judicial expressa que a vontade concreta da lei somente “certifica a existência do direito”, todavia, “sem o fim de preparar a consecução de qualquer bem, a não ser a certeza jurídica”. Também na douta visão de José Frederico Marques (1959, p. 852), ao entender que em qualquer ação, toda sentença que a julga improcedente é, ao mesmo tempo, embora *negativa*, sentença declaratória e, para o precitado Amaral Santos, “julgando sempre a ação, a sentença nada mais faz do que declarar a inexistência da relação jurídica em que o autor fundamentava a ação”.

IncurSIONando ainda na doutrina, com repercussão no campo jurisprudencial, temos:

A declaratória não produz sanção, pois dos seus efeitos jurisdicionais não advém condenação quanto ao conteúdo principal, pois nenhuma prestação é ordenada ao vencido. [...] A sentença declaratória é preceito. Apenas afirma o ser ou o não-ser da relação jurídica discutida. Nada mais. (DELGADO).

A sentença meramente declaratória não é suscetível de execução. Ela esgota a sua finalidade com o fato de tornar certo, indiscutível, o direito. (TORNA-GUI).

A sentença meramente declaratória não comporta execução. Pode acontecer que o credor mova ação apenas para ver declarada a existência de seu crédito e obtenha ganho de causa. Se o devedor vencido, ainda assim, se recusar a cumprir a obrigação, o credor não pode pretender executar aquela sentença. Terá de ingressar novamente em juízo, para obter uma sentença condenatória. (BARBI, 1975, p. 92).

Medida Cautelar. Interposição em ação declaratória. Inadmissibilidade. Sentença declaratória que é apenas preceito, não tendo função reparativa e nem dá ensejo à execução (RTFR 131/7; RT 587/90; RJRJESP, ed. Lex, 95/273, 94/287 e 100/310).

Conforme as lições de Marcelo Rodrigues (2011, p. 308-309):

A sentença declaratória, pela própria natureza do seu fim, não pode ser executada. Seu fim é restabelecer o direito objetivo ferido pela incerteza; com a declaração refaz-se a ordem jurídica. Seu efeito, em termos precisos, é puramente declarar a certeza.

O que possibilita a parte de exigir a consecução de uma obrigação pelo outro é estar na condição de titular do direito subjetivo. Este é o direito à prestação, enquanto a pretensão material é o poder de exigir a prestação.

É exatamente o direito subjetivo que falta às ações declaratórias. Devido ao objeto dessas ações, verifica-se que elas não tendem a uma prestação do réu, pois o objeto das ações declaratórias divide-se em: 1) a declaração da existência ou inexistência de uma relação jurídica; 2) a autenticidade ou falsidade de um documento.

Dessa maneira, não existe uma prestação a ser cumprida pela parte adversa em se tratando de ações declaratórias. Portanto pode-se afirmar que esse tipo de ação não carrega consigo a pretensão de direito material, embora haja pretensão à tutela jurídica. É o Estado quem irá proferir a declaração, sem que isso dependa de atividade de outra parte.

Com efeito, a Lei n. 12.232, de 22.12.2005, revogou expressamente o art. 584 e inciso I, do CPC, o qual considerava como um dos “títulos executivos judiciais”, “a sentença condenatória proferida no processo civil”. Ao mesmo tempo, a precitada lei acrescentou o *caput* do art. 475-N e inciso I, dando-se nova redação àquelas prescrições legais:

Art. 475-N. São títulos executivos judiciais:

I – a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia.

Esse inciso I, sob o prisma da dogmática mais atenta, padece da visível *inconstitucionalidade formal*, até hoje questionada através do controle *difuso*, como se faz agora, desde que, na tramitação do projeto, cujo texto original foi alterado e aprovado pelo Senado Federal, não retornou, como deveria, à Câmara dos Deputados para continuar a discussão e votação, onde se deu a sua iniciativa.

Para Costa Machado (2011, p. 924):

O dispositivo sob enfoque não se posicionou expressamente em relação a natureza jurídica das sentenças que elenca. Seriam todas elas condenatórias, a partir da Reforma da Execução Judicial? E se são condenatórias, que espaço resta para a classe das mandamentais e das executivas *lato sensu*, a partir de agora? Estamos convencidos que este inciso I não se posicionou propositalmente, porque teve como único intuito o de reunir sob o manto comum dos títulos executivos judiciais, por uma necessidade sistemática, a sentença condenatória do antigo art. 584, I (vale dizer, a que condena a pagar quantia – *v. histórico* neste comentário), e as mandamentais e executivas *lato sensu* que se alternam, em preponderância, quando se cogita de sentenças que reconhecem a existência de obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa. Tivesse tido a lei o propósito de definir naturezas jurídicas, ficaria extremamente difícil, do ponto de vista redacional e especificamente verbal, construir um dispositivo que abrangesse as três.

Com outros subsídios, Humberto Theodoro Júnior (2007, p. 166) reforça essa tese com as seguintes palavras:

Observe-se, porém, que nem toda sentença declaratória pode valer como título executivo, mas apenas aquela que na forma do art. 4º, I, do CPC, se refira à existência de relação obrigacional já violada pelo devedor. As que se limitam a conferir certeza à relação de que não conste dever de realizar modalidade alguma de prestação (como, *v.g.*, a de nulidade de negócio jurídico, ou de inexistência de dívida ou obrigação) não terão, obviamente, como desempenhar o papel de título executivo já que nenhuma pressão terá a parte a exigir do vencido.

Peremptório, Daniel Amorim Assumpção Neves (2011, p. 883) vai mais longe ainda ao abraçar essa corrente doutrinária:

[..., as sentenças declaratórias e constitutivas não eram títulos executivos antes da Lei 12.232/2005, e continuam a não ser atualmente. O entendimento seria corroborado pela própria Lei 12.232/2005, em razão da expressa menção à existência de condenação (e não mera declaração ou constituição) para o início do cumprimento de sentença, conforme expressamente previsto no art. 475-J – *caput*, CPC (‘Caso o vencedor, condenado ...’).

À exaustão, porém, necessária à formação de juízo de valor, na confirmação solene do quanto demonstrado pelo autor, reluz como brilhante a interpretação dada por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2010, p. 781):

Sentença civil declaratória. Inexequibilidade. Sua inexequibilidade decorre de duas circunstâncias principais. Em primeiro lugar, por causa da inconstitucionalidade do CPC 475-N I, conforme coments. 5 e 6 CPC 475-N I. Em segundo lugar, como na sentença *meramente* declaratória (CPC 4º) não há imposição de obrigação nem de sanção, traço caracterizador da *eficácia executiva* da sentença, não contém aptidão para impor a prática de atos de execução, não

contém força executiva. ‘Reconhecer a existência de obrigação’ (CPC 475-N I) não é a mesma coisa que ‘impor a obrigação’. O autor pode querer apenas obter sentença que declare a existência ou inexistência de relação jurídica (CPC 4º), sendo ele que fixa os limites da lide no processo civil (CPC 128), impondo ao juiz decidir apenas o que ele, autor, quer (CPC 460), sendo vedado ao juiz decidir sobre o que não lhe foi pedido (CPC 2º). Não se pode conferir a essa sentença de mera declaração, uma eficácia não pedida pelo autor da ação (eficácia executiva), impondo-se ao réu consequência diversa daquela para a qual fora citado para se defender. É nula, no processo civil, a decisão *extra* ou *ultra petita* justamente porque ofende o princípio da congruência entre pedido e sentença. Ao reconhecer a obrigação de fazer, não fazer ou pagar quantia o juiz pode não estar julgando fora o acima do pedido, mas dar-se a essa sentença ultra-eficácia, *praeter petitem*, vale dizer, eficácia executiva a pretensão meramente declaratória, é a mesma coisa no plano eficaz e significa burla ao sistema com aparência de legalidade. Entender-se como *literalmente* parece indicar o CPC 475-N I, é violar-se o *sistema* do processo civil brasileiro, o que não se pode admitir por ofender, *e.g.*, as garantias do devido processo legal (CF 5º *caput* e LIV), do contraditório e ampla defesa (CF 5º LV), do direito de ação (CF 5º XXXV). O argumento de que seria desperdício de tempo e de atividade jurisdicional mover-se ação condenatória depois de ter havido, em ação declaratória, reconhecimento de obrigação de fazer, não fazer ou de pagar quantia, para justificar o entendimento de que o CPC 475-N I admitiria execução de sentença meramente declaratória não pode ser prestigiado porque foi o autor da ação declaratória quem assim o quis; ele, autor, é que limitou a sua pretensão à mera declaração, conforme autorizado pelo CPC 4º. Nem ele, tampouco o réu, pode obter mais (eficácia executiva) do que se pretendeu com o pedido deduzido na petição inicial (eficácia declaratória). O processo civil é dispositivo, cabendo ao autor delimitar a lide e, por consequência, o *conteúdo* e a *eficácia* da sentença. Economia e celeridade processual têm como limite as regras do devido processo legal e do sistema da CF e do CPC.

Considerando-se que a aplicabilidade, no que diz respeito ao tempo, refere-se à vigência da lei, ou seja, a partir de quando ela entra em vigor, produzindo seus reais efeitos jurídicos, lembremos, inicialmente, o *caput* do art. 1º, LICC: “Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país 45 (quarenta e cinco) dias depois de oficialmente publicada”. A seguir, dispõem, sucessivamente, os parágrafos 3º e 4º do supramencionado dispositivo:

§ 3º Se, antes de entrar a lei em vigor, ocorrer nova publicação de seu texto, destinada a correção, o prazo deste artigo e dos parágrafos anteriores começará a correr da nova publicação.

§ 4º As correções a texto de lei já em vigor consideram-se lei nova.

No campo do Direito Processual, geralmente, desprezando-se aquele período da chamada *vacatio legis*, as leis entram em vigor na data de sua publicação ou outra também manifestada pela vontade do legislador.

Mantidas as figuras do *direito adquirido, ato jurídico perfeito* e da *coisa julgada* (art. 5º, XXXVI, CF, e art. 6º, LICC), nesses casos, sem se aplicar a lei processual nova às situações jurídicas já constituídas, por envolver matéria de direito *intertemporal*, esse princípio (e o *espacial*) de aplicação da norma está materializado no art. 1.211 do Código de Processo Civil, segundo o qual: “Este Código regerá o processo civil em todo o território brasileiro. Ao entrar em vigor, suas disposições aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes” (art. 1.046 do CPC/2015-6).

Portanto, se tais situações estão ainda pendentes de solução, a nova lei processual civil tem efeito imediato, não retroagindo para atingir os atos já praticados no processo. Respeitando-se somente o pretérito, passa a produzir consequências no presente, mas quanto à prática de atos a partir de sua vigência.

Inúmeras são as alterações substanciais que foram e têm sido introduzidas no Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11.01.1973), inclusive na *ação* (hoje, *fase*) de execução, no *processo de conhecimento* e na parte referente a *recursos*, para daí produzir seus regulares e jurídicos efeitos.

Pergunta-se: qual a lei a ser aplicada – *lex prius* ou *lex posterius* – em relação aos processos pendentes?

Da leitura do precitado art. 1211 do CPC (e art. 1.046 do CPC/2015-6), à semelhança do art. 2º do Código de Processo Penal e do art. 912 da Consolidação das Leis do Trabalho, conclui-se que as mudanças implementadas nos sistemas recursal e executório comum deveriam – e devem – se ater ao axioma de que a lei reguladora do recurso – e da execução – é a mesma da sentença (e seus efeitos), dada a regra das leis adjetivas serem de aplicação imediata, embora sem retroatividade, de modo a preservar o ato jurídico perfeito, o direito adquirido ou a coisa julgada, consoante previsão constitucional ínsita no art. 5º, XXXVI, CF (TJSP, RT, 191/156; RTJ 81/862; RT 478/176).

Isso fica mais claro na hipótese da questão encontrar-se nas instâncias superiores, aguardando o julgamento de tempestivos embargos de declaração (ED), onde há – *havia* – apenas *interrupção* do *dies a quo* da fluência do prazo para interposição de outros recursos (art. 538 do CPC), em face de uma relação objetiva e direta de causas e efeitos processuais entre os eles, acerca dos atos praticados regularmente sob a regência da lei anterior (TARS, ED na AC 7.705, Rel. Nataniel Marques Guimarães, 3.6.74, JTARGS 14/142; TJMG, ED 230.231, Des. Ferreira de Oliveira, RF 247/163).

