

Publicações da Escola da AGU

Curso de Pós-graduação em Advocacia Pública - BH volume 1

ISSN-2236-4374

Publicações da Escola da AGU	Brasília	n. 30	p. 1-292	setembro 2013
---------------------------------	----------	-------	----------	---------------

Publicações da Escola da AGU

Escola da Advocacia-Geral da União
Ministro Victor Nunes Leal

SIG - Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 06, lote 800
CEP 70610-460 – Brasília – DF Telefones (61) 2026-7368 e 2026-7370
e-mail: eagu.secretaria@agu.gov.br

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Ministro Luís Inácio Lucena Adams

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Fernando Luiz Albuquerque Faria	Substituto do Advogado-Geral da União
Marcelo de Siqueira Freitas	Procurador-Geral Federal
Paulo Henrique Kuhn	Procurador-Geral da União
Adriana Queiroz de Carvalho	Procuradora-Geral da Fazenda Nacional
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy	Consultor-Geral da União
Ademar Passos Veiga	Corregedor-Geral da AGU
Grace Maria Fernandes Mendonça	Secretária-Geral de Contencioso

ESCOLA DA AGU

Juliana Sahione Mayrink Neiva	Diretora
André Luiz de Almeida Mendonça	Vice-Diretor
Nélida Maria de Brito Araújo	Coordenadora-Geral

EDITOR RESPONSÁVEL

Juliana Sahione Mayrink Neiva

COORDENADORES DA PUBLICAÇÃO

Grégore Moreira de Moura
Juliana Sahione Mayrink Neiva
André Luiz de Almeida Mendonça

CONSELHO EDITORIAL

Grégore Moreira de Moura; Pedro Vasques Soares; Rodrigo Araújo Ribeiro; Flávia Gualtieri de Carvalho; Marina França Santos; Cristiano Reis Giuliani; Alexandre Augusto Silva Pereira; Luciano Medeiros de Andrade Bicalho; Rodolfo Viana Pereira.

Apoio Institucional: Escola da AGU

Diagramação/Capa: Niuza Lima/Glúcia Pereira

Os conceitos, as informações, as indicações de legislações e as opiniões expressas nos artigos publicados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Publicações da Escola da AGU: Curso de Pós-Graduação em Advocacia Pública - BH - Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal - Ano V, n. 30, v. 1 (set. 2013).
Brasília: EAGU, 2012. mensal.

A partir do ano III, n. 8 passou a ser periódico bimestral e a partir do ano IV, n.º 14 periodicidade mensal.

ISSN 2236-4374

1 - Direito Público - Artigos - Brasil I. Título. II. Série.

CDD 340 . 5
CDU 34 (05)

SUMÁRIO

Apresentação	5
Uma Visão Atual do Benefício de Pensão por Morte <i>A Current View of Social Security of Death Benefit</i> <i>Adriana Calixto Leão</i>	7
As Alterações do Processo Executivo Previsto no CPC e a Lei de Execuções Fiscais <i>The Impact of Changes on the General Executive Process of the Civil Procedure Code and the Tax Enforcement Act</i> <i>Alexandre Augusto Silva Pereira</i>	27
Pesquisa de Preços sob a Égide do Tribunal de Contas da União <i>Price Research in Order of Tribunal de Contas de Contas Parameters</i> <i>Aristhéa Totti Silva Castelo Branco de Alencar</i>	59
E agora, para aonde vamos? <i>And Now, Where Are We Going?</i> <i>Daniela de Almeida Pascini Caravita</i>	83
Confissão e o Parcelamento da Dívida Ativa no Município de Belo Horizonte Comparado com Outros Entes Políticos <i>Confession and the Installment of Active Debt in the Municipality of Belo Horizonte Compared to Others Political Entities</i> <i>Geórgia Stuart Dias</i>	99
O Princípio da Moralidade e o Combate ao Nepotismo em Licitações Públicas <i>The Morality Principle in the Fight Against Nepotism in Public Bidding</i> <i>Guilherme Salgado Lage</i>	141
Ações Regressivas Previdenciárias <i>Social Security Regressive Actions</i> <i>Leticia Nunes Sampaio</i>	183

Problemas na Licitação: comentários à fase interna da licitação <i>Problems Concerning Bidding: comments about the phase prior to the bidding notice</i> <i>Maria de Fátima de Oliveira Marques</i>	205
Prescrição do Crédito Tributário: aspectos relevantes que exsurtem com a propositura e no curso da execução fiscal regulada pela lei n. 6.830/80 <i>Statute of Limitations of Tax Credits: relevant aspects regarding the tax execution procedure as defined by Law 6830/80</i> <i>Maria Lúcia Pereira Bretz</i>	229
A Constitucionalização da Advocacia Pública Municipal <i>The Constitutionalization of the Municipal Public Advocacy</i> <i>Marina França Santos</i>	261
Os Direitos Fundamentais Sociais sob a Ótica do Constitucionalismo Contemporâneo – Sua Aplicabilidade Frente aos Princípios do Mínimo Existencial e da Reserva do Possível <i>Fundamental Social Rights under the Perspective of Contemporary Constitutionalism - Its Applicability Before the Principles of the Existential Minimum and the Possible Reserve</i> <i>Mireuza Rangel de Souza Rocha</i>	269

APRESENTAÇÃO

A Edição Especial da Revista que ora vai à publicação pela Escola da Advocacia Geral da União é resultado de um belo caminho. Os temas aqui apresentados são fruto dos debates travados nas aulas presenciais do Curso de Especialização em Advocacia Pública, realizado em Belo Horizonte pelo IDDE – Instituto para o Desenvolvimento Democrático, pelo Ius Gentium Conimbrigae/Centro de Direitos Humanos da Universidade de Coimbra e pelo Centro Universitário Una.

Foram aproximadamente 50 (cinquenta) professores ao longo de um ano, dotados de alta expertise, tanto teórica quanto prática. Basta dizer que a aula inaugural foi ministrada pelo Professor Doutor Gomes Canotilho, Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (hoje aposentado) e referência maior do novo constitucionalismo luso-brasileiro.

Diferentemente dos debates que se dão num ambiente voltado para temas genéricos de Direito Público, típico de cursos de menor calibre, a Especialização em Advocacia Pública focou nos principais temas afetos à essencialidade da defesa jurídica dos interesses dos entes públicos que, por consequência, reverberam os interesses dos cidadãos.

A iniciativa da Escola da AGU de levar parte das discussões a público vem coroar a realização dos principais objetivos deste projeto acadêmico: criar um ambiente propício para o aprofundamento das teses pertinentes ao trabalho cotidiano dos procuradores, além de difundir o conhecimento sobre a função e a importância das instituições afetas à Advocacia Pública.

A experiência foi de tal modo engrandecedora que, hoje, a Especialização é oferecida à distância, viabilizando o acesso a este conhecimento especializado, literalmente, nos quatro cantos do Brasil.

Finalizo com um agradecimento especial à Escola da AGU em Minas Gerais e à Escola Superior da Procuradoria Geral do Município de Belo Horizonte, bem como aos seus servidores e procuradores pela confiança demonstrada desde a primeira hora.

Que seja a primeira de muitas edições especiais!

Rodolfo Viana Pereira

Coordenador Acadêmico do IDDE – Instituto para o Desenvolvimento Democrático. Professor da Faculdade de Direito da UFMG. Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Coimbra. Advogado.

Nessa edição especial, a Escola da AGU na 1ª Região no Estado de Minas Gerais coroa o sucesso gerencial da nova estruturação da Escola da AGU nas diversas regiões do país, aprimorando não só os aspectos relativos aos recursos materiais e de descentralização, mas também propiciando a aproximação do conhecimento aos procuradores federais, advogados da União, procuradores da fazenda nacional, procuradores do Banco Central e servidores da casa.

A revista traz diversos artigos elaborados através do desenvolvimento teórico e prático do Curso Presencial de Pós-Graduação em Advocacia Pública realizado na sede da AGU no Estado de Minas Gerais, tendo como mote o direito público e as teses mais discutidas no âmbito da advocacia pública.

Vale destacar que tanto a formatação quanto a execução do Curso foi elaborada por diversas mãos provenientes da AGU, da Procuradoria Geral do Município de Belo Horizonte e do IDDE, o que culminou com a excelência do conteúdo jurídico e gerencial ministrado aliado ao fato inovador de propiciar a troca de experiências entre diversas esferas de governo.

Portanto, colhe-se aqui e registra-se neste momento ímpar do lançamento desta edição especial da Revista da AGU, os frutos de uma inovadora iniciativa de disseminação do conhecimento e capacitação corporativa, resultado da parceria entre os entes envolvidos.

Desta feita, é importante destacar as pessoas responsáveis pelo sucesso deste projeto, prestando nossas homenagens a elas: Wanusa de Souza Vaz, Maria Helena Aguiar Macedo, Alice Araújo Senem Cançado, Maria Anunciação Nogueira Leão e toda a equipe de servidores da Escola da AGU em Brasília. Aos ilustres Pedro Vasques Soares, Rodrigo Araújo Ribeiro, Flávia Gualtieri de Carvalho, Marina França Santos, Cristiano Reis Giuliani, Alexandre Augusto Silva Pereira, Luciano Medeiros de Andrade Bicalho e Rodolfo Viana Pereira pela elaboração do projeto pedagógico.

A Escola da AGU na 1ª Região no Estado de Minas Gerais parabeniza aos autores dos artigos ora publicados e deseja aos apreciadores do Direito uma excelente leitura.

Grégore Moreira de Moura
Diretor da Escola da AGU na 1ª Região
Procurador Federal

UMA VISÃO ATUAL DO BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE

A CURRENT VIEW OF SOCIAL SECURITY OF DEATH BENEFIT

Adriana Calixto Leão

Procuradora Federal

Especialista em Advocacia Pública pelo Centro Universitário UNA

SUMÁRIO: Introdução; 1 Do benefício de pensão por morte; 1.1 Da breve análise da evolução histórica e legislativa; 1.2 Do conceito e requisitos para sua obtenção; 1.3 Principais elementos caracterizadores; 1.4 Da visão crítica do instituto de pensão por morte; 2 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho buscou proceder uma análise atual do benefício previdenciário de pensão por morte. Através da análise da sua origem histórica, dos requisitos atualmente exigidos para sua obtenção e dos seus principais elementos caracterizadores, promovemos uma abordagem crítica a respeito das suas principais características dentro do novo contexto sócio-econômico vivenciado pela sociedade brasileira, especialmente no último século, dando ênfase quanto à necessidade de se promover alterações na legislação previdenciária atualmente vigente, a fim de se evitar, num futuro próximo, um desastroso colapso da Previdência Social, ante aos elevados custos que dito benefício vem representando aos cofres do INSS.

PALAVRAS-CHAVE: Previdência Social. Pensão Por Morte. Visão Atual. Mudanças.

ABSTRACT: The present study proceeds a current analysis of social security of death benefit. Through the analysis of its historical origin, the requirements currently required for obtaining it and its main characteristic elements, we promoted a critical approach with respect to its main features within the new Brazilian socio-economic context, especially in the last century. The main objective is to emphasize the necessary changes in the current social security legislation to avoid a disastrous collapse of Social Security, in the near future, dealt to the high costs of death benefits have been representing for the INSS coffers.

KEYWORDS: Social Security. Death Benefit. Current Analysis. Changes.

