ISSN 2236-3726

Revista da PGM

Procuradoria-Geral do Município de João Pessoa

Nº 05

2016-2017

PREFEITO
Luciano Cartaxo

VICE-PREFEITO
Nonato Bandeira

PROCURADOR GERAL DO MUNICÍPIO
Adelmar Azevedo Régis

CHEFE DO CENTRO DE ESTUDOS GRIMALDI GONÇALVES DANTAS
Alex Maia Duarte Filho

CONSELHO EDITORIAL
Alex Maia Duarte Filho
Eduardo Marques de Lucena
Ravi de Medeiros Peixoto
Thiago Luiz Barreto Mendes Braga

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE JOÃO PESSOA

Procurador Geral do Município
Adelmar Azevedo Régis

Procurador Geral Adjunto do Município
Francisco de Assis Alves Freire

Chefe de Gabinete da Procuradoria Geral do Município
José Paulino Costa Neto

Corregedor da Procuradoria Geral do Município
Leonardo Teles de Oliveira

Chefe do Centro de Estudos Grimaldi Gonçalves Dantas
Alex Maia Duarte Filho

Procuradoria Judicial – PROJUD
Ravi de Medeiros Peixoto (Chefe)
Aderaldo Cavalcanti da Silva Junior
Alex Maia Duarte Filho
Nubia Athenas Santos Arnaud
Thyago Luiz Barreto Mendes Braga

Procuradoria Consultiva - PROCONSULT
Thaciano Rodrigues de Azevedo (Chefe)

Procuradoria Administrativa - PROAD
Rafael de Lucena Falcão (Chefe)
Leonardo Teles de Oliveira

Procuradoria Patrimonial - PROPAT
Sergio de Melo Dantas Junior (Chefe)
Antônio Fernando de Amorim Cadete
Leon Delácio de Oliveira e Silva

Procuradoria Fiscal – PROFISC
Livia Meira Toscano Pereira (Chefe)
Cintia Leitão Bernardo
Francisca Andreza Alves
Julyana Perreli de Ayalla Doria
Marcelle Guedes Brito
Monique Rodrigues Gonçalves Monteiro

MENSAGEM DO PREFEITO

Mais uma edição da *Revista da Procuradoria Geral do Município de João Pessoa é* lançada e distribuída no meio jurídico em nossa gestão, servindo como importante veículo de divulgação da cultura jurídica.

Gostaria de parabenizar os autores de todos os artigos jurídicos que a compõem, pela atualidade dos temas e elevada qualidade do material publicado, bem como aos procuradores responsáveis pela realização desta erudita edição.

De extrema pertinência a fotografia que estampa a capa da revista, do novo Parque da Lagoa, verdadeiro símbolo da cidade de João Pessoa, que foi reinaugurado e devolvido à sociedade pessoense, em 12 de junho do ano em curso, após quase dois anos de obras. O espaço, cravado no Centro de nossa cidade, passou a contar com 12 novas praças, ciclovias, 14 quiosques e equipamentos como a pista de *cooper*, de skate, muro de escalada, academia da saúde, píer flutuante e um *deck* para contemplação. Como fiz questão de frisar na inauguração da obra, o Parque Solón de Lucerna é o coração da cidade, a porta de entrada do Centro Histórico, que guarda nosso passado e nos faz pensar no futuro. O novo Parque da Lagoa representa um conjunto de ações e investimentos que está rejuvenescendo, renovando, revitalizando, fazendo renascer um recanto que diz muito do que a nossa cidade é. E do que ela quer ser.

Fico feliz, por visualizar que a Procuradoria Geral do Município continua a colaborar imensamente com a gestão, não ficando limitada à representação do Município de João Pessoa em juízo ou fora dele, mas exercendo um papel fundamentalmente preventivo, mediante atividade consultiva, como órgão de balizamento e orientação jurídica, sempre de forma proativa, permitindo o êxito do Município com relação à implementação de políticas públicas tão esperadas pela sociedade.

LUCIANO CARTAXO
Prefeito de João Pessoa - PB

APRESENTAÇÃO

É com imensa satisfação que apresentamos à comunidade jurídica esta 5ª Edição da *Revista da Procuradoria Geral do Município de João Pessoa*.

A presente edição, contendo treze brilhantes artigos, escolhidos criteriosamente dentre aqueles cujos temas apresentam grande importância prática e/ou fazem discussão teórica consistente, é integralmente custeada com recursos do Fundo de Gestão, Desenvolvimento e Modernização da Procuradoria Geral do Município de João Pessoa – FUNDERM, que cumpre sua função legal, no escopo maior de valorizar o debate acadêmico e produzir conhecimento, construindo e divulgando a melhor doutrina.

A edição é organizada pelo Centro de Estudos Grimaldi Dantas, órgão a quem a legislação municipal confere atribuições bastante relevantes, tais como o aperfeiçoamento intelectual e cultural dos servidores da Procuradoria Geral do Município e a divulgação de matérias doutrinárias e jurisprudenciais de interesse do Município. O perene incentivo à produção doutrinária que vem sendo feito é fundamental, para que os profissionais estejam sempre em contato com a realidade dinâmica. Afinal, é na obra de juristas que se encontram a origem de inúmeras disposições de lei e a inspiração de julgados que inovam e aperfeiçoam o direito, na sua busca perpétua pela justiça.

Sempre propalamos que queríamos a *Revista da Procuradoria Geral do Município de João Pessoa* dentro do seleto grupo das mais qualificadas publicações da Paraíba e que iríamos envidar todos os esforços possíveis para alcançar esta importante meta. Como dizem

os italianos, FRA IL DIRE ED IL FARE C´È DI MEZZO IL MARE! Assim, para diminuir a distância amazônica entre o muito dizer e o nada fazer, só nos restava o caminho do trabalho incansável, e, hoje, fruto deste esforço coletivo, temos mais uma edição de uma revista de conteúdo muito rico e com no mínimo duas edições anuais.

Que a *Revista da Procuradoria Geral do Município de João Pessoa* se solidifique cada dia mais como um canal de conhecimento e de divulgação de ideias.

Procuradoria Geral do Município de João Pessoa, em 04 de outubro de 2016.

ADELMAR AZEVEDO RÉGIS

Procurador Geral do Município

EDITORIAL

Chegamos ao lançamento da 5ª Edição da Revista da PGM, um dos projetos mais bem sucedidos e aguardados na Procuradoria do Município de João Pessoa, capitaneada pelo Procurador Geral Ademar de Azevedo Régis.

A consolidação da nossa revista tem como marca a promoção e o incentivo do debate técnico, científico e acadêmico dentro da nossa Procuradoria, através do Centro de Estudos Grimaldi Gonçalves Dantas, buscando que as novas teses e doutrinas sejam incorporadas na rotina diária de nossa Procuradoria.

Com isso, neste momento de crise política e financeira por qual passa nosso país, a Procuradoria de João Pessoa tem procurado contribuir e incentivar com a racionalização da Administração Pública, de modo que as demandas de massa sejam solucionadas com maior eficiência e com respeito aos direitos e garantias de todos os cidadãos.

Assim, agradecendo a contribuição de todos os profissionais envolvidos, o Conselho Editorial convida a todos a conhecer esta 5° Edição da Revista da PGM-JP.

ALEX MAIA DUARTE FILHO
Procurador Chefe do Centro de Estudos da Procuradoria
"Grimaldi Gonçalves Dantas"

SUMÁRIO

O trânsito em julgado da decisão omissa em relação aos honorários advocatícios: soluções possíveis, a adotada pelo CPC/2015 e as suas conseqüências - *Ravi Peixoto* / **11**
1. Introdução / 12
2. Teoria dos Capítulos de Sentença **/ 12**
2.1. Especificamente os pedidos implícitos na teoria dos capítulos de sentença **/ 14**
3. Decisão Omissa e os Meios para a sua Sanação **/ 16**
4. Meios de Sanar a Omissão da Decisão de Honorários Transitada em Julgado: Um Ponto de Vista a Partir do CPC/1973 **/ 19**
5. A Solução Proposta pelo CPC/2015 **/ 25**
6. Aspectos Relevantes da Ação para a Cobrança dos Honorários **/ 27**
7. Conclusão **/ 29**

A democratização do controle concentrado de constitucionalidade através da audiência pública - *Rayanne Odila Ribeiro do Nascimento* / **31**
1 Introdução **/ 33**
2 O Regime Democrático na Constituição Brasileira de 1988: A Democracia Participativa **/ 34**
3 O Judiciário e o Controle de Constitucionalidade Frente à Sociedade Brasileira **/ 41**
4 Por um Controle de Constitucionalidade Democrático: A Audiência Pública **/ 51**
5 Considerações Finais **/ 61**

A lógica do razoável de recaséns siches e sua aplicabilidade pelo judiciário brasileiro - *Bruna Barletta* / **66**
1. Introdução **/ 67**
2. Luis Recaséns Siches **/ 67**
3. O Contexto Histórico que Embasou o Surgimento da Lógica do Razoável **/ 68**
4. A Lógica do Razoável **/ 71**
5. Breve Análise da Jurisprudência Brasileira Atual **/ 78**
6. Conclusão **/ 81**

A tributação do consumo de subsistência: meios para promoção da dignidade do ser humano através da seletividade tributária - *Isabelle Jaíne Gonçalves Lírio - Stephane Hilda Barbosa Lima* / **84**
1 Introdução **/ 85**
2 Regressividade Sobre a Tributação do Consumo de Subsistência **/ 87**
2.1 Justiça Fiscal consagrada na Constituição Federal de 1998 **/ 90**
2.2 Direitos fundamentais do contribuinte e as ações promovedoras da dignidade da pessoa humana **/ 95**

2.3 Princípio da seletividade sobre os produtos do consumo de subsistência / **98**
3 Intervenção do Judiciário para Aplicaçao da Seletividade Tributária e Efeticação dos Direitos Fundamentais dos Contribuintes / **101**
Conclusão / **106**

Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no Direito brasileiro: aproximações e distinções - *Fredie Didier Jr. - Hermes Zaneti Jr.* / **110**
1. Nota Introdutória / **112**
2. Conceito de Processo Coletivo / **112**
3. Instrumentos para a Tutela das Situações Jurídicas Coletivas no Direito Brasileiro: A Ação Coletiva e o Incidente de Julgamento de Casos Repetitivos / **115**

Tributo como desenvolvimento sustentável - Taxes as sustainable development - *Renata Calumbi Nóbrega Branco* - Ruggery Meira Navarro Ribeiro / **122**
Introdução / **124**
Pressupostos do Financiamento da Sociedade no Estado Promotor do Desenvolvimento / **124**
O Dever de Pagar Tributos e o Custo dos Direitos / **128**
Tributo e Desenvolvimento Sustentável / **130**
Considerações Finais / **134**

A operação de crédito internacional entre o município de joão pessoa e o banco interamericano de desenvolvimento - *Leon Delácio de Oliveira e Silva* / **138**
I. Introdução / **139**
II. Desenvolvimento / **141**
II.1. Direito à cidade sustentável / **141**
II.2. Protagonismo dos Municípios no Planejamento Urbano Sustentável / **144**
II.3. O Federalismo Fiscal Brasileiro e a Dependência Financeira dos Municípios / **147**
II.4. Os Empréstimos Internacionais para Projetos que Promovam o Planejamento Urbano e a
Sustentabilidade / **149**
II.5. O Programa Iniciativa de Cidades Emergentes e Sustentáveis – (ICES) do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) / **152**
III. Conclusão / **155**

Aspectos gerais sobre a terceirização de mão de obra e a fixação dos limites na responsabilização da administração pública sob a ótica da súmula 331 do tst. - *Daniel Azevedo de Oliveira Maia* / **160**
1. Introdução / **161**
2. Aspectos Gerais da Terceirização / **162**
2.1. A Terceirização no Brasil: Evolução Histórica / **163**
2.2. Delimitações Conceituais / **166**

3. A Terceirização na Administração Pública sob os Moldes da Súmula 331 do TST e os Limites da Responsabilidade pelas Verbas Trabalhistas / **169**
4. Conclusão / **176**

O Princípio da Primazia da Resolução do Mérito E O Novo Código de Processo Civil - *Alexandre Freitas Câmara* / **178**
1. O Direito Fundamental ao Exame do Mérito / **179**
2. O Princípio da Primazia da Resolução do Mérito como Norma Fundamental do Processo Civil / **180**
3. Regras de Aplicação do Princípio da Primazia da Resolução do Mérito no Novo CPC / **183**
4. Conclusão / **188**

Do Direito Fundamental à Prova como Manifestação do Acesso à Justiça - *Paloma Costa Andrade - Samara De Oliveira Pinho* / **190**
Introdução / **192**
1 Repasse Sobre o Desenvolvimento Teórico-Histórico dos Direitos Fundamentais / **193**
1.1 Delimitação Conceitual / **194**
1.2 Construção Histórica / **196**
2 As Dimensões dos Direitos Fundamentais / **199**
3 Do Direito à Prova e seu *Status* Fundamental / **202**
3.1 Prova: Natureza Jurídica, Acepção e Objeto / **202**
3.2 O Fundamento Internacional sob a Perspectiva da Constituição Federal / **204**
3.3 A Fundamentalidade do Direito à Prova na Teoria dos Direitos Fundamentais / **205**
4 Manifesto do Acesso à Justiça: Elemento de Ação e Defesa / **209**
Considerações Finais / **211**
Incidencia do ISS Sobre as Sociedades Uniprofissionais com Análise Específica sobre a Sociedade de Advogados - *Julyana Perrelli De Ayalla Doria* / **217**
1. Introdução / **218**
2. Sociedades Uniprofissionais: Conceito e Caracterização / **221**
3. Elementos Objetivos para Descaracterização da Sociedade como Uniprofissional / **228**
3.1 Cópia do Estatuto Social: / **228**
3.2 Quantidade de Serviço Prestado / **229**
3.3 Terceirização do Serviço Fim: / **229**
3.2 Existência de Sócio que não Presta Serviço Pessoalmente / **229**
3.3 Número Excessivo de Empregados / **230**
3.4 Existência de Filiais, Agências, Sucursais e Postos de Coleta, ou qualquer outro Estabelecimento Descentralizado / **230**
3.5 Exploração de mais de uma Atividade de Prestação do Serviço / **230**
4. Análise Específica quanto a Sociedade de Advogados / **231**
5 Conclusão / **239**

Execução de Crédito Tributário na Justiça Federal: Uma Análise Crítica - *Thiago Nóbrega Tavares* / **242**
1) Introdução / **243**
2) Congestionamento de Ações a Dificultar o Funcionamento do Judiciário / **245**
3) Alto Custo do Processo como fator Inviabilizante da Fase Executória Fiscal Perante a Justiça Federal / **249**
4) Tempo Decorrido Excessivo a Onerar o Estado e Prejudicar a Sociedade / **259**
5) Valores Cobrados *Versus* Valores Areecadados: Distanciamento da Realidade / **267**
6) Considerações Finais / **269**

Limites na Aferição da Capacidade Técnico-Operacional na fase de Habilitação do Procedimento Licitatório: Incompatibilidade entre a CNAE e o Objeto Licitado - *Leonardo Teles De Oliveira* / **275**
1. Introdução / **277**
2. Fase de Habilitação. Comprovação da Capacidade Técnico-Operacional para Executar o Objeto Licitado. Exigências Previstas na Lei de Licitações. Limites Impostos / **278**
3. Necessidade de Compatibilidade da Atividade Descrita na CNAE e o Objeto Licitado na Análise da Habilitação. Posição do Tribunal de Contas da União - TCU. Caso Prático / **285**
4. Conclusão / **299**

Tribunal de Contas: Provimento de Recurso de Revisão e Efeitos no Processo de Execução em Curso - *Thaciano Rodrigues De Azevedo* / **302**
1. Introdução / **303**
2. Do Dever de Executar os Acórdãos das Cortes de Contas / **305**
3. Momento do Trânsito em Julgado Administrativo. Recurso de Revisão: Ação Rescisória na Processualística dos Tribunais de Contas / **307**
4. Efeitos do Provimento do Recurso de Revisão na Execução em Curso / **312**
5. Honorários Advocatícios. Princípio da Causalidade: Art. 85, § 10, Novo CPC / **314**
6. Conclusão / **318**

Uma Proposta de Controlabilidade das Decisões Jurídicas: Método da Proporcionalidade - *Fábio Vinícius Maia Trigueiro - Keylla Dos Anjos Melo* / **321**
1. Introdução / **323**
2. Metódica da Proporcionalidade / **326**
3. Considerações Finais / **349**

O TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO OMISSA EM RELAÇÃO AOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS: SOLUÇÕES POSSÍVEIS, A ADOTADA PELO CPC/2015 E AS SUAS CONSEQUÊNCIAS

RAVI PEIXOTO [1]

Sumário*: 1. Introdução – 2. Teoria dos capítulos de sentença - 2.1.Especificamente os pedidos implícitos na teoria dos capítulos de sentença – 3. Decisão omissa e os meios para a sua sanação - 4. Meios de sanar a omissão da decisão de honorários transitada em julgado: um ponto de vista a partir do CPC/1973 – 5. A solução proposta pelo CPC/2015 – 6. Aspectos relevantes da ação para a cobrança dos honorários – 7. Conclusão*

Resumo: *O presente artigo tem por objetivo o estudo sobre as soluções existentes no caso de decisão omissa sobre os honorários advocatícios que tenha transitado em julgado. Sob a égide do CPC/1973, o tema era bastante polêmico na doutrina e na jurisprudência, tendo sido resolvido pelo CPC/2015. Havendo posicionamento legislativo, cabe agora outro desafio, que é o estudo das consequências do cabimento de uma ação própria para a cobrança dos honorários.*

Palavras-chave: *Honorários advocatícios. Decisão omissa. Trânsito em julgado. Ação própria.*

---

[1] Mestre em Direito pela UFPE. Membro da ANNEP, do CEAPRO, da ABDPRO e do IBDP. Procurador do Município de João Pessoa. Advogado. E-mail: ravipeixoto@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

De acordo com o art. 85, do CPC/2015, a sentença condenará o vencido a pagar honorários advocatícios ao advogado do vencedor. Assim, há verdadeiro dever na condenação em honorários, nos termos do princípio da causalidade. Ocorre que, por vezes, a sentença é omissa sobre o tema, não havendo a referida condenação.

Sob o prisma do CPC/1973 há forte polêmica doutrinária e jurisprudencial do que deve ser feito nos casos em que essa omissão não é sanada até o momento do trânsito em julgado. Existem basicamente quatro correntes: a) há formação da coisa julgada implícita pela improcedência; b) promoção de liquidação de sentença para o arbitramento de honorários; c) é possível o ajuizamento de ação própria com o objetivo de cobrar esses valores e d) bastaria mera petição para que houvesse decisão sobre o tema. O CPC/2015 adota expressamente a terceira corrente.

O objetivo deste artigo é, partindo da fixação de algumas premissas, analisar criticamente as quatro correntes identificadas e, posteriormente, a adotada pelo CPC/2015 e as consequências desse novo posicionamento.

2. TEORIA DOS CAPÍTULOS DE SENTENÇA

A teoria dos capítulos da sentença indica a possibilidade de que cada decisão seja formada por quantos capítulos quantas forem as decisões. Basta que cada uma possa ser considerada como uma *unidade elementar autônoma*, em termos de requerer uma deliberação específica para que possa ser considerada capítulo de sentença. Este capítulo

pode ter natureza material ou processual, sendo irrelevante que possa ser alvo de processo autônomo.[2]

Para a análise do referido ensaio, importa analisar os tipos de capítulos no que toca à relação de dependência ou independência entre eles.

O primeiro caso é o dos capítulos independentes, assim considerados pelo fato de poderem ser alvo de ações autônomas, havendo apenas eventual junção destes em ação processual única.[3] Em geral, são representados pelos casos da cumulação simples de pedidos.

Os capítulos dependentes seriam aqueles que teriam sua análise vinculada, subordinada a outro. Um exemplo seria o dos juros legais, os quais só são devidos e analisados se o pedido principal for acolhido, assim, a sua análise estaria vinculada e determinada pela análise do capítulo condicionante. Não sendo provido o capítulo principal, os juros seriam *implicitamente* rejeitados, restando prejudicada a sua análise. Como bem afirma Costa Fernandes, essa "dependência decorre da impossibilidade lógica de subsistir determinado capítulo quando um outro tiver sido negado"[4] .

Para tratar de capítulos condicionantes e dependentes, é necessário formular um exemplo: se A entra com uma demanda realizando uma cumulação de pedido onde há um principal e um sucessivo, por exemplo, realizando um pedido de reconhecimento de paternidade e o de alimentos. O pedido de reconhecimento de paternidade será o condicionante,

---

2 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 34. A construção da teoria dos capítulos no direito brasileiro adveio do desenvolvimento teórico realizado por Enrico Tullio Liebman em famoso ensaio: LIEBMAN, Tullio. "Parte" o "capo" di sentenza. *Rivista di diritto processuale civile.* Pádua: Cedam, 1964, v. XIX.

3 Cândido Rangel Dinamarco, ao tratar do significado de autonomia dos capítulos lhe concede dois significados, quais sejam a) a possibilidade de que cada um deles seja objeto de um processo separado e b) a possibilidade de regência de cada um deles por pressupostos próprios. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*... cit., p. 43). No entanto, para evitar confusões de nomenclatura, utiliza-se a conceituação de autonomia para a segunda possibilidade, deixando, para o primeiro, a nomenclatura de capítulos independentes.

4 COSTA FERNANDES, Marcus Vinicius Tenorio da. *Capítulos de sentença.* Dissertação de Mestrado: USP, 2002, p. 74.

pois condiciona a análise do pedido de alimentos, no sentido de que este só será analisado se o primeiro for provido.

Portanto, percebe-se que o capítulo condicionante pode impedir ou determinar o julgamento do capítulo dependente, ou seja, ele pode ser preliminar ou prejudicial,[5] havendo uma relação de dependência do dependente para com o condicionante. São geralmente representados pela cumulação sucessiva, pela subsidiária e ainda pelos denominados "pedidos implícitos".

Pode ainda haver uma cisão quantitativa, ou seja, em uma pretensão formalmente única, caso esta seja suscetível de divisão, de contagem numérica, em especial, em dinheiro.

2.1. Especificamente os pedidos implícitos na teoria dos capítulos de sentença

Em geral, o pedido há de ser certo (art. 322, CPC/2015) e, muito embora se admita a sua interpretação, de acordo com o princípio da boa-fé (§2º, do art. 322, CPC/2015) não deve o magistrado considerar pedidos que não foram formulados (art. 490, CPC/2015). Por exemplo, se a parte requer tão somente danos materiais, não pode presumir o magistrado que veio a requerer a parte, também, os danos morais. Seria uma violação tanto do princípio dispositivo, como do direito ao contraditório e a ampla defesa do réu, que não teria tido oportunidade de discutir um pedido não requerido pela outra parte.

No entanto, a necessidade de o pedido ser certo, expresso, comporta exceções. Há uma categoria que parcela da doutrina denomina de pedidos implícitos, que seriam aqueles que devem ser considerados pelo magistrado a despeito de não haver menção a eles nos arrazoados das

---

5 Sobre esses conceitos, cf.: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Tese de livre docência. Rio de Janeiro: 1967.

partes.[6] Assim, mesmo que haja omissão das partes, há o dever de o magistrado considerar aquele direito da parte em sua decisão. Destaque-se, por outro lado, que essa denominação é criticada por parcela da doutrina afirmando que, nessas hipóteses, não há pedido, "mas apenas autorização da lei para que o juiz, em determinados casos, possa infringir a regra da inércia e da congruência, deferindo tutela não demandada pelas partes".[7] De qualquer forma, essa nomenclatura será utilizada por estar consagrada e por não haver nomenclatura diversa para essas tutelas que prescindem de requerimento das partes.

Independente da nomenclatura, consideram-se incluídos nessa categoria, dentre outras hipóteses, os honorários advocatícios (§1º, do art. 322, do CPC/2015),[8] as despesas processuais (§1º, do art. 322, do CPC/2015), a correção monetária (§1º, do art. 322, do CPC/2015), a condenação referente às prestações sucessivas nas ações que tenham por objeto o cumprimento de obrigações de trato sucessivo (art. 323, do CPC/2015) etc.

Esses "pedidos", enquanto inseridos na teoria dos capítulos de sentença possuem sempre um caráter condicionado ao direito material. Assim, os honorários e as despesas processuais são dependentes do princípio da causalidade, em geral, decorrente da vitória acerca do pedido relacionado ao direito material,[9] a condenação ao pagamento de pres-

---

6 CARVALHO, Milton de Paulo. *Do pedido no processo civil*. Porto Alegre: SAFE, 1992, p. 101-102.

7 MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação no processo civil*: relações entre a demanda e a tutela jurisdicional. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 141-142.

8 Esse entendimento é adotado pela jurisprudência pátria desde o período de vigência do CPC/1939, consoante se infere do enunciado n. 256 da jurisprudência dominante do STJ, que assim dispõe: "É dispensável pedido expresso para condenação do réu em honorários, com fundamento nos arts. 63 ou 64 do Código de Processo Civil".

9 Sobre o tema, demonstrando que nem sempre a condenação de honorários está relacionada com o vitorioso na demanda, cf.: CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Honorários de sucumbência e princípio da causalidade. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, v. 23, 2005.

tações sucessivas ao acolhimento do pedido condenatório relativo às parcelas anteriores.

Caso o pedido condicionante não seja acolhido, o condicionado, de certa forma, mesmo que a ele não haja menção, sequer será analisado. Se a parte for sucumbente, não terá direito aos honorários e, se teve o pedido condenatório rejeitado, não há necessidade de menção às prestações sucessivas. Mesmo que tenha havido requerimento expresso nas petições das partes, não se deve considerar omissa decisão que não analisa o pedido condicionante. Seria até redundante admitir o cabimento de eventual embargos de declaração para requerer o óbvio, qual seja, a mera declaração de que aquele pedido sequer precisará ser analisado pela relação de dependência entre os pedidos.

Nos casos em que eles devem ser considerados na sentença, há verdadeiro dever a que o magistrado os analise. Em não o fazendo, haverá o que se denomina de *omissão ontológica indireta*, em que o ato judicial deixa de se manifestar sobre questão que, a despeito de não ser suscitada pelas partes, deve ser considerada pelo magistrado.[10] Nessas situações abre-se o caminho para o cabimento dos embargos de declaração, nos termos do art. 1.022, II, do CPC/2015.[11]

3. DECISÃO OMISSA E OS MEIOS PARA A SUA SANAÇÃO

O estudo da decisão omissa precisa partir inicialmente da consideração de que a omissão pode ocorrer em cada um dos elementos das

---

10 MAZZEI, Rodrigo. Embargos de declaração e a omissão indireta (matérias que devem ser resolvidas de ofício, independentemente de arguição prévia pelo interessado). Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, v. 399, set./out.-2008, p. 173. Com a mesma conclusão, muito embora sem fazer referência à terminologia mencionada, cf.: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. V, p. 553.

11 Art. 1021. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para: (...) II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento

decisões e cada uma delas prova consequências diversas. Assim, a omissão pode ocorrer no relatório, na fundamentação e no dispositivo.

A omissão de relatório, por mais que este elemento ganhe importância na teoria dos precedentes,[12] não parece gerar defeito apto a causar a anulação da referida decisão.[13] Não parece adequada a decretação de nulidade da decisão caso esteja adequadamente fundamentada e devidamente decidida pela ausência do relatório. De fato, tal situação irá dificultar sua utilização como precedente, mas não implica na existência de defeito apto a gerar a decretação de nulidade.

Na fundamentação, a omissão pode ocorrer de três formas. Na primeira, simplesmente não há nenhuma fundamentação na decisão, na segunda, tem-se omissão parcial, em que o juiz não analisa alguma questão de fato ou de direito, aqui entendida como ponto duvidoso relevante para a composição do litígio[14] e, na terceira, tem-se omissão quanto aos argumentos relevantes utilizados pelas partes para cada uma das questões de fato e de direito. Há de se apontar a grande valorização desse aspecto da decisão pelo CPC/2015 ao destacar, no §1º, do art. 489 o que se considera uma decisão não fundamentada. Em qualquer dos casos, tem-se um vício no plano da validade, podendo levar à decretação de nulidade da decisão por meio da ação rescisória.[15]

---

12 CUNHA, Leonardo Carneiro da. Recursos repetitivos. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O processo em perspectiva*: jornadas brasileiras de direito processual. São Paulo: RT, 2013, p. 257; TAVARES JÚNIOR, Eraldo Ramos. Juizados especiais, precedente judicial e a importância do relatório: uma homenagem a esse desprestigiado elemento da sentença. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 222, 2013.

13 Em sentido contrário, cf.: MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. V, p. 67.

14 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutro processo. *Temas de direito processual* – 2ª série. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 244.

15 DIDIER JR., Fredie. Sobre a fundamentação da decisão judicial. CARVALHO, Milton de Paulo (coord). *Direito processual civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 267-269; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. V, p. 66-67.

A ausência de dispositivo na decisão, por sua vez, implica na inexistência desta. Ou seja, mesmo que haja relatório e fundamentação, a ausência de dispositivo implica na inexistência jurídica da decisão.[16] Como destaca a doutrina, "É no dispositivo que reside o comando que caracteriza a sentença. Sentença sem dispositivo é ato inexistente – deixou de haver sentença".[17] Caso essa omissão seja parcial, o ato em si deve ser considerado existente, no entanto, considerando a teoria dos capítulos de sentença, cada capítulo omisso será juridicamente inexistente.

Em qualquer um dos casos, o meio com maior aptidão para sanar o vício de forma imediata são os embargos de declaração. O problema surge quando o processo transita em julgado, não havendo mais prazo para recurso. No caso do relatório, não haveria nenhum instrumento apto a solucionar a existência do defeito e, no caso da fundamentação, é possível, em certas hipóteses, a admissão do cabimento da ação rescisória.

O grande problema, e que será alvo de estudo específico neste artigo, com mais detalhamento no que trata a questão dos honorários advocatícios é qual o remédio jurídico processual apto a sanar omissão no dispositivo. Neste texto, será feita inicialmente uma análise da atual situação da temática a partir do CPC/1973 e, posteriormente, ponderações críticas da solução proposta pelo CPC/2015.

---

16 GOMES, Danilo Heber. *Ato processual (in)existente*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 102.

17 SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao código de processo civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. IV, p. 402. Estranhamente, o mesmo autor indica que a sentença *citra petita* seria "ineficaz e nula" (p. 403). De fato, a sentença *citra petita* existe, mas aquele capítulo não decidido será inexistente. De qualquer forma, não parece adequado falar em nulidade ou ineficácia. O que se tem é ausência de parcela da decisão. Nesse caso a decisão "precisa ser integrada e não invalidada; não se pode invalidar o que não existe". (DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de direito processual civil*. 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014, v. 2, p. 316). Como destaca Pontes de Miranda, "Para algum ato jurídico ser deficiente, isto é, para que seja deficitário, é preciso que *seja*". (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000, t. IV, p. 41).

4. MEIOS DE SANAR A OMISSÃO DA DECISÃO DE HONORÁRIOS TRANSITADA EM JULGADO: UM PONTO DE VISTA A PARTIR DO CPC/1973

Sob o prisma do Código de Processo de 1973, podem ser destacadas quatro correntes. A primeira defende que, havendo omissão na fixação dos honorários e o posterior trânsito em julgado do processo, há produção de coisa julgada sobre o tema; a segunda admite a promoção de liquidação de sentença para o arbitramento de honorários; a terceira, aparentemente majoritária na doutrina, adota o entendimento de que, nessa hipótese, seria possível o ajuizamento de ação posterior para a definição de sua cobrança; e uma quarta admite a possibilidade de mera petição no processo para que o juiz em questão decida sobre o tema.

Será feita uma análise crítica de cada uma delas.

De acordo com o STJ, em entendimento consolidado no enunciado n 453 da sua jurisprudência dominante, "Os honorários sucumbenciais, quando omitidos em decisão transitada em julgado, não podem ser cobrados em execução ou em ação própria".[18] Em outras palavras, de acordo com o STJ, caso não haja a condenação em honorários, a parte deverá opor embargos de declaração e, não o fazendo e a decisão transitar em julgado, o capítulo referente aos honorários será acobertado pela eficácia da coisa julgada material. Haveria, assim, coisa julgada implícita pela improcedência do pedido de honorários.

Não seria possível o ajuizamento de ação posterior, visando tal cobrança e nem a quantificação do valor durante o processo de execu-

---

18 Entendimento semelhante já foi adotado pelo STF: STF, Tribunal Pleno, ACO 493 AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 11/02/1999, DJ 19/03/1999.

ção. Em tese, o único remédio cabível seria a ação rescisória por violação de literal dispositivo de lei.[19]

Para que se possa fazer uma crítica adequada nesse ponto, impõe-se a discussão prévia sobre a possibilidade da coisa julgada implícita sobre algum pedido e, mais ainda, em que casos poderia ser admitida.

Fez-se referência à teoria dos capítulos de sentença e os seus tipos de capítulos. No caso dos capítulos independentes, não há relação lógica entre eles, ou seja, a procedência de um não necessariamente influencia na do outro capítulo. Não há a possibilidade de o julgamento de um gerar, automaticamente, a (im)procedência do outro.

No entanto, no caso dos capítulos condicionantes e dependentes, a relação é diversa. Em uma cumulação sucessiva, a exemplo de uma situação em que o autor requer a resolução do compromisso de compra e venda e a reintegração do promitente vendedor na posse do imóvel, caso o primeiro pedido seja julgado improcedente, não há necessidade a que o magistrado analise o posterior. Como destacado por Barbosa Moreira, "desde que a sentença julgue improcedente o pedido logicamente subordinante, tanto basta para que se tenha como fundamentada a rejeição também do pedido logicamente subordinado".[20] Assim, mesmo que não haja menção ao pedido dependente, ele deve ser considerado rejeitado de forma implícita, não se podendo considerar que a decisão é *infra petita*.

---

19 Esse é o posicionamento de Pontes de Miranda, que defende a impossibilidade de ação posterior de cobrança, pois deve ser entendido que o juiz deixou de aplicar a regra legal que impõe a condenação em honorários, sendo a ação rescisória o único remédio jurídico apto a corrigir esse defeito. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. I, p. 394, 397).De forma semelhante: CAHALI, Yussef Said. *Honorários advocatícios*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2011, p. 83-85; DELLORE, Luiz. Comentários ao art. 85. DELLORE, Luiz; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; ROQUE, André; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte. *Teoria geral do processo – comentários ao CPC de 2015*. São Paulo: Método, 2015, parte geral, p. 302.

20 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutro processo... cit., p. 246.

No entanto, essa possibilidade deve ser admitida apenas em hipóteses excepcionais. Como destacado por Pontes de Miranda, "O legislador brasileiro não anuiu em dar valor de coisa julgada ao julgamento implícito consequencial; *só abrirá portas aos motivos de que a parte dispositiva expressa fosse consequência necessária*".[21] *Em suma, a rejeição implícita é uma situação excepcional, não devendo jamais ser tomada como regra geral.*

Por outro lado, não se pode afirmar que a procedência do pedido subordinante implique na procedência ou improcedência do subordinado. Ainda haverá a necessidade da devida cognição do magistrado sobre o pedido dependente, pois, no exemplo citado, pode haver algum óbice a que seja concedida a reintegração do promitente vendedor na posse do imóvel. Em outras palavras, caso o magistrado se omita na análise do pedido subordinado na *procedência* do condicionante, esse capítulo da decisão é inexistente. Simplesmente não há decisão, não sendo possível que se admita a existência da coisa julgada. Trata-se de decisão *infra petita* (ou *citra petita*).

A mesma situação ocorre no caso dos honorários advocatícios. Mesmo que o direito material seja julgado improcedente, caso a decisão não faça referência a eles, será *infra petita*, sendo tal capítulo inexistente. Por mais que seja a regra a condenação em honorários em todos os processos[22], não se pode considerar como automática a procedência dessa verba pela vitória no processo e, muito menos, a improcedência. Simplesmente não se tem decisão.

Nesse sentido, o posicionamento do STJ, no sentido de considerar como implícita a decisão de improcedência está equivocado, uma vez que, da procedência do pedido, não se pode considerar que foram julga-

---

21 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. V, p. 120.

22 Uma exceção é o caso do Mandado de Segurança, que, de acordo com o art. 25, da Lei 12.016/2009, não gera condenação em honorários.

dos (im)procedentes os honorários advocatícios. Mais ainda, esse entendimento, por coerência, deveria ser também aplicado às demais hipóteses em que um pedido seja preliminar ou prejudicial a outro, o que demonstra ainda mais sua inadequação. Imagine-se hipótese em que a parte requer anulação do contrato e devolução dos valores pagos. Adotado esse entendimento do STJ, caso o magistrado analise apenas o primeiro pedido e seja omisso quanto ao segundo, haveria uma improcedência implícita deste.

O segundo posicionamento defende que, caso o juiz deixe de se pronunciar sobre a condenação em honorários, "sempre será lícito à parte liquidar essa verba por arbitramento posterior para exigi-la do vencido".[23]

Ocorre que não parece viável a presunção de que a vitória no processo gera, automaticamente, o direito aos honorários advocatícios. Não parece viável que se entenda haver a condenação implícita nesse capítulo, que sempre dependerá da devida cognição do magistrado. Como destaca a doutrina, "se o juiz não condenou, não existe título executivo judicial para dar fundamento à liquidação de sentença".[24] Esse raciocínio é reforçado pelo fato de que tanto o CPC/73 quanto o CPC/2015 adotaram o princípio da causalidade, de acordo com o qual, em determinadas circunstâncias, a parte vencedora pode não fazer jus aos honorários.[25]

Outro posicionamento reconhece a falta de decisão acerca do referido pedido e advoga a possibilidade do ajuizamento de ação própria

---

23 THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 51ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. I, p. 104.

24 CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. Omissão judicial na fixação dos honorários advocatícios. DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA, Roberto; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. (Org.). *Pontes de Miranda e o direito processual*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 756.

25 Com essa constatação, cf: Dos honorários advocatícios na fase de cumprimento de sentença de obrigação de pagar quantia certa. ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr.; ALVES, Renato José Ramalho Alves. Artigo inédito, gentilmente cedido pelos autores.

para a cobrança dos honorários advocatícios. Como, na hipótese, não haveria decisão, inexistiria a função negativa da coisa julgada apta a impedir a discussão sobre a temática em ação própria.[26]

Essa doutrina parte do pressuposto de que a não decisão é incapaz de produzir a coisa julgada, inexistindo óbice à utilização de ação própria para discutir a questão. Ocorre que essa teorização parece atentar contra a lógica dos meios de impugnação da inexistência.

É evidente que a decisão sem dispositivo é inexistente. Por mais que a decisão *citra petita* exista e seja válida, no ponto em que é omissa, ela será inexistente. Dentre os meios aptos ao reconhecimento da inexistência processual e a realização do julgamento não parece ser adequada a utilização de uma ação posterior.

Na hipótese da não decisão, o que ocorre é o fato de que o processo ainda não foi finalizado. *Não houve, ainda, o trânsito em julgado de toda a matéria, restando ainda ao magistrado decidir sobre parcela do pedido. Em outras palavras, a atividade*

---

26 Defendendo esse posicionamento especificamente quanto aos honorários, cf.: CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. Omissão judicial na fixação dos honorários advocatícios... cit.; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Honorários advocatícios no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 185; SAMPIETRO, Luiz Roberto Hijo. O injustificável desacerto da Súmula 453 do STJ – capítulo sobre os honorários advocatícios não julgado não se converte em coisa julgada. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, n. 94, jan.-2011.Defendendo essa possibilidade de forma mais ampla, bastando a ausência de decisão sobre algum capítulo, sem fazer referência específica aos honorários, cf.: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutro processo... cit.; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*... cit., p. 90. Há um posicionamento intermediário, que defende a possibilidade de ação posterior apenas no caso de sentença. Caso a omissão ocorra tão somente em grau recursal, por mais que o recurso seja total, não teria havido decisão e, por conseguinte substituição da sentença recorrida e o que iria prevalecer seria a decisão recorrida. (CAZETTA JÚNIOR, José Jesus. Cumulação simples de pedidos e julgamento incompleto do recurso especial: variações em torno de uma questão polêmica. CRUZ E TUCCI, José Rogério; BEDAQUES, José Roberto dos Santo (coords.). *Causa de pedir e pedido no processo civil* (questões polêmicas). São Paulo: RT, 2001, p. 441-446.

jurisdicional, naquele processo, ainda não findou, permanecendo a situação de litispendência. Portanto, a utilização de uma ação própria iria ser obstada pela litispendência, nos termos do §3º, do art. 301, do CPC/1973.

Esse raciocínio se torna ainda mais evidente a partir do momento em que se trabalha com os capítulos de sentença e a possibilidade do trânsito em julgado fracionado. No caso da decisão *infra petita* que não se analisar algum pedido, o trânsito em julgado será parcial. Uma parcela do processo ainda se encontra ativo e a espera do devido julgamento pelo magistrado.

Nesse ponto é que se menciona uma quarta posição doutrinária, que defende que o remédio jurídico processual adequado para essa situação é uma mera petição dirigida ao magistrado que proferiu a decisão omissa.[27] Como a lide ainda se encontra pendente, nada impediria a que a parte se utilizasse de uma simples petição para que o juiz finalizasse o dever de prestação jurisdicional. Na hipótese, o magistrado, ao não analisar algum dos pedidos, se exime de prestar a devida jurisdição (art. 5º, LXXX, da CFRB).[28]

Não se pode confundir a sentença *citra petita* com o âmbito de incidência do art. 463, I, do CPC/1973. Luiz Henrique Volpe Camargo descarta essa corrente ao afirmar que a falta de decisão não se trata de inexatidão material apta a permitir a correção a qualquer tempo.[29] Mas não devem ser confundidas as duas situações. Inexatidão material é uma coisa, decisão *infra petita* é outra.

---

27 GOMES, Danilo Heber. *Ato processual (in)existente*... cit., p. 114-115.

28 MAZZEI, Rodrigo Reis. Omissão relacional e ontológica segundo Pontes de Miranda (análise dos fenômeno e o seu saneamento através dos embargos de declaração. DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA, Roberto; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. (Org.). *Pontes de Miranda e o direito processual*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 1030.

29 CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. Omissão judicial na fixação dos honorários advocatícios... cit., p. 756-757.

Essa possibilidade está relacionada com o dever de o magistrado decidir todos os pedidos das partes. Se a petição inicial é tida como o projeto de sentença,[30] a sentença que falta uma parte dos pedidos está incompleta, com uma parcela inexistente, ainda não tendo findado o exercício do poder jurisdicional naquele caso concreto.

Mais do que isso: essa interpretação estaria de acordo com a atuação do princípio da economia processual, que engloba a duração razoável, a eficiência do poder judiciário e a própria economia financeira.[31] Ao se exigir tão somente uma petição e não outra ação, há uma grande simplificação do procedimento. Em já tendo havido o devido contraditório, bastará apenas a decisão do magistrado. Não há sequer pagamento de novas custas. Ao se exigir que se utilize de outra ação, há necessidade de se realizar todo o procedimento novamente, que se torna ainda mais desnecessário na hipótese dos honorários advocatícios. Ora, como vai se desenrolar esse processo? Haverá necessidade de citação para que o réu se defenda? O que poderá ele discutir? Além disso, será necessária fixação de novos honorários nessa ação? Há de se perceber que o réu nesta ação não terá dado causa ao processo. A omissão foi causada pelo Poder Judiciário e, também, pela parte que seria beneficiada pela condenação em honorários e não por ele.

5. A SOLUÇÃO PROPOSTA PELO CPC/2015

O legislador, ao editar o atual Código de Processo Civil, optou por resolver, de forma expressa, a polêmica. O §18º, do art. 85, do CPC, dispõe o seguinte: “Caso a decisão transitada em julgado seja omissa

---

30 COUTURE, Eduardo. *Introdução ao estudo do processo civil.* Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2008, p. 50.

31 Esse conceito de economia processual é extraído da seguinte obra: CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 346.

quanto ao direito aos honorários ou ao seu valor, é cabível ação autônoma para sua definição e cobrança".

Assim, pelo texto normativo do CPC/2015, a solução para a omissão quanto ao direito aos honorários ou ao seu valor passa a ser, de forma expressa, a utilização de ação autônoma. Tal postura adotada pelo legislador implica na superação do entendimento manifestado pelo STJ por meio do enunciado n. 453 da jurisprudência dominante. Há de se fazer uma breve explicação sobre o tema: a modificação de entendimento jurisprudencial por alteração normativa não pode ser confundida com a técnica da superação de precedentes.[32] Na hipótese ora mencionada, a modificação do posicionamento jurisprudencial não necessitará da ponderação de razões de segurança, não haverá um ônus argumentativo pela manutenção do entendimento anterior e muito menos se discutirá a questão da competência, visto que tão somente a corte que prolatou o precedente ou a ela superior na matéria que poderia fazê-lo.

Em outras palavras, nessa hipótese, a despeito da vinculação de precedentes existente pelas súmulas do STJ, de acordo com o art. 927, IV, do CPC/2015,[33] o enunciado n. 453 terá sido superado pelo legislador e não deverá ser aplicada pelos demais órgãos jurisdicionais. Ou seja, por mais que o STJ não a revogue formalmente, ela não terá eficácia vinculante por ter sido superada pelo legislador, não havendo qualquer problema a que um juiz de primeiro grau não a aplique. Conclusão semelhante também foi adotada pelo enunciado n. 8 do FPPC: Fica superado o enunciado 453 da súmula do STJ após a entrada em vigor do CPC (*"Os honorários sucumbenciais, quando omitidos em decisão transitada em julgado, não podem ser cobrados em execução ou em ação própria"*).

---

32 PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: Juspodivm, p. 209-210; MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 327.

33 Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: (...) IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

Assim, o CPC/2015 impõe o trânsito em julgado por completo da decisão omissa, mas impede que se produza coisa julgada sobre o tema. Há de se destacar que, por coerência, a solução deve ser adotada não apenas para a decisão omissa em relação aos honorários, mas a todas as outras decisões omissas em que não se possa pressupor a rejeição implícita. Nesse mesmo sentido é o enunciado n. 7, do Fórum Permanente de Processualistas Civis, o qual indica que "O pedido, quando omitido em decisão judicial transitada em julgado, pode ser objeto de ação autônoma".

O momento agora é o de questionar as consequências dele e detalhar o novo procedimento.

6. ASPECTOS RELEVANTES DA AÇÃO PARA A COBRANÇA DOS HONORÁRIOS

Por mais que a doutrina defendesse o cabimento da nova ação para a cobrança dos honorários em decisões omissas, não parece ter se debruçado com maior detalhamento sobre ela. Vários detalhes precisam ser respondidos para que ela seja exercida de forma adequada.

De início, trata-se de um novo processo de conhecimento cujo pedido é a definição e cobrança dos honorários advocatícios. Haverá necessidade de pagamento de custas e nova citação do réu para se defender. Em tese, caso a parte comprove que foi vitoriosa no processo principal, sequer será possível ao réu discutir o cabimento ou não dos honorários advocatícios, mas tão somente os valores, devido aos limites objetivos da coisa julgada.

A legitimidade para o exercício dessa cobrança pertence ao próprio advogado do vencedor (em regra), que pode pleitear a condenação na referida verba.[34] Como destaca o *caput* do art. 85, do

---

[34] De forma semelhante, sob o prisma do CPC/1973, cf.: CAHALI, Yussef Said. *Honorários advocatícios*... cit., p. 85-86.

CPC/2015, "A sentença condenará o vencido a pagar honorários *ao advogado do vencedor"*, deixando evidente a quem pertence esses valores.

Há também de se perquirir acerca do critério da competência para essa nova ação. Deverá ser distribuída livremente,[35] obedecendo à regra geral do art. 46, do CPC/2015, qual seja, sendo proposta no foro do domicílio do réu. Por mais que se possa admitir a existência de conexão para com o processo anterior, não seria possível a reunião dos dois processos, pois o art. 55, §1º, do CPC/2015 impõe, como limite máximo para que haja a reunião, que nenhum dos processos tenha sido sentenciado. Como, para que haja a propositura da ação própria para a cobrança dos honorários é imprescindível o prévio trânsito em julgado do processo ao qual ele está relacionado, é evidente que se torna impossível a reunião dos processos pela conexão.

Assim, em termo de competência, seguirá a regra geral do art. 46, do CPC, devendo ser proposta no foro de domicílio do réu.

É de se admitir a possibilidade do exercício da reconvenção pelo réu na contestação (art. 343, CPC/2015) nas hipóteses em que tenha havido sucumbência recíproca. Destaque-se que não seria possível a alegação de compensação na contestação pela vedação agora contida no art. 85, §14, do CPC/2015.[36] Assim, quando houver sucumbência recíproca a parte ré também terá direito aos honorários, caso tenha havido omissão no processo originário.

A questão da condenação em honorários nessa nova ação é um

---

35 CAHALI, Yussef Said. *Honorários advocatícios*... cit., p. 86.

36 O referido texto normativo implica na revogação da súmula n. 306, do STJ, como acertadamente aponta o enunciado n. 244 do FPPC: Ficam superados o enunciado 306 da súmula do STJ ("Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte") e a tese firmada no REsp Repetitivo n. 963.528/PR, após a entrada em vigor do CPC, pela expressa impossibilidade de compensação

tema complexo. Se esta verba está relacionada com o princípio da causalidade e não apenas com a questão da sucumbência, efetivamente há uma situação problemática. O réu não deu causa a esse novo processo, que apenas se tornou necessário pela dupla omissão tanto do juiz, que não condenou em honorários, como da parte vencedora da outra ação, que não opôs os embargos de declaração.

Parece viável defender que, exceto se o réu contestar, alegando a inexistência desse direito, não haveria causalidade para impor, sobre ele, a condenação ao pagamento de honorários. Assim, mesmo que houvesse contestação tratando do valor dos honorários, não haveria condenação em honorários por ser matéria que deveria ter sido discutida na ação originária e, ainda assim, não haveria causalidade. Portanto, em regra, o autor é que deve ser condenado ao pagamento de tais verbas, por ter dado causa à nova ação.

Há de se analisar, por fim, o prazo prescricional para a realização dessa cobrança. Esse prazo deve ser de cinco anos, nos termos do art. 206, §5º, II, do CC/2002, contados da conclusão do serviço, que seria o trânsito em julgado do processo anterior.

7. CONCLUSÃO

Durante o período de vigência do CPC/1973, sempre existiu a polêmica tanto doutrinária, como jurisprudencial acerca da medida correta para a impugnação da decisão omissa acerca dos honorários advocatícios que transitou em julgado. Foram identificadas três correntes: a) havendo omissão na fixação dos honorários e o posterior trânsito em julgado do processo, há rejeição implícita do referido capítulo, sendo adotada pelo STJ, por meio do enunciado n. 453 da jurisprudência dominante do tribunal; b) possibilidade da promoção de liquidação de sentença para o arbitramento de honorários; c) nessa hipótese, seria possível o ajuizamento de ação posterior para a definição de sua cobrança, predominante

na doutrina e d) possibilidade de mera petição no processo para que o juiz em questão decida sobre o tema.

O CPC/2015 adotou expressamente a terceira corrente, admitindo que seja ajuizada ação posterior com o objetivo de cobrar esses valores. Nesse sentido, resolveu a forte polêmica existente na interpretação do CPC/1973, sendo relevante destacar que tal solução, por coerência, deve também ser aplicada aos demais casos de decisões omissas.

Na última parte do texto, o objetivo foi o de fixar os aspectos processuais desta ação, tais como: a) a legitimidade pertencente ao advogado, b) a livre destruição da ação, seguindo a regra geral da competência; c) a eventual possibilidade de reconvenção; d) a discussão sobre a condenação em honorários e e) o prazo prescricional de cinco anos.

A DEMOCRATIZAÇÃO DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE ATRAVÉS DA AUDIÊNCIA PÚBLICA

Rayanne Odila Ribeiro do Nascimento[37]

RESUMO

A democracia, enquanto regime político, é fruto de uma longa experiência histórica coletiva que acaba por orientar homens e mulheres à percepção de que o poder, sob pena de tornar-se tirano, deve possuir o povo como seu titular único. Nesse sentido, o princípio democrático figura como a grande estratégia contemporânea de legitimação das instituições e das suas respectivas decisões. Sobretudo como efeito da atual posição ocupada pela Constituição e pelo Judiciário frente à sociedade (em decorrência de fenômenos como a judicialização da política, o ativismo judicial e a retração do Legislativo, por exemplo), o debate constitucional eclode como palco de discussão de relevantes questões sociais, cujo conteúdo repercute diretamente nos anseios do povo. Assim, a abertura da interpretação constitucional aos indivíduos, mais do que útil, é terminantemente necessária, passando a representar, também, verdadeira ambição do Supremo Tribunal Federal. A audiência pública em sede do controle concentrado de constitucionalidade, nessa perspectiva, sucede como fruto do referido intuito de integração, na construção das deliberações vinculantes e "erga omnes" do modelo concentrado, do povo delas destinatário. Logo, a audiência pú-

---

[37] Bacharela em Direito pela Universidade Federal da Paraíba – Pólo de Santa Rita. Advogada inscrita na OAB/PB sob nº 22.731.

blica não apenas deriva do projeto constitucional de democracia participativa, mas constitui, ela mesma, legítimo exemplo de mecanismo de participação direta da comunidade no poder político. Da demonstração da necessidade de pluralização do debate constitucional, a presente pesquisa conclui por constatar que o referido instituto, de fato, contribui bem para os fins a que se destina, mas que, tomado isoladamente, não é suficiente para concretizar os valores da democracia participativa no controle concentrado.

1 INTRODUÇÃO

Não há dúvida que o princípio democrático configura, hoje, a premissa orientadora da legitimidade das instituições. Buscar a concretização de um *modus operandi* comprometido com os anseios do povo, bem como possibilitar-lhe amplo acesso, constitui incontestável desejo de um Estado que se intitula Democrático de Direito (como é o caso do nosso). Não é diferente com o Judiciário: também esse Poder tem perseguido, incessantemente, ao menos no plano formal, alinhar sua posição estrutural e ideológica com os valores da democracia participativa consagrados na Carta Magna de 1988.

E não é sem razão esse anseio. Historicamente, a democracia nasce a partir de um processo de consecutivas experiências com regimes políticos dos mais diversos, não raro diametralmente opostos, que acabam por demonstrar, em síntese, que o poder, quando centralizado numa só instância (ou num só indivíduo), torna-se patológico e tirano, torna-se mais destrutivo que organizador.

Mas mesmo a democracia não é um conceito uníssono, pronto e acabado, nem possui uma única modalidade. Por ser dinâmica e fluida (pois só o despotismo é estático e imutável), ela assume o conteúdo que a marcha social lhe preenche em determinado momento histórico. É partindo, então, dessa análise inicial acerca da democracia que se inicia o presente estudo, afunilando, em seguida, à democracia participativa (ou semidireta), regime político escolhido pelo Constituinte de 88 como aquele que deverá reger a estrutura estatal – e mesmo social – brasileira.

Em seguida, passa-se à contextualização da audiência pública nessa conjuntura, instituto cujas raízes são eminentemente constitucionais, visto que deriva, em essência, da democracia semidireta. Introduzida no controle de constitucionalidade concentrado pelas Leis nº 9.868/99 e 9.882/99, o presente estudo procurará demonstrar que a adoção de tal instituto pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito do modelo concentra-

do, traduz, não por acaso, a intenção manifesta de preencher com legitimidade democrática suas decisões. Mesmo porque, atualmente, em decorrência de fenômenos como o da judicialização da política e do ativismo judicial, por exemplo, o Judiciário, sobretudo o Supremo Tribunal Federal, assume posição de indubitável importância na garantia dos direitos individuais e fundamentais positivados. Nesse sentido, a presente pesquisa cuidará não só de contextualizar a hodierna situação do Judiciário e da Constituição frente à sociedade, mas também de ponderar acerca de aspectos atinentes ao controle de constitucionalidade.

Se é certo que o Supremo Tribunal Federal constitui, na conjuntura atual, verdadeiro espaço de discussão de grandes questões sociais, capazes de gerar influência na sociedade como um todo, nada mais justo que o povo possa também contribuir na interpretação e na formação das decisões acerca delas. E assim o é porque, numa democracia, não há poder que não venha do povo.

2 O REGIME DEMOCRÁTICO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988: A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

A história da democracia remonta a história da própria humanidade. A experiência histórica da Antiguidade Clássica, da Era Medieval, das Revoluções europeias, das Guerras Mundiais (dentre tantas outras), orientou o homem ocidental à busca por um governo democrático, de amplo acesso ao povo. Aliás, talvez não só o homem; já foi dito que, se existisse um povo de deuses, ele se governaria democraticamente[38].

Não são poucos os estudos e teorias que perseguem apresentar uma definição de democracia. Mesmo porque não há, para a democracia, um significado pronto e acabado, uníssono e aceito sem ressalvas pelos

---

38 ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**: discurso sobre a economia política. 7. ed. Curitiba: Hemus, 2002, p. 78.

doutrinadores da matéria; no entanto, é inegável a existência de convergências entre as concepções apresentadas pelos autores. Há, em verdade, um núcleo inerente ao próprio conceito democrático que se mantém intacto nos mais diversos enunciados apresentados; tentaremos delineá-lo.

De antemão, ensina José Afonso da Silva[39] : democracia é conceito histórico; não constitui um valor-fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem cuja etapa da marcha social lhe preenche o conteúdo. Porém, há aqui o princípio básico de que ela revela um regime político em que o poder repousa na vontade do povo.

Para um regime democrático, o estar em transformação é seu estado natural; a democracia é dinâmica, o despotismo é estático e sempre igual a si mesmo[40] . A natureza do conceito democrático é fluida, não-estática, cuja força motriz está sempre em movimento. De forma semelhante também entende José Joaquim Gomes Canotilho, definindo-a como um processo dinâmico:

> O princípio democrático não se compadece com uma compreensão estática de democracia. Antes de mais, é um *processo de* continuidade transpessoal, irredutível a qualquer vinculação do processo político a determinadas pessoas. Por outro lado, a democracia é um processo dinâmico inerente a uma sociedade aberta e *activa*, oferecendo aos cidadãos a possibilidade de desenvolvimento integral e de liberdade de participação crítica no processo político em condições de igualdade econômica, política e social.[41] [grifos do autor]

---

39 SILVA, José Afonso da. **Direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 125-126.

40 BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 19.

41 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 289.

Democracia, portanto, é processo e não mero conceito abstrato e estático. Qualquer tentativa de conceituá-la deve lembrar-se, sempre, de tal característica, aventurando-se também pela narrativa histórica do contexto analisado a fim de preenchê-la com a compreensão devida.

Ademais, a democracia é regime político, cuja definição pode ser sintetizada como sendo "o conjunto das instituições que regulam a luta pelo poder e o seu exercício, bem como a prática dos valores que animam tais instituições", tal qual sintetiza Mariana Mencio[42]. É toda a estrutura política, institucional e, ideologicamente falando, através da qual se chega às decisões políticas. Contrapondo-se ao regime autocrático, em que o poder é concentrado nas mãos de um governante que, sem limites, toma as decisões estatais e submete o povo a seus imperativos, a democracia é o "governo do povo, pelo povo e para o povo"[43], segundo a clássica definição de Abraham Lincoln.

A grande premissa da democracia consiste na ideia de que o poder reside, primariamente, no povo; a vontade popular urge não apenas como modo de exercício do poder político, mas, em verdade, como a fonte mesma deste último. Em síntese: a democracia, enquanto conjunto de valores, é um modo de vida; enquanto instituição, conforma um regime político e, enquanto *praxis*, é uma técnica social para compor interesses diversos[44]. Para semeá-la, é necessário diálogo, conciliação e consenso (ainda que ausente a unanimidade, claro) de vontades, a fim de efetivamente defini-la como modo de vida de um povo e escolha institucional de regime político.

---

42 MENCIO, Mariana. **O regime jurídico da audiência pública na gestão democrática das cidades**. 2007. 203 p. Dissertação (Mestrado em Direito Urbanístico)–Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 31.

43 SILVA, op. cit., p. 132.

44 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da participação política**: legislativa, administrativa, judicial (fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade). Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. XVII.

Inobstante a grande discussão a respeito do conceito de democracia, não raro são também apontadas inúmeras modalidades dela pelos doutrinadores. Num conveniente recorte teórico e metodológico, relativamente à possibilidade de atuação do povo na vontade política do Estado, há duas espécies diversas de democracia: a representativa (indireta) e a direta.

Na democracia indireta, a atuação popular esgota-se na escolha de seus representantes, responsáveis pela tomada das decisões do Estado. Nela, as deliberações que dizem respeito à coletividade são tomadas não diretamente por esta coletividade, mas por pessoas eleitas para tanto. Um Estado representativo é um Estado no qual as principais deliberações políticas são tomadas por representantes eleitos, como bem ensina Bobbio[45] .

É este o momento mais expressivo de manifestação do povo na democracia representativa: a eleição. Feita a opção, toda a vontade do povo está fadada a ser dita apenas através dos lábios dos detentores do mandato representativo.

Na democracia direta, por sua vez, o povo exerce imediata e diretamente o poder político. A participação popular ocorre sem intermediação de representantes, de modo que é o povo o protagonista fático na construção das decisões políticas estatais.

A Constituição Brasileira de 1988, consagrando a libertação do regime autoritário que há muito vigorava no Brasil, possui um inegável caráter equilibrador, procurando conciliar pretensões e interesses dos mais diversos setores da sociedade. Não foi diferente na escolha do regime político nacional: garantiu, em nosso ordenamento, tanto a democracia representativa quanto a direta, num interessante regime, misto, de democracia semidireta.

Essa é a inclinação das Constituições contemporâneas. Diante da constatação dos limites e insuficiências do sistema representativo, a nossa

---

45 BOBBIO, 2000, p. 57.

Constituição, seguindo tendência mundial, introduz elementos atinentes à participação direta do povo. Desse modo, instituiu, como forma de exercício do poder político democrático, no artigo 1º, parágrafo único, um sistema que combina a representação e a participação direta, caracterizando o sistema de democracia semidireta, também denominada participativa[46].

A democracia semidireta consiste, na verdade, em uma democracia representativa com alguns institutos de participação direta do povo nas funções de governo, institutos que, entre outros, integram a democracia participativa[47]. Se, por um lado, o plano fático hodierno nos faz crer na impossibilidade de que o povo se faça presente, a todo momento, na tomada das decisões políticas estatais, tal qual ocorre na democracia direta tradicional, por outro, também restam evidentes os perigos advindos de um regime político em que a atuação popular concentra-se nas eleições dos representantes, como sucede na democracia indireta. Como bem ilustra André Ramos Tavares, a democracia semidireta, portanto, surge como interessante meio de conciliação deste conflito:

> Numa sociedade [a nossa], porém, caracterizada pelo gigantismo populacional, impossível é a democracia direta, em que todos tenham a possibilidade de, efetivamente, exercer o Poder.
>
> A vontade de participar do poder, na democracia representativa, nos moldes atuais, é restritivista, visto que cessa no momento em que ocorre o provimento eleitoral. De maior duração e profundidade é a vontade de exercer o poder na **democracia semidireta**, na qual se vai além do mero voto, galgando intersecções e imbricações necessárias com a esfera pública representativa do exercício do poder pelos representantes do "soberano" (povo).[48] [grifei]

---

46 MENCIO, 2007, p. 56.

47 SILVA, 2010, p. 136.

48 TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1033.

O sistema meramente representativo, é bem verdade, solapa os grandes interesses do povo. Além de restringir sua participação ao momento eleitoral – povo como "objeto", não como "sujeito" –, inclina os governantes, que não mais escutam as vozes populares durante o mandato, a legislarem em causa própria e de sua classe (dominante), em detrimento dos anseios sociais:

> Os vícios eleitorais, a propaganda dirigida, a manipulação da consciência pública e opinativa do cidadão pelos poderes e veículos de informação, a serviço da classe dominante, que os subornou, até as manifestações executivas e legiferantes exercitadas contra o povo e a nação e a sociedade nas ocasiões governativas mais delicadas, ferem o interesse nacional, desvirtuam os fins do Estado, corrompem a moral pública e apodrecem aquilo que, até agora, o *status quo* fez passar por democracia e representação.[49]

Diante das insuficiências do regime representativo, as Constituições modernas cada vez mais incluem em seu seio mecanismos de participação direta dos indivíduos. Foi desse modo na nossa Carta Magna de 1988 que, introduzindo institutos da democracia direta ao lado do regime representativo, consagra um regime misto de democracia semidireta. Como bem assinala Mencio[50] , a democracia semidireta ou participativa é considerada uma terceira forma de democracia, onde há a convivência entre os aspectos da democracia direta e representativa.

Possibilitando a participação direta dos indivíduos, que passam a figurar como sujeitos ativos no processo de formação das decisões políticas estatais, o regime da democracia participativa contribui inegavelmente à legitimação do poder. Há uma interessante tendência, aqui, à

---

49 BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 25-26.

50 Ibidem, p. 57.

convergência e ao alinhamento do Estado à sociedade. Em síntese, a participação popular é um direito individual ou coletivo exercitado por cidadãos ou associações, destinado a gerar influências, controles e limitações nas decisões políticas do Estado, deliberadas no desempenho das funções legislativas, administrativas e jurisdicionais[51] .

Cada uma das referidas funções estatais, portanto, possui seus respectivos mecanismos de participação popular, como decorrência da democracia participativa consagrada constitucionalmente. No ordenamento jurídico brasileiro, em todas elas está presente a audiência pública. Instituto polivalente, capaz de coadunar-se plenamente com quaisquer das facetas da tripartição estatal, a audiência pública constitui uma das expressões dos mecanismos diretos de participação do povo no poder.

Contextualizando historicamente o referido instituto, a audiência pública tem origem no direito anglo-saxão (*public hearings*), relacionando-se estreitamente com o devido processo legal (*due process of law*)[52] . Parte-se, aqui, do direito que possui o indivíduo de ser ouvido previamente em matéria na qual esteja em jogo seu interesse, concreta ou abstratamente, tido como princípio impostergável da ordem jurídica[53] . Enquanto no direito inglês a audiência pública possui como fundamento a ampla defesa, oriunda do direito natural, no direito americano ela se baseia, precipuamente, na garantia do devido processo legal.

Há, portanto, grande tendência individualista nas origens da audiência pública, decorrente de uma específica aplicação do devido processo legal, restrita à noção do particular. Atualmente, no entanto, o instituto da audiência pública vai mais além, ultrapassa a esfera puramente individual para, agora, garantir direitos coletivos e difusos – enfim, direitos públicos *lato sensu*, relativos à coletividade em geral. Partindo do princí-

---

51 MENCIO, 2007, p. 59.
52 MENCIO, 2007, p. 110.
53 MOREIRA NETO, 1992, p. 128.

pio clássico do devido processo legal, que garante que a outra parte seja também ouvida (*audiatur et altera pars*), vigora hoje a percepção de que toda a sociedade deve ter a oportunidade de ser ouvida a respeito de decisões sobre determinadas matérias que lhe interessem direta ou indiretamente.

3 O JUDICIÁRIO E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE FRENTE À SOCIEDADE BRASILEIRA

No caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988 consagrou um verdadeiro Estado Democrático de Direito – ou, em outras palavras, o constitucionalismo democrático no Brasil. Como bem observa Conrado Hübner Mendes[54] , há 15 anos assistimos à tentativa de um "constitucionalismo levado a sério", de superar o constitucionalismo "de fachada" dos regimes autoritários; mas somente a Carta Magna de 88 conseguiu concretizá-lo no ordenamento nacional. Nunca antes o Poder Judiciário, sobretudo o Supremo Tribunal Federal, recebeu tanta importância. A Constituição de 88 fez escolhas inovadoras; foi a que mais depositou confiança no papel do Direito e do Judiciário.

Assim, há uma estreita relação entre a posição hoje ocupada pelo Judiciário frente à sociedade e suas incumbências constitucionais. Primeiramente, é inegável o avanço da jurisdição constitucional, isto é, a interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais que, no caso brasileiro, compete a todos os juízes e tribunais, situando-se o Supremo Tribunal Federal no topo desse sistema[55] . Em síntese:

---

54 MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 18.

55 BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 240.

> (...) A jurisdição constitucional compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição.[56]

Aliás, a expansão da jurisdição constitucional constitui fenômeno mais amplo, não restrito ao Brasil e que culminou no nascimento de tribunais constitucionais em vários Estados Democráticos, havendo, nesse sentido, uma interessante relação entre Judiciário e democracia. Um Judiciário forte e comprometido com os anseios sociais passa a ser percebido como componente imprescindível à preservação dos valores democráticos. Bem observa Mendes: "Um Poder Judiciário capilarizado e dotado de meios facilitadores do acesso à justiça é uma das metas mais ambiciosas de qualquer regime democrático que preze pela implementação de direitos"[57] .

Estritamente relacionado a essa consagração da relevância do Poder Judiciário, há outro fenômeno que também merece ser frisado e cuja ocorrência tem sido observada igualmente em escala mundial: a judicialização da política. O termo, utilizado na ciência política contemporânea pela primeira vez em 1995, no trabalho *The global expansion of judicial power*[58] , tem seu significado bem explicado por Barroso:

> Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo.[59]

---

56 Ibidem, p. 241.

57 MENDES, op. cit., p. 22.

58 BARCELLOS, Logan Caldas. A legitimidade democrática da jurisdição constitucional e o contramajoritarismo no contexto da judicialização da política e do ativismo judicial. *In:* **Prismas**: direito, políticas públicas e mundialização, Brasília, v. 8, n. 1, p. 1-43, jan./jun. 2011, p. 11.

59 BARROSO, 2012, p. 241.

O Poder Judiciário, a despeito de não se intitular como ambiente de conotação política, passa a ser por ela preenchido, figurando como *locus* de discussão de relevantes questões atinentes às decisões políticas governamentais que competiriam, a priori, aos detentores de mandato eletivo. Mais: a "judicialização da política" abrange não apenas o controle do poder político pelo Judiciário, mas também a possibilidade de intervenção deste nas políticas públicas. Opções de política pública se "judicializam", submetem-se ao crivo jurisdicional[60] .