A doutrina pátria mais esclarecida, ressalvadas algumas discrepâncias, reconhece a adoção, pelo estatuto, do sistema de isolamento dos atos processuais, pautado no princípio *tempus regit actum*. Destacando-se as considerações de José Olympio de Castro Filho (1976, p. 327-334), entre outras inúmeras situações, expomos, a título de ilustração, o seu exemplo: “O Código que suprimiu recursos interpostos anteriormente, não poderá ter aplicação quanto a recursos que antes existiam e estavam interpostos”.

Para Galeno Lacerda (1974, p. 68-69):

Nenhum recurso novo pode resultar de lei posterior ao dia da sentença, e, inversamente, nenhum recurso existente contra uma decisão poderá ser suprimido, com essas consequências, de ordem prática: os recursos interpostos pela lei antiga, sem embargo de pronunciamento anterior do Supremo Tribunal, contraditório, em certo sentido, com a *Súmula 526*, e ainda não julgados, deverão sê-lo, consoante as regras da lei antiga, embora abolidos ou modificados pelo novo Código.

Assim não fosse, só para argumentar, o apelante, vencido por maioria e sem reformar a sentença de primeiro grau, que estivesse na pendência de exame pelo Tribunal dos ED por ele opostos, inclusive antes da vigência da Lei nº 10.352/2001, à luz da nova redação do art. 530 do CPC, ficaria impossibilitado de interpor embargos infringentes, o que, como visto, não se coaduna com a correta diretriz procedimental abraçada pelo nosso Direito. Mais ainda se já em pleno curso o prazo para esses, cuja abertura se deu logo após a intimação do *decisum* daqueles.

Nas hostes ainda da *communis opinio doctorum*, ressoam autorizados pontos de vista:

Como o processo é constituído por uma série de atos, a lei nova, ao entrar em vigor, incide sobre o fluir do procedimento e só atinge os atos que ainda não foram praticados e que, de futuro, irão integrar a relação processual. Os que ficaram para trás permanecem intangíveis, porquanto se achavam regulados pela norma revogada. [...]

Em se tratando de atos processuais cujos efeitos se produzem sob a vigência de *lex nova*, não incidirá esta, no tocante a esses efeitos, desde que a *lex prius* preveja que consequências devam resultar do ato praticado sob sua vigência.

A admissibilidade dos recursos regula-se pela norma legal da época em que se praticou o ato judiciário contra o qual se recorre, salvo se a regra posterior, pondo fim ao recurso, estiver contida em preceito da Constituição. (1977, p. 73-4).

Nas lições de José de Albuquerque Rocha (2007, p. 68-69):

Ora, se o direito processual tem por conteúdo normas de direito público e, em geral, imperativas, então existem todas as razões lógicas para se lhes aplicarem os princípios que informam o conflito das leis no tempo.

Portanto, a regra geral é que a lei processual deve ter aplicação imediata, mas não deve retroagir, ou seja, não deve alcançar os atos praticados da vigência da lei velha, nem seus efeitos futuros. [...]

A aplicação imediata da lei nova aos processos pendentes poderia aparentar, ao primeiro exame, que estaria havendo aplicação retroativa da lei, uma vez que o processo estava em curso quando sobreveio a lei nova. Isto, porém, não

acontece. De fato, como o processo é uma série interligada de atos, a aplicação da lei nova aos processos em curso não é retroativa, porque não atinge os atos já praticados na vigência da lei velha, nem os efeitos por eles produzidos. Seria retroativa se pusesse em causa os atos praticados segundo a lei anterior. Mas, como dissemos, ‘a lei nova atinge o processo em curso no ponto em que este se achar, no momento em que ela entrar em vigor, sendo resguardada a inteira eficácia dos atos processuais até então praticados.

Preciosas, ainda, são as observações de Humberto Theodoro Junior (2005, p. 22-23):

Na verdade, a lei que se aplica em questões processuais é a que vigora no momento da prática do ato formal, e não a do tempo em que o ato material se deu.

Também a lei processual respeita o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (Constituição Federal, art. 5º, inc. XXXVI, e Lei de Introdução, art. 6º).

E mesmo quando a lei nova atinge um processo em andamento, nenhum efeito tem sobre os fatos ou atos ocorridos sob o império da lei revogada. Alcança o processo no estado em que se achava no momento de sua entrada em vigor, mas respeita os efeitos dos atos já praticados, que continuam regulados pela lei do tempo em que foram consumados.

Enfim, além da tese vitoriosa de que a lei em vigor na época da intimação da decisão recorrida é que disciplina o cabimento – ou não – do recurso e da execução, temos, ainda, na jurisprudência, outros precedentes acolhedores do princípio em tela:

Direito intertemporal – Atos perfeitos – As disposições do novo Código de Processo Civil têm aplicação aos processos pendentes, sem alcançar, todavia, os atos perfeitos, já praticados na vigência da lei revogada, a não ser que se queira dar à lei processual efeito retroativo. (TJSP, CJ 238.809, Rel. Dias Filho, 6.2.75, RP 2/349).

Despejo – Execução de sentença – Aplicação do Código anterior – Segurança denegada. A execução do despejo obedece ao sistema do Código anterior, específico para as ações de despejo, inexigível, portanto, a caução. (TAPR, MS 12/75, de 5.11.75, Rel. Alceu Machado, RF 257/244).

Direito intertemporal – Procedimento – A lei nova não pode atingir situações processuais já constituídas ou extintas sob o império da lei antiga, isto é, não pode ferir os respectivos direitos processuais adquiridos. Desta forma, ação proposta na vigência do Código passado pelo rito ordinário não pode depois de apresentada contestação e reconvenção ser adequada ao novo Código passando a processar-se pelo rito sumaríssimo. (TJPR, AC 720/74, Rel. Des. Ossian França, RP 3/332).

Embora o novo Código de Processo Civil tem aplicação imediata (artigo 1.211), não pode ele atingir atos pretéritos já perfeitos e acabados, dado o princípio constitucional de respeito ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito. (STF, 11.3.76, RE 82.902 – SP, Rel. Min. Cunha Peixoto, EF, jun/77, nº 343-24; RTJ 78/274).

Conforme pontuamos no decorrer deste opinativo, a *intimação/publicação* da *sentença* e seus *efeitos*, em *dezembro de 1999*, ocorreram bem antes das supramencionadas alterações na sistemática processual, devendo, sem quaisquer resquícios de dúvidas, se ainda existentes, prevalecerem os preceitos da lei revogada ou antiga, e não da nova ou vigente, esta, em suma, posterior (22 de dezembro de 2005, e a *vacatio legis* de seis meses) à consumação daquele ato judicial, tudo isso para não prejudicar os postulados constitucionais do *direito adquirido, ato jurídico perfeito* e da *coisa julgada* (art. 5º, XXXVI, CF, e art. 6º, LICC).

Dessa forma, ao inverso das sentenças *condenatórias*, as *declaratórias* não constituíam *títulos executivos*, no caso em apreciação, com base nas consagradas regras e princípios de direito intertemporal, no que se refere à irretroatividade dos atos processuais já praticados e com repercussão de seus efeitos na execução e nos recursos, apenas fases subsequentes ao *decisum* de novembro de 1999, no qual foram aplicadas as normas então vigentes sob a égide do CC de 1916 e do CPC de 1973, preservando-se, contudo, a regra do efeito imediato em relação a atos futuros no curso da relação processual, não se habilitando, portanto, o vencedor da lide, a se valer da fase executória. Outro importante fundamento para que a execução siga o que for determinado nos termos da sentença repousa na supremacia do princípio segundo o qual o “*accessório acompanha sempre o seu principal*” (*accessorium sequitur suum principale*).

Segundo Luciano Dalvi (2010, p. 515):

O princípio da autonomia é baluarte essencial do processo de execução, pois com a entrada em vigor da Lei 12.232/05, ocorreu a junção do processo de execução com o processo de conhecimento nos títulos executivos judiciais, passando a execução ser apenas uma fase posterior ao processo cognitivo. [...] As alterações perpetradas pela mencionada lei tiveram o escopo de unificar os processos de conhecimento e execução, tornando este último um mero desdobramento ou continuação daquele.

De mais a mais, a sentença, ao julgar a ação declaratória do suposto *devedor*, apenas declarou a não inexistência da *dívida*, assim como, não reconhecendo expressamente a existência da obrigação, não o condenou, a rigor, a pagar qualquer quantia, o que, para isso, só a legitimaria se a mesma fosse de autoria daquele que se diz credor e, acima de tudo, ocorresse, quando muito, o seu ajuizamento depois da vigência da Lei nº 12.232/2005, situações jurídicas bastante distintas. Indagando se a “sentença declaratória é título executivo”, com propriedade, respondeu Jose Miguel Garcia Medina (2011, p. 469):

Para tanto, contudo, a sentença declaratória deve conter todos os elementos da relação jurídica-obrigacional, identificando, precisamente, credor e devedor, natureza e objeto da obrigação etc. Não deverá ser considerada título executivo a sentença que reconhecer, em tese, a existência de obrigação. P. ex., a sentença que julgar improcedente ação declaratória de inexistência de dívida, afirmando, genericamente, que o contrato realizado entre as partes não é nulo, não é, segundo nosso entendimento, título executivo.

Somente para exemplificar, o luminoso Acórdão lavrado pela 20ª Câmara de Direito Privado do C. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (AI nº 7.256.160.100, Rel. Des. Álvaro Torres Júnior, DJ 22.09.2008), enquadra-se perfeitamente na questão em tela:

SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA – DECLARATÓRIA: EXECUÇÃO DE SENTENÇA. AÇÃO DECLARATÓRIA JULGADA IMPROCEDENTE. INADMISSIBILIDADE. Embora a doutrina tenha consagrado o entendimento de que a Lei nº 11.232/2005, ao trazer para o CPC, o art. 475-N, I, permite que cumprimento da sentença se opere em relação a qualquer obrigação reconhecida, independentemente da natureza do julgado, seja de cunho condenatório ou declaratório, tal medida se mostra inviável quando a ação é julgada improcedente e o réu apenas a contesta, sem reconvir. A eficácia executiva da sentença declaratória pressupõe que o autor da demanda seja vitorioso, não o réu, salvo se este, tiver reconvinido com sucesso. Quem pede é o autor e não o réu, que apenas impede a pretensão daquele, se não reconvir. A providência requerida com a ação proposta veio expressa no pedido que a autora formulou em sua petição inicial. Esse o pedido que foi objeto do julgamento quando da prolação da sentença e do acórdão, exprimindo aquilo que apenas a autora pretendeu do Estado frente à ré. No pedido se consubstanciou a demanda, permitindo a atuação da jurisdição (art. 128 do CPC), fora da qual não poderá decidir o órgão judicial. Inteligência dos arts. 128 e 460 do CPC. Nem pode o princípio da celeridade/efetividade processual se sobrepor aos princípios dispositivos, da inércia da jurisdição e do devido processo legal. Manutenção da decisão que não permitiu a execução além das verbas sucumbenciais impostas à autora.

De modo que, se as partes foram devidamente *intimadas* da sentença em dezembro de 1999, em seguida, com o recebimento, pela Eg. Câmara Cível do TJ, do recurso de apelação interposto pelo autor-consultante em ambos os efeitos (*devolutivo* e *suspensivo*), por força de agravo de instrumento (apensado sob o nº ... - CC), provido à unanimidade (publicado em março de 2000), impedindo a ré de eventual execução provisória exclusivamente das verbas de sucumbência, bem antes da Lei nº 12.232/2005 entrar em vigência, após a *vacatio legis* de seis meses, caracterizando-se, afinal (com a confirmação de segund grau em 2007), o trânsito em julgado definitivo (arts. 301, § 3º, 467 e 472, CPC), na nossa óptica, inobstante opiniões divergentes, claro, tais projeções ou consequências advindas daquela decisão de mérito, não se constituirá como título judicial executivo,

à mercê da *irretroatividade* para se preservar os institutos jurídicos previstos no art. 5º, XXXVI, CF, e art. 6º, LICC.

Antes de retornar à instância de origem, vale registrar a longa peregrinação dos autos físicos, em sede de recurso especial, ao atravessarem os umbrais do TJ e do STJ, a este, forçosamente vinculado pelo destrancamento do agravo de instrumento. Assim, submetido, o recurso especial, ao duplo juízo, diante da barreira quase intransponível no exame dos pressupostos objetivos constitucionais exigidos para sua interposição, somente nos idos de 2010/2012, teve seu *seguimento negado*.