INTRODUÇÃO

Em termos de direitos sociais, pode-se dizer que a criação de um sistema integrado de Seguridade Social, abrangendo a saúde, a assistência social e a previdência, constitui um dos maiores avanços esculpido na Constituição de 1988. Com a sua promulgação, o sistema de seguridade passa a ser financiado por receitas próprias, todas previstas na Constituição e a ele especificamente vinculadas.

Dentre os componentes da Seguridade Social, ganha destaque o estudo da Previdência Social que, por definição constitucional, deveria e foi organizada na forma de regime geral, com caráter nitidamente contributivo e com filiação obrigatória. Estabeleceu-se, ainda, que seria ela responsável por atender, dentre outros riscos sociais, a cobertura do evento morte, através do pagamento do benefício de pensão por morte aos dependentes do segurado, homem ou mulher, que vier a falecer.

O presente trabalho busca proceder uma análise atual do benefício previdenciário de pensão por morte, benefício este que vem, cada vez mais, despertando a atenção dos seus estudiosos, ante ao elevado custo que o seu pagamento representa para os cofres da Previdência Social.

Segundo dados extraídos do Anuário Estatístico da Previdência Social de 2011¹, o pagamento de aludido benefício correspondeu, naquele ano, a cerca de 23% dos gastos em relação aos demais benefícios previdenciários pagos pela Previdência Social. E a tendência é que esse percentual se eleve a cada ano, dado ao já anunciado envelhecimento da população, ante o aumento da expectativa de vida do cidadão brasileiro *versus* a crescente queda da taxa de natalidade.

Estima-se que a população idosa do Brasil deve triplicar até o ano de 2050. E na tentativa de minimizar o déficit que pode ser gerado no futuro próximo, mostra-se necessária promover, dentre outras medidas, uma revisão nos critérios legais de concessão de referido benefício.

O tema aqui debatido não será analisado puramente a partir dos seus aspectos contábeis, em que pese relevantes. A questão será colocada também no âmbito mais amplo das relações sociais, do contexto histórico e da natureza dos benefícios previdenciários, sempre na busca do fiel cumprimento do bem comum.

Daí porque iniciaremos o trabalho promovendo uma análise da origem histórica do benefício de pensão por morte, dos requisitos exigidos para sua obtenção na atualidade e dos seus principais elementos

1 INSS. Anuário Estatístico da Previdência Social 2011. Disponível em: < http://www.previdenciasocial.gov.br/arquivos/office/1_121023-162858-947.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2013.

caracterizadores. Após, realizaremos uma abordagem crítica a respeito das suas principais características dentro do contexto social que hoje vivenciamos para, ao final, propor as alterações legislativas necessárias para finalidade de evitar, num futuro próximo, um desastroso colapso da Previdência Social.

Cumpramos registrar que, por se tratar de tema novo, atual e essencialmente crítico, a escassa bibliografia existente constitui um dos obstáculos a ser enfrentado pelos estudiosos do assunto, mas que, por outro lado, justifica e reforça a importância da elaboração do presente trabalho.

1 DO BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE

1.1 DA BREVE ANÁLISE DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA E LEGISLATIVA

A análise da origem histórica do benefício de pensão por morte passa, inexoravelmente, pelo estudo da evolução histórica do sistema de Seguridade Social no Brasil. Entretanto, considerando objetivo do presente trabalho, será aqui dado uma maior ênfase aos aspectos históricos envolvendo o benefício de pensão por morte.

Segundo IBRAHIM ², “A evolução da proteção social no Brasil seguiu a mesma lógica do plano internacional: origem privada e voluntária, formação dos primeiros planos mutualistas e a intervenção cada vez maior do Estado.”.

Segundo o mesmo autor e a exemplo da experiência européia, os vestígios mais antigos de proteção social no Brasil advieram das atividades beneficentes da Igreja Católica, na forma de suas Santas Casas, logo no início da sua colonização, ocorrida em 1543. Em seguida, merece registro a criação de um plano de Benefícios dos Órfãos e Viúvas dos Oficiais da Marinha em 1795, quando o evento morte passou a ganhar notável proteção social.

Em 1808, houve a criação do “montepio”, que era uma espécie de pensão destinada a prover o sustento de um beneficiário. Inicialmente essa espécie de prestação fora idealizada para a proteção pessoal do Rei Dom João VI e mais tarde foi se expandindo para outras camadas da população, até que em 1835 criou-se o MONGERAL (Montepio Geral dos Servidores do Estado), a primeira entidade privada estabelecida no país, cuja forma de financiamento se dava de forma mútua, ou seja, os associados cotizavam-se para cobertura de certos

2 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. 792p.

riscos sociais, dentre eles a morte, repartindo o encargo com todo o grupo.

Interessante notar aqui que inicialmente os benefícios estipulados pelas legislações vigentes eram tidos como privilégios concedidos pelo Estado brasileiro a alguns de seus funcionários, ou seja, o Estado não encarava a Previdência Social como uma responsabilidade sua. Somente em 1923, com a edição da Lei Eloy Chaves que se pode dizer que foi dado o primeiro passo para a criação de uma Previdência Social propriamente dita no Brasil.

Nela havia previsão de concessão do benefício de pensão por morte pago aos dependentes do instituidor, que, à época, eram basicamente o cônjuge, filhos e pais. Exigia-se, ainda, carência de 10 anos de efetivo serviço à empresa empregadora. De acordo com IBRAHIM³, as hipóteses legalmente previstas para cessação do benefício eram as seguintes: para a viúva ou viúvo, ou pais, quando contraírem novas núpcias; para os filhos, desde que completassem 18 anos; para as filhas ou irmãs solteiras, desde que contraíssem matrimônio e, por último, em caso de vida desonesta ou vagabundagem.

Veja que os requisitos para obtenção e manutenção do benefício de pensão por morte espelhavam a realidade social vivenciada no século XIX e primeiras décadas do século XX, realidade esta marcada pela existência de uma família essencialmente patriarcal. Ao homem cabia o papel de provedor do sustento da família, enquanto à mulher reservava-se o exercício das atividades domésticas e educação dos filhos, apesar de aberta uma pequena e estreita porta para o caminho do magistério. Ainda assim, a regra social era de absoluta dependência e submissão da mulher ao homem.

Fica fácil, assim, compreender a razão pela qual as mulheres solteiras, filhas ou irmãs, que não apresentassem vida desonesta ou vagabunda, foram elencadas como beneficiárias do benefício de pensão por morte à época. Fácil também compreender a razão pela qual a contração de novas núpcias foi por muitos anos causa de extinção do direito ao benefício de pensão por morte. Entende-se ainda o motivo pelo qual o marido sequer figurava no rol de dependentes do segurado.

Com a evolução da forma de organização da sociedade brasileira com o passar do tempo, ditas regras deixaram de ter previsão em nossa legislação previdenciária atualmente em vigor, como será visto adiante.

3 IBRAHIM, op. cit., 792p.

1.2 DO CONCEITO E REQUISITOS PARA SUA OBTENÇÃO

A Constituição de 1988⁴ contempla o benefício de pensão por morte ao claramente estabelecer em seu art. 201, incisos I e V, que a Previdência Social deverá atender, dentre outras coberturas, a do evento morte. Vejamos o que restou estabelecido por referido diploma constitucional:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) (Vide Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

Como visto no tópico anterior, atualmente, a regulamentação legal do benefício de pensão por morte é feita pela Lei 8.213/91 e pelo Decreto 3048/99.

Segundo CASTRO e LAZZARI⁵, “a pensão por morte é o benefício pago aos dependentes do segurado, homem ou mulher, que

4 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm>. Acesso em: 28 jan. 2013.

5 CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 14. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. 1.138p.

falecer, aposentado ou não, conforme previsão expressa do art. 201, V, da Constituição Federal, regulamentada pelo art. 74 da Lei do RGPS” (Regime Geral da Previdência Social).

Prescreve o *caput* do art. 74 da Lei 8213/91, *in verbis*⁶: *Art. 74. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data. [...]*

Da leitura atenta dos referidos dispositivos legais, extrai-se que para obtenção do benefício de pensão por morte, é necessária tão-somente a comprovação da condição de segurado do Regime Geral da Previdência Social (RGPS) do falecido, da condição de dependente dos pretensos beneficiários e do óbito.

Conforme é sabido, a aquisição da qualidade de segurado dá-se pelo exercício de atividade remunerada abrangida pelo RGPS e a perda pelo esgotamento do prazo previsto na legislação que, em regra, varia de um a três anos, salvo algumas raras exceções, tais como o segurado facultativo e o licenciado para prestar serviço militar.

Os critérios para manutenção de tal qualidade vêm definidos no art. 15, da Lei 8.213/91. Vejamos o seu inteiro teor⁷:

Art. 15. Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições:

I - sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício;

II - até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração;

III - até 12 (doze) meses após cessar a segregação, o segurado acometido de doença de segregação compulsória;

IV - até 12 (doze) meses após o livramento, o segurado retido ou recluso;

6 BRASIL. *Lei 8.213, de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 28 jan. 2013.

7 BRASIL. *Lei 8.213, de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 28 jan. 2013.

V - até 3 (três) meses após o licenciamento, o segurado incorporado às Forças Armadas para prestar serviço militar;

VI - até 6 (seis) meses após a cessação das contribuições, o segurado facultativo.

§ 1º O prazo do inciso II será prorrogado para até 24 (vinte e quatro) meses se o segurado já tiver pago mais de 120 (cento e vinte) contribuições mensais sem interrupção que acarrete a perda da qualidade de segurado.

§ 2º Os prazos do inciso II ou do § 1º serão acrescidos de 12 (doze) meses para o segurado desempregado, desde que comprovada essa situação pelo registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social.

§ 3º Durante os prazos deste artigo, o segurado conserva todos os seus direitos perante a Previdência Social.

§ 4º A perda da qualidade de segurado ocorrerá no dia seguinte ao do término do prazo fixado no Plano de Custeio da Seguridade Social para recolhimento da contribuição referente ao mês imediatamente posterior ao do final dos prazos fixados neste artigo e seus parágrafos.

Desse modo, regra geral, para cumprir o requisito da condição de segurado, basta o trabalhador verter uma contribuição aos cofres da Previdência para tornar-se segurado obrigatório e manter-se nessa condição pelo período mínimo de um ano, ressalvadas, claro, como visto alhures, as exceções existentes e as hipóteses de prorrogação da qualidade de segurado.

Há, entretanto, algumas hipóteses em que, mesmo não dispondo de qualidade de segurado do RGPS ao tempo óbito, torna-se devido o pagamento da prestação. Tal se dá quando, por exemplo, os dependentes habilitados demonstram que o ex-segurado falecido, mesmo tendo perdido a qualidade de segurado ao tempo do óbito, reunia os critérios legais para obtenção do benefício de aposentadoria. Da mesma forma torna-se devida a prestação quando os dependentes habilitados ao recebimento do benefício demonstram a existência de incapacidade em época anterior, quando o falecido ainda ostentava qualidade de segurado.

Ressalvadas as exceções acima declinadas, regra geral o falecimento de pessoa que não detém a qualidade de segurado não

gera direito ao benefício em tela. Tal restrição imposta pelo legislador é justificável, vez que a Previdência Social visa a assegurar as condições de manutenção apenas aos seus segurados e dependentes, já que o INSS não suportaria o ônus de arcar com os benefícios de todos os cidadãos que lhe procurassem, julgando-se merecedores de um auxílio. Daí porque necessária a implementação de todos os requisitos legais para que seja possível a percepção de qualquer benefício previdenciário.