Acerca do referido fenômeno, Barroso[61] elenca três grandes causas fundamentais, quais sejam, o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente como elemento essencial para as democracias modernas, fazendo operar uma ascensão institucional de juízes e tribunais, a desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral e, finalmente, a perturbadora constatação de que atores políticos, não raro, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade, tendo o escopo de evitar o próprio desgaste. Na conjuntura brasileira, ademais, há ainda dois elementos fundamentais a serem acrescentados:

> No Brasil, como assinalado, a judicialização decorre, sobretudo, de dois fatores: o modelo de constitucionalização abrangente e analítica adotado; e o sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós [o modelo híbrido ou eclético], que combina a matriz americana – em que todo juiz e tribunal podem pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto – e a matriz europeia, que admite ações diretas ajuizáveis perante a corte constitucional.[62]

---

60 MENDES, 2008, p. 22.
61 BARROSO, op. cit., p. 242-243.
62 Ibidem, p. 244.

Nesse sentido, a posição hoje ocupada pelo Supremo Tribunal Federal frente à sociedade não decorre de sua própria escolha, propositalmente eleita, dentre outras eventualmente possíveis. O STF não optou pela judicialização; esta lhe foi pensada e planejada pelo Constituinte de 88:

> Nesse contexto, a judicialização constitui um fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário. Juízes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão. Todavia, o modo como venham a exercer essa competência é que vai determinar a existência ou não de ativismo judicial.[63]

Assim, o ativismo (postura proativa voluntariamente escolhida pelos juízes) é fenômeno diverso da judicialização (decorrente do modelo constitucional adotado no Brasil), apesar de constituírem fenômenos tão próximos. As origens do ativismo remontam à jurisprudência norte-americana[64] . Consiste, essencialmente, na atitude pela qual os juízes decidem colocar-se como protagonistas no processo de interpretação da Constituição, participando ativa e intensamente na concretização dos fins constitucionais. O texto constitucional, assim, potencializa-se, tendo seu alcance maximizado.

Por todo o exposto, constata-se que o Judiciário, hodiernamente, tem funcionado como grande elemento equilibrador das vontades sociais, representando, não raras vezes, a única via de acesso das minorias aos seus direitos positivados. A conjuntura acima delineada nos demonstra a importante responsabilidade que, atualmente, detém tal Poder frente à sociedade. Nele, é o Supremo Tribunal Federal a nossa Corte Constitucional,

---

63 BARROSO, 2012, p. 244.

64 Ibidem, p. 244-245.

que, a despeito de possuir também atribuições ordinárias, possui a competência precípua de guardar a Constituição – conforme dispõe seu artigo 102 –, sendo a única entidade legitimada a realizar o controle de constitucionalidade concentrado tendo aquela como parâmetro. A sociedade, portanto, deve ter a oportunidade de dialogar com o referido Tribunal.

Acessar, interpretar a Constituição – enfim, dela participar – constitui grande expressão da democracia participativa adotada como regime político nacional, sendo este o pressuposto primeiro a justificar a contribuição direta do povo na formação do entendimento constitucional firmado em sede do controle de constitucionalidade. Para tanto, o Judiciário, sobretudo o Supremo Tribunal Federal, constitui partícipe fundamental.

Há, em verdade, em grande parcela das democracias constitucionais, uma instituição que deve perpetuar algumas balizas valorativas intangíveis. Para garantir que as decisões políticas majoritárias não desrespeitem um núcleo básico de regras sobre as quais aquela sociedade política se assenta, o Tribunal constitucional é o órgão que emite, em último grau, julgamentos sobre a compatibilidade da lei (e também dos atos estatais infralegais) com a Constituição. Daí que surge a necessidade inadiável, portanto, de que tal instituição seja permeada pelos valores democráticos.

Nosso modelo de controle de constitucionalidade, chamado híbrido ou eclético, concilia os sistemas americano e austríaco. Coexistem no controle de constitucionalidade brasileiro tanto o modelo difuso, realizado incidentalmente pelos juízes no curso de um processo, como o sistema concentrado, de exame abstrato perante o Supremo Tribunal Federal, conforme previsão expressa na Carta Maior.

Primeiramente, é preciso compreender que o controle concentrado (ou abstrato) de constitucionalidade é aquele que procura analisar, puramente, a norma, no curso de um processo objetivo. Não há conflito, não há pretensão resistida de interesses, não há “partes”. Seu objetivo primordial é defender a supremacia da Constituição e justa-

mente porque é esse seu grande desígnio, não vem sendo admitida a desistência da ação.

> Enfim, o autor da ação judicial não alega a existência de lesão a direito próprio, pessoal, mas atua como representante do interesse público, na defesa da Constituição e da higidez do ordenamento jurídico. (...)
> O controle abstrato é de competência originária do Supremo Tribunal Federal, quando visa à aferição de leis em face da Constituição Federal, ou do Tribunal de Justiça em cada estado, quando o confronto é arguido entre as leis locais e a Constituição Federal.[65]

O controle concentrado de constitucionalidade foi inaugurado no Brasil pela Emenda Constitucional nº 16 de 1965, permitindo que apenas o órgão de cúpula do Poder Judiciário aprecie a inconstitucionalidade das leis ou atos normativos. Assim, o Supremo Tribunal Federal, através de ação própria, fiscaliza a constitucionalidade dos referidos institutos perante a Constituição, sendo o único competente para tanto[66].

Não se confunde, repise-se, com o método difuso, não raro indicado pela doutrina como sinônimo de controle incidental ou prejudicial de constitucionalidade. É necessário perceber que, em verdade, toda questão submetida à análise jurisdicional pode requerer a apreciação acerca da constitucionalidade de determinado dispositivo, e não apenas aquelas suscitadas diretamente perante o Supremo Tribunal Federal; para tanto, há o controle difuso.

---

65 VICENTE, Paulo; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Méto-todo, 2008, p. 749-750.

66 BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 149.

Perante o Supremo Tribunal Federal, o controle abstrato pode se dar por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), reguladas pela Lei nº 9868/99, com a redação dada pela Lei nº 12.063/09, e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), regulamentada pela Lei nº 9.882/99. Registre-se que em todas elas é possível a utilização da audiência pública.

> Tais normas têm relevantes reflexos teóricos, uma vez que evidenciam a importância dos fatos e da jurisprudência, enfatizando que **o controle abstrato das normas não pode se distanciar da compreensão da realidade** e do sentido que os tribunais dão às normas. Descarta-se o preconceito de que as ações voltadas ao controle objetivo não admitem instrução probatória e, mais do que isso, coloca-se em relevo a ideia de que **controlar a constitucionalidade da lei, ainda que em abstrato, não é meramente contrapor a lei à Constituição, mas também atribuir sentido ao texto legal à luz dos fatos que lhe são pertinentes**.[67] [grifos nossos]

A competência originária do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar a ADI e a ADC decorre de previsão expressa do art. 102, inciso I, alínea "a" do texto constitucional. No que se refere à ADO e à ADPF, por sua vez, constam nos arts. 102, §1º e 103, §2º também da Carta de 88, respectivamente, a referida competência.

A transição para a democracia exige do Judiciário uma nova postura, diversa daquela que possuía até então, coerente com a vontade popular e capaz de responder, de forma eficaz, às demandas do povo. Democratizar o Judiciário, isto é, aproximá-lo da vida social, cri-

---

67 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1098.

ando-se uma malha institucional que capilarmente se credencie a amparar o mundo do direito e da liberdade, inclusive os pequenos interesses até então desamparados[68], não é mais mera opção – mas, sim, necessidade inadiável.

O Judiciário, com a consolidação política da democracia no Brasil, tem sido exigido cada vez mais não só por uma estonteante explosão de conflitos individuais, de modo a expor dramaticamente sua ineficiência funcional numa sociedade em profunda transformação, mas principalmente por lhe serem cobrados novos papéis na agenda política, econômica e social do país.[69]

Mas não é só. Os já explicitados fenômenos da judicialização da política, do ativismo judicial e da constitucionalização do direito contribuem igualmente para situar o Judiciário, sobretudo o Supremo Tribunal Federal, no *locus* das grandes discussões sociais da atualidade, principalmente no debate constitucional, quando da realização do controle de constitucionalidade. A participação popular nessa seara, portanto, figura de suma importância, com o escopo de atribuir a necessária legitimidade de tais decisões, sob pena de desabar numa profunda crise institucional, pois, como sabiamente aduz Abreu[70], quando a estrutura de um poder contradiz a evolução e os anseios de uma sociedade, verifica-se que há uma crise de sua legitimidade, já que inexiste ou é deficiente o elemento integrador na relação de poder que deve haver no âmbito do Estado.

Os efeitos vinculantes e a eficácia *erga omnes* das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede do controle concentrado impõem sua observância, obrigatoriamente, por toda a sociedade. Nesse sentido, é

---

68 VIANNA, Luiz Werneck. et al. **O perfil do magistrado brasileiro**. Rio de Janeiro: AMB/Iuperj, 1995, p. 26.

69 ABREU, Pedro Manoel. **O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva**. 2008. 544 p. Tese (Doutorado em Direito)–Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008, p. 294.

70 Ibidem, p. 297.

inadmissível que tal Corte, por si e de forma autônoma, sem estar atenta às necessidades e vontades do povo, possa decidir como lhe convém questões que influenciam diretamente a vida de todas e todos.

> Pensar que o STF *sozinho* pode definir o sentido e o alcance da Constituição da República e os rumos políticos e sociais de um país é o mesmo que negar toda a construção teórica e política em torno dos alicerces sobre fontes do poder, divisão de funções estatais e tomada racional de decisões.[71] [grifo do autor]

A interpretação constitucional, portanto, é processo social. Quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la[72]. Não são apenas o intérprete e o participante "formais" do processo de interpretação constitucional da norma que a entendem. Também o povo, elemento prático e concreto sobre o qual incide o dispositivo legal, possui algo (muito) a dizer sobre ela.

> [No] processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.[73]

A atividade interpretativa do texto constitucional deve considerar e integrar em si a realidade social, pois sua existência não é desvinculada da sociedade. Nesse sentido, urge imprescindível a necessidade de apro-

---

71 QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. Jurisdição constitucional participativa. In: **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n. 11, p. 59-78, out.2011, p. 60.

72 HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 13.

73 HÄBERLE, 1997, p. 13.

ximar o processo hermenêutico da coletividade, tendo em vista que é ela que vive materialmente as normas constitucionais. Os atingidos pelos provimentos da jurisdição constitucional devem poder, igualmente, contribuir formalmente na sua formação.

> Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição.[74]

A atuação do indivíduo e dos grupos sociais como um todo decorre, em verdade, dos próprios direitos fundamentais consagrados constitucionalmente. É nesse sentido que Häberle[75] propõe, em síntese, uma verdadeira democratização da interpretação constitucional, defendendo que a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática.

Portanto, o Supremo Tribunal Federal, ao exercer sua competência para guardar a Constituição, ao proferir decisões no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, não pode fechar os olhos e ouvidos para as demandas da realidade social. A despeito de constituir-se a Corte Constitucional por magistrados não eleitos, desprovidos do crivo do povo, ainda assim sua decisão influenciará, massiva e inexoravelmente, a vida da coletividade. Escutar a vontade popular, incorporando em si legitimidade democrática, nessa perspectiva, é fundamental.

Desse modo, para resolver a questão da legitimidade das decisões da jurisdição constitucional, gradativamente procuram-se meios de tor-

---

74 Ibidem, p. 15.

75 Ibidem, p. 14.

ná-la mais democrática, para que a sociedade possa contribuir e ser ouvida, diretamente, na formação do provimento a que se sujeita, introduzindo-a no debate. Como sabiamente aduz Häberle, "a práxis atua aqui na legitimação da teoria e não a teoria na legitimação da práxis"[76].

A audiência pública, nesse sentido, constitui interessante instrumento na construção de uma legitimidade comprometida com a promoção da democracia participativa, conforme será adiante narrado. A participação direta do indivíduo nesse espaço, nos termos legais, aproxima de forma ímpar o Supremo Tribunal Federal da realidade social, proporcionando que a coletividade veja mais de si mesma nas decisões daquele. A "cúpula" do Judiciário passa a ser um espaço de discussão dos grandes assuntos do povo, pelo povo e com o povo.

4 POR UM CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DEMOCRÁTICO: A AUDIÊNCIA PÚBLICA

Tal qual sugere a própria nomenclatura do instituto, a "audiência pública" constitui uma sessão em que o público é ouvido, diretamente, pelas autoridades estatais. Se, de um lado, possibilita que o particular apresente informações e opiniões destinadas a subsidiar e auxiliar a autoridade na tomada de uma (melhor) decisão, seja administrativa, legislativa ou mesmo jurisdicional, por outro também atribui a necessária legitimidade democrática às referidas deliberações, permitindo que estas se alinhem aos interesses da coletividade. Assim, é duplo o fundamento da audiência pública: serve, de um lado, ao interesse público para que não se produzam atos ilegítimos e, do outro, ao interesse dos particulares, de poder influenciar com seus argumentos e provas antes da tomada de uma decisão importante. Mas não é só: serve também para diminuir o risco de erros de fato e de direito das autoridades públicas, com conse-

[76] HÄBERLE, 1997, p. 33-34.

quente eficácia de suas ações e consenso que podem conseguir na comunidade.[77]

Por meio do citado instituto, enquanto meio de participação e de expressão da vontade popular, o particular (e toda a coletividade) é abrangido e inserido na atuação estatal, podendo, finalmente, influenciar ativamente a decisão estatal a ser tomada. É inexorável seu profundo caráter democrático, constituindo verdadeiro espaço de debate público e recíprocas discussões, a fim de que o povo manifeste claramente sua opinião, numa sessão promovida pelo próprio Poder Público e aberta à sociedade. Em síntese:

> Audiências públicas são canais de participação direta do povo nos planos administrativo e legislativo, em todos os níveis governamentais, abertos aos cidadãos individualmente considerados ou organizados em associações, pelos quais se exercem o direitos de informação e de manifestação de tendências, de preferências e de opções populares, a respeito de assuntos determinados, com vistas a informar e a orientar os órgãos públicos na tomada de decisões políticas e administrativas, vinculadas ou não aos seus resultados, nos termos de norma disciplinadora.[78]

Além de viabilizar um diálogo entre os órgãos públicos (legislativo, administrativo ou jurisdicional) e os particulares, que serão atingidos pela determinada decisão estatal, proporciona também uma ampla e recíproca troca de informações. De um lado, o Poder estatal fornece informações acerca da decisão e, de outro, o povo manifesta suas sugestões e

---

77 DAL BOSCO, Maria Goretti. Audiência pública como direito de participação. In: **Revista Jurídica UNIGRAN**, Dourados, v. 4, n. 8, jul./dez. 2002, p. 19.

78 DIAS, Solange Gonçalves. **Democracia representativa x democracia participativa**: participação popular no plano local e emergência de um novo paradigma democrático. 2001. 193 p. Dissertação (Mestrado em Direito)–Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001, p. 148.

críticas, enriquecendo de legitimidade e transparência a atuação do Poder Público.

Apenas com o advento das Leis nº 9.868/99 e nº 9.882/99 o supracitado instrumento foi introduzido no Judiciário, fazendo-se presente em todas as esferas estatais: na elaboração das leis do Legislativo, na execução administrativa do Executivo e na atividade jurisdicional do Judiciário.

> No Poder Judiciário, a realização de audiências públicas foi prevista nas Leis n. 9.868/1999 e n. 9.882/1999 especificamente para os processos de controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.
> (...)
> Todavia, isso não acanhou o STF, que convocou e realizou audiência pública sobre saúde, em consideração a diversas ações no controle incidental de constitucionalidade, e audiência pública sobre ações afirmativas de ingresso ao ensino superior, em consideração não apenas à Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 186, mas também ao Recurso Extraordinário n. 597.285/RS.[79]

Assim, no que se refere ao controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, a audiência pública foi prevista primeiramente na Lei 9.868/99, que regulamenta a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade, antecedida pelo Projeto de Lei nº 2.960/97. Fruto da mesma comissão que apresentou este último, a Exposição de Motivos nº 189, de 7 de abril

---

[79] MORAES, Anderson Júnio Leal. **Audiências públicas como instrumento de legitimação da jurisdição constitucional**. 2011. 119 p. Dissertação (Mestrado em Direito)–Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, p. 79.

de 1997, traz toda a justificação da matéria ali em trâmite, inclusive quanto à adoção da audiência pública em sede daquelas ações.

> No que diz respeito à adoção da audiência pública, dentre outros mecanismos que lhe são similares, (...) o relatório menciona a **necessidade de se atribuir um caráter pluralista ao processo** e, com isso, possibilitar que o tribunal decida com pleno conhecimento dos diversos aspectos envolvidos na questão, como é o caso das suas implicações ou repercussões e mesmo de informações de natureza fática ou especializada. **Destaca-se, portanto, o interesse da comissão, também adotado pelo legislativo, em aproximar o tribunal, nos julgamentos de ADin e ADC, da realidade, com toda a sua pluralidade e complexidade**, para, como consta na exposição de motivos, "modernizar o processo constitucional brasileiro".[80] [grifei]

Constata-se, portanto, que a adesão à audiência pública em sede de ADI e ADC relaciona-se intrinsecamente ao intuito de aproximar as decisões do Supremo Tribunal Federal da realidade fática, com o escopo de abrir o debate constitucional a outros sujeitos sociais que não apenas os Ministros, responsáveis pela decisão final.

Terminado o regular trâmite legislativo e finalmente publicada a Lei 9.868/99, a audiência pública no bojo de uma ação direta de inconstitucionalidade foi versada no artigo 9º do citado diploma legal (também aplicável à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão):

---

[80] SUPTITZ, Carolina Elisa. **O instrumento jurisdicional da audiência pública e os movimentos de sincronia e anacronia com relação à comunidade contemporânea**. 2008. 204 p. Dissertação (Mestrado em Direito)–Faculdade de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2008, p. 28.

> Art. 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.
> § 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

O intuito do surgimento da audiência pública em sede do controle concentrado de constitucionalidade não é outro senão a atribuição de legitimidade a esses julgamentos, perante o Supremo Tribunal Federal. Enquanto instrumento mesmo de democracia participativa, a audiência pública se afigura como interessante meio de dignificar democraticamente as decisões da Corte Constitucional, vez que suas decisões (vinculantes e *erga omnes*) impor-se-ão a todos os cidadãos, indistintamente. Nada mais legítimo, portanto, que a participação destes seja assegurada naquela instância decisional.

Em fevereiro de 2009, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF) é alterado pela Emenda Regimental nº 29, que lhe modifica os arts. 13 (trata sobre as atribuições do Presidente do STF), 21 (versa acerca das atribuições do Relator) e 154 (dispõe sobre a audiência pública e seu procedimento). Agora, passa a expressamente constar no regimento interno da Casa, entre as atribuições do Relator, a convocação da audiência pública no bojo de processos constitucionais para a oitiva de pessoas com experiência e autoridade na matéria e para, inclusive, decidir irrecorrivelmente acerca da manifestação de terceiros naquela:

> Art. 21. São atribuições do Relator:
> (...)
> XVII – convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral ou de interesse público relevante.
> XVIII – decidir, de forma irrecorrível, sobre a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, em audiências públicas ou nos processos de sua relatoria.

Quanto às suas formalidades, a audiência pública em sede de ADI, ADC, ADO e ADPF seguirão os procedimentos consignados no art. 154 do RISTF (cuja redação, registre-se, é deveras semelhante àquela da Câmara dos Deputados), que assim dispõe:

> Art. 154. Serão públicas as audiências:
> I – (Suprimido)
> II – para instrução de processo, salvo motivo relevante.
> III – para ouvir o depoimento das pessoas de que tratam os arts. 13, inciso XVII, e 21, inciso XVII, deste Regimento.
>
> Parágrafo único. A audiência prevista no inciso III observará o seguinte procedimento:
> I – o despacho que a convocar será amplamente divulgado e fixará prazo para a indicação das pessoas a serem ouvidas;
> II – havendo defensores e opositores relativamente à matéria objeto da audiência, será garantida a participação das diversas correntes de opinião;
> III – caberá ao Ministro que presidir a audiência pública selecionar as pessoas que serão ouvidas, divulgar a lista dos habilitados,

determinando a ordem dos trabalhos e fixando o tempo que cada um disporá para se manifestar;
IV – o depoente deverá limitar-se ao tema ou questão em debate;
V – a audiência pública será transmitida pela TV Justiça e pela Rádio Justiça;
VI – os trabalhos da audiência pública serão registrados e juntados aos autos do processo, quando for o caso, ou arquivados no âmbito da Presidência;
VII – os casos omissos serão resolvidos pelo Ministro que convocar a audiência.

Em síntese, a audiência pública, apesar de ter raízes eminentemente constitucionais, não é introduzida de pronto na função jurisdicional. Primeiro, ela surge nos Poderes Executivo e Legislativo. Carolina Suplitz, partindo da análise dos dispositivos legais que estabeleceram tal instituto nessas funções, nos fornece importantes entendimentos sobre ele:

> a) dar publicidade a determinada questão; b) possibilitar um maior controle da comunidade com relação à conformação de ato público; c) informar a comunidade sobre aspectos essenciais de um assunto; e d) colher informações da comunidade de modo a instruir a tomada de um posicionamento ou de uma decisão por parte do órgão público.[81]

Nesse momento, a autora faz interessantes observações. Partindo-se à audiência pública propriamente jurisdicional, é acrescentada uma quinta finalidade (ou, de certa maneira, uma variação da quarta finalidade citada), qual seja: atribuir conhecimento técnico aos Ministros do STF,

[81] SUPTITZ, 2008, p. 33.

facilitando e contribuindo consideravelmente para o julgamento da demanda[82] , vez que o texto legal consigna a participação de "pessoas com experiência e autoridade na matéria". A audiência pública realizada pelo Supremo no bojo das ações constitucionais, com efeito, acumula as finalidades gerais do instituto, previstas em outras legislações, e é acrescida, ainda, do intuito de oferecer conteúdo técnico aos julgadores.

A suposta restrição, constante no texto legal, de que apenas "pessoas com experiência e autoridade na matéria" seriam o público possível nas audiências públicas em sede do controle de constitucionalidade perante o STF em nada impede que o interesse do povo adentre à Corte e, consequentemente, seja ouvido pelos Ministros julgadores, concretizando o caráter democrático do referido instituto. Primeiro, em virtude do fato de que tais pessoas não apresentarão, necessariamente, informações de índole técnica, mesmo porque o próprio texto legal não consigna qualquer parâmetro apto a detalhar tal expressão que, sozinha, possibilita um sem-número de interpretações; segundo, tendo em vista que um discurso que se pretende técnico não lhe garante neutralidade ou imparcialidade, pois o expositor é igualmente sujeito social. A análise, porém, "de quem" será admitido a participar e "do que" poderá ser utilizado como argumento em seu respectivo discurso constitui uma interessante forma de verificar se, efetivamente, a audiência pública alcançou mais o reforço técnico ou a intervenção do interesse da comunidade.

Não foi outro o intuito do legislador ao introduzir o instituto da audiência pública no controle abstrato de constitucionalidade, realizado perante o Supremo Tribunal Federal: atribuir àquele e, por que não, ao próprio STF, legitimidade democrática e social a seus julgamentos, tão desejadas pelas sociedades contemporâneas. E o fez bem; a audiência pública tem se prestado corretamente às finalidades a que se destina, ainda que possua tanto a ser melhorada.

---

82 SUPTITZ, 2008, p. 34.

São vários os contributos da audiência pública à democratização do controle de constitucionalidade, nos mais variados aspectos que a participação popular tem a acrescentar. Primeiramente, é inegável a interdisciplinaridade conferida à interpretação constitucional através da audiência pública, introduzindo informações e experiências que o STF sequer poderia considerar antes de decidir acerca de determinada matéria senão através da audiência pública. Há uma verdadeira ampliação, através do debate e da ampliação de informações, do "horizonte hermenêutico dos ministros", como bem leciona Ronaldo Pinheiro Queiroz:

> O processo deliberativo de troca de razões públicas na audiência pública, trazendo subsídios fáticos, técnicos e jurídicos nos mais variados matizes, ampliam consideravelmente o horizonte hermenêutico dos ministros, na medida em que aumentam a sua visão de mundo em torno da determinada questão submetida a debate na esfera pública.[83]

Na medida em que a audiência pública convoca a sociedade civil para participar pessoalmente da interpretação constitucional, empodera-a. Induzindo sua participação sem intermediários, promove sua racionalização cultural, com um efeito educativo sobre os cidadãos, os quais, conhecendo e participando ativamente dos assuntos públicos, sentir-se-ão motivados a contribuir para o melhoramento da sociedade, além de obter, individualmente, uma melhor formação cívica. Assim, pode fomentar o debate e diminuir a intolerância de lado a lado. Há um ganho cultural ao cidadão que debate e um civilizatório à própria comunidade[84] .

---

83 QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. **Audiência pública como instrumento de legitimação da jurisdição constitucional**. 2012. 292 p. Tese (Doutorado em Direito do Estado)–Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 199-200.

84 QUEIROZ, 2012, p. 203.

Pode-se realmente falar em contribuição para a abertura do processo constitucional à sociedade, tal qual pregava Häberle, através da audiência pública. O STF, desse modo, aproxima-se verdadeiramente dos atores sociais, ouvindo o que têm a dizer sobre a norma da Constituição. O acesso à audiência pública pela sociedade é efetivamente massificado, de modo que os jurisdicionados, nacionalmente falando, podem acompanhá-la de forma ampla, fiscalizando, criticando e mesmo refletindo acerca da discussão lá travada.

Ainda assim, no entanto, há muito a ser feito para efetivamente solidificar tal instituto na jurisdição constitucional. O fato de constituir faculdade do Ministro-relator a realização da audiência pública em sede de processos de controle de constitucionalidade não assegura a merecida estabilidade que ela necessita. Mesmo porque sua utilização concreta no controle concentrado é fato relativamente recente, havendo muito a ser aperfeiçoado em seu procedimento, principalmente em sua dinâmica, a fim de lhe possibilitar verdadeiramente um momento de debate e livre discussão. Não obstante, há uma importante observação a ser feita aqui:

> O dado que mais preocupa é que cerca de 90% da energia do Supremo é dedicada às suas funções de jurisdição ordinária, inviabilizando o pleno uso das ferramentas de democracia participativa dentro do Tribunal para legitimar a tomada de decisões judiciais mais importantes do país.
> Diante desse quadro, e não só por isso, há de ser pensado o tamanho das atribuições do Supremo Tribunal Federal, enquanto órgão de cúpula do Poder Judiciário, e o seu real papel de Jurisdição Constitucional.[85]

---

[85] QUEIROZ, 2012, p. 203.

A própria democratização do controle de constitucionalidade, portanto, passa também pela problematização do atual desenho do Supremo Tribunal Federal. Exigir deste órgão, responsável por conduzir a interpretação constitucional, que se comprometa categoricamente com os ideais de democracia participativa estampados na Carta de 88 impõe igualmente o dever de (re)pensar sua estrutura, questionar seu tamanho e atribuições. Como bem aponta Queiroz[86] , não é desarrazoado sugerir um novo arranjo institucional do STF para que se aproxime mais de um Tribunal Constitucional, ficando acima e independente dos três poderes do Estado, e com funções específicas de Jurisdição Constitucional, deslocando as suas competências de jurisdição ordinária para o Superior Tribunal de Justiça, que exerceria o papel de órgão de cúpula do Poder Judiciário.

É inegável que a realização da audiência pública nas ações constitucionais perante o Supremo confere a este considerável coeficiente participativo. Porém, não se deve considerá-la, em suas atuais configurações, suficiente para consolidar, em definitivo, a democracia participativa na jurisdição constitucional – apesar de ser grande seu contributo, repise-se –. Mesmo porque a democracia, por si, é conceito histórico, volátil, em eterna construção. E assim deve ser buscado: quanto mais, efetivamente, houver de *povo* na interpretação constitucional, melhor.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A audiência pública tem contribuído decisivamente na abertura da jurisdição constitucional à sociedade. Juntamente com o instituto do *amicus curiae*, introduz o necessário contato com o povo destinatário da decisão, tão indispensável em um processo eminentemente objetivo como é o do controle de constitucionalidade concentrado. Atribuir publicidade ao debate das questões, informar e assegurar à comunidade maior con-

86 Ibidem, loc. cit.

trole em relação à compatibilidade da deliberação tomada com a opinião social, bem como a colheita de informações são apenas algumas das vantagens possibilitadas pela audiência pública; tudo isso somado, aliás, à capacidade de fornecer elementos técnicos aos ministros julgadores, dados esses que, certamente, não seriam por eles acessados sem a utilização de tal instituto. Mesmo porque a suposta restrição, constante no texto do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, de que apenas "pessoas com experiência e autoridade na matéria" seriam o público possível nas audiências públicas, em nada impede que o interesse do povo adentre na Corte.

É possível falar-se, é bem verdade, em contribuição para a abertura do processo constitucional à comunidade, nos moldes pregados por Häberle, através da audiência pública. Contudo, há mais a ser feito para que esse instrumento seja aperfeiçoado até que possa proporcionar, finalmente, um debate verdadeiramente livre entre os participantes, a partir de um rito procedimental menos formalista e mais orgânico. Ademais, o Supremo Tribunal Federal reserva tempo mínimo de sua força vital para as atribuições de jurisdição constitucional, tendo de dividir-se a todo o momento para atender também a suas funções ordinárias.

Pensar num controle de constitucionalidade concentrado comprometido com os valores da democracia participativa assegurados constitucionalmente perpassa diretamente pelo (re)desenho da estrutura e dos encargos que atualmente possui a Corte responsável por aquele, qual seja, o Supremo. A audiência pública, sim, representa parcela considerável do avanço de democratização do STF, mas não constitui jamais um fim em si mesma, tampouco o resultado derradeiro desse processo. Nesse sentido, a audiência pública surge, de fato, em defesa de um controle de constitucionalidade democrático – e tem cumprido com maestria os fins a que se destina. Mas ela, sozinha, não será capaz de concretizar a democracia participativa nessa ação. Há muito a ser percorrido nessa (árdua) marcha.

BIBLIOGRAFIA

ABREU, Pedro Manoel. **O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva**. 2008. 544 p. Tese (Doutorado em Direito) –Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008.

BARCELLOS, Logan Caldas. A legitimidade democrática da jurisdição constitucional e o contramajoritarismo no contexto da judicialização da política e do ativismo judicial. In: **Prismas**: direito, políticas públicas e mundialização, Brasília, v. 8, n. 1, p. 1-43, jan./jun. 2011

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DAL BOSCO, Maria Goretti. Audiência pública como direito de participação. In: **Revista Jurídica UNIGRAN**, Dourados, v. 4, n. 8, jul./dez. 2002.

DIAS, Solange Gonçalves. **Democracia representativa x democracia participativa**: participação popular no plano local e emergência de um novo paradigma democrático. 2001. 193 p. Dissertação (Mestrado em Direito)–Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta

dos intérpretes da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

MENCIO, Mariana. **O regime jurídico da audiência pública na gestão democrática das cidades**. 2007. 203 p. Dissertação (Mestrado em Direito Urbanístico)–Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MORAES, Anderson Júnio Leal. **Audiências públicas como instrumento de legitimação da jurisdição constitucional**. 2011. 119 p. Dissertação (Mestrado em Direito)–Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da participação política**: legislativa, administrativa, judicial (fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade). Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. **Audiência pública como instrumento de legitimação da jurisdição constitucional**. 2012. 292 p. Tese (Doutorado em Direito do Estado)–Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012

QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. Jurisdição constitucional participativa. In: **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n. 11, p. 59-78, out.2011.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**: discurso sobre a economia política. 7. ed. Curitiba: Hemus, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SUPTITZ, Carolina Elisa. **O instrumento jurisdicional da audiência pública e os movimentos de sincronia e anacronia com rela-**

ção à comunidade contemporânea. 2008. 204 p. Dissertação (Mestrado em Direito)–Faculdade de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2008.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

VIANNA, Luiz Werneck. et al. **O perfil do magistrado brasileiro**. Rio de Janeiro: AMB/Iuperj, 1995.

VICENTE, Paulo; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Métotodo, 2008.

A LÓGICA DO RAZOÁVEL DE RECASÉNS SICHES E SUA APLICABILIDADE PELO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

BRUNA BARLETTA[87]

RESUMO: *O presente estudo compreende uma breve análise da lógica do razoável, desenvolvida pelo filósofo Luis Recaséns Siches e sua utilização nos dias atuais, pelo Poder Judiciário brasileiro.*

Palavras-chave: *Filosofia - Luis Recaséns Siches - Lógica do Razoável*

ABSTRACT: *The present study is a brief analysis over the logic of the reasonable, developed by the philosopher Luis Recaséns Siches and its adoption, nowadays, by the Brazilian Judiciary.*

Keywords: *Philosophy - Luis Recaséns Siches - Logic of the Resoanable*

Sumário: *1. Introdução. 2. Luis Recaséns Siches. 3. O Contexto Histórico que Embasou a Lógica do Razoável. 4. A Lógica do Razoável. 5. Breve Análise da Jurisprudência Brasileira Atual. 6. Conclusão. 7. Bibliografia.*

---

87 Mestranda em Direito das Relações Econômicas Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Membra da Associação Brasileira dos Estudantes de Arbitragem. Advogada em arbitragem e contencioso.

1. INTRODUÇÃO

Insatisfeito com a lógica clássica, que ganhava cada vez mais espaço na Europa no contexto pós 2ª Guerra Mundial, Luis Recaséns Siches desenvolve uma nova lógica jurídica, englobando a razoabilidade em sua aplicação.

Em síntese, a Lógica do Razoável é uma reação à lógica jurídica meramente formal, desvinculada de valores e limitada à matemática da utilização da "premissa maior", "premissa menor" e "conclusão". Em sentido oposto à tal tradição, a proposta de Siches busca justamente moldar a aplicação do Direito conforme a realidade em que o caso concreto está inserido, com o objetivo final de realizar o valor "justiça".

Assim, para facilitar a compreensão da teoria da Lógica do Razoável, analisar-se-á, primeiramente, as origens de seu autor, o contexto histórico em que foi inserida, para que, finalmente, se examine suas especificidades.

2. LUIS RECASÉNS SICHES

Filho de espanhóis, Siches nasceu na Guatemala, em 1903. Em 1905, retornou à Espanha com sua família, onde morou por aproximadamente vinte anos. Foi lá que estudou Filosofia e Direito, na Universidade de Barcelona.

Em 1925, durante seu doutorado em Direito, pela Universidade de Madri, decidiu cursar matérias de Filosofia, na Universidade de Roma, onde teve o primeiro contato com uma de suas três grandes influências para o desenvolvimento de sua teoria, Giorgio Del Vecchio.

Nos anos que se seguiram, estudou na Alemanha e na Áustria.

Nesse último país, teve contato próximo com Hans Kelsen, que lecionava, à época, na Universidade de Viena. Siches discordava frontalmente de seu Professor, o que acabou por motivá-lo a aprofundar

seus estudos com base em outra corrente, que também ganhava vida na Europa em meados do século XX, a da razão vital, encabeçada por José Ortega y Gasset. Por essa e outras razões, retornou à Espanha em meados da década de 1930, onde ficou até ser exilado, em função de sua discordância com a Guerra Civil que lá acontecia.

Assim foi que se mudou para a França e, posteriormente, regressou ao México. No final da década de 1940, passou temporada nos Estados Unidos, quando se engajou ainda mais na Filosofia do Direito e nas áreas da Sociologia e da Psicologia Jurídicas.

Foi nesse país que se envolveu na elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos, como perito em Filosofia do Direito.

Naturalizou-se mexicano em 1955 e, em 1959, já como Professor da Universidade Nacional Autônoma do México, publica seu livro, Tratado Geral de Filosofia do Direito, no qual elabora a Lógica do Razoável.

Nos anos que se seguiram, permaneceu engajado na academia, residindo no México até o final de sua vida, em 1977.

3. O CONTEXTO HISTÓRICO QUE EMBASOU O SURGIMENTO DA LÓGICA DO RAZOÁVEL

Tendo nascido em 1903, Siches vivenciou três grandes eventos do Século XX, que contribuíram para a formação de seu pensamento: (i) a Revolução Russa, (ii) a 1ª Guerra Mundial e (iii) a 2ª Guerra Mundial.

Isso porque, passados tais acontecimentos e tendo o mundo se deparado com atrocidades até então sem parâmetros, ficou em evidência, para os operadores e filósofos do Direito, que a ideia de Direito até então posta, como um sistema fechado de normas, limitando o julgador ao mero silogismo quando da aplicação da lei, era insuficiente.

Por outro lado, tornou-se, também, inequívoca a importância da existência e da observância do ordenamento, especialmente para reger

e disciplinar as relações sociais e garantir a efetiva observância da lei pelos julgadores.

Siches deparou-se, portanto, com um conflito entre duas realidades que deveriam ser observadas, mas que, aparentemente, eram opostas. Em uma vertente, tem-se a obediência integral às leis e, em outra, a busca da realização do valor justiça.

Nesse contexto de pós-guerra, Siches foi influenciado, como já brevemente exposto, por três grandes filósofos, Giorgio Del Vecchio, Hans Kelsen e José Ortega y Gasset.

Del Vecchio, inspirado essencialmente por Emmanuel Kant, concebeu o que hoje é chamado de "neokantismo".[88] Assim, trouxe para o campo da aplicação do Direito concepções como "moral", "direito", "justiça" e "pessoa humana", ampliando a lógica formal e positivista até então adotada. [89]

Kelsen, por sua vez, prega a eliminação do Direito de qualquer referência a valores externos e até mesmo à ideia de justiça. Seu viés é no sentido de um sistema de normas fechado, que não é interferido por questões exteriores. Sua validade, portanto, depende apenas e tão somente daquilo por ele chamado de "norma fundamental", a qual é a base da legitimação do ordenamento.[90]

Finalmente, José Ortega y Gasset desenvolve seu pensamento partindo da premissa de que o Direito é um sistema dinâmico e que, portanto, as condições físicas, sociais e psicológicas envolvidas em cada fato concreto submetido ao julgador devem ser consideradas. Denomina sua teoria de "razão vital".[91]

---

88 FAZIO, Mariano; FERNÁNDEZ LABASTIDA, Francisco. *Historia de la filosofía. IV. Filosofía contemporánea.* Madrid: Palabra, 2004, pp. 203-209.

89 LUÑO PEÑA, Enrique. *Historia de la Filosofía del Derecho*. 3a ed. Barcelona: La Hormiga de Oro: 1962, pp. 682-683.

90 KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. XXVIII.

91 ORTEGA Y GASSET, José. *El Quijote en la escuela*. In: *Obras Completas*. Madrid: Alianza, 1998a. v. 2.

Siches, diante de teorias tão distantes, dedicou-se a estudar tais fenômenos e compatibilizá-los, com o objetivo de suscitar, ao final de sua pesquisa, uma maior efetividade do Direito, pautada na concretização do valor "Justiça".[92] Para Siches, essa era a proposta essencial do Direito, há muito esquecida.

Sua intenção de unificar as demais teorias jurídicas fundava-se, em síntese, em sua crença de que tanto a Filosofia do Direito, quando a Ciência Jurídica como um todo, não teriam condições, por si só, de eleger apenas um método, ou algumas prioridades, dentre as várias hipóteses de interpretação de normas.

Assim, de acordo com seu racional, a lógica formal não esgotaria a razão, na medida em que existem outros setores que pertencem à lógica jurídica, mas fogem da racionalidade, como a lógica dos problemas humanos de conduta prática.[93] Para Siches, os métodos de lógica tradicional revelaram-se incapazes de solucionar apropriadamente os problemas jurídicos, conduzindo-os, muitas vezes, a resultados absurdos, ou, ainda, conduzindo-os a atos arbitrários.

Isso porque entendia que o Direito positivo é o produto de circunstâncias de determinada sociedade, em determinada época, com o objetivo de, naquele momento específico, produzir determinados efeitos. Seu surgimento, portanto, é uma resposta aos estímulos ocasionados pelos fatos, ao passo que sua validade depende do contexto e do objetivo para o qual tais normas foram produzidas.

Dessa forma, tendo em vista as considerações acima expostas, tanto sobre a pessoa de Luis Recaséns Siches, quanto do contexto em que sua teoria surgiu e se desenvolveu, passa-se a examinar propriamente a Lógica do Razoável.

---

92 SANTOS, Gustavo Ferreira. *O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo*
Tribunal Federal: limites e possibilidades. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2004, p. 223.

93 SICHES, Recaséns. *Experiência Jurídica, Naturaleza de la Cosa e Lógica Razonable*. Unam, México, 1971, p. 151.

4. A LÓGICA DO RAZOÁVEL

Como visto, a ideia central por trás a Lógica do Razoável diz respeito à noção de a prática jurídica caminhar paralelamente aos costumes e instituições sociais e culturais. Como consequência, faz-se necessária a compreensão de sentidos e nexos dos problemas humanos, o que é feito por meio de valorações acerca do fato concreto que se põe diante do julgador.[94]

Siches, ao elaborar sua teoria, escancara o fato de que o julgador é, antes de tudo, um ser humano e, justamente por isso, é impossível que se desvincule integralmente de suas opiniões pessoais, princípios e valores que traga consigo. Isso, contudo, não significa torna-lo parcial ou dependente.

No mesmo sentido, expõe que também o legislador é um indivíduo, com seus limites e obstáculos, não podendo, portanto, fugir da elaboração das leis abstratas e genéricas. Por mais que tente, é impraticável que faça uma norma precisa nas palavras e que limite integralmente a interpretação do julgador.[95]

De todo modo, Siches entende que o legislador se propõe a realizar, da melhor maneira possível, quando da formulação das leis, a realização da justiça e dos valores dela decorrentes, naquela sociedade específica. Por essa razão, a decisão do julgador é um método de complementação das normas, a partir de sua individualização ao caso concreto, de forma a ser fiel à vontade autêntica do legislador, qual seja, a efetivação da justiça.

Isso, segundo o autor, se dá por meio do uso da equidade.

A equidade, como trazida por Siches, foi desenvolvida na teoria de Aristóteles, sendo precursora da justiça social e, por consequência, da

---

94 REALE, Miguel. *O direito como experiência***.** São Paulo: Saraiva, 1968, p. 241.

95 PRADO, Lídia Reis de Almeida. *A Lógica do Razoável na Teoria da Interpretação do Direito Segundo o Pensamento de Luis Recaséns Siches*. Dissertação de Mestrado apresentada à cadeira de Filosofia, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1980, p. 8.

própria Lógica do Razoável. É por meio dela que se pode avaliar se os resultados práticos da aplicação do Direito são, de fato, justos.

Isso porque, admite-se que o legislador, ao formular determinada prescrição normativa, baseia-se em situações habituais, sem esmiuçar particularidades que possam vir a ocorrer. Assim, quando o julgador se depara com um caso específico, deve utilizar o conceito da Lógica do Razoável, para determinar a incidência da norma jurídica aplicável, que, de fato, concretize a justiça.

Para tanto, devem ser seguidas três diretrizes: (i) tratamento igualitário àquilo que esteja nas mesmas condições e desigual ao que tiver parâmetros diferentes; (ii) todas as circunstâncias do caso concreto; e (iii) seja qual for a situação apresentada, a opção pela solução que melhor atender o princípio da justiça.[96]

Destarte, a equidade está inserida na Lógica do Razoável, na medida em que é ela a autorização para que sejam apreciados fatos e elementos não elegidos, inicialmente, pelo legislador, de modo a possibilitar a incidência de uma regra individual para a situação fática posta diante do julgador.

Com efeito, Siches coloca que a decisão do julgador é fruto de uma estimativa, pois não há a separação da impressão pessoal do julgador sobre os fatos, das dimensões jurídicas a eles aplicadas. É nessa conjunção que traz a ideia de que o julgador sempre se utiliza de sua "intuição", a qual engloba os aspectos "fato" e "Direito".[97]

Para ele, o raciocínio do juiz segue, em regra, o seguinte modelo: primeiro encontra a solução pertinente e justa, para, depois, buscar a norma que pode embasar a solução e qualificar adequadamente os fatos pertinentes.[98]

---

96 RÁO, Vicente. *O direito e a vida do direito***.** São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 88.

97 COELHO, Luiz Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis.* Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 216.

98 SICHES, Recaséns. *Nueva Filosofia de la Interpretación del Derecho*. Editorial Portua, AS, México, 1973, p. 247.

Logo, Siches admite que é a partir daquela intuição inicial que o julgador buscará o fundamento da sua decisão. No entanto, essa busca não deverá ser pautada nas "pseudos" motivações lógico-dedutivas, utilizadas até então, mas sim naquilo que é razoável dentro do ordenamento jurídico, especialmente considerando todos os aspectos fáticos do caso em questão. A função do julgador, nesse sentido, permanece dentro do escopo do Direito formalmente válido.

É justamente daí que decorre a premissa de Siches de que a única regra universal de validade das normas seria a de que o julgador deve sempre interpretar o ordenamento considerando a solução mais justa ao caso concreto.[99]

A Lógica do Razoável, diferentemente da lógica formal, está sempre revestida de valorações e critérios axiológicos, já que, para o autor, sem a utilização destes elementos, é impossível que se chegue a uma conclusão correta e adequada ao problema posto diante do julgador.[100]

Tudo isso porque Siches considera que, em uma sociedade, para que se chegue a qualquer conclusão sobre um fato controverso, há um embate prévio, no qual os indivíduos deliberam sobre a situação em questão, com base em critérios, ainda que tacitamente, pré-estabelecidos, ponderando sobre diversos aspectos, até se chegar na solução considerada razoável. Essa solução, embora possa não ser, em todas as vezes, pautada no racional, é pautada no viés humano da situação.

E muito embora toda a valoração proposta possa sugerir que o julgador esteja se afastando de sua função, isto é, da aplicação da lei e da regulamentação dos fatos jurídicos a ele submetidos, na realidade, o que ocorre é precisamente o contrário. Ao agir pautado pela Lógica do Razoável, o julgador objetiva atender, da melhor forma possível, às exigências da justiça e dos jurisdicionados.

---

99 PRADO, op. cit., p. 30.

100 SICHES 1973, op. cit., p. 287.

O que se vê, então, de acordo com seu racional, é que o ordenamento jurídico positivo, circunscrito apenas e tão somente ao que nele está formulado, não está apto a atender às necessidades da sociedade. Por conseguinte, exige-se a utilização de princípios e critérios axiológicos, mesmo que não expressos no próprio ordenamento, a fim de que o objetivo final do texto legal seja, de fato, alcançado.

Assim, fatos idênticos poderão ter valorações diversas, a depender dos valores elegidos pelo julgador, para julgar cada uma das situações fáticas concretas. Um exemplo por ele mesmo suscitado é a ocupação de um cômodo de uma residência, que, de acordo com os demais elementos envolvidos, pode caracterizar um mero convite, um contrato de arrendamento, ou aluguel, ou, ainda, uma ocupação precária. O fato, em cada uma das hipóteses, será o mesmo, no entanto, o que o qualificará juridicamente serão os demais elementos circunstanciais.

Nessa mesma linha, no entanto, surge a principal crítica ao pensamento de Siches. Se por um lado vemos o ressurgimento da busca pelo ideal de justiça, por outro, aumenta a preocupação com a possibilidade do afastamento de parâmetros legais e da segurança jurídica, já que a Lógica do Razoável poderia propiciar o subjetivismo nas decisões judiciais e, em última análise, acarretar a arbitrariedade do julgador.

O próprio autor rebate essa ideia, ao afirmar que se estão em jogo direitos fundamentais, como liberdade e justiça social, a segurança jurídica deve, sim, ser relativizada. Contudo, se o conflito versa sobre normas de hierarquia inferior, a segurança jurídica deve se sobrepor à correção da injustiça, em prol do bom funcionamento da ordem social. Novamente, percebe-se a necessidade da análise de caso a caso, para determinar o que prevalecerá.[101]

No mais, Siches admite que os limites para a interpretação do julgador devem ser buscados no ordenamento. Em outras palavras, qual-

---

[101] SICHES 1973, op. cit., p. 307.

quer decisão que venha a ser proferida com base na Lógica do Razoável deve, sobretudo, ter em vista a finalidade do ordenamento no qual esteja inserida. Seus limites, portanto, estão em consonância com a segurança jurídica e afastam-na do arbítrio daquele que a proferir.

Diante de tais considerações, Siches propõe, então, para se determinar se uma norma é ou não adequada para o caso concreto, que o julgador realize, antes de proferir sua decisão, um teste mental. Nesse sentido, ao se deparar com certa situação, o julgador, tendo encontrado a solução que lhe parece justa, deve proceder à busca da norma apropriada para fundamentar sua decisão. É aí que será necessário o teste mental em questão, para que se avalie se a norma escolhida conduzirá ao resultado pretendido.[102]

Por essa razão, o autor formula a análise de quatro situações hipotéticas e como o julgador deve proceder em cada uma delas.[103]

A primeira diz respeito à aparência de que há uma norma vigente e válida, aplicável ao caso, e que resulte na solução pretendida pelo julgador. Ainda assim, nessa situação aparentemente ideal, o julgador realizará algum juízo de valor, seja ao eleger a norma, ao determinar e apreciar as provas, ao qualificar fatos, etc.

A segunda situação, por sua vez, seria o caso de existir mais de uma norma de mesma hierarquia aplicável e de dúvida do julgador em qual escolher. Nessa hipótese, deve-se ensaiar mentalmente o resultado que o caso concreto teria ao escolher cada uma das normas e optar, ao final, por aquela que corresponder à solução que lhe parece mais justa.

Já o terceiro caso corresponde à obtenção, pela norma aplicável, de solução contrária àquela inicialmente desejada pelo julgador. Em outras palavras, após determinar qual seria o resultado adequado ao caso e encontrar a norma aparentemente aplicável, o julgador, quan-

---

102 PRADO, op. cit., p. 77.

103 SICHES 1973, op. cit., p. 258 e ss.

do da realização do teste mental, conclui que a regra em questão resulta no contrário do quanto desejado. Aqui, Siches entende que surge uma lacuna no ordenamento, o que é, justamente, a quarta e última de suas hipóteses.

Para ele, em caso de lacuna, isto é, de inexistência de norma aplicável que conduza ao resultado almejado pelo julgador, este deve procurar uma nova pauta axiológica, até então não utilizada. Buscam-se, então, critérios valorativos já consagrados, como princípios, equidade, usos e costumes ou até mesmo o Direito Natural.

Seja qual for a hipótese, o autor entende que há uma conclusão em comum: independentemente da problemática exposta ao julgador, este, inexoravelmente, recorrerá a alguma valoração pessoal, cuja fundamentação, para ser considerada válida pelo ordenamento, deverá ser razoável.

A Lógica do Razoável, portanto, está condicionada pela realidade concreta do mundo no qual está inserida. E é assim que se orienta pelas circunstâncias sociais, econômicas, culturais e políticas, sem se afastar do ordenamento jurídico vigente. Ao intérprete, isto é, ao julgador, cabe trazer para o caso concreto a essência da norma, de forma que sua aplicação seja efetivamente justa e razoável.

É esse o ponto central de sua diferenciação da lógica formal, já que essa, na maioria das vezes, acaba por levar a conclusão que viola os elementos prestigiados pelo Direito, especialmente no que diz respeito à natureza humana.

Diante de tais ponderações, Siches, para ilustrar seu racional, propõe três exemplos práticos, para a aplicação da Lógica do Razoável. Vejamos, então, de forma sucinta, as situações elencadas.

Em um parque, há uma regra proibindo que se passeiem com cachorros. Certo de que está cumprindo a norma, um indivíduo leva um urso para o parque. Há infração? O que aparenta ser mais adequado: permitir a permanência do urso, muito embora não exista regra expressa

proibindo sua circulação, ou interpretar a norma para que ela abarque também essa hipótese, que é uma afronta muito maior à segurança dos demais, do que apenas passear com um cachorro?

Em uma estação de trem, há uma regra proibindo que lá se durma. No momento em que o fiscal faz sua ronda, há um passageiro que cochilou, a espera de seu trem, e um mendigo que se acomodou, com seus pertences, em um canto da estação, claramente para passar a noite. O que seria razoável: pedir para o passageiro, que está dormindo no momento da ronda, se retirar, ou retirar o mendigo, que demonstra, pelas circunstâncias, a intenção de passar a noite na estação, apesar de estar acordado quando da fiscalização?

Finalmente, uma família, encontrando-se à beira da falência, após o coma de seu patriarca, nomeia a secretária das empresas da família, como administradora dos bens. Após um levantamento inicial, a secretária percebe que vendendo apenas determinadas ações, que correspondem a 20% do total do patrimônio, a família seria salva da insolvência. A família autoriza a venda e tudo corre dentro do esperado. Alguns meses depois, o patriarca, em coma durante todo esse tempo, vem a falecer. Quando da abertura de seu testamento, vê-se que aquelas ações, vendidas para salvar a família da falência, foram deixadas de herança justamente à secretária. Diante desse impasse, a secretária requer à família que dê a ela o equivalente em dinheiro, já que sua ajuda foi de grande valia. A família se recusa a assim proceder e alega que infelizmente não poderia fazer nada. Sendo submetida essa questão ao Judiciário, qual sentido mais razoável a ser considerado para a decisão do julgador?

O que se deve ter em mente ao analisar cada uma das situações acima, de acordo com o racional de Siches, é, em um primeiro momento, a razoabilidade. Mas não só isso, como, para ele, é inevitável, como visto ao longo do presente estudo, que se tragam conceitos pessoais, quando da decisão, que envolvem valores como justiça, direito, moral, costumes, equidade, etc.

5. BREVE ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA ATUAL

A despeito de sua teoria ter sido formulada e desenvolvida em meados do século XX, é inegável que continua sendo adotada até os dias de hoje. Não só no Brasil, como em diversos países, adota-se a razoabilidade como premissa das decisões proferidas, seja tácita ou expressamente.

Nesse sentido, vide, por exemplo, decisões do Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. FUNGIBILIDADE RECURSAL. AGRAVO REGIMENTAL. POSSIBILIDADE. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. CADERNETA DE POUPANÇA. CORREÇÃO DE DEPÓSITOS. PERÍODO DE INCIDÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. ALEGAÇÃO GENÉRICA DE VIOLAÇÃO DE LEI. SÚMULA N. 284/STJ. COISA JULGADA. INTERPRETAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OFENSA. 1. Não há ofensa ao art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido, integrado por julgado proferido em embargos de declaração, dirime, de forma expressa, congruente e motivada, as questões suscitadas nas razões recursais. 2. Incide o óbice previsto na Súmula n. 284/STF na hipótese em que a deficiência da fundamentação do recurso não permite a exata compreensão da controvérsia. 3. **A interpretação lógica e razoável do julgador acerca do comando jurisdicional expedido no processo de conhecimento não constitui ofensa à coisa julgada**. 4. Embargos de declaração acolhidos como agravo regimental, ao qual se provê para, conhecendo-se do agravo, conhecer parcialmente do recurso especial e negar-lhe provimento.

(STJ, EDcl no AREsp 180571 SP 2012/0103118-3, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 10/09/2013, T3 - Terceira Turma)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO. 1. Recurso especial tirado de acórdão que, na origem, fixou a competência do Juízo Civil para apreciação de ação de reconhecimento e dissolução de união estável homoafetiva, em detrimento da competência da Vara de Família existente. 2. A plena equiparação das uniões estáveis homoafetivas, às uniões estáveis heteroafetivas trouxe, como corolário, a extensão automática àquelas, das prerrogativas já outorgadas aos companheiros dentro de uma união estável tradicional. 3. **Apesar da organização judiciária de cada Estado ser afeta ao Judiciário local, a outorga de competências privativas a determinadas Varas, impõe a submissão dessas varas às respectivas vinculações legais construídas em nível federal, sob pena de ofensa à lógica do razoável e, in casu, também agressão ao princípio da igualdade**. 4. Se a prerrogativa de vara privativa é outorgada ao extrato heterossexual da população brasileira, para a solução de determinadas lides, também o será à fração homossexual, assexual ou transexual, e todos os demais grupos representativos de minorias de qualquer natureza que tenham similar demanda. 5. Havendo vara privativa para julgamento de processos de família, esta é competente para apreciar e julgar pedido de reconhecimento e dissolução de união estável homoafetiva, independentemente das limitações inseridas no Código de Organização e Divisão Judiciária local 6. Recurso especial provido.

(STJ, REsp 1291924 RJ 2010/0204125-4, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 28/05/2013, T3 - Terceira Turma)

Outro exemplo claro, sem, contudo, trazer expressamente em sua fundamentação a menção à Lógica do Razoável, foi a permissão, pelo Supremo Tribunal Federal, da união estável homoafetiva, embasada no valor sócio-político-cultural do pluralismo, como o texto da própria ementa da decisão traz:

> 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. **HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA**. CLÁUSULA PÉTREA.
>
> (STF, ADI 4277, Rel. Min. Ayres Britto, j. em 05.05.2011)

Como se vê, nesse caso, para se fazer a justiça que a sociedade clamava, o próprio Supremo, para fundamentar sua decisão, se utilizou de valores presentes na sociedade e arguidos pelos indivíduos afetados pela desregulamentação da união homoafetiva. Além disso, pautou-se em princípios gerais do ordenamento jurídico brasileiro, como a liberdade de escolha, a igualdade, a intimidade e a vida privada.

A Lógica do Razoável, portanto, continua permeando as decisões atuais, sendo base de diversos raciocínios jurídicos, exatamente por permitir ao julgador realizar o valor da justiça, sem esquecer-se do ordenamento jurídico vigente.

6. CONCLUSÃO

Siches, por meio da Lógica do Razoável, propõe uma dinâmica contrária àquela então predominante, da utilização da lógica-matemática para a aplicação das normas jurídicas. No entanto, não exclui essa lógica formal, mas a emprega para desenvolver o enquadramento da razoabilidade, tanto pelo legislador, quanto pelo julgador, quando da interpretação da norma.

Sua contribuição para a Ciência do Direito foi justamente aproximá-la da Filosofia Jurídica, na medida em que trouxe os valores inerentes ao ser humano, especialmente aqueles relacionados à justiça, para serem aplicados pelo julgador. A necessidade de respeito ao Direito posto em conjunto a uma maior eficiência na sua aplicação exigiam essa junção não apenas no plano teórico, mas também no plano prático.

Observa-se, nesse sentido, que Siches parte da premissa de que o Direito é um sistema dinâmico e que, portanto, está em constante contato com aspectos sociológicos, econômicos, psicológicos, dentre outros, da sociedade na qual se insere, para, então, concluir que a prudência e a razoabilidade devem pautar as decisões do julgador, de forma a se possibilitar o alcance da justiça.

E é exatamente diante desse contexto que a finalidade da norma, considerando a realidade concreta do caso e todas as suas demais peculiaridades, será, de fato, obtida. Ao julgador, será facultada a realização da justiça almejada pelo legislador quando da elaboração da regra em questão, já que, a este, não cabe abarcar todas as minúcias das situações fáticas.

7. BIBLIOGRAFIA

COELHO, Luiz Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

DE CICCO, Cláudio. *História do Pensamento Jurídico e da Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 7ª ed., 2013.

FAZIO, Mariano; FERNÁNDEZ LABASTIDA, Francisco. *Historia de la filosofía. IV. Filosofía contemporánea*. Madrid: Palabra, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LUÑO PEÑA, Enrique. *Historia de la Filosofía del Derecho*. 3a ed. Barcelona: La Hormiga de Oro: 1962.

ORTEGA Y GASSET, José. *El Quijote en la escuela*. In: *Obras Completas*. Madrid: Alianza, 1998a. v. 2.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. *A Lógica do Razoável na Teoria da Interpretação do Direito Segundo o Pensamento de Luis Recaséns Siches*. Dissertação de Mestrado apresentada à cadeira de Filosofia, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1980.

_____. *Direito, Cidadania e Justiça – ensaios sobre lógica, interpretação, teoria, sociologia e filosofia jurídicas*. RT, 1995.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida do direito*. São Paulo: Max Limonad, 1952.

REALE, Miguel. *O direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 1968.

SANTOS, Gustavo Ferreira. *O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2004.

SICHES, Luis Recaséns. *Experiência Jurídica, Naturaleza de la Cosa e Lógica Razonable*. Unam, México: Fondo de Cultura Económica, 1971.

_____. *Tratado General de Filosofia del Derecho*. Mexico: Porrúa S.A., 1ª ed., 1959.

_____. *Nueva Filosofia de la Interpretación del Derecho.* Editorial Portua, AS, México, 1973.

Jurisprudência

Superior Tribunal de Justiça, REsp 1291924 RJ 2010/0204125-4, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 28/05/2013, T3 - Terceira Turma.

Superior Tribunal de Justiça, EDcl no AREsp 180571 SP 2012/0103118-3, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 10/09/2013, T3 - Terceira Turma.

Supremo Tribunal Federal, ADI 4277, Rel. Min. Ayres Britto, j. em 05.05.2011.

A TRIBUTAÇÃO DO CONSUMO DE SUBSISTÊNCIA: MEIOS PARA PROMOÇÃO DA DIGNIDADE DO SER HUMANO ATRAVÉS DA SELETIVIDADE TRIBUTÁRIA

LÍRIO, *Isabelle Jaíne Gonçalves*[104]
***LIMA, Stephane Hilda Barbosa*[105]**

RESUMO
Análise crítica sobre a tributação do consumo de subsistência e seus reflexos na promoção da dignidade do ser humano por meio da aplicação do princípio da seletividade tributária no Estado brasileiro, despontando como instrumento da assim chamada justiça fiscal. A regressividade da tributação sobre o consumo no Brasil reflete uma problemática, tendo em vista que os consumidores são os destinatários finais dos tributos embutidos na cobrança dos bens. Desta forma, devido à inaplicabilidade do princípio da proporcionalidade, uma alternativa eficaz seria a aplicação do princípio da seletividade tributária em razão da essencialidade dos produtos e serviços relacionados com o consumo de subsistência, como por exemplo: alimentos, medicamentos ou material escolar, ou seja, aqueles cuja concessão da desoneração contribuiria efetivamente para a efetivação dos diretos fundamentais e para uma assim chamada justiça fiscal.

Palavas-chave: Tributação – Dignidade da Pessoa Humana – Consumo de Subsistência – Justiça Fiscal.

---

104 Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Pós-Graduada em Direito e Processo Constitucional – FTP. Advogada.
105 Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Pós Graduanda em Direito Tributário e Processo Tributário Juris – Unice. Advogada.

1 INTRODUÇÃO

A atualidade do estudo do Direito Tributário Nacional demonstra como a tributação sobre o consumo de subsistência se aplica de forma mais onerosa aos economicamente menos favorecidos. Este cenário apresenta fundamentos para abordar os principais aspectos sobre os direitos fundamentais do contribuinte, estudando-se como ocorre a regressividade da tributação sobre o consumo de subsistência e seu impacto negativo nas ações que promovem a dignidade do ser humano.

Conceitua Aliomar Baleeiro (2008, p. 884) que "o mesmo tributo poderá ser direto ou indireto, conforme a técnica de incidência e até conforme as oscilantes e variáveis circunstâncias do mercado ou a natureza da mercadoria ou a do ato tributado".

Luciano Amaro (2009, p. 425), ressalta a dificuldade de tal distinção, "quando se sabe que há a tendência de todos os tributos serem 'embutidos' no preço de bens ou serviços e, portanto, serem transferidos para terceiros".

Machado Segundo (2011, p. 15-16) destaca que:

> Na prática, é muitas vezes impossível de ser comprovado o repasse do encargo tributário a depender da relação entre a elasticidade-preço da demanda e a elasticidade-preço da oferta, fatores que podem fazer com que um tributo incidente sobre o consumo onere economicamente o produtor ou o consumidor, pouco importando quem é seu contribuinte do ponto de vista jurídico.

Hugo de Brito Machado (2012, p. 390):

> Nas últimas décadas observa-se o incremento dos impostos indiretos. Essa tendência talvez decorra da inexistência de reação a esses aumentos, posto que o contribuinte de fato não tem consci-

> ência do ônus tributário que fica embutido nos preços dos bens e serviços. Daí por que preconizamos a instituição em lei da obrigatoriedade de indicação desse ônus na publicação de todo e qualquer preço de bem ou serviço.

Paralelamente, o art. 3º da Constituição Federal de 1988 (CF/88) elucida quais são os objetivos da República Brasileira:

> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
> I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;
> II – garantir o desenvolvimento nacional;
> III – erradicar a pobreza e a marginalização **e reduzir as desigualdades sociais e regionais;**
> IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Inobstante previstos tais artigos no texto constitucional, após 27 (vinte e sete) anos da Constituição Federal de 1988, o Brasil continua um país com grandes desigualdades econômicas e sociais, apesar dos avanços da participação do brasileiro na riqueza produzida em cooperação social. Existem algumas hipóteses sobre a origem da desigualdade social no Brasil, entre elas estão: a ausência de políticas públicas eficazes no combate à pobreza; as antinomias presentes entre o crescimento econômico e a má distribuição de renda; e a tributação. Desta última, especialmente a tributação sobre o consumo de subsistência (comida, bebida, educação e higiene) é considerada um fator determinante na concentração de renda. Todos os temas, porém, estão entrelaçados com o estudo da ciência econômica. Juliana Cardoso Ribeiro Bastos (2013, p.208), correlaciona a interpretação da constituição econômica em face do princípio da função social da propriedade e dos outros princípios constitucionais:

> A justiça social constitucional brasileira é, assim, fim a ser alcançado pela interpretação da constituição Econômica. Sua realização pressupõe a concretização dos princípios da atividade econômica que não devem ser concebidos como meros programas, mas como valores vinculativos e, portanto, dotados de normatividade. Portanto, constitucionalmente assume conteúdo assume o conteúdo preciso, qual seja, a função social da propriedade, a soberania, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e pessoais em busca do pleno emprego.

Desta forma, a questão é mais complexa do que aparenta, pois conforme veremos ao longo da pesquisa, o sistema fiscal relaciona-se indissociavelmente com os processos econômicos e sociais, possuindo características multidisciplinares, devendo ser estudado em conjunto com outros ramos científicos.

2 REGRESSIVIDADE SOBRE A TRIBUTAÇÃO DO CONSUMO DE SUBSISTÊNCIA

A tributação do consumo brasileiro possui natureza de cobrança regressiva, onerando de forma mais severa os pobres, tendo em vista que os elevados tributos são inseridos no valor final dos produtos e serviços e repassados aos destinatários finais (consumidores). Sendo assim, produtos como, por exemplo: medicamentos, material escolar ou produtos de higiene, que fazem parte do consumo de muitos brasileiros, com a inexistência da aplicação da seletividade tributária sobre estes produtos, prejudicaria quem possui uma menor renda, como ficará demonstrado posteriormente. Isso ocasiona uma série de problemas oriundos da arrecadação mal aplicada em face da não aplicação da seletividade em razão da essencialidade do produto.

Segundo Bianca Pinto Lima (2014, p.2), os dados da Receita Federal do Brasil comprovam que 49,7% (quarenta e nove, sete por cento) dos tributos incidem exatamente sobre bens e serviços, ou seja, o sistema tributário sobre o consumo brasileiro possui quase a metade de sua arrecadação por meio de impostos indiretos, em que o consumidor é o responsável por pagar o preço do produto ou serviço com os acréscimos já inseridos no preço final.

Luciano Amaro (2014, p.111) leciona sobre a forma de arrecadação dos tributos diretos e indiretos:

> Uma classificação, de fundo econômico, mas com reflexos jurídicos, é a que divide os tributos em diretos e indiretos. Os primeiros são devidos, "de direito", pelas mesmas pessoas que, "de fato", suportam o ônus do tributo; é o caso do imposto de renda. Os indiretos, ao contrário, são devidos, "de direito", por uma pessoa (dita "contribuinte direto"), mas suportados por outra (contribuinte de fato): o "contribuinte de direito" recolhe o tributo, mas repassa o respectivo encargo financeiro para o contribuinte de fato"; os impostos que gravam o consumo de bens e serviços (IPI, ICMS, ISS) estariam aqui incluídos.

A arrecadação tributária sobre o consumo possui natureza de cobrança regressiva, e, como já aludido, isso ocasiona uma tributação mais severa sobre os pobres, sendo cobradas alíquotas iguais para todos os contribuintes, sem se levar em consideração a capacidade econômica do consumidor. Desta forma, um simples exemplo pode ser bastante elucidativo para ilustrar bem a questão. Suponha-se que há duas famílias, uma com 03 (três) pessoas, sendo que apenas 02 (duas) trabalham ganhando 01 (um) salário-mínimo cada uma; e outra com 03 (três) pessoas, sendo que apenas 02 (duas) trabalham ganhando cada uma R$ 4.000,00 (quatro mil reais), e ambas as famílias gastam por mês: R$ 200,00 (du-

zentos reais), com alimentação (arroz, feijão, macarrão e etc...). Se for feita uma conta simples poderemos perceber facilmente que ao final do mês a primeira família retém somente R$ 1.376,00 (Um mil trezentos e setenta e seis reais), enquanto a outra permanece com R$ 7.800,00 (sete mil e oitocentos reais), conseguindo poupar uma boa parte. Percentualmente a família com 02 (dois) salários-mínimos gasta em torno de 13% (treze por cento) de sua renda, comprometendo um percentual maior de sua renda com o consumo de subsistência, enquanto a família que recebe R$ 8.000,00 (oito mil reais) gasta em torno de 2,5% (dois, cinco por cento) de sua renda, dessa forma a renda se concentra em torno de que possui mais.

Estudo realizado pelo Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação (IBPT):

> aponta que mais da metade da carga tributária brasileira é cobrada justamente daqueles que possuem menos, os mais pobres. Segundo o instituto, 53,8% do total arrecadado é pago por brasileiros com renda de até 3 salários mínimo, que representam 79% da população. Outros 28,5% da arrecadação possuem origem nos impostos pagos por brasileiros com renda entre 3 e 10 salários-mínimos.

De acordo com o presidente do Conselho Superior e coordenador de estudos instituto citado, Gilberto Luiz do Amaral (2014, p.2), “o levantamento evidencia que o sistema tributário brasileiro é extremamente concentrado no consumo, fazendo com que a população de menor poder aquisitivo tenha um custo tributário muito elevado”, analisa de acordo com o recente estudo que pessoas que ganham até três salários-mínimos, são responsáveis por mais da metade da arrecadação tributária brasileira. O instituto IBPT organizou um projeto que mede a arrecadação tributaria do governo, que se chama Impostômetro, sendo que este

aparelho tem como objetivo conscientizar os cidadãos sobre a excessiva carga tributária. Em 2015, o valor da arrecadação atingiu o valor de R$ 1 trilhão, sendo que as argumentações acima sugestionam como o sistema tributário brasileira precisa ser reformado, tendo em vista os questionamentos sobre a justiça fiscal na aplicação de sua arrecadação.

2.1 JUSTIÇA FISCAL CONSAGRADA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1998

Cabe ao Estado aplicar os princípios constitucionais da capacidade contributiva, solidariedade e progressividade, segundo disposto no artigo. 145, parágrafo 2ª, da Constituição Federal:

> Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:
> § 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Entretanto existe a impossibilidade de se aplicar o princípio da progressividade consagrado na Constituição Federal sobre a tributação sobre o consumo de subsistência, porque os impostos indiretos não possuem caráter pessoal e não consideram a capacidade econômica do contribuinte (MACHADO, 2015). Entretanto, outra opção também consagrada pela carta constitucional seria a aplicação do princípio da seletividade sobre produtos essenciais. Segundo leciona Diogo Nicolau Pítisica (2009, p.59) este princípio guarda relação estreita com os direitos fundamentais enumerados na Constituição Federal:

> A opção por um Estado Democrático de Direito, a enumeração de um rol de direitos fundamentais, a consagração constitucional de inúmeros princípios jurídicos destinados à proteção do indivíduo e a afirmação dos valores de solidariedade e de justiça constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, os quais conduzem ao acolhimento do cidadão.