3 DA PRESCRIÇÃO DA LETRA DE CÂMBIO COMO TÍTULO EXTRAJUDICIAL

Por simples conjectura, assim não fosse, além dos consistentes e irrefutáveis argumentos e fundamentos fáticos e jurídicos expostos na inicial e na réplica (março de 1992) à contestação do réu, esta apresentada em fevereiro de 1992, a recair também sobre o *mérito* desta demanda, melhor analisados os aspectos materiais e processuais que envolveram a ação declaratória proposta pelo autor-consultante em janeiro de 1992, constataremos que, inevitavelmente, operou-se a PRESCRIÇÃO relativa à *letra de câmbio* emitida e apontada ao Cartório de Protesto pela própria acionada em dezembro de 1991 (mais de **três** anos da lavratura da escritura do imóvel), com vencimento em novembro de 1991, no respectivo valor histórico de \$..., objeto que foi de discussão na lide, razão pela qual impõe-se, conseqüentemente, a EXTINÇÃO DO PROCESSO, COM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, nos termos precisos dos arts. 269, IV, e 329, CPC.

Nessa direção, torna-se oportuno o confronto dos fatos acima aludidos e com o Direito vigente.

In casu, o primeiro ponto a ser destacado diz respeito à contagem e aplicação do *prazo prescricional* previsto no atual Código Civil, na conformidade do disposto no art. 2.028, ao adotar, como regra transitória e distintiva, o critério da exclusão: “Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada”.

Sendo assim, ultrapassado mais da metade do prazo contido na norma geral do art. 177 do Código Civil de 1916, o qual previa, para situações similares ao constante neste processo, o *prazo prescricional* de **vinte** anos, a considerar a data de vencimento do *título de crédito*, será o mesmo aplicado segundo a previsão do diploma legal em vigência a partir de 11 de janeiro de 2003, depois do período da *vacatio legis* de um ano de sua publicação (art. 2.044), quando se reduziu o mencionado prazo:

Art. 206. Prescreve: [...]

§ 5º. Em cinco anos:

I – a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular.

Sob outra vertente, ainda que o preceito retrotranscrito esteja submetido a prazo *especial*, apenas nesse particular, vislumbra-se, outrossim, a PRESCRIÇÃO, desde que o prazo de **cinco** anos é contado a partir da vigência do atual Código Civil (11 de janeiro 2003). Atento a essa possibilidade escreveu, Nestor Duarte (2011, p. 622):

A dificuldade irá surgir quando a lei nova estabelece prazo especial, para a hipótese antes sujeita ao prazo geral. Trata-se, especificamente, do disposto no artigo 206, § 3º, V, que estipula o prazo prescricional de três (03) anos para a *pretensão de reparação civil*. No código anterior, esta hipótese era de prazo geral, estabelecido em vinte (20) anos, pelo art. 177. Ora, se na lei antiga o prazo era geral e na lei nova o prazo é especial, não ocorre propriamente conflito de leis no tempo, pois os objetos não são os mesmos. A identidade dos objetos é essencial para a configuração do conflito, como se pode extrair da definição de direito adquirido exarada por Rubens Limongi França e acima transcrita. Não havendo essa identificação, trouxe o Código vigente direito novo, que se submete apenas à regra do efeito imediato. Em consequência, o prazo trienal só passou a fluir com a entrada em vigor do novo Código.

Também conectado à época em que se desenrolaram os fatos, eis o enunciado da Súmula nº 150 do STF: “Prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação”.

Por outro lado, não podemos olvidar que, diferentemente do Código Civil em vigor, que considera o *protesto cambial* como uma das causas de interrupção (art. 202, III), o anterior, aplicado à presente questão, não o contemplou para tanto em nenhum dos **cinco** incisos arrolados pelo seu art. 172.

Essa orientação normativa fora, afinal, referendada pela Súmula nº 153 do STF, nos termos seguintes: “Simple protesto cambiário não interrompe a prescrição”.

Num enfoque acerca da *interrupção do prazo prescricional* em relação àquela iniciativa, assim se manifestou Liliane Kiomi Ito Ishikawa (2011, p. 257):

Previsto no inciso III, do artigo 172, do Código Civil, este tópico é novidade, na medida em que no estatuto civil anterior não havia previsão de interrupção da prescrição através de protesto cambial.

Antes do advento do CC de 2002, a jurisprudência não entendia possível a interrupção da prescrição através desta via, conforme se extrai do entendi-

mento constante na Súmula 153 do STF (agora revogado em razão do novo CC) dispondo que, *simples protesto cambiário não interrompe a prescrição*.

Ademais, afastando-se a condição de título executivo, ainda por força da *prescrição trienal*, estabelece o art. 70 da Lei Uniforme que “Todas as ações contra o aceitante relativas a letras prescrevem em três anos a contar do seu vencimento”.

Nas anotações sobre o art. 4º, CPC, de Theotonio Negrão (1995, p. 76), encontramos que “Cabe ação declaratória: - Para que se reconheça a prescrição de obrigação (JTA 100/164)”.

De sorte que a *prescrição* daquela questionada *dívida* já se consumou, portanto, sem qualquer interrupção. Assim, ao se comportar como titular de tal direito, deveria ter a iniciativa de ajuizar uma ação de execução ou ordinária de cobrança, ao menos antes de escoar o *prazo prescricional*, para, aí sim, produzir o efeito contemplado pelo art. 219, § 1º, CPC, c/c o art. 172, I, CC de 1916 (hoje, alterado pelo art. 202, I), quando o despacho do juiz que autorizasse a citação interromperia a contagem do período prescricional e retroagiria à data de protocolização da inicial.

Entretanto, nada disso aconteceu, nem tampouco *reconveio* tempestivamente para demonstrar a imperiosa pretensão de fazer valer o direito alegado, precluindo, então, a faculdade ao manejo do correspondente instrumento processual.

Na sequência, sob outro ângulo, para que fique ainda comprovada a *não interrupção da prescrição*, de bom alvitre exsurge a transcrição dos §§ 2º a 4º do art. 219, CPC (os enunciados refletem o interesse único e exclusivo do autor da ação, e não para favorecer o réu), em especial, o último deles:

§ 2º. Incumbe à parte promover a citação do réu nos 10 (dez) dias subsequentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário.

§ 3º. Não sendo citado o réu, o juiz prorrogará o prazo até o máximo de 90 (noventa) dias.

§ 4º. Não se efetuando a citação nos prazos mencionados nos parágrafos antecedentes, haver-se-á por não interrompida a prescrição.

À guisa de reforço, após o *caput* do art. 585, CPC, apresentar o rol de títulos executivos extrajudiciais, entre eles a *letra de câmbio* (inciso I), redação inspirada por decisão proferida pela 4ª Turma do STJ (REsp nº 2.818-MT, de 03.09.90, rel. Min. Fontes de Alencar, EJST 2(4) 146), torna-se oportuna a transcrição do seu § 1º, com destaque nosso: “A PROPOSITURA DE QUALQUER AÇÃO RELATIVA AO DÉBITO CONSTANTE DO TÍTULO EXECUTIVO NÃO INIBE O CREDOR DE PROMOVER-LHE A EXECUÇÃO”.

Na interpretação desse preceito legal, ecoam robustos argumentos, abaixo, expressando o pensamento uniformizado da doutrina pátria:

Ações relativas ao débito constante do título executivo: com o fito de espancar qualquer eventual dúvida, o legislador esclarece que a execução não ficará inibida se houver qualquer demanda relativa ao débito constante no título executivo.

Em termos mais amplos, o eventual ataque encetado pelo devedor relativamente ao título executivo não impedirá a propositura da execução, não podendo alegar o executado que qualquer medida executiva dependeria da solução do processo de conhecimento em curso. (CARMONA, 2004, p. 1734).

Protesto cambial obstado judicialmente. Cabimento da execução

Cabe enfatizar que, se o protesto foi *obstado judicialmente*, por meio de ação cautelar de sustação de protesto ou por tutela antecipatória, o credor não fica impedido de promover a ação de execução.

Com efeito, se o exequente fizer juntar a prova da sustação de protesto (certidão do cartório de protesto ou cópia da decisão judicial sustando o protesto), no mínimo, demonstra diligência no recebimento da dívida e cumprimento dos requisitos necessários à ação executiva.

O credor não fica impedido de ingressar com a ação executiva. Aliás, se não o fizer – embora haja ação cautelar de sustação de protesto – a prescrição flui normalmente, sem qualquer interrupção ou suspensão em seu prazo.

Vale dizer, a propositura pelo devedor de ações relativas à validade, eficácia e exigibilidade do título cambiário, por si só, não é óbice a que o credor proponha a correspondente ação executiva. Disso resulta que a pendência de ação anulatória do título executivo não suspende o prazo prescricional. [cf.: STJ, 3ª T., REsp 27.020-4-PR, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j.07.12.1993 (AASP.1866, p.305-j); REsp 10.143-SP, rel. Min. Athos Carneiro (RSRJ 138/587); 1º TA-CivSP (RT 620/97); Carlos Alberto Carmona, *Títulos executivos extrajudiciais no CPC*, p. 68].

Na jurisprudência, desponta o histórico aresto, *verbis*: “O ajuizamento de ação cautelar de sustação de processo e de anulatória de título não é interruptor do prazo prescricional da ação executiva” (RSTJ 51/286).

Da regra em comento, podemos excetuar o art. 489, CPC, segundo a redação dada pela Lei nº 11.280, de 16 de fevereiro de 2006, em que o ingresso da ação rescisória, concedida a liminar de natureza cautelar ou antecipatória de tutela, impedirá o cumprimento da sentença ou acórdão rescindendo, ou então, na forma do art. 38 da Lei nº 6830/80 – também aplicável àquelas situações –, será possível obstar, provisoriamente, a execução fiscal de dívida ativa da Fazenda Pública nas ações mandamentais, repetição do indébito ou anulatória (ASSIS, 2009, p. 208-209).

De igual modo, numa simples leitura dos arts. 168 a 170 do CC/1916 (agora, arts. 197 a 201 do CC/02), depreende-se que não houve qualquer causa que justificasse o *impedimento* ou a *suspensão* do referido elemento temporal, também elencadas de modo *enumerativo-taxativo*.

E mais: relacionada diretamente à Sentença e à Execução do Julgado, também por simples hipótese, mesmo considerada improcedente a demanda ajuizada pelo Consulente, a postulação *principal* (reconhecimento judicial da inexistência de dívida contratual), por não ter qualquer caráter *condenatório*, exceto a sucumbência em verba honorária, pagamento das custas judiciais e a consideração equivocada da litigância de má-fé, sobretudo pelo fato de o Réu sequer *contra-atacar* (também no prazo da Contestação) pela via da reconvenção prevista nos arts. 297 e 299 do CPC, somente lhe restaria, como dissemos anteriormente, a ação de execução ou de cobrança, o que efetivamente não ocorreu.

Em questão semelhante, o relator do agravo de instrumento de nº ... – CC do TJ, ao rejeitar o pedido do agravante de *suspensividade* da *liminar* concedida pelo juízo *a quo*, em sede de *tutela antecipada*, fundamentou o voto do modo seguinte:

Com efeito, não é justo, nem direito que aquele que já pagou cerca de 95% (noventa e cinco por cento) da totalidade do preço de um bem seja privado de sua posse ou ameaçado de expropriação apenas porque se encontra em atraso com duas prestações, sem repercussão significativa no valor global do imóvel, que podem ser objeto de AÇÃO AUTÔNOMA DE COBRANÇA, colocada à disposição do credor pelo ordenamento jurídico pátrio.

Registre-se, por oportuno, que a decisão hostilizada assegura, a um só tempo, o direito dos agravantes de buscar, pela VIA PRÓPRIA, o adimplemento das duas parcelas vencidas, assim como a efetividade dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sem que isto implique em vantagem ou desvantagem excessiva para qualquer das partes, em consonância com as disposições da legislação consumerista, aplicáveis à espécie.