Além da prova da condição de segurado do falecido, necessário também que se demonstre a condição de dependente dos pretensos beneficiários. E tal se dá mediante a apresentação de documentação comprobatória de que, ao tempo do óbito do segurado, o pretense beneficiário enquadrava-se em alguma das classes de dependentes, previstas no art. 16, da Lei 8.213/91, abaixo transcrito⁸:

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente; (Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011)

II - os pais;

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente; (Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011)

§ 1º A existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes.

§ 2º .O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento. (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997)

8 BRASIL. *Lei 8.213, de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 28 jan. 2013.

§ 3º Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

§ 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.

Desse modo, são considerados dependentes do segurado falecido o cônjuge, o(a) companheiro(a), o filho não emancipado, menor de 21 anos ou inválido, que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente, os pais, o irmão não emancipado, menor de 21 anos ou inválido, que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente.

Equipara-se à condição de filho, o enteado e menor tutelado, desde que comprovada a dependência econômica e mediante declaração do segurado falecido. O cônjuge divorciado ou separado, judicialmente ou de fato, que recebia alimentos em vida também é contemplado pela legislação previdenciária como dependente do segurado falecido. Acrescente-se ainda que, em decisão vanguardista, a Previdência Social, ao publicar a Instrução Normativa da Presidência do INSS nº 45, em 11 de agosto de 2010, passou a reconhecer o companheiro homossexual como dependente do segurado⁹.

O cônjuge, o(a) companheiro(a), o filho não emancipado, menor de 21 anos ou inválido, que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente, são presumidamente dependentes economicamente um do outro. Vale dizer, basta a comprovação da situação de parentesco para obtenção do benefício. É certo que muitas vezes essa presunção pode ser relativizada, vez que a companheira pode afastar o direito da ex-esposa caso consiga elidir a presunção de dependência econômica em relação ao ex-esposo.

Quanto aos demais dependentes arrolados pela Lei, necessária se faz a comprovação, além da situação de parentesco, da dependência econômica em relação ao segurado falecido.

Interessante ressaltar que existindo dependentes da classe prevista no inciso I do supracitado dispositivo legal, afasta-se o direito

9 INSS. *Instrução Normativa INSS/Pres Nº 45, de 11 de Agosto de 2010*. Dispõe sobre a administração de informações dos segurados, o reconhecimento, a manutenção e a revisão de direitos dos beneficiários da Previdência Social e disciplina o processo administrativo previdenciário no âmbito do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Disponível em: <http://www3.dataprev.gov.br/SISLEX/paginas/38/inss-pres/2010/45_1.htm>. Acesso em: 29 jan. 2013.

de percepção para os elencados nas classes dos incisos II e III e assim sucessivamente, ou seja, os dependentes contemplados na classe do inciso III, somente farão jus à prestação se inexistirem dependentes habilitados pertencentes à classe prevista no inciso II.

Comprovadas a qualidade de segurado do falecido e de dependente dos beneficiários, necessária, ainda, para obtenção do benefício, a comprovação do óbito que, via de regra, é realizada mediante apresentação à autoridade administrativa de cópia da certidão de óbito, expedida pelo Cartório de Registro Civil.

A comprovação da data do óbito constitui fato relevante tanto para delinear a legislação aplicável, como para possibilitar análise da satisfação dos dois outros requisitos acima estudados, quais sejam, qualidade de segurado e condição de dependente. Mostra-se, ainda, importante para estabelecer a data de início dos efeitos financeiros da prestação em estudo, visto que se requerida em até 30 (trinta) dias após o óbito, o benefício será devido desde a data do infortúnio. Se requerida após esse prazo, será devida, via de regra, a partir da data do requerimento, ressalvado, claro, as hipóteses em que o beneficiário tratar-se de pessoa absolutamente incapaz. Em caso de morte presumida, o benefício será devido a partir do trânsito em julgado da sentença judicial.

É certo que a legislação contempla outras formas de comprovação do óbito como aquelas previstas no art. 78, da Lei 8.213/91, mas seu estudo pormenorizado perde relevância aqui ante ao objetivo central do presente trabalho.

Procedida à análise do conceito e dos requisitos necessários para a obtenção do benefício de pensão por morte, possível se torna extrair seus principais elementos caracterizadores.

1.3 PRINCIPAIS ELEMENTOS CARACTERIZADORES

Como visto no tópico anterior, a pensão por morte trata-se de prestação de pagamento continuado, de caráter permanente, que independe de carência, substituidora da remuneração do segurado falecido, cuja exigibilidade cessa, em regra, com o óbito do beneficiário e/ou pela maioridade ou emancipação, tratando-se de dependente menor de 21 anos ou inválido.

Para MARTINS¹⁰, “Em sentido amplo, pensão é uma renda paga a certa pessoa durante toda sua vida.”. De referido conceito, é possível

10 MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007. 525p.

extrair o caráter permanente da prestação em estudo e, via de regra, vitalício.

Trata-se também de prestação paga independentemente de observância de regra de carência, vale dizer, não é exigido do segurado falecido que tenha ele vertido um número mínimo de contribuições para tornar devido o pagamento da prestação. Basta, como visto acima, que ele ostente qualidade de segurado ao tempo do óbito para tornar-se instituidor do benefício em estudo.

Outro elemento caracterizador do benefício de pensão por morte é a permissividade das suas regras de cumulabilidade. Enquanto demais benefícios previdenciários são, em regra, inacumuláveis, o benefício de pensão por morte pode ser cumulado com outras espécies, como a aposentadoria e auxílio-doença, e ate mesmo com outra pensão por morte, com exceção daquela deixada por mais de um cônjuge ou companheiro, quando o beneficiário deverá optar pela mais vantajosa. Não mais existe na atualidade regra que determine a cessação do benefício nos casos em o beneficiário venha contrair novas núpcias, como outrora existiu com a edição da Lei Eloy Chaves.

Outra característica diferenciadora dos demais benefícios previdenciários é sua forma de cálculo. A pensão por morte é a única espécie de prestação previdenciária que apresenta, para o mesmo risco social, duas bases de cálculo diferentes, caso o óbito ocorra enquanto o segurado estivesse ou não aposentado. Outro fato relevante é que, após o advento da Lei 9528/97, o valor da pensão por morte passou a corresponder a 100% do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou daquela que teria direito se estivesse aposentado por invalidez na data do seu falecimento.

Assim sendo, do exposto é possível extrair as principais características do benefício de pensão por morte, quais sejam:

- a) trata-se de benefício de prestação continuada, paga mensalmente ao seu beneficiário;
- b) possui caráter permanente, cuja vitaliciedade da sua percepção apresenta-se como regra, ressalvadas raras exceções;
- c) trata-se de benefício pago independentemente de observância de regra de carência;

- d) trata-se de benefício, em regra, cumulável com os demais benefícios previdenciários de mesma ou não espécie (exceções citadas acima);
- e) possui forma de cálculo diferenciada das demais prestações previdenciárias, como explicado acima.

Realizada uma breve análise dos principais elementos caracterizadores do benefício de pensão por morte, bem como a sua origem histórica, conceito e requisitos, possível se torna proceder uma análise crítica de tal instituto na atualidade.

1.4 DA VISÃO CRÍTICA DO INSTITUTO DE PENSÃO POR MORTE

O processo de globalização mundial, resultado dos avanços tecnológicos e das transformações políticas e sociais ocorridas nas últimas décadas, trouxe para o mundo profundas mudanças de ordem econômica, social, cultural e política. E o Brasil, tendo sido parte integrante desse processo, não deixou de sofrer as influências e conseqüências desse fenômeno.

Como visto, o benefício de pensão por morte teve sua origem nas atividades beneficentes da Igreja Católica, na forma de suas Santas Casas e nos montepios pagos aos oficiais da marinha por volta do ano de 1795, prestação esta que veio sendo estendida a diversas outras categorias profissionais ao longo dos anos até a unificação de todos os sistemas de previdência social por volta da década de 60.

Hoje o benefício de pensão por morte, inserido que está dentro de um Regime Geral de Previdência Social (RGPS), é devido a qualquer cidadão brasileiro, desde que o seu instituidor seja segurado obrigatório do RGPS e, ao tempo do seu óbito, deixe dependentes elencados pela legislação previdenciária.

Ocorre que, no ambiente socioeconômico contemporâneo, não se justifica mais o deferimento de referido benefício nos moldes hoje estabelecidos.

Não é preciso nenhuma investigação mais aprofundada para se perceber que a organização familiar mudou profundamente nas últimas décadas. A estrutura patriarcal, com casamentos indissolúveis, deu lugar a uma grande diversidade de arranjos familiares.

Hoje, são comuns lares de casais que já passaram por dois ou mais casamentos e não raro também é possível assistir muitas crianças sendo

criadas por famílias monoparentais. Da mesma forma, a mulher viu-se liberta do papel único que outrora lhe foi destinado de boa mãe e esposa do lar e vem conquistando seu lugar no mercado de trabalho, deixando, desde jovem, de depender economicamente da figura masculina e vice versa. As famílias estão, gradativamente, passando a ser estruturadas em dois pilares de sustento, homem e mulher.

Todo esse novo panorama social exige um grande ajuste institucional, sendo necessário promover avanços na concessão de direitos que atendam às novas configurações sociais, especialmente no que se refere às regras atuais de concessão do benefício de pensão por morte, benefício este que, conforme abordado no início do presente trabalho, vem se tornando cada dia mais oneroso para os cofres da Previdência Social.

Não se justifica mais, no contexto sócio-econômico atual, por exemplo, que o benefício de pensão por morte seja concedido independentemente de carência. Tal regra, a par de abrir possibilidade de realização de manobras com o fito único de obtenção do benefício, não se coaduna com o princípio de preservação do equilíbrio financeiro e atuarial apregoado pela Constituição de 1988, em seus arts. 201 e 202¹¹.

A isenção de carência, dada atualmente por lei, viabiliza a concessão da prestação para qualquer dependente do trabalhador que tenha vertido tão-somente uma contribuição previdenciária ao RGPS e seu óbito ocorra no interregno de um ano ou mais a partir da referida contribuição, conforme os critérios de aquisição, manutenção e prorrogação da qualidade de segurado mencionados em tópico anterior. Uma pessoa, por exemplo, que nunca verteu contribuições ao RGPS e que passa ter conhecimento de que é portadora de uma doença que pode lhe ocasionar o óbito, se começar a verter anualmente ou semestralmente (se se tratar de segurado facultativo, por exemplo) uma contribuição previdenciária, com seu falecimento torna-se instituidor do benefício em discussão. E mais: a regra de isenção de carência permite, ainda, ao próprio dependente interessado promover o recolhimento de contribuições, no valor que julgar suficiente, em nome do segurado que se encontra na iminência de morrer (ex: internado em hospital, etc).

Discutível ou não o caráter ético, moral ou mesmo legal (expressão esta tomada aqui em sentido amplo) deste tipo de

11 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 jan. 2013.

conduta, certo é que a legislação não traz vedação expressa, o que acaba por autorizá-la, se tomada a interpretação literal da lei. E não há uma regra atuarial capaz de resguardar e preservar o equilíbrio financeiro apregoado pela Constituição Federal ou mesmo um sistema de previdência que se sustente, que hoje não conte com a exigência legal de um número mínimo de contribuições para obtenção do benefício de pensão por morte.