Arnaldo Vasconcelos (2007, p.34) cita a Magna Carta Inglesa e Declaração de Direitos dos constituintes francesas, para exemplificar o que encontrasse afirmado acima:

> Impuseram-no a nobreza e a plebe ao Príncipe João, passando a consubstanciar o artigo 12 da Magna Carta. Ao adotá-la no artigo 14 de sua Declaração de Direitos, os constituintes franceses atribuíram-lhe a dignidade de garantia inalienável e imprescritível, incluindo entre os dogmas do Estado Liberal.

Vale salientar que o contexto do surgimento do Estado de Direito deu-se em meio de revoltas populares sobre a cobrança arbitrária de tributos, em face da necessidade de impor limitações ao exercício do Estado, questionando-se a necessidade de uma justiça aplicada nas relações entre o Estado e o contribuinte. Poderemos analisar que John Rawls (1981, p.33), apresenta um conceito de justiça como de equidade:

> Uma vez que todos estão numa situação semelhante e ninguém pode designar princípios para favorecer sua condição particular, os princípios da justiça são o resultado de um consenso ou ajuste equitativo. [...] A essa maneira de considerar os princípios da justiça eu chamarei de justiça como equidade.

Um bom exemplo de medida de justiça fiscal é a Lei Federal nº 12.839, de 09 de julho de 2013, publicada no Diário Oficial da União de 10.07.2013, resultado da conversão da Medida Provisória nº 609/2013 em lei, tem como objetivo primário a desoneração tributária incidente sobre produtos essenciais que compõe a cesta básica, inclusive o açúcar. Referida desoneração se faz por meio de redução das alíquotas de PIS/PASEP (Programa de Integração Social / Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público) e COFINS E IPI (Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social e Imposto Sobre Produtos Industrializados) em tais produtos para zero (0%).

A lei acima demonstra como o Estado poderá incentivar através de uma política de isenção fiscal a diminuição da falta de acesso a produtos essenciais ao desenvolvimento humano, como a alimentação, por exemplo. Segundo Amartya Sen (2010, p.126) prêmio Nobel de Ciências Econômicas de 1998, e criador do Índice de Desenvolvimento Humano, a privação de renda não deverá ser o único argumento utilizado para se estudar a redução pobreza:

> É perigoso ver a pobreza segundo a perspectiva limitada da privação de renda e a partir daí justificar investimentos em educação, serviços de saúde e etc. Com o argumento de que são bons meios para atingir o fim da redução da pobreza de renda. Isso seria confundir os fins com os meios. As questões básicas de fundamentação obrigam-nos, por razões já expostas, a entender a pobreza e a privação que as pessoas podem realmente podem levar e das liberdades que elas realmente têm. A expansão das capacidades humanas enquadra-se diretamente nessas condições básicas. Acontece que o aumento das capacidades humanas também tendem a andar junto com a expansão das produtividades e do poder de auferir renda.

O art. 1º da Lei Federal nº 12.839, 2013, enumera os produtos desonerados pelo governo federal.

"Art.1º.....
XIX - carnes bovina, suína, ovina, caprina e de aves e produtos de origem animal classificados nos seguintes códigos da Tipi:
a) 02.01, 02.02, 0206.10.00, 0206.2, 0210.20.00, 0506.90.00, 0510.00.10 e 1502.10.1;
b) 02.03, 0206.30.00, 0206.4, 02.07, 02.09 e 0210.1 e carne de frango classificada nos códigos 0210.99.00;
c) 02.04 e miudezas comestíveis de ovinos e caprinos classificadas no código 0206.80.00;
d) (VETADO);
XX - peixes e outros produtos classificados nos seguintes códigos da Tipi:
a) 03.02, exceto 0302.90.00;
b) 03.03 e 03.04;
c) (VETADO);
XXI - café classificado nos códigos 09.01 e 2101.1 da Tipi;
XXII - açúcar classificado nos códigos 1701.14.00 e 1701.99.00 da Tipi;
XXIII - óleo de soja classificado na posição 15.07 da Tipi e outros óleos vegetais classificados nas posições 15.08 a 15.14 da Tipi;
XXIV - manteiga classificada no código 0405.10.00 da Tipi;
XXV - margarina classificada no código 1517.10.00 da Tipi;
XXVI - sabões de toucador classificados no código 3401.11.90 Ex 01 da Tipi;
XXVII - produtos para higiene bucal ou dentária classificados na posição 33.06 da Tipi;
XXVIII - papel higiênico classificado no código 4818.10.00 da Tipi;

A lei supracitada representa um importante avanço em termos de justiça de fiscal, pois concede a desoneração de produtos da cesta básica, sendo uma isenção concedida pelo governo federal, que contribui para a efetivação dos diretos fundamentais do contribuinte.

> Art. 176. A isenção, ainda quando prevista em contrato, é sempre decorrente de lei que especifique as condições e requisitos exigidos para a sua concessão, os tributos a que se aplica e, sendo caso, o prazo de sua duração.
> Parágrafo único. A isenção pode ser restrita a determinada região do território da entidade tributante, em função de condições a ela peculiares.

> Art. 179. A isenção, quando não concedida em caráter geral, é efetivada, em cada caso, por despacho da autoridade administrativa, em requerimento com o qual o interessado faça prova do preenchimento das condições e do cumprimento dos requisitos previstos em lei ou contrato para sua concessão.

A alíquota zero que desonera certos tributos através da redução das alíquotas, muito difere da isenção legal, que é um benefício fiscal, podendo ser estabelecida pelo Poder Executivo nas condições e nos limites estabelecidos em lei, em face de uma política econômica governamental (art. 4º do DL 1.199/71). Vejamos o Art. 153, § 1º, da Constituição, que estabelece as hipóteses de alíquota zero:

> Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

> § 1º É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V.

Já a isenção é uma permissão legal da dispensa de um tributo devido. Não é fator de não incidência tributária, pois a isenção se submete ao princípio da legalidade estrita, ou seja, só pode ser concedida através de uma regra, sendo: lei ordinária, lei complementar, ou decreto legislativo do Congresso Nacional. A CF/88, em seu Art. 150, parágrafo 6º, elucida o tema:

> Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
> § 6º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g.

Desta forma, a Lei Federal nº 12.839, de 09 de julho de 2013, possui natureza de isenção fiscal, tendo em vista que atendeu aos requisitos previstos no Art. 150, § 6º, da Constituição Federal de 1988, citada, estabelecendo benefício fiscal, contemplando com alíquota zero aos produtos da cesta básica dos tributos: PIS/PASEP, COFINS e IPI.

2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CONTRIBUINTE E AS AÇÕES PROMOVEDORAS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

Sobre o princípio da dignidade do ser humano, o conceito de Immanuel Kant (2004, p. 64), é o que melhor define o seu significado como algo impossível de ser atribuído preço, tendo em vista que o ser humano não poderá ser tratado como um simples objeto:

> No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade. (...) o que se faz condição para alguma coisa que seja fim em si mesma, isso não tem simplesmente valor relativo ou preço, mas um valor interno, e isso quer dizer, dignidade. Ora, a moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmos, pois só por ela lhe é possível ser membro legislador do reino dos fins. Por isso, a moralidade e a humanidade enquanto capaz de moralidade são as únicas coisas providas de dignidade

Os tributos cobrados pelo Estado brasileiro devem ser aplicados em saúde, educação e segurança, por exemplo, correspondendo ao necessário para a concretização dos direitos fundamentais descritos na Constituição Federal.

Paulo Bonavides (20015, p.678) leciona sobre os novos caminhos da hermenêutica constitucional que se destaca por seus vínculos diretos com o Estado democrático direito, e aborda com maestria a interpretação dos direitos fundamentais na Constituição Federal:

> Em verdade, para fazer eficazes os direitos sociais, o Estado precisa de ministrar duas distintas formas de garantia: a garantia jurídica e a garantia econômica; a primeira de natureza formal, a segunda de natureza material(...)
> (...) Fatores econômicos objetivos e reais seriam, portanto, decisivos para concretizá-los.

Desta forma, Paulo Bonavides (2015) apresenta o problema hermenêutico da interpretação dos direitos sociais em face da expressão “direitos e garantias individuais”. Já superado o individualismo do Estado

liberal resta agora o desafio de tentar adequar liberdade individual e necessidade de se concretizar o Estado social, sem, contudo suprimir a liberdade dos indivíduos, tendo em vista que tal supressão poderia ruir toda teoria democrática. Desta forma, o cidadão tem o dever de pagar seus tributos, entretanto questionasse acerca dos limites da atividade tributária do Estado.

A cobrança dos tributos indiretos (IPI, ICMS, COFINS...) aparentemente pode ser considerada injusta, entretanto o Direito Tributário segue o princípio da estrita legalidade. Sendo assim a nossa Constituição, que é rígida, torna extremamente dificultoso o processo de modificação das normas tributárias constitucionais. Ressalta-se que o Supremo Tribunal Federal compreende que o Código Tributário Nacional (CTN) foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 como Lei Complementar.

Leciona Arnaldo Vasconcelos (2006, p.244) sobre o direito injusto afirmando que é valido, entretanto, o mesmo não deve prevalecer, o que nos direciona a questionar a legitimidade Sistema Tributário Nacional, conforme citação abaixo:

> Definir o conteúdo da justiça constitui tarefa própria da Filosofia do Direito. Do nosso ponto de vista, o que importa, antes de tudo, é afirmar sua condição de instância valorativa da norma jurídica. Não que pretendamos confundir, como fez o jusnaturalismo, direito como Direito justo. Direito injusto também é Direito, Direito válido. Outra coisa bem diferente é afirmar-se que o Direito injusto não pode subsistir, como efetivamente não deve prevalecer.

Hugo de Brito Machado (2009, p.9), em seu livro “Os direitos fundamentais do contribuinte e a efetividade da Jurisdição”, leciona sobre a principal dificuldade sobre a efetivação dos direitos fundamentais do contribuinte:

> A maior dificuldade que nos parece existir para a efetividade dos direitos fundamentais do contribuinte reside na falta de consciência dos cidadãos quanto aos seus direitos, talvez uma decorrência do que alguns psicólogos têm denominado síndrome da pressa.

A Síndrome da pressa pode ser compreendida como uma reação humana aos fatores ligados atualidade, como as cobranças em relação à produtividade, eficiência e rapidez, em detrimento da necessidade humana de descansar e reduzir a rotina de trabalho ou estudos, para uma melhora da qualidade de vida, tornando a capacidade de concentração do ser humano reduzida para problemas mais complexos.

Atualmente, está em vigor a Lei nº 12.741 de 2012, popularmente conhecida como a "Lei do Imposto na Nota", essa lei possibilita aos consumidores o imediato conhecimento sobre a quantidade de tributos embutidos nos preços dos bens adquiridos, informando aos consumidores a carga tributária na nota fiscal, que é um documento fiscal destinado ao consumidor final. Entretanto, apesar dos brasileiros possuírem mecanismos para desenvolver sua cidadania tributária - cita-se também o portal da transparência, que torna os consumidores conhecedores do caminho que os tributos percorrem até sua execução orçamentária- , ainda é necessário desenvolver a compreensão dos cidadãos mais profunda sobre o tema, em que toda a população se torne consciente da quantidade de ônus fiscal que suporta, o que pode ser efetivado também através de um incremento no investimento nos programas de educação fiscal.

2.3 PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE SOBRE OS PRODUTOS DO CONSUMO DE SUBSISTÊNCIA

A Constituição em seu art. 155, II, determina a cobrança do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, sendo o

tributo brasileiro de maior arrecadação, possuindo natureza eminentemente fiscal.

O Art. 155, parágrafo 2º, inciso III, da CF/88 dispõe acerca da seletividade em função da essencialidade dos produtos e serviços, sendo esta uma tentativa de deixar o sistema tributário mais justo, vejamos a citação abaixo:

> Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:
> II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;
> § 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:
> III - poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços;

O ICMS possui uma peculiaridade, pois sua seletividade em razão da essencialidade do produto não é obrigatória. Como podemos analisar, o termo “poderá ser seletivo” (art.155, §2º, III, CF/88), determina uma faculdade que o constituinte concedeu aos Estados e ao Distrito Federal. Há a alternativa de desonerar, ou não, os produtos ou serviços tributados através do ICMS. Isso ocasiona um problema chamado de Guerra fiscal, que de forma sucinta significa uma tentativa dos Estados de concederem através de incentivos fiscais melhores condições para empresas se estabelecerem em seus territórios.

O Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), ao contrário, possuem a obrigatoriedade de serem seletivos, em função da essencialidade do produto, ou seja, não é uma mera faculdade. Ao disciplinar a tributação do IPI o legislador constitucional foi mais coerente com os direitos fundamentais do contribuinte, garantindo a justiça fiscal ao con-

tribuinte. Vejamos o que está expresso na Constituição Federal de 1988, Art. 153, parágrafo 3º, inciso I:

> O art. 153, parágrafo 3º, inciso I, elucida a aplicação da seletividade em IPI:
> Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:
> IV – produtos industrializados;
> § 3º O imposto previsto no inciso IV:
> I – será seletivo, em função da essencialidade do produto;

Desta forma, a seletividade constitui uma importante ferramenta da legislação pátria para desonerar produtos e serviços que são de subsistência, em razão de sua essencialidade. Defende-se, assim, que a seletividade não deveria ser uma obrigatoriedade somente para IPI, mas deveria ser obrigatório também para os demais tributos relacionados com o consumo de subsistência, ou seja, aqueles que de alguma forma oneram o valor da alimentação básica, dos serviços saúde e de itens higiene, por exemplo.

Octavio Campos Fischer (2010, p.142), em artigo científico publicado pela revista NOMOS, com o título "Direitos fundamentais dos contribuintes: breves considerações":

> O fundamento da previsão constitucional para as imunidades é matéria controversa. Fala-se em liberdade, capacidade contributiva e em outros valores. Antes de tudo, registre-se que se trata de decisão política do Constituinte e que, parece-nos, no caso da Constituição de 1988, não se pautou por uma lógica muito clara. Afinal, é de se perguntar a respeito dos motivos pelos quais os livros, periódicos e jornais são imunes e os alimentos não. Não que aqueles não devessem ser, mas estes, também, deveriam ter sido protegidos contra a tributação, em razão da sua essencialidade. O mesmo se diga das situações envolvendo o direito de saúde!

Seguindo o raciocínio do autor citado, os alimentos deveriam possuir imunidade tributaria, tendo em vista o papel de diminuir desigualdades econômicas e sociais reduzindo a pobreza, segundo o Art. 7º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, que dispõe sobre o:

> salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim (...)

Ou seja, existe uma grande incoerência na aplicação destes direitos fundamentais expressamente previstos, pois uma tributação sobre estes bens de subsistência elencados no Art. 7º da constituição, especificamente *"alimentação, educação e saúde"*, não deveriam sofrer tributação para que o mínimo existencial esteja garantido.

3 INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO PARA APLICAÇAO DA SELETIVIDADE TRIBUTÁRIA E EFETICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS CONTRIBUINTES

O direito de acesso à justiça está consagrado em nossa Constituição, no **art. 5º, inciso XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito***;* desta forma, em caso de lesão ao direito fundamental do contribuinte, este poderia buscar a intervenção do Judiciário para requerer a aplicação do princípio da vedação do confisco, impondo limites a atuação do poder de tributar através de mecanismos jurisdicionais. Contudo, tanto a jurisprudência como doutrinadores divergem sobre a possibilidade do Poder Judiciário atuar ativamente sobre a majoração/redução arbitraria de alíquotas referentes a

bens e serviços de caráter essenciais, ou melhor, relacionados ao consumo de subsistência. Ocorre que o Direito Tributário obedece ao princípio da legalidade estrita, de modo que há questionamentos acerca de saber se o Judiciário estaria usurpando a competência do legislativo ao fixar outras alíquotas mais condizentes com o caráter de essencialidade que alguns bens de consumo apresentam. Vejamos trecho de um julgado antigo do Supremo Tribunal Federal sobre o tema:

> A isenção fiscal decorre do implemento da política fiscal e econômica, pelo Estado, tendo em vista o interesse social. É ato discricionário que escapa ao controle do Poder Judiciário e envolve juízo de conveniência e oportunidade do Poder Executivo. O termo inicial de vigência da isenção, fixada a partir da data da expedição da guia de importação, não infringe o princípio da isonomia tributária, nem desloca a data da ocorrência do fato gerador do tributo, porque a isenção diz respeito à exclusão do crédito tributário, enquanto o fato gerador tem pertinência com o nascimento da obrigação tributária. (AI 151.855-AgR, rel. min. Paulo Brossard, julgamento em 24-5-1994, Segunda Turma, DJ de 2-12-1994.)

A questão, entretanto, apesar de há muito tempo ser analisada pelo Supremo Tribunal Federal, sob diferentes aspectos, ainda não apresentou um desfecho preciso. Em verdade, no final de 2014 foi reconhecida repercussão geral à controvérsia relativa à constitucionalidade de lei estadual, que estabelece alíquota de ICMS incidente sobre o fornecimento de energia elétrica e os serviços de telecomunicação em patamar superior ao estabelecido para as operações em geral, não obstante a seletividade destes.

> “EMENTA: IMPOSTO SOBRE A CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS — ENERGIA ELÉTRICA — SER-

> VIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO — SELETIVIDADE — ALÍQUOTA VARIÁVEL — ARTS. 150, INCISO II, E 155, § 2º, INCISO III, DA CARTA FEDERAL — ALCANCE — RECURSO EXTRAORDINÁRIO — REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Repercussão geral a controvérsia relativa à constitucionalidade de norma estadual mediante a qual foi prevista a alíquota de 25% alusiva ao Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços incidente no fornecimento de energia elétrica e nos serviços de telecomunicação, em patamar superior ao estabelecido para as operações em geral — 17%. (RE 714.139 RG/SC, rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 13/6/2014, acórdão publicado no DJe de 26/9/2014)

O objetivo dos contribuintes neste caso é o de reduzir judicialmente a alíquota do tributo da energia elétrica e dos serviços de telecomunicações, sob o argumento de que o valor atual das alíquotas fixada em lei onera de modo desproporcional serviços essenciais. O Fisco, entretanto, defende que o judiciário não tem competência para se imiscuir na questão, que seria típica do legislativo.

Desta forma, a discussão sobre a hipótese de minoração de alíquotas pelo Judiciário, através da atividade jurisdicional, envolve muitas observações a respeito do tema, entre elas a possibilidade de relativizar o princípio da legalidade estrita em matéria de Direito Tributário e majoração de alíquotas em face da busca pela promoção dos direitos fundamentais do contribuinte e a busca por uma justiça fiscal. Outro ponto importante que deverá ser analisado decorre da repartição de receitas entre os Estados e os Municípios, cujas hipóteses estão expressamente determinadas no Art.3º, da LC nº 63/1990. Harrison Leite (2016, p.233) apresenta um dos problemas que a atuação do Poder Judiciário poderia gerar ao interferir na arrecadação dos Estados, diminuindo as alíquotas sobre o ICMS:

> Sendo assim, a competência para criar o tributo não pode restringir o direito à participação do Município no produto da sua arrecadação. Daí que o estado deve ter atenção redobrada na hipótese de concessão de isenção ou outro beneficio fiscal, a fim de que os mesmos obedeçam aos requisitos legais (art. 155, §2º, XII, "g"), o que se dá através de convênios no CONFAZ. É que muito embora encontre bons fundamentos para o beneficio, deve ficar atento, pois os municípios não podem ser lesados pela ausência da receita que lhes seria transferida.

Dessa forma, um ativismo judicial em matéria de seletividade tributária poderia ocasionar um desequilíbrio fiscal e orçamentário, comprometendo as receitas dos Estados e Municípios, ou seja, poderia comprometer a atividade financeira do Estado. As repartições da receita com o Município compõem a base de calculo do ICMS, segundo a LC nº 63/1990:

> Art. 3º 25% (vinte e cinco por cento) do produto da arrecadação do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação serão creditados, pelos Estados, aos respectivos Municípios, conforme os seguintes critérios: I - 3/4 (três quartos), no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios;
> II - até 1/4 (um quarto), de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos territórios, lei federal.
> § 1ºO valor adicionado corresponderá, para cada Município:
> I – ao valor das mercadorias saídas, acrescido do valor das presta-

ções de serviços, no seu território, deduzido o valor das mercadorias entradas, em cada ano civil;

II – nas hipóteses de tributação simplificada a que se refere o parágrafo único do Art. 146 da Constituição Federal, e, em outras situações, em que se dispensem os controles de entrada, considerar-se-á como valor adicionado o percentual de 32% (trinta e dois por cento) da receita bruta.

Ainda, sobre os tributos Estaduais, interessante destacar a atividade do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ). Compete ao Conselho promover a celebração de convênios para efeito de concessão ou revogação de isenções, incentivos e benefícios fiscais do imposto de que trata o inciso II do art. 155 da Constituição, de acordo com o previsto no § 2º, inciso XII, alínea "g", do mesmo artigo e na Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975. O CONFAZ é um Conselho formado por representantes das Fazendas Estaduais em conjunto com o Ministro da Fazenda, o qual decide sobre a concessão de incentivos fiscais no âmbito de ICMS. É taxativo que a outorga do benefício fiscal apenas se concretiza com a plena concordância de todos os Estados.

Este questionamento remete a outro muito debatido na atualidade jurisprudencial, ou seja, o papel do Judiciário em omissões legislativas que alberguem direitos fundamentais. O ativismo judicial, em questões de matérias tributárias, são sobremaneira complexos, tendo em vista a legalidade estrita, o que demandaria a necessidade de um novo artigo dedicado especificamente à temática. Entretanto, por este pequeno ensaio já se consegue perceber a importância da efetivação da seletividade na tributação do consumo de subsistência como forma de assegurar os objetivos da Constituição Federal de 1988, contribuindo para um fortalecimento da chamada justiça fiscal.

CONCLUSÃO

A análise do tema seletividade tributária em face do consumo de subsistência feita neste artigo se propôs a estudar os principais questionamentos com relação à aplicação da seletividade tributária na tributação de bens e serviços essenciais ao consumo humano. Desta forma, em razão de sua extrafiscalidade, a aplicação da seletividade a um número maior de produtos e serviços poderia gerar um maior bem-estar para a população, tendo em vista a utilidade social de determinados benefícios. Entretanto, há grande discussão acerca de como poderia ser aplicada essa tal desoneração, uma vez que poderá ocasionar guerras fiscais, redução do repasse da arrecadação ao município e, ainda, grave desigualdade, uma vez que o conceito de essencialidade também porta consigo grande carga de vagueza. Ainda, há discussões acerca de se o Judiciário teria competência para alteração do valor da alíquota quando confrontado com a essencialidade fática de um produto, bem ou serviço. De qualquer modo, mesmo com todas estas questões, o que se demonstra é a necessidade de discussão para efetivação da desoneração de produtos do consumo de subsistência, como por exemplo: gêneros alimentícios, produtos de higiene, medicamentos ou material escolar, de modo a contribuir para a efetivação dos diretos fundamentais do contribuinte, especialmente daqueles mais carentes, os quais, contrário ao que o senso comum afirma, são os mais prejudicados com a excessiva carga tributária do país, dado a natureza da cobrança regressiva que possuem os tributos sobre o consumo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei Complementar nº 138, de 29 de dezembro de 2010.

BRASIL. Lei Federal nº 12.839, de 09 de julho de 2013.

BRASIL. Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003.

BRASIL. Lei Complementar nº 63, de 11 de Janeiro de 1990.

BRASIL. Código Tributário Nacional, Lei Complementar 5.172 de 25 de outubro de 1966

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

ATALIBA, Geraldo. **Hipotese de Incidência Tributária**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

ÁVILA, Humberto. **Direitos Fundamentais do Contribuinte e os Obstáculos a sua Efetivação.** Direito Tributário em questão. Porto alegre: FESDT, 2008.

_____. **Teoria dos Princípios Fundamentais**. 13. ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

AMARAL, Gilberto Luiz do. **População que recebe até três salários-mínimos é a que mais gera arrecadação de tributos no país**. São Paulo, 13 de agosto de 2014. Disponível em http://www.ibpt.com.br/noticia/1860/Populacao-que-recebe-ate-tres-salarios-minimos-e-a-que-mais-gera-arrecadacao-de-tributos-no-pais. Acessado em: 19 de ago, 2015.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BALLEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Braisileiro**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BECKER, Alfredo. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 4 ed. São Paulo: Noeses, 2007.

BASTOS, Juliana Cardoso Ribeiro. **Constituição Econômica e a Sociedade Aberta dos Intérpretes.** 1. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2013.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito.** Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CARVALHO, Paulo de. **Direito Tributário: Linguagem e Método**. 5 ed. São Paulo: Noeses, 2013.

_____. **Teoria da Norma Tributária.** 5 ed. São Paulo: Quartier Latiin, 2009.

ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade .** Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FISCHER, *Octavio Campos*. **Direitos Fundamentais dos Contribuintes: revés considerações. Nomos, Fortaleza,** v. 30, n. 1, p. 125 – 160, jan./jun. 2010.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

Immanuel Kant. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos,** tradução de Leopoldo Holzbach, São Paulo: Martin Claret, 2004.

LEITE, Harrison. **Manual de Direito Financeiro**. 5º ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. **Os direitos fundamentais do contribuinte e a efetividade da jurisdição.** São Paulo: atlas, 2009.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo Tributário.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

SARAIVA FILHO, Osvaldo Othon de Pontes; VASQUES, Sérgio; GUIMARÃES, Vasco Branco; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **IVA para o Brasil: Contributos para a reforma da tributação do consumo.** Belo Horizonte: Fórum, 2007, pág:397.

SOUZA e FILHO, Oscar d'Alva. **Ensaios de Filosofia do Direito (temas gregos, medievais, modernos e atuais).** Rio-São Paulo-Fortaleza: ABC Editora, 2004.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça.** 2ª. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.**

PITSICA, Diogo Nicolau. **Imunidade Tributaria Reciproca – Aspectos Legais e Estratégicos a uma gestão orçamentária.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. Tradução: Laura Teixeira Motta; revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SPOTNIKS. **Mais da metade da arrecadação tributária do país é sustentada pelos mais pobres.** São Paulo, ano 2014, 16 de agosto de 2014. Disponível em: http://spotniks.com/mais-da-metade-da-arrecadacao-tributaria-pais-e-sustentada-pelos-mais-pobres/. Acesso em: 19 de agosto 2015.

AÇÕES COLETIVAS E O INCIDENTE DE JULGAMENTO DE CASOS REPETITIVOS – ESPÉCIES DE PROCESSO COLETIVO NO DIREITO BRASILEIRO: APROXIMAÇÕES E DISTINÇÕES.

FREDIE DIDIER JR.

Professor-associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (graduação, mestrado e doutorado). Diretor Acadêmico da Faculdade Baiana de Direito, Membro da Associação Internacional de Direito Processual (IAPL), do Instituto Iberoamericano de Direito Processual, do Instituto Brasileiro de Direito Processual, da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo e da Associação Brasileira de Direito Processual. Mestre (UFBA), Doutor (PUC/SP), Livre-docente (USP) e Pós-doutorado (Universidade de Lisboa). Advogado e consultor jurídico. www.frediedidier.com.br

HERMES ZANETI JR.

Mestre e Doutor (UFRGS). Doutor em Teoria e Filosofia do Direito na Università degli Studi di Roma Ter (UNIROMA3). Pós-doutor em Processos Coletivos Università degli Studi di Torino (UNITO). Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo. Promotor de Justiça no Estado do Espírito Santo. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Membro do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual (IIDP). Membro da ABRAMPA (Associação Brasileira do Ministério Público de Meio Ambiente) e do MPCon (Associação Nacional do Ministério Público do Consumidor).

Resumo: *Este ensaio pretende apresentar as aproximações e distinções entre as ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos. Para tanto, parte da premissa de que ambos são espécies de processo coletivo. Propõe, ainda, diretrizes para resolver os problemas relacionados à pendência simultânea de um ou outro.*
Palavras chave: Código de Processo Civil. Processo coletivo. Ação coletiva. Incidente de julgamento de casos repetitivos.

Abstract: *This paper aims to present approaches and distinctions between Class Actions and the aggregate litigation by "julgamento de casos repetitivos". Therefore, we begin with the premise of both are species of collective process, further, we design the guidelines to solve problems related to simultaneous uses of both techniques.*
Keywords: Civil Procedure Code. Class actions. Aggregate litigation. "Julgamento de Casos Repetitivos".

1. NOTA INTRODUTÓRIA.

O CPC-2015 estruturou um complexo sistema de julgamento de casos repetitivos. A relação entre esse sistema e o sistema das ações coletivas é um dos desafios que o novo Código impõe à doutrina e aos tribunais brasileiros.

Partimos da premissa de que ambos são instrumentos de tutela coletiva de direitos – ambos, são, portanto, processo coletivo.

As relações, aproximações e distinções entre eles devem começar a ser identificadas e sistematizadas.

Esse ensaio tenta dar um ponto de partida sobre o tema.

2. CONCEITO DE PROCESSO COLETIVO[106].

O processo coletivo pertence ao gênero processo jurisdicional: procedimento (ato complexo) destinado à produção de norma jurídica em razão do exercício da jurisdição.[107] Não se cogitam, nesse ensaio, o processo administrativo coletivo, que pode ser visualizado no inquérito civil público, nem o processo negocial coletivo, vislumbrado nas negociações para a celebração de convenção coletiva (de trabalho ou de consumo). O foco é o processo jurisdicional coletivo.

A especificidade do processo coletivo encontra-se no objeto litigioso.

O processo é coletivo se a relação jurídica litigiosa é coletiva. Uma relação jurídica é coletiva se em um de seus termos, como sujeito ativo ou passivo, encontra-se um grupo (comunidade, categoria, classe

---

106 Sobre o tema, mais amplamente, DIIDER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. "Conceito de processo jurisdicional coletivo". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 2014, v. 229, p. 273-280.

107 Cf. DIDIER Jr., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida.* 2ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p. 68.

etc.; designa-se qualquer um deles pelo gênero *grupo*). Se a relação jurídica litigiosa envolver direito (situação jurídica ativa) ou dever ou estado de sujeição (situações jurídicas passivas) de um determinado grupo, está-se diante de um processo coletivo.

Assim, *processo coletivo* é aquele *em que se postula um direito coletivo lato sensu (situação jurídica coletiva ativa)*[108] *ou se afirme a existência de uma situação jurídica coletiva passiva (deveres individuais homogêneos*, p. ex.)[109]. Observe-se, então, que o núcleo do conceito de processo coletivo está em seu objeto litigioso: coletivo é o processo que tem por objeto litigioso uma situação jurídica coletiva ativa ou passiva.

Essa definição se distingue da proposta por Antonio Gidi, "Segundo pensamos, ação coletiva é a proposta por um legitimado autônomo (*legitimidade*), em defesa de um direito coletivamente considerado (*objeto*), cuja imutabilidade do comando da sentença atingirá uma comunidade ou coletividade (*coisa julgada*). Aí está, em breves linhas, esboçada a nossa definição de ação coletiva. Consideramos elementos indispensáveis para a caracterização de uma ação como coletiva a legitimidade para agir, o objeto do processo e a coisa julgada".[110]

Não parece correto pôr, na definição de processo coletivo, as circunstâncias de ser instaurado por um legitimado autônomo e de ter um especial regime de coisa julgada.

---

108 ˆ Direitos difusos, direitos coletivos em sentido estrito e direitos individuais homogêneos, no caso do direito brasileiro (art. 81 do Código de Defesa do Consumidor).

109 Sobre o processo coletivo passivo, DIDIER Jr., Fredie. *Código Modelo de Procesos Colectivos un diálogo iberoamericano comentarios artículo por artículo.* Antonio Gidi e Eduardo Mac-Gregor (org.). Cidade do México: Porrua, 2008; DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. "Processo coletivo passivo". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 2008, n. 165.

110 GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p.16. Registre-se que seguimos substancialmente, com pequena diferença, o conceito de Gidi até a 8ª ed. do v. 4 do nosso *Curso de Direito Processual Civil*.

Em primeiro lugar, a legitimidade extraordinária não é uma exclusividade dos processos coletivos – não é, enfim, uma sua especificidade. Basta lembrar os casos de legitimação extraordinária individual existentes em todos os ordenamentos jurídicos; *v. g.*, no ordenamento brasileiro, a legitimação extraordinária: a) do Ministério Público para promover ação de alimentos para incapaz; b) da administradora de consórcio para cobrar valor mensal do consorciado; c) do terceiro que pode impetrar mandado de segurança em favor de outra pessoa, nos termos do art. 3º da Lei n. 12.016/2009 etc.

Além disso, é possível cogitar, ao menos no direito brasileiro, uma ação coletiva ajuizada pela própria comunidade envolvida: a ação coletiva proposta pelas comunidades indígenas: art. 37 da Lei nº 6.001/1973 (Estatuto do Índio): "Os grupos tribais ou comunidades indígenas são partes legítimas para a defesa dos seus direitos em juízo, cabendo-lhes, no caso, a assistência do Ministério Público Federal ou do órgão de proteção ao índio".

Também o regime da coisa julgada não é uma especificidade do processo coletivo. Dizer que a coisa julgada vinculará a coletividade, em processo coletivo, não acrescenta nada ao conceito, já que, sendo a situação jurídica litigiosa pertencente à coletividade, obviamente eventual coisa julgada a ela dirá respeito. Além disso, nada impede que o legislador crie uma disciplina de coisa julgada coletiva que, em certos casos, não vincule a coletividade – por exemplo, a coisa julgada penal somente ocorre nos casos de sentença absolutória, ou ainda, o regime da *extensão* dos efeitos da coisa julgada *secundum eventum litis* apenas para beneficiar os titulares dos direitos individuais, disciplinado no Código de Defesa do Consumidor (art. 103 da Lei nº 8.078/1990). *Finalmente, nada impede que se crie instrumento de tutela coletiva cujo propósito não seja a produção da coisa julgada*, como é o caso do incidente de julgamento de casos repetitivos.

Legitimidade, competência, coisa julgada coletivas não compõem

o conceito de processo coletivo. Todas elas poderão receber disciplina jurídica própria, peculiar em relação ao processo individual, mas não é isso que torna coletivo um processo. O exame de cada uma delas é importante para identificar como se estrutura o processo coletivo em determinado país, mas não para identificar o que é um processo coletivo.

É certo que após a definição do processo coletivo será necessário definir um regime de garantias processuais adequadas ao objeto nele definido, assim como são previstas garantias para os processos jurisdicionais individuais, mas este é um momento seguinte, que não interfere no conceito definido. Aliás, a importância da distinção é exatamente esta, isolar os objetos permite perceber as diferenças no arco de seu desenvolvimento teórico.

3. INSTRUMENTOS PARA A TUTELA DAS SITUAÇÕES JURÍDICAS COLETIVAS NO DIREITO BRASILEIRO: A AÇÃO COLETIVA E O INCIDENTE DE JULGAMENTO DE CASOS REPETITIVOS.

No Direito brasileiro, as situações jurídicas coletivas podem ser tuteladas por dois tipos de instrumento: as *ações coletivas* e o *julgamento de casos repetitivos (*art. 928, CPC), como tipo de incidente em processos que tramitam em tribunais[111] .

Ambos os instrumentos podem ser considerados "processos coletivos"[112] , nos termos defendidos neste ensaio, pois têm por objeto a solução de uma situação jurídica coletiva – titularizada por grupo/coletividade/comunidade.

---

111 Sobre o julgamento de casos repetitivos, DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil.* 13ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, v. 3, p. 583-652; ZANETI Jr., Hermes. "Comentários ao art. 928". *Comentários ao Novo Código de Processo Civil.* Antonio Cabral e Ronaldo Cramer (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.332-1.338.

112 Em sentido diverso, entendendo que o incidente de resolução de demandas repetitivas não é técnica de processo coletivo, TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas.* Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, p. 91-92.

Na *ação coletiva*, a situação jurídica coletiva é a questão principal do processo – o seu objeto litigioso. Algumas questões não podem ser questões principais de ação coletiva, tendo em vista a proibição decorrente do art.1º, par. ún., Lei n. 7.347/1985. O seu propósito é a prolação de uma decisão final que tenha aptidão para a formação de coisa julgada coletiva: a situação jurídica coletiva litigiosa passa a ser situação jurídica coletiva julgada. A coisa julgada pode ser desfeita pelos instrumentos usuais do processo coletivo (ação rescisória, ação para produção de prova nova capaz de por si só alterar o resultado da decisão anterior, resultante da coisa julgada *secundum eventum probationis*). A ação coletiva pode ser proposta por alguns legitimados e a decisão final vincula o grupo, *necessariamente*, e os membros do grupo, no caso de ser favorável. Pendente a ação coletiva, cabe ao membro do grupo, caso queira *sair* (*opt out*) do âmbito de incidência da ação coletiva, propor a sua ação individual ou nela prosseguir, uma vez informado da pendência do processo coletivo.

O julgamento de casos repetitivos tem por objeto a definição sobre qual a solução a ser dada a uma questão de direito (processual ou material, individual ou coletivo; não há restrições como aquelas decorrentes do art. 1º, par. ún., Lei n. 7.347/1985) que se repete em diversos processos pendentes. Esses processos podem ser homogêneos (têm por objeto litigioso questão de direito semelhante) ou heterogêneos (têm objeto litigioso dessemelhante, mas há questões comuns, normalmente processuais, que se repetem em todos eles – em todos se discute, por exemplo, se uma pessoa jurídica pode ser beneficiária da gratuidade da justiça, embora nos processos pendentes a discussão de fundo seja totalmente diferente)[113]. A repetição da questão em diver-

---

113 Percebendo o ponto, TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas.* Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, p. 91 e segs.; TALAMINI, Eduardo. "A dimensão coletiva dos direitos individuais homogêneos: ações coletivas e os mecanismos previstos no Código de Processo Civil". *Repercussões do novo CPC – Processo Coletivo.* Hermes Zaneti Jr. (coord.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, p. 127; DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil.* 13ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, v. 3, p. 587.

sos processos faz com que surja o grupo daqueles em cujo processo a questão se repete; surge, assim, a situação jurídica coletiva consistente no direito à certificação da questão repetitiva. O julgamento de casos repetitivos tem alguns propósitos: *a)* definir a solução uniforme a uma questão de direito que se repete em processos pendentes, permitindo o julgamento imediato de todos eles em um mesmo sentido; *b)* eventualmente, uma vez observadas as exigências formais do sistema de precedentes brasileiros (como, por exemplo, a obtenção de maioria sobre determinado fundamento determinante), produzir precedente obrigatório a ser seguido em processos futuros, em que essa questão volte a aparecer. O julgamento de casos repetitivos pode ser instaurado por provocação do próprio órgão julgador, do Ministério Público, da Defensoria Pública ou da parte de um processo pendente. Os legitimados à propositura de *ação coletiva*, que não se encaixem em um dessas situações legitimantes, poderão participar do incidente como intervenientes (assistentes ou *amici curiae*). A tese jurídica que venha a ser a vencedora poderá ser revista após a instauração de um novo incidente de julgamento de casos repetitivos – note que não se trata de coisa julgada, que virá da aplicação da tese jurídica nos casos pendentes e futuros. A definição da questão de direito vincula todos os membros do grupo que estejam com processos pendentes ou que venham a ser ajuizados. Para *entrar* (*opt in*) no âmbito de incidência dessa decisão, é preciso que o membro do grupo permaneça com o processo em andamento – por isso, o art. 1.040, §2º, CPC, permite que o membro do grupo desista do seu processo, *saindo* do âmbito da incidência do julgamento de casos repetitivos – ou que proponha uma demanda, de modo a que a decisão seja aplicada também ao seu caso.

As distinções entre as técnicas facilitam que se percebam, também, as semelhanças entre elas.

Além de ambas servirem à tutela de direitos de grupo, há aspectos técnicos semelhantes, como o regramento especial da desistência

(seja da ação coletiva, seja do caso que deu azo à instauração do incidente de julgamento de casos repetitivos), a legitimação extraordinária para a para provocação de um ou outro, a realização de audiências públicas, a intervenção obrigatória do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica e o aumento da participação de outros sujeitos no processo em qualquer dos casos.

O uso de uma técnica ou de outra dependerá, de um lado, evidentemente, das definições estratégicas dos litigantes: legitimados coletivos, membros do grupo (litigantes eventuais) e o litigantes habituais. A busca (ou a precaução contra) de uma coisa julgada ou de um precedente obrigatório são as variáveis em torno das quais discussões sobre os custos (financeiros, políticos, sociais etc.) da litigância surgirão.[114] Opções como a desistência do caso em andamento (arts. 976, §1º, 998, par. ún., e 1.040, §1º, CPC), intervenção como *amicus curiae* ou interessado (art. 983, CPC), suscitação do incidente, escolha do caso de onde o incidente deva partir ou propositura da ação coletiva são ferramentas à disposição dos litigantes na definição de suas estratégias processuais.

De outro lado, a escolha da técnica a ser utilizada deverá observar o princípio da adequação. É também uma questão de estratégia processual do grupo.

Há situações jurídicas coletivas insuscetíveis de solução pela técnica da ação coletiva – é inconcebível a instauração de uma ação coletiva cujo propósito seja definir se uma pessoa jurídica (em tese) pode ser beneficiária da gratuidade da justiça ou para definir se um determinado bem pode ser penhorado ou não.

Do mesmo modo, há situações jurídicas coletivas insuscetíveis de solução por meio do julgamento de casos repetitivos. É in-

---

114 Propondo a escolha estratégica e adequada entre ações coletivas *opt-in* e *opt-out*, cf. DODSON, Scott. An Opt-In Option for Class Actions. *Michigan Law Review*, vol. 115, n. 2, 2016, *no prelo*.

concebível a instauração de um incidente de resolução de demandas repetitivas para definir se há o dever de uma indústria de colocar um filtro antipoluente em suas chaminés. Esse é um tipo de situação jurídica coletiva que somente pode ser veiculada por meio de ação coletiva[115].

Pode haver, no entanto, coincidência entre os objetos de uma ação coletiva e um incidente de julgamento de casos repetitivos. Ou seja: uma mesma situação jurídica coletiva pode ser objeto de ação coletiva e de incidente de julgamento de casos repetitivos.

Basta pensar na hipótese de uma ação coletiva que versa sobre o "direito de alunas de universidade de usar saia" e um incidente de resolução de demandas repetitivas, eventualmente instaurado em razão da existência de diversas ações individuais ajuizadas por estudantes que queiram usar esse traje. Quando isso acontecer, é preciso priorizar o julgamento da ação coletiva, por ser a técnica mais adequada, já que a situação jurídica coletiva leva à coisa julgada e é inteiramente conduzida por legitimado coletivo. É possível, inclusive, criar uma diretriz para o incidente de resolução de demandas repetitivas em Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal: a existência de ação coletiva, pendente no Estado ou na Região, enquanto não estiver no Tribunal, seria fato impeditivo da instauração do incidente; a pendência da ação coletiva deveria levar à suspensão, até mesmo de ofício, dos processos individuais, tal como defendido por em outro lugar[116] e sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Além disso, no caso de serem distintos os objetos da ação coletiva e do incidente de julgamento de casos repetitivos – o que pode-

---

115 ROQUE, André Vasconcelos. "As ações coletivas após o novo Código de Processo Civil: para onde vamos?". *Repercussões do novo CPC – Processo Coletivo.* Hermes Zaneti Jr. (coord.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, p. 180.

116 DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil.* 9ª ed. Salvador: Editora jus Podivm, 2014, v. 4, p. 171-175.

rá ocorrer com frequência quando o julgamento de casos repetitivos tiver por objeto questão processual –, havendo entre as causas repetitivas uma ação coletiva, ela deve ser a escolhida como caso piloto (causa representativa da controvérsia, nos termos do §6º do art. 1.036 do CPC) [117].

No caso de Mariana, o maior acidente ambiental da história do Brasil, existirão, provavelmente, várias ações individuais de indenização, mas a ação coletiva já ajuizada para discutir a responsabilidade e sua extensão deve ser analisada prioritariamente como caso piloto, caso ocorra a afetação a um incidente de resolução de demandas repetitivas, pois a característica de indivisibilidade do grupo, decorrente do litígio global envolvendo o meio ambiente, e a maior representatividade dos interesses do grupo na ação coletiva, são essenciais ao julgamento do incidente neste caso. Muito embora exista uma concomitância de situações jurídicas distintas, há uma predominância da tutela coletiva. A ação coletiva neste caso não admite a opção pela exclusão. Tutela direitos difusos. Quando a situação jurídica ambiental é principal a técnica das ações coletivas *opt-out* deve predominar para garantir a adequada tutela.

Se houver desistência ou abandono do caso em andamento, escolhida a ação coletiva como caso-piloto no julgamento de casos repetitivos, poderá o Ministério Público ou qualquer outro colegitimado assumir o polo ativo. A condução da discussão da tese jurídica a ser firmada continuará vinculada ao caso-piloto, pois se trata de desistência ineficaz – aplica-se ao caso-piloto o regramento diferenciado da desistência ou abandono em processo coletivo (art. 5º, §3º, Lei n. 7.347/1985). Nesse caso, a tese a ser fixada *aplicar-se-á* ao caso-piloto.

---

117 Enunciado n. 615 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "Na escolha dos casos paradigmas, devem ser preferidas, como representativas da controvérsia, demandas coletivas às individuais, observados os requisitos do art. 1.036, especialmente do respectivo §6º".

Se houver desistência do caso em andamento, não sendo ele uma ação coletiva, Ministério Público assumirá a condução da discussão da tese jurídica a ser firmada, migrando da posição de *fiscal da ordem jurídica* para a posição de *parte* do incidente. Nesse caso, a tese a ser fixada *não se aplicará* ao caso-piloto[118]. O incidente será julgado; o caso, não.

Assim, é preciso fazer a sintonia fina entre esses dois instrumentos que, juntos, compõem o complexo sistema da tutela de direitos coletivos no Brasil.

---

118 Assim, enunciado n. 213 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "No caso do art. 998, parágrafo único, o resultado do julgamento não se aplica ao recurso de que se desistiu".

TRIBUTO COMO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

TAXES AS SUSTAINABLE DEVELOPMENT

RENATA CALUMBI NÓBREGA BRANCO*
RUGGERY MEIRA NAVARRO RIBEIRO*

RESUMO

O presente ensaio busca a caracterização do tributo como elemento do desenvolvimento sustentável. Elencando a suas características intrínsecas na conjuntura da formação do Estado e na concepção dos direitos e dos fundamentos do Estado, tendo como parâmetro os elementos presentes na Constituição Brasileira de 1988. Detém-se a analisar a fungibilidade da aplicação do tributo como elemento promissor no Estado promotor do desenvolvimento sustentável. Concluindo pela imprescindibilidade de uma boa política tributária para a obtenção de uma conjuntura propícia ao desenvolvimento sustentável.

Palavras-chave: Tributação.Desenvolvimento. Sustentabilidade.

** Renata Calumbi Nóbrega Branco é Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Escola Superior da Magistratura Trabalhista da 13ª Região – ESMAT13, Bacharela em Direito Pelo Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ, Advogada Militante OAB/PB 16.090.

* Ruggery Meira Navarro Ribeiro é Mestrando em Direito e Desenvolvimento Sustentável no Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ, PB, Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Escola Superior da Magistratura Trabalhista da 13ª Região – ESMAT13, Especialista em Direito Constitucional pela Universidade ANHANGUERA-UNIDERP, Bacharel em Direito Pelo Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ, Advogado Militante OAB/PB 15.492.

ABSTRACT

This essay seeks to characterize the taxes as a sustainable development element. Pointing the intrinsic characteristics in the context of state formation and the conception of rights and the foundations of the state, having as parameter the elements present in the Brazilian Constitution of 1988. By examining the application of the tax as a promising element in the State promoter of sustainable development.

Keywords: Taxation. Development. Sustainability.

SUMÁRIO: *Introdução; pressupostos do financiamento da sociedade no estado promotor do desenvolvimento; o dever de pagar tributos e o custo dos direitos; tributos e o desenvolvimento sustentável; Considerações Finais; Referências*

INTRODUÇÃO

Analisando a prospecção dos campos do desenvolvimento sustentável, a tributação é um campo necessário a se debater, sob pena de se inquirir por uma política insustentável, ou um resultado subdesenvolvido.

Sob uma perspectiva histórica, o tributo percorre um viés evolutivo partindo de um aspecto volitivo de oferendas, até chegar a concepção de obrigatoriedade como custeio da sociedade. Intrínseco e mantenedor da lei.

Como área fundante e financiadora na obtenção dos demais direitos, e até da concepção do Estado, a tributação é um aspecto necessário a ser debatido no desenvolvimento sustentável.

Como dever fundamental de cidadania, esta é a área em que, ainda que se tenha uma política liberal de Estado, ter-se-á que ser debatido como garantidor das liberdades fundantes dos direitos de abstenção do Estado frente aos direitos dos indivíduos.

Para tanto, identifica-se a situação de que, não há como se falar em desenvolvimento sem se realizar uma política fiscal justa. Tendo-se nesta o seu "patamar mínimo" que irá assegurar a própria segurança do Estado, garantindo uma aceitação, pelos contribuintes, dos anseios sociais à adequação dos devidos custos mantenedores das determinadas políticas fiscais elencadas por determinada sociedade.

PRESSUPOSTOS DO FINANCIAMENTO DA SOCIEDADE NO ESTADO PROMOTOR DO DESENVOLVIMENTO

Historicamente, a humanidade aglutinou-se em grupos, e posteriormente em sociedade e Estado, como forma de solucionar problemas que ultrapassavam as capacidades do indivíduo de resolver, solitariamente, determinados problemas encontrados no ambiente.

Para que haja sobrevivência, e até mesmo postergação e prosperidade da humanidade, há uma necessidade psicológica do ser humano em se aglutinar em grupos, por perfazer a sua essência como ser social. Assim:

> O homem tem necessidade material e espiritual de conviver com seus semelhantes, de se desenvolver e de se completar. No entanto, essa interdependência recíproca não exclui a participação da consciência ou da vontade humana. Consciente de que necessita da vida social o indivíduo procura melhorá-la e torná-la mais viável. A sociedade, em suma, seria o produto de um impulso natural conjugado com a vontade e consciência humana[119] .

O Estado por si só é um ente social, caracterizado conceitualmente como um grupo de indivíduos humanos que deve existir de forma organizada e estável, fundada em uma coerência lógica entre seus indivíduos e embasada em um ideal de bem comum.

> Este ser social (sociedade natural) é um fenômeno de natureza espiritual, a embriogenia deste ser social é de natureza essencialmente psicológica, uma espécie de solidariedade psicológica continuada entre indivíduos, mediante a qual uma idéia é criada e realizada. Esta idéia é uma relação (a relação genética ou constitucional do ser social Estado ou de qualquer outra sociedade natural) e a realização da idéia é a realização da relação, isto é, a atuação dinâmica da relação.[120]

---

119 FORTES, Wanessa Mota Freitas. **Sociedade, direito e controle social**. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8675>, Acesso em 17/11/2015

120 BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário.** 5ª ed. . São Paulo: Noeses, 2010 Pág. 173 – 174

Para a obtenção do ideal de bem comum que o Estado (sociedade natural) deseja, devem-se perpassar por dois aspectos: o objetivo e o meio de obtenção.

O objetivo, determina-se pelo espectro de finalidades. Tendo como exemplos, as garantias e os direitos com viés teleológico social, representado pelas decisões de bem comum prospectivas estabelecida em uma determinada sociedade.

O meio, ou custeio, é a forma de obtenção do bem comum estabelecido na sociedade. Este representa os balizamentos sociais finalísticos, podendo ter uma limitação quanto a forma de obtenção ou quanto a fixação material dos objetivos.

Tal distinção também pode ser representada pela dicotomia, nas formas positiva ou negativa, de ação do ser social.

Para cumprir as funções do Estado, este tem a seu dispor o poder de instituir tributos. A tributação, porém, não deve ser considerada como um fim em si mesma, mas sim como instrumento para atingir os objetivos estabelecidos na constituição de determinada sociedade.

Classicamente a tributação teria apenas três funções: arrecadação, distribuição de renda e regulação da economia. Assim compreendidas como cabendo à política fiscal realizar a função alocativa (fornecimento de bens públicos); à função distributiva realizar a redistribuição de renda pela tributação; e, por último, à função correspondente a estabilização, que objetiva influenciar à política econômica buscando a garantia do emprego, estabilidade de preços e o crescimento econômico.[121]

Na contemporaneidade, a tributação responde não só pelas funções já elencadas, mas sim pela instrumentalidade das suas capacidades estatais - como modelador - na obtenção dos fins previamente estabelecidos em seu amplo espectro de direitos (políticos, sociais e econômicos) de determinada sociedade.

---

121 GIAMBIAGI, Fábio; ALÉM, Claudia. **Finanças Públicas: Teoria e Pratica no Brasil.** 5º ed. Elsevier Editora, 2016, Pag. 11

O tributo, conceitualmente, originou-se de uma evolução histórica de "prestação de respeito" voluntária, pela entrega de presentes ou oferendas para os líderes da comunidade, como forma de expressar a gratidão por seus atos que beneficiaram a coletividade de alguma forma[122] .

Posteriormente, passa pela conceituação de "imposição romana" - aos vencidos nas guerras, para a sustentação do próprio objetivo de expansão do império[123] - até a forma como compreendemos hoje, percebida no Código Tributário Nacional em seu art. 3º, em que " Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada[124] ".

Doutrinariamente, a conceituação de tributo pode ser percebida de forma violadora dos anseios sociais, quando não representativa da necessidade social.

Ao longo dos séculos, muitos foram os que se indignaram com as características dos tributos, conforme se observa nas celebres frases: "O imposto é a arte de pelar o ganso fazendo-o gritar o menos possível e obtendo a maior quantidade de penas", "Nada é mais certo neste mundo do que a morte e os impostos"[125] e "Todo imposto é ruim, por isso chama-se imposto, senão se chamaria voluntário.". [126]

---

122 DOS SANTOS, David Ribeiro.**A função social do tributo**. Disponível em <http://jusscientiste.blogspot.com.br/2013/09/a-funcao-social-do-tributo.html >, Acesso em 17/11/2015

123 Idem

124 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. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172Compilado.htm >. Acesso em: 17 nov. 2015.

125 FRANKLIN, Benjamin apud ODORIZZI, Karine. **Tributos sob a perspectiva socioeconômica: a tributação excessiva enquanto possível aspecto motivacional para a prática do crime de sonegação fiscal**. Disponível em <http://phmp.com.br/artigos-e-publicacoes/artigo/tributos-sob-a-perspectiva-socioeconomica-a-tributacao-excessiva-enquanto-possivel-aspecto-motivacional-para-a-pratica-do-crime-de-sonegacao-fiscal/ >, Acesso em 17/11/2015

126 CARDOSO apud DA SILVA, Mauricio Alvarez. **A arte de depenar o ganso**: Interessantes Pensamentos e Frases Sobre Impostos. Disponível em <http://www.portaltributario.com.br/artigos/depenaroganso.htm >, Acesso em 17/11/2015.

Assim, em razão de sua abrangência, o tributo é percebido de forma impopular na contemporaneidade, sendo identificação como uma locupletação estatal perante os contribuintes, ou ao menos uma desnecessidade, perante as percepções de retorno ao contribuinte.

Apesar de sua impopularidade, a forma como percebemos o tributo hoje é uma representação do próprio desenvolvimento na sociedade em si, pois este é uma limitação ao poder soberano de tributar dos Estados, conforme se observou historicamente ao longo das eras.

O DEVER DE PAGAR TRIBUTOS E O CUSTO DOS DIREITOS

Para a concepção do bem comum, dois elementos devem ser ponderados: o dever de pagar tributos e o custo dos direitos.

A vida em sociedade, organizada na forma de Estado, com suas nuances de obtenção dos fins estabelecidos na Lei, no estado democrático, percorre a seguinte conceituação:

> No Estado de Direito, a dívida de tributo estruturou-se como uma relação jurídica, em que a imposição é estritamente regrada pela lei, vale dizer, o tributo é uma prestação que deve ser exigida nos termos previamente definidos pela lei, contribuindo dessa forma os indivíduos para o custeio das despesas coletivas (que, atualmente, são não apenas as do próprio Estado. Mas também as de entidades de fins públicos)[127] .

Sob tal perspectiva, a tributação como percebida hoje é um elemento evoluído na persecução dos fins do contrato social estabelecido

---

[127] AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 12ª ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2006, Pág. 16

na Lei. E junto com ela, vem a necessidade de imposição de um dever. Um dever fundamental de pagar tributos.

Os deveres fundamentais representam uma categoria jurídica constitucional, compreendidas como "deveres jurídicos do homem e do cidadão que, por determinarem a posição fundamental do indivíduo, têm especial significado para a comunidade e podem por esta serem exigidos.[128]"

Assim sendo, o tributo é uma imposição da sociedade para com si própria (de forma universal) e contraponto financiador dos mais variados direitos (inclusive fundamentais). Na sociedade democrática, este desponta-se como o grande elemento dos deveres fundamentais, contribuindo para a funcionamento do Estado na persecução dos objetivos constitucionais.

Quanto ao aspecto do bem comum socialmente definido, tem-se o custo inerente a estes, que são os direitos escolhidos pela sociedade.

Todos os direitos têm um custo. Seja direto, como os observados nos direitos sociais de assistência; ou indiretos, como no financiamento da saúde, educação e segurança.

A temática do custo dos direitos foi primeiramente trabalhada por Stephen Holmes e Cass R. Sunstein, na obra *The Cost of Rights*, em que parte-se de um fundamento de existência de obrigação necessariamente vinculada para cada direito pleiteado, e elimina a crença de direitos gratuitos criada pela dicotomia classificatória de direitos positivos e negativos, concluindo pela existência de custeio fiscal dos direitos de abstenção estatal, através das ações garantidoras das liberdades asseguradas ao exercício destes direitos negativos.

Assim, "A tributação implica num dever fundamental ao passo

---

128 NABAIS, JoséCasalta. **O dever fundamental de pagar impostos**: contributo para compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. – (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2012

que assegura a manutenção de diversos direitos fundamentais."[129] , sendo os "custos que suportam os integrantes da comunidade, para que a mesma exista, funcione e, ainda, realize os direitos fundamentais previstos na Carta Fundamental à qual se sujeita esta comunidade[130] ." Mantendo-se o conceito já trazido por Adam Smith[131] em que "os súditos de todos os Estados devem contribuir para a manutenção do governo, quanto possível, em proporção das respectivas capacidades, isto é, em proporção do crédito que respectivamente usufruem sob a proteção do Estado". Estando aqui também abrangida a particularidade da capacidade contributiva, como forma materialmente igual de tributação.

TRIBUTO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

O Estado, como ser social, é uma realidade que se concretiza nos atos da sociedade e pela sociedade, seja pela arrecadação de tributos para financiar as políticas públicas que serão implementadas, seja pelas escolhas sociais de objetivos a serem alcançados.

> Sobre este fundamento, e tendo-se como base que "o Direito Tributário encontra as desigualdades econômicas existentes numa economia de mercado. O princípio da igualdade exige que a carga tributária total seja igualmente distribuída entre os cidadãos. O componente social da justiça exige que os ricos contribuam proporcionalmente mais que os mais pobres.[132]

---

129 BASSO, Ana Paula. DOS REIS, Sérgio Cabral. **Estado fiscal e cidadania: paralelo entre o dever de pagar impostos e o principio constitucional da capacidade contributiva**. In Direito, Cidadania e Desenvolvimento. Coord. Ana LuisaCelino Coutinho; Ana Paula Basso; Maria Áurea BaroniCecato; Maria luísa Pereira de Alencar Mayer Feitosa – Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, pag. 31.

130 ALTOÉ, 2009, p.81 apud Idem, pag. 32.

131 Idem, pag. 86.

132 TIPKE, Klaus e YAMASHITA, Douglas. **Justiça Fiscal e Principio da Capacidade Contributiva.** Ed. Malheiros, 2002, pag. 18.

Propugna-se por uma superação da afirmação em TIPKE; YAMASHITA, assim como já ocorreu na conceituação de desenvolvimento, ultrapassando-se o aspecto econômico e recaindo na tríade desenvolvimentista, elencando ainda o fundamento de SEN em "Desenvolvimento como Liberdade"[133].

Para tanto, em definição à desenvolvimento, Veiga, sob influência dos ensinamentos de Amartya Sen, determina que à este pressupõe "a remoção das principais fontes de privação de liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência de serviços públicos e intolerância ou interferência de Estados repressivos[134]", não se perfazendo uma concepção de desenvolvimento limitado ao desenvolvimento econômico, pois este seria apenas uma parte do tripé do desenvolvimento (social, político e econômico).

Sempre estudada na contemporaneidade de forma atrelada ao desenvolvimento, existe o conceito de sustentabilidade, assim compreendido como:

> A concepção de sustentabilidade pressupõe uma relação equilibrada com o ambiente em sua totalidade, considerando que todos os elementos afetam e são afetados reciprocamente pela ação humana. A sustentabilidade, portanto, diz respeito às escolhas sobre as formas de produção, consumo, habitação, comunicação, alimentação, transporte e também nos relacionamentos entre as pessoas e delas com o ambiente, considerando os valores éticos, solidários e democráticos.[135]

---

133 SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade.** S. Paulo: Cia. das Letras, 2000.

134 VEIGA, José Eli da. **Desenvolvimento sustentável**: o desafio do século XXI. Garamond: Rio de janeiro, 2010, Pág. 34.

135 SESC SP. **CONCEITO DE SUSTENTABILIDADE**. Disponível em <https://sustentabilidade.sescsp.org.br/conceito-de-sustentabilidade>, acesso em 17/11/2015.

Delimitada as conceituações compreendidas, indeclinavelmente, depreende-se necessária a vinculação do estudo dos dois institutos, uma vez que a sustentabilidade, por si só, não representa um fim almejado, pois limitar-se-ia a manutenção de um estado vigente (ainda que este não acompanhasse as necessidades mutáveis da sociedade),enquanto que o desenvolvimento pressupõe uma majoração de qualidades, porém sem necessariamente se preocupar com as capacidades futuras.

De modo que, sustentabilidade é um requisito parcial à evolução. Uma verdadeira proibição do não retrocesso ao desenvolvimento: "[...]a riqueza não é evidentemente o bem que procuramos: é algo de útil, nada mais, e ambicionado no interesse de outra coisa[136] ". O Estado não deve buscar o enriquecimento como seu fundamento, isto é papel do mercado. Porém é através do acúmulo de riquezas que ele consegue realizar na prática os objetivos e fundamentos constitucionais da sociedade.

Para tanto, não podemos deixar de analisar alguns elementos norteadores da utilização das riquezas como forma de dispêndio estatal. Garantindo um planejamento mínimo e realizando um plano de custeio é que se pode afirmar a existência de objetivos a serem alcançados.

"Possuir uma Constituição em constante processo de reforma significa que não conseguimos obter um consenso mínimo para estabelecer, a partir das bases constitucionais, um projeto nacional de desenvolvimento[137] ". Sem as bases constitucionais estabelecidas, torna-se de difícil elucidação a real necessidade de financiamento para a obtenção dos anseios constitucionais, levando a Constituição à um Estado tributante, máximo arrecadador, um verdadeiro "Estado poupança" que salvaguarda o máximo de verba possível para somente gastar na eventual estabi-

---

136 ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco** ; Poética / Aristóteles ; seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. — 4. ed. — São Paulo : Nova Cultural, 1991. — (Os pensadores ; v. 2

137 BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento** – Uma leitura a partir da Constituição de 1.988. São Paulo: Malheiros, 2005. Pag. 67

lização do projeto nacional de desenvolvimento, ou na estabilização paliativa das necessidades sociais presentes.

> O direito tributário, como um dos ramos do Direito, não deve se restringir a apresentar regras de imputação de pagamento, coerção ou punição, sendo-lhe também legítimo dispor de normas de estímulo econômico[138] .

Ao se utilizar formas de estímulo econômico, desde que dentro da adequação dos fundamentos constitucionais, estará o Estado garantindo um crescimento econômico - ainda que este seja apenas um dos elementos do desenvolvimento - que pode impulsionar ou não os outros aspectos do desenvolvimento (encontrado na teoria tripartite de SEN) do Estado.

Através de métodos de promoção desenvolvimentista deve-se buscar a concepção de maior amplitude aos direitos fundamentais. Assim, incentivo e prêmio são duas modalidades de promoção positiva, assim entendidos como:

> (...)reflexos da função promocional do direito, na medida em que o prêmio é uma resposta a determinada ação desejável, enquanto o incentivo é um expediente para se obter uma ação desejável. Com o uso desses estímulos, articulados pela norma, é possível que haja controle sobre os comportamentos da sociedade para alcançar determinados objetivos. Desta forma, o Direito está inclinado a estabelecer medidas administradas para induzir

---

138 BASSO, Ana Paula. SANTOS, **incentivos fiscais para o desenvolvimento tecnológico: a promoção de projetos de inovação tecnológica em micro e pequenas empresas**in Direito tributário e financeiro II [Recurso eletrônico online] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara; coordenadores: Maria Lírida Calou De Araújo E Mendonça, Antônio Carlos Diniz Murta, ValcirGassen – Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/edfu2sd2/54H21IXxz5xkjHHT.pdf>, Acesso em 07/01/2016.

posturas desejáveis, não estando limitado apenas a obrigar, proibir ou permitir.[139]

Para tanto, encontra-se no âmbito tributário, o berço necessário a fomentação dos direitos e ampliação de garantias elencadas na Constituição. Encontradas no âmbito do Estado promotor, tais políticas são essenciais a obtenção da completude de um desenvolvimento sustentável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Elencadas as concepções de Estado, como ser social, as características inerentes aos integrantes desta sociedade, como cidadão, e levantadas as caracterizações no quesito de capacidades tributárias como promotor do desenvolvimento. Resta-se apenas apontar as necessidades de adequação aos ditames da nossa Constituição.

Essencialmente, devemos elencar que a Constituição Federal de 1988, traz como objetivos fundamentais da república construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Dessa forma, a tributação como meio e principal fonte de financiamento e constituição material do Estado, deve buscar a concretude destes objetivos, não se restringindo à mera arrecadação de valores, mas sim, buscando cumprir sua função social promotora, de um Estado desenvolvimentista sustentável. Incrementando, através do desenvolvimento político, social e econômico, e mantendo um patamar garantidor deste próprio desenvolvimento, através da sustentabilidade. Buscando, assim, uma plenitude de direitos, com seu respectivo fundamento nos

---

139 Idem

deveres, socialmente eleitos como objetivos do Estado, e garantindo através de uma política fiscal equânime e justa, a máxima ação do Estado na persecução dos fins sociais.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 12ª ed. rev. e atual. - São Paulo : Saraiva, 2006

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco** ; Poética / Aristóteles ; seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. — 4. ed. — São Paulo : Nova Cultural, 1991. — (Os pensadores ; v. 2)

BASSO, Ana Paula. DOS REIS, Sérgio Cabral. **Estado fiscal e cidadania: paralelo entre o dever de pagar impostos e o princípio constitucional da capacidade contributiva**. In Direito, Cidadania e Desenvolvimento. Coord. Ana LuisaCelino Coutinho; Ana Paula Basso; Maria Áurea BaroniCecato; Maria luísa Pereira de Alencar Mayer Feitosa – Florianópolis: Conceito Editorial, 2012;

BASSO, Ana Paula. SANTOS, **incentivos fiscais para o desenvolvimento tecnológico: a promoção de projetos de inovação tecnológica em micro e pequenas empresas**in Direito tributário e financeiro II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara; coordenadores: Maria Lírida Calou De Araújo E Mendonça, Antônio Carlos Diniz Murta, ValcirGassen – Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/edfu2sd2/54H21IXxz5xkjHHT.pdf>, Acesso em 07/01/2016.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário.** 5ª ed. . São Paulo: Noeses, 2010.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento** – Uma leitura a partir da Constituição de 1.988. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. **Constituição da república federativa do brasil de 1988**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>, Acesso em 17/11/2015.

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. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172Compilado.htm >. Acesso em: 17 nov. 2015.

DA SILVA, Mauricio Alvarez. **A arte de depenar o ganso**: Interessantes Pensamentos e Frases Sobre Impostos. Disponível em <http://www.portaltributario.com.br/artigos/depenaroganso.htm >, Acesso em 17/11/2015.

DOS SANTOS, David Ribeiro.**A função social do tributo**. Disponível em <http://jusscientiste.blogspot.com.br/2013/09/a-funcao-social-do-tributo.html >, Acesso em 17/11/2015.

FORTES, Wanessa Mota Freitas. **Sociedade, direito e controle social**. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8675>, Acesso em 17/11/2015.

GIAMBIAGI, Fábio; ALÉM, Claudia. **Finanças Públicas: Teoria e Pratica no Brasil.** 5º ed. Elsevier Editora, 2016, Pag. 11

NABAIS, JoséCasalta. **O dever fundamental de pagar impostos**: contributo para compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. – (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2012.

VEIGA, José Eli da. **Desenvolvimento sustentável**: o desafio do século XXI. Garamond: Rio de janeiro, 2010.

SEVILHA JÚNIOR, Vicente. **Assim nasce uam empresa**: uma historia para você que tem ou pensa em um dia ter seu próprio negócio. Brasport: Rio de janeiro, 2010.

SESC SP. **CONCEITO DE SUSTENTABILIDADE**. Disponível em <https://sustentabilidade.sescsp.org.br/conceito-de-sustentabilidade>, Acesso em 17/11/2015.

TIPKE, Klaus e YAMASHITA, Douglas. **Justiça Fiscal e Principio da Capacidade Contributiva.** Ed. Malheiros, 2002, pag. 18

ODORIZZI, Karine. **Tributos sob a perspectiva socioeconômica: a tributação excessiva enquanto possível aspecto motivacional para a prática do crime de sonegação fiscal**. Disponível em <http://phmp.com.br/artigos-e-publicacoes/artigo/tributos-sob-a-perspectiva-socioeconomica-a-tributacao-excessiva-enquanto-possivel-aspecto-motivacional-para-a-pratica-do-crime-de-sonegacao-fiscal/ >, Acesso em 17/11/2015.

A OPERAÇÃO DE CRÉDITO INTERNACIONAL ENTRE O MUNICÍPIO DE JOÃO PESSOA E O BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO

LEON DELÁCIO DE OLIVEIRA E SILVA
Procurador do Município de João Pessoa/PB, atua na Procuradoria Patrimonial de João Pessoa, Mestrando em Desenvolvimento Urbano (UFPE), Pós-Graduado em Direito Constitucional Aplicado, Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), Advogado, Ex-Procurador do Município de Petrolina/PE, Membro do Conselho das Cidades de João Pessoa - ConCidades, Membro do Conselho Fiscal da Associação Nacional dos Procuradores Municipais (ANPM) e Presidente da Associação dos Procuradores do Município de João Pessoa (APJP).