Ademais, ninguém ignora que a ação declaratória utilizada pelo autor-consulente, postulando a inexistência de relação jurídica (*dívida*) de natureza *principal* (art. 4º do CPC), absolutamente, não tem o condão de premiar a inércia ou a falta de iniciativa do réu com o benefício interruptivo da prescrição (art. 219, §§ 1º a 4º do CPC, c/c o art. 172, I, do CC/16 – atual art. 202, I do CC), pelo fato de não ajuizar, no prazo legal (**três, vinte** ou **cinco** anos), as multicitadas ação de execução ou de cobrança, nem sequer apresentar, simultaneamente, também no mesmo lapso temporal, a contestação e a reconvenção. Em última hipótese, não fosse a típica ação declaratória, *imprescritível* e *negativa*, aquela consequência, se, porventura, possível a sua obtenção, obviamente, seria apenas extensiva e favorável ao seu proponente. Impecável é a lição do processualista Humberto Theodoro Júnior (2011, p. 335):

Mas não se pode concluir que o decurso do tempo seja totalmente inócuo para as ações declaratórias. Nenhuma ação será manejável sem que a parte demonstre interesse por um resultado prático em sua esfera jurídica. Embora a declaratória não se destine a impor prestações nem a criar situações jurídicas novas, é claro que o litigante somente poderá usá-la se tiver condições de demonstrar a existência ou inexistência de uma relação da qual lhe resulte algum proveito efetivo. Nenhuma ação pode ser exercida para deleite acadêmico. Pode acontecer, destarte, que, mesmo sendo imprescritível a ação declaratória, venha o titular do direito material a perder o interesse no seu exercício, diante da prescrição (não da declaratória), mas da pretensão que poderia surgir do direito material já extinto.

Aliás, há que se ressaltar, de forma genérica, a *imprescritibilidade* do direito subjetivo a qualquer ação ou acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CF/88), pois, em verdade, por via oblíqua, o que ocorre é a perda ou ineficácia, em si ou propriamente dita, da pretensão do direito material na espécie. Alterando o entendimento majoritário de que a *prescrição* era causa de *ineficácia* da ação – a exemplo de Pontes de Miranda (2000, p. 137), em caráter excepcional, que disse que ela atingia não só a *ação*, como também *cobria de eficácia à pretensão* –, estabelece o art. 189 do Código Civil de 2002: “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts 205 e 206”.

Ora, a partir do momento em que o réu avocou a condição de titular de determinado crédito, deveria, ao mesmo tempo, acionar o Poder Judiciário para cobrá-lo no *triênio* ou no limite *vintenário*, ou até do *quinquídio legal* após a sua efetiva constituição, na medida em que a propositura da ação declaratória, em curso há mais **vinte** anos e que, é bom salientar, não tendo natureza *condenatória* em relação ao cerne do litígio, sobremaneira por iniciativa do autor-consultante, foi julgada improcedente, jamais fora óbice para viabilizar, na prática, aquelas reivindicações.

Em excelente monografia, clássico da literatura jurídica de grande ressonância no campo doutrinário, Antônio Luis da Câmara Leal (1978, p. 200) assim se manifestou sobre o assunto:

Se a prescrição se dirige contra o titular do direito e tem por causa a sua inércia prolongada durante um certo lapso de tempo, é natural que a ele deve, de preferência, competir promover os meios para interrompê-la, porque seu é o principal interesse nessa interrupção.

E, por isso, é ele sempre competente para provocar qualquer das causas inter-relativas da interrupção prescricional.

Mas há causas interruptivas que somente ele poderá provocar, embora outros possam ter interesse na interrupção. São elas aquelas que consistem no exercício da ação, ou na alegação do direito em juízo, ou em atos judiciais prepara-

tórios que constituem começo da poteção ao direito. E assim é, porque, para agir em juízo não basta o interesse na interrupção da prescrição, é mister o interesse em fazer valer o direito, e esse só o tem o legítimo titular.

Assim, somente o titular do direito poderá interromper a prescrição:

- a) pela demanda judicial;
- b) pela alegação do direito, em juízo, por via de exceção, reconvenção ou embargos de compensação (estes, em desuso);
- c) pela provocação de processos preparatórios para proteção judicial do direito.

Apenas a juntada aos autos da contestação não legitima a *interrupção* da contagem do *prazo prescricional*. Ela – por si só – não impede o transcurso do lapso temporal. Acaso assim fosse, o supracitado e saudoso jurista também a elencaria como uma de suas causas. Silente se fez porque entendeu que somente acompanhada da reconvenção produziria tal efeito. Embora prevista para ser apresentada em conjunto com a contestação, eventualmente, a depender de certas circunstâncias do caso concreto, a reconvenção não se vincula, necessária e obrigatoriamente, àquela. Caso contrário, indução lógica, o referido autor relacionaria expressamente também a contestação como um dos motivos da *interrupção* da *prescrição* (THEODORO JUNIOR, 2011, p. 406).

A *prescrição* somente seria *interrompida* se houvesse a propositura da execução e, mesmo assim, seguindo ainda o comando do art. 617 do CPC, desde que a citação do devedor fosse feita com observância do disposto no seu art. 219. Entretanto, nada disso aconteceu.

Com efeito, sem o enquadramento em qualquer das retromencionadas hipóteses, a conduta omissiva do réu se limitou a contestar os pedidos formulados pelo autor na sua proemial, culminando na contabilização do *prazo prescricional*, repita-se, de **3, 20** ou de **5** anos, respectivamente, das aventadas ações de execução e cobrança.

Abrindo e fechando parênteses, atualmente, só para lembrar, a *prescrição*, na evocação do conhecido brocardo romano *dormientibus nom succurrit jus*, instituto de *ordem pública, inegociável* e, antes de consumada, *irrenunciável* pela vontade dos particulares, da qual, aqui detectada, o autor-consultante, com veemência, ao se insurgir contra a imposição da *dívida* ante o descumprimento, pela ré, de obrigações contratuais e legais, identifica-se com a própria pretensão de fazer valer o direito material ou substantivo que a circunscreve, podendo, da mesma maneira, ser declarada de ofício pela autoridade judicial (art. 219, § 5º, CPC) ou administrativamente – independentemente de provocação da parte interessada e em qualquer instância, grau de jurisdição ou fase em que se encontra o correspondente processo, extensiva a todos os ramos da Ciência do Direito –, tal qual se dá nesse momento.

Trucidando definitivamente essa questão, no acórdão dos embargos declaratórios opostos pelo consulente nas Apelações Cíveis n. .../2000 e .../2000, parcialmente acolhidos em março de 2002, *para operar o presquestionamento* – portanto, bem depois da emissão e indicação da *letra de câmbio* ao Cartório de Protesto (lembre-se: dezembro de 1991) –, a revisora, a despeito de reconhecer a *ineficácia* da *pretensão* e a imunidade da prestação jurídica, quer nos parecer, paradoxalmente, admitiu a *prescrição* como título executivo extrajudicial, com destaque para o seguinte trecho:

Outrossim, quanto ao indeferimento da prescrição arguída, não houve o seu reconhecimento, sendo a mesma afastada por ser total e completamente irrelevante para o deslinde da questão, haja vista a persistência da obrigação, embora destituída de eficácia executiva a cambial protestada.

4 CONCLUSÕES

Para arrematar, se, na ação declaratória, a discussão central girou em torno da existência ou não de determinada relação jurídica (*dívida*), nos termos do art. 4º do CPC, a recair, portanto, no *cerne* da questão propriamente dita, é de clareza solar que a análise de outros elementos se faz inútil e desnecessária, quando muito secundária, acaso atingida pelos efeitos da prescrição. Repise-se, o seu reconhecimento (até *ex officio*: § 5º, art. 219, CPC) implica na EXTINÇÃO DO PROCESSO, COM RESOLUÇÃO DE MÉRITO (arts. 269, IV, e 329, CPC). Assim, caso o *débito* em pauta esteja prescrito, descabendo execução ou qualquer outra ação, **não haverá mais sentido dar continuidade à referida demanda, inclusive em exaltação aos consagrados princípios da economia e celeridade** processuais (inciso LXXVIII, art. 5º, CF/88).

Assim, caso, por absurdo, pretenda a ré *executar* a sentença declaratória (e medida cautelar) em exame, projetando os seus efeitos sobre uma prestação apenas reconhecida, todavia destituída de progênie/conteúdo *condenatório*, restará ao consulente, na condição de *executado*, afora a *preliminar* de *nulidade do exequatur*, apresentar sua IMPUGNAÇÃO, com fulcro no art. 475-L, II/VI, § 2º, CPC, na sustentação da *inexigibilidade do título* (a depender, *penhora incorreta* ou *avaliação errônea*), *ilegitimidade das partes* e *excesso de execução* e, processada, equivocadamente, a hipotética peça processual, remanescerá o argumento da *prescrição*, a todas as luzes, configurada como causa *impeditiva* e *extintiva* da obrigação contratual, cujas controvérsias deverão ser fundamentadas na correta aplicação do Direito, colimando o acolhimento judicial para, afinal, EXTINGUIR O PROCESSO, COM RESOLUÇÃO DE MÉRITO.

Sub Censura, é o nosso entendimento.

Salvador, abril de 2015.

REFERÊNCIAS

- ASSIS, A. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. VI. 3. ed. Rio de Janeiro: Gen-Forense Bilac Pinto, 2009.
- BARBI, C. A. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1975.
- BARBI, C. A. **Ação Declaratória principal e incidente**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- CARMONA, C. A. **Código de Processo Civil Interpretado**. Coord. Antonio Carlos Marcato. São Paulo: Atlas, 2004.
- CHIOVENDA, G. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. I. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969.
- DALVI, L. **Manual de Processo Civil – Teoria e Prática**. Campo Grande: Contemplar, 2010.
- DELGADO, J. A. **Ação declaratória e medida cautelar**. São Paulo.
- DUARTE, N. **Direito Intertemporal e Prescrição no Novo Código Civil** (ob. **Prescrição no Código Civil – Uma análise interdisciplinar**). 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- FILHO, J. O. C. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. X. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- ISHIKAWA, L. K. I. **Interrupção do Prazo Prescricional** (ob. **Prescrição no Código Civil – Uma análise interdisciplinar**). 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- JÚNIOR, H. T. **As Novas Reformas do Código de Processo Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- JÚNIOR, H. T. **Curso de Direito Processual Civil**. 43. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- JÚNIOR, H. T. **Curso de Direito Processual Civil**. 52. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- JUNIOR, N. N. & NERY, R. M. A. **Código de Processo Civil Comentado**. 11. ed. São Paulo: RT, 2010.
- LACERDA, G. **O Novo Direito Processual Civil e os Feitos Pendentes**. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
- LEAL, A. L. C. **Da Prescrição e da Decadência**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- MACHADO, C. **Código de Processo Civil Interpretado e Anotado**. 3. ed. São Paulo: Manole, 2011.
- MARQUES, J. F. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

- MARQUES, J. F. **Manual de Direito Processual Civil**. Vol I. Atual. Wilson Ro-deigues Alves.. Campinas, 1977.
- MEDINA, J. M. G. **Código de Processo Civil Comentado**. 3. tirarem. São Paulo: RT, 2011.
- MIRANDA, P. **Tratado de Direito Privado**. Vol. 6. Campinas: Bookseller, 2000.
- NEGRÃO, T. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- NEVES, D. A. A. **Manual de Direito Processual Civil**. 3.^a ed. São Paulo: Gen-Método, 2011.
- ROCHA, J. A. **Teoria Geral do processo**. 8. ed, São Paulo: Atlas, 2007.
- RODRIGUES, M.A. **Prescrição no Código Civil** – Uma análise interdisciplinar. (Cord. Mirna Cianci). 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.
- SANTOS, A. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. Vol. III. 4. ed. São Paulo: Saraiva.
- TORNAGUI, H. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT.