Inadmissível também, na atualidade, que nosso sistema de previdência social conte com regras tão pouco restritivas à caracterização da condição de dependente. O rol de dependentes previsto no art. 16, da Lei 8.213/91, embora taxativo, não vem acompanhado de restrições necessárias para que o benefício de pensão por morte alcance a sua verdadeira função social.

Ora, deve-se ter em mente que o benefício de pensão por morte não fora criado com o fito de melhorar o padrão de vida de famílias que têm a renda familiar *per capita* reduzida pela morte de um membro, mas sim de proporcionar uma renda mínima e digna àqueles que foram surpreendidos pela perda do provedor do sustento.

Com a reconfiguração da organização familiar, bem como o aumento crescente da participação da mulher no mercado de trabalho, conforme acima comentado, discutível se torna a presunção de dependência econômica mútua entre os cônjuges e companheiros estabelecida pela lei pela simples existência do casamento ou união estável. Em épocas anteriores, tal presunção talvez tenha se justificado. Entretanto, na atualidade, não se justifica mais, sendo necessárias mudanças na legislação então vigente para que tal espécie de benefício possa efetivamente cumprir com a função social para a qual foi criada.

É fácil compreender que, no contexto socioeconômico do século XIX, quando as mulheres não haviam conquistado seu espaço no mercado de trabalho e, portanto, a sua dependência em relação ao marido ou companheiro era praticamente uma imposição social, a pensão era um seguro social indispensável para a família que se viu surpreendida com a perda de seu provedor. Nessa época, a morte do chefe de família poderia se transformar numa catástrofe econômica e social na ausência de um benefício pecuniário. O certo é que, da primeira metade do século passado até os dias atuais, a estrutura das relações familiares sofreu grandes avanços, devendo a legislação previdenciária acompanhar aludidas transformações.

Se o ambiente socioeconômico contemporâneo do Brasil se alterou de modo que, na atualidade, uma jovem viúva não terá

nenhuma dificuldade maior para se recolocar no mercado de trabalho, caso ainda dele tenha se ausentado em função do casamento, a presunção de dependência econômica não pode ser estendida por toda sua vida. Necessário se torna seja estabelecida uma limitação temporal para fruição do benefício.

E se a dependência econômica entre cônjuges hoje é marcada pela regra da reciprocidade de modo que tanto a renda do homem quanto da mulher integra o orçamento familiar, não há razões de ordem lógica para que o benefício de pensão por morte seja deferido no mesmo patamar de renda percebida em vida pelo segurado falecido, vez que o grupo familiar tornou-se reduzido pela morte de um de seus membros. Não se justifica, ainda, a concessão de dito benefício quando lhe sobrevive dependente detentor de renda capaz de prover o sustento do grupo familiar remanescente.

Crítica parecida deve ser feita em relação ao cônjuge separado, de fato ou judicialmente, que receba pensão de alimentos. O benefício de pensão por morte não deve ser pago no percentual de 100%, se habilitado tão-somente um dependente, conforme preconiza a legislação vigente, mas sim na mesma proporção da dependência econômica convencionada anteriormente ao óbito. Ora, se restou convencionado no divórcio ou na separação que a dependência econômica de um cônjuge em relação ao outro era de 10% da sua renda total, o pagamento do benefício de pensão por morte deve se limitar a este percentual e não a 100% como preconiza a legislação previdenciária atualmente vigente em nosso país.

Desse modo, o benefício de pensão por morte, na verdade, deve, hoje, ser concedido na medida e de acordo com a extensão da necessidade do seu beneficiário e não pelo simples matrimônio ou união. Necessária, ainda, a criação de regras restritivas para o seu deferimento especialmente em casos de viúvas jovens e/ou de pais que, seja através de outro filho ou não, adquiram, com o tempo, condições de prover o próprio sustento.

Inadmissível, por fim, na atualidade, que continuem em vigor normas tão permissivas de cumulabilidade para o benefício de pensão por morte. Não se justifica que aquele que seja detentor de renda própria obtida através de aposentadoria, seja beneficiário da prestação em estudo, se, claramente, pelo valor da renda dela advinda, restar evidente que o pagamento de dito benefício não é responsável pelo sustento do seu beneficiário.

Absurda, ainda, a possibilidade de cumulação de mais de um benefício de pensão por morte. A regra geral deve ser pela

inacumulabilidade de benefício de mesma espécie, independentemente da classe de dependente a que pertencer o beneficiário, ressaltando-se sempre o direito de opção pelo benefício mais vantajoso, sob pena de se criar espaço para surgimento de situações absurdas como frequentemente se depara o profissional que lida no dia a dia no campo do direito previdenciário.

Não raras vezes o profissional atuante na área jurídica se depara com ajuizamento de ações judiciais em que a parte autora solicita a concessão do benefício de pensão por morte em razão de óbito de um de seus filhos.

Imaginemos a seguinte situação: Uma família composta por marido, mulher e dois filhos, família esta considerada padrão hoje diante do novo contexto sócio-econômico e familiar delineado nas últimas décadas. O marido, aposentado, com idade de 75 anos e extremamente doente e a esposa, aposentada, com idade aproximada de 70 anos, sendo que há 25 anos atrás perdera o filho mais velho que, à época, era responsável pelo sustento da família, tendo feito jus então ao benefício de pensão por morte deixada por seu primogênito. O filho mais novo, solteiro, residente na mesma casa dos pais e titular de renda muito superior a deles e, portanto, responsável por grande parte das despesas do lar, vem a falecer nos dias atuais. Sendo responsável pelo sustento de seus pais, sua mãe ajuíza ação judicial solicitando o pagamento de pensão por morte, agora em relação àquela deixada por seu filho mais novo.

Longe de adentrar na discussão se a mãe teria ou não direito ao pagamento da prestação reclamada, o que se extrai de aludida situação é que ela, se sobreviver ao marido, pode se tornar beneficiária única de quatro benefícios previdenciários, sem que a legislação previdenciária faça qualquer restrição à cumulabilidade entre eles. Vejamos.

A requerente já seria hoje titular de um benefício de aposentadoria e um de pensão por morte deixada por seu filho primogênito há 25 anos atrás. Caso obtenha êxito com o ajuizamento da ação judicial para obtenção do benefício de pensão por morte deixada por seu filho caçula, passará a ser titular de um benefício de aposentadoria e dois outros de pensão por morte. Caso o marido adoentado venha falecer num futuro próximo, ela se tornará também titular do benefício de pensão por morte em razão do falecimento de seu cônjuge. Assim, passaria a ser titular de um benefício de aposentadoria e de outros três de pensão por morte, benefícios estes todos vitalícios.

Ora, impossível imaginar, na atualidade, um modelo de Previdência Social sustentável que autorize a um único beneficiário tornar-se titular de quatro ou mais espécies de benefício previdenciário.

Dúvidas não restam, portanto, que mudanças na legislação previdenciária atualmente vigente urgem ser realizadas, seja para promover uma readequação de suas normas ao novo contexto sócio-econômico claramente delineado neste início de século, seja para dar efetividade ao princípio da preservação do equilíbrio financeiro e atuarial apregoado pela Constituição da República de 1988.

2 CONCLUSÃO

No presente trabalho, vimos que a Constituição da República de 1988 inseriu entre um dos campos de atuação da Seguridade Social a Previdência Social que, por definição constitucional, foi dada a responsabilidade de atender, dentre outros riscos sociais, a cobertura do evento morte, através do pagamento do benefício de pensão por morte aos dependentes do segurado, homem ou mulher, que vier a falecer.

Vimos, ainda, que o pagamento de aludido benefício vem representando, a cada ano que passa, um gasto ainda mais elevado para os cofres da Previdência Social, com tendência crescente para o futuro, dado ao já anunciado envelhecimento da população e ante o aumento da expectativa de vida do cidadão brasileiro *versus* a crescente queda da taxa de natalidade.

Tendo sua origem nas atividades beneficentes da Igreja Católica, na forma de suas Santas Casas e nos montepios criados para socorrer os membros familiares dos Oficiais da Marinha e, após ter passado por diversas transformações ao longo dos últimos séculos, o benefício de pensão por morte encontra, atualmente, regulamentação legal na Lei 8.213/91 e no Decreto 3.048/1999, regulamentação esta caracterizada por escassas regras de restrições ao deferimento do benefício.

No tópico anterior, restou evidenciado que as regras de concessão do benefício em comento não mais espelham a realidade sócio-econômica e familiar ora experimentada pela população brasileira e tampouco coadunam com o modelo de Previdência Social preconizado pela Constituição da República de 1988.

O Brasil, inserido que esteve no processo de globalização mundial nas últimas décadas, sofreu influências e conseqüências desse fenômeno, o que acabou por gerar profundas mudanças de ordem econômica,

social, cultural e política. Mudanças estas que acabaram também por refletir na forma de organização familiar, que deixou de apresentar-se estritamente patriarcal, centrada na figura masculina, para tornar-se plural, marcada por uma diversidade de arranjos familiares, em que tanto a figura do homem quanto da mulher ganha destaque.

Com as mudanças geradas de toda ordem, vimos que não mais se justifica a concessão do benefício de pensão por morte nos moldes hoje estabelecidos, apresentando-se urgentes e necessárias promover alterações na legislação previdenciária então vigente.

Acreditamos que a reformulação das regras ora propugnada deverá contemplar, minimamente, a tomada das seguintes medidas: a) exigibilidade de carência para obtenção do benefício de pensão por morte; b) extinção da regra de presunção de dependência econômica entre cônjuges e companheiras, a fim de que a concessão do benefício ocorra somente quando demonstrada a sua extrema necessidade; c) reversão da mesma cota paga em vida pelo segurado instituidor ao dependente, no caso de cônjuges divorciados, separados de fato ou judicialmente, de modo que se preserve a real proporção de dependência econômica entre eles; d) limitação temporal, com redução gradativa do valor do benefício, em caso de beneficiários jovens e/ou que apresentam condições de ser reinseridos no mercado de trabalho para prover o seu sustento; e) regra limitativa de idade para inserir dependente como beneficiário, especialmente através de casamento ou união estável e/ou adoção; e) impor restrições às regras de cumulatividade de benefícios, devendo ser autorizado em toda e qualquer hipótese somente a opção pelo recebimento de benefício mais favorável.

Encerramos o presente trabalho na certeza de que as mudanças ora propostas não eliminarão, na sua totalidade, os problemas hoje enfrentados pela Previdência Social, especificamente em relação ao crescente custo que o pagamento do benefício de pensão por morte vem representando para os cofres do INSS, mas certamente ditas mudanças, se implementadas, representarão o primeiro passo de uma longa caminhada que ainda se tem a percorrer.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, promulgada em 05 de outubro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 jan. 2013.

BRASIL. *Lei 8.213, de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 28 jan. 2013.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 14. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

INSS. *Anuário Estatístico da Previdência Social 2011*. Disponível em: <http://www.previdenciasocial.gov.br/arquivos/office/1_121023-162858-947.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2013.