RESUMO
Se por um lado coube ao município uma enorme lista de atribuições outorgadas pela Constituição da República; por outro, na partilha das competências tributárias, esse foi o ente que ficou com a menor parte da arrecadação, o que ensejou enorme dependência financeira. Nos últimos anos, a maior parte das cidades brasileiras realizaram projetos de infraestrutura com recursos predominantemente oriundos do Governo Federal. Todavia, o redesenho político-econômico-institucional tem exigido buscar alternativas. O presente artigo buscou analisar a operação de crédito internacional entre o Município de João Pessoa/PB e o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) como instrumento alternativo propulsor de projeto de infraestrutura urbano sustentável.

PALAVRAS-CHAVE
Municípios. Projeto de infraestrutura urbano sustentável. Operação de crédito internacional.

I. INTRODUÇÃO

Os processos de urbanização apresentam um ritmo acelerado na América Latina e Caribe, considerada a segunda região mais urbanizada do planeta. A taxa de urbanização passou de 62%, em 1980, para 81%, em 2011. Se essa tendência se mantiver, estima-se que em 2050 essa taxa alcance 89%[140].

O rápido crescimento urbano e a concentração das atividades econômicas criam oportunidades para milhões de pessoas, mas também representam grandes desafios para os governos locais na provisão de serviços básicos, na garantia de níveis adequados de qualidade de vida, na redução das desigualdades, na geração de empregos, na proteção do meio ambiente e no enfrentamento dos desafios das mudanças do clima[141].

O Brasil é um país extremamente urbanizado, resultado de um intenso processo desordenado de crescimento das cidades, iniciado na década de 1950, que provocou a concentração de 85% de sua população nas áreas urbanas. O crescimento da população que vive nas cidades brasileiras acarreta novos e complexos desafios para os gestores públicos municipais, pressionando a infraestrutura e o consumo dos recursos naturais.

Há premente necessidade de realização de projetos de infraestrutura urbano sustentável coordenado pelos municípios, em virtude do seu protagonismo estabelecido no texto constitucional (arts. 30, VIII, e 182 da Constituição Federal)[142].

Todavia, o federalismo brasileiro atual enseja enorme dependência financeira dos municípios frente à União e aos estados (Capítulo I – Do Sistema Tributário Nacional da Constituição Federal), posto que os tributos com maior margem de arrecadação ficaram com a União e com os estados.

---

140 JOÃO PESSOA, Plano de Ação João Pessoa Sustentável, 2014, p. 18.

141 _____Idem.

142 BRASIL. Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

A insuficiência financeira do Município de João Pessoa/PB dificulta a realização de projetos de infraestrutura urbano sustentável. A grande parte dos maiores projetos de estruturadores na cidade de João Pessoa decorrem de recursos federais, por meio dos bancos oficiais, como os programas habitacionais do Minha Casa, Minha Vida (por exemplo, o Residencial Nice de Oliveira), a Revitalização das Calçadas da Orla de Tambaú e Cabo Branco, a Reurbanização do Bairro São José, a Urbanização da Comunidade Saturnino de Brito, a Revitalização e Modernização do Parque Sólon de Lucena (Lagoa), entre outros.

Em face da dependência financeira, em virtude do federalismo fiscal existente, o Município de João Pessoa, buscando cumprir com a determinação constitucional de realizar projetos de infraestrutura urbano sustentável, vem perquirindo viabilizar uma operação de crédito internacional[143] junto ao Banco Interamericano de Desenvolvimento, por meio do Programa do BID, denominado "Iniciativa Cidades Emergentes e Sustentáveis" (ICES), para implementar o "Programa de Desenvolvimento Urbano Integrado e Sustentável do Município de João Pessoa."

Diante do exposto, o objetivo desse trabalho é demonstrar que a dependência financeira dos municípios enseja a necessidade de alternativas para que o ente protagonista pelo planejamento urbano e mais próximo dos munícipes/cidadãos possa realizar projetos de infraestrutura que busquem intervir na cidade para torná-la mais agradável e justa.

---

143 A operação de crédito destina-se a cobrir desequilíbrio orçamentário ou a financiar obras e serviços públicos, mediante contratos ou a emissão de títulos da dívida pública.
Trata-se de operação de crédito externo quando contratada com agências de países estrangeiros, organismos internacionais ou instituições financeiras estrangeiras (BRASIL. Ministério da Fazenda. Operações de Crédito de Estados e Municípios Manual para Instrução de Pleitos MIP, 2016, p. 13).

II. DESENVOLVIMENTO
II.1. DIREITO À CIDADE SUSTENTÁVEL

É consenso mundial que o desenvolvimento econômico e social deve necessariamente ser sustentável[144], devendo o direito ambiental e o direito ao desenvolvimento existirem como mútuo reforço, e não como alternativas[145] com o fim de garantir o acesso de todos os habitantes à água, alimentação, saúde, educação e democracia.

A cidade sustentável precisa atender aos objetivos sociais, ambientais, políticos e culturais, bem como aos objetivos econômicos e físicos de seus cidadãos[146], devendo compreender o desenvolvimento urbano a partir da ordenação, sem caos e destruição, sem degradação, possibilitando uma vida urbana digna para todos[147].

O texto da Carta Mundial pelo Direito à Cidade, aprovada no Fórum Social Mundial em 2005, esclarece que o[148]:

> Direito à Cidade, definido como o usufruto equitativo das cidades dentro dos princípios de sustentabilidade e justiça social. É compreendido como um direito coletivo dos habitantes das cidades, em especial dos grupos vulneráveis e desfavorecidos que lhes confere a legitimidade de ação e organização com base nos seus usos e costumes, para obterem o pleno exercício do direito a um padrão de vida adequado (...). O direito à cidade é interligado e interdependente a todos os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, concebidos integralmente (...).

---

144 BARROSO, Luís Roberto. Democracia, desenvolvimento e dignidade humana: uma agenda para os próximos dez anos. *In*: Carolina Valença Ferraz *et al.*(coords.). Direito e Desenvolvimento Humano Sustentável, 2013, p 76.

145 MACHADO, Paulo Afonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro, 2015, p. 78.

146 LEITE, Carlos. Cidades sustentáveis, cidades inteligentes: desenvolvimento sustentável num planeta urbano, 2012, p. 153.

147 MEDAUAR, Odete. Estatuto da cidade: lei 10.257, de 10.07.2001: comentários, 2004, p. 26-27.

148 FÓRUM SOCIAL MUNDIAL. Carta Mundial pelo Direito à Cidade, 2005, p. 02.

O direito à cidade sustentável visa garantir às pessoas que nela habitam - e para as futuras gerações - condições dignas de vida, de exercitar plenamente a cidadania e os direitos humanos (civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais), de participar da gestão da cidade, de viver num meio ambiente ecologicamente equilibrado. Com o Estatuto da Cidade, o direito à cidade sustentável se transforma num novo direito fundamental, instituído em decorrência do princípio constitucional das funções sociais da cidade[149].

Com notória relevância o direito à cidade sustentável propõe uma nova forma de se pensar o espaço da cidade, baseando-se em mecanismos de cooperação entre os diferentes atores sociais, gestão democrática da cidade e dignidade da pessoa humana. Implica em uma série de transformações nos padrões de relações humanas, consumo, produção e apropriação do solo e dos recursos naturais. As pessoas se tornam centro das preocupações, competindo às ações públicas guiar-se pelo pleno direito a qualidade de vida para todos[150].

Várias Constituições pelo mundo afora, influenciadas pelo ordenamento internacional, pela emergência da cultura ambientalista e dos valores ecológicos contemporâneo, consagraram o direito a um ambiente equilibrado ou saudável como direito humano e fundamental[151].

Segundo Henri Lefebvre, a construção da cidade deve dirigir-se a partir de um novo humanismo, buscando uma nova práxis e um novo homem, o homem da sociedade urbana. Para o aludido autor, o direito à cidade não pode ser concebido por meio da simples visita ou de retorno

---

149 LUCENA, Felipe Campos; SILVA, Maria Eliza Lemos Schueller Pereira da. O direito à cidade à cidade sustentável como direito fundamental, 2008, p. 6224.

150 PINHEIRO, Gabriele Araújo; RODRIGUES, Wagner de Oliveira. Direito fundamental à cidade sustentável e os dilemas do planejamento urbano no estado democrático de direito, 2012, p. 370.

151 SARLET, Ingo Wolfgang (org). Estado socioambiental e direitos fundamentais, 2010, p. 12.

à cidade antiga, ao contrário, deve ser formulado como direito à vida urbana, transformada e renovada[152].

Dessa forma, efetivar políticas que garantam uma melhor qualidade de vida traduz sentimento maior da sociedade humana, sendo a qualidade de vida a meta principal de todas as ações que buscam conciliar os novos rumos do desenvolvimento com a proteção ambiental[153].

Na busca desse desenvolvimento sustentável, sobretudo na realidade brasileira, os municípios possuem papel fundamental, pois além do seu protagonismo no planejamento da cidade e de ser o ente federado mais próximo do cidadão, atualmente, sabe-se que ações locais provocam impactos globais, sejam benéficos ou maléficos. Assim, da mesma forma que nosso sistema neuronal é formado por uma grande articulação de neurônios interagindo em tempo real, os municípios integrados podem criar uma rede e passar a protagonizar a solução dos problemas nacionais e até mundiais. A comparação metafórica serve para mostrar como o local e o global estão cada vez mais articulados e interdependentes[154].

Apenas à título ilustrativo, para exemplificar a importância da atuação dos municípios brasileiros, destaca-se a fundamental participação das cidades no cumprimento dos desafios propostos e acordados na COP-21. Em dezembro de 2015, ocorreu a 21ª Conferência das Partes (COP-21) da Convenção das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (UNFCCC), quando foi aprovado por consenso um novo acordo global de combate aos efeitos das mudanças climáticas. O acordo prevê reduzir as emissões de gases de efeito estufa em todas as regiões do planeta e foi consensuado pelos 195 Estados Partes. Ele prevê manter o aquecimento global abaixo dos 2ºC e destaca a importância de garantir esfor-

---

152 LEFEBVRE, Henri. O direito à cidade, 2001, p. 108 e 117.

153 ALBUQUERQUE, Carlossandro Carvalho; BATISTA, Ieda Hortência. Desenvolvimento sustentável: novos rumos para a Humanidade, 2007, p. 02 e 05.

154 PROGRAMA CIDADES SUSTENTÁVEIS. Guia Gestão Pública Sustentável, 2016. p. 78

ços para que o aumento da temperatura na terra não ultrapasse 1,5°C acima dos níveis pré-industriais[155] .

O Brasil, durante o governo da presidente eleita Dilma Rousseff, apresentou como meta a redução em 37%, até 2025, e em 43%, até 2030, a emissão de gases de efeito estufa. Para que o país possa alcançar tais resultados, é de extrema importância que os municípios protagonizem ações para reestruturar os sistemas de mobilidade urbana e priorizar o planejamento para reduzir o uso de combustível de base fóssil no transporte público, entre outras iniciativas[156] .

II.2. PROTAGONISMO DOS MUNICÍPIOS NO PLANEJAMENTO URBANO SUSTENTÁVEL

Mais da metade da humanidade vive hoje nas cidades - percentual que deverá chegar a 60% em 2030. Na América Latina, o Brasil é o país mais urbanizado, resultado de um intenso processo de estruturação das cidades iniciado na década de 1950.

Como afirmado na introdução, o crescimento da população que vive nas cidades tem acarretado novos e complexos desafios, sobretudo para o Poder Público municipal, pressionando a infraestrutura e o consumo dos recursos naturais. Como forma de instrumentalizar os municípios para enfrentarem essa situação, a Constituição Federal de 1988 instituiu um processo de descentralização das políticas públicas, buscando proporcionar maior protagonismo aos municípios e à participação da sociedade.

Com efeito, os municípios passaram a ser protagonistas nos processos de decisão referente ao planejamento urbano, ao mesmo tempo em que tiveram de enfrentar problemas relacionados à desigualdade social, à poluição, às dificuldades de mobilidade, ao excesso de resíduos, à

---

155 _____Idem.

156 _____Ibidem, p. 06.

falta de saneamento básico, habitações precárias, violência e mudanças climáticas. Tais problemas demandam a criação de uma gestão pública, que crie planos estratégicos eficientes a curto, médio e longo prazo, bem como disponibilidade financeira que permita a execução desses planos.

Reconhecer o papel estratégico do planejamento e do desenho urbano na abordagem sistêmica e holística das questões ambientais, sociais, econômicas, culturais e de saúde, é imprescindível. Mostra-se fundamental planejar a estrutura da cidade e o seu desenvolvimento resultará em maior qualidade de vida, permitindo que a gestão municipal se antecipe as problemáticas contemporâneas.

O planejamento urbano engloba concepções, planos e programas de gestão de políticas públicas, por meio de ações sistêmicas em curto, médio e longo prazo, que permitam maior harmonia entre intervenções no espaço urbano e o atendimento às necessidades específicas da população. O planejamento urbano deve almejar a transformação das cidades com a inclusão da população carente, por meio da participação social.

O desenvolvimento integrado da comunidade local só se obterá mediante o planejamento de todas as atividades da Administração Municipal, visando à execução de obras e serviços que atendam efetivamente às necessidades da população.[157]

Foi a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 que os municípios foram consagrados como entidade federativa com plena autonomia, ou seja, com capacidade de auto-organização e normatização própria, autogoverno e auto-administração (exercício de suas competências legislativas e administrativas).

O art. 30 da Carta Magna apresenta um rol de competências pertencentes aos municípios, dentre elas a competência exclusiva para "promover, no que couber, o adequado ordenamento territorial, mediante pla-

---

157 SILVA, José Afonso da. Direito Urbanístico Brasileiro, 2010. p. 107.

nejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano" (art. 30, VIII, CF/88)[158] .

A Constituição Cidadã foi clara em assegurar papel de protagonismo ao município na proteção e no desenvolvimento urbano, pois ao reservar capítulo próprio para a política urbana destacou o papel preponderante do Poder Público municipal (art. 182)[159] , *in verbis*:

> 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.

O Estatuto da Cidade (Lei Federal n° 10.257/2001)[160] , que regulamentou o capítulo original sobre política urbana, reconheceu o papel fundamental dos municípios na formulação das diretrizes do planejamento urbano sustentável e na condução do processo participativo da gestão das cidades.

Essa obrigatoriedade de atuação do município coaduna-se com o fato de que o ente federado mais próximo dos cidadãos é, por óbvio, o município, posto que, as pessoas moram, constroem, trabalham e vivem nas cidades.

Assim, o município situa-se como o principal responsável pelo planejamento urbano sustentável das cidades, justamente pelo fato de ser o ente mais próximo dos problemas urbanos, sendo um de seus papéis essenciais, definidos na Constituição e demais normas legais, garantir o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e o direito à cidade sustentável

---

158 BRASIL. Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

159 _____Idem.

160 BRASIL, Lei 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, 2001.

II.3. O FEDERALISMO FISCAL BRASILEIRO E A DEPENDÊNCIA FINANCEIRA DOS MUNICÍPIOS

Analisando-se os textos das Constituições passadas, verifica-se que o federalismo brasileiro tentou evoluir de um sistema federativo eminentemente centrífugo para um modelo de federalismo de integração, porém sem êxito.

Nesse sentido caminhou o legislador constituinte ao inserir no art. 3º da Constituição Federal brasileira de 1988, como fundamentos da República Federativa do Brasil, garantir o desenvolvimento nacional e reduzir as desigualdades regionais e sociais. Para cumprir tal mister necessário seria um pacto federativo que possibilitasse a autonomia política e financeira dos entes federados.

Segundo Lucíola Maria de Aquino Cabral[161] :

> Embora o processo de redemocratização do Estado brasileiro tenha sido acompanhado da descentralização política e tributária em favor dos governos subnacionais, gerando novos pactos e compromissos políticos e sociais, o governo central, no início dos anos 90, implantou uma nova agenda econômica direcionada para o controle fiscal, criando tensões e contradições que dificultam o cumprimento dos compromissos assumidos com a redemocratização.

A política tributária brasileira ao invés de criar as condições para efetivação do pacto federativo e possibilitar que os municípios cumprissem com seu papel na diminuição das desigualdades regionais e sociais, realizando a contento suas obrigações constitucionais, como, por exemplo, a garantia do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade,

---

161 CABRAL, Lucíola Maria de Aquino. Tributação e descaracterização do pacto federativo, 2015, p. 02.

preferiu centralizar-se excessivamente na União – seja sob o prisma do poder de legislar, seja sobre a efetiva arrecadação dos tributos.

A realidade atual apresenta uma alta concentração na participação da repartição tributária nacional, ficando a União com quase 69.83%, os Estados com 25.59% e os municípios com algo em torno de 4.58% da arrecadação tributária[162].

Cientes de que a simples distribuição de competências tributárias exclusivas não constituiria medida necessária para assegurar a redução das desigualdades regionais e sociais, foi implementado um sistema de participação no produto da receita tributária de outras esferas governamentais, advindo daí as chamadas transferências intergovernamentais, conhecidas por receitas transferidas.

Porém, a aludida repartição está adstrita à arrecadação da União apenas com os impostos, excluindo-se às receitas provenientes das Contribuições em geral (arts. 157 a 161 da CF/88). Cumpre registrar que 42% das receitas tributárias auferidas nacionalmente são decorrentes de contribuições, quase que exclusivas de competência da União Federal.[163] Assim, as transferências apenas minimizam os impactos, porém além de não resolver gera maior dependência política e não garante o pacto federativo.

Ora, se por um lado coube ao município uma enorme lista de atribuições outorgadas pela Constituição da República, inclusive, com a obrigação principal de ser o ator responsável por toda política urbano sustentável, local onde se encontram enormes mazelas sociais, que necessitam de uma governança planejada e, sobretudo, de grande quantidade de recursos para promoção de projetos de infraestrutura; por outro, na partilha das competências tributárias esse foi o ente que ficou com a menor parte da arrecadação.

---

162 BARAU, Victor. O Sistema Tributário Nacional. Premissas para uma reforma que respeite os direitos humanos e a democracia, 2011, p. 05.

163 _____Ibidem, p. 06.

É cediço que problemas na gestão, na transparência, na eficiência e no planejamento municipal, no combate à corrupção, bem como a descontinuidade advinda de questões eleitorais dificultam sobremaneira que os municípios realizem seu múnus de planejar com sustentabilidade a cidade. Todavia, a nociva repartição tributária acima descrita, por óbvio, potencializou as dificuldades dos municípios e flagrantemente viola o pacto federativo.

Nos últimos anos, a maior parte dos municípios brasileiros realizaram grandes projetos de infraestrutura com recursos quase que exclusivamente oriundos do Governo Federal, que repassam recursos públicos, via de regra, por meio de bancos oficiais, através de programas federais estabelecidos como o Programa Minha Casa, Minha Vida, o Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) Cidades Históricas, o PAC Mobilidade, entre outros.

Porém, o redesenho político-econômico-institucional por que passa o Governo Federal tem obrigado ainda mais os municípios a buscarem alternativas para que possam continuar promovendo os imprescindíveis projetos de construção de moradias, de mobilidade urbana, de construção e reforma de equipamentos públicos e de proteção, preservação e recuperação do meio ambiente e dos bens públicos.

II.4. OS EMPRÉSTIMOS INTERNACIONAIS PARA PROJETOS QUE PROMOVAM O PLANEJAMENTO URBANO E A SUSTENTABILIDADE

A noção de desenvolvimento global perpassa pela natureza interdependente do sistema e, principalmente, no interesse dos países desenvolvidos em incluir os países em desenvolvimento num processo de globalização segundo o livre mercado.

Dessa forma, os países desenvolvidos, sob o argumento da integração econômica global e a expansão dos livres mercados, realizam

programas de atendimento às necessidades básicas de suas populações em países em desenvolvimento.

Buscando difundir essa ideia de interdependência do sistema e necessidade da integração econômica mundial, destaca-se a atuação das agências internacionais, podendo ser notado por meio de ações que têm propagado a preocupação com as questões ambientais ou até mesmo com o papel destas agências na promoção de agendas para redução da pobreza[164].

Infelizmente, em muitos países em desenvolvimento, ao invés de os governos nacionais estruturados, articulados e com força econômica serem os responsáveis pelos estímulos à demanda dentro de suas próprias economias, pode acabar tendo maior relevância uma determinada sociedade internacional que tende a preservar os países em estado de desenvolvimento por meio de acordos internacionais visando a uma nova ordem econômica, a partir de negócios com as regras do jogo postas de forma a promover as reformas necessárias para a transferência e utilização de recursos[165].

Nesse contexto de globalização da economia que o Banco Interamericano de Desenvolvimento é criado em 1958, sendo formado inicialmente por 19 países da América Latina e Estados Unidos. Entre os anos de 1976 a 1989, o BID expandiu mais uma vez suas associações para 16 países europeus, além de Israel e Japão. Entretanto, apenas os países latino-americanos e do Caribe podem pedir empréstimos ao BID, tendo estes 50,02% do poder de voto. Os EUA detêm sozinhos 30% dos votos.

O BID faz parte do grupo do BID, composto pelo próprio BID e por mais duas organizações: a Corporação Interamericana de Investimentos e o Fundo Multilateral de Investimentos. A estrutura do BID é composta pelo Conselho dos Governadores, Conselhos dos Diretores Executivos, e da Equipe de Gerenciamento.

---

164 CAVALCANTI, Ana Cláudia Rocha. A difusão da agenda urbana das agências multilaterais de desenvolvimento na cidade de Recife. 2008. p. 36.

165 _____Ibidem, p. 36.

Segundo o BID, seu objetivo é a promoção de diretrizes operacionais para os técnicos nos países membros, que podem variar em escala desde linhas detalhadas até princípios gerais de políticas. No caso específico para a política urbana do BID, há três critérios gerais: 1) melhorar as condições socioeconômicas da população urbana; 2) fortalecer os sistemas urbanos nacionais e melhorar o funcionamento das cidades; e 3) aumentar a eficiência das instituições responsáveis pela formulação, administração de políticas e programas de desenvolvimento urbano.

Estes critérios instrumentalizam-se por meio de empréstimos, pelo financiamento de projetos que contemplem a provisão de infraestrutura e serviços, geração de emprego e renda, e capacitação de instituições e instrumentos de desenvolvimento urbano.

Essa tendência de financiamento das agências internacionais em sustentabilidade urbana decorre da crescente urbanização e da mudança de perspectivas entre conceber a cidade como problema para possibilitar ser a solução dos problemas, através de empréstimos.[166]

A atuação das agências internacionais, apesar de representarem um mecanismo de difusão das ideias neoliberais nos países em desenvolvimento, tem alterado sua postura nos últimos anos, buscando acomodar-se a programas urbanos que visem à melhoria das ações dos governos por ideias que reflitam o paradigma da governança, com foco na melhoria das cidades numa lógica que alie desenvolvimento com sustentabilidade[167] .

Dessa forma, o BID tem redirecionado suas ações para o setor social, uma vez que as reformas do Estado não seriam possíveis de serem conseguidas sem que houvesse tal mudança, posto que as reformas sociais seriam necessárias como forma de compensação ao ajuste estrutural.

---

166 _____Ibidem, p. 38.

167 _____Ibidem, p. 42.

De toda modo, o apelo social ganhou suporte da comunidade internacional, das elites locais e dos movimentos reivindicatórios locais[168] .

II.5. O PROGRAMA INICIATIVA DE CIDADES EMERGENTES E SUSTENTÁVEIS – (ICES) DO BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO (BID)

Com foco nas cidades emergentes, o Banco Interamericano de Desenvolvimento criou, em 2010, a "Iniciativa Cidades Emergentes e Sustentáveis (ICES)", um programa de assistência técnica voltado aos governos das cidades médias da região, diante dos enormes desafios de construir cidades melhores para se viver.

A ICES é uma metodologia de avaliação rápida, que permite a identificação e priorização de projetos de infraestrutura, assim como a definição de ações urbanísticas, ambientais, sociais, fiscais e de governança de curto, médio e longo prazos, que poderão melhorar a qualidade de vida das pessoas e a sustentabilidade das cidades.

Três são os pilares da ICES: Sustentabilidade Ambiental e Mudança Climática, Desenvolvimento Urbano Sustentável e Sustentabilidade Fiscal e de Governo. Com base nesses pilares o ICES busca atuar de forma integrada, o que o diferencia das operações anteriores que tinham apenas um foco específico, como, por exemplo, o saneamento ou a mobilidade.

João Pessoa/PB, por apresentar grande potencial de desenvolvimento e Índice de Desenvolvimento Humano Municipal (IDHM) acima da região nordeste, foi selecionada como a primeira cidade da parceria entre BID e Caixa Econômica Federal para expansão da ICES no Brasil.

---

168 Ibidem, p. 70.

Como grande parte dos municípios brasileiras, a cidade de João Pessoa/PB apresenta problemas que desafiam e convidam ao aprimoramento da administração pública. Como afirmado no item II.3, o federalismo fiscal brasileiro ainda enseja graves injustiças no que tange à repartição da competência tributária e, consequentemente, na arrecadação desproporcional dos entes federados, sendo os municípios os maiores prejudicados, sobretudo quando se confronta as competências constitucionais tributárias *versus* as competências constitucionais para promoção das políticas públicas.

Soma-se ainda como fatores negativos os graves problemas urbanos das capitais, como violência, drogas, irregularidade fundiária, poluição, mobilidade, degradação ambiental, o baixo índice de crescimento econômico da cidade de João Pessoa/PB[169] e o atual contexto político-econômico-institucional nacional que vem apresentando elevadas quedas no repasse de recurso federal para projetos de infraestrutura urbano.

Dessa forma, buscando alternativas, para que possa continuar realizando grandes projetos de infraestrutura urbano sustentáveis, por meio de investimento significativos nas áreas de mobilidade, meio ambiente, habitação, lazer e cultura, restou à Prefeitura Municipal de João Pessoa buscar e priorizar a realização de operação de crédito, em parceria com o BID, para implantação do "Programa de Desenvolvimento Urbano Integrado e Sustentável do Município de João Pessoa".

Através da linha de crédito poderão ser financiados estudos, projetos técnicos, obras, equipamentos e assistência técnica, estruturados em três componentes, quais sejam: Componente I – Desenvolvimento Urbano Sustentável e Gestão da Cidade; Componente II – Desenvolvi-

---

169 Em 2010, a cidade possuía 18.364 empresas que empregavam 299.500 pessoas, com um salário médio mensal de 2,9 salários mínimos nacionais. Apesar do PIB per capita em 2010 de R$ 13.552 ser o maior da microrregião, estava abaixo da média nacional e do Nordeste.

mento Econômico e Competitividade; Componente III – Fortalecimento Institucional e Gestão Pública.

Para tanto, fora criado o "Plano de Ação João Pessoa Sustentável", que se trata de um documento que apresenta o resultado da aplicação da metodologia da ICES, na cidade de João Pessoa/PB. O referido Plano é resultado da colaboração entre o BID, a Caixa Econômica Federal (CAIXA), a Fundação Apolônio Salles, de Desenvolvimento Educacional (Fadurpe), a Fundação Joaquim Nabuco (Fundaj), e a Prefeitura Municipal de João Pessoa (PMJP), em um processo participativo desenvolvido entre junho de 2013 e junho de 2014[170].

A referida operação além de ser um contrato de empréstimo permite a troca de experiência e a realização de convênios entre o Município de João Pessoa e outras cidades do mundo. Inclusive, a equipe de João Pessoa já participou de eventos no Japão, Argentina, China e Alemanha, podendo observar as melhores práticas em várias áreas de interesse da cidade.

As atividades previstas na operação de crédito totalizam US$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de dólares), sendo US$ 100.000.000,00 (cem milhões de dólares) do BID e US$ 100.000.000,00 (cem milhões de dólares) como contrapartida financeira. Levando em consideração todo planejamento determinado pelo "Plano João Pessoa Sustentável" os referidos valores serão aplicados da seguinte forma: US$ 152.000.000,00 (cento e cinquenta e dois milhões de dólares) no componente Desenvolvimento Urbano Sustentável e Gestão da Cidade, US$ 23.900.000,00 (vinte e três milhões e novecentos mil dólares) em Desenvolvimento Econômico e Competitividade, US$ 23.600.000,00 (vinte e três milhões e seiscentos mil dólares) no componente Fortalecimento da Gestão Pública e, por fim,

---

170 JOÃO PESSOA, Plano de Ação João Pessoa Sustentável, 2014, p 05.

US$ 500.000,00 (quinhentos mil dólares) para Administração, Monitoramento e Avaliação do Programa[171].

O Plano busca apontar um planejamento urbano que permita diminuir a desigualdade identificada na cidade e o uso dos espaços públicos pelos cidadãos. Haverá investimentos no turismo sustentável e empreendedorismo, mobilidade, por meio de malha cicloviária e BRT (*Bus Rapid Transit*), na melhoria habitacional e social das comunidades da Beira-Rio e linha Férrea, melhoria dos instrumentos de monitoramento, de arrecadação[172], ampliação e qualificação da área verde, através da criação de um cinturão verde ao redor do contínuo urbano atual e criação de parques lineares em áreas de proteção permanente e unidades de conservação, entre outras áreas.[173]

Como se trata de operação de crédito externa necessita da aprovação do Senado Federal (art. 52, inciso V, CF/88), passando por todo trâmite previsto no Manual para Instrução de Pleitos - MIP. Atualmente, a Carta Consulta n° 60050 referente à operação encontra-se em análise na Comissão de Financiamentos Externos – COFIEX, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

III. CONCLUSÃO

O presente artigo buscou analisar a relevância das operações de crédito internacionais como instrumento alternativo propulsor de projetos de infraestrutura, que possibilitem a melhoria da qualidade da vida da população e o planejamento da cidade.

Conforme demonstrado, coube aos municípios brasileiros uma vasta lista de competências constitucionais, dentre elas o protagonismo no pla-

---

171 BRASIL, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Secretaria de Assuntos Internacionais - SEAIN, Resumo Carta Consulta nº 60050, 2014, p. 06 e 09.

172 _____Ibidem, p. 16.

173 _____Ibidem, p. 72.

nejamento urbano, incluindo-se nesse aspecto a necessidade da execução de projetos de infraestrutura urbano sustentáveis.

Todavia, o federalismo fiscal brasileiro ao invés de criar as condições para efetivação do pacto federativo e possibilitar que os municípios cumprissem seu mister preferiu centralizar-se excessivamente na União e nos estados, ficando os municípios com a menor parte da arrecadação.

Nos últimos anos, a maior parte dos municípios brasileiros realizaram grandes projetos de infraestrutura com recursos predominantemente oriundos do Governo Federal, porém o redesenho político-econômico-institucional tem obrigado os aludidos entes a buscarem alternativas para que possam continuar promovendo os imprescindíveis projetos de construção de moradias, de mobilidade urbana, de construção e reforma de equipamentos públicos e de proteção, preservação e recuperação do meio ambiente e dos equipamentos e bens públicos.

É nesse contexto que o Município de João Pessoa/PB vem buscando realizar operação de crédito, em parceria com o Banco Interamericano de Desenvolvimento, para implantação do "Programa de Desenvolvimento Urbano Integrado e Sustentável do Município de João Pessoa".

Ante o exposto, independente da real intenção das agências internacionais, fato é que os municípios brasileiros, em virtude da sua obrigação constitucional de promover o planejamento urbano das cidades aliado à sustentabilidade, devem perquirir alternativas para o financiamento dos importantes projetos para a cidade, sem olvidar, por óbvio, da análise criteriosa dos ônus e benefícios dessas operações, a sua capacidade e organização financeira para adimplir suas obrigações e, sobretudo, a relevância da ação na construção de uma cidade mais inclusiva, saudável e organizada.

IV. REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Carlossandro Carvalho; BATISTA, Ieda Hortência. **Desenvolvimento sustentável: novos rumos para a Humanidade.** Revista Eletrônica Aborê. Publicação da Escola Superior de Artes e Turismo. Edição 03/2007.

BARAU, Victor. **O Sistema Tributário Nacional. Premissas para uma reforma que respeite os direitos humanos e a democracia.** Escola de Governo, 2011. Disponível em http://www.escoladegoverno.org.br/artigos/1734-o-sistematributario-nacional. Acesso em: 15 de maio de 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Democracia, desenvolvimento e dignidade humana: uma agenda para os próximos dez anos.** In: Carolina Valença Ferraz et al.(coords.). Direito e Desenvolvimento Humano Sustentável. São Paulo: Editora Verbatim, 2013, pp. 75-89.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: 1988.

BRASIL. Lei 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.** Brasília, DF: 2001.

BRASIL. Ministério da Fazenda. **Operações de Crédito de Estados e Municípios Manual para Instrução de Pleitos MIP**, 2016, Disponível em: http://conteudo.tesouro.gov.br/manuais/modules/mod_pdf_manual/pdf/mip.pdf. Acesso em 04 de maio de 2016.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Secretaria de Assuntos Internacionais – SEAIN, **Resumo Carta Consulta nº 60050**, 2014.

CABRAL, Lucíola Maria de Aquino. **Tributação e descaracterização do pacto federativo**. Disponível em http://luciolacabral.com.br/

2015/04/16/tributacao-e-descaracterizacao-do-pacto-federativo. Acesso em 01 de abril 2016.

CAVALCANTI, Ana Cláudia Rocha. **A difusão da agenda urbana das agências multilaterais de desenvolvimento na cidade de Recife.** 2008. Tese (Doutorado em Desenvolvimento Urbano) – Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco, 2008.

FÓRUM SOCIAL MUNDIAL. **Carta Mundial pelo Direito à Cidade**, 2005. Disponível em: http://normativos.confea.org.br/downloads/anexo/1108-10.pdf. Acesso em 05 de maio 2016.

JOÃO PESSOA, **Plano de Ação João Pessoa Sustentável,** 2014. Disponível em: http:www.joaopessoa.pb.gov.br. Acesso em 13 de setembro 2015.

LEFEBVRE, Henri. **O direito à cidade.** São Paulo: Centauro Editora, 2001.

LEITE, Carlos. **Cidades sustentáveis, cidades inteligentes: desenvolvimento sustentável num planeta urbano.** Porto Alegre: Bookman, 2012.

LUCENA, Felipe Campos; SILVA, Maria Eliza Lemos Schueller Pereira da. **O direito à cidade à cidade sustentável como direito fundamental**, 2008. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasilia/07_814.pdf. Acesso em 20 de abril 2016.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro.** 23ª edição. São Paulo: Malheiros, 2015.

MEDAUAR, Odete. **Estatuto da cidade: lei 10.257, de 10.07.2001: comentários.** São Paulo: RT, 2004.

MOMO, Alessandra Loio Vaz. **Uma análise crítica do Federalismo Cooperativo no Brasil**, 2013. Disponível em http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2013/trabalhos_12013/AlessandraLoioVazMono.pdf. Acesso em 12 de maio 2016.

PINHEIRO, Gabriele Araújo; RODRIGUES, Wagner de Oliveira. **Direito fundamental à cidade sustentável e os dilemas do planejamento urbano no estado democrático de direito.** 2012. Disponível em: http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67950/70558. Acesso em 21 de abril 2016.

PROGRAMA CIDADES SUSTENTÁVEIS. **Guia Gestão Pública Sustentável**. 2016. Disponível em: http://www.cidadessustentaveis.org.br/gps. Acesso em: 01 de maio 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 2010. 6ª.ed.

TAVARES, Juarez; PRADO, Geraldo. **Parecer**. 2015. Disponível em: http://s.conjur.com.br/dl/parecer-impeachment-juarez-geraldo-prado.pdf. Acesso em 28 de maio de 2016.

ASPECTOS GERAIS SOBRE A TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA E A FIXAÇÃO DOS LIMITES NA RESPONSABILIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SOB A ÓTICA DA SÚMULA 331 DO TST.

DANIEL AZEVEDO DE OLIVEIRA MAIA
(Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela Escola Superior da Magistratura – ESMAT 13. Professor de Direito Processual Civil e Direito do Trabalho.Advogado trabalhista).

RESUMO
A terceirização de mão de obra é fenômeno recente, despontando em um período da realidade sociojurídica brasileira onde as clássicas estratégias empresariais absorvidas pelo empresariado já não se mostravam suficientes e idôneas para atender a complexidade das novas relações trabalhistas que se entabulavam no contexto da experiência social vivenciada à época, demandando-se por formas alternativas de prestação de serviços que se dissociassem da tradicional e retilínea relação de emprego. Inexoravelmente, o fenômeno terceirizante açambarcou a Administração Pública, porém se revelou necessário a fixação de certos contornos que definissem, com precisão cirúrgica, os limites desta forma alternativa de prestação de serviços no serviço público, bem como a definição de parâmetros relacionados à responsabilização dos entes que admitissem, em seu favor, trabalhadores terceirizados. O presente trabalho tem como proposta dissecar as nuances do fenômeno terceirizante na Administração Pública, com o fito de serem estabelecidas as premissas teóricas e compreendidas as particularidades que embasam a responsabilidade civil do Poder Público, tudo à luz da Súmula 331 da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.

Palavras-chave*: Terceirização na Administração Pública. Responsabilização. Limites. Súmula 331 do TST.*

1. INTRODUÇÃO

A terceirização, como forma de descentralização de mão de obra, é fenômeno recente no mercado de trabalho brasileiro, revelando-se como eficaz alternativa de prestação de serviços, mormente pelo fato de especializar o trabalho humano, racionalizando e otimizando a atividade produtiva.Impreterivelmente, a estratégia terceirizante foi inserida no âmbito do Poder Público como forma de direcionar o dispêndio de energia humana em atividades periféricas (ditas "atividade-meio") e, desta forma, estimular a concentração de esforços nas atividades-fins (centrais) por aqueles que mantêm com as entidades públicas vínculo direto, desprovido de qualquer forma de intermediação. Desta forma, zeladores, vigilantes, funcionários de limpeza dentre outros, podem exercer suas funções em repartições públicas, uma vez que, através de processo licitatório, as repartições públicas podem contratar empresas especializadas em certas e determinadas atividades, as quais se dissociam abruptamente daquelas exercidas de forma nuclear por tais entidades públicas.

Destarte, verifica-se que a terceirização é uma realidade que não pode ser ignorada, não obstante o seu excesso conduzir a uma flagrante e inequívoca precarização do trabalhador.

Não obstante, ainda que incorporada de forma inquestionável no mercado de trabalho brasileiro, a descentralização de mão de obra (terceirização) não possui uma regulação consistente[174], sendo tímidas e parcas as manifestações legislativas e jurisprudenciais acerca do instituto. É fato que referida estratégia carece sobremaneira de uma legisla-

---

174 A inércia do poder legiferante, nesse particular, posterga a situação precarizante da terceirização, pois utilizada de forma imoderada por empresários na busca incessante de afastar potenciais regras celetistas incidentes no caso concreto e todos os seus consectários (leia-se: encargos trabalhistas).

ção própria que confira maior segurança jurídica àqueles submetidos ao trabalho nesta qualidade.

Insuficientemente, a terceirização de mão de obra no Brasil se sustenta pelas disposições da Súmula 331 da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho[175], a qual será analisada nos tópicos vindouros do presente trabalho, mormente no que se refere às particularidades da terceirização da mão de obra no Poder Público.

Ainda, serão estudadas e analisadas as questões relativas à responsabilização da Administração Pública previstas nos itens II e V da Súmula 331 do TST.

Objetiva-se, no presente trabalho, perquirir e averiguar analiticamente acerca das modalidades de responsabilização do ente público diante do inadimplemento da empresa prestadora de serviços quanto às verbas trabalhistas devidas aos seus efetivos empregados.

Inicialmente, serão abordadas questões propedêuticas, para que se possa compreender, com maior clareza, as minúcias relativas à responsabilização do Ente Público nos moldes da jurisprudência consolidada do TST. Em seguida, dissecada a problemática da responsabilidade do Poder Pública relativa ao fenômeno da descentralização de prestação de serviços.

2.ASPECTOS GERAIS DA TERCEIRIZAÇÃO

Serão analisados, nos tópicos posteriores, os aspectos inaugurais e suficientes à compreensão global do fenômeno da terceirização. Há que se traçar cirurgicamente as definições e delimitações conceituais para que se apreendam os conceitos adiante expostos.

---

175 Em que pese a relevância jurídica da Súmula 331 do TST, é imperioso ressaltar que existem diplomas que tambémtratam de modalidades de terceirização, a exemplo da Lei nº 6.019/74 (Lei do Trabalho Temporário).

2.1. A TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL: EVOLUÇÃO HISTÓRICA.

A terceirização, no Brasil, é fenômeno relativamente recente.

Sustenta-se doutrinariamente que as primeiras manifestações legislativas acerca do instituto ocorreram na década de 1940, mormente quando da edição da CLT, em seu artigo 455. Referido dispositivo versa sobre o contrato de subempreitada e aspectos condizentes à responsabilização por verbas trabalhistas. Diversos doutrinadores afirmam ser o contrato de subempreitada mais uma hipótese de terceirização *lato sensu*.

É bem verdade que há certa correspondência entre os institutos, inobstante serem fenômenos de natureza distinta, posto que a empreitada/subempreitada remete à ideia de desconcentração no que diz respeito à confecção de uma obra.[176]

Na Administração Pública, o marco legislativo encontra-se no Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a organização da Administração Federal,permitindoa incorporação da terceirização em sentido estrito na Administração Pública. Dispõe o §7º do art. 10:

> Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.
>
> [...]
>
> § 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e contrôle e com o objetivo de impedir o

---

176 O contrato de empreitada, na estrita configuração existente hodiernamente, tem em suas raízes uma das formas de *locatio* existente no Direito Romano: a *locatio-conducto operis faciendi*, onde alguém se comprometia, perante outrem, a confeccionar determinada obra e entregá-la no prazo, forma e condições exigidas pelo contratante. Dentre as mais diversas formas de *locatio*, destaca-se a *locatio-conducto rei* e a *locatio-conducto operarum*, respectivamente, locação de coisas e locação de serviços, sendo esta última verdadeiro embrião do atual contrato de emprego.

> crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

Ainda, a Lei nº. 5.645/1970 também regulou aspectos referentes à terceirização como forma de descentralização da execução das atividades no âmbito do Poder Público.

Em seguida, na década de 1970, a Lei nº 6.019/1974 regulou o Trabalho Temporário (uma das formas de terceirização), admitindo o ordenamento jurídico mais uma forma de intermediação de mão de obra.

Com o perpassar das décadas, e diante da necessidade social de se abraçar novas formas de prestação de serviços ante a complexidade das relações socioeconômicas travadas no contexto empresarial, diversas outras legislações surgiram com o escopo de regulamentar formas de prestação de serviços de modo descentralizado, a exemplo da Lei nº 7.102/1983 (vigilantes) e, na década de 1990, a lei dos serviços de energia e das telecomunicações(Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995).

Leciona a saudosa professora Alice Monteiro de Barros:

> As relações individuais de trabalho sofreram várias modificações nos últimos anos, em face de uma conjugação de fatores, que podem ser sintetizados na inovação tecnológica, nas alterações na organização da produção, nos métodos utilizados na gestão da mão de obra, e, em consequência, nas necessidades dos trabalhadores. Essas mudanças deram origem ao conhecido debate sobre a flexibilidade do emprego, em contraposição à relação de emprego

> "típica", gerada por um contrato de trabalho indeterminado, com um empregador único e protegida contra a dispensa injusta. Sustenta-se que essa relação de trabalho "típica" é incompatível com a necessidade da empresa moderna de adaptar-se a um processo econômico competitivo. Passou-se, então, a sugerir um modelo contraposto, cujo traço distintivo era o recurso a diversas modalidades de emprego chamadas flexíveis, entre as quais se inclui a terceirização.[177]

Imperioso acrescentar que o instituto passou a ser configurado em âmbito jurisprudencial. Aprioristicamente, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula nº 256 (atualmente cancelada), a qual criava uma vedação genérica da terceirização, permitindo-a, excepcionalmente, nos casos que a lei expressamente autorizasse. A súmula preconizava a vedação genérica à terceirização, salvo nos casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

Por fim, o TST ousou "regulamentar" o instituto da terceirização por intermédio da Súmula 331 de sua jurisprudência consolidada, sendo esta atualmente o único referencial normativo-teórico existente acerca da matéria. Há que se repensar e estimular a atividade legislativa no que atine à terceirização, pois é problemática que merece a guarida necessária para preservar os direitos fundamentais dos trabalhadores que laboram sob esta condição, bem como frear e limitar os efeitos violentos da responsabilização dos entes públicos que admitem tal mão de obra em seu favor, diante da tutela do interesse público que a Administração Pública promove, trazendo-lhe prerrogativas e vantagens que a diferem dos particulares em geral.

---

177 BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 6. ed., São Paulo: LTr, 2010, p. 451-452.

2.2. DELIMITAÇÕES CONCEITUAIS

Sinteticamente, é possível definir a terceirização como o fenômeno moderno de contratação de mão de obra através de terceiros.

Ocorre que tal definição se mostra por demais genérica, insuficiente a estabelecer os contornos exatos da terceirização prevista nos moldes da Súmula 331 do TST. É que existem diversas formas de se admitir trabalhadores em favor próprio, sem que se configure necessariamente uma terceirização em sentido estrito. Por tal razão, é necessário classificar o fenômeno para que seja possível alocar com exatidão a descentralização de prestação de serviços nos conformes do exposto jurisprudencialmente pelo TST.

Inicialmente, há que se conceber a "descentralização produtiva" como gênero, o qual engloba a terceirização em sentido amplo. Por sua vez, esta envolveria a "terceirização em sentido estrito" e a "intermediação de mão de obra".

A descentralização produtiva é um fenômeno de maior amplitude, surgindo entre as décadas de 1960/1970, logo após a primeira grande crise do petróleo, e posteriormente a idealização do modelo econômico do toyotismo.

Dentre as estratégias produtivas idealizadas pelo empresariado, criou-se a percepção de que não havia vantagem em concentrar todas as etapas da produção utilizando a mão de obra própria. Começou-se, desta forma, um processo de desconcentração das etapas da produção: direcionavam-se os esforços da própria mão de obra para determinadas atividades produtivas e as demais eram contratadas de terceiros.

O clássico exemplo se verifica com a indústria automobilística, onde as montadoras atuam paralelamente às fábricas, que atuam como verdadeiras empresas fornecedoras de parte da produção em favor da montadora (destinatária final). As fábricas fornecedoras são empresas

autônomas. A montadora recebe tais produtos e monta o automóvel, colocando-o à disposição do consumidor no mercado de consumo.

Isso não se confunde com a terceirização referendada na Súmula 331 do TST. Trata-se de descentralização produtiva. Observe-se que, no exemplo citado, a empresa montadora não absorve diretamente a energia físico-psíquica de trabalho dos obreiros das fábricas fornecedoras de partes do produto. Não há se falar em apropriação direta de força de trabalho em benefício próprio. A ênfase não incide sobre um ou mais trabalhadores em específico. Trata-se de verdadeira forma de desconcentração da empresa.

A seu turno, a terceirização lato sensu, em que pese guardar certa semelhança com a descentralização produtiva, possui suas feições próprias que a distinguem da modalidade apresentada anteriormente. É que, neste caso, não se discute a desconcentração da empresa, mas sim a quebra do paradigma clássico previsto nos artigos 2º e 3º da CLT. Foge-se da regra da relação empregatícia de caráter linear, bilateral. Insere-se, neste tradicional padrão, um terceiro, divorciando-se substancialmente da ideia central sugerida na clássica e retilínea relação empregado-empregador.

Forma-se, portanto, uma relação trilateral, composta pelas seguintes partes: a) empresa tomadora dos serviços (cliente), b) empresa prestadora de serviços e c) trabalhador terceirizado. Ressalte-se que a relação entre o obreiro terceirizado e a prestadora segue a mesma diretriz insculpida nos arts. 2º e 3º da CLT, configurando clássica relação de trabalho revestida de empregabilidade e com a incidência de todos os pressupostos fático-jurídicos da relação de emprego. Em outras palavras, é a prestadora quem assume os encargos trabalhistas deste trabalhador, fornecendo-o para prestar serviços no contexto da empresa receptora dos serviços.

A terceirização em sentido estrito se refere ao tema objeto do presente trabalho: representa típica delegação de atividade da empresa tomadora (ou ente da Administração Pública) a terceiros, que passam a executá-las com mão de obra própria. Ao invés de a empresa cliente

executar todas as atividades por intermédio de seus próprios empregados, atribui-se o exercício de parte destas funções – acessórias/secundárias/periféricas - a empresas especializadas nas referidas tarefas.

Maurício Godinho Delgado, com maestria, assim conceitua:

> Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justrabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalho envolvido.[178]

Por fim, a intermediação de mão de obra se configura nos casos de trabalho temporário previstos na Lei nº 6.019/74, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou à acréscimo extraordinário de serviços. Não há delegação de atividade, mas apenas contratação de empregado para laborar ao lado dos empregados efetivos da empresa tomadora, nas mesmas funções e sob equivalente remuneração (art. 12, “a”, Lei nº 6.019/74)[179] .

---

178 DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 14 ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 473.

179 Vale destacar que o trabalho temporário (modalidade de terceirização) pode ocorrer, inclusive, na atividade-fim das empresas, escapando da clássica regra preconizada na Súmula 331 do TST, onde a licitude do fenômeno terceirizante está diretamente associada à sua operacionalização na atividade-meio do empreendimento, bem como devem estar ausentes os pressupostos fático-jurídicos da subordinação jurídica e pessoalidade direta com o tomador dos serviços.

Conforme ressaltado, a terceirização abordada no presente trabalho é aquela explicitada no teor da Súmula 331 do TST, a qual dispõe, em parcos itens, acerca da descentralização de mão de obra na Administração Pública.

3. A TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SOB OS MOLDES DA SÚMULA 331 DO TST E OS LIMITES DA RESPONSABILIDADE PELAS VERBAS TRABALHISTAS

A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, mais precisamente em seu enunciado nº 331, tratou da terceirização de mão de obra tanto no setor privado como nos entes públicos. Não há, repita-se, legislação própria e autônoma sobre o fenômeno terceirizante no ordenamento jurídico brasileiro[180] .

Para que sejam compreendidos os limites da responsabilidade da Administração Pública bem como suas demais disposições sumulares, há que se analisar a Súmula em sua inteireza, pois há uma verdadeira sistematização de ideias em suas previsões, conforme será analisado adiante.

A súmula preconiza, em seu primeiro item, uma vedação genérica à terceirização, estabelecendo que a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal. Como consequência, deverá o vínculo de emprego ser formado diretamente com o tomador. Pretendeu o TST, ao insculpir determinada regra, afastar a mercantilização do trabalho, a utilização do ser humano como mercadoria, pois a interposição de mão de

---

180 Imperioso destacar que em 2004, o Projeto de Lei nº 4.330, de autoria do deputado federal Sandro Mabel, fora proposto com o escopo de regulamentar a terceirização na atividade-fim das empresas. Em 22 de abril de 2015, a Câmara dos Deputados aprovou tal projeto, sendo este encaminhado ao Senado e aguardando manifestação desta Casa.

obra, em regra, precariza as relações de trabalho. Excepcionaram-se os casos de trabalho temporário (previstos na Lei nº 6.019/74), sendo tal modalidade de labor hipótese de terceirização lícita, autorizada no âmbito da jurisprudência.

Em que pese tal vedação genérica, as suas consequências não se verificam, entretanto, no âmbito da Administração Pública. Não existe a possibilidade de se reconhecer o vínculo de emprego com entidades da Administração direta e/ou indireta, ante o impeditivo constitucional expresso no art. 37, II da Constituição Federal[181] , ainda que se verifique a contratação irregular mediante empresa interposta. Em se verificando a irregularidade na contratação com o ente público, ainda que não haja reconhecimento do vínculo, garantir-se-ão ao trabalhador os direitos relativos às horas trabalhadas (ante a impossibilidade de ser devolvida a energia físico-psíquica dispendida em favor do empregador), respeitado o valor do salário mínimo, bem como os depósitos do FGTS. Tal regra vem descrita no teor da Súmula 363 do TST.

Em seguida, o TST versa sobre novas hipóteses autorizativas da terceirização:serviços de vigilância (previsto na Lei nº 7.102/83) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. Conclui-se, deste raciocínio, que a terceirização ilícita ocorrerá em duas hipóteses: a) quando realizada na atividade-fim e b) quando se verificar os pressupostos fático-jurídicos da pessoalidade e subordinação direta com o tomador de serviços. A consequência, con-

---

181 Art. 37. 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 e, também, ao seguinte:[...] II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

forme já analisado, é o reconhecimento do vínculo de emprego diretamente com o tomador, devendo ambas as empresas (tomadora e prestadora) serem responsabilizadas de forma solidária, pois na interpretação do art. 264[182] do Código Civil de 2002, existem, na mesma obrigação, mais de um responsável pelo seu cumprimento.

A capital distinção entre "atividade-fim" de "atividade-meio" é de suma importância para que se desenvolva o raciocínio necessário à compreensão dos aspectos relativos à legalidade ou ilegalidade da terceirização, bem como limites dearesponsabilidade dentre outros. Em síntese, é possível definir "atividade-fim" como aquela principal, essencial, nuclear, coincidente com os objetivos diretos do empreendimento. A "atividade-meio", a seu turno, refere-se àquelas periféricas, secundárias, de apoio ou suporte. Sobre o tema, leciona o Min. Alexandre Agra Belmonte:

> Atividade-fim de uma empresa corresponde ao conjunto de atribuições que fazem parte de sua dinâmica normal de funcionamento, constitutivas de sua cadeia produtiva, para a realização de seu objeto social. "Atividade-meio" é todo serviço necessário e não essencial ao objeto social da empresa, de apoio ou suporte à atividade-fim, que não está voltado, diretamente ou indiretamente, para a realização de sua objeto existencial.[183]

No trilhardas disposições sumulares, surge a primeira regra sobre responsabilidade: em havendo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador (leia-se, empresa prestadora de serviços), deverá o tomador de serviços (destinatário da mão de obra) responder de forma subsidiária por tais débitos, desde que haja participado da rela-

---

182 Art. 264. Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda.

183 BELMONTE, Alexandre Agra. Aspectos jurídicos materiais e processuais da terceirização trabalhista. Revista LTr, São Paulo, v. 79, n. 3, p. 268, mar. 2015.

ção processual e conste também do título executivo judicial. Verifica-se, desta forma, triplo requisito para que haja responsabilização do tomador: a) o exaurimento das tentativas de se compelir o real empregador ao adimplemento de suas obrigações diretas, b) a inclusão do tomador de serviços como litisconsórcio passivo necessário da relação jurídico-processual travada entre a prestadora de serviços e o seu empregado e c) a inclusão do tomador de serviço no título executivo judicial na qualidade de condenado. Desta forma, presentes tais requisitos cumulativos, direciona-se a execução, de forma indireta, ao tomador de serviços, ressaltando que tal responsabilidade abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

A controvérsia sobre tais aspectos da responsabilização se revela mais latente em torno das discussões que envolvem a Administração Pública.

Evidentemente, não há como se equiparar a situação das empresas privadas às questões da Administração Pública, pois distintos os interesses tutelados. O Poder Público se reveste de prerrogativas que lhe são verdadeiros instrumentos necessários à consecução do interesse público. Destarte, o regime é qualificado, gozando de privilégios que o situam em posição de superioridade ante os particulares. Sob tal fundamento, a responsabilização dos entes públicos também goza de proteção especial do ordenamento jurídico, não podendo ser manejada da mesma forma a qual os particulares são submetidos.

Sob o viés da tutela especial do interesse público, o TST passou a tratar os aspectos da responsabilização da Administração Pública de forma diferenciada. A súmula estabelece que os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem de forma subsidiária, nos mesmos moldes do inciso analisado anteriormente, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, mormente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como

empregadora. Adverte, ainda, que a aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

Pelo raciocínio referendado no supracitado item, conclui-se que a Administração Pública, a priori, não responde pelo inadimplemento das obrigações pelas empresas prestadoras de serviços. Tal responsabilidade – sempre subsidiária – só poderá ser configurada ante a demonstração do requisito culpa no cumprimento das obrigações da Lei 8.666/73, bem como na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora. Traçam-se, pois, limites à responsabilização dos entes públicos: a demonstração da culpa in vigilando (ausência ou má fiscalização pela Administração do contrato da empresa prestadora de serviços com seus obreiros) e culpa in elegendo.

O STF, em 24 de novembro de 2010, decidiu pela constitucionalidade do §1º do art. 71 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos[184] ante o ajuizamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16. O dispositivo expressamente dispõe que a empresa contratada (prestadora dos serviços) é a responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato e a sua inadimplência em relação a tais encargos não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento.

A redação anterior da Súmula 331 do TST (construída em 1993) não diferenciava os tomadores de serviços enquanto particulares ou entes públicos. Indistintamente, impunha a responsabilização subsidiária daqueles que eram os receptores da prestação dos serviços pelo inadimplemento das obrigações decorrentes da inércia do real empregador.

---

184 Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

Não se olvide que a antiga Súmula nº 256 do TST (cancelada), não obstante superada pela posterior redação da Súmula nº 331, ainda se aplica aos casos de vínculos de emprego entabulados com a administração pública anteriores à Constituição de 1988. É o que prevê a Orientação Jurisprudencial nº 321 da mesma Corte.

Consigne-se, evolutivamente, a Súmula 331 do TST deve ser analisada sob 3 momentos. Quando de sua publicação originária, em 1993, instituiu-se a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços pelo inadimplemento das verbas trabalhistas do empregador, incluindo no conceito de tomador tanto as empresas privadas como a Administração Pública. Anos depois, em 2000, o inciso IV sofreu substancial alteração no sentido de incluir expressamente a Administração Pública como um dos tomadores de serviços[185] . Em 2003, em que pese não haver alteração em sua redação, seu texto apenas fora republicado.

Quando da inclusão da Administração Pública, de forma expressa, como tomadora dos serviços, através doo TST negava vigência à norma do §1º do art. 71 da Lei 8.666/93, que afastava qualquer forma de responsabilização dos entes públicos neste sentido.

Diante das controvérsias de que o entendimento consubstanciado pelo Tribunal Superior do Trabalho afastaria a incidência do §1º do art. 71 da Lei de Licitações (revestindo-o de aparente inconstitucionalidade), o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar sobre a constitucionalidade do referido dispositivo, tendo sido ajuizada a ADC 16/DF (Rel. Ministro Cezar Peluso), em março de 2007, pelo Governo do DF.

Desta forma, o STF reconheceu a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n° 8.666/93, consolidando o entendimento que marcha no sentido da não responsabilização direta da Administração Pública quando do simples inadimplemento da empresa prestadora

---

185 Incidente de Uniformização de Jurisprudência (IUJ) RR 297751-31.1996.5.04.5555 (Rel. Min. Milton de Moura França).

de serviços quanto aos encargos fiscais, trabalhistas e previdenciários dos seus empregados.

Portanto, diante do julgamento proferido pelo Pretório Excelso, que dirimiu as controvérsias referentes a uma suposta inconstitucionalidade que revestia o art. 71, § 1º, da Lei n° 8.666/93, o Tribunal Superior do Trabalho reeditou a súmula 331 para adequar seu entendimento às novas diretrizes traçadas pelo STF: os entes da Administração Pública só responderão de forma subsidiária se restarem comprovados a ausência ou má fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora.

Destarte, não há se falar em qualquer forma de responsabilização dos entes públicos ante a não verificação e comprovação da conduta culposa das edilidades. Afasta-se a responsabilidade objetiva extracontratual do Poder Público descrita no §6º do art. 37 da Carta Magna.

Frise-se que a Administração Pública, sob a principiologia que rege as bases de sua estrutura, submete-se, de forma peculiar, ao princípio da legalidade, ou seja, deverá seguir o comando da Lei de Licitações, sob pena de afronta a tal princípio.[186]

As Cortes trabalhistas do Brasil já endossaram o entendimento consolidado no STF, considerando inconsistente a fixação da responsabilidade automática das entidades estatais diante do simples inadimplemento das verbas trabalhistas.

Por fim, há que salientar também a impossibilidade de qualquer forma de condenação da Administração Pública na modalidade de responsabilidade solidária. É que, como já exposto nas premissas gerais sobre terceirização em tópicos anteriores deste trabalho, a consequência indissociável de uma condenação solidária no que diz respeito à terceiri-

---

186 O princípio da legalidade, para a Administração Pública, revela-se na ideia de que o administrador só poderá atuar quando a lei expressamente determinar. Do contrário, para o particular, a legalidade permite que este atue de forma livre, desde que a lei expressamente não proíba sua conduta.

zação é o reconhecimento do vínculo de emprego. Entende-se que este reconhecimento não pode se estabelecer com as entidades públicas, ante o óbice constitucional que exige a realização de concurso público de provas ou de provas e títulos para o ingresso nos quadros do Poder Público. Afasta-se, portanto, a possibilidade de um ente público (ex.: Município de João Pessoa) ser condenado solidariamente em verbas trabalhistas junto a empresa prestadora de serviços.

4. CONCLUSÃO

Muitas são as demandas ajuizadas em face da Administração Pública em que se perquire a responsabilidade dos entes públicos pelas verbas trabalhistas não adimplidas pelo empregador (empresa prestadora dos serviços).

Consoante analisado, a Súmula nº 331 do TST percorreu complexo itinerário, perpassando por questões que puseram em debate aspectos relacionados à responsabilização dos entes estatais. Em momento inicial, equiparou-se o setor público e privado enquanto tomadores e responsáveis subsidiários pelas verbas trabalhistas. Em seguida, e diante da previsão contida no § 1º do art. 71 da Lei n° 8.666/93, o entendimento do TST consubstanciou dissenso doutrinário e jurisprudencial, pois entendia estar o referido dispositivo revestido de feições inconstitucionais. Como forma de resolver e solucionar as indagações acerca da matéria, o STF julgou a ADC nº 16, declarando o dispositivo constitucional e traçando limites quanto à responsabilização dos entes públicos: Só será possível diante da comprovação da ausência ou má fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. Esse entendimento passou a constar da nova Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

Destarte, quando do ajuizamento de ações, operadores do Direito deverão observar as novas diretrizes consolidadas, responsabilizando o

ente público apenas de forma excepcional, ante a declaração da constitucionalidade do §3º do art. 71 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BELMONTE, Alexandre Agra. **Aspectos jurídicos materiais e processuais da terceirização trabalhista**. Revista LTr, São Paulo, v. 79, n. 3, mar. 2015.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed., São Paulo: LTr, 2010, p. 451-452.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14 ed. São Paulo: LTr, 2015.

O PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA RESOLUÇÃO DO MÉRITO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

ALEXANDRE FREITAS CÂMARA*

SUMÁRIO. *1. O direito fundamental ao exame do mérito. 2. O princípio da primazia da resolução do mérito como norma fundamental do processo civil. 3. Regras de aplicação do princípio da primazia da resolução do mérito no novo CPC. 4. Conclusão.*

* Desembargador no TJRJ. Professor emérito e coordenador de direito processual civil da EMERJ. Membro da comissão de juristas que assessorou a Câmara dos Deputados no exame do projeto de lei que resultou no novo Código de Processo Civil. Presidente do Instituto Carioca de Processo Civil (ICPC). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), da Academia Brasileira de Direito Processual Civil (ABDPC), do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual (IIDP) e da Associação Internacional de Direito Processual (IAPL). Doutorando em Direito Processual (PUCMINAS).

1. O DIREITO FUNDAMENTAL AO EXAME DO MÉRITO

Há muito se fala, em sede de doutrina, que existe um direito fundamental de acesso à justiça, o qual não pode ser visto como mera garantia de acesso ao Judiciário mas, mais do que isto, deve ser compreendido como o direito fundamental de acesso ao resultado final do processo.[187] Não obstante isso, sempre foi muito grande o número de decisões obstando o exame de mérito (de processos e de recursos), o que gerou até mesmo um movimento nos tribunais que ficaria conhecido como "jurisprudência defensiva".[188]

A existência de uma jurisprudência defensiva, porém, com a criação de obstáculos ao exame do mérito de processos e recursos, acaba por contrariar o direito fundamental de acesso à justiça (aqui compreendido como garantia de acesso aos resultados a que o processo se dirige

---

187 Não é por outra razão que a doutrina, ao definir o acesso à justiça, fala expressamente da obtenção dos resultados: FÉRRAND, Frédérique. *Ideological background of the Constitution, Constitutional rules and civil procedure*. *In*: International Association of Procedural Law Seoul Conference. Seul: IAPL, 2014, p. 10, onde se lê que "[a]cesso à justiça se refere à habilidade das pessoas de buscar e obter um remédio através de instituições formais ou informais de justiça, e em conformidade com os standards dos direitos humanos" (tradução livre. No original: "[a]ccess to justice refers to the ability of people to seek and obtain a remedy through formal or informal institutions of justice, and in conformity with the standards of human rights".

188 Reconhecendo a existência de uma jurisprudência defensiva, vale ler o que disse, em voto proferido no STF, o Min. Gilmar Mendes: "É evidente que a orientação dominante está presidida por aquela denominada por alguns de nós de 'jurisprudência defensiva'. Cabe à parte, portanto, tomar todas as medidas para o recurso ser adequadamente aviado e chegue ao Tribunal em condições de ser devidamente apreciado" (STF, AI 496136 AgR/SP, rel. Min. Celso de Mello, j. em 15/5/2004).

e, pois, garantia de obtenção de pronunciamentos de mérito e de satisfação prática dos direitos).[189]

O direito fundamental de acesso à justiça, evidentemente presente no ordenamento jurídico brasileiro (por força do inciso XXXV do art. 5º da Constituição da República), assegura, porém, o acesso aos resultados efetivos do processo, notadamente a resolução do mérito (nos procedimentos cognitivos, aí incluídos os recursos) e a satisfação prática do direito substancial (nos procedimentos executivos, inclusive naquele que no Brasil se convencionou chamar de cumprimento de sentença, e que nada mais é do que a execução de decisões judiciais). Para dar efetividade a este direito fundamental, o Código de Processo Civil de 2015 fez constar do rol (não exaustivo) de normas fundamentais do processo civil o *princípio da primazia da resolução do mérito*, objeto deste breve estudo.

2. O PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA RESOLUÇÃO DO MÉRITO COMO NORMA FUNDAMENTAL DO PROCESSO CIVIL

O Código de Processo Civil de 2015 é, em sua estrutura (e não só em seu conteúdo), bastante diferente da legislação processual anteri-

189 É claro que o direito ao julgamento do mérito e à satisfação prática do direito não esgota a garantia de acesso à justiça. Como se pode ler em UZELAC, Alan. *Goals of civil justice and civil procedure in the contemporary world: Global developments – towards harmonisation (and back)*. *In*: UZELAC, Alan (coord.). *Goals of civil justice and civil procedure in contemporary judicial systems*. Suíça: Springer, 2014, p. 3: "Qual é o objetivo de tribunais e juízes em causas cíveis no mundo contemporâneo? Seria fácil afirmar o óbvio e repetir que em todos os sistemas de justiça do mundo o papel da justiça civil é aplicar o direito substancial aplicável aos fatos estabelecidos de modo imparcial, e pronunciar julgamentos justos e precisos. O diabo está, como sempre, nos detalhes" (tradução livre. No original: "What is the goal of courts and judges in civil matters in the contemporary world? It would be easy to state the obvious and repeat that in all justice systems of the world the role of civil justice is to apply the applicable substantive law to the established facts in an impartial manner, and pronounce fair and accurate judgments. The devil is, as always, in the details").

or. Destaca-se, aí, a existência de uma Parte Geral, cujos dispositivos, ao serem interpretados, dão azo à identificação de normas aplicáveis a todos os procedimentos civis (e não só civis, como se pode ver pela leitura do art. 15 do Código). E na Parte Geral do Código tem especial destaque um capítulo denominado "Das normas fundamentais do processo civil", composto pelos doze primeiros artigos da lei.

Nesse capítulo podem ser encontrados dispositivos cuja interpretação permite a afirmação de princípios e regras que compõem a base do direito processual civil brasileiro. No que concerne aos princípios, especificamente, não há – no CPC de 2015 – grandes novidades. É que todos esses princípios já resultam diretamente da Constituição da República de 1988, e compõem o modelo constitucional de processo civil brasileiro.[190] Não obstante isso, o CPC de 2015 explicita esses princípios constitucionais (como os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões judiciais) ou apresenta corolários seus (como os princípios da boa-fé objetiva e da cooperação), o que tem a evidente vantagem de deixar clara a necessidade de se desenvolver o processo a partir de um modelo constitucional. Não é à toa, aliás, que o art. 1º do CPC de 2015 expressamente estabelece que "[o] processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código".

Pois o art. 4º do CPC de 2015 faz alusão a dois princípios fundamentais do processo civil do Estado Democrático Brasileiro: o da duração razoável do processo (que tem guarida constitucional no art. 5º, LXXVIII, da Lei Maior) e o da *primazia da resolução do mérito*. É

---

190 Sobre o conceito de modelo constitucional de processo civil, ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*. Turim: G. Giappichelli, 1990, *passim*. A respeito do modelo constitucional do processo civil brasileiro, CÂMARA, Alexandre Freitas. *Dimensão processual do princípio do devido processo constitucional*. *In*: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, vol. 1. São Paulo: RT, 2015, p. 20.

que o aludido dispositivo expressamente afirma que "[a]s partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa".

Evidentemente, uma primeira leitura do dispositivo legal transcrito faz com que a atenção do intérprete seja chamada para a referência ao "prazo razoável", o que imediatamente leva ao princípio constitucional da duração razoável do processo. Uma leitura mais atenta, porém, permite verificar ali a afirmação de que "*[a]s partes têm o direito de obter [a] solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa*".

Consolida-se, aí, um princípio fundamental: o de que se deve dar primazia à resolução do mérito (e à produção do resultado satisfativo do direito) sobre o reconhecimento de nulidades ou de outros obstáculos à produção do resultado normal do processo civil. Eis aí, portanto, o *princípio da primazia da resolução do mérito*.

Por força deste princípio, combate-se a jurisprudência defensiva, sendo portanto equivocado identificar obstáculos superáveis (à resolução do mérito) e não envidar esforços para os superar. A decretação de uma nulidade, o não conhecimento de um recurso ou a extinção de um processo sem resolução do mérito só serão legítimos, então, naqueles excepcionais casos em que se encontre vício verdadeiramente insanável ou que, havendo necessidade de atividade da parte para que seja sanado o vício, esta permaneça inerte e não o corrija, inviabilizando a superação do obstáculo.

Para efetiva aplicação deste princípio, o CPC de 2015 permite a identificação de uma série de regras destinadas a permitir que sejam removidos obstáculos à resolução do mérito, facilitando a produção dos resultados a que o processo civil se dirige. Vale, então, examinar um rol meramente exemplificativo dessas regras, o que permitirá uma melhor compreensão do modo como incide o princípio de que aqui se trata.