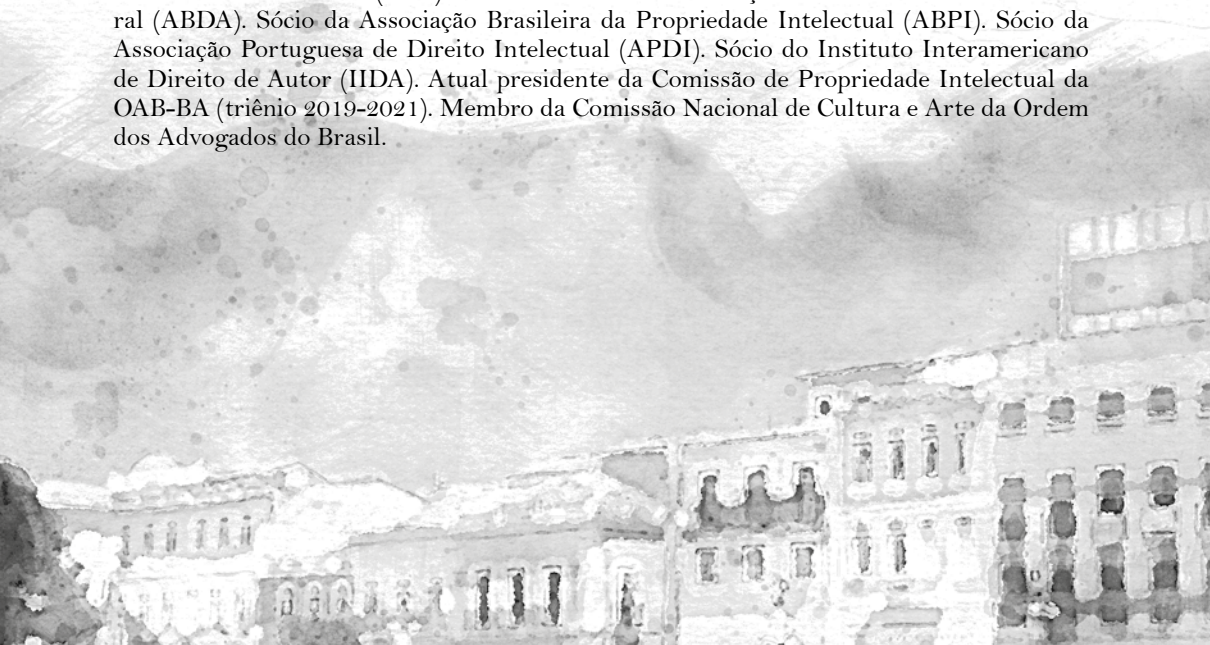
13

PARECER

MONUMENTO *FONTE DA RAMPA DO MERCADO*, DE 1970, DE MÁRIO CRAVO JR.: DIREITO-DEVER DO MUNICÍPIO DO SALVADOR DE RECOMPOSIÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OBRIGAÇÃO DE PAGAMENTO DE DIREITOS AUTORAIS A HERDEIROS DO FALECIDO ARTISTA PLÁSTICO. OBRA EM DOMÍNIO PÚBLICO

*Rodrigo Moraes*¹¹⁶

116 Advogado. Procurador do Município do Salvador. Professor adjunto de Direito Civil, Direito Autoral e Propriedade Industrial da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA) e do PROFNIT (Mestrado Profissional em Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologia), ponto focal UFBA. Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP). Diretor e sócio da Associação Brasileira de Direito Autoral (ABDA). Sócio da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (ABPI). Sócio da Associação Portuguesa de Direito Intelectual (APDI). Sócio do Instituto Interamericano de Direito de Autor (IIDA). Atual presidente da Comissão de Propriedade Intelectual da OAB-BA (triênio 2019-2021). Membro da Comissão Nacional de Cultura e Arte da Ordem dos Advogados do Brasil.



I A CONSULTA

Honra-nos o presidente da Fundação Gregório de Mattos (FGM), Fernando Guerreiro, e a diretora de Patrimônio e Humanidades da FGM, Milena Luísa da Silva Tavares, com a consulta ora formulada, no bojo do Processo Administrativo nº 405/2020 – FGM, no sentido de perquirir acerca da juridicidade ou não da cobrança de direitos autorais feita por um dos herdeiros do saudoso artista plástico Mário Cravo Jr. (19232018) para a recomposição do monumento *Fonte da Rampa do Mercado*, também conhecido como *Monumento à Cidade do Salvador*, datado de 1970.

O referido monumento consiste num importante cartão-postal da cidade, que já integra a memória afetiva do povo baiano, sendo parte integrante da paisagem urbana da Soterópolis.

Infelizmente, o monumento *Fonte da Rampa do Mercado*, de autoria de Mário Cravo Jr., que estava instalado na Praça Cayru, em frente ao Elevador Lacerda, na Cidade Baixa, foi consumido pelo fogo em 21 de dezembro de 2019, fato que teve ampla repercussão nos meios de comunicação.¹¹⁷

No mesmo dia 21 de dezembro de 2019, o prefeito da Cidade do Salvador, Antônio Carlos Magalhães Neto, lamentou publicamente a destruição do monumento e informou à população soteropolitana que iria reconstruí-lo com celeridade.

Sucedede que o filho mais velho de Mário Cravo Jr., o Sr. Ivan Ferraz Cravo, entende que, por ser herdeiro do falecido artista, teria direito a cobrar o valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) para autorizar a municipalidade a iniciar a reconstrução do monumento. Esse valor, é importante ressaltar, seria apenas pela autorização de sua cotaparte de herdeiro. Em declaração assinada por ele, Ivan Ferraz Cravo, com dois advogados, foi alegado que o pagamento da referida soma deveria ser feito pela municipalidade de maneira imediata: “Forma de pagamento: imediata, uma vez que depende dessa autorização, dos herdeiros, para o começo da reconstrução da obra”. Tal fato teve repercussão na imprensa baiana (AMINE, 2020).

Sem dúvida alguma, o atraso na recomposição do monumento *Fonte da Rampa do Mercado* deveu-se não a uma desídia da gestão municipal, mas por conta da cobrança de expressivo valor, a título de “direitos autorais”, feita por um dos herdeiros do falecido artista plástico Mário Cravo Jr.

117 G1 BA. **Cartão-postal de Salvador, monumento feito por Mário Cravo júnior é destruído pelo fogo.** G1, Bahia, 21 dez. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/ba/bahia/noticia/2019/12/21/incendio-destroi-monumento-feito-por-mario-cravo-junior-no-bairro-do-comercio-em-salvador.ghtml>. Acesso em: 6 ago. 2020.

A *quaestio vexata* é a seguinte: o Município do Salvador tem a obrigação de pagar R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) a um dos herdeiros de Mário Cravo Jr. para iniciar a reconstrução do monumento?

Antes de ser exposta a fundamentação jurídica deste parecer, serão traçadas algumas informações sobre o monumento *Fonte da Rampa do Mercado*.

2 A RELEVÂNCIA CULTURAL DO MONUMENTO *FONTE DA RAMPA DO MERCADO*

O monumento *Fonte da Rampa do Mercado*, também conhecido como *Monumento à Cidade do Salvador*, foi erguido em 1970, sob encomenda do Município do Salvador, na gestão do então prefeito Antônio Carlos Magalhães (ACM). Composto de fibra de vidro, o monumento tem as seguintes dimensões: altura = 16 m; circunferência = 65,60 m.

A obra foi instalada onde se situava o primitivo Mercado Modelo, que foi incendiado em 1969.

Início da construção da fonte. Entre 1969 e 1970.



Fonte: FGM.

Encontra-se disponível no YouTube o filme-documentário “A Fonte”, com imagens de André Luiz Oliveira e montagem de Amaury, que mostra o processo de instalação dessa obra monumental, com cenas preciosas do artista Mário Cravo Jr., um dos precursores da arte moderna na Bahia, participando do processo de instalação (OLIVEIRA, 2015).

A obra tornou-se um dos principais cartões-postais da Cidade do Salvador e em 2002 foi tombada pelo Instituto do Patrimônio Artístico e Cultural da Bahia (IPAC), por meio do Decreto nº 8.357/2002. O Estado, ao gravar no Livro do Tombo esse bem público, reconheceu a presença de seu *inescondível* valor cultural.

O monumento de Mário Cravo Jr. tornou-se um “retrato fiel da Bahia”, como cantava o saudoso Riachão, autor de uma belíssima canção sobre a região da Cidade Baixa onde se localiza a Praça Cayru. Eis, a seguir, três fotografias do monumento *Fonte da Rampa do Mercado*, que servem para ilustrar este parecer jurídico:



Foto de Nilton Souza

Como dissera o arquiteto Cassio Luiz Ribeiro Silva (2014), em sua dissertação de mestrado intitulada *A arte escultórica no contexto urbano de salvador: simbologia, memória e preservação*, apresentada em 2014 ao Programa de Pós-

-Graduação em Arquitetura e Urbanismo da Faculdade de Arquitetura da Universidade Federal da Bahia, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Arquitetura e Urbanismo, sob a orientação do Prof. Dr. Mário Mendonça de Oliveira:

Sua escultura intitulada “Monumento à Cidade do Salvador”, de 1970, constituiu, juntamente com o conjunto paisagístico formado pelo Elevador Lacerda, o Mercado Modelo, o Forte São Marcelo e o casario da Conceição da Praia, a principal imagem da Cidade no cenário nacional e internacional.



Foto de Pedro Nunes

Eis outro trecho da dissertação:

Principal obra do artista Mário Cravo Júnior, esta escultura, que também é uma fonte luminosa, foi instalada no bairro do Comércio em 1970, sob os olhares críticos e curiosos da população e, rapidamente, tornou-se um dos maiores símbolos da Cidade, sendo, sua imagem, amplamente divulgada no Brasil e no mundo. Pode-se dizer que esta obra, juntamente com o Monumento ao 2 de Julho, no Campo Grande, constituem-se nos mais importantes monumentos pertencentes ao acervo escultórico da Cidade do Salvador. Primeiramente pelo forte simbolismo que exercem, em segundo lugar, pela magnitude de suas formas e dimensões colossais. (SILVA, 2014).



Foto de Nilton Souza

O arquiteto Cassio Luiz Ribeiro Silva (2014) explica os aspectos histórico-gráficos do monumento. *In verbis*:

Após dois incêndios, o primeiro em 1917 e o segundo em 1922, o Mercado Modelo é novamente atingido, em 1969, pelo terceiro e maior incêndio de sua história, que devasta parte do prédio. Com isso, a administração municipal da época optou por sua total demolição e conseqüente ampliação da estreita ligação, até então existente, entre as avenidas da França e Lafayette Coutinho (Contorno).

A ampliação da via solucionava uma demanda antiga do bairro do Comércio, no entanto estabelecia-se um vazio, uma grande lacuna urbanística no local, com a perda deste importante monumento, já incorporado à vida e à paisagem da Cidade.

Ciente desse problema e da necessidade de implantação de um novo marco referencial para a Cidade, que servisse de contraponto à ausência do mercado, o então Prefeito, Antônio Carlos Magalhães, encomendou ao artista Mário Cravo, um dos precursores da arte moderna na Bahia, uma escultura colossal, que viesse preencher esta lacuna deixada pelo mercado.

O artista aceitou o desafio e após diversos estudos chegou a uma solução que lhe pareceu ideal: uma escultura abstrata que também funcionaria como fonte luminosa, remetendo aos antigos chafarizes escultóricos da Cidade. Seria

composta de quatro módulos idênticos de formas arredondadas, dois apoiados diretamente no solo e outros dois suspensos, com suas posições invertidas, sobre os dois primeiros. A água jorraria do topo e da base do monumento até uma bacia de recolhimento. O monumento simbolizaria o grande elo de ligação entre o antigo e o moderno, característica cada vez mais marcante de Salvador.

A confecção do monumento em resina de poliéster reforçada com fibra de vidro trouxe imensos desafios para o artista, já que se tratava de uma técnica ainda nova na Cidade. A matéria-prima (resina, fibra de vidro, monômero de estireno, catalisador, talco, entre outros) e mão de obra qualificada eram inexistentes em Salvador, como afirma o artista em carta endereçada a Fundação Gregório de Mattos a respeito das fôrmas dos módulos: “Como fui o introdutor desta técnica aqui em nossa cidade, na época tive que importar não só a matéria-prima como também vários operários de São Paulo para realizar a tarefa”. (CRAVO, 2001). [...]

É, sem dúvida, uma atração turística importante que, semelhante à Estátua da Liberdade de Nova Iorque ou ao Cristo Redentor do Rio de Janeiro, dá as boas-vindas ao visitante, convidando-o à penetrar nos mistérios e usufruir das belezas da Bahia (A TARDE, 1992).

Mesmo contando com algumas críticas, o tempo logo se encarregou de deixá-las para trás e o monumento tornou-se um dos maiores cartões postais da Cidade, elemento constituinte e indissociável da principal imagem que se tem de Salvador: a paisagem ímpar formada pela Baía de Todos os Santos, a Cidade Alta e a Cidade Baixa, tendo o Elevador Lacerda como seu símbolo maior e principal elo de ligação entre os dois níveis da escarpa.

O antropólogo Antonio Risério, no livro de fotografias *Baía de Todosos-Saveiros*, de autoria do fotógrafo Nilton Souza (2011, p. 10), escreveu um texto poético intitulado *Saveirada*, no qual afirma que:

o saveiro marcou
de uma ponta a outra
nossa paisagem marinha
nosso horizonte náutico
a história econômica e cultural
de salvador de nossas muitas ilhas
e das águas doces do recôncavo.