INSS. *Instrução Normativa INSS/Pres Nº 45, de 11 de Agosto de 2010*. Dispõe sobre a administração de informações dos segurados, o reconhecimento, a manutenção e a revisão de direitos dos beneficiários da Previdência Social e disciplina o processo administrativo previdenciário no âmbito do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Disponível em: <http://www3.dataprev.gov.br/SISLEX/paginas/38/inss-pres/2010/45_1.htm>. Acesso em: 29 jan. 2013.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

AS ALTERAÇÕES DO PROCESSO EXECUTIVO PREVISTO NO CPC E A LEI DE EXECUÇÕES FISCAIS

*THE IMPACT OF CHANGES ON THE GENERAL EXECUTIVE
PROCESS OF THE CIVIL PROCEDURE CODE AND THE TAX
ENFORCEMENT ACT*

*Alexandre Augusto Silva Pereira
Procurador do Município de Belo Horizonte,
em atuação na Gerência de Atividades Tributárias
Especialista em Direito Tributário*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O CPC e a Lei de Execução Fiscal; 2 As hipóteses de suspensão da execução fiscal; 3 As correntes a respeito do efeito suspensivo dos embargos à execução fiscal; 3.1 O entendimento do Superior Tribunal de Justiça; 4 O § 1º do art. 16 da LEF. A garantia do juízo como condição de procedibilidade dos embargos do executado; 4.1 O entendimento do Superior Tribunal de Justiça; 4.2 O § 1º do art. 16 da LEF e a Súmula Vinculante 28 do Supremo Tribunal Federal; 5 Consequências da ausência ou não de efeito suspensivo dos embargos à execução fiscal; 6 A satisfação do crédito fiscal na hipótese de embargos sem efeito suspensivo; 7 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo analisa as repercussões das alterações do processo executivo geral do CPC, introduzidas pelas Leis Federais 11.232/2005 e 11.382/2006, em dois pontos da Lei de Execuções Fiscais: o efeito suspensivo dos embargos à execução fiscal e a necessidade de garantia da execução como condição de admissibilidade dos embargos, sem deixar de expor o entendimento de doutrina e jurisprudência dos tribunais superiores sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Lei de Execuções Fiscais. Efeito Suspensivo dos Embargos. Garantia da Execução. Condição de Admissibilidade dos Embargos.

ABSTRACT: This article analyzes the impact of process changes on the general executive process of the Civil Procedure Code, introduced by Federal Laws 11.232/2005 and 11.382/2006, in two points of the Tax Enforcement Act: the suspensive effect of the plea against tax lien and the need to guarantee the execution as a condition of admissibility of this plea, while exposing the understanding of doctrine and jurisprudence of higher courts on the issue.

KEYWORDS: Tax Enforcement Act. Suspensive Effect of Plea Against Tax Lien. Guarantee Implementation. Admissibility Condition.

INTRODUÇÃO

As reformas do atual Código de Processo Civil, Lei Federal 5.869/1973, iniciadas na década de 90 do século passado e que se estenderam de forma mais marcante até meados da primeira década deste Século XXI, alteraram institutos e a principiologia originárias do processo civil brasileiro.

Uma das grandes alterações do sistema processual civil brasileiro foi a extinção do processo autônomo de execução de título judicial¹, transformando esta modalidade processual em fase do processo de conhecimento, inaugurando, assim, o chamado “*sincretismo processual*”.²

As marcantes reformas do processo de execução não deixaram incólume o chamado *Processo de Execução de títulos Extrajudiciais*, constante do Título II do Código de Processo Civil.

Ao contrário do que realizado com o processo de execução de títulos judiciais, extinto enquanto processo autônomo, e convertido em fase do processo civil, a execução dos títulos extrajudiciais não foi abolida em sua forma autônoma, até porque não poderia ser dispensada a citação do executado em razão da formação do título executivo.

Porém, a despeito da manutenção de um processo de execução autônomo, foram profundas as alterações na sistemática vigente antes da Leis Federais 11.232/2005 e 11.382/2006, causadoras de tamanha alteração.

Todas as alterações tiveram como objetivo a efetivação da tutela jurisdicional, eis que, como afirma Marinoni, “*decidir sem tutelar, ou conhecer sem executar, não é o que se espera do processo civil no Estado constitucional.*”³

As alterações do processo de execução de títulos extrajudiciais repercutiram no processo especial de cobrança judicial da dívida ativa da “*Fazenda Pública*”, regulado pela Lei Federal 6.830/80, a conhecida Lei de Execuções Fiscais, pelo menos segundo o entendimento de doutrina e jurisprudência, o que será visto no presente trabalho.

No entanto, para se ater à pretensão de artigo jurídico, o presente trabalho ficará limitado à análise de dois pontos relacionados ao processo

1 Observe-se que ainda persiste o processo autônomo de execução de sentença nas hipóteses do art. 475-N e 730 do CPC, em que haverá necessidade de citação do executado para liquidação ou execução, conforme o caso.

2 Segundo Aline Araújo Passos, “*fala-se, então, a partir das reformas, num novo processo de conhecimento, denominado sincrético, misto ou complexo, que permite não apenas o reconhecimento ou declaração do direito firmado em juízo, mas também, a efetivação deste. No mesmo processo em que o direito foi reconhecido, sem solução de continuidade, ou seja, através de uma execução sine intervallo, será buscada a realização da tutela jurisdicional concedida, com a entrega do bem da vida reclamado.*” (Os reflexos das reformas do Código de Processo Civil na defesa do executado em sede de execução fiscal. in: A Fazenda Pública à luz da atual jurisprudência dos Tribunais Brasileiros. Organizadores GABURRI, Fernando; DUARTE, Bento Herculano. Curitiba: Juruá, 2011. p. 462-463.

3 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*, v. 3: Execução. 2. ed. revista e atualizada São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 56

de execução fiscal: a necessidade de garantia da execução fiscal como condição para ajuizamento dos embargos do executado e a existência ou não de efeito suspensivo automático desses embargos.

1 O CPC E A LEI DE EXECUÇÃO FISCAL

O presente trabalho tem como pano de fundo a repercussão de uma lei geral em outra considerada de natureza especial. Assim, antes da análise dos dispositivos das referidas leis, necessário que se estabeleça um critério de solução de antinomias.

Deve-se, assim, admitir que alterações do processo executivo geral previsto no Livro II do CPC podem afetar o disposto na LEF - Lei de Execuções Fiscais. Quanto a isso não há dúvidas, como expressamente prevê o art. 1º da LEF.⁴

A LEF adota um procedimento especial de execução, utilizado exclusivamente para a cobrança da dívida ativa da União, Estados e Municípios, assim como de suas autarquias e fundações públicas, fundado em um título executivo extrajudicial denominado *certidão de dívida ativa*, apelidada de CDA.⁵

Não se ignora as muitas críticas feitas a este procedimento especial, sobretudo aquelas que consideram a LEF verdadeiro privilégio da Fazenda Pública.⁶

Desde já, porém, fica ressaltado que não se adentrará nesta esfera de discussão, que tangencia até mesmo a análise da constitucionalidade da LEF sob a ótica do devido processo legal e da isonomia.

A análise que se realizará no presente trabalho ficará restrita ao diálogo existente entre a fonte normativa geral, qual seja, o CPC, e a fonte normativa especial, a LEF.

Abordando-se, portanto, o tema do diálogo entre as fontes, a hermenêutica clássica nunca admitiu a existência de lacunas no sistema

4 Art. 1º - A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil.

5 art. 1º c/c § 6º do art. 2º, ambos da LEF.

6 Segundo Américo Luís Martins da Silva, "a atual Lei de Execução Fiscal (Lei 6.830, de 22.09.1980) repete a mesma tendência já verificada no passado: a) a descodificação do procedimento de cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública, ou seja, exclusão do seu procedimento do Código de Processo Civil para regulá-la mediante lei especial; e b) a institucionalização de vários privilégios para a Fazenda Pública, que chegam, não raras vezes, a ser exagerados e injustificáveis. (A Execução da Dívida Ativa da Fazenda Pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 17) No mesmo sentido a advertência de Araken de Assis, "a dificuldade particular do comentário da Lei 6.830/1980 repousa no despreço que, a cada passo, ela atrai. O diploma combina idéias autoritárias e rançosas a uma linguagem obscura e confusa, denotando, já no projeto, insanáveis vícios de origem. (Manual da Execução. 11. ed. revista, ampliada e atualizada com a Reforma Processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 986)

jurídico, sendo que a aparente existência de eventuais lacunas de uma lei especial serão supridas invocando-se as disposições da lei geral.

Da mesma forma, a pressuposta perfeição do ordenamento jurídico não admite conflitos entre lei especial e lei geral, adotando-se a solução da prevalência da disposição especial frente a geral, o chamado “*critério da especialidade*”⁷.

2 AS HIPÓTESES DE SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO FISCAL

Várias são as hipóteses de suspensão da execução fiscal. Estas hipóteses podem ser divididas em processuais e aquelas decorrentes do crédito tributário constante da CDA, quando a execução fiscal buscar a satisfação de dívida ativa tributária.

As hipóteses de suspensão da execução fiscal em razão da suspensão da exigibilidade do crédito tributário constam do art. 151 do CTN, quais sejam:

- moratória (art. 151, I);
- depósito do montante integral do crédito (art. 151, II);
- parcelamento (art. 151, VI).

Não se mencionará, aqui, pela manifesta impertinência com o tema, a hipótese de suspensão em razão de reclamações e recursos administrativos contra o lançamento do crédito tributário (art. 151, III), porque, a toda evidência, a execução fiscal pressupõe a existência de crédito tributário definitivamente constituído.

Também não se adentrará na questão relativa à suspensão do crédito tributário em razão da concessão de medida liminar em mandado de segurança (art. 151, IV), por impertinente, e a concessão de medida liminar ou tutela antecipada em ação judicial que discuta matéria semelhante àquela decorrente da cobrança do crédito em execução fiscal (art. 151, V), seja discussão relativa ao crédito em si, seja discussão que envolva matéria prejudicial da execução fiscal.⁸

7 Pedem-se licença neste ponto para não realizar a citação de Norberto Bobbio, porque razões logísticas impediram a citação adequada da referência bibliográfica.

8 Não se nega, porém, que o objeto do trabalho guarda certa pertinência com o tema no que toca aos requisitos do art. 739-A do CPC e sua aplicação à execução fiscal, o que será melhor tratado em tópico específico à frente.

Já as hipóteses de suspensão da execução fiscal por razões processuais são inúmeras, decorrentes da própria LEF e também do CPC, este aplicável na hipótese de omissão da lei especial.

Entre as hipóteses de suspensão processual, pode-se citar aquelas constantes dos arts. 265 e 791 do CPC, quais sejam:

- morte ou perda da capacidade processual de qualquer das partes, seu representante legal ou seu procurador (art. 265, I c/c art. 791, II);
- ajuste entre as partes (art. 265, II c/c art. 791, II)
- oposição, por uma das partes, de exceção de incompetência, suspeição ou impedimento (art. 265, III c/c art. 791, II).

Observe-se que mesmo ausente a previsão do art. 791, II, haveria da mesma forma a suspensão, não só pela ausência de previsão na lei especial, mas porque as hipóteses nele retratadas se referem, de fato, a uma verdadeira “*crise do processo*”. Ou seja, o processo, desenhado como um *iter* para atingimento de determinado fim, ficaria temporariamente *estacionado*, aguardando a solução de algum evento para sua continuidade.⁹

Outra hipótese de suspensão, específica do processo de execução, é a não localização do devedor e de bens penhoráveis, art. 40 da LEF, disposição especial em relação àquela prevista no art. 791, III, do CPC.