3. REGRAS DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA RESOLUÇÃO DO MÉRITO NO NOVO CPC

A primeira regra de aplicação do princípio da primazia da resolução do mérito que se destaca aqui é a que resulta da interpretação do § 2º do art. 282. Este dispositivo é apresentado antes de qualquer outro com uma finalidade: permitir que se verifique que o princípio de que aqui se trata não foi "inventado" pelo CPC de 2015, mas é resultado de uma evolução histórica que já permite afirmar a existência de uma *história institucional* do princípio. Afinal, o dispositivo mencionado é reprodução (com pequeninos ajustes de redação, como a substituição da expressão "declaração da nulidade" pela expressão, mais precisa, "decretação da nulidade") do § 2º do art. 249 do CPC de 1973. Pois é por força do § 2º do art. 282 do CPC de 2015 que se pode afirmar que, "[q]uando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta". Pense-se, por exemplo, no caso em que o juiz verifica não ter havido a correta intimação do réu para comparecer a uma audiência de instrução e julgamento, vício este que só é percebido quando os autos estão conclusos para sentença. Ora, se o material probatório existente nos autos é suficiente para a prolação de uma sentença de improcedência do pedido (pronunciamento de mérito favorável ao réu, que seria favorecido pela decretação da nulidade da audiência para a qual não fora regularmente intimado), não há qualquer sentido em anular-se a audiência. Deve-se, pois, proferir sentença de mérito, e não anular o ato processual.

Este modo de proceder, como dito, já encontrava precedentes no sistema processual anterior, o que justificou a prolação de decisões de mérito em casos nos quais haveria motivo para reconhecer a existência

de nulidades processuais e até mesmo para se extinguir o processo sem resolução do mérito.[191]

Merece destaque, também, o disposto no art. 317 do CPC de 2015, por força do qual "[a]ntes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício". É, pois, absolutamente incompatível com as normas fundamentais do processo civil brasileiro extinguir-se o processo sem resolução do mérito sem que antes se dê ao demandante oportunidade para sanar eventual vício processual. E por força do princípio da cooperação – consagrado no art. 6º do CPC de 2015 – é incumbência do órgão jurisdicional apontar com precisão qual o vício que se faz presente e pode, se não for sanado, obstar a resolução do mérito. Daí a razão para a previsão, contida no art. 321, de que "[o] juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, *indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado*".

No mesmo sentido se encontra o disposto no art. 488, segundo o qual, "[d]esde que possível, o juiz resolverá o mérito sempre que a decisão for favorável à parte a quem aproveitaria eventual pronunciamento nos termos do art. 485", ou seja, a extinção do processo sem resolução do mérito. Pense-se, por exemplo, no caso de o juiz verificar que o processo se encontra paralisado há mais de trinta dias por desídia do autor, o que é causa de extinção do processo sem resolução do mérito (art. 485, III), mas se dá conta, também, de que o direito que o autor pretende

---

191 Assim, por exemplo, no julgamento da apelação cível n. 0074003 – 08.2006.8.19.0002, o TJRJ, por sua Segunda Câmara Cível, julgou procedente pedido formulado por autor que não estava devidamente representado por advogado, já que o reconhecimento da nulidade aí serviria para beneficiar o demandante, que – sem advogado – teria uma defesa técnica de seus interesses que poderia ser considerada deficiente. Ora, se era possível julgar procedente seu pedido não obstante o vício de sua representação, não havia qualquer sentido em decretar-se a nulidade.

fazer valer em juízo já se extinguira por força da consumação de prazo decadencial, o que é causa de prolação de sentença de mérito (art. 487, II). Como a sentença de mérito, aqui, favoreceria o demandado, mesma parte que seria beneficiada pela extinção do processo sem resolução do mérito, deve-se considerar adequada a emissão de um pronunciamento que resolve o mérito da causa, dando-lhe solução definitiva.

Em grau de recurso – sede em que a jurisprudência defensiva mais se desenvolveu – há diversas regras de concretização do princípio da primazia da resolução do mérito. Algumas aqui também merecem destaque.

A primeira delas, sem dúvida, é a que se alcança com a interpretação do art. 932, parágrafo único, do CPC de 2015, por força do qual "[a]ntes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível". Pense-se, por exemplo, no caso de ter sido interposto recurso que só será tempestivo se ficar comprovada a ocorrência, durante a fluência do prazo, de algum feriado local. Pois o art. 1.003, § 6º, do CPC de 2015 estabelece que incumbe ao recorrente comprovar a ocorrência de feriado local *no ato de interposição do recurso*. A ausência desta comprovação no momento da interposição do recurso, porém, não acarreta a inadmissão automática do recurso: incumbe ao relator, antes de proferir decisão de não conhecimento do recurso, determinar a intimação do recorrente para produzir a prova em cinco dias.

Regra equivalente se aplica aos casos em que não há comprovação do preparo no momento da interposição do recurso. O CPC de 2015 repetiu, em seu art. 1.007, § 2º, a disposição contida no § 2º do art. 511 do CPC de 1973, por força da qual o recorrente será intimado, no caso de insuficiência do preparo, para complementar o depósito no prazo de cinco dias. Novidade, porém, está na previsão do § 4º do art. 1.007 do novo CPC: "[o] recorrente que não comprovar, no ato de interposição do

recurso, o recolhimento do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, será intimado, na pessoa de seu advogado, para realizar o recolhimento em dobro, sob pena de deserção". Verifica-se aí não só a preocupação com a observância do princípio da primazia da resolução do mérito, mas também a necessidade de combater-se conduta protelatória (que, na hipótese, consistiria em não comprovar preparo algum com o objetivo de retardar o exame do mérito do recurso, aguardando-se a abertura de nova oportunidade para comprovar o recolhimento das custas): haverá, é certo, uma segunda oportunidade para o recorrente efetuar o preparo mas, de outro lado, será ele punido com a exigência de que efetue o depósito do valor em dobro.

Ainda tratando do preparo do recurso, merece destaque o disposto no art. 1.007, § 7º, segundo o qual "[o] equívoco no preenchimento da guia de custas não implicará a aplicação da pena de deserção, cabendo ao relator, na hipótese de dúvida quanto ao recolhimento, intimar o recorrente para sanar o vício no prazo de 5 (cinco) dias". Elimina-se, aqui, aquela que talvez tenha sido a principal causa de prolação de decisões afinadas com a "jurisprudência defensiva": a dos erros no preenchimento de guias de recolhimento de custas.[192]

---

192 Veja-se, apenas a título de exemplo, o acórdão da Quarta Turma do STJ, proferido em 21/5/2015, no julgamento do AgRg no AREsp 576060/SP, rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, assim ementado: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PREPARO. EQUÍVOCO QUANTO À INDICAÇÃO DO CÓDIGO DE RECOLHIMENTO. DESOBEDIÊNCIA À RESOLUÇÃO N. 4/2013 DO STJ. DESERÇÃO. DECISÃO MANTIDA. 1. "No ato da interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção" (art. 511, caput, do CPC). 2. A regularidade do preparo se verifica pela juntada aos autos da Guia de Recolhimento da União - GRU e o respectivo comprovante de pagamento, devendo ser observado o correto preenchimento da GRU, conforme determinar a resolução em vigor à época da interposição do recurso. 3. **A irregularidade no preenchimento da guia, consistente na indicação equivocada do Código de Recolhimento, caracteriza a deserção do recurso**. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 576.060/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 21/05/2015, DJe 01/06/2015, sem grifos no original).

Em sede de recurso especial e de recurso extraordinário se destacam algumas previsões que não têm qualquer antecedente na legislação processual anterior. Veja-se, por exemplo, o disposto no art. 1.029, § 3º, por força do qual "[o] Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave". Evidentemente, só se poderá desconsiderar vício de recurso interposto tempestivamente, já que no caso de ser intempestivo o recurso especial ou extraordinário já terá o acórdão recorrido transitado em julgado, caso em que apreciar o mérito do recurso implicaria violar a garantia constitucional da coisa julgada. Tempestivo que seja o recurso excepcional, porém, o STF e o STJ deverão (e não simplesmente poderão, como consta da literalidade do texto normativo, eis que evidentemente não se trata de faculdade do órgão jurisdicional, mas de um dever que lhe é imposto por princípios fundamentais do ordenamento processual) desconsiderar vícios menos graves (como seria uma diferença ínfima entre o valor do preparo recolhido e o efetivamente devido) ou determinar sua correção (como se daria, por exemplo, no caso de não estar indicado o endereço eletrônico onde encontrado acórdão invocado como paradigma em recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial, o que afrontaria a exigência formal resultante do disposto no art. 1.029, § 1º, do CPC de 2015).

Outra regra de aplicação do princípio da primazia do mérito se encontra nos dispositivos que regulam a *conversão de recurso especial em extraordinário e vice-versa*. Dispõe o art. 1.032 do CPC de 2015 que no caso de o relator do recurso especial entender que este versa sobre questão constitucional, não deverá declará-lo inadmissível, mas conceder prazo de quinze dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional, a fim de em seguida remeter os autos ao Supremo Tribunal Federal. De sua vez, se o STF reputar reflexa a ofensa à Constituição da

República alegada em recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação da lei federal ou de tratado, deverá remetê-lo ao STJ para julgamento como recurso especial (art. 1.033).

4. CONCLUSÃO

A apresentação, que aqui se fez, de algumas regras de aplicação do princípio da primazia da resolução do mérito teve um único objetivo:[193] mostrar que é preciso tratar o processo civil brasileiro do século XXI como um mecanismo eficiente de produção de resultados constitucionalmente legítimos. O juiz do século XXI deve ser visto como garantidor de direitos fundamentais,[194] e entre estes está, sem dúvida, o direito fundamental de acesso à justiça, compreendido aqui como direito fundamental à produção de resultados constitucionalmente legítimos através do processo.

Certamente a aplicação deste princípio exigirá uma mudança de postura (e de cultura) dos magistrados: é preciso que eles passem a ver-se como integrantes de uma comunidade de trabalho,[195] através da qual, junto com as partes (e seus advogados), construirão a decisão correta

---

193 Perdoe-se a insistência na afirmação de que as regras aqui apresentadas são apenas exemplos de normas que asseguram a primazia da resolução do mérito. Outras disposições como essas poderiam ter sido indicadas. Veja-se, apenas à guisa de exemplo, o disposto nos arts. 139, IX, 338 e 352, todos do CPC de 2015.

194 NUNES, Dierle; DELFINO, Lúcio. *Juiz deve ser visto como garantidor de direitos fundamentais, nada mais*. *In*: http://www.conjur.com.br/2014-set-03/juiz-visto-garantidor-direitos-fundamentais-nada, acesso em 01/07/2015.

195 O conceito de comunidade de trabalho processual nasceu na obra do processualista austríaco Franz Klein, que prefigurava uma forma de cooperação (*Arbeitsgemeinschaft*) entre juiz e partes. Sobre o ponto, PICARDI, Nicola. *Le riforme processuali e sociali di Franz Klein*. *In*: *Historia et ius – Rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna*, 2012, vol. 2, p. 16. A concepção dessa comunidade de trabalho hoje, porém, como se verá melhor no texto, deve ser completamente diferente, já que o CPC de 2015 consolida a superação do processo hiperpublicista inspirado no modelo de Klein e acolhe definitivamente o modelo de processo cooperativo, comparticipativo.

para o caso concreto.[196] É preciso, então, que essa comunidade de trabalho seja compreendida em consonância com o paradigma do Estado Democrático de Direito, estabelecido pelo art. 1º da Constituição da República. É que, como leciona NUNES:[197]

> "Como uma das bases da perspectiva democrática, aqui defendida, reside na manutenção da tensão entre perspectivas liberais e sociais, a comunidade de trabalho deve ser revista em perspectiva policêntrica e comparticipativa, afastando qualquer protagonismo, e se estruturando a partir do modelo constitucional de processo".

O processo civil brasileiro do Estado Democrático, que o CPC de 2015 consolida a partir de um modelo estabelecido pela Constituição da República de 1988, há de ser um processo comparticipativo, cooperativo, capaz – por isso mesmo – de conduzir a decisões constitucionalmente legítimas, que serão, preferencialmente, decisões *de mérito*.

---

196 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Princípio da primazia do julgamento do mérito*. *In*: http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opiniao/opiniao-49-principio-da-primazia-do-julgamento-do-merito/, acesso em 01/07/2015.

197 NUNES, Dierle José Coelho. *Comparticipação e policentrismo: horizontes para a democratização processual civil*. Belo Horizonte: tese, 2008, p. 163. No mesmo sentido, DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (coord.), *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: JusPodium, 2013, p. 212.

DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA COMO MANIFESTAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

PALOMA COSTA ANDRADE[198]
SAMARA DE OLIVEIRA PINHO[199]

Resumo: *Ante ao caráter eminentemente processual da prova judiciária, apresenta-se a relação intrínseca entre o direito processual e os direitos fundamentais. A prova representa o direito de acesso à justiça em seus dois perfis: o direito de ação e de defesa. Para tanto, seguindo o método descritivo de pesquisa, por meio de investigação indireta, este estudo percorrerá uma análise histórico-evolutiva dos direitos fundamentais e suas principais propostas teóricas. Outrossim, o tema será tratado a partir de um viés internacional e culminará nas peculiaridades da prova judiciária e em seu status fundamental. O trabalho conclui que a prova judiciaria é considerada um direito fundamental essencial para o acesso à justiça.*

Palavras-chave: *Prova Judiciária. Acesso à Justiça. Direitos fundamentais.*

Abstract: *Despite the eminently procedural character of judicial proof, it shows the intrinsic relationship between the procedural law and fundamental rights. The proof represents the right of access to*

---

198 Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Ceará – UFC, graduada pela mesma universidade, com período de mobilidade acadêmica na Universidade de Coimbra e na Academia de Direito Internacional de Haia. Advogada.

199 Mestranda em Ordem Jurídica Constitucional pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Graduada em Direito pela Faculdade Sete de Setembro – Fa7. Advogada.

justice in its two profiles: the right of action and defense. Therefore, following the descriptive research method, through indirect research, this study will cover a historical-evolutionary analysis of fundamental rights and its main theoretical proposals. Moreover, the topic will be addressed from an international bias and will culminate in the peculiarities of judicial proof and its fundamental status. The paper concludes that the judicial evidence is considered an essential fundamental right for access to justice.

Keywords: *Judicial Evidence. Access to Justice. Fundamental Rights.*

INTRODUÇÃO

A classificação de um direito como 'fundamental' repercute significativamente no modo pelo qual o mesmo será analisado e aplicado numa demanda judicial, vez que esta reflete a própria instrumentalização do direito material em discussão. No entanto, esclarece-se que a relação jurídico-formal não se restringe tão somente a este aspecto. Pelo contrário, diante do denominado modelo de processo constitucional, a resolução de uma controvérsia também busca efetivar e garantir aos sujeitos processuais a observância do próprio devido processo legal.

Nessa linha, a chamada fundamentalidade de um direito agrega ao mesmo *status* material de norma constitucional, independentemente de previsão textual; aplicação imediata; hierarquização superior frente às normas infraconstitucional; impossibilidade de extração do ordenamento jurídico por meio de Emenda; além de demais consectários inerentes a qualquer direito fundamental.

Quanto ao direito à prova, afere-se que o mesmo possui um duplo viés, ou melhor, manifesta-se tanto como expressão do direito de ação com o do direito de defesa, no sentido de assegurar direitos e garantias processuais, na instrumentalização do próprio direito material em discurso. Assim, considerando o direito à prova como fundamental, o jurisdicionado ao acionar o Poder Judiciário deverá obter a resguarda do seu próprio direito de se manifestar em prol de suas alegações como de demonstrar por meios lícitos, no intento de convencer o julgador diretamente sobre seus argumentos.

Para aprofundar tais perspectivas, este estudo buscará analisar, primeiramente, os aspectos teóricos e históricos dos direitos fundamentais, mormente quanto à conceituação, construção história e dimensões. Em seguida, realizará um exame sobre o direito da prova judiciária, quanto à sua natureza jurídica, objeto e conceito para, ao fim, demonstrar que a prova judiciária é direito fundamental do jurisdicionado – implicitamente

previsto em nossa constituição – além de ser expressão do direito de ação e de defesa, disposto pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Pretende-se, portanto, desenvolver uma breve pesquisa pelo método descritivo, por meio de consulta detalhada da doutrina nacional e internacional disponível, sem descartar a importância de consultas à rede mundial de computadores, no intuito de dinamizar mais o conteúdo deste trabalho.

A relevância do tema é explicitada ao se demonstrar o caráter *sine qua non* do direito à prova judiciária para a plena efetivação do acesso à justiça. Para se demonstrar intrínseca relação entre o direito processual e os direitos fundamentais, em face do tratamento eminentemente processual conferido à prova, analisar-se-á, por um viés constitucionalista, sua condição de direito fundamental

1 REPASSE SOBRE O DESENVOLVIMENTO TEÓRICO-HISTÓRICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para se alocar o direito à prova na categoria eminente dos denominados "direitos fundamentais", importa perpassar, mesmo que de ligeiro feitio, pelo desenvolvimento teórico-histórico desses direitos, no sentido de contextualizar e fundamentar o que se reputa de redimensionamento do âmbito de proteção (amplo) do próprio direito de ação, sobretudo, ante a admissão da atividade probatória como uma de suas definições e/ou perfis. Versar-se-á, portanto, neste item, sobre a fundamentação jusfilosófica dos direitos fundamentais, percorrendo-se o caminho do contratualismo, de modo a findar-se na análise em comento na contemporaneidade.

Far-se-á a explanação de diversas noções jurídicas, altercando-se acerca de conceitos pertinentes aos direitos fundamentais, para discorrer-se, ainda, acerca das dimensões dos mesmos, uma vez que se impe-

le, ao longo do presente estudo, evidenciar a importância *sine qua non* dos direitos fundamentais, sua constante evolução e crescente relevância para o arcabouço jurídico, mormente ante a teorização do direito à prova e seu *status* fundamental.

1.1 Delimitação Conceitual

Cabe realizar uma distinção terminológica em relação aos direitos em análise. Em que pese o caráter teórico da divergência, é importante salientar que inúmeras expressões são grafadas para tratarem dos direitos supracitados, são estas: direitos do homem, direitos humanos e direitos individuais. É importante delimitar, portanto, a extensão de cada vernáculo.

Percebe-se, pois, que os direitos humanos apresentam um caráter que remonta ao direito internacional, possuindo, desta feita, uma dimensão universal. Os direitos fundamentais, por sua vez, apesar de também serem classificados como direitos humanos em função de seus titulares serem os próprios seres humanos, por óbvio, podem ser tomados como aqueles direitos reconhecidos e positivados por um determinado Estado.

Dessa forma, os direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas, contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual[200]. Em consonância ao respectivo entendimento, conceitua, ainda, Gilmar Mendes[201] que os direitos fundamentais dizem respeito

---

200 DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais.** 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 46-47.

201 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 5. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 147

aos direitos do indivíduo, que vigoram no âmbito de uma dada ordem jurídica.

Outro aspecto salutar para a referida distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais diz respeito ao duplo regime de fundamentalidade formal e material. Assenta-se que, a fundamentalidade formal diz respeito à positivação das normas no maior grau hierárquico de normas possível, adquirindo uma proteção normativa especial, estando alocadas, portanto, no ordenamento constitucional, por meio de sua localização no topo do ordenamento normativo, conforme a concepção de supremacia constitucional. [202]

A fundamentalidade material, por sua vez, relaciona-se ao fato de os respectivos direitos possuírem os ideais de suma importância para o Estado, apresentando-se, assim, como o pilar da sociedade, percebendo-se que apenas os direitos fundamentais são dotados da dupla formalidade, visto que unem o fato de estarem positivado no ordenamento e possuem em seu conteúdo valores jurídicos fundamentais para o Estado. Os direitos humanos, por conseguinte, estão dotados apenas de fundamentalidade material.

Assinala, portanto, Martínez [203] que "a função principal dos direitos fundamentais na sociedade moderna é o de orientar a organização da sociedade e, principalmente do direito, como sistema de organização social", permitindo a verificação dos direitos fundamentais como sendo dotados de maior efetividade do que aquela conferida aos direitos humanos, vez que aqueles experimentam uma expressão de legitimidade muito maior, já que se aproximam mais da realidade que almejam regulamentar.

---

202 DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais.** 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 47.

203 MARTÍNEZ, Gregório Perces-Barba. **Derechos Fundamentales y Positivismo Jurídico (Escritos de Filosofía Jurídica y Política)**. Dykinson. Madrid, 1999. Tradução livre. p. 132-133.

1.2 Construção Histórica

Leciona o professor Sarlet, fundamentando-se na doutrina de Klaus Stern[204] , acerca de três momentos distintos na evolução ao longo da história dos direitos fundamentais: um primeiro momento, dominado de etapa pré-história, fase esta que atinge o século XVII; uma espécie de fase intermediária, com a presente afirmação dos direitos humanos e do jusnaturalismo, e, por fim, a fase denominada de constitucionalização, esta iniciada com a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 1776.

Abrangendo o período pré-histórico, visualiza-se que àquela época o homem já era considerado como titular de direitos, estes inalienáveis e naturais. Isto se devia somente ao fato de sua condição humana. No que diz respeito a esta fase, sabe-se que a partir da filosofia clássica e dos pensamentos greco-romanos e cristãos, extraíram-se os valores de igualdade, liberdade e dignidade que perpassam as Constituições da atualidade, de modo que não é possível falar em direitos fundamentais até a "era" da modernidade[205] , vez que advém de uma construção histórica, muito além de uma unicidade de carga semântica em seu significado.

Alcançando a Idade Média, John Locke, precursor do liberalismo, teorizava acerca de "direitos naturais e inalienáveis do homem (vida, liberdade, propriedade e resistência)", tais direitos, segundo ele, seriam oponíveis inclusive ao Estado em face do contrato social. Em relação a este último, podemos citar ainda Rousseau, com sua "teoria do contratualismo"[206] .

Percorrendo o caminho da história, encontramos, em 1215, a *Magna Charta Libertatum*, firmada pelo Rei João Sem-Terra, esta que

---

204 STERN. K, **Staatsrecht** III/I, p. 55. *Apud* SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p.43.

205 MARTÍNEZ, Gregório Perces-Barba. **Curso de Derechos Fundamentales**. Teoría General. Boletín Oficial del Estado. Madrid, 1999. Tradução livre. p. 112-133.

206 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p .40.

apresentou inicialmente o devido processo legal e o *habeas corpus*. Posteriormente, com a Reforma Protestante, esta que culminou com o moderno conceito de liberdade religiosa, e cujas guerras tiveram contribuição ímpar para a posterior criação do absolutismo e do Estado moderno, chegou-se ao primeiro direito individual reivindicado: a liberdade de religião[207] .

A seguir, com a Revolução Gloriosa de 1688, pôde-se relatar a ascensão do Parlamento frente à monarquia inglesa e a limitação do poder absoluto do rei. Como consequência, em 1689, é promulgado o *Bill of Rights* impondo a limitação do poder do monarca, com a consequente separação dos poderes. [208]

Já a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (1776) é considerada o primeiro instrumento a formalmente reconhecer os direitos a que denominamos fundamentais na atualidade, de modo que, em seu texto, foram alocados direitos como, *v.g.*, de igualdade, liberdade, propriedade, livre atividade econômica, e outros. [209]

Outro passo de importância crucial para o reconhecimento pleno dos direitos fundamentais deu-se com a decisão da Corte Suprema Americana que indicou que o texto constitucional estaria em um patamar superior a qualquer outra legislação, ainda que a mesma tenha sido criada por legislador federal. É o que se aduz do texto da Constituição Americana exposto a seguir: "Se as Cortes devem respeitar a Constituição, e a Constituição é superior a qualquer ato ordinário do Legislativo, a constituição e não o ato ordinário que deve regular o caso no qual ambos se aplicam."[210]

---

207 **Idem**, loc. cit.

208 **Ibidem**, p. 41.

209 Texto original disponível em: <www.historicaldocumentos.commarbury vmadinson>.

210 DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais.** 2ª edição. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 24 Texto original disponível em <www.historicaldocumentos.commarburyvmadinson>.

A Constituição Mexicana de 1917, por sua vez, inovou na seara constitucional ao colacionar em seu texto os direitos de liberdade, positivando, desta forma, os direitos fundamentais, em especial os de cunho social, estes que floreiam todo o texto constitucional mexicano.

Perpassando ainda este contexto, a Constituição de Weimar, que inspirou uma série de Constituições de outros países, em especial, a Constituição getulista de 1934 no Brasil, apresenta um sistema de direitos sociais divididos em cinco títulos, expondo um extenso rol de direitos fundamentais. Encontram-se estes na redação da referida Carta de Weimar no capítulo intitulado "Direitos e Deveres Fundamentais dos Alemães". São estes: "do indivíduo", "ordem social", "religião e sociedades religiosas", "educação e formação escolar" e "ordem econômica". Enquanto seus dois primeiros títulos positivavam as garantias liberais clássicas, os demais introduziram a dimensão econômica e social dos direitos fundamentais.

Apesar de sua curta vigência e de seus direitos socais serem interpretados como meros objetivos políticos, praticamente destituídos de juridicidade, a referida Constituição representou um importante marco no reconhecimento dos direitos sociais como direitos fundamentais, o que corrobora para reforçar a relevância dessa Constituição na História. Acerca do assunto, Comparato[211] disserta que a Constituição Alemã atribuiu uma estrutura mais elabora as ideias já dispostas na Constituição Mexicana (2003, p. 188-189).

Nesse sentido, A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, dispõe em seu texto acerca da igualdade, liberdade, fraternidade e dignidade. Conforme pode-se conferir no seguinte: "Artigo 1, Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de

---

211 COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 188-9.

razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade." [212]

Verifica-se, enfim, que apesar de tais direitos terem sido previstos em uma série de documentos pertencentes aos séculos XVIII e XIX, estes apenas foram amplamente garantidos nas décadas iniciais do século XX, nas Constituições da Rússia pós-revolucionária, da República de Weimar, na Alemanha, e em diversos países que sofreram influência dos movimentos socialistas.

2 AS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para a doutrina constitucionalista, os direitos fundamentais encontram-se divididos em gerações ou dimensões. A denominação *geração* encontra embasamento na teoria do tcheco Karel Vasak, cuja "teoria das gerações de direitos", inspira-se na bandeira francesa, cujo simbolismo está atrelado às cores, significando: liberdade, igualdade e fraternidade, estas que seriam as três gerações de direitos fundamentais.

Sabe-se, que tal visão é a predominante na doutrina brasileira, em especial, por sua repercussão ampliada por Paulo Bonavides.[213] As três dimensões são aquelas compreendidas por: direitos civis e políticos, direitos sociais e econômicos e direitos de solidariedade – respectivamente.

Salienta-se, ainda, Bonavides[214] a existência de gerações de direitos fundamentais além das outrora mencionadas, dentre estes os denominados direitos de quarta dimensão – resultado da crescente internacionalização dos direitos fundamentais – compostos pelos direitos à democracia, à informação e ao pluralismo. Tais direitos, no entanto, ainda

---

212 Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Conferir em: <http://www.dhnet.org.br/ direitos/deconu/textos/integra.htm>. Acesso em 19 abr. 2016.

213 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 28ª Ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p.581.

214 **Ibid.**, p. 582.

não encontraram plena consagração no âmbito do direito internacional e na ordem constitucional interna.

Outra parcela da doutrina, porém, critica sobremaneira o termo gerações, pelo fato de o vocábulo gerações indicar uma substituição de cada geração por outra subsequente, o que não coaduna com a realidade em face de não ter havido abolição dos direitos das gerações anteriores.

Um aspecto relevante relaciona-se à incompatibilidade do vernáculo "gerações" com o sentido cronológico, em face de as prestações estatais serem anteriores à criação das Constituições, tendo sido garantidas nas retro mencionadas Declarações e Constituições do século XVIII e XIX, antes mesmo da denominada crise do Estado Liberal do século XX, esta apontada como o marco histórico do surgimento de tais direitos. Sugere-se, portanto, o termo "categorias" ou "espécies", assim como se categorizam as leis e atos jurídicos.

Os primeiros direitos fundamentais, oriundos do pensamento liberal-burguês, postula os direitos dos indivíduos em relação ao Estado, também denominados de direitos "negativos", de abstenção ou direitos de defesa do indivíduo perante o Estado. Tais direitos emergiram como uma resposta ao Absolutismo, no posterior surgimento do Estado Liberal - de caráter acentuadamente individualista - com objetivo maior de proteção da liberdade do cidadão. Como é cediço, tais liberdades individuais englobam, entre outras, o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade.

A segunda dimensão de direitos fundamentais, por sua vez, requer um exame pormenorizado. Estes são marcados por uma atividade positiva do Estado, através do dever prestacional estatal ao indivíduo. Pode-se citar, de início, o direito à educação, à saúde e à habitação. Noutra senda, é importante salientar que se configuram entre as exceções, o direito à liberdade sindical e o de liberdade de greve, em face de estes não prescindirem de uma atividade positiva estatal.

Por fim, os direitos de terceira dimensão, também conhecidos como direitos de solidariedade ou fraternidade referem-se a uma titularidade coletiva ou difusa, visando à proteção dos grupos humanos. Exigem, portanto, esforços em escala internacional para sua concretude. A título exemplificativo pode-se elencar o direito à paz, à autodeterminação dos povos e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Os direitos, ora em análise, possuem uma titularidade que por vezes apresenta-se como indeterminável ou indefinida, vez que estes direitos recebem uma denominação pela solidariedade e fraternidade, em face de sua pretensão de universalização para alcançar efeitos em escala mundial.[215]

Além dos direitos em referência, existem outros direitos fundamentais dispersos ao longo do texto constitucional. Tais direitos provêm das normas internacionais ou da exposição de direitos outrora positivados no ordenamento jurídico nacional. Desse modo, enuncia a Carta em seu artigo 5º, parágrafo 2º: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte", como é o caso do direito à prova, o qual concederá maior atenção no item seguinte deste trabalho.[216]

É importante ressaltar, que apesar de os direitos analisados ainda não se encontrarem plenamente positivados nos ordenamentos jurídicos, em face de não possuírem total reconhecimento no plano interno constitucional, os ditos direitos fundamentais percorrem o caminho da consagração no âmbito do direito internacional, através da presença de inúmeros documentos e tratados nesta seara.

---

215 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10ª. ed. rev. e ampl.; 3ª. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

216 **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Conferir em: <http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 19 abr. 2016.

3 DO DIREITO À PROVA E SEU *STATUS* FUNDAMENTAL

A perspectiva fundamental de um direito tem relevância e correlação direta com o direito à prova, vez que este é concebido igualmente como um meio pelo qual os sujeitos de uma relação jurídico-processual podem, sobretudo, viabilizar seu direito de ação e de defesa, ou seja, manifesta-se concretamente como instrumento de intervenção direta na deliberação judicial.

Nesse cenário, importa, a partir deste ponto, destacar e delinear as peculiaridades da prova judiciária, sua concepção e objeto, além de apresentar o arcabouço argumentativo que sustenta sua condição como direito fundamental, além de ser considerada como próprio manifesto do acesso à justiça.

3.1 Prova: natureza jurídica, acepção e objeto

É possível referir-se à prova (do latim: *probatio)* em sentido material e em sentido processual. O Direito Civil define e disciplina os meios de prova já consagrados para demonstrar a formação de um negócio jurídico e, por outro lado, o Direito Processual Civil prescreve o modo de produção e apreciação da prova, com o fito de dirigi-la ao convencimento do magistrado; suas espécies, ressalvando, porém, a não-taxatividade destas, estabelecem a estruturação da prova no processo judicial.

Destarte, o aparente conflito interpretativo e a polêmica travada, no que diz respeito à posição da prova no mundo jurídico, são elididos quando se avaliam isolada e sistematicamente os diplomas que a regem, vislumbrando-se a existência de dois grandes gêneros de prova: material e judicial. Esclarece-se que, neste trabalho, estuda-se a prova civil judicial, esta que se discute e é valorada no âmbito de uma relação jurídica em contraditório,[217] com o desígnio de induzir a consciência do julgador,

---

217 BÜLOW, Oskar Von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa – America, 1964. 313 p. Clasicos Del derecho procesal. p. 02.

resultando em um provimento favorável ou não, dependendo da maneira como se promoveu a atividade probatória.

A prova judicial engloba, assim, três formas de expressão: o ato de provar, o meio de prova e o resultado,[218] ou seja, a conduta das partes no sentido de demonstrar o alegado; o tipo de prova em si, *e.g.*, prova pericial, testemunhal e outros; e a consequência da atividade probatória desempenhada pelas partes no processo. A primeira expressão da prova judicial, por sua vez, está catalogada dentro dos atos assumidos pelos litigantes numa relação jurídica, quais sejam: atos postulatórios, dispositivos e instrutórios. Interessam, pois, ao presente estudo, os atos instrutórios, estes concernentes à preparação, colheita e à produção da prova.

A fim de classificar e reforçar a natureza da prova, observa-se que essa se encontra abrangida por uma ampla categoria do mundo do Direito: a dos atos jurídicos em sentido amplo, isto é, tanto no âmbito dos atos processuais como dos atos jurídicos materiais, visto que não se pode desprezar a existência de atos instrutórios de essência material, *e.g.*, a prova do mero inadimplemento, da renúncia da herança, da revogação do mandato, etc.

Após realizar esse breve processo de redução conceitual e localizar a prova dentro da Ciência Jurídica, faz-se necessário estabelecer sua definição. Segundo Carnelutti,[219] a prova civil "se utiliza como comprovação da verdade de uma proposição; somente se fala de prova a propósito de alguma coisa que foi afirmada e cuja exatidão se trata de comprovar", em suma, a prova é um instituto jurídico que tem por escopo a demonstração das alegações referentes aos fatos controvertidos no bojo de um processo judicial.

---

218 SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**: parte geral. 2. ed. cor. e atual. São Paulo: Max Limonad, 1952. v.1. p. 11-12.

219 CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil.** Tradução Lisa Pary Scarpa. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002. p. 67.

Cuida-se, então, de atividade probatória quando as partes proferem assertivas sobre determinados fatos que ocasionam hesitação ao estado-juiz quanto a sua veracidade (enfatize-se que a dúvida é sobre as alegações) e há necessidade de instaurar meios para aferir e apurar a quem será atribuído provimento favorável, em conformidade com suas aduções e o que fora demonstrado nos autos.

3.2 O fundamento internacional sob a perspectiva da Constituição Federal

A Carta Magna brasileira, em seu artigo 5º, parágrafo 2º, verifica-se que os direitos e garantias expressos em seu texto não excluem outros decorrentes dos princípios ou dos tratados internacionais em que seja parte.[220] Desta feita, percebe-se, portanto, que o direito à prova detém uma condição *sine qua non* na garantia da concretude do sistema processual.

Desse modo, sabe-se que para além daqueles direitos ditos fundamentais que se encontram de modo explícitos e, até mesmo, implícito no ordenamento pátrio, não se pode olvidar aqueles que – provenientes da interpretação sistemática e lógica dos direitos fundamentais, inclusive, extraídos de tratados internacionais – lograram êxito em serem incorporados ao ordenamento brasileiro. É nesta seara que encontramos, uma vez mais, o direito à prova.

Torna-se imprescindível, portanto, explicitar que o direito à prova detém expressa previsão ao longo de dois tratados internacionais recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro, adquirindo, por conseguinte, *status* de emenda constitucional. Cita-se, pois: O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, especificamente no que tange ao artigo 14.1, alínea "e", e a Convenção Americana de Direitos Humanos (co-

---

220 **Idem.**

nhecido por Pacto de San Jose da Costa Rica), este incorporado em seu artigo 8º.

Constata-se, pois, o caráter internacional da consagração do direito à prova, na medida em que, hodiernamente, este encontra-se positivado em diversos ordenamentos constitucionais estrangeiros. A relevância do direito fundamental à prova encontra evidenciada em face de sua transposição dos limites territoriais, ideológicos e políticos e da fundamentalidade de seu instituto na proteção e garantia dos demais direitos fundamentais.

Ao longo do item que segue, será possível delinear os contornos do direito fundamental à prova no que tange à sua terminologia, axiologia e função em meio ao desenvolvimento de um devido processo legal.

3.3 A fundamentalidade do direito à prova na teoria dos direitos fundamentais

Em sua Teoria dos direitos fundamentais, Robert Alexy dispõe que as "normas de direitos fundamentais são aquelas expressas por disposições de direitos fundamentais", e tais disposições encontram-se alinhadas e expressas na *Lex Fundamentalis* de um Estado.[221] O autor, portanto, numa conjectura preliminar, definiu os direitos fundamentais como aqueles positivados em normas constitucionais; empós, instituiu dois critérios para enquadrar dadas prerrogativas como fundamentais, quais sejam: estrutural/formal e material, em que aquele corresponde ao primeiro momento do pensamento de Alexy, e este adjudica a condição de direito fundamental às normas com substrato fundamental, ou seja, de magnitude tal que mereçam essa posição.

Na Constituição brasileira, há direitos fundamentais estruturais, positivados e também materiais que, malgrado não previstos expressa-

---

221 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2012. 669 p. teoria & direito público. p. 65-66.

mente, são desprendidos do espírito da Constituição, estando, pois, implicitamente em seu texto. Logo, seguem-se os critérios de Alexy.

Neste estudo, atribui-se ao direito à prova a qualidade de direito fundamental implícito, eis que os incisos XXXV, LV e LVI[222] do art. 5º da CF, combinados com seu §2º[223] acarretam essa conclusão. A *contrario sensu*, analisando tais dispositivos respectivamente, negar o direito à tutela jurisdicional (ou direito de ação), ao contraditório material ou à ampla defesa, e admitir provas ilícitas no processo viola o direito fundamental à prova.

Dito isso, à luz da classificação das normas de Alexy, o direito de provar é um princípio[224], haja vista que "ordenam [*sic*] algo que seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes",[225] denominados de "mandamentos de otimização", não tendo natureza absoluta, pois, sofrendo limitações necessárias à segurança jurídica e em respeito ao próprio devido processo legal, como é o caso da vedação à prova ilícita e, no que pese haver exceções a sua admissibilidade em âmbito processual penal,[226] há bastante receio em aceitá-la no processo civil.

Quando da proibição à prova ilícita, há uma clara colisão de direitos fundamentais (direito de provar *vs.* devido processo legal), solucio-

---

222 Art. 5º [...]LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

223 Art. 5º [...]§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

224 Por outro lado, as regras são normas assinaladas pela satisfação total ou não. *In:* ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2012. 669 p. teoria & direito público. p. 91.

225 **Idem.** p. 90.

226 Por exemplo, em favor da defesa, se for o único meio de prova disponível. Cita-se outra singularidade encontrada no processo penal, qual seja o direito de não produção de provas contra si mesmo, explícito ao art. 5º, XIII da Constituição, que assegura ao preso a faculdade de manter-se em silêncio, não havendo situação análoga no processo civil atualmente, apenas doravante como inovação do novo Código de Processo Civil.

nada por meio da ponderação, em que ocorre o chamado sopesamento axiológico, no qual se identificam as peculiaridades de determinada circunstância fática para empregar-se, ao fim, os dois princípios em confronto de forma harmonizada; um em prevalência sobre o outro, porém nunca eliminando, por completo, nenhum deles, em razão de terem caráter *prima facie*[227] e maior grau de abstração. Noutros termos, à luz desta sistemática, ambos os princípios recaem sobre o caso, mas em intensidade diversa. Sucede que a prova ilícita, como restrição ao direito à prova, não o desnatura de ser um direito fundamental, assim como a desnecessidade de sua produção já apontada.

Ramos[228] sublinha a prova como elemento de um processo justo e lastima a compreensão do Supremo Tribunal Federal[229] de que ofensas aos direitos fundamentais processuais são ferimentos apenas reflexos à Constituição Federal, algo que dificulta o seu questionamento em jurisdição extraordinária.

Coadunando com o já outrora explicitado ao longo do item que trata acerca da evolução histórica dos direitos fundamentais, aduz-se que os direitos fundamentais são estudados conforme suas três gerações.[230] Em que, conforme supracitado, a primeira corresponde, na segunda metade do século XIX, ao contraponto do Estado negativo ao Estado absoluto, aquele igualmente intitulado de Estado liberalista, cuja individualidade era estimada e o Poder Pú-

---

227 **Idem.** p. 106.

228 RAMOS, Vitor de Paula. Direito fundamental à prova. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 38, n. 224, p. 41-62, out. 2013. p. 42.

229 Não obstante isso, o STF, em sede de recurso extraordinário nº 395.662, pela maioria, venceu o voto do então Ministro Carlos Velloso (ora relator), o qual denegou provimento ao agravo regimental em razão da matéria nele cuidada ser de índole infraconstitucional, estampando violação indireta à CF, não podendo ser objeto de recurso extraordinário.

230 George Marmelstein adverte sobre a consideração de novas gerações de direitos fundamentais. *In:* MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.p. 53-54.

blico colocava-se como mero expectador da sociedade, não intervindo nesta – época na qual direitos civis e políticos eram marcantes. Ao passo que, a segunda geração é a do Estado garantidor, quando se adquire um perfil mais positivo e atuante no meio social e asseguram-se direitos coletivos, econômicos e culturais. E por fim, a terceira é caracterizada pela solidariedade e fraternidade global, ecoadas por direitos universais, *e.g.*, ao meio ambiente, à paz, ao progresso e até mesmo à prova, com fundamento no Estado Democrático de Direito, que confere aos litigantes participação igualitária na produção probatória.

Todavia, há ainda certa dificuldade em situar o direito à prova, de forma definitiva, dentro dessas gerações, uma vez que representa o foco no indivíduo esculpido pela primeira e, ao mesmo tempo, detém cunho eminentemente social da segunda e, ainda, encena o desenvolvimento proposto pela terceira. De toda sorte, delimitar a geração do direito de provar é irrelevante pela inconsistência do próprio termo "geração", por pressupor a sucessão dos direitos fundamentais, bem como uma hierarquia entre tais gerações, além de sugerir a eliminação de uma em detrimento de outra, sendo recomendável a nomeação de "dimensões" de direitos fundamentais, salientando sua interdependência.[231]

Resta evidenciado que o direito de provar entoa o processo civil da mesma forma que os direitos em que se corrobora. No que toca ao contraditório material, procede no estímulo aos sujeitos processuais de se valerem de toda as técnicas persuasivas fornecidas pelos meios de prova produzidos, destinadas ao intelecto do magistrado, contribuindo para que este profira uma deliberação mais próxima da noção de justiça. Nessa esteira: "O direito à prova é conteúdo do direito fundamental ao contraditório. A dimensão substancial do princípio do contraditó-

---

231 **Idem.** p. 57.

rio o garante. Nesse sentido, o direito à prova é também um direito fundamental." [232]

Os direitos fundamentais, sobretudo após o nazismo e o massacre humano ocasionado por este "movimento" durante a Segunda Guerra Mundial, foram paulatinamente fomentados e intensificados mundialmente, transcendendo fronteiras, na tentativa de propagar e enraizar nos homens a consciência da grandeza dessas garantias. Em vista disso, o direito à prova enriquece a tutela jurisdicional prestada pelo Estado Democrático de Direito brasileiro, cujo sustentáculo queda-se no comportamento dos indivíduos e nos esforços convergentes ao seu aperfeiçoamento por eles engendrados.

4 MANIFESTO DO ACESSO À JUSTIÇA: ELEMENTO DE AÇÃO E DEFESA

A produção probatória é uma prerrogativa dos litigantes processuais na demonstração dos fatos por eles afirmados, decorrente dos próprios direitos de ação e de defesa e, como desdobramento deste último especificamente, consubstancia-se nos princípios do contraditório e da ampla defesa. Com efeito, o direito de produzir provas é a exteriorização da garantia de acionar o Judiciário em caso de lesão ou ameaça à direito, bem como informação às partes, que procedem na relação jurídica a fim de viabilizar uma sentença favorável a seus interesses, se assim intervirem no discernimento do juiz, de modo a consistir num mecanismo de ação e exceção.

À luz da compreensão de Virgílio Afonso da Silva,[233] entende-se que o direito à prova tem âmbito de proteção amplo, de modo que abarca

---

232 DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil:** teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2012. v.2. p. 18.

233 SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais:** conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 141-147.

tanto os preceitos do direito de ação como do direito de defesa, não havendo restrições de caráter *prima facie*, na medida em que se analisa suas limitações levando em consideração as peculiaridades do caso concreto, sob a perspectiva da intervenção estatal, consequência na restrição e fundamentação racional.

Disso, infere-se que o direito à prova tem conteúdo aberto que, a partir da promulgação da Constituição Federal, sofreu um redimensionamento que consagra o contraditório material, a ampla defesa e, por via de consequência, o próprio devido processo legal – tudo isso sob o manto dos direitos de ação e de defesa que, em conjunto, preenchem a noção de "acesso à justiça".

O modelo de processo constitucional[234] dispõe nesse sentido, tendo em vista que preconiza a ampliação do acesso à justiça e o fomento à participação social, sendo a prova um dos meios pelos quais se pode alcançá-lo, vez que o direito à produção de provas certifica e fortalece o exercício do direito de ação/defesa, tendo em vista que, em suma, oferece o modo e os meios pelos quais as partes de uma demanda judicial podem demonstrar suas afirmativas, no intento de convencer o julgador e conquistar a vitória processual.

Sob a percepção de Cambi, o direito à prova estrutura-se em três níveis, a saber: "direito à proposição das provas", "direito à utilização e efetiva produção das provas relevantes, pertinentes e admissíveis" e o "direito à valoração da prova".[235] Assim, as partes devem ter a segurança de que poderão requerer e indicar, ao Juízo, os meios de prova a serem produzidos, bem como concretizarem tal produção e, por fim, a adequada aferição sobre a mesma. Insiste-se que o direito à prova é um dos ângulos do direito de defesa, o qual detém a mesma natureza do

---

234 Marden, Carlos. **A razoável duração do processo:** o fenômeno temporal e o modelo constitucional de processo. Curitiba: Juruá, 2015. p. 190.

235 CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 3. p. 46.

direito de ação, ou seja, público subjetivo. Nesse sentido, Eduardo Juan Couture[236] arremata: "O direito de defesa em juízo aparece-nos, então, como um direito paralelo à ação judicial, ou, se se quiser, como a ação do réu. O autor pede justiça reclamando algo contra o réu e este pede justiça solicitando a rejeição da demanda."

Ao salvaguardar o direito à inafastabilidade da tutela jurisdicional, a Constituição Federal,[237] ao mesmo tempo, certifica o direito de ação e, por sequela, o direito à prova, ambos não prescindíveis ao transcurso de um devido processo legal. E, considerando que a prova civil é um instrumento abarcado pela ampla defesa e um elemento crucial na elaboração do pronunciamento judicial, assistindo ao contraditório material, deduz-se que também é manifestação do próprio direito de defesa.

Destas concepções, extrai-se sua categoria de direito fundamental constitucional, gozando de características como da aplicabilidade imediata (independentemente de regulamentação doravante), além disso, por ser cláusula pétrea,[238] sem defesa está a proposta de emenda que pende a aboli-lo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se, pois, frente ao estudo percorrido, o caráter histórico do direito probatório, tendo em vista sua conjuntura ter-se delineado na constância da própria evolução das civilizações ocidentais e das relações sócio-jurídicas advindas no contexto da modernidade.

---

236 COUTURE, Eduardo Juan. **Introdução ao estudo do processo civil**. Tradução de Mozart Victor Russomano. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 24.

237 Art. 5º. [...]XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

238 Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...]§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais. (Constituição Federal)

Evidencia-se, para além da construção história, a intensa relação do direito a prova com os fenômenos históricos, econômicos e políticos que culminaram na instituição e positivação dos direitos fundamentais.

Desse modo, não cabe, na atualidade, uma dissociação entre a relação processual e os direitos fundamentais, em face da fundamentação axiológica que a Carta Magna detém. Nessa perspectiva, os princípios basilares do Direito devem servir de fundamento não apenas para o poder constituinte originário, e para posterior feitura da Lei Maior, como também deve espraiar-se ao longo de todo o ordenamento infraconstitucional e repercutir em todas as esferas normativas, mormente quanto à apreciação probatória no âmbito de uma relação jurídico-formal, com fins de garantir aos sujeitos envoltos a uma controvérsia judicial o regular cumprimento dos preceitos do devido processo legal.

Em se tratando o processo de um instrumento de realização da justiça e pacificação social, caberá àquele que o conduz primar pela observância dos princípios constitucionais processuais, sob pena de não garantir o devido processo constitucional e negar o acesso à justiça às partes. Caberá às partes envolvidas, no exercício de seu direito fundamental à prova, angariá-la, participar de sua produção e, por fim, manifestar-se a respeito do que foi auferido, satisfatoriamente ou não, no curso da instrução, podendo se valer, por força do contraditório, de todos os meios admitidos em direito e lícitos para intervir diretamente no convencimento do julgador e colaborar com a decisão destinada ao caso concreto.

De tais aspectos, extrai-se que o direito à prova, para além de manifestar-se como perfil do direito de ação e de defesa, é, igualmente, um direito fundamental implícito no texto da Constituição Federal, haja vista ser corolário da cláusula de abertura constitucional, bem como da interpretação finalística e sistemática da mesma Lei Fundamental.

Por fim, faz-se mister mencionar a relevância deste instituto – do direito fundamental à prova – uma vez ser o mesmo detentor de funções

nobres e essenciais para o adequado funcionamento da justiça, como a proteção do ser humano frente ao abuso do poder estatal, além da incumbência que este detém de promover a igualdade material ao largo das relações jurídicas ladeada pela proteção aos hipossuficientes. Ou seja, o exercício do direito à prova assegura, inclusive, a limitação do poder estatal pelas partes.

REFERÊNCIAS

ACCA, Thiago dos Santos. **Uma análise da doutrina brasileira dos direitos sociais**: saúde, educação e moradia entre os anos de 1964 e 2006. 2009. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-03052010-105409/>. Acesso em: 2015-04-24.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

_____. **A Theory of Constitutional Rights.** Translated by Julian Rivers. New York: Oxford University Press, 2002.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2012. 669 p. teoria & direito público.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Locke e o Direito Natural**. Tradução por Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 28ª Ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

BUHLER, Ottmar. **La constitucicion alemana de 11 de agosto de 1919:** texto completo, comentários, introduccion histórica y juicio

general. traduccion de la tercera edicion alemana por Jose Rovira Armengol. Barcelona: Labor, 1931.

BÜLOW, Oskar Von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa – America, 1964. 313 p. Clasicos Del derecho procesal.

CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 3.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª edição. Coimbra: Editora Almedina, 1997.

_____. **Manual de Direito Constitucional,** volume 2.

_____. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 1ª- edição. Coimbra: Almedina, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COUTURE, Eduardo Juan. **Introdução ao estudo do processo civil**. Tradução de Mozart Victor Russomano. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CUNHA, Tadeu Henrique Lopes da. **A efetivação dos direitos sociais por meio da atuação preventiva**: a exigência de licenciamento social para a instalação de indústrias. 2013. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-12022014-160504/>. Acesso em: 2015-04-27.

DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil:** teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2012. v.2.

DIMOLIUS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direi-**

tos Fundamentais. 2ª edição. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: uma diálogo do pensamento de Hannah Arendt.** Companhia das Letras, São Paulo, 1988.

LELLIS, Lélio Maximino. O direito fundamental à educação configurado pelos princípios do ensino. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, v. 13(25): 103-131, jul.- dez. 2013.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. Tradução: Alex Marins. São Paulo: Editora Martin Claret, 2006.

MARDEN, Carlos. **A razoável duração do processo:** o fenômeno temporal e o modelo constitucional de processo. Curitiba: Juruá, 2015.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas. 2008.

MARTÍNEZ, Gregório Perces-Barba. **Derechos Fundamentales y Positivismo Jurídico (Escritos de Filosofía Jurídica y Política)**. Dykinson. Madrid, 1999.

_____. **Curso de Derechos Fundamentales**. Teoría General. Boletín Oficial del Estado. Madrid, 1999.

_____. **La Constituicion Española de 1978** (Un estudio de derecho y política). Fernando Torres – Editor S.A. Valencia, 1981.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 5ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** V. IV. 3ª ed. Ver. Atual. Coimbra: Editora, 2000.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 8ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

RAMOS, Vitor de Paula. Direito fundamental à prova. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 38, n. 224, p. 41-62, out. 2013.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**: parte geral. 2. ed. cor. e atual. São Paulo: Max Limonad, 1952. v.1.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional.** 10. ed. rev. e ampl.; 3. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais:** conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. **Arquivos do Ministério da Justiça**, v. 46, n. 182, p. 27-54, 1993.

_____. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil.** 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

_____. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos.** Volume I. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

INCIDENCIA DO ISS SOBRE AS SOCIEDADES UNIPROFISSIONAIS COM ANÁLISE ESPECÍFICA SOBRE A SOCIEDADE DE ADVOGADOS

JULYANA PERRELLI DE AYALLA DORIA[239]

RESUMO

Este trabalho apresenta o resultado de uma pesquisa doutrinária e jurisprudencial acerca do regime jurídico tributário diferenciado incidente sobre as sociedades denominadas uniprofissionais. Foi analisada a forma de incidência do Imposto Sobre Serviços previsto no Decreto-lei 406/68, especificamente no que diz respeito à Base de Cálculo, em contrapartida ao disposto Na Lei Complementar nº 116/03. Com o objetivo de facilitar a correta aplicação da lei, foi estudado o conceito de sociedade uniprofissional, suas peculiaridades, individualizando-as das demais sociedades. Foi dada uma atenção específica às sociedades de advogado, como sociedades profissionais, e seu enquadramento legal, sempre tendo em vista a aplicação do regime tributário diferenciado previsto no Decreto-Lei referido.

Palavras-chave: *Sociedades uniprofissionais. Regime tributário diferenciado. Decreto-Lei 406/68.*

---

239 Graduada pela Universidade Federal de Pernambuco.
Pós-graduada em Direito Público pela Faculdade Integrada de Recife
Membro da Associação dos Procuradores de João Pessoa
Procuradora do Município de João Pessoa

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objeto analisar a possibilidade de incidência do ISS (Imposto sobre Serviços), de forma fixa, sobre o rendimento de sociedades uniprofissionais.

Antes de adentrarmos na questão específica do tema, cabe tecer breves considerações sobre o Impostos Sobre Serviços, o fato gerador, sua base de cálculo e sua incidência em termos gerais.

O ISS, tributo de competência municipal, insculpido no art. 156, III, da CF e regulamentado quase que em sua totalidade pela Lei Complementar 116/2003, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes na lista anexa da referida Lei Complementar.

Embora existam importantes discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca do Fato Gerador do ISS (tais como, a lista de serviços tributáveis, o alcance do termo "serviço", a questão dos serviços gratuitos, etc), não nos deteremos a tais digressões, uma vez que, diante da complexidade do tema, mereceriam ser tratadas em trabalho específico sobre o tema[240] .

Importante, entretanto, discorrer acerca da Base de Cálculo do tributo municipal em comento, tendo em vista que é nesse aspecto que ocorre a diferenciação da tributação privilegiada das sociedades profissionais.

Conforme dispõe o art. 7º, da LC nº 116/03, a base de cálculo do ISS é o **preço do serviço**, devendo este ser entendido como a receita auferida em função da execução do serviço contratado.

Destarte, só pode integrar a base de cálculo do ISS o valor que corresponde à efetiva prestação de serviços, devendo, inclusive, o referido serviço estar enquadrado na taxativa lista prevista no anexo da LC nº 116/03.

---

240 Para maior aprofundamento do tema, *vide* **ISS – Teoria, Jurisprudência e Prática,** de José Antônio Patrocínio.

Consoante lição da doutrinadora Josiane Minarde, ao citar Ruy Barbosa Nogueira, o preço do serviço "compreende tudo quanto foi auferido pelo prestador do serviço, no desempenho de sua atividade"[241], ou seja, "o total das unidades monetárias exigidas pelo prestador de serviço, sem dedução alguma"[242].

De início, portanto, cumpre ressaltar que a regra geral para a cobrança de ISS dos contribuintes ocorre por meio da incidência de alíquotas variáveis, tendo como **base de cálculo o valor do serviço prestado**, conforme disposto na LC 116.

Entretanto, há uma norma diferenciadora, constante no Decreto-Lei 406/68, art. 9º, §§ 1º e 3º, em que se previu **regramento privilegiado** para os trabalhadores autônomos e para as sociedades profissionais legalmente regulamentadas, as chamadas **sociedades uniprofissionais**.

Os referidos dispositivos determinam que a cobrança do ISS sobre as sociedades uniprofissionais deverá ocorrer por meio de alíquotas fixas ou variáveis, levando em conta a **quantidade dos sócios**, e não o valor do serviço prestado, como ocorre com as demais sociedades.

Tecendo em minúcias, enquanto a base de cálculo para a incidência do ISS, regra geral, é o valor do serviço prestado, nas sociedades uniprofissionais essa base de cálculo é alterada.

Conforme previsão do decreto-lei 406/68, o ISS, para as sociedades uniprofissionais, deve incidir em valor fixo, tomando por parâmetro a quantidade de sócios que compõem a sociedade, desprezando-se no cálculo o valor do serviço realizado.

Trata-se da chamada **tributação por alíquotas fixas**, caracterizada pelo tratamento tributário diferenciado em relação ao profissionais

---

241 NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Direito tributário aplicado e comparado.** *In* MINARDI, Josiane. **Manual de Direito Tributário.** 2ª Edição revista, ampliada e atualizada. Editoar Juspodivm, 2015. p.916

242 *Ibidem*

autônomos e às sociedades profissionais. Nas palavras do eminente doutrinador Kiyoshi Harada[243],

> Nessas hipóteses, o imposto terá um valor fixo, não podendo incidir sobre o preço do serviço prestado em razão do escopo político-social levado em conta pelo legislador nacional, fato que, por si só, retira o caráter de privilégio injustificado.

Vale aqui fazer uma breve ressalva sobre a vigência desse regime.

Com a Edição da Lei Complementar 116/2003, houve uma forte celeuma doutrinária e jurisprudencial acerca da possível revogação dos dispositivos do Decreto-Lei 406, sendo desenvolvida a tese de que tais dispositivos não poderiam subsistir frente à nova disciplina trazida pela Lei Complementar 116. Essa tese, entretanto, não prosperou. O Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que a lei Nacional do ISS não revogou as normas constantes no Decreto-lei 406, mantendo vigente o tratamento diferenciado para as sociedades uniprofissionais ali previsto.

Com efeito, o entendimento prevalecente foi o de que a Lei Complementar nº 116/03 em nada alterou o regramento previsto no Decreto-lei nº 406/68, no que tange ao art. 9º, §§1º e 3º. Observou-se que o art. 10 da Lei Complementar nº 116 mencionou uma série de artigos que estariam sendo revogados, porém permaneceu silente quanto ao dispositivo em comento. Chegou-se, destarte, à conclusão de que a *mens legis* foi de permanência do regramento.

O respectivo assunto encontra-se pacificado nos Tribunais Superiores. Pela clareza, objetividade e pertinência ao tema, colaciono emen-

---

243 HARADA, Kiyoshi. **ISS: doutrina e prática** – 2. Ed. Reform., ver. E ampl. – São Paulo: Atlas, 2014, p.111.

ta do Recurso Especial nº 713.572-PB, de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha:

> EMENTA: TRIBUTÁRIO. PROCESSO CIVIL. ISS. REVOGAÇÃO. ART. 9º, §§1º E 3º, DO DECRETO-LEI N. 406/68. REVOGAÇÃO. ART. 10 DA LEI N. 116/2003. NÃO OCORRENCIA.
> O art. 9º, §§1º e 3º, do Decreto-lei nº 406/68, que dispõe acerca da incidência de ISS sobre as sociedades civis uniprofissionais, não foi revogado pelo art. 10 da Lei nº 116/2002.
> Recurso especial improvido.
> (RESP 713.752, Rel. João Otávio de Noronha, T2, DJ de 18-8-2006).

2. SOCIEDADES UNIPROFISSIONAIS: CONCEITO E CARACTERIZAÇÃO

Cabe, nesse momento, fazer uma breve explanação do que seriam as sociedades uniprofissionais para correta aplicação da norma.

Em apertada síntese, as sociedades uniprofissionais são sociedades simples (não empresariais), constituídas por um único tipo de profissional habilitado, que presta serviços sob responsabilidade **pessoal** dos sócios.

Tais são, destarte, as características relevantes que as definem e diferenciam-nas das demais sociedades:

Devem atuar sob a forma de sociedade simples (não empresarial);

Os sócios devem possuir responsabilidade **pessoal** pela prestação de serviços (o que excluiria, destarte, as sociedades limitadas, nas quais a responsabilidade do sócio não é pessoal e está limitada ao contrato social);

Os sócios devem possuir a mesma formação profissional.

Quanto ao último aspecto, vale ressaltar que houve alteração no entendimento do STJ.

Com efeito, anteriormente, o benefício previsto no Decreto-Lei nº 406 só era reconhecido às sociedades profissionais que fossem compostas por sócios com a mesma habilitação profissional (e por isso designadas de sociedades uniprofissionais). Porém, em 2009, o STJ passou a adotar entendimento diverso, estendendo, outrossim, às sociedades pluriprofissionais o tratamento diferenciado com base em tributação fixa.

Ou seja, o STJ passou a reconhecer o benefício fiscal a todas as sociedades profissionais, ainda que essas sejam constituídas por sócios com habilitação em áreas diversas (pluriprofissionais), desde que o objeto da atividade seja a exploração da respectiva profissão intelectual de seus sócios, **sob responsabilidade pessoal**.

Com o fito de reforçar e esclarecer o entendimento explanado, colaciono precedente da Corte Superior, ementado e relatado pela Ministra Eliana Calmon:

> EMENTA:
> TRIBUTÁRIO - PROCESSO CIVIL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO VIOLAÇÃO DOART. 535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA - ISS - BASE DE CÁLCULO - SOCIEDADE UNIPROFISSIONAL - ART. 9º, § 3º, DO DECRETO-LEI 406/68 - VIOLAÇÃO DE LEI FEDERAL PELA LEI LOCAL - COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL - SÚMULA 83/STJ - IMPOSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DO BENEFÍCIO A ENTIDADES EMPRESARIAIS.
> [...]
> 3. Pela divergência, acolhe-se entendimento em vigor nesta Corte no sentido de que a sociedade uni ou pluriprofissional deve prestar

os serviços em caráter personalíssimo, sem intuito empresarial evidenciado pela estrutura e massificação da atividade profissional para gozar do benefício fiscal da base de cálculo favorecida prevista no art. 9º, § 3º, do Decreto-lei 406/68.
4. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido. (RESP 866286/ES, min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 02/04/2009)

Atualmente, portanto, os aspectos que devem ser considerados relevantes para o enquadramento de uma sociedade no regime diferenciado do art. 9º, §§ 1ª e 3ª, do DL 406, são basicamente dois: a sociedade não pode atuar com cunho empresarial (ou seja, a sociedade tem que ser necessariamente simples) e os sócios devem prestar o serviço sob responsabilidade pessoal.

Estariam excluídas, de plano, as sociedades com responsabilidade limitada, tendo em vista que a responsabilidade dos sócios nesse tipo societário deixa de ser pessoal e passa a ser limitada ao valor do capital social. Esse é o entendimento pacificado na Corte Superior, conforme se depreende dos arestos a seguir colacionados:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO. RECURSO ESPECIAL. SUPOSTA OFENSA AO ART. 3º DO CPC. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. ÓBICE DA SÚMULA N. 7/STJ. TRIBUTÁRIO. ISS. SOCIEDADE LIMITADA. CARÁTER EMPRESARIAL. NÃO INCIDÊNCIA DO ART. 9º, § § 1º E 3º, DO DECRETO-LEI N. 406/68. TRATAMENTO TRIBUTÁRIO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE.
[...]
2. A orientação da Primeira Seção/STJ pacificou-se no sentido de que o tratamento privilegiado previsto no art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei 406/68 somente é aplicável às sociedades uniprofis-

sionais que tenham por objeto a prestação de serviço especializado, com responsabilidade pessoal dos sócios e sem caráter empresarial. Por tais razões**, o benefício não se estende à sociedade limitada, sobretudo porque nessa espécie societária a responsabilidade do sócio é limitada ao capital social** (AgRg nos EREsp 1182817/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 29.8.2012).
3. Agravo regimental não provido.
(AgRg no AREsp 420198 / PR, Ministro Mauro Campbell Marques, DJ 03/12/2013).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. ISS. TRIBUTAÇÃO FIXA. ART. 9º, § 3º DO DL 406/68. SOCIEDADE DE MÉDICOS. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE INDEFERE A PRETENSÃO ANTE O CARÁTER EMPRESARIAL DA CONTRIBUINTE (CLÍNICA DE ONCOLOGIA). REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 5 E 7/STJ.
[...]
4**. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que as sociedades constituídas sob a forma de responsabilidade limitada, justamente por excluir a responsabilidade pessoal dos sócios, não atendem ao disposto no art. 9º, § 3º, do DL 406/68, razão por que não fazem jus à postulada tributação privilegiada do ISS**.
5. A verificação acerca da natureza jurídica da sociedade formada pelo recorrente, se empresária, ou não, pressupõe o reexame de seus atos constitutivos e as demais provas dos autos, o que é vedado na estreita via do recurso especial ante os óbices estam-

pados nas Súmulas 5 e 7/STJ. Precedentes: AgRg nos EDcl no Ag 1367961/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 03/11/2011; AgRg no Ag 1.345.711/PR, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 11/03/2011; AgRg no Ag 1221255/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 02/02/2010; AgRg no REsp 1.003.813/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 02/09/2008, DJe 19/09/2008; REsp 555.624/PB, Rel. Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, DJ 27/09/2004.

6. [...]

7. Agravo regimental não provido.

(AgRg nos EDcl no REsp 1275279 / PR; Min. BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJ 07/08/2012) Sem grifos no original.

Avançando na análise dos requisitos para a obtenção do sistema de tributação fixa, mister se faz uma breve exposição sobre as sociedades simples.

O regime jurídico das sociedades simples é disciplinado pelo Código Civil, nos arts. 997 a 1038. Eram anteriormente designadas como sociedades civis. Antepõem-se às sociedades empresariais, que têm como objeto a atividade organizada para a produção e circulação de bens e serviços.

Vale ressaltar que o parágrafo único, do art. 966, do CC, exclui da definição de empresário aquele que exerce profissão intelectual. Dessa forma, regra geral, as sociedades constituídas por sócios cuja atividade seja a prestação de serviço intelectual devem assumir a forma de sociedades simples.

Em outras palavras, o que define uma sociedade simples ou empresária é o seu objeto social e a atividade que é desenvolvida por ela. Quando se estiver diante de sociedade constituída para explorar a pro-

fissão intelectual de seus sócios, estaremos diante de uma sociedade simples, em regra. A exceção fica por conta do disposto no art. 966, parágrafo único, *in fine*, do Código Civil:

> Art. 966: [...]
> Paragrafo 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**. (Sem grifos no original).

Muito se discute sobre o significado da expressão "salvo se o exercício da profissão constituir elemento da empresa". A doutrina mais abalizada esclarece que, nos casos em que a prestação do serviço deixa de ser pessoal, deixando de levar em conta especificamente a capacidade intelectual do sócio, há fortes indícios de que o exercício da profissão tomou o caráter empresarial. Deve-se analisar se há a organização dos fatores de produção.

Em que pese essa dificuldade doutrinária na definição do que seria elemento de empresa, na prática, essa situação pode ser elucidada através da análise da prestação de serviço realizada pela sociedade. Se a prestação se dá de forma pessoal pelo sócio, levando em conta suas capacidades intelectuais, tem-se aí a natureza da sociedade simples. Se, entretanto, a prestação de serviço perdeu o caráter personalíssimo, se os sócios já não prestam mais serviços pessoalmente, havendo, na verdade, uma organização dos fatores de produção, verificada na própria estrutura da pessoa jurídica, permite-se concluir que essa sociedade perdeu o caráter de sociedade simples e passou a ter caráter empresarial. Em casos tais, a sociedade perde o direito de ser tributada de forma fixa, devendo recolher ISS com base na receita bruta auferida.

O Código Tributário Municipal de João Pessoa, Lei Complementar Municipal nº 2, de 17 de dezembro de 1991, traz importantes balizas que auxiliam na caracterização da sociedade uniprofissional. Essas balizas, previstas na legislação local, têm sido consideradas válidas pelos Tribunais Pátrios, desde que não esvaziem o direito previsto na legislação nacional.

Importante, destarte, o teor da norma esculpida no art. 178, §§ 2º e 3º, do Código Tributário Municipal de João Pessoa, que exige, dentre outros requisitos, que a prestação do serviço seja realizada pessoalmente pelo sócio, ou profissional habilitado, assumindo a responsabilidade direta pelo serviço prestado.

Vale, destarte, a transcrição do dispositivo mencionado.

> Art. 178 - As sociedades de profissionais, instituídas para a prestação dos serviços constantes nos itens 4.01, 4.02, 4.03 (apenas "clínicas" e "laboratórios"), 4.06, 4.08, 4.11, 4.12, 4.13, 4.14, 4.15, 4.16, 5.01, 7.01(exceto "paisagismo"), 10.03, 17.14, 17.16, 17.19 e 17.20 da lista constante do Anexo I desta lei, poderão optar por recolher o imposto mensalmente calculado com base em alíquotas fixas, na forma deste artigo.
> [...]
> § 2º A opção referida no caput somente poderá ser feita em relação à sociedade que preencher os seguintes requisitos:
> I - todos os profissionais, ainda que sócios, devem possuir a mesma habilitação profissional, com registro no órgão de classe;
> II - não pode haver sócio pessoa jurídica;
> III - a sociedade deve explorar apenas a atividade relacionada à habilitação profissional dos sócios, e constante de seus atos constitutivos;
> IV - a prestação deve ser realizada pessoalmente pelo profissional habilitado, assumindo responsabilidade direta pelo serviço;

V - a sociedade deve ser não empresária, constituída na forma de sociedade simples, não podendo o estatuto prever sócio eminentemente capitalista ou cláusula que limite a responsabilidade do profissional, seja sócio ou não;

VI - a sociedade deve cumprir regularmente suas obrigações tributárias.

Em apertada síntese, a sociedade que faz jus ao tratamento diferenciado é a sociedade simples, cuja prestação de serviço tem caráter personalíssimo, referindo-se às qualidades intelectuais do sócio, e nas quais a responsabilidade pelo serviço recai sobre a pessoa do sócio. Sociedades simples limitadas, destarte, encontram-se excluídas desse quadro.