Até pouco tempo atrás, a Rampa do Mercado Modelo recebia saveiros abastecidos de frutas, farinha, peixes, mariscos e objetos artesanais confeccionados no Recôncavo. Jorge Amado ([197-?], p. 114), no seu livro *Bahia de Todos*

os Santos: guia das ruas e dos mistérios da cidade do Salvador, escrito em 1944, descreve imagens que marcaram o cenário baiano:

As velas dos saveiros cortam a baía de Todos os Santos, vêm do Mar Grande, de Maragogipe, de Cachoeira e São Félix. No cais Cairu, em frente ao Mercado eles descansam. Ali arriam as velas, ficam balançando tranquilamente sobre as águas. Mas encontrareis os saveiros ainda em Água dos Meninos, em Mont’Serrat, no Porto da Lenha, em Santo Antônio da Barra e no Rio Vermelho. O seu cais, porém, é este do Mercado, com sua rampa escorregadia, seu cheiro de mar e de peixe, seu colorido de frutas tropicais.

O artista plástico Carybé (2014, p. 3), ao descrever a Rampa do Mercado Modelo, afirmou:

De manhãzinha, olhando da Cidade Alta, percebem-se os rebanhos de velas emproadas para a Rampa, vêm do rumo de Cachoeira, de Suape, de São Roque, da Gamboa, de Nazaré das Farinhas, de Itaparica, Mar Grande ou da Ponta de Areia. [...]

Tudo isso rodeia a Rampa do Mercado, que é um dos recantos mais vivente desta Bahia onde o céu é tão azul, o mar é tão azul e a terra é mais colorida que saía de cigana.

A *Fonte da Rampa do Mercado* é uma obra escultórica que representa, com grande beleza artística, as velas de um saveiro, tipo de embarcação típica baiana, cantada por Dorival Caymmi, pintada por Carybé, fotografada por Pierre Verger, escrita por Jorge Amado. O saveiro de vela de içar encontra-se, inclusive, *tombado* pelo Instituto do Patrimônio Histórico Nacional (IPHAN, 2010), desde 2010.

Portanto, percebe-se que o monumento *Fonte da Rampa do Mercado* é uma obra memorável, que integra a paisagem urbana da Cidade do Salvador, o cenário paisagístico da Cidade Baixa.

A arte escultórica de autor Mário Cravo Jr. merece, pois, ser valorizada, e é exatamente isso que pretende o Município do Salvador.

3 FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

O Município do Salvador tem o direito-dever de reconstituir o monumento *Fonte da Rampa do Mercado*, de autoria de Mário Cravo Jr.

A seguir serão analisados os devidos fundamentos jurídicos.

O direito moral à integridade da obra já estava previsto, tacitamente, no Código Civil de 1916. Atualmente, encontra-se disposto no art. 24, IV, da Lei nº 9.610/98, *in verbis*:

Art. 24. São direitos morais do autor: [...]

IV - o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra [...].

O § 2º do art. 24 da Lei nº 9.610/98 afirma que “compete ao Estado a defesa da integridade e autoria da obra caída em domínio público”.

Portanto, o Município do Salvador quer cumprir fielmente esse dispositivo. Quer zelar pela integridade e autoria da obra *Fonte da Rampa do Mercado*, de Mário Cravo Jr., que já está em domínio público, como será demonstrado a seguir.

O Município do Salvador, ao recompor o monumento *Fonte da Rampa do Mercado*, irá respeitar fielmente a integridade do *corpus mysticum*, ou seja, não fará modificações na obra intelectual do artista Mário Cravo Jr. Tanto que a Fundação Gregório de Matos vem estabelecendo diálogo com Otávio Cravo, um dos filhos do falecido autor, para o serviço de recomposição do monumento, tendo em vista que ele participou da restauração realizada em 2001.

A recomposição da obra, portanto, visa a assegurar a integridade da obra de Mário Cravo Jr. e prestigiar a memória desse importante artista plástico baiano.

Ademais, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 23, incisos III, IV e V, reza o seguinte:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...]

III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;

V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação.

3.1. DO PRINCÍPIO DO *TEMPUS REGIT ACTUM*: APLICAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL DE 1916, VIGENTE À ÉPOCA DA CELEBRAÇÃO DO CONTRATO (1970) ENTRE MÁRIO CRAVO JR. E O MUNICÍPIO DO SALVADOR

Como a obra *Fonte da Rampa do Mercado* foi criada e instalada em 1970, quando estava em vigor o Código Civil de 1916, o princípio do *tempus regit actum* determina que se aplica ao negócio celebrado com a municipalidade de Salvador a lei vigente à época de sua ocorrência.

A vigente Lei nº 9.610/98 não pode retroagir ao passado, a 1970, quando foi celebrado o contrato entre o Município do Salvador e Mário Cravo Jr. A Lei nº 9.610/98 não pode retroagir apanhando os efeitos dos fatos produzidos em 1970, ou seja, não pode afetar ato jurídico perfeito e direito adquirido.

Portanto, aplica-se o Código de Clóvis Beviláqua, isto é, o Código Civil de 1916, que regulava os direitos autorais no Capítulo VI (“Da Propriedade Literária, Científica e Artística”), arts. 649-673.

O art. 661, II, do Código Civil de 1916 rezava expressamente: “Art. 661. Pertencem à União, aos Estados, ou aos Municípios: [...] II - As obras encomendadas pelos respectivos governos, e publicadas à custa dos cofres públicos”.

A obra *Fonte à Rampa do Mercado* foi, em 1970, encomendada pelo Município do Salvador à custa dos cofres públicos. Portanto, o saudoso artista plástico Mário Cravo Jr. foi, naquela época, devidamente remunerado pelos cofres públicos, ou seja, pelos municípios soteropolitanos. O artista plástico não trabalhou de maneira graciosa para a concepção da obra, mas, sem dúvida alguma, de maneira onerosa.

Ademais, o art. 666, IX, do Código Civil de 1916, rezava expressamente: “Art. 666. Não se considera ofensa aos direitos de autor: [...] IX - A reprodução de obra de arte existente nas ruas e praças”.

A primeira lei autoral brasileira (Lei Medeiros e Albuquerque), Lei nº 496, de 1898, em seu art. 22, 6, não considerava contrafação “a reprodução de obras de arte que se encontram nas ruas e praças”. O Código Civil de 1916, em seu art. 666, IX, também não considerava ofensa aos direitos do autor “a reprodução de obra de arte existente nas ruas e praças”. A Lei nº 5.988/73, revogada Lei de Direitos Autorais brasileira em seu art. 49, I, “e”, não considerava ofensa aos direitos autorais “a reprodução de obras de arte existentes em logradouros públicos”.

E mais: o art. 662 do Código Civil de 1916 rezava que obras publicadas pelo Governo Municipal caíam em domínio público 15 (quinze) anos depois da publicação. *In verbis*: “Art. 662. As obras publicadas pelo Governo Federal, Esta-

dual ou Municipal, não sendo atos públicos e documentos oficiais, caem, quinze anos depois da publicação, no domínio comum".

J. M. Carvalho Santos (1953, p. 455-456), em sua obra *Código Civil Brasileiro Interpretado*, ao comentar o referido art. 662 do Código Civil de 1916, cita o jurista Sá Pereira: "Argumenta SÁ PEREIRA, com toda procedência: Se o Governo publica uma obra, é porque ela é útil à coletividade, à sua cultura, à sua instrução, à sua direção".

A Lei de Direitos Autorais de 1973 (Lei nº 5.988/73), em seu art. 46, corroborando o art. 662 do Código Civil de 1916, rezava expressamente: "Art. 46. Protegem-se por 15 anos a contar, respectivamente, da publicação ou da reedição, as obras encomendadas pela União e pelos Estados, Municípios e Distrito Federal".

Sendo assim, é correto assegurar que a obra *Fonte da Rampa do Mercado* já se encontra em domínio público desde a segunda metade da década de 1980 do século XX.

Domínio público significa a ausência de titularidade de direitos patrimoniais de autor. Uma obra em domínio público pode ser utilizada livremente.

Pois bem. O art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988, reza que "a lei não poderá prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada". Enfim, em se tratando de direito intertemporal, prevalece, aqui, o *princípio da irretroatividade das leis civis*.

O art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasil (LINDB) estabelece que "a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitadas o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada".

Portanto, o contrato celebrado em 1970 entre o artista plástico Mário Cravo Jr. e o Município do Salvador deve ser considerado ato jurídico perfeito, já consumado segundo a lei vigente no tempo em que se efetuou, isto é, segundo o Código Civil de 1916. O Município do Salvador tem, portanto, direito adquirido, pois que a titularidade dos direitos patrimoniais de autor se incorporou ao seu patrimônio durante 15 (quinze) anos, até a queda em domínio público.

Sendo assim, forçoso é reconhecer que, em 1970, a municipalidade tornou-se titular dos direitos patrimoniais da obra *Fonte da Rampa do Mercado*. Desta forma, é incorreto afirmar que a vigente Lei nº 9.610/98 retroagiria para 1970. Ora, é preciso, *in casu*, ser aplicado o princípio da irretroatividade das leis civis. A transmissão dos direitos patrimoniais de autor para a municipalidade, ocorrida em 1970, sob o império do Código Civil de 1916, não pode ser olvidada. Tampouco pode ser esquecido o fato de que a obra *Fonte da Rampa do Mercado* já se encontra, inelutavelmente, em domínio público, tendo em vista que já transcorreu o prazo de 15 (quinze) anos previsto tanto no art. 662 do Código Civil de 1916 quanto no art. 46 da revogada Lei Autoral (Lei nº 9.610/98).

3.2 ABUSO DE DIREITO POR PARTE DE HERDEIROS DE AUTORES FALECIDOS

Ainda que se considere que a obra *Fonte da Rampa do Mercado* não esteja em domínio público e os direitos patrimoniais de autor nunca foram transferidos ao Município do Salvador, é perfeitamente viável, aqui, a arguição de *venire contra factum proprium*, considerado abuso de direito por violação ao princípio da boa-fé.

Sabe-se que, em 2001, o monumento *Fonte da Rampa do Mercado* teve de ser restaurado pelo Município do Salvador, por meio da Fundação Gregório de Matos, na época presidida pelo arquiteto Francisco Sena. Um dos dois elementos superiores do monumento havia desabado. O artista plástico Mário Cravo Jr. supervisionou o processo de restauro, não tendo cobrado nenhum valor a título de direitos autorais.

Da mesma maneira, supervisionou o processo de recomposição do monumento em homenagem a Clériston Andrade, situado na Avenida Anita Garibaldi, que pegou fogo em 2013 (MONUMENTO, 2013), também não tendo cobrado nenhum valor a título de direitos autorais.

O artista plástico Mário Cravo Jr. sempre desejou, em vida, que suas criações intelectuais continuassem embelezando a Cidade do Salvador, sua terra natal. Tal sempre foi o desejo manifestado por esse importante criador intelectual.

Mesmo que se considere que a obra *Fonte da Rampa do Mercado* não esteja em domínio público ou que Município do Salvador nunca tenha sido titular dos direitos patrimoniais – suposições hipotéticas apenas para o debate jurídico –, seria plenamente cabível ser arguida a proibição ao comportamento contraditório. O autor Mário Cravo Jr., em vida, não cobrou direitos autorais para recomposição de dois monumentos de sua autoria, mas um de seus herdeiros, de maneira incoerente, com a devida vênia, vai de encontro ao comportamento manifestado em vida pelo seu genitor.

Em outras palavras, a conduta inicial – do autor Mário Cravo Jr. – gerou a confiança legítima da municipalidade de inexistência de cobrança de direitos autorais para restauração e recomposição da obra *Fonte da Rampa do Mercado*, em caso de deterioração.

Em suma, há uma nítida contradição entre o comportamento do artista plástico Mário Cravo Jr. e a posterior cobrança de “direitos autorais” formulada por um dos seus herdeiros, que tenta renegar a conduta inicial do seu genitor. O filho mais velho de Mário Cravo Jr., portanto, adota comportamento que contraria o de seu falecido pai, frustrando as expectativas legítimas da municipalidade.

A doutrina autoralista pátria vem criticando a postura de alguns filhos de autores falecidos, que esquecem a dimensão pública do Direito Autoral, a dimensão de que toda obra de arte, além de atender a interesses privados, deve atender também ao interesse público, da coletividade, cumprindo assim a sua função social.