Por último, duas causas de suspensão em razão de eventos processuais: a suspensão em razão do ajuizamento de embargos de terceiro (art. 1052 do CPC) e a suspensão em razão do ajuizamento dos embargos à execução fiscal, uma entre várias medidas processuais que tem o executado para se defender do processo executivo contra ele ajuizado.¹⁰

Nesta última hipótese reside um dos núcleos do presente trabalho, e a seguinte questão: aos embargos à execução fiscal se aplica o disposto no

9 Esta a noção da palavra crise. Nesse sentido, Fredie Didier, “a sequência de atos processuais pode sofrer solução de continuidade, com a suspensão do procedimento. Os casos de suspensão do procedimento devem estar capitulados em lei, caracterizando uma crise no processo.” (Curso de Direito Processual Civil, Execução, V. 5. 4. ed. JusPodivm: Salvador, 2012. p. 335)

Para Araken de Assis, “entre nós, a ‘crise’ da relação processual se cinge ao sobrestamento temporário do procedimento. (Manual da Execução. 11. ed. revista, ampliada e atualizada com a Reforma Processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 448)

10 Segundo Liebman, “de um ponto de vista rigorosamente lógico, reconhecida à oposição de mérito a natureza de ação por si própria, nada lhe contra-indica um desenvolvimento de todo independente do processo de execução, e, a não ser a repercussão de seu resultado final no prosseguimento dele, os dois processos desenvolvem-se simultaneamente e paralelamente sem interferir um no outro.

art. 739-A do CPC, ou seja, o efeito suspensivo dos embargos à execução fiscal é automático, decorrentes de seu ajuizamento, ou dependem da presença dos requisitos do art. 739-A do CPC?

3 AS CORRENTES A RESPEITO DO EFEITO SUSPENSIVO DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL

Identifica-se na doutrina duas correntes que se propuseram a enfrentar a questão acima.

Uma corrente entende que se aplica integralmente o art. 739-A do CPC aos embargos à execução fiscal. Outra entende que as disposições da lei processual civil geral não afetam a sistemática da Lei de Execuções Fiscais, quando esta traz disposição expressa.

Entre as duas correntes, portanto, orbita o cerne da discussão, qual seja, se há ou não da Lei de Execução Fiscal previsão de suspensão da execução fiscal pela interposição dos embargos com garantia.

A doutrina tem afirmado que o art. 739-A do CPC adota regra *ope judicis* para concessão do efeito suspensivo. Ou seja, em contraposição à regra do efeito *ope legis*, que seria a concessão automática *por força de lei*, na primeira situação tem-se concessão de efeito suspensivo por força de decisão judicial, atendidos os requisitos que a lei elencou para análise judicial.¹¹

“Sob o aspecto prático, todavia, considerada a possibilidade de se demonstrar na oposição de mérito a ilegitimidade da execução, pode tornar-se oportuno sustá-la e obstar-lhe o prosseguimento até que se verifique se a oposição é destituída de fundamento.

“O princípio da não suspensão, que responde à exigência de uma pronta e eficaz proteção do credor em face das oposições que o devedor pode formular mesmo com objetivo unicamente dilatatório, afirmou-se no direito moderno especialmente por influência das Ordenações do Rei da França (supra n° 52) e simultaneamente com a progressiva definição da autonomia da ação de oposição. Agasalhou ainda esse princípio o legislador alemão e, no § 769, atribuiu-se exclusivamente ao juiz a faculdade de ordenar a suspensão da execução ou de condicionar-lhe o prosseguimento à prestação de uma caução. O mesmo princípio tradicional, posto que não expressamente formulado, deduz-se como regra geral do conjunto das disposições do Código Italiano. Numerosas exceções, contudo, (talvez mesmo excessivamente numerosas), o temperam, as quais convém examinar.” (LIEBMAN, Enrico Tulio. Embargos do Executado: Oposições de mérito no processo de execução. Campinas: Bookseller, 2003. p. 318-319)

11 Nesse sentido a lição de Fredie Didier, “em suma, a suspensão da execução, tendo em vista o ajuizamento dos embargos do executado, pode operar-se *ope legis* ou *ope judicis*.”

*“Realmente, a legislação processual deve estabelecer se a defesa do executado terá, automaticamente, o efeito suspensivo. Trata-se de critério *ope legis* do efeito suspensivo dos embargos. O sistema originário do CPC brasileiro tinha, como visto, o efeito suspensivo, em razão da determinação legal (critério *ope legis*). Outros sistemas, como o italiano, determinam que os embargos sejam recebidos sem efeito suspensivo, podendo o juiz, mediante provimento cautelar, agregar esse efeito suspensivo. Haverá, nesse caso, concessão de efeito suspensivo pelo critério *ope judicis*. “A Lei n° 11.382, de 6 de dezembro de 2006, alterou essa sistemática, de sorte que o regime brasileiro migrou do critério *ope legis* para o *ope judicis*: os embargos não têm mais efeito suspensivo automático. Sua oposição não acarreta a suspensão da execução, cabendo ao juiz, preenchidos os correlatos requisitos, avaliar se deve suspender a execução. Do contrário, não se suspende a execução.” op. cit., p. 356-357*

É inequívoco que o art. 739-A alterou a sistemática do CPC em relação aos efeitos dos embargos à execução, facultando ao embargante requerer a suspensão da execução fiscal, desde que atendidos os requisitos da fumaça do bom direito, perigo da demora, relevância dos argumentos e existência de penhora ou garantia.

A corrente que entende que tal disposição se aplica à Lei de Execução Fiscal afirma que “os artigos 16 e 17 da LEF tratam dos embargos, mas não dispõem acerca dos efeitos da oposição dos embargos, logo, por força do disposto no art. 1º da mesma lei, aplica-se subsidiariamente a regra prevista no art. 739-A do CPC.”¹²

A corrente contrária, ou seja, que entende que há a manutenção do efeito suspensivo dos embargos, pelo seu mero ajuizamento, defende que a LEF, nos arts. 19, 24, I e 32 § 2º, expressam tal efeito, nem sequer cogitando da aplicação subsidiária do CPC.¹³

Nesse sentido, colha-se a lição de Hugo de Brito Machado:

A Lei 6.830/80 não alberga dispositivo a dizer expressamente que os embargos produzem efeito suspensivo. Entretanto, em seus artigos 18, 19, 24, inciso I e 32, § 2º, deixa bastante clara a ocorrência desse importante efeito dos embargos, o que nos autoriza a dizer que no âmbito da execução fiscal a interposição de embargos do executado produz efeito suspensivo automático.

[...]

12 CHUCRI, Augusto Newton. *Execução Fiscal Aplicada: Análise pragmática do processo de execução fiscal*. Coordenador João Aurino de Melo Filho. Salvador: JusPodivum, 2012. p. 393. No mesmo sentido, ASSIS, Araken de. op. cit., p. 1148-1149; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 10. ed. revista e atualizada, São Paulo: Dialética, 2012. p. 434-436.

13 ROCHA LOPES, Mauro Luís. *Comentários à Lei de Execução Fiscal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen júris. 2007. p. 130. No mesmo sentido: Ricardo Cunha Chimenti et al, op. cit. p. 200. Este último ainda acrescenta: “A suspensividade da execução fiscal passa a decorrer da garantia constituída pelos meios previstos neste art. 16 da LEF, porque não mais decorre da revogada regra vinda da execução civil, pelo revogado § 1º do art. 739.

“O efeito suspensivo dos embargos na execução fiscal será admitido se presente qualquer das causas ditas pelo art. 206 do CTN, as quais suspendem a exigibilidade do próprio crédito tributário ‘em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora’. A garantia da fiança bancária também impõe suspensão à exigibilidade do crédito tributário.

[...]

“A regra da suspensividade da execução fiscal decorre também das disposições do art. 19 da LEF, taxativo no sentido de que, no caso de garantia prestada por terceiro, sendo rejeitados os embargos ou não sendo eles ajuizados, a exceção prossegue. Se os embargos oferecidos com a garantia prestada por terceiro suspendem a execução e a exigibilidade do crédito cobrado, não há razão lógica para que os embargos do devedor que deu garantia própria não suspendam a execução. A regra da suspensividade da execução decorre de tratamento isônomico das situações equivalentes.

“Daí a conclusão de que a suspensividade dos embargos é regra que permeia a execução fiscal, desde que haja garantia da execução ou a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, o que só pode ser feito por lei.”

O efeito suspensivo dos embargos, no âmbito da execução fiscal, acolhido pela doutrina e pela jurisprudência, decorre desses dispositivos da lei específica. Jamais resultou de aplicação subsidiária do Código de Processo Civil. Em obra escrita antes da inserção no CPC de dispositivo atribuindo efeito suspensivo aos embargos, J. Virgílio Castelo Branco Rocha Filho, Juiz de Direito no Estado do Paraná, ensinou que “as disposições dos artigos 18 e 19 da lei em exame não deixam margem à dúvidas, quando esclarecem que somente após a fluência, in albis, do prazo para embargar é que a Fazenda se manifestará sobre a garantia da execução, e em tendo ocorrido embargos, só após o julgamento destes é que o terceiro será intimado para as providências que a lei lhe reserva.

À mesma época José da Silva Pacheco, comentando o art. 24, da Lei 6.830/80, doutrinou com inteira propriedade:

Esclareça-se, porém, que ‘antes do leilão’ significa após o decurso do prazo sem a oposição de embargos, ou após a sentença que os rejeitar, se tiverem sido opostos, mas nunca antes desses atos. Não se há de interpretar como sendo a qualquer tempo. A execução há de estar na fase final, ultrapassadas as fases de cognição ou de resolução de incidentes, dependendo, apenas, do ato expropriatório.

Finalmente, o § 2º, do art. 32, da Lei 6.830/80, é de clareza meridiana. O depósito que o contribuinte executado tenha feito em garantia da execução somente será convertido em renda, vale dizer, somente será entregue à Fazenda Pública, após o trânsito em julgado da decisão. O depósito suspende a exigibilidade do crédito tributário, de sorte que uma vez efetuado o depósito para garantir a execução, é absolutamente inadmissível a continuação desta, apesar de embargada.

Apesar de nos parecer minoritária na doutrina, análise de alguns dispositivos da LEF parece demonstrar que a razão está com esta corrente, no sentido de que os embargos à execução fiscal continuam gozando do efeito suspensivo, *independentemente do disposto no art. 739-A do CPC.*

A LEF compreende um sistema processual próprio, hábil à regulação da execução da dívida pública dos entes federados. Como tal, deve ser interpretada analisando-se seus institutos e dispositivos, e apenas na omissão busca-se a solução no sistema geral, no caso, o CPC.

A LEF, como afirma corrente majoritária, não possui dispositivo expresso no sentido de que os embargos do devedor possuem efeito suspensivo. Mesmo não contando com disposição expressa acerca do efeito suspensivo

dos embargos, outros dispositivos indicam e demonstram que o legislador de 1980 pretendeu atribuir aos embargos à execução fiscal o efeito suspensivo, bastando para isso a existência de garantia do juízo.