3. ELEMENTOS OBJETIVOS PARA DESCARACTERIZAÇÃO DA SOCIEDADE COMO UNIPROFISSIONAL

Para a correta identificação do regime tributário a que se sujeita uma sociedade, distinguindo-a entre sociedades empresariais e sociedades profissionais, há alguns elementos fáticos que devem ser observados. Importante destacar que são tais elementos que, na prática, poderão identificar o caráter empresarial ou não de uma sociedade e embasarão uma cobrança legítima do tributo devido.

Dessa forma, é importante que numa autuação sejam observados os seguintes aspectos para fins de comprovação da situação jurídica:

3.1 Cópia do estatuto social:

A análise do estatuto da sociedade deve levar em conta os seguintes aspectos:

3.1.1 Verificação da responsabilidade dos sócios:

Deve-se verificar se a responsabilidade dos sócios é pessoal ou limitada ao contrato social. A responsabilidade limitada exclui, de logo, o regime tributário diferenciado do Decreto-Lei 406.

3.1.2 Verificação da quantidade de sócios e sua habilitação:

A habilitação dos sócios deve estar diretamente relacionada com a atividade fim desenvolvida pela sociedade.

3.1.3 Verificação de sócio pessoa jurídica:

Havendo sócio pessoa jurídica descaracterizada está a prestação de trabalho pessoal, levando à desqualificação da sociedade como profissional.

3.2 Quantidade de serviço prestado

Deve-se analisar a desproporcionalidade entre a quantidade de serviços prestados e a quantidade de sócios. Em muitos casos o montante de serviço prestado não é proporcional à quantidade de sócios habilitados, havendo fortes indícios que o serviço não está sendo prestado de forma pessoal, passando a ter cunho empresarial a atividade desenvolvida (organização dos fatores de produção).

3.3 Terceirização do serviço fim:

O objetivo da sociedade profissional é prestar o serviço pessoalmente. Quando ocorre a terceirização da atividade fim da sociedade, descaracterizada está a prestação de trabalho pessoal. É o que ocorre, por exemplo, em alguns laboratórios de análises clínicas que remetem para outro laboratório a análise das coletas de seus exames.

3.2 Existência de sócio que não presta serviço pessoalmente:

A existência de sócio que não presta serviço pessoalmente, apenas organizando os fatores de produção ou apenas administrando a soci-

edade (sócio administrador) aponta para a descaracterização da sociedade como profissional.

Na sociedade profissional, todos os sócios deverão prestar serviços em nome da sociedade de forma pessoal. Não pode haver um sócio na sociedade que participe apenas para administrar ou aportar capital. O intuito da sociedade uniprofissional é prestar serviços pessoalmente. Se há sócio apenas aportando capital ou apenas administrando a sociedade, restará caracterizada a natureza empresarial da mesma[244].

3.3 Número excessivo de empregados:

A quantidade de empregados deve ser compatível com a prestação de serviços pessoal realizada pelos sócios. Vale a transcrição das elucidativas palavras de José Antonio Patrocínio e Mauro Hidalgo:

> A existência de um grande número de funcionários ou empregados diretamente relacionados com a prestação dos serviços pode indicar a existência de uma estrutura organizacional impregnada pelo caráter empresarial[245].

3.4 Existência de filiais, agências, sucursais e postos de coleta, ou qualquer outro estabelecimento descentralizado:

Em casos tais, há fortes indícios de que a sociedade tomou forma empresarial, havendo uma verdadeira organização dos fatores de produção.

3.5 Exploração de mais de uma atividade de prestação do serviço:

É necessário verificar *in loco* se há a prestação de serviços di-

---

244 PATROCÍNIO, José Antônio. **Imposto sobre serviços: questões polêmicas:** análise jurisprudencial: administração tributária Municipal/ José Antônio Patrocínio, Mauro Hidalgo. – 2 ed. – São Paulo: FISCOSoft Editora, 2013, p. 185.

245 *Ibidem*, p. 186

versos do estabelecido no objeto social da empresa. Em casos tais, há indícios de desvirtuamento do objeto social da pessoa jurídica. É necessário que a sociedade preste serviços apenas e exclusivamente nas áreas para os quais seus sócios sejam habilitados profissionalmente.

A análise de todos os requisitos acima explanados permitem enquadrar uma sociedade como profissional ou não.

4. ANÁLISE ESPECÍFICA QUANTO A SOCIEDADE DE ADVOGADOS

As sociedades de advogados são, de regra, sociedades simples, uma vez que o objeto social é o exercício da profissão intelectual de seus sócios, qual seja, o exercício da advocacia. Estão, portanto, enquadradas no regime do art. 966, parágrafo único, do Código Civil.

Além de estarem sujeitas ao regramento estabelecido no CC, elas possuem uma peculiaridade que deve ser observada. São alcançadas pelo regramento trazido pela Lei 8.906. Cuida-se do teor das normas trazidas pelos arts. 16 e 17, do Estatuto da Advocacia.

> Art. 16. **Não são admitidas a registro nem podem funcionar todas as espécies de sociedades de advogados que apresentem forma ou características de sociedade empresária**, que adotem denominação de fantasia, **que realizem atividades estranhas à advocacia**, que incluam como sócio ou titular de sociedade unipessoal de advocacia pessoa não inscrita como advogado ou totalmente proibida de advogar. (Redação dada pela Lei nº 13.247, de 2016)
>
> (...)
>
> § 3º É proibido o registro, nos cartórios de registro civil de pessoas jurídicas e nas juntas comerciais, de sociedade que inclua, entre outras finalidades, a atividade de advocacia.

> Art. 17. Além da sociedade, **o sócio e o titular da sociedade individual de advocacia respondem subsidiária e ilimitadamente pelos danos causados aos clientes por ação ou omissão no exercício da advocacia**, sem prejuízo da responsabilidade disciplinar em que possa incorrer. (Redação dada pela Lei nº 13.247, de 2016)

A referida norma **proíbe** que sejam constituídas sociedades de advogado sobre a forma empresarial (antigas sociedades mercantis), bem como exige que todos os sócios sejam necessariamente advogados. Ou seja, a lei impõe que as sociedades dos advogados sejam sociedades simples e uniprofissionais. Ademais, a previsão legal é que a responsabilidade dos sócios é necessariamente ilimitada (art. 17).

Dessa forma o enquadramento das sociedades de advogados como empresarial encontra óbice na própria letra da lei, que proíbe essa prática e determina a responsabilidade pessoal do sócio.

Na esteira desse entendimento, chega-se à conclusão de que, as sociedades de advogados, constituídas conforme os ditames previstos no Estatuto da OAB, gozam do benefício fiscal, pois se inserem dentro dos requisitos previstos no decreto-lei 406/68 (são, por determinação legal, sociedades simples e os sócios prestam serviços sob sua responsabilidade pessoal).

Partindo da análise das normas contidas no estatuto da OAB, o STJ firmou o entendimento de que, as sociedades de advogados, **qualquer que seja o teor do contrato social**, serão sempre sociedades simples e uniprofissionais e gozarão dos benefícios fiscais da tributação fixa. Vale, aqui, colacionar o precedente no qual se firmou o entendimento do STJ, por ser assaz elucidativo acerca da questão em estudo:

> TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ISS. BASE DE CÁLCULO. SOCIEDADES DE ADVOGADOS.

1. O art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-lei n.º 406/68 estabelece alguns requisitos, sem os quais a sociedade estará obrigada a recolher o ISS com base na sistemática geral, vale dizer, sobre o valor do seu faturamento. São eles: a) que a sociedade seja uniprofissional; b) que os profissionais nela associados ou habilitados prestem serviços em nome da sociedade, embora sob responsabilidade pessoal.
2. O art. 16 da Lei n.º 8.906/94 (Estatuto da Advocacia) permite concluir que as sociedades de advogados, qualquer que seja o respectivo contrato social, caracterizam-se como sociedades uniprofissionais. O dispositivo proíbe que essas entidades realizem "atividades estranhas à advocacia" ou incluam em seus quadros "sócio não inscrito como advogado ou totalmente proibido de advogar".
3. Os profissionais que compõem os quadros de uma sociedade de advogados prestam serviços em nome da sociedade, embora sob responsabilidade pessoal. Essa conclusão é possível diante da leitura do art. 15, § 3º, da Lei n.º 8.906/94, segundo o qual "as procurações devem ser outorgadas individualmente aos advogados e indicar a sociedade de que façam parte"; do art. 17, que fixa a responsabilidade pessoal e ilimitada do sócio pelos danos causados aos clientes por ação ou omissão no exercício da advocacia; bem como do art. 18, do mesmo diploma legal, que estabelece que "a relação de emprego, na qualidade de advogado, não retira a isenção técnica nem reduz a independência profissional inerentes à advocacia".
4. O art. 16 da Lei n.º 8.906/94 espanca qualquer dúvida acerca da natureza não-empresarial das sociedades de advogados. Segundo a previsão normativa, não serão admitidas a registro, nem poderão funcionar, "as sociedades de advogados que apresentem forma ou características mercantis".
5. Tranqüila a conclusão de que a sociedade civil de advocacia, qualquer que seja o conteúdo de seu contrato social,

> **goza do tratamento tributário diferenciado previsto no art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-lei nº 406/68, já que são necessariamente uniprofissionais, não possuem natureza mercantil, sendo pessoal a responsabilidade dos profissionais nela associados ou habilitados.**
> 6. [...]
> 8. Recurso especial improvido.
> (RESP 649094/RJ; MINISTRO CASTRO MEIRA, Segunda Turma, DJ 23/11/2004)

Certo é que, em jurisprudência assentada pelo STJ, e acompanhada pelos demais Tribunais Pátrios, as sociedades de advogado encontram-se acobertadas pela tributação fixa prevista no art. 9º, do Decreto-Lei 406/68. A título de exemplo colacionamos as seguintes decisões:

> CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO - Agravo de Instrumento - Ação de cobrança - ISS - Sociedade uniprofissional de advogados - Recolhimento com base em valor fixo anual Tratamento tributário diferenciado Incidência do art. 9°, § 1° e 3°, do Decreto-Lei nº 406/68 - Desprovimento. - É pacífico no Superior Tribunal de Justiça que as sociedades Mais... de advogados, qualquer que seja o conteúdo de seus contratos sociais, gozam de tratamento tributário diferenciado previsto no art. 9°, § 1° e 3° dp Decreto-Lei nº 406/68, não devendo recolher o ISS sobre o faturamento, mas em função do valor anual fixo relativo a cada profissional (TJPB, AI 02006339320138152001, Rel. DEs. Abraham Lincoln da Cunha Ramos, DJ 11.02.2014).

> TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. SOCIEDADE UNIPROFISSIONAL DE ADVOGADOS. ISS. RECOLHIMENTO

COM BASE EM VALOR FIXO ANUAL. TRATAMENTO TRIBUTÁRIO DIFERENCIADO PREVISTO NO ART. 9º, §§ 1º E 3º, DO DECRETO-LEI N. 406/68. POSSIBILIDADE. VERIFICAÇÃO DO CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ.
1. [...].
2. Nos termos da jurisprudência pacífica desta Corte, as sociedades uniprofissionais de advogados, qualquer que seja o conteúdo de seus contratos sociais, gozam do tratamento tributário diferenciado previsto no art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei n. 406/68, não recolhendo o ISS sobre o faturamento, mas em função de valor anual fixo relativo a cada profissional.
3. A verificação quanto ao cumprimento dos requisitos para enquadramento no regime de tributação previsto no art. 9º, §§ 1º e 3º, do DL 406/68 enseja análise de matéria fático-probatória, o que é vedado ao STJ, em recurso especial, por óbice das Súmulas 5 e 7/STJ.
Agravo regimental improvido.
(AgRg nos EDcl no AREsp 105094 / PE AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2011/0243557-5, MINISTRO HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJ 24.04.2012)

Cabe, nesse ponto, fazer uma ressalva. Em que pese o disposto na norma contida no Estatuto da Ordem, na prática, é possível que se encontre sociedades profissionais de advogados com cunho empresarial. Porém seu enquadramento como empresário exige cuidado muito maior. É preciso que se analise acuradamente a quantidade de empregados, se os seus sócios ainda prestam serviços pessoalmente, ou se apenas realizam a organização dos fatores de produção.

A descaracterização da sociedade de advogado como sociedade uniprofissional exige elementos de prova robustos, tendo em vista que as sociedades dos advogados são, por definição legal, sociedades simples e com responsabilidade pessoal do sócio.

Entretanto, é certo que o direito tributário deve levar em conta a realidade dos fatos. Mister que a incidência dos tributos ocorra com fundamento no arcabouço fático sustentado pela sociedade, desprezando-se definições meramente formais, ainda que previstas ou impostas em lei, quando essas encontrem-se dissociadas da realidade. É o que autoriza a norma geral antielisiva prevista no art. 116, do CTN, parágrafo único, cujo teor vale a transcrição:

> Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:
> I - tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;
> II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.
> Parágrafo único. **A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária**. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

É possível, destarte, que a tributação do ISS sobre as sociedades de advogados submeta-se à regra geral, ou seja, que ocorra sobre seu faturamento. Essa situação pode ser pensada, ao nosso ver, apenas quando a sociedade de advogados assumir cunho empresarial. Ou seja, ao ser constatada a organização dos fatores de produção, deixan-

do o serviço de ser prestado de forma personalíssima pelos sócios. Em casos tais, a sociedade deixará de preencher um dos requisitos para a tributação diferenciada, podendo ser tributada pela regra geral de incidência do ISS.

Reforço o acima exposto. Ainda que a lei imponha, de forma peremptória, que às sociedades de advogados está vedado o exercício de atividades mercantis (empresariais), o fato é que haverá casos em que a sociedade, a despeito do descrito na lei, desenvolve atividade profissional com cunho empresarial, ignorando a proibição legal, camuflando-se como sociedade simples quando, na verdade, atua como sociedade empresarial. O desempenho da atividade intelectual dissociada do imposto no Estatuto da Ordem autoriza o ente federativo a afastar a norma diferenciadora, computando-a como contribuinte comum do ISS.

Vale lembrar, *in casu*, a elaborada TEORIA DE ABUSO DAS FORMAS, pela qual se rechaça a incidência do tributo baseada apenas na forma em que se reveste o negócio jurídico, autorizando o aplicador da norma tributária a desprezar a roupagem jurídica para verificar a realidade fática.

Essa teoria, em que pese não ter sido inicialmente pensada para casos como o que estamos analisando, traz, na verdade, elementos importantes para a reflexão, qual seja, deve-se levar em conta a realidade dos fatos, em que pese a forma, ou o *nomem iuris* atribuído à sociedade.

Ressalte-se, ademais, que os casos de sociedades de advogados com cunho empresarial configuram-se a exceção da exceção. Na maior parte, ouso dizer, na quase totalidade dos casos, as sociedades de advogados são, de fato, sociedades simples, cujo objeto é a exploração da atividade intelectual dos seus sócios, levando em conta suas capacidades intelectuais pessoais.

Outra ressalva deve ser feita nessa altura do estudo. Em virtude de constantes e incontáveis derrotas amargadas pelos Municípios em ações judiciais que questionam a tributação do ISS sobre as sociedades

uniprofissionais de advogados, muitas capitais têm adotado o sistema de tributação fixa, a exemplo do que ocorre em Recife, São Paulo, Rio de Janeiro, Florianópolis, Porto Velho, Curitiba, Aracaju, conforme dados publicados pelo site Migalhas[246] .

Não poucas vezes, as seccionais da OAB têm ingressado com ações coletivas cujo objetivo é assegurar a todas as sociedades de advogados a tributação do ISS com base em alíquotas fixas. Essas ações têm sido, em regra, julgadas procedentes, a exemplo do que ocorreu no Mato Grosso do Sul e Manaus.

Destarte, em virtude de tudo acima alegado, a tributação do ISS sobre as sociedades de advogados deve seguir as normas do Decreto-lei 406/68, só devendo haver o afastamento desse regramento quando houver provas robustas de que a sociedade passou a ter cunho empresarial.

Ressalte-se que tais provas devem ser contundentes o suficiente para afastar o óbice trazido pelo Estatuto da Ordem. Ou seja, será necessário que a Edilidade comprove que a sociedade ignorou as determinações legais contidas na Lei 8906/94 e desempenha efetivamente atividades empresariais, com organização dos fatores de produção.

Reforço, destarte, o entendimento, já acima explanado, de que esses serão casos excepcionais, em que se exigirá esforço probatório do ente para angariar elementos suficientes aptos a elidir a presunção da lei. Ademais, vale ressalvar que a probabilidade de vitória em casos tais ainda encontra dificuldades nos entendimentos sedimentados pelos Tribunais Pátrios, em especial pelo Superior Tribunal de Justiça, segundo os quais as sociedades de advogados serão sempre sociedades simples e gozarão dos privilégios da tributação diferenciada, independente do teor do seu contrato social.

---

246 MIGALHAS. ISS para sociedades de advogados ainda provoca discussões na Justiça. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI196935,51045-ISS+para+sociedades+de+advogados+ainda+provoca+discussoes+na+Justica>. Acesso em 20 de maio de 2016.

5 CONCLUSÃO

O regime de tributação diferenciado previsto no Decreto-lei 406/68, art. 9º, §3º, continua plenamente aplicável atualmente, mesmo após vigência da Lei Complementar 116/03, prevendo tratamento privilegiado para as sociedades profissionais, consistindo, essencialmente, na alteração da base de cálculo do ISS devido por tais empresas.

A referida diferenciação tem por escopo uma redução da carga tributária, e, portanto, um incentivo, para aquelas pessoas jurídicas cujo objeto social é a prestação de serviço profissional intelectual, constituídas, destarte, como sociedades simples.

Para serem incluídas no privilégio legal, entretanto, as sociedades precisam reunir características que as diferenciam das demais, tais como: devem ser sociedades necessariamente simples (constituídas para o desempenho da profissão), os sócios devem prestar serviço sob responsabilidade pessoal (excluídas, portanto, as sociedades limitadas), não podem assumir caráter empresarial, a prestação de serviços deve ser realizada de forma **pessoal** pelo sócio (excluídas, por exemplo, aquelas empresas cuja prestação de serviços se dá de forma terceirizada).

O privilégio legal concedido a essas sociedades se torna plenamente justificável uma vez que assegura um tratamento isonômico entre os profissionais que se unem para o exercício da profissão, constituindo novas pessoas jurídicas, e aqueles que trabalham de forma individual, autônoma. Decerto, não há qualquer diferença entre a atuação destes e dos profissionais associados[247] .

Ou seja, busca-se facilitar a associação dos profissionais para o desempenho da atividade intelectual, de forma que a tributação do Imposto para as pessoas jurídicas constituídas por tais profissionais não

---

247 BRIGAGÃO, Gustavo. **Sociedades profissionais devem pagar ISS fixo.** Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-jun-27/consultor-tributario-sociedades-profissionais-pagar-iss-fixo > Acesso em 20 de maio de 2016.

seja mais gravosa do que a incidente sobre o desempenho de sua atividade pelo profissional de forma isolada, autônoma.

Deve-se sempre ter em mente as características fáticas da sociedade, para não recair em injusto tributário. Só terão direito ao tratamento diferenciado as empresas que reúnem as características acima mencionadas. Do contrário, a balança da isonomia sofreria um verdadeiro desequilíbrio, em detrimento das demais sociedades empresárias sujeitas às regras gerais previstas na Lei Complementar nº 116/03.

Por fim, cabe ressaltar que as autoridades municipais devem permanecer atentas às balizas para a caracterização de uma sociedade como profissional e sua consequente sujeição ao Decreto-lei 406/08. Tais balizas não podem esvaziar ou limitar o direito previsto para tais pessoas, porém devem servir como critérios objetivos para aplicação da lei de forma precisa e escorreita, sempre com o objetivo de alcançar a intenção do legislador, qual seja, oferecer tratamento tributário diferenciado para as sociedades cujo objetivo seja unicamente o exercício da profissão de seus sócios.

6 BIBLIOGRAFIA

BRIGAGÃO, Gustavo. **Sociedades profissionais devem pagar ISS fixo.** Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-jun-27/consultor-tributario-sociedades-profissionais-pagar-iss-fixo > Acesso em 20 de maio de 2016.

HARADA, Kiyoshi. **ISS: doutrina e prática** – 2. Ed. Reform., ver. E ampl. – São Paulo: Atlas, 2014.

MINARDI, Josiane. **Manual de Direito Tributário.** 2ª Edição revista, ampliada e atualizada. Editoar Juspodivm, 2015.

PATROCÍNIO, José Antônio. **Imposto sobre serviços: questões polêmicas**: análise jurisprudencial: administração tributária Municipal/ José Antônio Patrocínio, Mauro Hidalgo. – 2 ed. – São Paulo:

FISCOSoft Editora, 2013.

MIGALHAS. **ISS para sociedades de advogados ainda provoca discussões na Justiça**. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI196935,51045-ISS+para+sociedades+de+advogados+ainda+provoca+discussoes+na+Justica>. Acesso em 20 de maio de 2016.

EXECUÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO NA JUSTIÇA FEDERAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA

AUTOR: THIAGO NÓBREGA TAVARES

Resumo: *A Justiça Federal não tem oferecido solução rápida e eficiente às iniciativas de cobrança do passivo fiscal da União. Custosa, letárgica e destoante da realidade, a jornada processual disciplinada pela Lei nº 6.830/1980 não mais se coaduna com os resultados almejados pelo Fisco, pelo contribuinte e pela sociedade. As causas determinantes deste quadro encerram o objeto de estudo do presente artigo, de modo a gerar a precisa reflexão sobre o tema.*
Palavras-chave: *Execução Fiscal; Justiça Federal; Crise*

1) INTRODUÇÃO

A execução fiscal é a forma de o Estado obter, judicialmente, a satisfação do crédito tributário a que tem direito. A situação de inadimplemento do contribuinte acaba por deflagrar isso. Legalmente constituído, dotado de certeza e liquidez, o Poder Executivo, defrontando-se com essa configuração de eventos, vencida a fase administrativa, com o título em mãos, não tem mais o que fazer, a não ser buscar o Judiciário, a quem caberá a penosa função de tentar levar aos cofres públicos aquele numerário.

Entretanto, este procedimento, regulado pela Lei nº 6.830/1980, e apesar de contar com varas especializadas, é demorado, principalmente por seguir os moldes da execução processual civil. Interessante registrar que a "exposição de motivos" do Projeto da Lei de Execução Fiscal dispunha que o objetivo, com sua edição, era a agilização e a racionalização da cobrança da dívida. Não foi o que aconteceu, nem é o que se vê.

Partindo-se da citação do devedor, para que indique bens à penhora ou, em desejando, contraponha-se aos argumentos oferecidos, assegurando o processo com o depósito ou a fiança bancária, a marcha processual segue por uma estrada demorada. Levada a cobrança judicial a cabo, exceções de pré-executividade ou embargos podem ser opostos, os quais, em não logrando êxito, culminarão com a adjudicação pelo Estado daquela propriedade em litígio. Vê-se, com isso, que, até sua conclusão, tal ritualização consome tempo, demanda custos, onera o Estado, congestiona de processos a já estanque Justiça e inviabiliza o pleno funcionamento da Fazenda Pública.

Na análise de pontos nevrálgicos, especialmente os relativos à celeridade e à efetividade, pela alta dose de formalidade envolvida, deparamo-nos com sérios problemas, a começar pela quase total ineficiência desse sistema de cobrança. "Em suma, já não se pode conceber o 'processo' sob uma visão mítica, abstraindo-se o próprio meio no qual

vive e se desenvolve: a justiça, seja no campo do Judiciário ou nas vertentes administrativa e legislativa" [248].

Sabe-se que causas a versarem sobre matérias abrangendo a União são exclusivas da Justiça Federal. Quem deve e não paga tributos federais, ou não cumpre as obrigações a eles correlatas, submete-se aos métodos e aos meios de cobrança erigidos pela Fazenda Nacional, envolvendo desde atividades da própria Administração, até mesmo a edificação do litígio judicial, com o respectivo processo de execução fiscal, o que não soluciona nada, uma vez que essas são, simplesmente, demandas que não podem ser evitadas. Em outras palavras, permanecendo o contribuinte em posição de devedor, o Estado é obrigado, em obediência aos ditames legais, a perseguir aqueles valores lançados, de maneira que, o grande contingente de processos executivos, a paralisar o Judiciário, não está a depender de uma escolha por parte do Poder Público: eles existem e aumentam exponencialmente, independentemente do que se faça, pois encerram o cumprimento de um dever.

O Estado já faz o que pode, com o que tem a seu dispor, haja vista que, embora aplique os recursos de que dispõe, em termos de pessoal e tecnologia da informação, não se vislumbra a mínima melhora que seja no quadro da cobrança dos créditos tributários a que tem direito. E essa situação encontra guarida na constatação de que é a própria disciplina do processo de execução fiscal que se revela precária e insuficiente para abranger e lidar com a complexidade e a quantidade dos litígios que surgem diariamente, figurando como entrave a qualquer aperfeiçoamento nesse sentido.

E o eventual prejuízo para a sociedade ultrapassa os meros e corriqueiros problemas notórios e inerentes ao acesso e alcance dos serviços disponibilizados pelo Judiciário, pois a baixa eficiência da cobrança

---

248 NOGUEIRA, Alberto. **O devido processo legal tributário**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.110.

da dívida ativa, além de prejudicar sobremaneira a arrecadação por parte do Fisco, atinge diretamente o caráter "pedagógico" da tributação, abalando a relação entre Estado e cidadão-contribuinte, minando qualquer possibilidade de avanço da temática e atravancando o desenvolvimento nacional. Faceta de uma execução fiscal que há tempos merece a devida reanálise.

Cícero proferiu que "nada é perfeito quando encontrado" [249]. O Judiciário Federal não funciona a contento. Eis um fato. Motivo para enfrentar os fatores determinantes desse enorme problema. Excesso de demandas, custo, tempo e arrecadação deficitária são algumas das causas.

2) CONGESTIONAMENTO DE AÇÕES A DIFICULTAR O FUNCIONAMENTO DO JUDICIÁRIO

Possibilitar o ingresso de novos processos representou, no passado, uma estratégia governamental para tentar abranger e oferecer solução às mais variadas contendas que emanavam da existência em coletividade. Era esse um aspecto indissociável da cidadania. No entanto, a facilitação em se buscar o Judiciário não representou ganho positivo ou qualitativo para a pacificação dos conflitos. Muito pelo contrário. O agigantamento do Poder julgador, tanto em tamanho como em legislação aplicada, acarretou outros ônus e encargos sociais nunca antevistos, criando obstáculos inesperados à realização das expectativas de quem quer que seja, inclusive dos próprios entes estatais.

Amarrado ao ritualismo e às garantias processuais, a execução forçada de um bem, por qualquer que seja o valor discutido, exaure tem-

---

249 BARELLI, Ettore; PENNACCHIETTI, Sergio. **Dicionário das citações: 5000 citações de todas as literaturas antigas e modernas com o texto original**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p.7.

po, que, enquanto unidade construtiva, é cada vez mais precioso para o mundo atual, em atendimento a um pós-modernismo legal que reclama saída para os procedimentos jurídicos aplicados desde sempre, questão essa que acaba por ser agravada pelo número expressivo de ações. Logo, tendo esse enfoque, deparamo-nos com o congestionamento de execuções fiscais a potencializar os danos à efetividade e à celeridade do sistema.

Para o Conselho Nacional de Justiça[250], o indicador denominado "taxa de congestionamento", em termos sintéticos, é o correlacionado ao estoque ou a quantidade de processos "parados" em dado tribunal. Esse conceito pretende "medir se a Justiça consegue decidir com presteza as demandas da sociedade, ou seja, se as novas demandas e os casos pendentes anteriores são finalizados ao longo do ano" [251]. A Resolução CNJ nº 76/2009 veio a substituir a variável "sentenças" por "processos baixados" e "casos pendentes de sentenças" por "casos pendentes de baixa", de forma que, consoante a metodologia empregada na confecção das estatísticas por esse órgão, a taxa de congestionamento passa a ser contabilizada a partir do índice resultante da divisão dos casos não baixados pela soma dos casos novos e dos casos pendentes de baixa.

Atualmente, a Justiça pátria, consideradas a estadual, a federal e os tribunais superiores (menos o Supremo Tribunal Federal e os Conselhos), encontra-se em uma situação em que são 89 milhões de processos em tramitação. Destes, 26 milhões ingressaram no ano de 2011, conquanto 63 milhões já se achavam pendentes. Foram proferidas 23 milhões de sentenças. De posse desses números, utilizando-se da fórmula

---

250 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2009: indicadores do Poder Judiciário – Panorama do Judiciário brasileiro**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça - Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2010.

251 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2009: indicadores do Poder Judiciário – Panorama do Judiciário brasileiro**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça - Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2010, p.16.

revelada ao parágrafo anterior, chega-se a incrível taxa de 71% dos processos congestionados[252].

Para a finalidade do nosso trabalho, as execuções fiscais, detidamente no âmbito da União, sobressaem no quantitativo de casos pendentes de julgamentos, operando no aumento de demandas para além do aceitável. Mais uma vez referindo-se ao Conselho Nacional de Justiça, no relatório "Justiça em Números 2012" [253], está cabalmente asseverado que "a maior causa da morosidade são os processos de execução de título extrajudicial fiscal".

Tem-se ainda que considerar que "ingressaram no Poder Judiciário mais processos na fase de conhecimento do que da fase de execução, entretanto, como também foram baixados mais processos nesta fase, o estoque é composto majoritariamente por processos de execução" [254]. Em outros termos, os processos de conhecimento encontram resolução em menos tempo, não se somando aos que, oriundos de períodos anteriores, já se encontram nas prateleiras dos fóruns, tendo impacto limitado e controlado na lentidão da Justiça Federal, ao passo que os de execução fiscal engrossam os números do congestionamento de ações, levando à piora do quadro, por não serem solucionados adequada e oportunamente, com a requerida celeridade.

Como se pode depreender, para onde quer que se olhe, qualquer diagnóstico sobre o problema da quantidade assoberbada de trabalho do

---

252 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números: 2012**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça - Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2012. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/cidadao/publicacoes. Acesso em: 27 mar. 2013, p.449-450.

253 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números: 2012**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça - Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2012. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/cidadao/publicacoes. Acesso em: 27 mar. 2013, p.448.

254 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números: 2012**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça - Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2012. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/cidadao/publicacoes. Acesso em: 27 mar. 2013, p.448.

Judiciário, aponta que grande parte da dificuldade em se proceder à baixa dos processos está restrita à execução, especialmente à relacionada à área fiscal. Até porque, dos 11,5 milhões de processos em tramitação na Justiça Federal, 4,3 milhões estão na fase de execução, destacando-se a execução fiscal, responsável por 3,5 milhões do volume processual, que obteve crescimento acentuado nos casos novos em 2011, passando de 275 mil processos ingressados em 2010 para quase 447 mil em 2011, ou seja, aumento de 62%[255].

E é por informações como essas que se chega à declaração categórica de que as execuções de títulos extrajudiciais fiscais estão na base dos problemas dessa Justiça específica, "tendo em vista que representam cerca de 37% do total do estoque e apresentam taxa de congestionamento de 92%. Desconsiderando esses processos, o congestionamento da fase de execução passa de 83% para 52%" [256].

Portanto, resumindo esse item, afirmar-se-á que a causa essencial da morosidade do Judiciário federal, ao se considerar o volume de processos, é majoritariamente da execução fiscal, pois estas ações constituem mais de 1/3 de tudo que tramitou na primeira instância desta Justiça no ano de 2011. Mas isso não é tudo, pois, de cada 100 processos de execução de título extrajudicial fiscal iniciados, apenas 10% encontraram solução no mesmo ano de ingresso, ou seja, "[...] um estoque de execuções fiscais pendentes nove vezes maior que o total de execuções fiscais iniciadas" [257]. Dos 2.609.866 dos processos de execução fiscal

---

255 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números: 2012**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça - Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2012. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/cidadao/publicacoes. Acesso em: 27 mar. 2013, p.203.

256 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números: 2012**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça - Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2012. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/cidadao/publicacoes. Acesso em: 27 mar. 2013, p.200.

257 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2009: indicadores do Poder Judiciário – Panorama do Judiciário brasileiro**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça - Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2010, p.44.

em tramitação, somente 282.099 foram baixados, com 183.351 sentenças proferidas[258]. Se não fossem considerados esses processos, há anos aguardando desfecho, a taxa de congestionamento dessa etapa executória fiscal cairia imediatamente de 85% para 74%[259], com melhoria significativa na velocidade do trâmite dos demais processos.

3) ALTO CUSTO DO PROCESSO COMO FATOR INVIABILIZANTE DA FASE EXECUTÓRIA FISCAL PERANTE A JUSTIÇA FEDERAL

A Justiça tem um preço? A pergunta é difícil, pelas mais diversas razões, porém, em resposta, diremos que sim. Manter a estrutura judiciária pesa, e muito, aos cofres públicos. "Recursos humanos, materiais e tecnológicos são consumidos no sofisticado processo de buscar um nível satisfatório de justiça na resolução de disputas e conflitos. Este esforço público tem um custo, que é variável e pode ser mensurado" [260]. Dessa maneira, uma ação, ao ingressar no processamento comum de um tribunal, é tão somente mais uma diminuta peça a compor o intrincado problema envolvendo a prestação jurisdicional no nosso país.

E, para impor ao inadimplente as sanções de entregar forçosamente aquilo que é devido, se gasta bem mais que o próprio numerário ali discutido. A lógica passa longe disso, não existindo fórmula econômica que demonstre o contrário. Porém, é o que tem acontecido no Brasil no

---

258 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2009: indicadores do Poder Judiciário – Panorama do Judiciário brasileiro**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça - Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2010, p.44.

259 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números: 2012**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça - Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2012. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/cidadao/publicacoes. Acesso em: 27 mar. 2013, p.448.

260 IPEA. **Custo unitário do processo de execução fiscal na justiça federal**. Brasília: IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2011. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_ipea_exec_fiscal.pdf. Acesso em: 18 jan. 2012, p.8.

caso envolvendo a execução de créditos tributários, de forma que o dinheiro comprometido na cobrança desses valores é a sutileza que mais atrai aqueles que se dedicam a estudar esse problema.

Ninguém pode negar que o maior usuário da Justiça é o Estado. Existem estimativas dando conta de que, na Justiça Federal, 60% das ações envolvem o setor público de alguma forma, sobremaneira nos tribunais superiores. O Supremo Tribunal Federal, uma corte constitucional, tem 80% de seus processos relacionados ao Poder Executivo federal. No Superior Tribunal de Justiça, a situação se repete, com mais de 85% da carga de trabalho envolvendo o governo, de forma direta ou indireta. E em mais de 70% dessas causas, a subida a instâncias superiores tão somente piorou o congestionamento da justiça, sem modificar a decisão inferior contrária ao Estado[261] .

Constatado isso, não se pode desviar o foco da observação de que tamanha litigiosidade adquire feições meramente protelatórias, haja vista que o Estado é o agente que mais se utiliza da estratégia de ingressar com recursos e apelações, mesmo diante de poucas chances de vitória. "Hammergren (2007) não tem dúvidas de que grande parte da carga de trabalho dos tribunais brasileiros deve-se a esta prática dos procuradores públicos" [262] .

Sem restrições para litigar, o Estado, em suas esferas federal, estadual e municipal, muitas vezes em posição devedora, emprega esse

---

261 FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio; MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque; AZEVEDO, Paulo Furquim. **As inter-relações entre o processo administrativo e o judicial, sob a perspectiva da segurança jurídica do plano da concorrência econômica e da eficácia da regulação pública: relatório final da pesquisa**. São Paulo: USP – Universidade de São Paulo, CNJ – Conselho Nacional de Justiça, 2009, p.21.

262 FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio; MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque; AZEVEDO, Paulo Furquim. **As inter-relações entre o processo administrativo e o judicial, sob a perspectiva da segurança jurídica do plano da concorrência econômica e da eficácia da regulação pública: relatório final da pesquisa**. São Paulo: USP – Universidade de São Paulo, CNJ – Conselho Nacional de Justiça, 2009, p.21.

subterfúgio. Em alguns desses processos, o ganho de tempo com o adiamento de uma decisão final é o maior objetivo. "É o que o Banco Mundial descreve como sendo controle do fluxo de caixa via Judiciário" [263]. O alvo dessa prática altamente lesiva tem lastro em causas previdenciárias, quitação de precatórios e execuções fiscais variadas, rebaixando para além do tolerável a qualidade da prestação jurisdicional.

No avesso da história, o Estado, que emprega um processualismo nocivo e exacerbado em sua rotina de defesa executória, é também refém de idêntica circunstância quando tenta receber ou cobrar tributos e multas de sua competência. Afinal, o cidadão contribuinte em débito, denominado sonegador, tendo conhecimento das falhas e das dificuldades com as quais se depara a Fazenda Nacional e as Varas de Fazenda Pública, bem como estando ciente da morosidade da Justiça Federal, enxerga no adiamento desses pagamentos uma oportunidade única e providencial de postergar o que sabe ser inevitável, ocasionando custos para a Administração e para os tribunais, arriscando com o tempo e com a baixa efetividade dos meios de cobrança.

Micheli Pereira[264], também antevê esse ardil em manipular procedimentos. Para tanto, a autora lista quatro características inerentes a um bom Judiciário: baixo custo, decisões justas, celeridade e previsibilidade. À medida que se distancia desse referencial, o mau funcionamento do sistema prejudica o crescimento econômico do país, levando os protagonistas sociais a escapar das "armadilhas legais", e por consequência, a gerar danos ou prejuízos.

---

263 FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio; MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque; AZEVEDO, Paulo Furquim. **As inter-relações entre o processo administrativo e o judicial, sob a perspectiva da segurança jurídica do plano da concorrência econômica e da eficácia da regulação pública: relatório final da pesquisa**. São Paulo: USP – Universidade de São Paulo, CNJ – Conselho Nacional de Justiça, 2009, p.22.

264 PEREIRA, Micheli. O mau funcionamento do Poder Judiciário como empecilho ao desenvolvimento econômico brasileiro. **Constituição, economia e desenvolvimento: revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2010, n.2, jan./jun., p.52-85.

A etapa executória, no campo fiscal, é um verdadeiro dilema econômico, do qual os "atores" produtivos mantém uma relação estreita e ambígua, "porquanto, por vezes, consideram que a morosidade atrapalha o desenvolvimento de suas atividades empresariais, e, outras vezes, entendem que a morosidade auxilia a adiar o cumprimento de determinadas obrigações, beneficiando assim suas atividades" [265].

Empresas que honram com seus deveres fiscais se veem, na enorme maioria das vezes, na impensável contingência de ter que concorrer com outras que, conhecedoras da ineficácia dos métodos de cobrança vigentes e com a paralisia existencial da Justiça, insistem em dever e protaem o quanto podem o pagamento de tributos, tirando vantagem, literalmente manobrando com prazos processuais. Tal conjugação de fatores repercute nos mercados, mostrando-se essencialmente danosa à livre concorrência, abalando os relacionamentos negociais, elevando os custos de transação, transferindo as inesperadas variações ao consumidor final, unicamente por lidar com aspectos relacionados à demora prestacional da esfera judicante.

Denota-se, que o manejo da litigiosidade é uma prática corriqueira em cerne tributário, tanto da parte do cidadão comum e da iniciativa privada, como do próprio Poder Público, o que enseja o ajustamento do renomado "jeitinho brasileiro", com a providencial reescrita daquela célebre máxima "devo, não nego, pago quando puder... ou quiser".

No encalço dos custos judiciais, cumpre frisar, consoante dados do Conselho Nacional de Justiça[266], que, em 2011, o Poder Judiciário,

---

265 PEREIRA, Micheli. O mau funcionamento do Poder Judiciário como empecilho ao desenvolvimento econômico brasileiro. **Constituição, economia e desenvolvimento: revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2010, n.2, jan./jun., p.52-85, p.54.

266 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números: 2012**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça - Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2012. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/cidadao/publicacoes. Acesso em: 27 mar. 2013, p.447-450.

analisado como um todo, exauriu a cifra de R$ 50,4 bilhões, o que, em termos percentuais, corroeu 1,24% do PIB nacional. Entre 2010 e 2011, a despesa cresceu 13,4%. No que tange aos recursos humanos disponíveis, eram 16.918 magistrados e 366.428 servidores. O dispêndio com pessoal, nessa época, respondeu por 90% dos gastos totais da Justiça, ou R$ 45,2 bilhões. Tivemos, nesse período, uma média de 4.594 processos por magistrado. Somente a Justiça Federal teve uma despesa de R$ 6,7 bilhões (0,2% do PIB, ou 0,4% do total da despesa pública da União), sendo R$ 151, 6 mil reais por servidor e R$ 4 milhões por magistrado. E, considerando os 192 milhões de brasileiros[267] , o gasto com o Judiciário Federal alcançou a bagatela de R$ 35 por habitante, ao ano, quer estes se utilizem ou não dos serviços judiciais.

Igualmente, no rol dos gastos, assegurar-se-á que um processo novo custa R$ 1.693,94, que é o valor despendido pelo Estado para manter a estrutura requerida pelos procedimentos judiciais necessários ao correto e pleno deslinde de uma única ação, quer cognitiva, quer executória. Carlos Eduardo Richinitti diz que "isso significa que em alguns casos é mais barato o Judiciário pagar para o potencial litigante que deixar o processo gerar mais gastos com servidores, pois o valor da causa mostra-se inferior às despesas geradas com a tramitação do processo" [268] .

Por conseguinte, deve haver o reconhecimento do flagrante prejuízo ao erário a partir do instante em que um ente público arca com ônus superiores aos bens ou valores envolvidos em uma demanda, de modo que, monetariamente falando, um processo, a depender de certos fatores, pode vir a não compensar.

---

267 População brasileira, consoante dados de 2011, fornecidos pelo IBGE. Disponível em: http://saladeimprensa.ibge.gov.br/pt/noticias%3Fview%3Dnoticia%26id%3D1%26busca%3D1%26idnoticia%3D1961&q=Ibge+populacao+brasil+192&sa=X&ei=o18iUrTWNJK84A0iooCQBQ&ved=0CBwQFjAC. Acesso em: 03 maio 2011.

268 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório sobre o seminário justiça em números 2010**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça – Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2011d, p.10-11.

Na órbita da Justiça Federal, ao analisar as ações de execução fiscal, a coisa se revela muito pior. E o IPEA, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada[269], objetivando traçar um perfil de tais demandas, e tendo por farol o exercício de despesas correntes de 2009, erigiu um indicador denominado "custo médio por processo/dia", o qual pode ser determinado a partir da conversão do orçamento executado em orçamento diário, subdividindo-o, em seguida, pelo número de processos que tramitaram no primeiro grau de jurisdição.

Portanto, "considerando-se o orçamento executado de R$ 4.912,7 milhões e um total de casos pendentes e processos baixados de 8,5 milhões, tem-se que o orçamento diário da Justiça Federal de Primeiro Grau é de R$ 13,5 milhões e o CMPD [custo médio por processo/dia] do ano de 2009 é de R$ 1,58" [270]. De outro lado, é também certo que o processamento dessas ações executivas gera ao Judiciário alguma renda sob a forma de custas apuradas, as quais tem valor médio de R$ 35,49. Ao final de tamanha racionalização, chega o IPEA ao "custo médio provável" de um único processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, que é de R$ 5.606,67[271].

Seguindo adiante, o IPEA fixa a probabilidade em se obter a recuperação integral do crédito em 25,8%, o que eleva o "ponto a partir do qual é economicamente justificável" promover-se judicialmente a cobrança de créditos fiscais para o piso de R$ 21.731,45. "Ou seja, nas ações de execução fiscal de valor inferior a este, é improvável que a

---

269 IPEA. Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN). **Comunicados do IPEA**. nº 127. Brasília: IPEA, jan. 2012, p.12.

270 IPEA. Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN). **Comunicados do IPEA**. nº 127. Brasília: IPEA, jan. 2012, p.12.

271 IPEA. Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN). **Comunicados do IPEA**. nº 127. Brasília: IPEA, jan. 2012, p.13.

União consiga recuperar um valor igual ou superior ao custo do processamento judicial" [272]. Episódio esse que justificaria o reajuste do piso mínimo para o ajuizamento de ações de execução fiscal da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional de R$ 10.000,00, de acordo com os ditames da Lei nº 10.522/2002, para R$ 20.000,00. Também relata o Instituto que a mudança permitiria uma redução progressiva do volume de trabalho daquele órgão em torno de 52% ao longo dos nove anos seguintes, e em 9% o estoque de ações em andamento na Justiça Federal[273].

Não há que se pensar que os estudos do IPEA estejam restritos ao plano teórico, pois os reflexos dessa crise fiscal aparecem nas mais inusitadas áreas. Basta ver que, no ano de 2011, o IBAMA, Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, pensou em suspender a cobrança de pequenas multas ambientais, sob a alegação de que os altos custos dos processos judiciais, a superar o valor da maior parte das penalidades dessa categoria, inviabilizaria a cobrança. A proposta seria a de transformar todos os autos de infração com valor de até R$ 2.000,00 em meras advertências, sem consequências pecuniárias para o infrator. Mais de 95% das multas recolhidas por esse órgão tem teto nesse valor, e, caso aprovada, a medida ocasionaria a perda automática de R$ 100 milhões de reais em multas, referentes aos 115 mil processos já em andamento[274]. Como se depreende, os efeitos do caráter estanque da Lei de Execução Fiscal são sentidos na prática.

Temos agora que vencer outra vertente, ainda mais prejudicial à União, e esta é a que busca identificar os proponentes de tamanho quanti-

---

272 IPEA. Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN). **Comunicados do IPEA**. nº 127. Brasília: IPEA, jan. 2012, p.14.

273 IPEA. Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN). **Comunicados do IPEA**. nº 127. Brasília: IPEA, jan. 2012, p.14-15.

274 FERNANDES, Sofia. Ibama gasta mais do que arrecada com cobrança de infrações. **Folhaonline – Jornal Folha de São Paulo**. 30 nov. 2011. Disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/ambiente/1014287-ibama-gasta-mais-do-que-arrecada-com-cobranca-de-infracoes.shtml. Acesso em: 24 jun. 2012.

dade de processos. Para o pesquisador do IPEA, Alexandre dos Santos Cunha[275], o problema da execução fiscal é sério a ponto de distorcer as estatísticas oficiais, dificultando um estudo pormenorizado, a começar pela dificuldade em estabelecer o perfil das demandas. Segue ele discorrendo que a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional move apenas 50% das ações executórias fiscais, e que a Procuradoria Geral Federal, outro legitimado a propô-las, como representante de autarquias e fundações públicas federais, responde por cerca de 10% (8,9%) das demais. O que é estranho, pois estes dois órgãos deveriam ser seus principais autores.

Logo, indaga-se: se a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional somente é autora de metade dos processos, de onde vem todo o restante de execuções fiscais a entulhar a Justiça Federal? O entendimento no tocante a isso advém justo dos principais concorrentes das Procuradorias Federais, a não surgir nas pesquisas, que são os Conselhos Profissionais, como Ordem dos Advogados do Brasil, Conselho Regional de Engenharia e Agronomia, Conselho Federal de Medicina etc., que detém o controle sobre quase 37% das ações ingressas no sistema. "As ações movidas por essas organizações paraestatais explicam parcialmente a quantidade expressiva de executivos fiscais movidos inicialmente contra pessoas físicas (39,5%), em relação ao total patrocinado contra pessoas jurídicas (60,5%)" [276]. Há ainda que se considerarem outros coadjuvantes menores, como os 0,6% de ações movidas pelos departamentos jurídicos de bancos públicos federais[277].

---

275 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório sobre o seminário justiça em números 2010**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça – Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2011d, p.13-16.

276 IPEA. **Custo unitário do processo de execução fiscal na justiça federal**. Brasília: IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2011. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_ipea_exec_fiscal.pdf. Acesso em: 18 jan. 2012, p.30-31.

277 IPEA. **Custo unitário do processo de execução fiscal na justiça federal**. Brasília: IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2011. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_ipea_exec_fiscal.pdf. Acesso em: 18 jan. 2012.

Estas, na imensa maioria dos casos, não passam de cobranças de taxas, multas decorrentes de procedimentos fiscalizatórios e mensalidades ou anuidades de profissionais liberais em atraso, com valores muito baixos, em uma média que vai de R$ 600,00 a R$ 1.500,00, e, não raro, chega-se mesmo a encontrar execuções da ordem de R$ 15,00 ou R$ 30,00, perdidas entre tantas outras. Os impostos, objeto de cobiça por parte da União, em verdade, não totalizam nem 30% (27,1%) das demandas, seguidos de perto pelas contribuições sociais, com 25%, e por outras verbas destinadas à União, como aforamentos, laudêmios e obrigações contratuais diversas, contribuindo com 10% [278].

Em documento do IPEA[279], surge inclusive a afirmação de que a execução fiscal vem sendo irresponsavelmente empregada pelos conselhos de fiscalização das profissões liberais como forma primária de cobrança. O instituto diz isso com base no valor irrisório das ações propostas por tais entidades, a reduzir a quantia média cobrada, dos mais de R$ 22 mil apurados pela a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional e pela Procuradoria Geral Federal, para uma mediana de apenas R$ 1.377,60. Ou seja, esses conselhos tem movimentado o aparato judicial da União para perseguir débitos cujo processamento não possuem a devida compensação entre custo e benefício, o que é inadmissível. E, "com o objetivo de reduzir, ou mesmo eliminar, essa pratica, recomenda-se que as

---

278 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório sobre o seminário justiça em números 2010**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça – Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2011d.IPEA. **Custo unitário do processo de execução fiscal na justiça federal**. Brasília: IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2011. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_ipea_exec_fiscal.pdf. Acesso em: 18 jan. 2012.

279 IPEA. **Custo unitário do processo de execução fiscal na justiça federal**. Brasília: IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2011. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_ipea_exec_fiscal.pdf. Acesso em: 18 jan. 2012.

custas judiciais e taxas judiciárias sejam fixadas de modo a desincentivar economicamente o uso abusivo” [280].

Primafacie, com a conjetura exibida, o aumento do valor mínimo apto a deflagrar uma cobrança judicial pela União surtiria sim efeito prático na redução da litigiosidade, já que “a adoção de medidas que resolvam o problema da execução fiscal será importante para o desempenho institucional global do Judiciário” [281]. Mas a mudança sugerida pelo IPEA deve ser pensada com cautela, pois, embora o Conselho Nacional de Justiça, com propriedade, aponte a sobrecarga de trabalho da Fazenda Pública como fator imperante na morosidade da Justiça Federal, e que a letargia desta encontra-se justo no congestionamento de ações de execução fiscal, a solução mais simples, que seria a retirada de processos infrutíferos do sistema, pode não ser a mais apropriada.

O problema merece ser enfrentado e não deixado de lado. Até porque a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional tem obtido taxas de sucesso maior que os demais protagonistas na execução desses créditos, com uma média de arrecadação de R$ 54.783,77. E o custo, embora alto e desproporcional, de mais de R$ 5.000,00, para esta entidade, por execução fiscal, conforme anteriormente descrito, não é obstáculo justificável o suficiente a definir a exclusão de ações ou o abandono de determinados processos, por seu baixo valor unitário.

Com tal entendimento, esse ajuste pediria a completa reescrita das estratégias de cobrança, de modo a abarcar os óbices visualizados, sob pena de sinalizar à sociedade que multas, taxas, contribuições e im-

---

280 IPEA. **Custo unitário do processo de execução fiscal na justiça federal**. Brasília: IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2011. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_ipea_exec_fiscal.pdf. Acesso em: 18 jan. 2012, p.72-73.

281 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **A execução fiscal no Brasil e o impacto no Judiciário**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça – Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2011a. Disponível em: www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciárias/Publicacoes/pesq_sintese_exec_fiscal_dpj.pdf. Acesso em: 22 mar. 2012, p.20.

postos de pequena monta não devem ser pagos, pois nem cobrados seriam, apenas mascarando o problema, abrindo-se mão de pequenas quantias preciosas para entes públicos diversos.

4) TEMPO DECORRIDO EXCESSIVO A ONERAR O ESTADO E PREJUDICAR A SOCIEDADE

Em 2007, a Associação dos Juízes Federais do Brasil, criou uma comissão destinada à elaboração de um relatório sobre o Anteprojeto de Lei de Execução Fiscal Administrativa, proposto naquela época pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. Neste, a exposição de motivos elenca alguns dos principais problemas da execução fiscal, e o componente "tempo" sobressai. Literalmente, é declarado: "estima-se, no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, que, em média, a fase administrativa dura 4 anos, enquanto a fase judicial leva 12 anos para ser concluída, o que explica em boa medida a baixa satisfação eficácia da execução forçada" [282].

Porém, o IPEA destoa do que alegam a Fazenda Nacional e a Associação dos Juízes Federais do Brasil a respeito do tempo despendido no processamento das execuções fiscais na Justiça Federal, chegando a um cálculo díspare, consoante o qual dois resultados são contabilizados: a) para a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, "o tempo médio total de tramitação é de 9 anos, 9 meses e 16 dias" [283]; b) já para o "grosso" de litigantes, aí compreendidos todos os entes públicos federais autores de execuções fiscais, como a Procuradoria Geral Federal e

---

282 GOMES, Marcus Lívio. Perspectivas para a execução fiscal no Brasil: execução fiscal judicial x execução fiscal administrativa – qual o melhor caminho? **Revista CEJ / Conselho da Justiça Federal - Centro de Estudos Judiciários**. Ano XIII. n.45. Brasília: Conselho da Justiça Federal, abr./jun. 2009, p.86-101, p.87.

283 IPEA. Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN). **Comunicados do IPEA**. nº 127. Brasília: IPEA, jan. 2012, p.14.

os Conselhos Profissionais, dentre outros, inclusive a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, o tempo é de 8 anos, 2 meses e 9 dias[284].

A justificativa para a diferença está nos valores médios das execuções propostas e das recuperações efetivadas. Enquanto a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional arrecada mais de R$ 50.000,00, lidando com numerários maiores, os outros enfrentam questões menos trabalhosas, pois, quando consideramos o geral, com o somatório de todos os entes, o valor cai para R$ 9.960,48. Nada obstante, as ações desencadeadas pela Procuradoria Geral Federal são mais demoradas do que aquelas promovidas pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, ao passo que as ações patrocinadas pelos Conselhos Profissionais são, em regra, mais céleres. Como as dos Conselhos tem participação absoluta de mais de 30% do total de processos, acabam por puxar as estatísticas para baixo, estabelecendo um lapso temporal contraposto aos dos demais. Portanto, a menor complexidade do litígio repercute no tempo final da execução fiscal na Justiça Federal, o que elucida a diferença entre os tempos apurados.

Interessante que, na elaboração dessa informação, a Lei de Execução Fiscal foi decomposta em etapas, a saber: autuação, despacho da inicial, citação, penhora e avaliação, leilão, abertura de vistas ao exequente, afora a defesa do executado, com exceções (ou "objeções", como surge no texto do IPEA) de pré-executividade, embargos do devedor, recursos (agravos, apelações, recursos especiais ou extraordinários), sentença e, por fim, baixa definitiva. Cada uma delas, autonomamente sopesada, encerra desafios ao aperfeiçoamento da execução fiscal, esgotando tempo e recursos humanos e materiais preciosos do Judiciário Federal.

---

284 IPEA. **Custo unitário do processo de execução fiscal na justiça federal**. Brasília: IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2011. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_ipea_exec_fiscal.pdf. Acesso em: 18 jan. 2012, p.45.

Foi com uma técnica denominada "carga de trabalho ponderada" que "mediu-se o tempo médio total de tramitação, que considera o intervalo de tempo transcorrido entre o momento processual no qual se ordena a prática do ato e o instante no qual este e efetivamente concluído"[285]. Determinando-se a quantidade de dias consumida em cada fase da execução fiscal, o IPEA pôde coletar e adequadamente mensurar os dados oriundos dos processos e da rotina das Varas de Fazenda Pública Federal, construindo um modelo capaz de desnudar as estatísticas, trazendo luz aos conceitos de morosidade judicial e de congestionamento de ações, permissionando uma melhor compreensão do problema, bem como o seu exato dimensionamento.

Consideremos, para fins do que passamos a abordar, o que o IPEA nomeou de "processo de execução fiscal médio", que será objeto de exame. Entre a elaboração da petição inicial pelo exequente (que intenta a execução judicial) e a autuação na Justiça, se passam 117 dias. Após a autuação, até que um magistrado ordene um despacho, mais 66 dias se vão. Depois de 28 dias há a ordem de citação, e, pasme, necessita-se de 1.287 dias para que se ache o executado, ou se extinga o processo, caso não apareça ninguém. Não se confunda, pois ainda não superamos a citação, e o "processo de execução fiscal médio" já requereu 1.315 dias, ou 3 anos e 7 meses, sem que se encontrasse o devedor. No decorrer dos procedimentos legais, a determinação de penhora não ocorre antes de 540 dias, e o leilão precisa de 743 dias para ser organizado e efetivado. Foram-se mais 3 anos e meio sem que a execução tivesse solução. As vistas ao exequente tem prazo aberto nas fases do processo, por isso não foi aqui mencionada. Tratando-se da defesa do executado, tem-se que as exceções de pré-executividade prolongam a demanda por mais

---

285 IPEA. **Custo unitário do processo de execução fiscal na justiça federal**. Brasília: IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2011. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_ipea_exec_fiscal.pdf. Acesso em: 18 jan. 2012, p.41.

574 dias e que os embargos de devedor ou de terceiros estende a questão por outros 1.566 dias. Lá se foram outros 5 anos e 10 meses de resistência do inadimplente sem que o Estado tenha recebido nada. Ainda na esfera dos recursos, cada agravo, recurso extraordinário, recurso especial ou embargo de declaração pede 332 dias para apreciação, atrasando a baixa definitiva do processo em 175 dias, representando um incremento de 507 dias no tempo total de tramitação. Finalizados tais meios de defesa, a sentença pedirá outros 243 dias para ser preparada e devidamente publicada.

> Consequentemente, o tempo médio total de tramitação de um 'processo de execução fiscal médio' é de 2.989 dias, ou seja, 8 anos, 2 meses e 9 dias. Note-se que essa e uma media provável, produzida em função da frequência media provável e do tempo médio provável das etapas que compõem o executivo fiscal [286].

Visto o acima expresso, a execução fiscal na Justiça Federal é muito demorada, com ocorrências principais, como a citação, insurgindo em um "imenso gargalo inicial", a qual, dada sua inoperância, paralisa todo o processamento executório. O próprio IPEA reconhece esse como um dos grandes empecilhos a serem vencidos, uma vez que em 43,5% das vezes o devedor simplesmente não é encontrado pelo sistema de justiça[287].

Prosseguindo na avaliação do tempo desprendido, chegamos à participação e aos efeitos da mão de obra dos servidores abrangidos

---

286 IPEA. **Custo unitário do processo de execução fiscal na justiça federal**. Brasília: IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2011. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_ipea_exec_fiscal.pdf. Acesso em: 18 jan. 2012, p.41-42.

287 IPEA. **Custo unitário do processo de execução fiscal na justiça federal**. Brasília: IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2011. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_ipea_exec_fiscal.pdf. Acesso em: 18 jan. 2012, p.32.

pelo processo, e os resultados divulgados pelo IPEA são curiosos. Senão, vejamos. Mesmo verificado que o tempo que a execução fiscal consome é da ordem de quase 3.000 dias, totalizando 8 longos anos, o trabalho das pessoas que com ela lidam consome, em média, apenas 646,2 minutos, ou seja 10 horas e 46 minutos[288]. Dada a imensa distância entre os dois elementos fáticos, algumas reflexões mostram-se imprescindíveis de serem feitas.

Primeiramente, perdas em eficiência são correlatas ao trabalho humano, qualquer que seja ele. Se a pessoa trabalha 6 horas por dia, e vem a gastar somente 20 minutos por processo, ela não é obrigada a, digamos, autuar 15 processos por dia, haja vista que, "como não é uma máquina, não pode existir a expectativa razoável de que o servidor passe todo o seu período de trabalho executando exclusivamente sua atividade-fim" [289]. É simples assim, pois ninguém é um autômato, a depender de um aperto de botão para ligar ou desligar, para realizar ou não algo útil.

Em segundo lugar, a realização das tarefas processuais não compõe uma linha de produção industrial, retilínea e sem modificações, muito pelo contrário, até porque cada fase depende da anterior para que possa se dar prosseguimento ao próximo ato, sendo comum a intervenção em atividades do mesmo tipo (por exemplo, juntada, cargas ao exequente etc.), as quais são realizadas em grandes blocos, o que envolve uma organização do trabalho voltada para o acumulo de autos que se encontram em determinada etapa do processamento para que haja movimen-

---

288 IPEA. **Custo unitário do processo de execução fiscal na justiça federal**. Brasília: IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2011. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_ipea_exec_fiscal.pdf. Acesso em: 18 jan. 2012, p.42.

289 IPEA. **Custo unitário do processo de execução fiscal na justiça federal**. Brasília: IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2011. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_ipea_exec_fiscal.pdf. Acesso em: 18 jan. 2012, p.45-46.

tação conjunta com outros na mesma etapa[290]. Logo, é um equívoco exigir que a Justiça adquira moldes de uma operação sequencial, o que iria de encontro ao seu próprio funcionamento.

Em terceiro lugar, o "tempo morto" do processo, qual seja aquele em que nada lhe é acrescentado, em que nenhum passo é tomado rumo à sua conclusão, ficando parado, deve-se, às vezes, aos períodos de arquivamento provisório por ordem do exequente, ou na ocorrência de prazos processuais em benefício das partes, o que é normal, em respeito à legislação[291].

Destarte, verifica-se que a morosidade do processo de execução fiscal, na Justiça Federal, tem causa, em parte, no modo como é gerenciado o trabalho desenvolvido pelos servidores públicos nas Varas da Fazenda Pública. E uma cultura organizacional burocrática e formalista não se coaduna com a modernidade legal, de maneira que não são apenas os prazos, ritos e fases recursais, prescritas à Lei nº 6.830/1980, os únicos culpados pelo aumento do tempo de processamento. As perdas temporais nas rotinas administrativas são tão prejudiciais quanto.

Nesse ínterim, a adequação da mão de obra, por intermédio da atribuição de um maior dinamismo à sua atuação, com a correlata adoção de uma sistemática que permita o melhor aproveitamento do espaço ocioso do processo, especializando-se as funções, com a preciosa cooperação intersetorial, empregando-se ao máximo as tecnologias relacionadas à informação, e direcionando-se esforços para etapas como a citação e a penhora, são algumas das iniciativas propícias a deflagrar uma revolução no trato dessas ações.

---

290 IPEA. **Custo unitário do processo de execução fiscal na justiça federal**. Brasília: IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2011. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_ipea_exec_fiscal.pdf. Acesso em: 18 jan. 2012, p.46.

291 IPEA. **Custo unitário do processo de execução fiscal na justiça federal**. Brasília: IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2011. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_ipea_exec_fiscal.pdf. Acesso em: 18 jan. 2012.

Ainda no estudo das causas do problema envolvendo a execução fiscal e o tempo de sua realização, alcançamos outro ponto relevante, que é a existência de dois patamares distintos: o processo administrativo, que é de competência de órgãos como a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional e a Procuradoria Geral Federal, e o processo judicial, nas Varas da Fazenda Pública da Justiça Federal. Cada uma dessas instâncias de cobrança tem a referida e inescusável parcela de culpa no quadro atual de inadimplência, e os hodiernos obstáculos a se superar no caminho da melhora do procedimento e do consequente aumento da arrecadação acabam por serem os que desde sempre atravancam a solução rápida e eficaz de uma situação dessas, como veremos em seguida[292].

Existe, em nosso país, uma duplicidade de instâncias em matéria tributária: a administrativa e a judicial. Quanto à atuação da Fazenda Nacional, todos os ditames legais são observados, assegurando-se ao sujeito passivo o amplo direito de defesa, inclusive com recurso para esferas superiores. Por sua vez, mesmo reconhecida a completude do processo administrativo, garante-se concomitantemente ao contribuinte o acesso ao Judiciário. E o Fisco, embora realize seus próprios julgamentos, só encontrará eficácia na cobrança, e a posterior arrecadação dos valores, por intermédio da competente execução fiscal, perante o Poder Judiciário[293]. Logo, esse traço característico gera uma curiosa situação, à medida que "as duas instâncias atuam de forma muito independente, quase como se fossem mundos à parte" [294].

---

292 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Inter-relações entre o processo administrativo e judicial (em matéria fiscal) a partir da identificação de contenciosos cuja solução deveria ser tentada previamente na esfera administrativa: relatório final**. v.1. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Conselho Nacional de Justiça, 2011b.

293 KFOURI JÚNIOR, Anis. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2010.

294 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Inter-relações entre o processo administrativo e judicial (em matéria fiscal) a partir da identificação de contenciosos cuja solução deveria ser tentada previamente na esfera administrativa: relatório final**. v.1. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Conselho Nacional de Justiça, 2011b, p.20.

São universos que não operam em regime de colaboração, mas que seguem lado a lado. Não se comunicam e ainda concorrem entre si. A produção de provas, no âmbito do Fisco, não serve para fins judiciais. Além disso, a "cultura jurídica" consolidada aumenta o conflito entre esses dois campos, uma vez que o contribuinte visualiza na esfera administrativa tendência decisória a favor do Fisco, voltada para os cofres estatais. De outro lado, para esse mesmo contribuinte, o Judiciário surge como um porto seguro, uma "luz de esperança", onde o tratamento dispensado, em sentido oposto, tende a ser mais sensível ao elo mais fraco dessa relação, qual seja o cidadão comum. Para tanto, igualmente distingue-se um aspecto misto em ambas. As procuradorias públicas, em sua atuação, administram o direito público, e a Justiça, perseguindo a neutralidade de suas sentenças, possui Varas especializadas, até para dedicar esforços e profissionais a esse setor[295].

Tudo isso consome tempo, e a fase passada diante do Fisco, além de demorada, submete-se ao posterior crivo judicial. O cidadão, assumidamente inadimplente, procura esgotar as vias recursais administrativas que lhe são facultadas, para, só depois, rediscutir tudo novamente no Judiciário. E a dificuldade premente é que o devedor pode traçar, em atitude protelatória, os dois caminhos. Portanto, ao tempo de processamento da execução fiscal deve ser acrescida a média dos 4 anos em que a cobrança por parte do Executivo não logra êxito. Por sinal, é atitude recorrente das Administrações Fazendárias, ao constatar que créditos irão se perder, devido à prescrição, edificar os respectivos processos de execução, aos milhares, de uma única vez, e remetê-los à Justiça, congestionando ainda mais esse Poder julgador. Observado isso, conclui-se que, aos 8 anos, 2

---

295 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Inter-relações entre o processo administrativo e judicial (em matéria fiscal) a partir da identificação de contenciosos cuja solução deveria ser tentada previamente na esfera administrativa: relatório final**. v.1. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Conselho Nacional de Justiça, 2011b.

meses e 9 dias declarados pelo IPEA, devem ser somados os quatro anos despendidos pelo Fisco, o que nos leva a afirmar que um crédito tributário da União pode não achar quitação antes de, no mínimo, 12 anos.

5) VALORES COBRADOS *VERSUS* VALORES AREECADADOS: DISTANCIAMENTO DA REALIDADE

Em 2012, a União, no estoque de sua dívida ativa, administrada pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, tinha a quantia de R$ 1.104.963.098.381,66 a receber, valor que significou um acréscimo nominal de quase R$ 149 bilhões na comparação com o ano anterior, onde os créditos vencidos e não pagos somavam R$ 956 bilhões[296] . No período entre o biênio 2011/2012, a arrecadação só abrangeu 1,37% do montante, ou seja, apenas R$ 13.636.907.233,73 foram recuperados. Ainda em 2011, os créditos tributários não previdenciários em execução fiscal na Justiça Federal totalizavam R$ 652 bilhões, aí considerados os parcelados e os não parcelados, estes em volume quase seis vezes maior do que aqueles, ou R$ 98 bilhões e R$ 554 bilhões, respectivamente[297] . Pior é a constatação de que a efetiva arrecadação vivenciou uma queda, já que, em 2009, esta foi de mais de R$ 17 bilhões. Quer dizer, cresceu a dívida e também a quantidade de processos, porém o que foi coletado experimentou uma diminuição de mais de R$ 4 bilhões em dois anos[298] .

---

296 PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL. **Dívida ativa da União: evolução no relacionamento com os órgãos de origem**. Brasília: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – PGFN, 2013. Disponível em: http://www.pgfn.fazenda.gov.br/divida-ativa-da-uniao/ementario-da-dau/Evolucao%20no%20relacionamento%20com%20os%20orgaos%20de%20origem%20-%20Revisado.pdf. Acesso em: 01 dez. 2013, p.4.

297 MINISTÉRIO DA FAZENDA. **Balanço geral da União**. Brasília: Ministério da Fazenda; Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional; Departamento de Gestão da Dívida Ativa da União; Coordenação-Geral da Dívida Ativa da União, 2011.

298 MINISTÉRIO DA FAZENDA. **Balanço geral da União**. Brasília: Ministério da Fazenda; Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional; Departamento de Gestão da Dívida Ativa da União; Coordenação-Geral da Dívida Ativa da União, 2009.

Os números anteriormente expostos são assustadores, mas repercutem o volume de trabalho enfrentado pelas Procuradorias e pelas Varas da Fazenda Pública Federal. Considerando que a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional contava com 1.996 procuradores no fim de 2011, verifica-se que cada um desses funcionários arrecadou, em média, R$ 12,7 milhões, evitando-se a perda de R$ 277,652 bilhões[299] .

Prosseguindo, haveremos de entender que a pesquisa realizada para a confecção do presente artigo científico abrange a quantidade de processos executórios fiscais de nível federal, de origem tributária e previdenciária, parcelados ou não, pendentes de resolução, com créditos vencidos e nunca quitados, e que se prestam a congestionar o sistema de cobrança judicial.

Precisa-se arrazoar que ações desse porte, enquanto perpassem nos tribunais os 8 anos estipulados pelo IPEA, encerram direito da União que não adentra aos cofres públicos, por lentidão e ineficiência, frustrando a arrecadação e prejudicando a sociedade, pois a recuperação de, digamos, um percentual de 10% desses mais de R$ 1 trilhão, representaria R$ 100 bilhões em investimentos possíveis de ganharem realidade, o que, convenhamos, viria a ser uma revolução fiscal sem precedentes históricos, haja vista que o retorno social dos tributos poderia tornar-se evidente, com avanço significativo nas obras e nos serviços públicos entregues à população.