Vale dizer que a obra *Fonte da Rampa do Mercado* não é inédita, pois foi publicada, ou seja, oferecida ao público com o consentimento expresso do autor Mário Cravo Jr., em 1970.

Ainda que uma obra de arte se encontre inédita, os herdeiros do falecido autor não podem se comportar de maneira abusiva, indo de encontro ao desejo manifestado em vida pelo criador intelectual. Explica-se.

O § 1º do art. 24 da LDA-98 dispõe que, por morte do autor, o direito moral ao inédito transmite-se a seus sucessores.

É bastante comum ver autores falecidos deixarem obras inéditas, seja porque não houve tempo para publicá-las, seja pois optaram, tácita ou expressamente, por mantê-las em segredo. Pergunta-se: uma vez morto o autor, seus sucessores podem, em qualquer circunstância, autorizar ou vetar a divulgação de quaisquer obras inéditas? Não. O exercício do direito encontra limites, não podendo ser arbitrário. Uma decisão, por mero capricho, de simplesmente não divulgar obras do *de cuius*, desrespeitando, assim, a vontade que este manifestara em vida, consiste em abuso de direito, ato ilícito, conforme o art. 187 do Código Civil.

Silmara Juny de Abreu Chinellato, professora titular de Direito Civil e de Direito Autoral da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), opinou que a recusa imotivada das filhas do escritor João Guimarães Rosa (1908-1967), para a publicação de obras inéditas do falecido pai (contos, diários e correspondências), configurava abuso de direito, vedado pelo art. 187 do Código Civil brasileiro.

Chinellato elaborou parecer para o processo de inventário do renomado escritor, em trâmite perante a 4ª Vara de Órfãos e Sucessões da Comarca da Capital do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Depois, publicou um estudo jurídico sobre o tema.

Segundo ela, “a presunção é favorável à publicação e não ao inédito”. Não se presume que Guimarães Rosa quisesse conservar as obras inéditas, “pois não há qualquer prova ou indício de que assim o desejasse”. O direito de ineditismo é transmitido restritivamente aos sucessores (art. 24, § 1º) como direito-dever, “acentuando-se o ônus, desde que o autor tenha manifestado claramente a intenção de não publicar suas obras, o que não ocorreu”. Complementou a autora afirmando que “a memória do escritor deve ser preservada e legada às gerações atuais e futuras”. Defendeu, ainda, a tese de que “as razões estéticas e históricas

legitimam o Poder Público a desapropriar as obras inéditas, caso haja resistência imotivada por parte das herdeiras, suas filhas” (CHINELLATO, 2015, p. 488-512). Portanto, segundo a ilustre autoralista, até mesmo o instituto da desapropriação seria possível para recusas infundadas de herdeiros.

O comportamento das duas filhas de Guimarães Rosa – Vilma Guimarães Rosa e Agnes Guimarães Rosa –, sem dúvida alguma, não está imune a críticas.

Agnes Guimarães Rosa, por exemplo, dissera como conseguiu barrar as tentativas de publicação do inédito *Diário de Hamburgo*: “Insistiram tanto que eu pedi um preço absurdo. Quando você não quer uma coisa e diz que não quer, as pessoas não compreendem, e então resolvi pedir um valor que nem me lembro – uma loucura” (MACHADO, 2006).

Em 1999, a agente literária Lúcia Riff coordenou as autorizações para o lançamento da coletânea *Os cem melhores contos brasileiros do século*, organizado por Italo Moriconi e lançado, no ano 2000, pela Editora Objetiva. O organizador havia selecionado três histórias de Guimarães Rosa: *As margens da alegria*, *A terceira margem do rio* e *Desenredo*. Todavia, para autorização dos três textos, “os herdeiros pediram um valor equivalente ao que havia sido gasto com outros noventa escritores (MACHADO, 2006)”.

Moriconi (2000, p. 12) não teve como publicar os três contos rosianos e explicou os motivos na introdução da coletânea: “Lamento apenas que os contos de Guimarães Rosa escolhidos para a antologia não pudessem ser incluídos por dificuldades relativas à cessão de direitos autorais”.

Vilma Guimarães Rosa, filha primogênita do escritor, sempre teve uma postura refratária a biografias do pai. Dissera, em 2006, à imprensa: “Não existem biografias dele e não damos licença para ninguém. Muita gente quer fazer sensacionalismo, quer ganhar dinheiro à custa de gente famosa. Quem quiser saber de meu pai que leia o meu livro e está muito bom” (MACHADO, 2006). Ela, que também é escritora, lançou em 1983 *Relembraimentos: João Guimarães Rosa, meu pai*.

Em 2008, Vilma Guimarães Rosa ajuizou uma ação contra o biógrafo Alaor Barbosa, autor de *Sinfonia Minas Gerais – a vida e a literatura de João Guimarães Rosa*. Conseguiu, liminarmente, retirar a obra biográfica de circulação. Em 5 de agosto de 2013, cinco anos após a proibição da comercialização, a sentença julgou improcedente a ação, revogando a decisão que antecipara os efeitos da tutela. Em 2014, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, confirmando a sentença, julgou improcedente a apelação interposta por Vilma Guimarães Rosa, permitindo finalmente a circulação da biografia não autorizada. No acórdão, a desembargadora relatora, Elisabete Filizzola, cita o seguinte trecho do livro *Relembraimentos: João Guimarães Rosa, meu pai*: “Finalmente concluímos que as obras de João Guimarães Rosa não pertencem somente a nós, suas herdeiras,

porém a toda a humanidade”.¹¹⁸ O aresto do Tribunal de Justiça fluminense, vale dizer, é anterior ao julgamento, pelo STF, da ADI 4.815, sobre biografias não autorizadas, que se deu em 10 de junho de 2015.

Pois bem. Um autor, em vida, não precisa justificar as razões de sua opção pelo ineditismo. Seus sucessores, contudo, precisam declinar argumentos razoáveis para a não divulgação de obras inéditas do *de cuius*, sob pena da incidência de abuso de direito.¹¹⁹ A doutrina autoralista francesa adverte que esse direito moral, com a morte do autor, sofre uma metamorfose, devendo o sucessor agir a serviço da obra, esforçando-se para ser fiel à vontade manifestada em vida pelo autor (VIVANT; BRUGUIÈRE, 2019, p. 964).

O abuso torna-se evidente quando existe contradição entre a vontade manifestada pelo autor em vida e a atuação *post mortem* dos seus sucessores. Por exemplo, caso estes proibam a publicação de uma obra que o autor inequivocamente gostaria de ver publicada, tem-se que a conduta serve egoisticamente aos seus próprios interesses, revelando um comportamento antissocial, contrário ao desejo do criador falecido e, inclusive, da sociedade em geral. Essa atuação abusiva dos sucessores consistirá num entrave ao exercício do direito de acesso à cultura (CF, art. 215), o que torna plausível a intervenção do Poder Judiciário para a proteção do interesse geral da sociedade.

Nesse sentido, o art. 20 da revogada Lei Autoral francesa de 1957 conferia poderes ao ministro da Cultura para provocar o Judiciário em casos de abuso notório, manifesto, evidente na divulgação ou não divulgação por parte dos sucessores do autor falecido. O art. L.121-3 do vigente *Code de la Propriété Intellectuelle* também autoriza o controle judiciário do exercício *post mortem* do direito ao ineditismo. Há farta jurisprudência na França sobre o tema (DURRANDE, 2017, p. 119-121).

Tendo o autor manifestado claramente sua vontade de difusão, a recusa do titular do direito moral deve ser considerada notoriamente abusiva. O herdeiro, portanto, deverá agir a serviço da obra e da vontade expressada pelo falecido criador intelectual.

O herdeiro é considerado guardião da memória do autor, tendo o dever de respeitar as intenções expressas ou tácitas do *de cuius*. Para o exercício do direito moral *post mortem*, faz-se necessário um dever de fidelidade dos sucessores do autor falecido.

Sobre abuso de direito, Antonio Castán Pérez-Gomez, no artigo intitulado “Divagaciones en torno al ejercicio del derecho moral *post mortem auctoris*”, cita

118 TJRJ, Segunda Câmara Cível, Apelação Cível nº 0180270-36.2008.8.19.0001, Rel. Des. Elisabete Filizzola, j. em 08.10.2014.

119 “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

a sentença de 19 de dezembro de 1997, da Corte de Apelação de Paris, no processo entre os herdeiros do autor teatral Antonin Artaud e a Editora Gallimard:

La sentencia recuerda a los herederos que debían conformarse con la voluntad del autor, el cual mediante un contrato de edición había aceptado que la Editorial Gallimard publicase sus obras completas. El Tribunal considera que la intervención de los herederos al negarse a dicha divulgación constituía un caso de *abuso* notorio en el uso o no uso del derecho de divulgación. (DURRANDE, 2017, p. 119-121). (ROGEL VIDE, 2003, p. 91).

Portanto, sem qualquer causa legítima e razoável, os sucessores não podem criar obstáculos e dificuldades para a divulgação de obras inéditas, contrariando a vontade, tácita ou expressa, do autor falecido. O juiz poderá inclusive, em casos como esses, tomar medidas cautelares, objetivando resguardar a integridade dos originais.

O problema se agrava quando o autor proíbe que a obra seja divulgada após a sua morte. Pergunta-se: é lícito ao sucessor tornar conhecidas obras que o autor, em vida, quis manter inéditas? Em tese, não. Deve-se respeitar o direito do falecido. Nesse sentido, posiciona-se Luiz Francisco Rebello (2002, p. 118), ao comentar o art. 70º do Código do Direito de Autor de Portugal:

Assim como não será lícito divulgar *post mortem* uma obra que o seu criador tenha expressamente repudiado, ou em relação à qual haja exercido o direito de retirada previsto no artigo 62º, nem, tendo fixado uma data antes da qual não deve ser divulgada (como acontece com frequência no caso de diários e memórias), será lícito antecipar a sua publicação, afigura-se-nos que, não havendo dúvidas sobre qual a vontade do criador, os seus sucessores estão obrigados a respeitá-la, não se aplicando nesse caso o disposto no n. 1 deste artigo [1 – Cabe aos sucessores do autor decidir sobre a utilização das obras deste ainda não divulgadas nem publicadas].

A Lei Autoral espanhola, em seu art. 40, tutela o *direito de acesso à cultura*.¹²⁰ Não leva em conta a questão de abuso de direito por parte dos sucessores, como na legislação francesa, mas sim o interesse geral de acesso às obras. Na Espanha, portanto, a intervenção do Poder Judiciário não levará em consideração o desejo do criador falecido, mas unicamente o interesse da sociedade de acesso à cultura, o que não deixa de ser questionável.

Marisela Gonzalez Lopez (1993, p. 149-150), comentando o art. 40, diz:

¹²⁰ “Art. 40. *Si a la muerte o declaración de fallecimiento del autor, sus derechohabientes ejerciesen su derecho a la no divulgación de la obra, en condiciones que vulneren lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución, el Juez podrá ordenar las medidas adecuadas a petición del Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones locales, las instituciones públicas de carácter cultural o de cualquier otra persona que tenga un interés legítimo.*”

Es evidente, por tanto, que, aun cuando el autor hubiese declarado expresamente, mediante testamento, su voluntad prohibitiva de divulgar la obra, la autoridad judicial resulta facultada, a tenor del artículo 40 de la LPI, para ordenar se actúe en contra de esta voluntad y disponer su divulgación, pues si al Juez corresponde decidir entre divulgar o no una obra (que los derechohabientes en respecto a la voluntad del autor han dejado inédita), es previsible que, en la mayoría de los casos, decidiría sobre la divulgación, toda vez que como integrante de los poderes públicos (Poder Judicial) estimará que sea ésta la forma de cumplir el mandato constitucional del artículo 44, de promover y tutelar el acceso a la cultura.

Segundo Maria del Pilar Câmara Águila (1998, p. 374-375), para a aplicação do referido art. 40 é necessário que o autor não tenha exercido o direito de divulgação na forma positiva ou negativa (direito ao inédito). Caso o autor, portanto, tenha expressamente proibido a divulgação de determinada obra, os sucessores não poderão desrespeitar essa vontade.

Marisela Gonzalez Lopez assevera (1993, p. 151): “Al parecer, la única forma que tiene el autor de impedir con seguridad que una obra inédita no se divulgue a su fallecimiento es destruyéndola antes”. Sem dúvida, tal comportamento é a única garantia de que a obra não será, de fato, divulgada postumamente.