Os arts. 9º e 10 da LEF tratam das formas de garantias que podem ser ofertados na execução fiscal, tratando o art. 9º de explicitar que por garantia se entende o “*valor da dívida, juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa*”.

Por sua vez, o § 1º do art. 16 da LEF, dispositivo que terá um capítulo exclusivo à frente para sua análise, exige, como condição de admissibilidade dos embargos à execução fiscal, a existência de garantia da execução, garantia esta que compreende o *valor integral da dívida*, conforme consta no art. 9º.¹⁴

O art. 18 da LEF, ao exigir manifestação da Fazenda Pública quanto à garantia da execução, ao contrário do que afirma Hugo de Brito Machado, *não* significa a demonstração de efeito suspensivo, mas, sim, de análise pela Fazenda quanto à suficiência da garantia, isto para se definir se houve ou não início efetivo do prazo para embargar, nos termos do § 1º e comando do art. 16.

Ou seja, a norma constante do art. 18 não significa a existência de efeito suspensivo, mas, sim, confirmação ou não do início do prazo para embargos, o que pode significar a preclusão do direito de embargar pelo executado, ou o início do prazo, mediante intimação.

Nesse sentido a Exposição de Motivos da LEF, “*o art. 18 abre à Fazenda Pública mais uma oportunidade de verificação da suficiência da garantia da execução.*”¹⁵

Ao contrário do art. 18, o art. 19 da LEF também demonstra que os embargos à execução fiscal possuem efeito suspensivo automático. Isso porque, *somente* após a rejeição dos embargos, é que haverá intimação do terceiro que tenha prestado garantia real ou fiança em nome do executado, para que possa remir o bem ou pagar a dívida.

Ora, se se aguardará o julgamento dos embargos, é porque a execução fiscal estava, durante a tramitação dos embargos, suspensa. Do contrário, o terceiro não poderia remir ou pagar a dívida, ou o teria feito no curso da demanda.

No mesmo sentido, o disposto no inciso I do art. 24 não permite haver adjudicação de bem penhorado pela Fazenda enquanto os embargos não forem rejeitados. Leia-se, suspensa a execução fiscal - porque nenhum ato executivo ou satisfativo poderia ter sido realizado - até solução definitiva da matéria posta nos embargos.

14 Valor da dívida, juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa (art. 9º).

15 CHIMENTI, Ricardo Cunha et al. *Lei de Execução Fiscal*: Comentada e Anotada. 5. ed. revista e atualizada, São Paulo: Revista dos Tribunais: 2008. p. 224.

Também a demonstrar a existência de suspensão dos embargos à execução fiscal mediante garantia do juízo é o disposto no § 2º do art. 32, somente “*após o trânsito em julgado da decisão, o depósito, monetariamente atualizado, será devolvido ao depositante ou entregue à Fazenda Pública, mediante ordem do Juízo competente.*”

Ora, o referido dispositivo não dispõe dessa forma porque se trata de dinheiro, até porque a Fazenda Pública goza de presunção quase absoluta de solvabilidade¹⁶, poderia a Fazenda Pública caucionar e levantar a quantia depositada, ou, ainda, sem caução, realizar a devolução, seja por via bancária ou mesmo por precatório.

O que se verifica é que há demonstração de existência de efeito suspensivo dos embargos à execução fiscal decorrente da garantia prestada em juízo, ficando claro que, em sede de execução fiscal, na redação original da LEF, havendo garantia da execução e interposição dos embargos, a execução fiscal fica *suspensa*, salvo, a toda evidência, a realização de atos de natureza cautelar, como a substituição de bens penhorados e reforço da penhora.

Nesse sentido, portanto, filiando-se à segunda corrente, ao que parece, totalmente minoritária, entende-se que os embargos à execução fiscal, na sistemática da própria LEF, gozam de efeito suspensivo automático quando garantida a execução e ajuizados os respectivos embargos, consoante os arts. 19, 24, I, e 32, § 2º, todos da LEF.

3.1 O ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Superior Tribunal de Justiça, assim como a doutrina, não se pacificou a respeito do assunto, sendo possível encontrar as duas posições acima naquele tribunal.

Acompanhando a doutrina de Hugo de Brito Machado, tem-se o entendimento da Primeira Turma daquele tribunal, Ministro Teori Albino Zavascki:

O art. 739-A do CPC, que nega aos embargos de devedor, como regra, o efeito suspensivo, *não é aplicável às execuções fiscais*. Em primeiro lugar, porque há disposições expressas reconhecendo, ainda que indiretamente,

16 Muito embora, de fato, Estados e Municípios se comportem como verdadeiros “caloteiros”. Apesar desse fato, não é o sistema de pagamento por via de precatórios ou a execução orçamentária os responsáveis por isso, mas a irresponsabilidade dos agentes políticos que estão, de uma forma ou outra, responsabilizados pela formação da dívida e pagamento da mesma. Sem contar o legislador derivado, que praticamente institucionalizou não só o calote do pagamento da dívida, com parcelamentos e reparcelamentos, mas, também, com a prática de institucionalizar o mercado de precatórios e acordos de pagamento dos mesmos, o que “força” os credores de tais títulos - necessitados ou impacientes com o calote - a realizarem acordos imorais, premidos, ainda, pela possibilidade de serem preteridos na ordem cronológica. Lamentável.

o efeito suspensivo aos embargos nessas execuções (arts. 19 e 24 da Lei 6.380/80 e art. 53, § 4º da Lei 8.212/91). E, em segundo lugar, porque, a mesma Lei 11.362/06 - que acrescentou o art. 739-A ao CPC (retirando dos embargos, em regra, o efeito suspensivo automático) -, também alterou o art. 736 do Código, para retirar desses embargos a exigência da prévia garantia de juízo. O legislador, evidentemente, associou uma situação à outra, associação que se deu também no § 1º do art. 739-A: a outorga de efeito suspensivo supõe, entre outros requisitos, “que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes”. Ora, ao contrário do que ocorre no CPC, no regime da execução fiscal, persiste a norma segundo a qual “não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução” por depósito, fiança ou penhora (art. 16, § 1º da Lei 6.830/80).¹⁷

A maioria dos julgados do Superior Tribunal de Justiça, porém, afirmam a aplicação do art. 739-A ao regime da Lei de Execuções Fiscais, *v.g.*, Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma:

Após a entrada em vigor da Lei 11.382/2006, que incluiu no CPC o art. 739-A, os embargos do devedor 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.

A novel legislação é mais uma etapa da denominada “reforma do CPC”, conjunto de medidas que vêm modernizando o ordenamento jurídico para tornar mais célere e eficaz o processo como técnica de composição de lides.

Sob esse enfoque, a atribuição de efeito suspensivo aos embargos do devedor deixou de ser decorrência automática de seu simples ajuizamento. Em homenagem aos princípios da boa-fé e da lealdade processual, exige-se que o executado demonstre efetiva vontade de colaborar para a rápida e justa solução do litígio e comprove que o seu direito é bom.

Trata-se de nova concepção aplicada à teoria geral do processo de execução, que, por essa ratio, reflete-se na legislação processual esparsa que disciplina microssistemas de execução, desde que as normas do CPC possam ser subsidiariamente utilizadas para o preenchimento de lacunas. Aplicação, no âmbito processual, da teoria do “diálogo das fontes.

¹⁷ REsp 1178883/MG, j. em 20.10.2011, DJe de 25.10.2011.

A Lei de Execuções Fiscais (Lei 6.830/1980) determina, em seu art. 1º, a aplicação subsidiária das normas do CPC. Não havendo disciplina específica a respeito do efeito suspensivo nos embargos à execução fiscal, a doutrina e a jurisprudência sempre aplicaram as regras do Código de Processo Civil.

A interpretação sistemática pressupõe, além da análise da relação que os dispositivos da Lei 6.830/1980 guardam entre si, a respectiva interação com os princípios e regras da teoria geral do processo de execução. Nessas condições, as alterações promovidas pela Lei 11.382/2006, notadamente o art. 739-A, § 1º, do CPC, são plenamente aplicáveis aos processos regidos pela Lei 6.830/1980.

Não se trata de privilégio odioso a ser concedido à Fazenda Pública, mas sim de justificável prerrogativa alicerçada nos princípios que norteiam o Estado Social, dotando a Administração de meios eficazes para a célere recuperação dos créditos públicos.¹⁸

Há, porém, certa divergência no Superior Tribunal de Justiça, não só entre a Primeira e Segunda Turmas, mas entre os integrantes de cada uma delas e também contradição dos próprios julgadores.

Exemplifica-se com o próprio Ministro Herman Benjamin, que decidiu no REsp 1225743/RS, acerca da aplicação do § 1º do art. 16 da LEF que:

Embora o art. 736 do Código de Processo Civil - que condicionava a admissibilidade dos Embargos do Devedor à prévia segurança do juízo - tenha sido revogado pela Lei 11.382/2006, os efeitos dessa alteração não se estendem aos executivos fiscais, tendo em vista que, em decorrência do princípio da especialidade, deve a lei especial sobrepor-se à geral.¹⁹

Ora, coerentemente como o que se expôs acima, entende-se que onde se aplica a mesma razão se aplica o mesmo direito. Se o critério da especialidade deve prevalecer, então não se aplicaria a regra geral havendo norma especial.

18 REsp 1024128/PR, j. em 13.05.2008, DJe de 19.12.2008. No mesmo sentido: AgRg no Ag 1337891/SC, Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, j. em 16.11.10, DJe de 30.11.10; REsp 1195977/RS, Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. em 17.08.2010, DJe de 20.09.2010; AgRg na MC 15.843/SC, Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, j. em 03.09.2009, DJe de 20.10.2009; AgRg no Ag 1133990/RS, Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, j. em 18.08.2009, DJe de 14.09.2009.

19 Segunda Turma, j. em 22.02.2011, DJe de 16.03.2011. No mesmo sentido e do mesmo Relator: AgRg no REsp 1163829/RN, j. em 06.04.2010, DJe de 20.04.2010.

4 O § 1º DO ART. 16 DA LEF. A GARANTIA DO JUÍZO COMO CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE DOS EMBARGOS DO EXECUTADO

Dispõe o § 1º do art. 16 da LEF que “*não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução.*”

Entende-se que o disposto no referido dispositivo consubstancia verdadeira *condição de procedibilidade* dos embargos à execução fiscal.²⁰ Na lição de Araken de Assis, “*um pressuposto processual específico à admissibilidade dos embargos. Tal pressuposto objetivo é extrínseco à relação processual, que irá se instaurar por iniciativa do executado.*”^{21 22}

Fredie Didier afasta a aplicação do § 1º do art. 16 da LEF, com base também na aplicação do art. 736 do CPC:

Tradicionalmente, na execução fiscal, não seriam admissíveis embargos antes de garantida a execução. De acordo com o disposto no § 1º do art. 16 da Lei n. 6.830/1980, seria necessária a garantia do juízo para que se admitissem os embargos à execução, que deveriam ser ajuizados no prazo de 30 (trinta) dias, contados do depósito, da juntada aos autos da prova da fiança bancária ou da intimação da penhora.

O art. 736 do CPC, na atual redação que ostenta, dispensa a prévia garantia do juízo para o ajuizamento de embargos à execução. Questiona-se se tal regra é aplicável à execução fiscal. Tem sido comum, no particular, a afirmativa de que a lei geral não atinge a lei especial, de sorte que, na execução fiscal, continuaria a ser necessária a garantia do juízo, exatamente porque o § 1º do art. 16 da Lei n.6.830/1980 não foi modificado, alterado, nem revogado.