Também há que se mencionar que as soluções das execuções fiscais, transitadas em julgado na Justiça Federal, chamam a atenção, pois não é por questões atinentes a custo ou tempo que tais processos não resultam em nada. Em 33,9% dos casos a baixa ocorre em razão do pagamento integral da dívida, índice que aumenta para 45% quando a

---

299 SIMÃO, Edna. Apesar dos programas de parcelamento, dívida ativa da União sobe 13,4% em 2011. **Valor econômico**. São Paulo, 21 mar. 2012. Disponível em: http://www.valor.com.br/login?destination+/brasil/2579792/apesar-dos-programas-de-parcelamento-divida-ativa-da-uniao-sobe-134-em-2011. Acesso em: 25/02/2013.

citação obtém sucesso. Em seguida, vem o cancelamento da inscrição do débito (17%), a extinção sem julgamento do mérito (11,5%), a remissão (8%), o julgamento de embargos (1,3%), exceção de pré-executividade (0,3%) e o declínio de competência (0,2%). Ao final, apenas 12,3% das sentenças proferidas são recorridas pelo exequente[300]. Pergunta-se: então, porque tamanha demora em resolver tais processos?

Na busca da resposta, esses dados nos conduzem a ponderar sobre dois outros aspectos. Um deles é que o volume de executivos fiscais extintos por pagamento ou prescrição e decadência é praticamente o mesmo, o que indica que a probabilidade de o executivo fiscal obter êxito ou fracassar é quase idêntica. O outro diz repeito à extinção por pagamento, onde se tem que a quitação do débito em parcela única ocorre em 41,3% dos casos, enquanto que a adesão e o fiel cumprimento a programa de parcelamento da divida representam 36,3%[301].

6) CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em suma, o número de devedores que recorrem é baixo, e a taxa de reforma das sentenças é menor ainda, com o pagamento sendo a principal causa de extinção dos processos. Divisa-se, portanto, que é sim a ineficiência no processamento das ações perante a Justiça o que congestiona o sistema de cobrança, pois, se a resistência do inadimplente é estatisticamente baixa, não haveria outros motivos para o alto estoque de valores presos às execuções fiscais, senão os enumerados aos itens

---

300 IPEA. **Custo unitário do processo de execução fiscal na justiça federal**. Brasília: IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2011. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_ipea_exec_fiscal.pdf. Acesso em: 18 jan. 2012.

301 IPEA. **Custo unitário do processo de execução fiscal na justiça federal**. Brasília: IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2011. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_ipea_exec_fiscal.pdf. Acesso em: 18 jan. 2012.

anteriormente abordados, provando as hipóteses levantadas, quais sejam às relativas à má gestão do Fisco e do Judiciário.

Se o processo não concretiza a Justiça, descumpre sua função de aplicação da lei. E é a cidadania que resta diminuída, com a sociedade e o Estado acabando prejudicados. "Numa palavra: onde houver injustiça fiscal, lá estarão os comportamentos de resistência aos impostos, o que significa dizer que não há eficiência injusta que seja eficiente, já que só a justiça é eficiente" [302]. "A existência de um Estado democrático e republicano comprometido com a efetivação dos direitos e garantias sociais abrigados em nossa carta fundamental depende, em grande medida, da eficiência de sua arrecadação e execução orçamentária" [303]. Alberto Nogueira[304] estava certo ao reconhecer que, "a situação hoje vivenciada no Brasil não tem a menor semelhança ou sequer ponto de contato com o devido processo legal tributário, constituindo-se, ao contrário, em negação de sua existência". E é com isso em mente que, seguindo rumo ao que deveria ser um sistema tributário próximo do ideal, a Justiça haverá de funcionar a contento, reconhecendo e atendendo aos anseios do Fisco e do contribuinte.

Nas palavras de Bertolt Brecht, "apenas quando somos instruídos pela realidade é que podemos mudá-la" [305]. De posse desse axioma, conhecer mais a respeito das dificuldades enfrentadas pelo Estado no processamento de execuções fiscais, por tudo que fora dito aqui, inaugu-

---

302 PAULA, Marcos Aurélio Borges de. Por um direito tributário *justo*, *seguro e eficiente* (parte II). **Revista brasileira de direito tributário e finanças públicas**. Porto Alegre: Magister; São Paulo: Centro de Extensão Universitária, Ano 3, n.12, p.30-51, jan./fev. 2009.

303 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Estudo sobre execuções fiscais no Brasil**. São Paulo: Ministério da Justiça – Secretaria de Reforma do Judiciário, 2007, p.7.

304 NOGUEIRA, Alberto. **O devido processo legal tributário**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.113.

305 BARELLI, Ettore; PENNACCHIETTI, Sergio. **Dicionário das citações: 5000 citações de todas as literaturas antigas e modernas com o texto original**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p.485.

ra a oportunidade de fomentar a reflexão, estabelecendo os pilares de um futuro debate, apto a transformar a sociedade, resolvendo o caos tributário em que nos achamos imersos. Tocqueville raciocinou que "o passado, quando não mais ilumina o futuro, deixa o espírito andando nas trevas" [306]. Henry Ford asseverou: "o fracasso é a oportunidade de começar de novo inteligentemente" [307]. Seguindo essa estrada renovatória, algumas importantes atitudes sobressaem às demais, de maneira que verticalizar uma resolução plausível deve ser a meta de qualquer governo que se preze.

"A Administração Tributária tem de fazer parte da solução e não do problema. Para tanto, os funcionários desta Administração devem se conscientizar de que não são apenas servidores do Estado, mas também assistentes dos cidadãos" [308]. Minimizar a sobrecarga de trabalho das advocacias e procuradorias públicas, enfrentar as causas do congestionamento do Judiciário, repensar o tempo das ações, gerir melhor os recursos humanos e materiais disponíveis e conscientizar-se sobre os custos envolvidos na cobrança da dívida ativa da União são apenas parcelas do desafio.

Terminando, é contraproducente persistir com um modelo inoperante como o que nos deparamos atualmente. Não obstante, mudar a estrutura de cobrança do Fisco e aperfeiçoar o funcionamento do Judiciário para que se possa arrecadar mais, com as desejadas eficiência e eficácia, respeitando o cidadão, enquanto usuário final do sistema, e estimulando o desenvolvimento do país, constituem as ideias a que se propôs a explicar e analisar o artigo que agora se encerra.

---

306 OST, François. **O tempo do direito**. Bauru, SP: Edusc, 2005, p.10.

307 GUARACY, Thales. **Máximas: para os negócios e sua vida pessoal**. São Paulo: Negócio Editora, 2001, p.88.

308 PAULA, Marcos Aurélio Borges de. Por um direito tributário justo, seguro e eficiente (parte II). **Revista brasileira de direito tributário e finanças públicas**. Porto Alegre: Magister; São Paulo: Centro de Extensão Universitária, Ano 3, n.12, p.30-51, jan./fev. 2009, p.44.

7) REFERÊNCIAS

BARELLI, Ettore; PENNACCHIETTI, Sergio. **Dicionário das citações: 5000 citações de todas as literaturas antigas e modernas com o texto original**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **A execução fiscal no Brasil e o impacto no Judiciário**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça – Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2011a. Disponível em: www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciárias/Publicacoes/pesq_sintese_exec_fiscal_dpj.pdf. Acesso em: 22 mar. 2012.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Inter-relações entre o processo administrativo e judicial (em matéria fiscal) a partir da identificação de contenciosos cuja solução deveria ser tentada previamente na esfera administrativa: relatório final**. v.1. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Conselho Nacional de Justiça, 2011b.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2009: indicadores do Poder Judiciário – Panorama do Judiciário brasileiro**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça - Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números: 2012**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça - Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2012. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/cidadao/publicacoes. Acesso em: 27 mar. 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório sobre o seminário justiça em números 2010**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça – Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2011d.

FERNANDES, Sofia. Ibama gasta mais do que arrecada com cobrança de infrações. **Folhaonline – Jornal Folha de São Paulo**. 30 nov. 2011. Disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/ambiente/

1014287-ibama-gasta-mais-do-que-arrecada-com-cobranca-de-infracoes.shtml. Acesso em: 24 jun. 2012.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio; MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque; AZEVEDO, Paulo Furquim. **As inter-relações entre o processo administrativo e o judicial, sob a perspectiva da segurança jurídica do plano da concorrência econômica e da eficácia da regulação pública: relatório final da pesquisa**. São Paulo: USP – Universidade de São Paulo, CNJ – Conselho Nacional de Justiça, 2009.

GOMES, Marcus Lívio. Perspectivas para a execução fiscal no Brasil: execução fiscal judicial x execução fiscal administrativa – qual o melhor caminho? **Revista CEJ / Conselho da Justiça Federal - Centro de Estudos Judiciários**. Ano XIII. n.45. Brasília: Conselho da Justiça Federal, abr./jun. 2009, p.86-101.

GUARACY, Thales. **Máximas: para os negócios e sua vida pessoal**. São Paulo: Negócio Editora, 2001.

IPEA. Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN). **Comunicados do IPEA**. nº 127. Brasília: IPEA, jan. 2012.

IPEA. **Custo unitário do processo de execução fiscal na justiça federal**. Brasília: IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2011b. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_ipea_exec_fiscal.pdf. Acesso em: 18 jan. 2012.

KFOURI JÚNIOR, Anis. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MELO, Carlos Francisco Lopes Melo. Execução fiscal administrativa à luz da Constituição Federal. **Revista da AGU – Advocacia-Geral da União**. Ano X. n. 31. Brasília-DF, jan./mar. 2012, p.109-142.

MINISTÉRIO DA FAZENDA. **Balanço geral da União**. Brasília: Ministério da Fazenda; Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional;

Departamento de Gestão da Dívida Ativa da União; Coordenação-Geral da Dívida Ativa da União, 2009.

MINISTÉRIO DA FAZENDA. **Balanço geral da União**. Brasília: Ministério da Fazenda; Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional; Departamento de Gestão da Dívida Ativa da União; Coordenação-Geral da Dívida Ativa da União, 2011.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Estudo sobre execuções fiscais no Brasil**. São Paulo: Ministério da Justiça – Secretaria de Reforma do Judiciário, 2007.

NOGUEIRA, Alberto. **O devido processo legal tributário**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

OST, François. **O tempo do direito**. Bauru, SP: Edusc, 2005.

PAULA, Marcos Aurélio Borges de. Por um direito tributário *justo, seguro e eficiente* (parte II). **Revista brasileira de direito tributário e finanças públicas**. Porto Alegre: Magister; São Paulo: Centro de Extensão Universitária, Ano 3, n.12, p.30-51, jan./fev. 2009.

PEREIRA, Micheli. O mau funcionamento do Poder Judiciário como empecilho ao desenvolvimento econômico brasileiro. **Constituição, economia e desenvolvimento: revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2010, n.2, jan./jun., p.52-85.

PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL. **Dívida ativa da União: evolução no relacionamento com os órgãos de origem**. Brasília: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – PGFN, 2013. Disponível em: http://www.pgfn.fazenda.gov.br/divida-ativa-da-uniao/ementario-da-dau/Evolucao%20no%20relacionamento%20com%20os%20orgaos%20de%20origem%20-%20Revisado.pdf. Acesso em: 01 dez. 2013.

SIMÃO, Edna. Apesar dos programas de parcelamento, dívida ativa da União sobe 13,4% em 2011. **Valor econômico**. São Paulo, 21 mar. 2012. Disponível em: http://www.valor.com.br/login?destination+/brasil/2579792/apesar-dos-programas-de-parcelamento-divida-ativa-da-uniao-sobe-134-em-2011. Acesso em: 25/02/2013.

LIMITES NA AFERIÇÃO DA CAPACIDADE TÉCNICO-OPERACIONAL NA FASE DE HABILITAÇÃO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO: INCOMPATIBILIDADE ENTRE A CNAE E O OBJETO LICITADO.

LEONARDO TELES DE OLIVEIRA

Pós-Graduado em Direito do Estado pela Faculdade Social da Bahia - FSC. Vice-Presidente da Associação de Procuradores do Município de João Pessoa - APJP. Procurador do Município de João Pessoa/PB, com atuação na Procuradoria Administrativa. Corregedor-Geral da Procuradoria do Município de João Pessoa.

RESUMO

A legislação de regência impõe relevantes limites à administração pública na condução dos procedimentos licitatórios, notadamente no que diz respeito à atividade interna de inserção nos instrumentos convocatórios de requisitos que objetivem aferir a capacidade técnica dos licitantes para executar o objeto de futuro contrato. Trata-se de empreitada das mais relevantes, que perpassa pela busca de um balanceamento que logre prestigiar a máxima amplitude da competitividade e, de igual modo, afastar do certame empresas "aventureiras" que possam provocar sérios danos à coisa pública (consagração palpável do postulado segundo a qual "o máximo exigível deve ser o mínimo necessário"). Aprofundando a meandros práticos insuficientemente explorados acerca desta disciplina, nos deparamos com a corriqueira exigência editalícia da compatibilidade entre as atividades principais e secundárias vinculadas à CNAE (Classificação Nacional de Atividade Econômica) e o objeto licitado. Nesse ponto a jurisprudência dos órgãos de controle é categó-

rica ao preceituar que o impedimento de participação de empresa no certamente motivado, unicamente, pela citada incompatibilidade, caracteriza procedimento alheio às regras da competição, ferindo de "morte" princípios que edificam o espírito do procedimento de contratação pública, a exemplo da isonomia, do respeito à ampliação da concorrência, da vinculação ao instrumento convocatório, da não-surpresa e do formalismo moderado. Essa temerária postura do gestor público que, desprovida de prudência e zelo, insere no instrumento convocatório requisitos que não guardam nexo técnico-jurídico com a complexidade do objeto licitado, viola, em ultima análise, a aspiração maior dessa atividade: a busca da proposta mais vantajosa ao interesse público.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho propõe uma reflexão acerca dos limites da administração pública para a inserção de requisitos que objetivem atestar a aptidão dos licitantes na etapa externa de habilitação, no instrumento convocatório de processos licitatórios. Tal atividade deverá ser norteada da precaução necessária à manutenção de um equilíbrio que garanta a exigência do mínimo indispensável para se atestar a aptidão da empresa interessada na execução do futuro contrato frente ao objeto licitado.

No decorrer do estudo ficará claro que as condições para a habilitação, não podem constituir cláusulas restritivas, impertinentes ou irrelevantes, sob pena de descambarem para a nulidade do certame. O consciente arrefecimento das citadas exigências, além de minimizar a burocracia e os ônus dos licitantes, prestigia a ampliação da competitividade e a possibilidade de obtenção da proposta mais vantajosa.

Frise-se, contudo, que não se aspira defender a redução dos pré-requisitos de habilitação a ponto de autorizar a participação de empresas que apresentem riscos de não honrar com a execução do objeto licitado. A ampliação da competitividade não pode ser implementada indiscriminadamente, de modo a comprometer a segurança dos contratos e ensejar prejuízos ao Poder Público. Deve-se encontrar o balanceamento necessário para esta importante atividade.

Após a aferição de limites às exigências de habilitação, o exame se concentrará na (i)legalidade da exclusão de eventual licitante, motivada, unicamente, pela incompatibilidade entre a atividade econômica descrita na sua subclasse CNAE (Classificação Nacional de Atividades Econômicas) e o objeto licitado. A partir da análise da doutrina e jurisprudência dos órgãos de controle será possível arrematar se a proeminência conferida ao referido cadastro teria o condão de impedir a participação de interessados no certame.

2. FASE DE HABILITAÇÃO. COMPROVAÇÃO DA CAPACIDADE TÉCNICO-OPERACIONAL PARA EXECUTAR O OBJETO LICITADO. EXIGÊNCIAS PREVISTAS NA LEI DE LICITAÇÕES. LIMITES IMPOSTOS.

A habilitação é etapa da fase externa do processo de contratação em que a administração verifica se os licitantes ostentam condições de celebrar e executar futuro contrato. Trata-se do saneamento do certame, que tem por finalidade aferir as qualidades pessoais dos interessados de modo a afastar eventuais vícios de legitimidade dos concorrentes.

Nesse contexto, ao tratar das reduções dos riscos envolvidos em qualquer contratação pública, Renato Geraldo Mendes assim leciona:

> A existência de uma etapa destinada à análise das condições pessoais do licitante justifica-se na medida em que não é permitida a realização de um contrato sem que se reconheça a idoneidade do licitante e sua plena capacidade para suportar o encargo definido. Saber se o particular tem condições para executar o objeto nos moldes em que exige a Administração é fundamental para redução dos riscos envolvidos na contratação. É possível afirmar, então, que a verificação dos aspectos relativos à pessoa dos licitantes tem dupla função: identificar o titular da proposta potencialmente vantajosa sob o ponto de vista das condições pessoais, bem como minimizar os riscos da contratação por meio de verificação prévia das condições técnicas indispensáveis ao cumprimento da obrigação contratual.[309]

---

309 MENDES, Renato Geraldo. Lei de Licitações e Contratos Anotada. 9. ed. Curitiba: Zênite, 2013. p. 529.

Nesta etapa procedimental os interessados em executar o objeto licitado deverão comprovar documentalmente que preenchem todos os requisitos de habilitação dispostos no art. 27, da Lei nº 8.666/93[310] , quais sejam: habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e trabalhista, e o cumprimento do disposto no art. 7º, XXXIII[311] , da Constituição Federal.

O exame da capacidade técnica não é discricionário. O art. 30 da Lei nº 8.666/1993 estabelece rol taxativo referente à documentação que deverá ser exigida na comprovação da aptidão do interessado para executar o objeto licitado. A respeito da sua abrangência, José Calasans Junior observa a existência de três relevantes aspectos:

> A qualificação técnica abrange três aspectos: (a) habilitação legal para o exercício da atividade profissional correspondente aos trabalhos ou fornecimento a serem executados (*capacidade genérica*); (b) aptidão para desempenhar a atividade relativa a obra, serviço ou fornecimento objetivado na licitação (*capacidade específica*); (c) disponibilidade de pessoal, ferramentas e equipamentos adequados para bem executar o contrato (*capacidade operativa*).[312]

O segundo aspecto, também denominado de **capacidade técnico-operacional**, encontra guarida no art. 30, II e parágrafos, da Lei de Licitações. Passo a transcrever os trechos da referida norma de maior relevo acerca da matéria:

---

310 Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a: I - habilitação jurídica; II - qualificação técnica; III - qualificação econômico-financeira; IV – regularidade fiscal e trabalhista; V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7o da Constituição Federal.

311 Art. 7º XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.

312 JUNIOR, José Calasans. Manual da licitação. São Paulo: Atlas, 2009, p. 68.

"Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

II - **comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos**;

III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

§ 1o **A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado**, **devidamente registrados nas entidades profissionais competentes,** limitadas as exigências a:

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;

> [...]
> § 3o Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior.
> § 4o Nas licitações para fornecimento de bens, a comprovação de aptidão, quando for o caso, será feita através de atestados fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado.
> § 5o É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação. (grifo nosso).

Portanto, a fim de atestar a aptidão do licitante para execução do futuro contrato, o edital poderá prever a necessidade de apresentação de atestados, objetivando a comprovação mínima da competência para desempenho das atividades pertinentes e compatíveis com o objeto licitado, no que tange às características, quantidades e prazos, além da indicação das instalações e dos aparelhamentos.

Porém, importa advertir que as exigências para a comprovação da capacidade técnica devem ser norteadas pelos limites estabelecidos no art. 37, XXI, *in fine*, da Constituição Federal, de modo que somente o indispensável ao cumprimento da obrigação é que poderá ser cobrado dos licitantes. Segue transcrição do dispositivo citado:

> Art. 37. XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual **somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.**

Dessa forma, tudo que for imprescindível para garantir a plena necessidade da administração e extirpar potencial risco, pode ser exigido como encargo ou condição habilitatória. Logo, é razoável afirmar que o legislador pretendeu garantir a competitividade por meio da ampla participação dos licitantes, ao exigir o mínimo indispensável e não o máximo possível.

Nesse ponto, importante ressaltar as lições do ilustre doutrinador Marçal Justen Filho, que na sua obra "Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos" assim preceitua acerca do objeto em questão:

> Vale insistir acerca da inconstitucionalidade das exigências excessivas, no tocante a qualificação técnica [...] Essa competência discricionária não pode ser utilizada para frustrar a vontade constitucional de garantir o mais amplo acesso aos licitantes, tal como já exposto acima. A administração apenas está autorizada a estabelecer exigências aptas a evidenciar a execução anterior de objeto similar. Vale dizer, sequer se autoriza a exigência de objeto idêntico.[313]

Há muito o Tribunal de Contas da União vem se posicionando no sentido de que a Lei de Licitações reduziu a margem de liberdade da administração na análise da qualificação técnica, de modo a evitar que exigências formais e desnecessárias se tornem instrumentos de restrição indevida à liberdade de participação nos procedimentos licitatórios[314] .

---

313 JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos - 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

314 A Administração Pública, para fins de habilitação, deve se ater ao rol dos documentos constantes dos arts. 28 a 31, não sendo lícito exigir outro documento ali não elencado (TCU, Decisão nº 523/1997, Plenário, Rel. Min. Raimundo Carneiro, DOU de 28.05.2007). As *exigências* de qualificação *técnica,* sejam elas de caráter técnico profissional ou técnico operacional, portanto, não devem ser desarrazoadas a ponto de comprometer a natureza de competição que deve permear os processos licitatórios realizados pela Administração Pública. Devem constituir tão somente garantia mínima suficiente para que o futuro contratado demonstre, previamente, *capacidade* para cumprir as obrigações contratuais (TCU, Acórdão nº 868/2016, Plenário, Rel. Min. Augusto Sherman, Ata 12, 13 de abril de 2016).

Em idêntico sentido, ao discorrer acerca das exigências para qualificação técnica e econômico-financeira, o professor Paulo Sérgio de Monteiro Reis encerra brilhante análise:

> O que o legislador dispôs, então, no *caput* dos artigos 30 e 31 da chamada Lei de Licitações não pode ser interpretado de outra forma: ali estão relacionadas as exigências máximas que poderão ser feitas no que se refere à qualificação técnica e econômico-financeira. Terá, então, o licitador a obrigação de examinar, nesse rol de exigências máximas, o que é, efetivamente, indispensável ao cumprimento das obrigações que serão contratadas naquele caso específico. [...] Não pode, portanto, ultrapassar o limite estabelecido nos artigos 30 e 31; mas pode e deve, obrigatoriamente, exigir, dentro das relações que eles trazem, tão-somente o que for indispensável naquela licitação específica. Agir de outro modo parece-nos descumprir preceito constitucional.[315]

Frise-se, contudo, a existência de corrente que advogada a tese de que a existência de regra limitadora com fundamento na legislação infraconstitucional não impede o surgimento de exceções que encontram guarida no texto constitucional. Na quase totalidade dos casos os documentos descritos em lei seriam suficientes para que a administração apure a idoneidade e capacidade dos interessados, porém não se poderia ignorar o acréscimo de exigências em outras situações consideradas excepcionais.

Porém, em que pese a tímida existência da referida linha de pensamento, prevalece o entendimento na doutrina e jurisprudência do Tribunal de Contas da União que a administração não deve formular, em habilita-

---

315 REIS, Paulo Sérgio de Monteiro. As exigências para qualificação técnica e econômico-financeira nos processos licitatórios. Revista Zênite de Licitações e Contratos - ILC, Curitiba: Zênite, n. 82, p. 996, dez. 2000, seção Doutrina/Perecer.

ção, exigências que não estejam expressamente autorizadas em lei, em atenção ao princípio da legalidade que rege os atos administrativos. Nesse sentido, além da larga doutrina já citada acrescente-se o posicionamento de Joel de Menezes Niebuhr[316] e Carlos Pinto Coelho Motta[317].

O certo é que, independente da corrente ombreada, é consenso que as condições exigidas, legalmente arroladas ou não, devem guardar total pertinência com objeto licitado e, principalmente, ser indispensáveis ao cumprimento das obrigações contratuais. Deste modo, evita-se a restrição demasiada da disputa e permite-se ampla participação na competição, que, em ultima análise, possibilita o alcance da proposta mais vantajosa e o consequente atendimento do interesse público.

Nessa toada é cogente a referência ao art. 3º, §1º, I, da Lei nº 8.666/93, que preceitua com pujança a vedação aos os agentes públicos de praticarem atos tendentes a restringir ou frustrar o caráter competitivo do certame. Vejamos:

> Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.
>
> **§ 1º É vedado aos agentes públicos:**
>
> **I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frus-**

316 NIEBHUR, Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo. 3. ed. São Paulo: Fórum, 2013, p. 395.

317 MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Eficácia nas Licitações e Contratos. São Paulo: Del Rey, 2011, p. 256-257.

trem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5o a 12 deste artigo e no art. 3o da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991.

Em suma, conquanto não exista, na Lei Geral de Licitações, limitação específica às requisições para comprovação da capacitação técnico-operacional, a discricionariedade da administração encontra-se cingida aos limites do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, que somente admite exigências de qualificação técnica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Interpretar a legislação com essa baliza garante a plena deferência ao postulado brilhantemente defendido por Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães segundo o qual "o máximo exigível deve ser o mínimo necessário".[318]

3. NECESSIDADE DE COMPATIBILIDADE DA ATIVIDADE DESCRITA NA CNAE E O OBJETO LICITADO NA ANÁLISE DA HABILITAÇÃO. POSIÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - TCU. CASO PRÁTICO.

Solidificado o estudo dos limites impostos à administração, na fase de habilitação do processo de contratação pública, notadamente quanto às exigências pré-estabelecidas para que se possa atestar a idoneidade e

---

318 MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. A Lei Geral de Licitação - LGL e o Regime Diferenciado de Contratação - RDC. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 294-295.

aptidão dos interessados no desempenho das obrigações vindouras, passo à análise de situação específica que não encontra eco na doutrina especializada e é escassamente encarada pela jurisprudência dos órgãos de controle.

Na prática administrativa é cada vez mais frequente, na etapa de habilitação, em que pese os cristalinos limites à inovação para aferição da capacidade técnica dos interessados, a exigência editalícia da **compatibilidade entre as atividades principais e secundarias referentes a CNAE (Classificação Nacional de Atividade Econômica) e o objeto licitado**. Ainda, quando o edital não prescreve tal imperativo, em muitas ocasiões a administração leva em conta a referida classificação para atestar a aptidão do licitante para execução do contrato futuro.

Antes de adentrar aos meandros da matéria, importa esclarecer o significado do termo CNAE, bem como as utilidades práticas dessa classificação.

A classificação Nacional das Atividades Econômicas - CNAE foi adotada com o objetivo de unificar os códigos de identificação das unidades produtivas do país nos cadastros e registros da administração pública nas três esferas de governo, em especial na área tributária. Objetivou-se contribuir para a melhoria da qualidade dos sistemas de informação que dão suporte às decisões e ações do Estado, possibilitando, ainda, a maior articulação inter sistemas.[319]

Essa classificação foi desenvolvida sob a coordenação do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE[320], tendo sido criada, posteriormente, a subclasse CNAE pela Receita Federal do Brasil - RFB,

---

319 http://subcomissaocnae.fazenda.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1

320 O desenvolvimento do CNAE pelo IBGE teve como referência a *International Standard Industrial Classification - ISIC*, terceira revisão (REV 3), aprovada pela Comissão Estatística das Nações Unidas em 1989 e recomendada como instrumento de harmonização na produção e disseminação das estatísticas econômicas no âmbito internacional.

com a participação de representantes dos Estados e das Capitais, e a consequente aprovação da Resolução IBGE/CONCLA Nº. 01 de 25/06/1998[321] , atualizada de forma recorrente ao longo dos anos.

Todos os agentes econômicos que estão engajados na produção de bens e execução de serviços, sendo privados ou públicos, e até mesmo instituições sem fins lucrativos, poderão adotar o código da subclasse CNAE coincidente com a atividade econômica desenvolvida (principal e secundária). Ressalte-se que o Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas - CNPJ, além de diversas outras informações, conterá os códigos da CNAE e as descrições das atividades principal e secundária do agente econômico.

Diante disto, surgem dois questionamentos relevantes a serem solucionados com a análise da jurisprudência dos órgãos de controle e da doutrina pertinente à matéria: 1º A administração poderá exigir no ato convocatório, como requisito para habilitação do licitante, a coincidência entre a atividade econômica descrita na CNAE e o objeto licitado? 2º Inexistindo previsão editalícia, a administração poderá inabilitar empresa com fundamento na ausência de capacidade técnica motivada pela incompatibilidade da atividade CNAE e o objeto da licitação?

Forçoso abreviar a resolução dos questionamentos e, ato contínuo, demonstrar os argumentos que alicerçam a posição ora defendida. Tanto a cláusula editalícia quanto a praxe administrativa devem ser ex-

---

321 Art.1º Aprovar e divulgar a subdivisão das classes (4 dígitos) da Classificação Nacional de Atividades Econômicas-CNAE para uso da administração tributária federal , estadual e municipal, proposto pela Subcomissão Técnica coordenada pela Secretaria da Receita Federal e com participação de órgãos da administração tributária estadual e de municípios das capitais e do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, que passa a constituir a CNAE-Fiscal. Os códigos de 6 (seis) dígitos específicos da CNAE-Fiscal incorporam os respectivos códigos das classes (4 dígitos) da CNAE a pertencem, acrescendo dois novos dígitos, dentro de ordenamento numérico crescente, com o 99 (noventa e nove) usado para categorias com especificações genéricas (outros) e o 00 (zero zero), para os casos em a classe CNAE não é subdividida. Relação dos códigos específicos da CNAE-Fiscal em anexo

tirpadas, respectivamente, do ato convocatório e da análise da capacidade técnica do licitante, haja vista não encontrarem sustentação legal, nem respaldo constitucional. Como já explicitado, não se pode realizar interpretações extensivas ou analógicas dos requisitos de habilitação, sob pena de embaraçar a competitividade do certame.

Preambularmente, imperioso reforçar que nem a lei, nem a doutrina especializada e nem mesmo a jurisprudência competente, prescrevem a exigência de que atividade principal ou secundária da CANE, adotadas pelas empresas e constantes no seu Cadastro Nacional de Pessoas Jurídica - CNPJ, sejam idênticas ao objeto licitado para autorizar a participação do interessado no processo público de contratação.

No exercício do seu *múnus,* o agente público deverá ponderar quais licitantes estão aptos a executar o contrato almejado, por intermédio da análise do objeto social da empresa (habilitação jurídica) e da comprovação da aptidão técnica, a partir da apresentação de atestados e certidões expedidos por pessoas jurídica de direito público ou privado (qualificação técnica).

Em uma licitação, por exemplo, que vise à contratação de empresa prestadora de serviço de transporte de passageiros, não poderá ser habilitada pessoa jurídica cujo objeto social e experiência anterior relaciona-se à limpeza de prédios públicos, uma vez que sua atuação deverá restringir-se aos limites estabelecidos no contrato social.

Ao enfrentar o tópico em questão o professor Márcio Pestana acentua com clareza solar a necessidade de compatibilidade entre os objetos sociais e o conteúdo da licitação específica:

> É necessário que nos objetos sociais haja a compatibilidade e a previsão de atuação da pessoa jurídica em questão em harmonia com o objeto da licitação e da contratação, devendo ser inabilitada aquela que atue em segmentos ou em domínios estranhos à contratação pretendida pela administração pública.

> Assim, *v.g.*, se o objeto da licitação é a aquisição de canetas esferográficas, por parte da administração, deverá se considerada inabilitada a pessoa jurídica interessada que, no seu contrato social, tenha o único objeto de prestar assessoria financeira a terceiros, ainda que atestados de capacidade técnica venham a ser apresentados juntamente com os demais documentos exigidos pelo instrumento convocatório.[322]

Portanto, a realização pela empresa interessada de atos que extravasem os limites constantes do objeto social evidencia uma atuação irregular por parte da sociedade, possibilitando a feitura de questionamentos jurídicos em seu desfavor. Logo, permitir a habilitação de pessoas jurídicas com tais práticas não é condizente com o bom trato da coisa pública.

Dito de forma diversa, afigura-se perfeitamente compatível com o postulado da razoabilidade, bem como encontra assento nas normas legais que norteiam as contratações públicas, o afastamento do competidor que não detenha objeto social compatível com a atividade licitada.

Por outro lado, caracteriza procedimento alheio às regras da competição impedir a participação de interessado motivado, unicamente, pela incompatibilidade entre as atividades principal e secundária da CNAE e o objeto licitado. Tal prática, além de uma ampliação legalmente não autorizada dos poderes da administração pública, prejudica, em ultima análise, o fim maior da licitação, qual seja: o alcance da proposta mais vantajosa.

Ressalte-se, ainda, que em muitas oportunidades os concorrentes não possuem nem mesmo prévia ciência, em razão da carência de previsão no instrumento convocatório, que a subclasse CNAE será conside-

---

322 PESTANA, Marcio. Licitações Pública no Brasil - Exame Integrado das Leis 8.666/1993 e 10.520/2002. Atlas: São Paulo, 2013, p. 619-620.

rada para fins de aferição da sua aptidão. Outrossim, não é razoável presumir que os participantes possam inferir que tal formalidade cadastral alcance relevância tamanha a ponto de excluí-los do certame.

O Tribunal de Contas da União já exarou entendimentos em casos semelhantes, em que elucida a necessidade da análise conjugada de todo o acervo probatório para se aferir a capacidade da empresa em desenvolver o objeto licitado, não sendo a subclasse CNAE fator determinante para inabilitação dos participantes. Segue transcrição de trechos relevantes do Acórdão nº 1203/2011 – TCU – Plenário, da lavra do Ministro-Relator José Múcio Monteiro, alusivo ao Processo nº TC – 010.459/2008-9:

> [...] **Entendemos que o cadastro de atividades na Receita Federal do Brasil não é motivo suficiente para impedir a participação da empresa**, ainda mais que tal cadastro não era totalmente discrepante do objeto do certame. **É certo que esse cadastro é uma imposição legal e deve estar atualizado, porém em nenhum momento há previsão legal de impedir uma empresa de participar em virtude de uma discrepância desse cadastro. Caberia aos responsáveis a formação de juízo crítico com base em todas as informações apresentadas, especialmente a simples leitura do Contrato Social da empresa representante. Com base nessas informações, e considerando que em licitação as disposições editalícias devem ser interpretadas a fim de garantir a competitividade do certame**, conforme preceitua o parágrafo único, art. 4°, Anexo I, Decreto n° 3.555/2000, não haveria motivos para impedir a participação da empresa Dantas, como acabou por ocorrer. O fato de a empresa Dantas ter atualizado seu cadastro após a sessão do Pregão não é suficiente para apaziguar a irregularidade cometida, pois não cremos que se possa considerar essa atualiza-

ção como confissão da empresa de que estava errada. Quando muito, podemos considerá-la como uma atitude do empresário em atender ao entendimento da Administração, a fim de evitar celeumas futuras.

Assim, **consideramos estar caracterizado o ato praticado com grave infração à norma legal configurado pela inversão das fases do Pregão e pela diminuição da competitividade com base em motivo não suficiente para impedir a participação da empresa representante, motivo pelo qual somos por rejeitar as razões de justificativa apresentadas**, de forma que pode ser aplicada ao responsável a multa prevista no inc II do art. 58 da Lei n° 8.443/92, considerando procedente a Representação quanto a esta ocorrência. O nexo de causalidade constitui-se pelo fato de o Sr. Plínio Ivan Pessoa da Silva ter homologado tal decisão de impedir a participação da empresa representante. [...]

9. **Para fundamentar o ocorrido alega-se a vinculação ao edital, mas não havia declaração expressa de que esse seria o critério de identificação de empresa especializada e, nessas condições, a utilização do CNAE configurou procedimento flagrantemente alheio às regras da competição, significando a ampliação não prevista do poder do pregoeiro de decidir quem participaria do certame**.

10. Até por isso, não faz sentido a alegação de que, se o competidor não estava de acordo com o edital, deveria tê-lo impugnado, já que não se tinha conhecimento do emprego do CNAE para aferir a especialização do concorrente, tampouco era razoável presumir que tal formalidade cadastral serviria a esse fim.

11. **O fato é que, impedida de participar, a representante interpôs o recurso cabível, cujo provimento foi negado, em que apresentava o seu contrato social para demonstrar que atuava em ramo compatível com o do objeto licitado, res-**

> **salvando que a própria Suframa já usufruía dos serviços prestados pela empresa.**
> 12. Enfim, **não havia razão jurídica ou administrativa para conferir-se arbitrariamente tamanha proeminência à formalidade da anotação cadastral, mais até que ao conjunto de fatores que indicavam a aptidão da licitante a participar da competição e a oferecer propostas que aumentariam a sua competitividade**.
> 13. Nessa linha, uma vez que a não aceitação da representante no pregão implicou, no caso concreto, violação de preceitos básicos norteadores das licitações públicas, em especial a restrição indevida da competitividade do certame e o ferimento ao princípio da isonomia, devem ser rejeitadas as razões de justificativa de Francisco Joanes Paula de Paiva, pregoeiro, e Plínio Ivan Pessoa da Silva, Superintendente Adjunto de Administração, responsáveis, respectivamente, pela execução e homologação do Pregão n° 05/2008, e aplicada a cada um deles a multa do inciso II do art. 58 da Lei n° 8.443/92, na forma sugerida pela unidade técnica e endossada pelo MP/TCU. [...]. (grifo nosso).[323]

A Receita Federal do Brasil – RFB ao analisar o indeferimento da opção de determinada empresa ao Simples Nacional, se posicionou expressamente no sentido de que as atividades descritas no objeto social prevalecem sobre o código da CNAE, para fins de certificação da atividade econômica explorada pela pessoa jurídica. Nesse sentido, segue ementa do Acórdão nº 10-44919, proferido em 09 de julho de 2013:

---

323 TCU. Processo TC nº 010.459/2008-9. Acórdão nº 1203/2011 – Plenário. Relator: Ministro José Múcio Monteiro.

> EMENTA: SIMPLES NACIONAL. OPÇÃO. INDEFERIMENTO. ATIVIDADE VEDADA. PREVALÊNCIA DO OBJETO SOCIAL SOBRE O CÓDIGO DA CNAE. **O objeto social, para efeito de certificação da atividade econômica explorada, prevalece sobre o código da CNAE.** É insubsistente o Termo de Indeferimento de Opção pelo Simples Nacional apoiado numa suposta base fática anunciada neste último, quando o objeto social aponta para outra realidade." (grifo nosso).[324]

Em nova oportunidade, por ocasião do julgamento do Processo nº 029.380/2013-8, o Tribunal de Conta da União proferiu Acórdão nº 42/2014 – Plenário, de relatoria do Ministro Augusto Sherman, que reafirma que a CNAE não deve, isoladamente, constituir motivo para inabilitação em processo licitatório:

> VISTOS, relatados estes autos de representação formulada com fundamento no art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993 em face de supostas irregularidades verificadas na condução do Pregão Eletrônico 006/2013 - Senac/MG, realizado com vistas à contratação de empresa especializada no fornecimento de impressoras de cartões de PVC, insumos para impressão, software para gerenciamento da impressão de crachás e treinamento e suporte técnico para os equipamentos, pelo prazo de 12 meses.
> Considerando que a empresa representante se insurgiu contra a habilitação da licitante vencedora, haja vista entender que ela não teria cumprido com o disposto em cláusula editalícia do pregão, segundo a qual somente poderia participar do certame empresa ou sociedade que atue no ramo de atividade compatível com o

---

324 Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Porto Alegre – 6ª Turma. Portal Fazenda do Governo Federal. Disponível em: <http://decisoes.fazenda.gov.br >

objeto licitado, sendo vedada a participação de empresas sob a forma de consórcio ou cooperativas.

Considerando que **a representante se baseou no código indicado para a atividade principal constante do Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas,** bem como em possível favorecimento do produto, supostamente fornecido por intermédio de outra empresa do mesmo grupo econômico em vez da própria licitante declarada vencedora, razão pela qual pleiteou provimento cautelar para suspensão do certame, e, no mérito, que fosse inabilitada a licitante declarada vencedora e lhe fosse adjudicado o objeto.

Considerando que diante do decidido no precedente Acórdão 1.203/2011 - Plenário, segundo o qual o Cnae não deveria, sozinho, constituir motivo para a inabilitação em processo licitatório, havendo outros meios de comprovação da compatibilidade do ramo de atuação da empresa com o objeto da licitação, a exemplo o contrato social, o Relator determinou a realização de diligência ao Senac/MG, com vistas à obtenção de cópia do contrato social da licitante vencedora da licitação, bem assim, objetivando o envio de outras informações.

Considerando que, remetidos os elementos solicitados a Secex/MG, em instrução constante de peça 13, **concluiu pela improcedência dos fatos narrados na instrução, propondo, assim, o conhecimento da representação, o indeferimento da medida cautelar pleiteada, e, no mérito, a improcedência da representação, com o consequente arquivamento dos autos,** ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão de Plenário, por unanimidade, em: a) conhecer da representação, com fundamento nos arts. 235 e 237, inciso VII, do Regimento Interno/TCU; b) indeferir o pedido de medida cau-

> telar formulado pela representante; c) considerar, no mérito, improcedente a representação, e d) arquivar os autos, após ciência ao representante. (grifo nosso) [325]

No mesmo sentido, importa transcrever trechos do recente Acórdão nº 1829/2015 – TCU – Plenário, de relatoria da Ministra Ana Arraes, proferido nos autos do Processo nº 008.578/2015-0:

> Vista esta representação acerca de possíveis irregularidades no pregão eletrônico SRP 6/2015 da Subsecretaria de Assuntos Administrativos do Ministério da Educação - MEC, que teve por objeto a contratação de serviços de imunização preventiva contra a gripe, incluídos fornecimento e aplicação de vacina combinada trivalente contra as influenzas sazonal e A (H1N1). Considerando que a representação preenche os requisitos de admissibilidade pertinentes; considerando que a representante apontou como possível irregularidade afronta à competitividade e à isonomia do certame pela Clínica de Vacinas Santa Clara Ltda. - ME (empresa declarada vencedora do certame), ao obter vantagens na formação de seu preço ao levar em conta tributos incidentes sobre atividade comercial de venda de vacinas (4% a 11,61% sobre a receita bruta pelo regime do Simples Nacional instituído pela Lei Complementar 123/2006), constante de sua Classificação Nacional de Atividades Econômicas - CNAE, quando seria prestadora de serviços de fornecimento e aplicação de vacinas, cujos tributos são mais elevados (16,93% a 22,45%); considerando que, inicialmente, em vista da presença dos requisitos da plausibilidade jurídica do pedido e do perigo da demora, mas ante

---

325 TCU. Processo TC nº 029.380/2013-8. Acórdão nº 42/2014 – Plenário. Relator: Ministro Augusto Sherman

possível prejuízo ocasionado pelo atraso no início da aplicação das vacinas contra a gripe, foi concedida medida cautelar apenas para determinar ao MEC que não autorizasse a adesão de não participantes à ata de registro de preço; considerando que, realizadas as oitivas do órgão e da empresa declarada vencedora, a unidade técnica concluiu pela insubsistência das irregularidades alegadas no pregão questionado, tendo em vista, em especial, que:

a) a orientação da Receita Federal do Brasil - RFB é de que o objeto social deve prevalecer sobre o código da CNAE, e, no caso, o objeto social da Clínica de Vacinas Santa Clara Ltda. - ME consiste efetivamente na "exploração do comércio de vacinas pediátricas e adultas mais a aplicação das mesmas";

[...]

Os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão de Plenário, ACORDAM, por unanimidade, de acordo com o parecer emitido e as razões expostas pela relatora, e com fundamento nos arts. 143, inciso III, 169, inciso V, 235 e 237, inciso VII e parágrafo único, do Regimento Interno, c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, em: I. conhecer da representação; II. revogar a cautelar concedida no processo; III. considerar, no mérito, a representação improcedente; IV. enviar cópia desta deliberação e da última instrução da unidade técnica à representante, à Secretaria Executiva do Ministério da Educação e à Clínica de Vacinas Santa Clara Ltda. - ME; e V. arquivar os autos. (grifo nosso) [326]

A partir do estudo da jurisprudência do Tribunal de Contas da União - TCU, bem como do posicionamento da Receita Federal do Brasil - RFB, é intuitivo concluir que o registro das atividades principal e

[326] TCU. Processo TC nº 008.578/2015-0. Acórdão nº 1829/2015 – Plenário. Relatora: Ministra Ana Arraes.

secundária (CNAE) no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica - CNJP, não pode ser considerado isoladamente para fins da análise da aptidão da licitante, a ponto de acarretar a sua exclusão do processo.

Cabe à comissão de licitação construir um juízo crítico com base em todas as informações apresentadas pelo participante, inclusive à subclasse CNAE, a fim de concluir pela capacidade do mesmo em cumprir o futuro contrato administrativo. Tal entendimento tem o condão interpretar as normas editalícias de modo a afiançar a amplitude da concorrência do certame e chancelar o jovem e festejado princípio do formalismo moderado.

Nessa esteira, a Procuradoria Geral do Município de João Pessoa - PGM/JP apresentou posicionamento formal, no bojo de consulta formulada pela Comissão Permanente de Licitações - CPL da Secretaria Municipal de Planejamento - SEPLAN, que questionava a proeminência que deveria ser garantida à CNAE de determinada empresa que destoava do objeto licitado[327] .

A título ilustrativo, na situação acima referida, a licitação na modalidade Tomada de Preço objetivava a contratação de empresa especializada para execução de reforma em prédio público no Município de João Pessoa. Já o código de descrição da atividade econômica principal (CNAE) de uma das licitantes correspondia à impermeabilização em obras de engenharia (Código nº 43. 30-4-01), não contemplando o termo “reformas”.

Após minuciosa análise de todo o acervo probatório, concluiu-se que a aludida empresa logrou êxito em comprovar a sua capacidade técnico-operacional para executar a futura avença, em que pese a divergência entre a CNAE indicada e o objeto do processo de contratação pública.

Tal conclusão alicerçou-se nos documentos apresentados pela interessada, a seguir descritos: Certidão de Registro e Quitação no CREA

---

327 Parecer Jurídico nº 50/2016 - PRODA/PROGEM, homologado pelo Procurador Geral do Município em 22 de janeiro de 2016.

que estabelece como objeto social da empresa "serviços de impermeabilização e construção civil"; atestados de capacidade técnica; certidões de acervo técnico; declaração de inteira responsabilidade da execução das obras; e certidão emitida pela Junta Comercial que contempla a atividade de construção civil no objeto social da empresa.

Dito isto, importa asseverar que a entidade que promove a licitação deve fundamentar adequadamente as exigências à comprovação da capacidade técnica, evidenciando de forma inequívoca sua imprescindibilidade e pertinência em relação ao objeto licitado, de modo a afastar eventual possibilidade de restrição ao caráter competitivo do certame.

Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União - TCU, em recente decisão proferida pela 1ª Câmara, no Processo nº 018.046/2015-0 (Acórdão nº 399/2010), reafirmou o entendimento de que, na hipótese de adoção de requisitos de habilitação que restrinjam de alguma forma a competição é imprescindível a expressa justificativa no bojo do instrumento convocatório. Transcrevo trecho relevante do referido acórdão:

> [...]1.8.3.3. **as exigências de requisitos de habilitação restritivos à competitividade, quando forem necessárias à execução do objeto contratual, devem estar devidamente justificadas de forma expressa e pública nos editais ou termos de referência dos certames licitatórios**, conforme Acórdãos 889/2010-Plenário, 2.695/2013-Plenário, 3.783/2013-1ª Câmara, 1.805/2015 - Plenário e Boletim de Jurisprudência 92/2015 (item 87). (grifo nosso)[328]

Com o intuito de compatibilizar a segurança da Administração na boa execução contratual e a ampla participação no processo licitatório,

---

328 TCU. Processo TC nº 018.046/2015-0. Acórdão nº 399/2010– Plenário. Relatora: Ministro Weder de Oliveira.

as exigências de aptidão na fase de habilitação devem se restringir àquilo que for estritamente necessário e inserir nas obrigações da contratada determinados requisitos tidos por desejáveis.

Há limites legais bastante rígidos a serem seguidos pela Administração no momento de definir os requisitos da qualificação técnica na fase de habilitação. Apesar de ser possível motivar a escolha de certos critérios para a habilitação, dentro do que é legalmente autorizado, é importante que estas exigências não reduzam a concorrência esperada.

Portanto, é possível ultimar que não há razão jurídica ou administrativa para conferir-se tamanha proeminência à formalidade da anotação cadastral, vez que o conjunto de fatores é que deve indicar a aptidão da licitante a participar da competição e a oferecer propostas que aumentarão a contenda.

Frise-se que esta conclusão não autoriza a completa inobservância das atividades principal e secundária vinculadas às subclasses CNAE e registrada pela empresa competidora no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica junto a Receita Federal do Brasil. A referida informação deve ser analisada pela comissão de licitação, para fins de habilitação ou inabilitação, combinada com os demais documentos apresentados pela empresa, para que seja possível concluir pela aptidão da mesma na execução de contrato a ser futuramente firmado com administração.

4. CONCLUSÃO

Por todo o exposto no presente trabalho, forçoso concluir que os sujeitos com função motriz nos procedimentos licitatórios devem engendrar esforços contínuos de modo a garantir a proteção da coisa pública, intervindo o suficiente para o alcance da proposta mais vantajosa aos interesses dos administrados, sem perder de vista importantes postulados que norteiam os processos de contratação pública

a exemplo da isonomia, do respeito à máxima competitividade, da vinculação ao instrumento convocatório, da não-surpresa e do formalismo moderado.

Notadamente na fase interna da licitação, momento em que são definidos critérios de habilitação, o levantamento de requisitos e sua inserção no instrumento convocatório devem ser efetivados com máxima prudência e zelo, de modo que conservem um nexo técnico-jurídico lógico com objeto a ser licitado e possibilitem aferir condições concernentes às aptidões, experiências e capacidades das empresas interessadas na futura execução do contrato.

Deve-se abolir o "copismo eletrônico"[329] que, no mais das vezes, descambam na formulação de exigências completamente desassociadas da licitação de que fazem parte. Tal prática macula por vício, quase sempre insanável, o certame.

Dito isto, realizada a análise contextualizada das decisões do Tribunal de Contas da União, da escassa doutrina pertinente à matéria, bem como da legislação de regência, é aceitável sustentar o ponto de vista de que a simples desconformidade da descrição das atividades principal e secundária da subclasse CNAE e o objeto licitado, por si só, não é suficiente para impedir a manutenção da empresa no processo licitatório.

Tal informação deve ser levada em consideração conjugada com os demais documentos que logrem comprovar a aptidão do licitante para executar o contrato que poderá vir a ser firmado em momento posterior. Esse juízo crítico é de inteira responsabilidade da comissão de licitação, que deverá norteá-lo com a idéia de que se deve exigir o mínimo indispensável e não o máximo possível.

---

329 PESTANA, Marcio. Licitações Pública no Brasil - Exame Integrado das Leis 8.666/1993 e 10.520/2002. Atlas: São Paulo, 2013, p. 543.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.

_____. 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.** Brasília, DF: 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm.

_____. **Resolução IBGE/CONCLA Nº. 01, de 25/06/1998.** Brasília, DF: 1998. Disponível em: http://www.concla.ibge.gov.br/concla-apresentacao/resolucoes-atas.html

JUNIOR, José Calasans. **Manual da licitação.** São Paulo: Atlas, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

NIEBHUR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Fórum, 2013.

MENDES, Renato Geraldo. **Lei de Licitações e Contratos Anotada**. 9. ed. Curitiba: Zênite, 2013.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas Licitações e Contratos**. São Paulo: Del Rey, 2011.

PESTANA, Marcio. **Licitações Pública no Brasil - Exame Integrado das Leis 8.666/1993 e 10.520/2002.** Atlas: São Paulo, 2013.

REIS, Paulo Sérgio de Monteiro. **As exigências para qualificação técnica e econômico-financeira nos processos licitatórios.** Revista Zênite de Licitações e Contratos - ILC, Curitiba: Zênite, n. 82, dez. 2000, seção Doutrina/Perecer.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **A Lei Geral de Licitação - LGL e o Regime Diferenciado de Contratação - RDC**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

TRIBUNAL DE CONTAS: PROVIMENTO DE RECURSO DE REVISÃO E EFEITOS NO PROCESSO DE EXECUÇÃO EM CURSO

THACIANO RODRIGUES DE AZEVEDO
Pós-graduado em Direito Processual Civil
Procurador do Município de João Pessoa
Chefe da Procuradoria Consultiva
Com atuação junto ao TCE-PB

RESUMO: *o presente estudo busca teorizar um tema de relevância prática para os operadores do direito que têm atuação ligada aos Tribunais de Contas. Nessas Cortes o procedimental deve ser animado pelas garantias fundamentais e demais regras constitucionais, bem como normas específicas vazadas nas Leis Orgânicas de cada Tribunal, Regimentos Internos e, ainda, aplicação subsidiária do Código de Processo Civil. Assim, a riqueza de situações enfrentadas faz surgir uma série de controvérsias jurídicas. E ao contrário do Processo Civil comum, que tende a uma uniformização nas Cortes Superiores, o "processo de contas" se encerra em cada Tribunal. Portanto, o trabalho busca teorizar uma situação relativamente comum nesse contexto, que é a reforma de acórdão da Corte de Contas em momento no qual a execução judicial já está em curso (art. 71, § 3º, da CRFB) – situação bem provável, tomando em consideração o prazo de 5 (cinco) anos para a interposição do mencionado recurso.*

PALAVRAS-CHAVE
Tribunal de Contas. Execução. Acórdão. Recurso de Revisão.

1. INTRODUÇÃO

Não existe democracia sem controle. E essa constatação alcança até mesmo regimes absolutistas ou monárquicos. Em tempos primórdios, o controle se restringia à atividade financeira do estado, buscando evitar o desvirtuamento dos gastos públicos. Paulatinamente, os órgãos de monitoramento ganharam maior amplitude de aferição, alcançando em alguns países, até mesmo, juízo sobre a constitucionalidade das Leis e dos atos do Poder Público.

O prisma de controle leva em conta a clássica separação dos poderes idealizada por Montesquieu, de sorte que o controle é interno quando exercido por órgão do mesmo Poder, enquanto o externo é exercido por Poder diverso. E como o desempenho material das funções estatais e a realização das políticas públicas é função típica do Poder Executivo, o controle externo é atribuído ora ao Poder Legislativo, ora ao Poder Judiciário.

Assim, é consabido que o Poder Judiciário exerce controle externo sobre os atos administrativo, entretanto ao Legislativo coube a função precípua de fiscalizar (art. 49, X, CRFB) o Executivo. Ademais, o Brasil adotou o modelo de Corte de Contas, como órgão, atualmente, autônomo, com função de auxiliar o Parlamento em tal mister.

Para além de auxiliar o Legislativo, a Constituição de 1988 confere atribuições judicantes aos Tribunais de Contas e outras exercidas isoladamente, cujas decisões não podem ser reformadas por qualquer outro Poder, mas apenas anuladas pelo Judiciário sob o prisma das garantias processuais fundamentais.

O presente trabalho não tem o escopo de exaurir o riquíssimo tema do controle externo, mais sim investigar uma solução pragmática para uma questão pontual. Portanto, dentre as várias competências exclusivas do Tribunal de Contas, destacamos a julgadora e a sancionatória (art. 71, II, VIII, IX e XI, da Constituição da República).

Nessa perspectiva, julgando as contas de administradores e demais responsáveis, o Tribunal de Contas, pode aplicar sanções e, sobretudo, impor o ressarcimento de eventuais danos ao erário. E a Constituição confere a tais decisões a eficácia de título executivo extrajudicial, consoante art. 73, § 3º, *in verbis:*

> Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:
> § 3º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

Em obediência ao princípio da simetria, iguais características terão as decisões dos Tribunais de Contas dos Estados e dos TCMs (art. 75, CRFB). Todavia, já é sedimentada na jurisprudência pátria que os Tribunais de Contas não têm legitimidade para a execução judicial de suas decisões, mas sim o órgão de Advocacia Pública de cada ente federativo (AGU, PGE e PGM).

Finalmente, a problemática que anima o presente artigo reside numa situação pontual ligada à sistemática recursal do "processo de contas": Após o trânsito em julgado administrativo, o ente federativo é notificado para executar o acórdão do Tribunal de Contas – no caso específico do Município, apenas quando há imputação de débito. Com essa imputação (muitas vezes vultosa), o processo passa a "merecer" total atenção do executado/responsável, o qual buscará incansavelmente reverter essa situação.

Como se disse, o Judiciário pode apenas e eventualmente anular o acórdão, sendo assim o meio mais procurado pelos responsáveis é o recurso de revisão – ferramenta típica de impugnação das decisões definitivas dos Tribunais de Contas, muito similar à ação rescisória do processo civil, entrementes como prazo de 5(cinco) ano para interposição.

Desta vez munido de uma defesa realmente diligente e apresentação de documentos (que na maioria das vezes não são novos, mas costumeiramente aceitos pelas Cortes de Contas, com escora no princípio da verdade real), o responsável logra o provimento do recurso de revisão, para excluir a imputação de débito do acórdão anterior – que nesta fase já fora executado pela Procuradoria do ente federativo.

Quais são os efeitos desse novo acórdão na execução em curso? Caso o executado já tenha se defendido, a Fazenda Pública deve ser condenada em honorários de sucumbência?

Essa conjuntura pode levar a discussão sobre honorários milionários a serem (ou não) suportados pela Fazenda Pública. Apresentaremos nossa posição, à luz do Novo Código de Processo Civil e das peculiaridades da processualística do processo de contas, passando pela inevitável análise constitucional dos institutos envolvidos.

2. DO DEVER DE EXECUTAR OS ACÓRDÃOS DAS CORTES DE CONTAS

A Constituição da República conferiu feição quase jurisdicional ao controle externo realizado pelas Cortes de Contas. Diz-se quase porque o processo de contas tem tom de definitividade, ficando a possibilidade de revisão judicial restrita ao prisma das garantias processuais fundamentais (art. 5º, XXXV, CRFB). Nessa toda leciona Seabra Fagundes[330] :

> Não pelo emprego da palavra julgamento, mas sim pelo sentido definitivo da manifestação da Corte, pois se a regularidade das contas pudesse dar lugar a nova apreciação (pelo Poder Judiciário), o seu pronunciamento resultaria em mero e inútil formalismo.

---

330 FAGUNDES, Miguel Seabra. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. 4ª edição, Forense, 1967, p. 142.

> Sob esse aspecto restrito (o criminal fica à Justiça da União), a Corte de Contas decide conclusivamente. Os órgãos do Poder Judiciário carecem de jurisdição para examiná-lo.

Assim, da decisão da Corte de Contas pode advir inúmeras consequências e sanções, além de imputação de débito - que não tem caráter de sanção, mas sim dever de ressarcimento, cuja persecução judicial fica a cargo do Ente Federativo lesado. Diante dessas condenações, o Ente Federativo não tem qualquer juízo de oportunidade sobre a cobrança – devendo efetivá-la, sob pena de responsabilização.

A Constituição do Estado da Paraíba é peremptória nesse sentido. Vejamos:

> Art. 71. O controle externo, a cargo da Assembleia Legislativa, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado, ao qual compete:
> § 3º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.
> **§ 4º Se o Poder Público não promover a responsabilidade civil prevista no parágrafo anterior, deverá fazê-lo o Ministério Público, que também apurará a responsabilidade criminal da autoridade omissa.**

Com efeito, sendo oficiado sobre imputação de débito relativo ao erário municipal, não tem a Edilidade qualquer juízo de conveniência/oportunidade sobre o mérito e o grau de acerto da Corte de Contas. Resta ao Ente, através de sua Procuradoria, ajuizar imediatamente a execução, sob pena de incorrer o agente omisso, inclusive, em prevaricação (art. 319, CP).

Portanto, ocorrendo o trânsito em julgado de acórdão da Corte de Contas e, na realidade municipal, advindo imputação de débito, o **ajuizamento da execução é cogente, sob pena de responsabilidade.**

3. MOMENTO DO TRÂNSITO EM JULGADO ADMINISTRATIVO. RECURSO DE REVISÃO: AÇÃO RESCISÓRIA NA PROCESSUALÍSTICA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

A premissa inicial da discussão reside no momento em que se aperfeiçoa o chamado "trânsito julgado administrativo"[331] do processo de contas, o que conduz à natureza definitiva da execução do respectivo acordão.

O processo nos Tribunais de Contas segue uma ritualística que mescla: Constituição da República, Lei Orgânica e Regimento Interno do Tribunal, bem como aplicação subsidiária do Código de Processo Civil. Assim, segue a lógica comumente chamada de "processo de contas" – conjunto de regras e princípios que norteiam a atividade processual no TCU e nas demais Cortes de Contas.

No Tribunal de Contas da Paraíba, o dispositivo Regimental que sintetiza os recursos na Corte é o seguinte:

> **Art. 221.** Das decisões do Tribunal caberão os seguintes recursos:
> I – embargos de declaração;
> II – reconsideração;
> III – apelação;
> IV – revisão.
> § 1º. Nenhuma espécie recursal poderá ser interposta mais de uma vez contra uma mesma decisão.
> § 2º. Nenhum recurso caberá das decisões que assinam prazo para a adoção de medidas ou apresentação de documentos, salvo embargos declaratórios.

---

331 Sobre o tema controverte a doutrina, pois para alguns o processo de contas tem envergadura superior ao processo administrativo, de sorte que teria eficácia de coisa julgada formal. Entrementes, não há quem negue a imutabilidade administrativa da decisão das Cortes de Contas. Seja qual for a corrente adotada, não altera a análise do presente trabalho.

> **§ 3º. Consideram-se transitadas em julgado as decisões das quais não caibam os recursos previstos nos incisos I a III do caput deste artigo.**

Assim, o recurso de reconsideração é dotado de efeito suspensivo *ope legis*, ao passo que a apelação carece de ser recebido em tal efeito, ou não, pelo relator. Logo, esgotados (ou não interpostos) esses dois recursos, a decisão alcança o trânsito em julgado administrativo.

Com efeito, extrai-se do dispositivo mencionado que a interposição do recurso de revisão não tem o condão de suspender a eficácia da decisão e muito menos sua exequibilidade. Dada a especificidade do tema, avulta analisar a natureza do mencionado recurso, mais uma vez sob a ótica do TCE-PB. Vejamos:

> **Art. 237.** De decisão definitiva, proferida nos processos sujeitos a julgamento pelo Tribunal de Contas, cabe Recurso de Revisão ao Tribunal Pleno, sem efeito suspensivo, interposto por escrito, uma só vez, dentro do prazo de (05) cinco anos, contado a partir da publicação da decisão, tendo como fundamentos um ou mais dos seguintes fatos:
> I – erro de cálculo nas contas;
> II – falsidade ou insuficiência de documentos em que se tenha fundamentado a decisão recorrida;
> III – superveniência de documentos novos com eficácia sobre a prova produzida.

Em obra especializada sobre o tema, Luiz Henrique Lima[332] (Conselheiro Substituto do Tribunal de Contas do Mato Grosso) sintetiza as características do recurso de revisão, *in verbis*:

---

332 LIMA, Luiz Henrique. Controle Externo. Teoria e Jurisprudência para os Tribunais de Contas. São Paulo: Ed. Método, 2015. 6ª ed. p. 408.

O recurso de revisão é modalidade recursal, de **natureza similar à da ação rescisória**, aplicável a decisão definitiva em processo de prestação ou tomada de contas, mesmo especial, e cujo julgamento é exclusivo do Plenário. Suas características são:

• Não possui efeito suspensivo;

• Deverá ser interposto, uma única vez, pelo responsável, seus sucessores, ou pelo Ministério Público junto ao Tribunal; e

• O prazo de sua apresentação é de cinco anos, a partir da publicação no DOU da decisão recorrida.

Nesse mesmo sentido reconhece a jurisprudência do **Tribunal de Contas da União**. Vejamos:

O recurso de revisão tem natureza similar à ação rescisória, no processo civil, ou ao de revisão criminal, no processo penal, não admitindo, em regra, efeito suspensivo, medida aceitável somente quando presentes os requisitos da plausibilidade jurídica do pedido, do perigo da demora e do fundado receio de grave lesão ao erário ou ao interesse público ou o risco de ineficácia da decisão de mérito.
Acórdão 2717/2015 - Plenário | Relator: AUGUSTO NARDES
ÁREA: Processual | TEMA: Espécies recursais |
SUBTEMA: Recurso de revisão

O recurso de revisão é similar à ação rescisória, no processo civil comum, ou ao de revisão criminal, no processo criminal comum, e guarda a característica de agredir a coisa julgada, daí não ter efeito suspensivo da decisão, mas tão-só o devolutivo.
Acórdão 1083/2008 - Plenário | Relator: AROLDO CEDRAZ
ÁREA: Processual | TEMA: Efeitos dos recursos | SUBTEMA: Suspensivo
Outros indexadores: Aplicação em recurso de revisão

Essa orientação é perfilhada, igualmente, pelo **Tribunal Regional Federal da 5ª Região**, o qual, reiteradamente, rechaça o sobrestamento de execuções dos acórdãos atacados por recurso de revisão. Ilustra tal entendimento os seguintes arestos:

> PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. DECISÕES DO TCU REVESTIDAS DE LIQUIDEZ, CERTEZA E EXIGIBILIDADE. ARTIGO 71, PARÁGRAFO 3º DA CF. RECURSO DE REVISÃO. AUSÊNCIA DE EFEITO SUSPENSIVO. DESCONSTITUIÇÃO DE PENHORA. IMPOSSIBILIDADE.
>
> 1. As decisões do Tribunal de Contas da União são revestidas de liquidez, certeza e exigibilidade, nos moldes do parágrafo 3º do art. 71 da Carta Constitucional, ou seja, são títulos com eficácia executiva.
>
> **2. Na hipótese, foi interposto recurso de revisão pela agravante, o qual é previsto na legislação ordinária - Lei nº 8443/92 -, não tem efeito suspensivo, de modo que a eficácia do título se manteria incólume.**
>
> 3. No que toca à penhora dos bens, a farta documentação que fundamentou o ato constritivo contradiz a alegação de que um dos imóveis é bem de família e que o outro foi alienado a terceiro.
>
> 4. Demais disso, o fato de um dos bens ter sido alvo de decreto de indisponibilidade em ação de improbidade administrativa não é suficiente à desconstituição da penhora.
>
> 5. Agravo de instrumento não provido.
>
> (PROCESSO: 00015185820144050000 AG136947/PE, DESEMBARGADOR FEDERAL GUSTAVO DE PAIVA GADELHA (CONVOCADO), Terceira Turma, JULGAMENTO: 10/07/2014, PUBLICAÇÃO: DJE 15/07/2014 - Página 105).

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. DECISÃO. TRIBUNAL DE CONTAS. RECURSOS ORIUNDOS DO SUS. IRREGULARIDADE NAS DESPESAS DEBITADAS NO FUNDO NACIONAL DE SAÚDE - FNS. APLICAÇÃO DE MULTA. POSSIBLIDADE. REVISÃO DO PEDIDO PERANTE O TCU. SOBRESTAMENTO DA EXECUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO. OFERECIMENTO DE PENHORA. ART 739-A, PARÁGRAFO 1º, DO CPC. REFLEXOS NA LEI 6.830/80. POSSIBILIDADE DE GRAVE DANO, DE DIFÍCIL OU INCERTA REPARAÇÃO NÃO COMPROVADA. REGULARIDADE DO TÍTULO EXECUTIVO. EFEITO SUSPENSIVO NÃO CONCEDIDO.

[...]

V - No tocante à alegação do apelante para que haja sobrestamento ou suspensão da execução até o julgamento do pedido de revisão interposto perante o TCU, não merece guarida, uma vez que este tipo de recurso não possui efeito suspensivo, conforme preceitua o art. 35, caput, da Lei 8.443/92, não havendo que se falar em sobrestar o andamento do processo administrativo, tampouco a presente execução.

V - Após a entrada em vigor da Lei 11.382/2006, que incluiu no CPC o art. 739-A, os embargos poderão ser recebidos com efeito suspensivo somente se houver requerimento do embargante e, cumulativamente, estiverem preenchidos os seguintes requisitos: a) relevância da argumentação; b) grave dano de difícil ou incerta reparação; e c) garantia integral do juízo. Na hipótese, o recorrente não se desincumbiu do ônus de comprovar o grave dano a que estaria sujeito com o prosseguimento da execução fiscal, limitando-se a afirmar que a execução está protegida pela penhora, não havendo nenhum dano ou prejuízo para a Fazenda Pública, uma

vez que não poderá se desfazer do referido bem, devendo ser aplicado o que preceitua o art. 739-A, parágrafo 1º, do CPC.
VI - Neste cenário, não logrando êxito em comprovar relevância jurídica para justificar a excepcional suspensão do procedimento executório, nem tampouco se prestando para afastar a presunção de veracidade que se reveste o título executivo, não vislumbro nenhum fato relevante para acolher as alegações formuladas pelo apelante.
VII - Apelação não provida.
(PROCESSO: 00006157020104058501 AC511666/SE, DESEMBARGADOR FEDERAL MARCO BRUNO MIRANDA CLEMENTINO (CONVOCADO), Quarta Turma, JULGAMENTO: 31/07/2012, PUBLICAÇÃO: DJE 02/08/2012 - Página 688).

Dessa forma, o quadro legislativo, doutrinário e jurisprudencial apresentado, demonstra que o recurso de revisão não tem o condão de suspender a exequibilidade do Acórdão das Cortes de Contas. Logo, o ente federativo deve ajuizar execução do título (execução definitiva), evitando, inclusive, eventual prescrição da pretensão e responsabilização do agente omisso.

4. EFEITOS DO PROVIMENTO DO RECURSO DE REVISÃO NA EXECUÇÃO EM CURSO.

Inobstante as conclusões já esposadas, é natural reconhecer que o recurso de revisão pode gerar modificações no acórdão impugnado – não fosse assim, não concretizaria a ampla defesa em sua acepção material. Logo, a despeito da cognição vinculada (assim como é na ação rescisória), o recurso mencionado, caso veicule razões robustas, pode conduzir a uma ampla revisão da decisão, como reconhece o Regimento Interno do TCE-PB, *in verbis:*

> Art. 238. A decisão que der provimento a Recurso de Revisão ensejará a correção de todo e qualquer erro ou engano apurado.

Por outro lado, não é a probabilidade de êxito recursal determinante para a postura do Ente Federativo de executar ou não o título, até porque, como já dito, não há espaço para avaliação nesse sentido – o que se extrai do art. 71, § 4º, da Constituição do Estado da Paraíba.

Apenas o relator do recurso pode irrigá-lo de efeito suspensivo (o TCU entende que, na presença dos requisitos típicos da tutela de urgência, o relator pode conferir efeito suspensivo); pode ainda o executado lograr efeito suspensivo nos embargos à execução, consoante art. 919, § 1º, do CPC/2015.

Caso o responsável/executado não obtenha o efeito suspensivo, não resta outra alternativa à Procuradoria do ente federativo que não seja dar curso normal à execução. E como proceder diante de eventual provimento do recurso, inclusive com a exclusão da imputação de débito?