Fábio Ulhoa Coelho (2006, p. 341) comenta sobre o exercício do direito moral ao ineditismo após a morte do autor:

Note-se que os sucessores, nesse caso, devem ter especial *respeito* ao exercício do direito moral ao ineditismo que o autor falecido titulava. Devem procurar entender quais razões teriam levado o autor a não publicar a obra em vida. Se estavam em andamento negociações com editor quando a morte surpreendeu o autor, fica claro que ele considerava pronta a obra; mas, se o trabalho adormecia num canto do *atelier* ou num arquivo do computador pessoal há tempos, sem que dele tivesse se ocupado o autor nos últimos anos de sua vida, essa circunstância não pode ser desprezada pelos sucessores, e deve ser considerada indicativo de que o autor desejava manter aquela obra inédita. Muitas vezes, o respeito ao interesse moral do autor falecido pode ser incompatível com o dos sucessores voltados à exploração econômica da obra mantida inédita. Cabe apenas aos sucessores a grandeza de privilegiar os interesses morais do falecido sobre os seus de índole econômica. De qualquer forma, por serem os únicos intérpretes das presumíveis intenções do autor morto, podem sempre optar pela publicação da obra póstuma, a menos que haja instrução diversa em ato de última vontade do autor (se ele, por exemplo, mandou em testamento manter o ineditismo, destruir o trabalho, deletar o arquivo eletrônico, rasgar os rascunhos etc.).

Pois bem. *In casu*, a situação é muito mais simples, tendo-se em vista que inexistente ineditismo na obra *Fonte da Rampa do Mercado*. Ela não apenas não é

inédita como também é extremamente conhecida e admirada pela população baiana, já tendo sido, inclusive, tombada pelo Estado.

Portanto, o herdeiro mais velho de Mário Cravo Jr. deve se comportar como guardião da memória do falecido pai, tendo o dever de respeitar as intenções expressas ou tácitas do saudoso artista plástico baiano. Para o exercício do direito moral *post mortem*, faz-se necessário um dever de fidelidade dos sucessores do autor falecido.

Ao cobrar do Município do Salvador o valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) a título de “direitos autorais”, o referido herdeiro age, com a devida vênia, com abuso de direito.

Como já explicado alhures, a obra *Fonte da Rampa do Mercado* já se encontra em domínio público. Sendo assim, ainda que o valor cobrado pelo herdeiro fosse ínfimo, não seria cabível a cobrança. Caso a obra não estivesse em domínio público – o que se admite apenas por amor ao debate –, o valor cobrado certamente seria considerado abusivo pelo Poder Judiciário.

Marco Antonio Lima Barberi, em sua tese de doutorado *A arte após a morte do artista: sucessão hereditária e direitos autorais*, aprovada em 2018 no Programa de PósGraduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR), sustenta, com razão, que há limites para o poder de herdeiros em direitos autorais. A tese defende que:

Em diversas situações, os herdeiros impedem a circulação dos bens herdados, em verdadeiro abuso de direito – em razão de exigências impertinentes, quase sempre de ordem econômica, para a necessária autorização de uso. Dão tratamento equivocado à obra herdada, impedindo a sociedade de exercer direito de acesso à obra – protegido pela ordem constitucional. (BARBIERI, 2018).

Ao analisar problemas enfrentados para a realização de uma mostra, afirma que os artistas vivos “sempre se mostravam voluntariosos e prestativos, além de demonstrarem grande apreço por este tipo de realização, já que suas obras encontrariam público”. Segundo Marco Antonio Lima Barberi, “infelizmente, alguns herdeiros são verdadeiras pedras no caminho. Talvez lhes falte o entendimento de que ser herdeiro não significa ser detentor de um direito absoluto. Que o cuidado com o espólio artístico não pode sufocar o acesso público em prol do puro e simples proveito econômico”.

A tese tece duas inquietantes indagações: *i*) será que os parentes são sempre as pessoas mais indicadas para zelar pelo legado de um artista?; *ii*) não se estaria cometendo um equívoco ao afirmarmos sempre que sim?

3.3 DA IMPOSSIBILIDADE DE SE UTILIZAR O PRECEDENTE DO RESP 1.422.699/SP – *DISTINGUISHING*

Repita-se, mais uma vez: a obra *Fonte da Rampa do Mercado* encontra-se em domínio público. Mas o herdeiro mais velho do artista Mário Cravo Jr. colacionou, no processo administrativo (fls. 5-11), um artigo jurídico da lavra do ministro do Superior Tribunal de Justiça Humberto Martins (2016), publicado no *site* Conjur. O referido ministro do Tribunal da Cidadania, que foi relator do REsp 1.422.699/SP, analisa, no referido artigo, um caso envolvendo uma artista plástica, mas que se difere do aqui analisado, conforme se demonstrará mais adiante.

Indubitavelmente, há distinção entre este caso concreto e o REsp 1.422.699/SP, que envolveu a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) e uma artista plástica – Eugênia da Silva – pela comercialização desautorizada da imagem de uma obra de sua autoria – Presépio de São José dos Campos – em dois milhões de selos postais de Natal.

Esse precedente do STJ tem suporte fático completamente diverso do caso concreto objeto deste parecer. O Município do Salvador não pretende comercializar dois milhões de cartões postais, selos ou miniaturas da obra *Fonte da Rampa do Mercado*, de autoria de Mário Cravo Jr. Pretende tão somente recompor a obra, que foi destruída por incêndio, a fim de restabelecer a paisagem urbana, homenageando, assim, o falecido criador intelectual, que poderá ter a sua obra pública mais famosa reinstalada no mesmo local onde se encontrava desde 1970.

4 CONCLUSÃO

A ilustre Diretora de Patrimônio e Humanidades da FGM, Milena Luísa da Silva Tavares, sugeriu, nos autos do processo administrativo (fl. 19), que fosse avaliada a possibilidade apontada pelo arquiteto e professor da UFBA Nivaldo Vieira de Andrade Júnior de realizar um concurso público para a criação de uma nova obra a ser instalada no local onde estava instalado o monumento *Fonte da Rampa do Mercado*.

Não concordamos com essa proposta do ilustre arquiteto e professor Nivaldo Vieira de Andrade Júnior. Pensamos que essa opção somente seria recomendável se fosse impossível a recomposição da obra de arte plástica. *In casu*, todavia, é perfeitamente possível e também lícita a recomposição da obra (sem necessidade de pagamento de direitos autorais a herdeiros do falecido autor, porquanto a obra encontra-se em domínio público).

A *Fonte da Rampa do Mercado* consiste em elemento simbólico da primeira capital do Brasil. Basta, portanto, o pagamento do serviço especializado para a recomposição do monumento.

Recomenda-se que Otávio Cravo, um dos filhos de Mário Cravo Jr., participe da recomposição do monumento, uma vez que ele participou da restauração ocorrida em 2001.

A intenção da municipalidade de reconstituir a obra consiste em prova inequívoca de respeito à memória do saudoso artista plástico Mário Cravo Jr., que, em vida, sempre demonstrou total interesse em ter sua obra *Fonte da Rampa do Mercado* exposta para o público brasileiro e internacional.

Ex positis, é desnecessária, sob o ponto de vista legal, uma prévia autorização de todos os herdeiros de Mário Cravo Jr. para a recomposição do monumento *Fonte da Rampa do Mercado*, não tendo qualquer respaldo jurídico a cobrança de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), a título de “direitos autorais”, feita por um dos herdeiros do saudoso artista, tendo em vista que a obra escultórica já se encontra em domínio público.

Salvador, 10 de agosto de 2020.

É o nosso parecer, s. m. j.

RODRIGO MORAES FERREIRA
Procurador do Município do Salvador
OAB-BA 16.590

REFERÊNCIAS

AMADO, Jorge. **Bahia de Todos os Santos**: guia das ruas e dos mistérios da cidade do Salvador. 16. ed. São Paulo: Livraria Martins Editora, p. 113.

AMINE, Jamile. **Direitos autorais são impasse para reconstrução de monumento de Mário Cravo**. Bahia Notícias, Cultura, 1º ago. 2020. Disponível em: <https://www.bahianoticias.com.br/cultura/noticia/38286-direitos-autorais-sao-impasse-para-reconstrucao-de-monumento-de-mario-cravo.html>. Acesso em: 6 ago. 2020.

BARBERI, Marco Antonio Lima. **A arte após a morte do artista**: sucessão hereditária e direitos autorais. 2018. (Tese de Doutorado). Programa de PósGraduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/>

handle/1884/57037/R%20-%20T%20-%20MARCO%20ANTONIO%20LIMA%20BERBERI.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 6 ago. 2020.

CÁMARA ÁGUILA, María del Pilar. **El derecho moral del autor. Con especial referencia a su configuración y ejercicio tras la muerte del autor**. Comares: Granada, 1998, pp. 374-375.

CARTÃO-POSTAL de Salvador, monumento feito por Mário Cravo júnior é destruído pelo fogo. **G1 Bahia**, 21 dez. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/ba/bahia/noticia/2019/12/21/incendio-destroi-monumento-feito-por-mario-cravo-junior-no-bairro-do-comercio-em-salvador.ghtml>. Acesso em: 6 ago. 2020.

CARVALHO SANTOS, J. M. de. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. Direito das Coisas (arts. 554-673). Volume VIII. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1953, p. 455-456.

CARYBÉ. **Coleção “As Sete Portas da Bahia”**. A Rampa do Mercado. Textos e desenho de Carybé. Posfácio de Jorge Amado. Salvador: Pan ArtWorks, 2014.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Obras póstumas e direito de autor. *In*: SIMÃO, José Fernando; BELTRÃO, Silvio Romero (Coord.). **Direito Civil**: estudos em homenagem a José de Oliveira Ascensão. Volume 1. São Paulo: Atlas, 2015, p. 488-512.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**: volume 4. São Paulo, Saraiva, 2006, p. 341.

DURRANDE, Sylviane *et al.* **Code de la Propriété Intellectuelle annoté & commenté**. 17. ed. Paris: Dalloz, 2017, p. 119-121.

IPHAN. Embarcações tradicionais recebem o reconhecimento como bens do patrimônio cultural do país. **Notícias**, 10 dez. 2010. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/se/noticias/detalhes/3158/embarcacoes-tradicionais-recebem-o-reconhecimento-como-bens-do-patrimonio-cultural-do-pais>. Acesso em: 6 ago. 2020.

MACHADO, Cassiano Elek. Diário arquivado – para decepção dos pesquisadores de Guimarães Rosa, seus herdeiros impedem a publicação de cartas e anotações do autor de *Sagarana*. **Piauí**, dez. 2006. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/materia/diario-arquivado/>. Acesso em: 4 mai. 2020.

MARTINS, Humberto. Considerações sobre o direito do autor de obras de arte (parte 1). **Conjur**, 28 nov. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-28/direito-civil-atual-consideracoes-direitos-autor-obra-arte-parte>. Acesso em: 6 ago. 2020.

MONUMENTO a Clériston Andrade, obra de Mário Cravo Jr., pega fogo. **G1 Bahia**, 20 out. 2013. Disponível em: <http://g1.globo.com/bahia/noticia/2013/10/monumen>

to-cleriston-andrade-obra-de-mario-cravo-jr-pega-fogo.html. Acesso em: 6 ago. 2020.

MORICONI, Italo (Org.). **Os cem melhores contos brasileiros do século**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2000, p. 12.

OLIVEIRA, André Luiz; AMAURY. A Fonte. **YouTube**, 1 dez. 2015. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ZR20ji4bIss>. Acesso em: 6 ago. 2020.

REBELLO, Luiz Francisco. **Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos**. 3. ed. Lisboa: Âncora Editora, 2002, p. 118.

ROGEL VIDE, Carlos (Org.). **En torno a los derechos morales de los creadores**. Madri: Reus e AISGE, 2003.

SILVA, Cássio Luiz Ribeiro. **A arte escultórica no contexto urbano de Salvador**: simbologia, memória e preservação. 2014. 257 f. Orientador: Prof. Dr. Mário Mendonça de Oliveira. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Arquitetura, Universidade Federal da Bahia, 2014.

SOUZA, Nilton. **Baía de Todos-os-Saveiros**. Salvador: Nilton Souza Fotografias, 2011, p. 10.

VIVANT, Michel; BRUGUIÈRE, Jean-Michel. **Droit d'auteur et droits voisins**. 4. ed. Paris: Dalloz, 2019, p. 964.