Entendemos que deve ser acolhido com natureza de fato superveniente, acarretando a insubsistência do titulo que lastreia a execução, porquanto excluiu a imputação de débito. Logo, o fenômeno atrai o reconhecimento da perda do objeto (perda superveniente do interesse de agir), tal como acontece nos casos de procedência de ação rescisória. Assim, inclusive, já se manifestou o TRF da 1ª Região. Vejamos:

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL. PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. AÇÃO RESCISÓRIA. SUPERVENIENTE PERDA DO OBJETO DA EXECUÇÃO. PROCESSO EXTINTO SEM EXAME DE MÉRITO. (4) **1. Em razão do trânsito em julgado do acórdão proferido em ação rescisória, rescindindo o julgado exeqüendo, resta prejudicada a presente execução, por perda superveniente de seu objeto. 2. Embargos de declaração**

> **acolhidos para decretar a extinção do processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, IV, do CPC, em razão de superveniente perda de objeto da execução.** (TRF-1 - EDAC: 00127129320064013800 Relatores: JUIZ FEDERAL CARLOS AUGUSTO PIRES BRANDÃO (CONV.), Data de Julgamento: 23/10/2014, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: 24/02/2015).

Portanto, entendemos que o provimento do recurso de apelação deve ser tratado, no ambiente processual, como um fato novo, tal como no caso acima julgado.

5. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE: ART. 85, § 10, NOVO CPC.

Extrai-se do art. 71, II, CRFB que todo aquele que administra dinheiro público tem o dever de prestar contas. Destarte, forçoso convir que mesmo em situações de provimento do recurso de revisão, comumente, a condenação anterior (constante do acórdão em execução) advém da infringência desse dever.

Com efeito, não é incomum que só com o trânsito em julgado administrativo, o Gestor (ou ex-Gestor) passe a se preocupar com a celeuma tratada pela Corte de Contas. Assim, um processo que correu sem maiores cuidados, passa a ser objeto de prioridade do agente, sobretudo em face da imputação de débito e/ou multa.

Nesse contexto, entendemos que deve ser tratado de modo diverso duas possíveis situações advindas do provimento do recurso de revisão:

> 1) Exclusão da imputação de débito, com manutenção da multa por infringência ao dever de prestar contas, a tempo e modo; e
> 2) Exclusão da imputação e da multa por infração.

Tal distinção é imperiosa para dar ao princípio da causalidade o estudo específico que merece, de sorte a saber quem dever arcar com o ônus da sucumbência em tais casos, pois a extinção sem resolução de mérito é inquestionável.

Nessa esteira, temos que o ônus da sucumbência se finca em 2 (dois) pilares básicos: sucumbência e causalidade – ora ambos, ora um excluindo o outro. Especificamente com relação à perda de objeto (falta de interesse processual superveniente), **o legislador, sabiamente, elegeu a causalidade como norte**. Vejamos:

> Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.
> **§ 10. Nos casos de perda do objeto, os honorários serão devidos por quem deu causa ao processo.**

O legislador do Novo Código de Processo Civil ponderou e elegeu a causalidade como critério de fixação de honorários em casos de perda do objeto. Ora, inobstante tais casos, em tese, denotem uma derrota do autor, considera-se que nem sempre este deu causa ao ajuizamento da demanda. Sobre o tema, melhor explica o processualista Daniel Amorim Assunção Neves[333], *in verbis:*

> Apesar de consagrar a regra da sucumbência, o Novo Código de Processo Civil não foi totalmente alheio ao princípio da causalidade, consagrando-o ao menos em duas situações.
> **Segundo o § 10 do art. 85 do Novo CPC, nos casos de perda do objeto, os honorários serão devidos por quem deu**

[333] NEVES, Daniel Amorim Assunção. Manual de Direito Processual Civil – Volume único – 8ª ed – Salvador: Ed. Juspodivm, 2016. p.216.

> **causa ao processo, ou seja, havendo carência superveniente por falta de interesse recursal superveniente, não importará para fixação dos honorários quem sucumbiu (no caso será sempre o autor), mas quem deu causa ao processo.**

Elucidativo é o trecho do mesmo trabalho, no qual o autor corrobora a tese aqui esposada. Vejamos:

> [...] mesmo estando as condições da ação presentes no momento da propositura, havendo carência superveniente, o processo deve ser imediatamente extinto sem resolução do mérito, em aplicação do art. 493 do Novo CPC. Na carência superveniente a questão referente ao responsável pelo pagamento das verbas de sucumbência deve ser resolvida com base em dois elementos:
> (a) se no momento de propositura da demanda era necessária a intervenção jurisdicional;
> (b) quem foi o responsável pelo ato superveniente que acarretou a carência da ação, devendo a este ser imputada a responsabilidade de pagamento das verbas de sucumbência[334] .

Nesse sentido, igualmente, é a remansosa jurisprudência do **Superior Tribunal de Justiça**. Vejamos:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. CORREÇÃO DO POLO PASSIVO. FUNDAMENTO DO ACÓRDÃO A QUO NÃO ATACADO. SÚMULA 283/STF. EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO.

---

334 NEVES, Daniel Amorim Assunção. Manual de Direito Processual Civil – Volume único – 8ª ed – Salvador: Ed. Juspodivm, 2016. p.69.

PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE DE AGIR. CUSTAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ÔNUS DA PARTE QUE DEU CAUSA À DEMANDA. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE.

1. O fundamento do acórdão recorrido de que a correção do polo passivo, com a inclusão do Estado do Paraná como litisconsorte, poderia ser feito até a sentença, conforme exegese do artigo 267, § 3º, do CPC, deixou de ser impugnado pela parte recorrente, o que enseja a aplicação da Súmula 283/STF.

2. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que, com fundamento no princípio da causalidade, nas hipóteses de extinção do processo sem resolução do mérito, decorrente de perda de objeto superveniente ao ajuizamento da ação, a parte que deu causa à instauração do processo deverá suportar o pagamento dos honorários advocatícios. Precedentes: AgRg no AREsp 14.383/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 30/9/2011; AgRg no AREsp 434.547/RS, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, DJe 1/8/2014; PET no REsp 1.439.244/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 15/8/2014. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1308489/PR, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe 22/10/2014).

Logo, seja qual for a situação advinda do acórdão revisional, não há como considerar que o ente municipal[335] tenha dado causa ao processo – autônomo que é em relação à estrutura administrativa estadual, ao qual pertença a Corte de Contas.

---

335 A Constituição vedou a criação de novos Tribunais de Contas Municipais (art. 31, § 4º, CRFB), lembrado São Paulo e Rio de Janeiro já possuíam suas cortes quando da promulgação.

Com efeito, seja na situação 1 ou na 2 (acima apontada) o processo deve ser extinto sem condenação em honorários em desfavor do ente municipal. Além disso, na primeira situação (manutenção de multa por infração), deve o executado ser condenado a pagar honorários em favor da Advocacia Pública municipal, em respeito ao art. 85, § 10, do Novo CPC, porquanto a mora no dever de prestar contas provocou a formação do título executivo e a correlata execução.

Sendo a execução do mesmo ente federativo ao qual pertence a Corte de Contas (por exemplo: acórdão do TCE sendo executado pela Procuradoria do Estado), entendemos que a correta leitura do dispositivo acima citado, implica a seguinte conclusão:

(a) situação 1: o executado deve ser condenado em honorários de sucumbência;
(b) situação 2: o ente federativo deve ser condenado em honorários em favor do advogado do executado.

6. CONCLUSÃO

Com esse estudo, buscamos enfrenar o imbróglio prático causado pelo êxito de um recurso de revisão no âmbito dos Tribunais de Contas. O recurso tem, *mutatis mutandis*, feição de ação rescisória, com prazo de 5 (cinco) anos de interposição, prazo que pode fulminar pela prescrição o título (acórdão) não executado.

Nessas condições, as Procuradorias dos entes federativos têm o dever legal de executar os acórdãos, que nessa fase já têm natureza de título definitivo. Além da prescrição, a não execução pode ensejar a responsabilidade do agente omisso, como prevê, por exemplo, o art. 71, § 4º, da Constituição do Estado da Paraíba.

Inegavelmente, o provimento do recurso, para excluir imputação de débito e/ou multa implicará a perda do objeto da execução (falta superveniente do interesse de agir) da parte excluída.

Nosso trabalho dividiu duas situações distintas: *i*) exclusão da imputação, com manutenção da multa por irregularidade; e *ii)* exclusão da imputação e da multa por infração. Ademais, distinguimos a peculiaridade municipal, na medida esse ente não possui Tribunal de Contas (à exceção dos municípios do Rio de Janeiro e São Paulo).

Por fim, enfrentamos o tema da condenação em honorários de sucumbência, sob a ótica do princípio da causalidade, prestigiado no art. 85, § 10, do Novo CPC. Dessa analise concluímos que o ente municipal, sob nenhum prisma, pode ser considerado o causador do processo de execução, mas sim o próprio executado ou, até mesmo, a própria Corte de Contas (neste caso com responsabilidade atribuída ao ente federativo ao qual pertença).

Por outro lado, caso a pretensão executiva seja perseguida pelo mesmo ente federativo (PGE executando acórdão do TCE ou AGU executando acórdão do TCU) é crível que a extinção da execução implique em condenação de honorários à Fazenda Pública, considerando que órgão ligado à sua estrutura orgânica (Corte de Contas) decidiu inicialmente com desacerto. Mas neste caso, apenas se o provimento do recurso excluir todo o objeto da execução, ficando latente o equívoco da decisão reformada.

Essa conclusão prestigia o intuitivo princípio da causalidade, porquanto apenas na situação de reforma total do acórdão executado, ficará caracterizado o desacerto da Corte de Contas, bem como a licitude da conduta do (ex)Gestor.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União. Brasília, 05 out. 88.

BRASIL. Lei Orgânica do Tribunal de Contas da Paraíba. Lei Complementar Estadual n.º 18, de 13 de julho de 1993.

BRASIL. Regimento Interno do Tribunal de Contas da Paraíba. Resolução Normativa RN TC n.º 10/2010.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 4ª edição, Forense, 1967.

LEITE, Harrison. *Manual de Direito Financeiro*. 4ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2015.

LIMA, Luiz Henrique. *Controle Externo. Teoria e Jurisprudência para os Tribunais de Contas*. São Paulo: Ed. Método, 2015. 6ª ed.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

MOUZALAS, Rinaldo; TERCEIRO NETO, João Otávio; MADRUGA, Eduardo Augusto. *Processo Civil* – Volume Único. 8ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assunção. *Manual de Direito Processual Civil* – Volume único – 8ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*, 3ª ed., São Paulo: Método, 2015.

PARAÍBA. Constituição Estadual, de 05 de outubro de 1989. Publicada no Diário Oficial do Estado. Paraíba, 05 out. 89.

UMA PROPOSTA DE CONTROLABILIDADE DAS DECISÕES JURÍDICAS: Método da Proporcionalidade

FÁBIO VINÍCIUS MAIA TRIGUEIRO
Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas com menção em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra. Especialista em Direito Constitucional pelo Centro Universitário de João Pessoa. Assessor Especial na Procuradoria Geral do Município de João Pessoa. Advogado.
KEYLLA DOS ANJOS MELO
Mestrando em Ciências Jurídico-Empresariais com menção em Direito Empresarial pela Universidade de Coimbra. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora/MG. Advogada.

RESUMO
Este breve artigo se destina a tratar de problemas de interpretação e aplicação do direito que os meios tradicionais de resolução de antinomias, os clássicos cânones da interpretação jurídica e o tradicional método silogístico não são capazes, por si só, de resolver. Não é simples obter uma resposta correta e reconduzi-la ao ordenamento jurídico diante de hard cases, que exigem a compreensão de um sistema formado por regras e princípios jurídicos e para cuja resolução não há uma regra pré-estabelecida. Ainda mais complexo e premente é o desafio de controlar tais decisões sem esbarrar nos limites impostos pela exigida legitimidade jurídico-constitucional. Ademais, essas equações jurídicas se tornaram corriqueiras em ordenamentos que possuem uma Constituição em seu centro, tal qual o ordenamento brasileiro. Indispensável, portanto, é escrutinar as soluções aplicadas, sobretudo quando esteja em causa di-

reitos, objetivos e valores fundamentais, visando a aumentar o grau de controlabilidade da argumentação jurídica utilizada, o que interessa a juristas e a leigos. Trata-se de uma questão essencial do direito: o problema da fundamentação das decisões jurídicas – o que se resolve por via de método.

1. INTRODUÇÃO

É cediço que os direitos fundamentais surgem em períodos diferentes da história, à medida que o homem e a vida em sociedade vão se desenvolvendo, de modo que seu rol continua a ser ampliado ante a inexorável mutação social. Além disso, os direitos se fundam sobre valores diversos e possuem conteúdo impreciso e heterogêneo, o que dificulta sua coexistência[336]. Ademais, também mutantes ao longo da história, acrescentam-se a essa tensão as exigências da vida em sociedade, as quais não raras vezes formam animosidades com os direitos fundamentais do indivíduo[337]; e ainda, os pressupostos fáticos à ativação desses direitos. Tudo isso faz dos direitos fundamentais bens não absolutos, porquanto não são plenamente realizáveis ao mesmo tempo.

Acerca dessa problemática, ressalta-se que não só os direitos sociais carecem da intervenção Estatal, também entre os chamados direitos de primeira geração há conflito entre a postura exigida ao Estado,

---

336 Recorda-se a clássica distinção segundo a qual a primeira geração é formada pelas liberdades civis e políticas (os direitos de), fundadas na oposição do indivíduo ao poder Estatal, carecendo da redução e afastamento do Estado das relações particulares; enquanto a segunda geração é constituída pelos direitos sociais (os direitos a), embasados no anseio de estabelecer igualdade material entre os indivíduos, pugnando por um Estado forte e interventor. Há ainda uma terceira geração (direitos difusos fundados na solidariedade) e até a defesa doutrinária de outras gerações. Dentre muitos, reverenciamos as aulas expositivas ministradas pelo notável Professor Doutor Mário Alberto Pedrosa Reis Marques, de 23 de outubro a 18 de dezembro de 2014, referentes à primeira parte da disciplina de Filosofia dos Direitos Humanos do Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, cujas anotações pessoais de frequência integral nessas aulas utilizamos.

337 Mesmo os pensamentos políticos considerados liberais também consideram e visam a realizar projetos coletivos, sendo importante a manutenção de um equilíbrio suficiente a não permitir que tais projetos sufoquem o campo da autonomia da vida privada ou que a liberdade de atuação individual não seja extensa ao ponto de corromper a estrutura e o perfil social almejado. Cfr.: BUNNIN, Nicholas; TSUI-JAMES, E. P. *Compêndio de Filosofia*. Tradução de Luiz Paulo Rouanet. 3ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002, pp. 433-459.

porque as liberdades civis não são apenas oponíveis às entidades públicas (exigindo seu afastamento, sua omissão), mas também aos demais indivíduos (apelando ao Estado uma intervenção protetiva)[338] .

Logo, é complexa a tarefa de harmonizar a contento os direitos fundamentais, que possuem estrutura normativa formada também por princípios e comumente relacionam-se com outros em relação de tensão ou colisão[339] . A variedade dos valores fundantes e a heterogeneidade de seus conteúdos fazem dos direitos fundamentais concorrentes entre si e também com outros valores Constitucionais (livre acesso às redes informáticas, função social, ordem pública, solidariedade), de modo que, por vezes, a realização de uns implica a restrição de outros[340] .

É certo, portanto, que um direito fundamental, por ter estrutura de princípio, admite outro igualmente válido em sentido contrário[341] ; e que, ao contrário das regras (cuja aplicação dá-se de modo tudo ou nada), aqueles admitem uma realização gradual na maior medida do que for fático e juridicamente possível, podendo, assim, serem preteridos numa situação concreta e manter incólume sua validade[342] .

---

338 HAARSCHER, Guy. *A filosofia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, pp. 14, 49.

339 Tratam-se de antinomias impróprias ou antinomias de princípios, as quais se referem à contraposição dos valores fundantes do ordenamento jurídico. Tais situações não são antinomias propriamente ditas, mas fontes geradoras de normas antinômicas. Cfr.: Bobbio, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. presentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Tradução de Ari Marcelo Solon. 1ª ed. São Paulo: Edipro, 2011, pp. 94-95.

340 Isso não significa que a intervenção de algum modo restritiva sobre direitos fundamentais é de livre discricionariedade. Sendo dever Estatal a proteção dos direitos fundamentais, não é legítima a restrição da eficácia deles senão em razão da tutela de outros direitos ou valores fundamentais, individuais ou comunitários Cfr.: CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, vol. I., pp. 391-392).

341 DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, pp. 39, 44-45.

342 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 90-91.

Estamos a tratar de problemas de interpretação e aplicação do direito que os critérios tradicionais de resolução de antinomias jurídicas pouco contribuem para a resolução[343]. Os clássicos cânones da interpretação jurídica (literal, histórico, sistêmico e teleológico) e o método de justificação do silogismo jurídico não são capazes, por si só, de responderem a todos os quesitos suscitados pelas equações jurídicas formadas num sistema constituído por normas tais quais os princípios[344], visto que não são aptos a retirar premissas de normas de conteúdo não determinável em abstrato e a considerar as circunstâncias do caso concreto para tanto[345]. Portanto, a técnica jurídica classicamente considerada comum do direito não é capaz de resolver essas controvérsias[346].

---

343 Em razão de os direitos fundamentais serem previstos em normas constitucionais, não há que se falar em hierarquia formal entre eles. Pela mesma razão, o critério segundo a qual a norma posterior revoga a anterior não tem aplicação (critério da temporalidade); pois, em tese, o contrário é o que se aplica, sendo revogada a emenda constitucional (posterior) que conflita com o texto original da Constituição (anterior), sobretudo em se tratando de limites materiais de revisão ou cláusulas pétreas – como é ordinariamente o caso dos direitos fundamentais. E, em princípio, por estarem os direitos fundamentais contidos em normas de conteúdo indeterminado (aberto), logo genéricas, o critério da especialidade (pelo qual a norma de conteúdo especial derroga a de conteúdo geral) também se mostra ineficiente para resolver tais modalidades de antinomia. Cfr.: BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 303-304, 312, 329-334.

344 Alexy, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 21, 221, 226.

345 SÁNCHEZ GIL, Rubén. *El Principio de Proporcionalidad*. Primera edición. México, D.F: Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, p. 21. As teorias do direito/princípio abstrato e direito/princípio concreto demonstram bem essa realidade acerca da aplicação das normas-princípio, visto que em abstrato um princípio traça um *objetivo geral* que não revela como ele será pesado ou harmonizado em uma hipótese específica de exercício em relação a outro. Em concreto, o direito é um objetivo definido, cujo peso é exposto de forma mais precisa em relação a outros direitos em circunstâncias específicas (Idem nota 6, p. 146). Isso revela a existência de graus de realização das normas-princípio a depender dos contextos concretos em que sejam aplicadas, de modo que a concorrência entre normas dessa natureza não as invalidam. No mesmo sentido, mas utilizando as expressões caráter *prima facie* e caráter definitivo (Idem, pp. 103-106).

346 Idem nota 6, pp. 3-4.

Observa-se, portanto, que a pergunta mais importante não é se os direitos fundamentais são ou não absolutos no sentido de plena e permanentemente realizáveis (já parecendo pacífico que não são), mas sim, em quais condições prevalecerão, quão relativizados ou comprimidos podem ser esses direitos preferenciais e como controlar a legitimidade das decisões e intervenções estatais sobre eles; determinando, assim, a eficácia desses direitos vitais.

Indispensável, portanto, é escrutinar a legitimidade das soluções aplicadas a tais colisões, visando a aumentar o grau de controlabilidade das decisões jurídicas, o que interessa a juristas e leigos[347]. Trata-se de uma questão essencial do direito: o problema da fundamentação das decisões jurídicas. Acolhemos como melhor proposta a adoção do método argumentativo do princípio da proporcionalidade.

2. METÓDICA DA PROPORCIONALIDADE

Como mencionado, a falibilidade dos métodos tradicionais decorre da textura aberta do conteúdo dos direitos fundamentais, que possuem estrutura normativa de princípio, são dotados de grande carga axiológica e natural imprecisão conceitual, além do fato de estarem inseridos em um mesmo plano normativo hierárquico.

Por óbvio, a resposta não pode ser alcançada por meio de um retorno ao formalismo jurídico ou a um interpretativismo[348]. Essas teorias já se mostraram incapazes de solucionar *hard cases* tais quais os que nos propusemos a estudar neste trabalho, pois são inaptos a decidir casos de colisão de princípios sem regras de solução pré-existentes; por-

---

347 Idem nota 9.

348 Ambos vinculam a interpretação jurídica à literalidade do enunciado normativo ou apenas aos elementos intrínsecos da lei, bem como condicionam o sentido da interpretação à intenção do legislador, uma teoria típica dá já vencida concepção de que o direito se resume a um sistema de regras (Idem nota 8, pp. 275, 281).

quanto a apreensão dos direitos fundamentais exorbita a análise do sistema jurídico em si, dialogando com o contexto sócio-político-econômico e com os valores que os subjazem[349].

Por outro lado, não se deve incorrer em um movimento pendular para, saindo da ineficiência do formalismo, adotar um excessivo pragmatismo[350]. Numa concepção instrumentalista, o pragmatismo peca por desprender-se do plano jurídico e focar-se demasiado no grau de utilidade da decisão, o que justifica conclusões que sacrifiquem desproporcional e não razoavelmente direitos fundamentais como meio de satisfazer finalidades coletivas[351].

Sendo assim, diante da insuficiência de controlabilidade das conclusões sobre problemas de princípios (incluídos os direitos fundamentais), é necessária a adoção de um método confiável de controle dos atos e medidas dos poderes constituídos sobre esses direitos, dada a importância vital dos bens jurídicos que protegem. É preciso aproximar-se da melhor conclusão dentre as possíveis[352], o que pode exigir a construção de pontes do direito entre a teoria jurídica e a realidade por trás dela[353].

Com o avanço da constitucionalização do direito e do respectivo caráter normativo dos princípios, surgiu uma nova concepção do direito

---

349 ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi. *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*. Primera edición, México D.F: UNAM, 2005, pp. 11, 72-74. Ver também: Idem nota 7, p. 29.

350 Idem nota 2, pp. 433-459.

351 Idem nota 8, pp. 279-284. Uma teoria assim preocupa-se mais em justificar soluções conflitantes do que encontrar soluções de acordo com os princípios do direito (Idem nota 6, pp. 20-21). Entretanto, considerada a ideia em uma versão *ampla,* mais afastada de sua definição mais clássica, logo revisada, significa um postulado a ser aplicado por toda teoria da argumentação ou metódica jurídica, porquanto não mais centraliza-se no relativismo axiológico nem somente no utilitarismo ao ponto de confundir a correção da interpretação com sua eficiência; pugnando, por outro lado, pela consideração das consequências da interpretação sem instrumentalizar o direito, logo compatível com a promoção dos direitos e valores fundamentais (Idem nota 14, pp. 75-76).

352 Idem nota 2, pp. 433-459.

353 Idem nota 6, p. 21.

no mundo, tendente a moderar as teorias jurídicas mais radicais e aproximar os polos das tensões teóricas existentes, cujas premissas não admitem uma compreensão do direito não inclusiva de regras e princípios; que não visualize o sistema jurídico como uma prática social complexa, integrada por fatos, valores e normas; que não leve em conta as consequências das soluções avançadas; que não conceba a interpretação jurídica como atividade conformadora do direito; e que, sobretudo, desconsidere a necessidade de justificação racional das decisões[354].

Observa-se, em decorrência disso, que uma atividade interpretativa não estará automaticamente legitimada simplesmente pela autoridade, sendo necessário o controle da argumentação utilizada em sua justificação, logo o controle da razão prática aplicada[355].

Por conseguinte, uma metódica adequada deve ser capaz de considerar os direitos fundamentais em concomitância com seus condicionantes jurídicos e não-jurídicos; manter suas conclusões de acordo com a legitimidade democrático-constitucional exigida aos poderes públicos; e ser controlável.

Na persecução desse exigente objetivo o intérprete deverá sempre reconduzir seu raciocínio ao ordenamento jurídico; buscar a transcendência da argumentação aplicada (não deve fazer interpretações intencionalmente casuísticas); e considerar os efeitos práticos de sua conclusão[356].

---

354 Idem nota 14, pp. 71-74.

355 TOLEDO, Cláudia. Apresentação à Edição Brasileira. *In Teoria da Argumentação Jurídica* (Alexy, Robert). Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 2-3.

356 Assim como atividade jurisdicional, os demais poderes públicos também não estão isentos da justificação das decisões tomadas. O Poder Legislativo, apesar de não fazer constar do enunciado das leis as razões e os fundamentos que levaram a sua edição, deve fazê-lo por ocasião da exposição de motivos do projeto de lei e durante o processo legislativo respectivo; e o Poder Executivo deve motivar os seus atos, que poderão ser controlados judicialmente (Idem nota 10, pp. 71-74; 103; Idem nota 8, pp.312, 339-342).

Atendendo a tais exigências, o mais importante controle dos atos e medidas dos Poderes públicos que versam sobre ou interfiram nos direitos fundamentais é hoje o princípio da proporcionalidade[357] -[358] ; é o meio mais apto a relacionar adequadamente coisas de natureza distinta em rota de colisão[359] ; um valioso instrumento inclinado ao devido processo legal substantivo e à justiça[360] ; uma máxima decorrente da própria natureza dos direitos fundamentais como mandamentos de otimização a serem realizados na maior medida fático e juridicamente possível[361] .

O princípio da proporcionalidade é considerado geralmente um princípio ou postulado implícito nas Constituições nacionais[362] , apesar de ser comum encontrar padrões da proporcionalidade ao longo de textos constitucionais, como se observa dos arts. 5º, V; 7º, V e XXI; 40, §1º, I e II; 45; 71, VIII; e mais, todos da Constituição da República. Portanto, ainda que não seja expressamente prevista uma metódica em si, o princípio da proporcionalidade é dedutível do próprio sistema constitucional[363] , visto que

---

357 TAVARES DA SILVA, Suzana. *Direitos Fundamentais na Arena Global*. 2ª ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014, p. 49. Divergências existem quanto à natureza do "princípio da proporcionalidade", se seria mesmo um princípio, uma regra ou um postulado. Uns atribuem à proporcionalidade natureza de *postulado*, porquanto não se enquadraria nos conceitos de regra e princípio (NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Método, 2014, p. 421); outros consideram-no uma regra, em virtude de não poder ser aplicado em parte, operando-se do modo "tudo ou nada" (Idem nota 10, pp. 2-3).

358 E muitos o tratam mesmo como princípio. Nesse sentido, ver: VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2012.). Certo é que, no sentido aqui discutido, trata-se de uma norma procedimental composta por um método de argumentação jurídica.

359 Em curiosa análise das fontes da proporcionalidade, o autor mexicano Rubén Sánchez Gil observa que se trata de uma ideia inerente à natureza humana, que a manifesta em diversas esferas a que se estende seu conhecimento, a exemplo da matemática, da filosofia, da psicologia e das artes. Disso decorreria uma predisposição subjetiva humana para acolher a proporcionalidade como critério universal de harmonização ou como meio da finalidade geral de fazer justiça (Idem nota 10, pp. 09-11).

360 Idem nota 8, p. 305.

361 Idem nota 7, pp. 99, 116-120.

362 Idem nota 10, pp. 14, 33-34; Idem nota 8, p. 305.

qualquer afetação negativa de princípios de direitos fundamentais deve ser estritamente proporcional ao que exigir a realização dos fins que a justificam[364] .

Ademais, o método da proporcionalidade vem sendo universalizado como *padrão de valoração de poderes e medidas*, presente em ordenamentos nacionais, comunitários e internacionais, bem como nos ordenamentos da *common law* e *commonwealth* (a exemplo de Israel e África do Sul), além da maciça aplicação nos sistemas da *civil law*[365] .

Nessa esteira, iniciando a discussão do método do princípio da proporcionalidade, sua ideia central é alcançar a ponderação ou concordância prática dos direitos, objetivos e medidas colidentes (dentre os quais figuram os direitos fundamentais), distribuindo os pesos da colisão mediante a consideração de elementos jurídicos e não-jurídicos. Dessa ponderação obtém-se uma conclusão, chamada lei da ponderação ou regra de precedência condicionada, a partir da qual um dos valores colidentes irá ceder e ser limitado em prol de maior realização do outro, sendo válida apenas ao caso concreto (por isso condicionada) – logo não se estabelece hierarquia incondicionada (em abstrato, *prima facie*) entre os direitos fundamentais por via desse método.

Essa concordância prática é realizada através de três etapas, os chamados testes ou exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, por via dos quais se busca atender à exigência argumentativa de concreção dos princípios, extraindo-lhes enunciados normativos[366] .

Antes, porém, o aplicador deve superar uma fase prévia: observar todos os fatos relevantes do caso concreto (em busca de enunciados

---

363 Idem nota 5, p. 392.
364 Idem nota 7, pp. 116-117.
365 Idem nota 22, pp. 50; 59-72.

empíricos sobre fatos, atos, motivos, estado de coisas, o que exige conhecimento interdisciplinar); os cânones da interpretação da lei (semântica, genética, histórica, comparativa, sistemática e teleológica); os contributos da dogmática jurídica e da jurisprudência; bem como os argumentos lógico-jurídicos especiais (analogia, *argumentum a contrario*, *argumentum a fortiori*). Portanto, deve lançar mão de todas as fontes do discurso jurídico a fim de buscar as premissas a serem aplicadas na solução do caso[367].

Nessa fase prévia, o intérprete deve verificar as margens de discricionariedade existente, porquanto não é incomum que haja vinculação legal das finalidades a serem alcançadas, assim como aos meios pelos quais o serão, o que também reduzirá as possibilidades do discurso jurídico a ser construído[368].

Iniciando o primeiro teste, o exame da adequação, deve ser verificada a idoneidade ou aptidão da medida para atingir a finalidade almejada, devendo ser descartada qualquer proposta de solução inapta a atingir o fim intentado[369].

Por ocasião do segundo teste, o da necessidade (mandamento do meio menos gravoso), também chamado de exame de exigibilidade ou indispensabilidade, pergunta-se se não há meio menos ofensivo ao interesse contrário e que seja capaz de atingir igualmente a finalidade pretendida, tendo em vista que deve ser aplicada a solução que afete o interesse oposto apenas o estritamente necessário à produção dos efeitos almejados. Em suma, são relacionados os graus de realização e afe-

---

366 Idem nota 9, p. 241. Além das obras de Robert Alexy, muito citadas nesta seção, há vasta doutrina que analisa a metódica do princípio da proporcionalidade, tendo sido utilizados aqui, preponderantemente: Tavares da Silva (2014: 52-53), Vieira de Andrade (2012: 288, 301-303), Vitalino Canas (1994, 2012, 2014), Sanchéz Gil (2007: 39-59), Barroso (2010: 305-306), Novelino (2014: 421-426).

367 Idem nota 7, pp. 165-166, 551-573

368 Ibidem, pp. 585-587.

369 Ibidem, pp. 588-590.

tação dos valores tensionados em prol da maior satisfação com o menor custo factualmente possível[370].

Por fim, o teste da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento de sopesamento propriamente dito), no qual o intérprete analisa a relação entre os benefícios e os prejuízos produzidos pela medida e verifica se as benesses produzidas compensam as perdas geradas, ou seja, determina a importância ou peso em concreto dos princípios colidentes[371]. É estritamente o mandamento de ponderação, mas que não pretende conduzir o intérprete a um único e inequívoco resultado, embora essa possibilidade muitas vezes seja possível[372].

Nessa última fase é realizada a chamada fórmula do peso ou cumprida a lei do sopesamento, regulada pela máxima de que o grau de não satisfação ou afetação negativa de um princípio da colisão deve ser jus-

---

370 Idem nota 7, pp. 116-120, 590-593. Ressalta-se que, em virtude de avanços tecnológicos, pode ocorrer de existir alguma medida tal qual eficaz e menos gravosa, mas que exija vultosos investimentos pecuniários ou que seja tecnicamente muito difícil de ser aplicada (a depender de onde e quem deverá fazê-lo). Tais situações também devem ser ponderadas por ocasião da aplicação da metódica.

371 Há quem entenda que, por tais testes serem autônomos (basta a reprovação em um deles para que o ato ou medida controlado seja reprovado), é possível aplicá-los em ordem diversa da que apresentamos, sendo indiferente ao resultado final (Idem nota 10, p. 37). Alexy, em um momento, assevera que não há abstratamente razões para dizer se há ou não a indispensabilidade de os testes serem executados segundo alguma ordem pré-definida, desde que a medida escrutinada seja aprovada em todos eles; porém, em seguida, declina que o exame da necessidade deve preceder o da proporcionalidade em sentido estrito (Idem nota 7, p. 117). Pessoalmente, por questões lógicas, compreendo que os testes devem ser aplicados na ordem exposta no texto, visto que não há sentido em verificar se uma medida é mais ou menos gravosa (teste da necessidade) se ela não for idônea a atingir o fim que almeja (teste da adequação), e é inútil escrutinar a juridicidade de uma medida que restrinja algum outro princípio ou direito sem que se considere ela adequada e necessária à finalidade visada, até porque em qualquer modalidade de argumentação séria inclusive a jurídica) apenas são levadas em consideração possibilidades realizáveis (Idem nota 9, p. 202) . Na mesma ordem cronológica apresentada foram aplicados os testes da metódica da proporcionalidade pelo Tribunal Constitucional Português (acórdão nº 187/2001).

372 Idem nota 7, pp. 116-120, 171, 594-611.

tificada pelo grau de importância da satisfação do outro. Tal fórmula é dividida também em três etapas: avaliação do grau de não satisfação de um princípio; mensuração da importância da realização do outro; verificação se a satisfação de um compensa as perdas geradas ao outro.

Essa última etapa deve ser discorrida mais precisamente por meio da classificação em três níveis dos graus de intervenção em um princípio e de satisfação do outro: fraco, médio e forte. Por conseguinte, quando relacionados as perdas e os ganhos não pode resultar uma intervenção mais severa (p. ex., forte) que o grau de satisfação gerado (p. ex, médio ou fraco), sob a pena de a medida escrutinada dever ser rejeitada e considerada inválida frente à não-satisfação insuportável de um e à satisfação não compensadora do outro princípio ou direito[373] .

No entanto, poderá haver um resultado de empate entre os custos e os ganhos aferidos (forte/forte, médio/médio, fraco/fraco). Nesses casos, haverá uma discricionariedade, não havendo como indicar precisamente por via do método da proporcionalidade que a medida examinada deve ser afastada. Essa é a discricionariedade que pode restar da aplicação do princípio da proporcionalidade, a qual caberá à autoridade competente decidir[374] .

Concordamos que essa escala de perdas e ganhos poderia ser melhorada, mas que, em tese, não deve ser mais refinada senão com considerável segurança (com o escopo de reduzir ao mínimo as chances de empate), visto não ser possível retirar um grau ideal de exatidão e certeza acerca do peso dos princípios pela via interpretativa (sendo comum verificar-se divergências), o que tornaria obscuro, logo intuitivo, o enquadramento nos mais variados níveis de prejuízo e satisfação, o que levaria ao esvaziamento da eficácia de uma escala mais rebuscada[375] .

---

373 Ibidem, pp. 593-603.
374 Ibidem, pp. 603-608.
375 Idem nota 9, pp. 609-611.

Mas, como melhor veremos abaixo, não é diretamente o objetivo da metódica em análise definir os graus de importância e os níveis de intensidade das restrições dos valores colidentes, porque isso depende substancialmente das valorações feitas ao nível da justificação externa ou determinação do conteúdo dos princípios, não obstante os momentos de justificação funcionem numa relação de complementariedade mútua[376] .

Em suma, por meio desse método é realizada a fase da proporcionalidade em sentido estrito, ao final da qual, passados os dois exames anteriores, é obtida a lei da ponderação ou regra de precedência específica que resolverá a colisão.

Considerando os direitos fundamentais como mandamentos de otimização, os dois primeiros testes (adequação e necessidade) atendem ao sentido de otimização perante condições fáticas (sendo assim considerados os elementos fáticos da tensão em busca de uma solução adequada e menos gravosa)[377] ; enquanto por via do terceiro é perseguida a otimização diante das condições jurídicas (quando é feita uma análise normativo-jurídica da questão)[378] .

Para que não se perca em objetivos utópicos, é importante conhecer que o conceito de otimização pode ter diferentes leituras, sendo uma delas a que o confunde com a ideia de *maximização* dos direitos fundamentais, de modo que a resposta válida seria sempre a que alcançar um ponto ideal máximo de realização. Essa concepção é equivocada e conduz a conclusões ilegítimas em um Estado Democrático de Direito, visto que direcionaria, em última análise, ao Tribunal Constitucional a decisão,

---

376 Portanto, ratifica-se que o método da proporcionalidade atua sobretudo sob a perspectiva da justificação interna, porque a *fórmula do peso* ou *lei do sopesamento* revela não se pretender valorar o conteúdo dos direitos fundamentais em tensão (Idem nota 7, pp. 167-171).

377 Intenta-se com os exames da adequação e necessidade realizar a ideia do ótimo ou eficiência de Pareto, segundo o qual, deve-se buscar a solução que mais realize uma posição sem piorar uma outra (Idem nota 7, pp. 589, 591).

378 Idem nota 7, p. 118.

a quem compete interpretar a constituição (isso, obviamente, em um contexto nacional). O conceito de otimização que deve ser adotado observa que o conteúdo dos direitos fundamentais é construído de acordo com um sistema que contém muitos outros direitos, valores e objetivos fundamentais. Logo, em situações concretas, as possibilidades de exercício de um direito são em muito reduzidas em virtude de outro em sentido contrário, mesmo que tais possibilidade estejam abstratamente compreendidas em seu âmbito de proteção ou suporte fático. Desse modo, a metódica da proporcionalidade não visa à maximização ideal direitos, e sim reprovar hipóteses que, embora normativamente possíveis, não atendam às supramencionadas exigências da ponderação, que tem por escopo também a redução dos custos aos demais valores e interesses da tensão. Portanto a ideia de otimização aqui aceita tem características também redutoras, o que não se compatibiliza com a ideia de maximização dos direitos fundamentais individualmente considerados[379].

Logo, como se percebe, pelo princípio da proporcionalidade são articulados elementos fáticos e jurídicos em um procedimento universalizável guiado até uma conclusão dotada de correção racional que aspira a alcançar um grau ótimo de realização dos valores fundamentais colidentes, cujo produto é a regra de precedência condicionada ou lei da colisão[380].

A construção ora exposta, consubstanciada pelos três testes, foi inicialmente desenvolvida pela jurisprudência e dogmática alemã (por isso chamada de tradicional ou trilogia alemã)[381], a qual opera preponderantemente no campo da justificação interna ou da perspectiva metódica

379 Ibidem, p. 588.

380 A lei da colisão é uma *regra* deduzida de uma colisão de princípios, a qual expressa a relação dos pesos desses princípios num caso concreto, revelando qual tem o maior peso naquelas circunstâncias e apontando uma consequência jurídica precisa condicionada àquelas condições fáticas e jurídicas específicas (Ibidem, pp. 95-99).

381 Idem nota 22, pp. 50-51.

de um raciocínio conducente a uma decisão jurídica racional, coerente e conforme as exigências da legitimidade democrático-constitucional.

Entretanto, são tecidas críticas ao método da proporcionalidade, sob o fundamento de que ele permite brechas a subjetivismos e decisionismos, especialmente quando do exame da proporcionalidade em sentido estrito. Uma vez confirmadas essas críticas, o exame da proporcionalidade poderia viabilizar discricionariedades além do razoável e até a arbitrariedade[382] , o que desperta também a questão da substituição do legislador pelo juiz e os respectivos problemas de justificação democrática quando esteja em causa o controle judicial de atos do legislativo.

Diante de casos-limite, questões inéditas ou muito controvertidas acerca de colisões entre direitos fundamentais (de um modo geral, hard cases), há quem defenda que, por não haver normas previamente aprovadas por instituições propriamente legitimadas e/ou por haver mais de um resultado interpretativo, o juiz estaria autorizado a realizar uma interpretação criativa livre ou uma leitura moral das normas colidentes segundo suas intuições. Levada ao extremo essa liberdade, seria autorizado ao intérprete, declarada ou dissimuladamente, criar novos direitos e aplica-los retroativamente em desfavor de alguém, o que vai de encontro ao princípio democrático e à segurança jurídica[383] .

É indispensável considerar que o discurso jurídico possui dois momentos que interagem numa relação de complementariedade: a

---

382 Idem nota 8, p. 338.

383 Dworkin, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, pp. 128-133. Isso autorizaria, por exemplo, juízes e tribunais a decidir fundados apenas em *argumentos de política* (fundamento baseado em objetivos coletivos almejados) e não em *argumentos de princípio* (padrão de exigência da justiça, equidade ou outra dimensão da moralidade), o que significaria admitir a atuação do Poder Judiciário como típico legislador, ferindo a separação dos poderes e os padrões do governo democrático, porquanto os juízes definiriam políticas públicas fora de um processo político-democrático participativo. Assevera-se, porém, que a argumentação fundamentada em políticas definidas em leis e na constituição nacional não infringem os ditames da legitimidade democrático-constitucional dos juízes.

justificação interna e a justificação externa. Esta diz respeito ao aspecto material dos argumentos utilizados, isto é, ao conteúdo das normas jurídicas e enunciados empíricos considerados (chamado processo de descobrimento); aquela, ao aspecto formal ou procedimento argumentativo, cujo objetivo é encontrar o resultado correto racionalmente fundamentado a partir das premissas extraídas da justificação externa[384].

Portanto, em princípio, segundo sua construção original, o método argumentativo em estudo não pretende responder substancialmente a questões de justificação externa, ou seja, sobre a definição de conteúdo do direito vigente; com efeito, na aplicação do método da proporcionalidade o intérprete parte de suas convicções acerca do direito, utilizando-as como premissas materiais do discurso a sustentar uma decisão jurídica[385]. Por conseguinte, numa colisão envolvendo a liberdade de expressão, p. ex., partindo-se ora de um standard como o turco e ora de outros como o norte-americano, alemão ou brasileiro (analisados atrás), não seria inesperado se as respostas dadas fossem diferentes.

Isso revela que as conclusões alcançadas poderão variar no tempo e no espaço, a depender do contexto cultural e do momento em que se aplique. Não duvidamos que a verdade é uma produção cultural contextualizada temporalmente[386].

Desse modo, o método da proporcionalidade como teoria da argumentação jurídica não nega a possibilidade de obter-se mais de um resultado admissível, mas exclui respostas irracionais, contraditórias, não demonstráveis logicamente, incoerentes com as condições limitadoras do discurso jurídico (lei, dogmática, precedentes)[387]. Ademais, a adoção de um método de justificação interna atende ao princípio da justiça formal e

384 Idem nota 9, pp. 219 e ss.
385 Ibidem, p.33.
386 Idem nota 20, p. 6.
387 Idem nota 9, pp. 31-32.

da segurança jurídica, garantindo a todos uma decisão segundo uma mesma lógica de reconhecimento e aplicação do direito[388].

Mas incorre em erro quem afirma que a realização de valorações por ocasião da decisão de casos jurídicos significa um livre espaço para convicções morais do aplicador. Apesar de as valorações sobre o conteúdo do direito determinarem em muito a conclusão do raciocínio jurídico, elas devem ser objetivadas[389]. A discricionariedade judicial não significa que a argumentação da decisão está imune aos exames da racionalidade, coerência, equidade, juridicidade, mas apenas que não foi guiada por padrões decisórios pré-estabelecidos[390]. Isso afasta grandemente os perigos da arbitrariedade dos Poderes constituídos, a despeito de não se pretender alcançar com o método da proporcionalidade sempre uma decisão única e inequívoca, mas de rejeitar as incorretas sob uma perspectiva de racionalidade e coerência com as premissas de que parte o discurso jurídico[391].

Deve ser considerado ainda que em grande parcela das hipóteses concretas, o grau de complexidade dos ordenamentos contemporâneos ocidentais, a experiência acumulada pelos tribunais e as compreensões dogmáticas construídas ao longo do tempo guiarão a interpretação[392]. Nessa esteira, embora o intérprete não esteja (ressalvadas exceções) vinculado a um uma decisão anterior, o respeito aos precedentes ou à

---

388 Ibidem, p. 220.

389 Ibidem, pp. 23-26.

390 Idem nota 6, pp. 53; 127-128. A ideia de discricionariedade ora exposta no texto (em sentido fraco) se opõe à defendida por teorias positivistas segundo a qual diante de *hard cases*, aqueles casos em que não há uma regra clara e precedente a aplicar para solucionar a controvérsia, o aplicador teria liberdade para decidir da forma como bem entender, isto é, passaria a dispor o intérprete de uma discricionariedade em sentido forte, pela qual não teria balizas a seguir, porquanto ambos os polos da tensão teria razão, o que validaria qualquer das opções feita pelo *juiz*; sendo desnecessário, portanto, um método de controle da argumentação utilizada.

391 Idem nota 9, pp. 31-32; 203-204.

392 Idem nota 6, pp. 439-445.

consistência articulada das argumentações judiciais confere coerência e integridade ao direito[393], o que atribui ao juiz discordante um fardo de argumentação bem mais pesado a ser vencido caso decida não acompanhar a *ratio* dos precedentes existentes[394].

E também contendo o desiderato de aumentar a racionalidade das decisões, o recurso ao estudo do direito comparado e ao *judicial dialogue* poderá oferecer soluções aos casos excepcionais (casos-limite), buscando compreender o problema ou ao menos colher contributos de outras culturas jurídicas e da jurisprudência internacional, por meio do estudo de problemas semelhantes enfrentados em outros sítios do globo, desde que atento à nacessária contextualização. A propósito, há ordenamentos nacionais que já preveem expressamente essas propostas como instrumentos de interpretação e aplicação do direito em suas Constituições, é o caso da África do Sul e da Hungria[395].

Portanto, deve-se concordar que a abertura dos problemas jurídicos a valorações não pode justificar que o intérprete disponha de livre subjetivismo ou de discricionariedade em um sentido forte[396]; mas sim, que ele deve esforçar-se para objetivar as valorações realizada.

---

393 Idem nota 6, p. 60.

394 A respeito da carga argumentativa da norma fixada no precedente (a *ratio decidendi*), sua não utilização na resolução do caso concreto presente deve decorrer da aplicação da técnica do *distinguishing* ou do *overruling*: esta significa a rejeição do entendimento precedente, julgando-o equivocado, logo violando sua *ratio*; aquela, à verificação de existência de alguma característica no caso a ser decidido que justifique a não aplicação do precedente (respeitando, portanto, sua *ratio*) Idem nota 9, p. 271.

395 Idem nota 22, p. 137.

396 Idem nota 6, pp. 52-63; nota 7, pp. 582-583. Alexy aponta que em relação aos princípios em geral, logo também aos direitos fundamentais, há dois tipos de discricionariedade: estrutural e epistêmica. Esta decorre da estrutura das normas constitucionais, cujos conteúdos imprecisos admitem margens de apreciação cognitiva, a partir de que se define o que é efetivamente obrigatório ou proibido, e o que não é obrigatório nem proibido, logo permitido; aquela diz respeito à margem de atuação prescrita pelas normas constitucionais, sendo facultado aos poderes constituídos fazer as escolhas devidamente motivadas e justificadas dentro dessa moldura (em razão de que trata a Constituição como uma *ordem-moldura*). Esse conceito de moldura está de acordo, destaca-se, com o conceito de discricionariedade de Dworkin, que a trata como um *espaço vazio no centro de uma rosca*, *circundado por faixas de restrições* (2010: 51). Voltaremos à frente a esse tema.

O problema pode ser assim articulado: na medida em que os princípios realizam a abertura do sistema jurídico em face da Moral, as fontes do direito tratam de objetivar os conceitos daí retirados; porém, mesmo com o diuturno trabalho do legislador ordinário, da jurisprudência e da dogmática, que determinam aspectos dos princípios e rendem muitos contributos à fundamentação das decisões jurídicas, cercando as controvérsias, não há dúvidas que não é suficiente a evitar o surgimento de novos *hard cases* e a solucionar em definitivo os gêneros de conflitos já conhecidos, existindo graves tensões até mesmo entre as premissas ventiladas por essas fontes[397].

Resta bastante claro ser possível extrair mais de uma resposta após a aplicação da metódica da proporcionalidade, e que, dentre essas possibilidades de resolução, será considerada correta a que mais estiver de acordo com as valorações feitas ou levadas em consideração pelo intérprete, o que não é controlável em absoluto (nem pretende ser) pelo método da ponderação em si. Todavia isso não significa que a proposta aqui tratada é uma metódica conducente ao arbítrio ou a subjetivismos intoleráveis. Em toda decisão jurídica, sobretudo envolvendo a aplicação de princípios, haverá abertura a valorações em algum grau. Compreendemos que o princípio da proporcionalidade impede que esse grau atinja os níveis da arbitrariedade ou de decisões intuitivas[398].

Nessa esteira, o pesquisador atento deve identificar uma segunda utilidade da metódica de justificação interna ora discutida: além de ser um procedimento de argumentação racional, também reflete no processo de descobrimento do direito, repelindo fundamentos que não possam ser justificados conforme procedimento argumentativo exposto ao longo

---

397 Idem nota 7, pp. 27-28.

398 bidem, pp. 543-544. Ademais, a confessada impossibilidade de garantir uma segurança indelével das conclusões jurídicas não retira a validade de uma teoria da argumentação jurídica que esse fato considere, porquanto nem mesmo as ciências naturais conseguem garantir um grau de certeza absoluto das respostas que dão. (Ver também: ALEXY, 2013: 284).

desta seção. Desse modo, o princípio da proporcionalidade possui dupla função, justificar racionalmente uma decisão jurídica; e verificar a possibilidade de as premissas utilizadas justificarem uma conclusão válida[399].

Logo, quer-se dizer que os aspectos da justificação externa (processo de descobrimento) e da justificação interna (processo de justificação) do discurso jurídico repercutem-se mutuamente, aquela aportando as premissas a serem usadas pela última; e esta controlando a possibilidade de as premissas fornecidas justificarem uma argumentação racional válida. Por isso, são aspectos do discurso jurídico que interagem em relação de complementariedade mútua.

Isso é claramente verificável ao descrever-se a regra do peso (a ser observada por ocasião da aplicação do teste da proporcionalidade estrita), segundo a qual quanto maior for a intervenção (não satisfação) sobre um princípio ou valor, maior deve ser a importância da satisfação do outro[400]. Dessa forma, premissas que não respeitem essa máxima não serão aprovadas pela metódica da proporcionalidade, conduzindo a um resultado inválido. Logo, observa-se que a metódica da proporcionalidade não rejeita apenas conclusões irracionais, mas reprova também premissas incapazes de conduzir a respostas corretas sob os pontos de vista do método ora discutido.

Entretanto, como não se visa a definir precisamente as premissas materiais de que parte o raciocínio, o método da proporcionalidade não garante nem pretende conduzir sempre a um único e inequívoco resultado, conforme reiteradamente já foi declinado neste trabalho.

E não poderia ser diferente. É preciso ter em mente que nenhuma teoria do discurso jurídico consegue eliminar todos os defeitos que inviabilizam a plena precisão e clareza da fundamentação de uma decisão sobre um *hard case*, se isso fosse possível, estabelecer-se-ia um código da razão prática, constituído de todas as regras e formas da argumenta-

399 Idem nota 9, p. 227.

400 Idem nota 7, pp. 171, 593-611.

ção prática racional, tornando estéril toda essa discussão[401]. Logo o alcance de duas proposições válidas é uma possibilidade discursiva considerada pelo método em tela[402].

Em suma, não vemos razões por que se possa imputar à metódica da proporcionalidade o caráter fomentador de subjetivismos ou de não alcançar os objetivos a que se destina. Na verdade, margens de discricionariedade é que evitam que um Estado com uma constituição em seu centro (ou ápice, como queira) seja submetido a uma ditadura judicial, haja vista que, se sempre existisse uma única e inequívoca resposta válida, sendo o tribunal constitucional o intérprete, em última instância, da constituição, toda colisão entre valores constitucionais seria decidida por juízes, que se sub-rogariam nas competências dos legisladores ordinários e esvaziariam a eficácia de todo o ordenamento infraconstitucional (porque tudo seria decidido de acordo com a interpretação direta da constituição)[403].

Acerca da discricionariedade, elas podem ser de duas espécies: estrutural e epistêmica. Haverá discricionariedade estrutural quando, por exemplo, a Constituição determina o que é obrigatório, o que é proibido e o é que permitido, de modo que os poderes constituídos poderão atuar dentro dos limites, espaço ou moldura estabelecido como permitido (podendo, a

---

401 Idem nota 9, p. 187.

402 Ibidem, pp. 204 e ss.. Ressalta-se, além disso, que o discurso jurídico é um *caso especial* do discurso prático geral. Quer-se dizer com isso que, apesar de dirigir-se ao agir e almejar ser correto e justo, aquele é um discurso limitado por vincular-se ao direito vigente, sobretudo no âmbito de um processo judicial, em que é limitado ainda pelas normas procedimentais, que admitem, por exemplo, que os participantes se orientem conforme seus interesses; um dever de veracidade limitado (o que se verifica, exemplificativamente, nas regras de distribuição do ônus da prova, no princípio segundo o qual ninguém é obrigado a produzir provas contra si, incluída aí a confissão sobre matérias de fato); e a justificação dos argumentos e a discussão são restritas por regras processuais, devendo ser realizada em tempo, por meios e até de forma determinados. Assim, a *racionalidade* buscada no discurso jurídico é uma razão consoante o ordenamento em vigor, o que pode admitir como válida uma decisão com alguma deficiência de correção sob um ponto de vista de valorações morais.

403 Idem nota 7, pp. 578-584.

depender da hipótese, definir fins e/ou meios à medida que foi autorizado). Existirá discricionariedade epistêmica quando o conteúdo da Constituição for indeterminado ao ponto de não se saber ou ter-se dúvidas sobre o que é obrigatório, proibido e permitido[404]. Neste último caso, não há definição prévia dos limites dos espaços de atuação discricionária.

Nos domínios da discricionariedade estrutural, atua plenamente a metódica da proporcionalidade até aqui discutida, no âmbito de que, mesmo quando se deduz mais de uma resposta válida a um caso complexo, ambos são constitucionalmente esperados, ambos são juridicamente possíveis, cabendo ao legislador fazer a escolha política[405]. Nesse caso, a discricionariedade está de acordo com o Estado de Direito, pois há uma liberdade de atuação do poder político juridicamente concedida, o que atribui legitimidade ao legislador para decidir.

O mesmo não se pode dizer no âmbito da discricionariedade epistêmica. Aqui, dependendo da forma como se concebam seus efeitos, estará o legislador amplamente livre para inovar no ordenamento e definir ele próprio suas margens de decisão; funcionando, portanto, além do direito vigente. Seria algo como uma criação jurídica infensa a qualquer controle pelo Direito. Uma concepção assim é inválida, visto que viola os ideais do Estado de Direito e do sistema de direitos fundamentais, não se podendo retirar da própria norma constitucional a autorização para atuar contra ela.

A discricionariedade epistêmica pode ser de dois tipos: empírica ou normativa. A epistêmica-empírica se verifica quando há um impasse em relação às premissas sobre fatos, as quais exercem essencial papel na otimização fática dos direitos fundamentais[406]. A esses casos,

---

404 Ibidem, pp. 582-583.

405 Ibidem, pp. 593-611.

406 Cita-se como exemplo o controle de ato legislativo que permite a livre comercialização de produtos derivados da *cannabis* sem que haja conhecimentos científicos suficientes a comprovar as benesses ou os malefícios desses produtos à saúde humana. Ibidem, 612.

embora não possa o judiciário substituir a decisão legislativa pela sua (por faltar-lhe legitimidade democrático-constitucional), é possível aplicar a mesma lógica da fórmula do peso, apontando que quanto mais forte for a intervenção sobre um direito fundamental, maior deve ser a certeza sobre as premissas empíricas de que se parte (aplicando-se aqui também a relação dos graus forte, médio e fraco entre a intensidade da intervenção e o nível de certeza/incerteza da premissa empírica base da decisão).

Diferentemente, existe uma discricionariedade epistémica normativa quando há incerteza quanto às possibilidades jurídicas extraíveis do princípio, verificando-se um impasse epistêmico, em que não se consegue perceber o que é obrigatório, proibido ou permitido da análise da norma jurídica, cabendo ao legislador determinar os próprios limites de discricionariedade estrutural a serem observados por ele[407].

Nesses casos, por não existir controles jurídicos para confinar a decisão em limites mais ou menos claros, considera-se que a discricionariedade para decidir deve respeitar ao menos dois parâmetros: o núcleo essencial dos direitos fundamentais e o sentido global da constituição ou do sistema de direitos fundamentais (interpretação sistemática)[408]. Sendo assim, a discricionariedade epistêmico-normativa é, em alguma medida, limitada e controlável por esses parâmetros[409].

---

407 Ibidem, pp. 620-622.

408 Ibidem, pp. 623-627.

409 Mas não inteiramente. Inferimos que a preocupação central de Alexy (2013: 26-29) em sua teoria da argumentação jurídica é com a precisão da fundamentação das decisões jurídicas. E é justamente por carência de precisão e clareza das fontes de onde as valorações são retiradas que são consideradas como não conducentes a um resultado preciso algumas propostas lançadas em célebres teorias do discurso, dentre elas a de que o intérprete deve extrair suas valorações de convicções coletivas (inclusive de juristas); dos sentidos do ordenamento jurídico como um todo; de uma ordem de valores supralegais objetivamente reconhecíveis (incluídas proposições de direito natural); de consensos fáticos empiricamente reconhecidos. O autor, porém, reconhece a utilidade dessas propostas, julgando válidas e importantes as valorações feitas com base nelas utilizadas pelos Tribunais alemães, mas reconhece que, mesmo o somatório de todas elas, não são suficientes, sendo necessário buscar novos caminhos.

Por fim, é fato que existem variações na realização do princípio da proporcionalidade a depender das hipóteses a que se aplique. A profundidade do exame poderá ser intenso ou total; de plausibilidade ou defensabilidade; ou por evidência[410] , respectivamente, forte, moderado e leve.

Essa questão tem total relação com o que foi discutido a respeito da discricionariedade conferida ao *decisor*, sendo uma consequência direta também das causas geradoras das discricionariedades estrutural e epistêmica, somadas à distribuição constitucional das competências dos poderes constituídos.

Importantes doutrinadores vinculam as variações na realização do princípio da proporcionalidade à natureza do objeto do controle e da autoridade emissora. Destinada a controlar leis em sentido estrito, isto é, tendo o ato sido emitido pelo legislador, deve ser respeitada a competência e legitimidade que o Legislativo possui para atuar criativamente, podendo inclusive restringir direitos fundamentais (havendo admissibilidade Constitucional) ou harmonizar colisões entre eles e com outros valores fundamentais, dentro dos confins das já discutidas discricionariedades estrutural e epistêmica. O controle variará em intensidade a depender do grau de vinculação do legislador à Constituição e do grau de determinação do conteúdo da norma constitucional objeto da intervenção legislativa[411] .

Sendo conferida autonomia legislativa para intervir sobre direitos e valores fundamentais elegendo meios, especificando fins e decidindo sobre em que momento e intensidade concretizá-los, e ainda para determinar ou conformar seu conteúdo, o exame da proporcionalidade deverá basear-se num juízo por evidência sobre a validade e legitimidade da medida legislativa escrutinada (é a intensidade mais fraca da proporcionalidade)[412] .

---

410 Idem nota 23, pp. 205-220.

411 Idem nota 5, p. 389.

412 Idem nota 23, pp. 211, 213-214, 218.

É o caso, em tese, do controle de criação e alteração de políticas públicas sociais e econômicas (o que pode decorrer da mudança de opções políticas, das exigências da economia e até da deficiência orçamentária do Estado), em razão de que direitos fundamentais são atingidos. Nessas situações, por se tratar de matérias essencialmente políticas e da competência típica dos Poderes Legislativo e Executivo, a margem de escrutínio pelo Judiciário deve ser mais reduzida[413].

Quando houver comando expresso incumbindo o dever de legislar, podendo o ato legislativo destinar-se a proteger e até restringir valores fundamentais, em via de regra, o controle da proporcionalidade se baseará num critério de plausibilidade ou defensabilidade, isto é, num controle moderado[414]. Nesses casos, sendo implicitamente dedutível a necessidade de intervenção legislativa, e não expressamente, justifica-se um controle mais elevado[415].

Nas hipóteses de lei interpretativas e harmonizadoras de colisão, aquelas que concretizam o âmbito protegido de direitos fundamentais ou declaram a existência de limites imanentes (limites internos), o controle deverá ser total, pelo qual o juiz pode realizar um completo reexame do ato legislativo, porquanto compete ao judiciário interpretar, em última instância, o texto constitucional, cabendo-lhe o escrutínio da interpretação feita pelo legislador ordinário[416].

Quando esteja em causa um ato administrativo, em virtude de ser emitido por uma autoridade estritamente vinculada ao princípio da legalidade, o juiz terá uma maior autonomia para controlá-lo, mas observando as competências típicas e margens de liberdade técnica conferidas à Administração Pública. Também será intenso o controle de uma proposta de resolução de uma colisão concreta, para cuja solução foi chamado

---

413 Idem nota 22, p. 73.
414 Idem nota 23, p. 219.
415 Idem nota 5, p. 389.
416 Idem nota 23, pp. 211-213, 219.

a decidir o judiciário, devendo aprofundar-se na análise do caso com amplo poder de decisão e fazer um reexame total, inclusive das decisões proferidas nas instâncias inferiores, respeitadas as regras processuais.

Ressalta-se que esse critério, segundo o qual a intensidade do controle variará a depender do gênero do ato objeto de controle, é menos preciso, podendo esses indicativos de realização do princípio da proporcionalidade segundo natureza do ato e da autoridade emissora encontrar exceções, o que dependerá da hipótese em análise e conforme a discricionariedade conferida.

De toda sorte, o método não pode ser aplicado sempre da mesma forma a todos os problemas a que se propõe resolver, devendo mesmo haver graduações em sua aplicação. Propostas dogmáticas mais recentes propõem inclusive construções que vão além da trilogia alemã. Isso decorre da expansão transnacional porque passou e passa esse princípio (da Alemanha ao mundo), da globalização também dos direitos humanos e da internacionalização de sua proteção, o que viabiliza, pelo menos em tese, a construção de *standards* globais de proteção e da consideração de novos valores no contexto da ponderação[417] .

Uma dessas propostas é a criação de um teste prévio destinado a aferir a legitimidade dos fins pretendidos com a medida a ser escrutinada, de modo que, sendo reprovada neste teste prévio, a medida não terá aptidão sequer a ser submetida aos exames da adequação, necessidade e proporcionalidade estrita[418] . Compreendemos que essa proposta pode ser abarcada naquela mencionada fase prévia em que o intérprete identifica as premissas empíricas e jurídicas a utilizar, sendo inclusive teoricamente articulável com a metódica mais tradicional da proporcionalidade, que, como visto, funciona numa relação de complementariedade com o momento da justificação externa do discurso jurídico.

---

417 Idem nota 22, pp. 50-51; 54.

418 Ibidem.

No entanto, mais interessante é proposto pela Doutora Suzana Tavares da Silva[419] , ao enveredar na perspectiva da justificação externa pugnando pelo alargamento do leque de valores a tomar em consideração, considerando a globalização e a internacionalização das relações intersubjetivas, e pela busca por soluções globalizantes, que exige o recurso ao estudo do direito comparado e ao *judicial dialogue*. Tal proposta intenta a adoção de meios de justificação do conteúdo das premissas, o que é atendido pela articulação do método tradicional com o princípio da razoabilidade, potencializando o controle das premissas de que parte o raciocínio jurídico.

Dentre esses valores a levar em conta no momento interpretativo dos direitos e valores, a autora indica como indispensável a consideração dos ditames do novo modelo socioeconômico global vigente (cujos interesses verificamos estar presentes numa internet livre e na redução da proteção de direitos da personalidade), cuja inobservância pelo legislador conduzirá à reprovação no exame de razoabilidade. Nesse caso, tendo em vista tratar-se de premissas empíricas que interferem na conformação dos direitos e valores fundamentais, o exame da razoabilidade poderia ser combinado com o teste da necessidade, aumentando a força desse teste e do controle das medidas escrutinadas nos limites impostos pela legitimidade democrático-constitucional[420] .

Trata-se, portanto, de uma tentativa de constituir não só um controle da justificação interna das decisões (perspectiva metódica), mas também torná-las mais inteligíveis no campo da justificação externa (perspectiva conteudística).

---

419 Ibidem.

420 Ibidem, pp. 53-75. O exame da necessidade suscita problemas a respeito da legitimidade do judiciário para, ao identificar uma solução igualmente adequada e menos gravosa, substituir a decisão do legislador pela sua (Alexy, 2011: 118, nota 86). Nessa esteira, a combinação do teste da necessidade com um exame de razoabilidade viabilizaria, em tese, o melhoramento da metódica sem ultrapassar os limites da legitimidade jurídico-constitucional dos tribunais, transformando, por exemplo, o critério *de evidência* (mais fraco em virtude do maior discricionariedade conferida ao legislador) em um exame de razoabilidade.

Observamos positivamente tais evoluções doutrinárias, pois permitem conferir maior densidade aos controles das medidas políticas, exigindo-as serem mais criteriosas e racionais, o que fortalece o instituto do princípio da proporcionalidade e o controle das ações dos poderes públicos sobre os direitos, objetivos e valores fundamentais[421] .

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em tom de conclusão, compreendemos que a metódica da proporcionalidade atinge a finalidade a que se destina, desde que entendida, em sua construção original (trilogia alemã), como não voltada a conduzir o intérprete a uma única e inequívoca resposta a casos difíceis, mas o de excluir respostas inválidas, que não atendam aos ditames da racionalidade, coerência e juridicidade, atuando preponderantemente no campo da justificação interna das decisões jurídicas.

Para garantir uma única e precisa resposta, seria necessário um método que abarcasse inteiramente os aspectos formais e materiais do discurso jurídico, logo incidindo também nos domínios da justificação externa ou das valorações do direito vigente, por meio de que são extraídas as premissas a serem aplicadas por ocasião da justificação interna. Todavia, por outro lado, apontamos que os momentos de justificação externa e interna funcionam em relação de complementariedade mútua, de modo que a metódica ora trabalhada também repercute no controle da justificação externa, consoante analisado acima; porém, sem a pretensão de esgotar o mérito das valorações realizadas a esse nível.

E assim deve ser, porque, se levada ao extremo, um controle preciso a esse ponto nos parece utópico e fadado ao insucesso, porquanto os direitos sofrem os reflexos do contexto social onde são interpretados

---

421 Para maiores esclarecimentos acerca dessas novas formulações evolutivas da metódica da proporcionalidade, consultar obra da Doutora Suzana Tavares da Silva (*Direitos Fundamentais na Arena Global*, 2ª ed., 2014).

e aplicados, sendo conformados a depender de quão ressonantes são seus valores fundantes, de modo que são concebidos mais amplos ou mais restritos a depender dos fatores históricos, políticos, econômicos, culturais e morais de cada comunidade.

Portanto, como criação humana, o direito não poderia ser perfeito, admitindo-se a possibilidade de se chegar a mais de uma resposta a uma mesma questão, embora essa não seja a regra. E o estudo do discurso ou da argumentação jurídica revela essas deficiências da Ciência do Direito, assim como convida os juristas a se debruçarem sobres as questões de superior importância tratadas nesta oportunidade, as quais contemporaneamente podem encontrar soluções no estudo do direito comparado e no diálogo judicial, ante a globalização viabilizada pela sociedade da informação em que vivemos.

BIBLIOGRAFIA

Alexy, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

Atienza, Manuel; Ferrajoli, Luigi. *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*. Primera edición, México D.F: UNAM, 2005.

Barroso, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Bobbio, Norberto. *A Era dos Direitos*. Apresentação de Celso Lafer; tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. *Estado, Governo e Sociedade: Para uma teoria geral da política*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 10ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

_____. *Teoria da Norma Jurídica*. Apresentação de Alaôr Caffé Alves. Tradução de Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Batista. 5ª ed. São Paulo: Edipro, 2012.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Tradução de Ari Marcelo Solon. 1ª ed. São Paulo: Edipro, 2011.

Bunnin, Nicholas; Tsui-James, E. P. *Compêndio de Filosofia*. Tradução de Luiz Paulo Rouanet. 3ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

Canas, Vitalino. Proporcionalidade (Princípio da). *In Dicionário Jurídico da Administração Pública*. Lisboa: Coimbra Editores, 1994, vol. VI.

_____. «A proibição do excesso como instrumento mediador de ponderação e optimização (com incursão na teoria das regras e dos princípios)», in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda* (ob. col), Coimbra Editora, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012, p. 811-893.

_____. «Constituição *Prima Facie*: Igualdade, Proporcionalidade, Confiança», *e-Pública Revista Eletrônica de Direito Público* (2014), nº 1.

Canotilho, J. J. Gomes; Moreira, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, vol. I.

_____. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

Dworkin, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

Haarscher, Guy. *A filosofia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

Novelino, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Método, 2014.

Reis Marques, Mario Alberto Pedrosa. *Filosofia dos Direitos Humanos: disciplina do Curso de Mestrado da Universidade de*

Coimbra, 23/10/2014 a 28/05/2015. Anotações das aulas expositivas.

Sánchez Gil, Rubén. *El Principio de Proporcionalidad*. Primera edición. México, D.F: Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.

Silva, Virgílio Afonso da. <<O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais>>, *Revista de Direito do Estado 4 da Universidade de São Paulo-USP*, (2006), p. 23-51.

Simmonds, N. E. *Compêndio de Filosofia. Filosofia do Direito*. Organização de Nicholas Bunnin e E. P. Tsui-James. Tradução de Luiz Paulo Rouanet. 3ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2010.

Tavares da Silva, Suzana. *Direitos Fundamentais na Arena Global*. 2ª ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014.

Toledo, Cláudia. Apresentação à Edição Brasileira. *In Teoria da Argumentação Jurídica* (Alexy, Robert). Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

Vieira de Andrade, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2012.

2016, Editora e Gráfica Meta Ltda.
TÍTULO **Revista da PGM - PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO DE JOÃO PESSOA**

PROJETO GRÁFICO E DESIGN
Martinho José Pereira Sampaio

CAPA
Carlos Eduardo

FOTO DA CAPA
Juliana Santos

IMPRESSÃO
Editora e Gráfica Meta Ltda

TIRAGEM
500 exemplares

R454 Revista da PGM - Procuradoria-Geral do Município de João Pessoa; n.05; 2016-2017 / Centro de Estudos Grimaldi Dantas.- João Pessoa: Editora e Gráfica Meta, 2016.
353p.
Anual
ISSN: 2236-3726
1. Direito - Brasil. 2. Sentença. 3. Audiência pública.
4. Ações coletivas. I. Centro de Estudos Grimaldi Dantas.

UFPB/BC *CDU: 34(81)*