Antes de responder a indagação, impõe-se fazer breve digressão para lembrar que, contrariamente ao CPC/1939, o atual CPC, em sua estrutura originária, unificou as execuções. Independentemente de estar fundada em título judicial ou em título extrajudicial, a execução submetia-se ao mesmo procedimento: o executado era citado para, em vinte e quatro horas, pagar ou nomear bens à penhora, daí se seguindo as medidas executivas destinadas à expropriação, com prioridade para a arrematação em hasta pública. A esse procedimento também se submetia a execução fiscal. Em todas as execuções – aí incluída

20 Superior Tribunal de Justiça, REsp 865336/RS, Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, j. em 24.03.2009, DJU de 27.04.2009, “a segurança do juízo é condição de procedibilidade dos embargos à execução, nos termos do art. 16, § 1º, da Lei n.º 6.830/80.”

21 ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11. ed. revista, ampliada e atualizada com a Reforma Processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1139.

22 No mesmo sentido: DIDIER, op. cit., p. 775; ASSIS, op. cit., p. 1148-1149.

a fiscal - a defesa do executado era feita por embargos, que dependiam da garantia do juízo.

Tal unidade restou desfeita com o advento da Lei n. 6.830/1980, que passou a dispor sobre a execução fiscal. O legislador entendeu ser necessário haver uma disciplina própria para a cobrança da Dívida Ativa do Poder Público, conferindo-lhe algumas garantias ou benefícios não presentes na execução civil, regulada no CPC.

Há, na Lei n. 6.830/1980, regras próprias para execução fiscal, instituindo-se, assim, um regime específico, que decorre da peculiar relação entre o particular e a Fazenda Pública.

A exigência de prévia garantia do juízo para oposição dos embargos à execução - feita no § 1º do art. 16 da Lei n. 6.830/1980 - não decorre, contudo, de detalhes, vicissitudes ou particularidades na relação entre o contribuinte e a Fazenda Pública. Quando da edição da Lei n. 6.830/1980, essa era uma regra geral, aplicável a qualquer execução. Em qualquer execução - ressalvada, obviamente, a execução contra a Fazenda Pública, em que não há penhora, nem expropriação de bens -, a apresentação de embargos dependia, sempre, da prévia garantia do juízo. A Lei n. 6.830/1980 cuidou, nesse ponto, de copiar, reproduzir, seguir a regra geral; a segurança prévia do juízo como exigência para o ajuizamento dos embargos era uma regra geral, e não uma regra que decorresse da peculiar relação havida entre o particular e a Fazenda Pública.

À evidência, não se trata de regra especial criada pela legislação em atenção às peculiaridades da relação de direito material, mas de mera repetição, na lei especial, de regra geral antes prevista no CPC. Não incide, portanto, o princípio de que a regra geral posterior não derroga a especial anterior.

Atualmente, revogada essa exigência geral, não há mais garantia do juízo para a oposição dos embargos, devendo deixar de ser feita tal exigência também na execução fiscal. Aqui, não se trata de norma geral atingindo norma especial, mas de norma atingindo norma geral. [...].²³

²³ op. cit., p. 775-776. Também entendendo a aplicação do art. 736 ao rito da execução fiscal: Ricardo Cunha Chimenti et al, op. cit. p. 199, se referindo ao art. 736 do CPC: "é de se admitir que o dispositivo tem aplicação nas execuções fiscais, mesmo diante da exigência de que a defesa por embargos não seja acolhida antes de garantida a execução". CUNHAS, Leonardo Carneiro da., com idêntico entendimento ao de DIDIER, Fredie: *A Fazenda Pública em Juízo*. 10. ed. revista e atualizada São Paulo: Dialética, 2012. p. 429-431.

Com a devida licença ao i. Autor, não convence a tese de que a suspensão dos embargos constava do CPC, e foi simplesmente transplantada para a LEF para que repetida a disposição *geral*.

LEF e CPC são sistemas distintos, sendo que este completa aquela naquilo que for omissa, justamente pela especialização de um sistema em relação ao outro.

Entender o contrário, acompanhando o entendimento acima, significa dizer que a legislação especial possui normas gerais, que poderiam ser alteradas pela norma geral.

Do contrário, o intérprete, além de verificar se haveria uma situação de especialidade e generalidade na legislação, ainda teria que identificar se a norma constante da lei especial é especial ou geral.

Estaria criado, assim, um sistema em que não bastaria a revogação da disposição geral da lei geral, mas sim, a revogação das disposições gerais das leis gerais e das leis especiais, bem como não bastaria a criação de um sistema especial com alguma semelhança do geral, porque a generalidade sempre estaria à mercê do sistema geral, e não do especial.

Assim, e adotando o mesmo entendimento, também se poderia afirmar que a exigência de garantia para embargar ainda subsiste no CPC porque o § 1º do art. 16 da LEF não foi revogado... Nada mais absurdo.

Não se pode, assim, alterar legislação especial com revogação de legislação geral, sob pena de se construir um sistema especial *dependente diretamente* de um sistema geral, o que não guarda qualquer lógica jurídica e nem mesmo se aproxima da melhor técnica legislativa, muito embora esta última seja uma raridade.

Conclui-se não poder se falar em revogação do § 1º do art. 16 da Lei 6.830/1980 pelo art. 736 do CPC, simplesmente porque não há revogação expressa do dispositivo da LEF, e o CPC é norma geral, incapaz de, tacitamente, revogar disposição de norma especial.²⁴

E ainda que se admita tal entendimento, outros dispositivos da LEF garantem aos embargos à execução fiscal o efeito suspensivo, se devidamente garantida a execução, como se viu no tópico anterior.

24 Nesse sentido, ASSIS, op. cit., p. 1139: "O art. 16, § 1º, da Lei 6.830/1980 continua vigente após a Lei 11.382/2006. Em primeiro lugar, a lei geral posterior não revoga a lei especial anterior. Ademais, a preexistência de construção é matéria reservada à lei e, no caso, ponderando os interesses, não se pode dizer que o requisito seja inconstitucional na execução fiscal." No mesmo sentido, CHUCRI, Augusto Newton. In: *Execução Fiscal Aplicada*, op. cit., p. 387.

4.1 O ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Superior Tribunal de Justiça entende, de forma pacífica, que não se aplica o art. 736 do CPC à LEF, sendo perfeitamente aplicável o § 1º do art. 16 da LEF, com o entendimento, um pouco contraditório, no sentido de que “*as normas da Lei de Execuções Fiscais, por serem especiais, não foram revogadas pelas modificações introduzidas no Código de Processo Civil.*”²⁵

Inúmeros os julgados nesse sentido, *v.g.*, REsp 1225743/RS, Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 22.02.2011, DJe de 16.03.2011:

Dispõe o art. 16 da Lei de Execução Fiscal que “não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução”.

A efetivação da garantia da execução configura pressuposto necessário ao processamento dos Embargos à Execução, em se tratando de Execução Fiscal, objeto da Lei 6.830/1980.

*Embora o art. 736 do Código de Processo Civil - que condicionava a admissibilidade dos Embargos do Devedor à prévia segurança do juízo - tenha sido revogado pela Lei 11.382/2006, os efeitos dessa alteração não se estendem aos executivos fiscais, tendo em vista que, em decorrência do princípio da especialidade, deve a lei especial sobrepor-se à geral. Precedente do STJ.*²⁶

A regra do § 1º do art. 16 da LEF, porém, tem sido atenuada pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que ainda que a garantia do juízo não seja integral, admite-se os embargos à execução, se sujeitando o embargante a complementar a garantia no curso dos embargos ou provar que a insuficiência se dá por impossibilidade material, posição esta que claramente beneficia o direito de defesa do executado.

Nesse sentido, AgRg no REsp 1092523/PR, Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, j. em 03.02.2011, DJe de 11.02.2011:

A Primeira Seção, no julgamento do REsp n. 1.127.815/SP, em 24/11/2010, Relator Ministro Luiz Fux, feito submetido à sistemática

²⁵ AgRg no REsp N° 1.257.434-RS, Ministro Castro Meira, j. em 16.08.2011, DJ de 30.08.2011

²⁶ No mesmo sentido: AgRg no REsp 1257434/RS, Ministro Castro Meira, j. em 16.08.2011, DJe de 30.08.2011.

do art. 543-C do CPC, reafirmou entendimento no sentido de que uma vez efetuada a penhora, ainda que insuficiente, encontra-se presente a condição de admissibilidade dos embargos à execução, haja vista a possibilidade posterior da integral garantia do juízo, mediante reforço da penhora.

Em relação à opção pelo atendimento do direito de defesa do executado, REsp 1127815/SP, Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, j. em 24.11.2010, DJe de 14.12.2010:

A insuficiência de penhora não é causa bastante para determinar a extinção dos embargos do devedor; cumprindo ao magistrado, antes da decisão terminativa, conceder ao executado prazo para proceder ao reforço, à luz da sua capacidade econômica e da garantia pécua do acesso à justiça. (Precedentes: REsp 973.810/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/10/2008, DJe 17/11/2008; REsp 739.137/CE, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/10/2007, DJ 22/11/2007; AgRg no Ag 635829/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, DJ 18/04/2005; REsp 758266/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ 22/08/2005)

Nesse mesmo acórdão decidido que “11. O pleito de imediato prosseguimento dos embargos, à revelia da referida decisão judicial, não merece acolhimento, haja vista que, conquanto a insuficiência patrimonial do devedor seja justificativa plausível à apreciação dos embargos à execução sem que o executado proceda ao reforço da penhora, deve ser a mesma comprovada inequivocamente. Nesse sentido, in verbis: “Caso o devedor não disponha de patrimônio suficiente para a garantia integral do crédito exequendo, cabe-lhe comprovar inequivocamente tal situação. Neste caso, dever-se-á admitir os embargos, excepcionalmente, sob pena de se violar o princípio da isonomia sem um critério de discrimen sustentável, eis que dar seguimento à execução, realizando os atos de alienação do patrimônio penhorado e que era insuficiente para garantir toda a dívida, negando ao devedor a via dos embargos, implicaria restrição dos seus direitos apenas em razão da sua situação de insuficiência patrimonial. Em palavras simples, poder-se-ia dizer que tal implicaria em garantir o direito de defesa ao “rico”, que dispõe de patrimônio suficiente para segurar o Juízo, e negar o direito de defesa ao “pobre”, cujo patrimônio insuficiente passaria a ser de pronto alienado para a satisfação parcial do crédito. Não trato da hipótese de inexistência de patrimônio penhorável pois, em tal situação, sequer

haveria como prosseguir com a execução, que restaria completamente frustrada.” (Leandro Paulsen, in Direito Processual Tributário, Processo Administrativo Fiscal e Execução Fiscal à luz da Doutrina e da Jurisprudência, Ed. Livraria do Advogado, 5ª ed.; p. 333/334).²⁷

Muito embora tenha o Superior Tribunal de Justiça mitigado a regra do § 1º do art. 16 da LEF, não mitigou a regra relativa ao prazo para embargos, que se contará sempre da efetiva intimação da penhora, fiança bancária ou depósito, isso a depender se a Fazenda Pública foi intimada da regularidade da garantia antes do executado ajuizar sua defesa.²⁸

4.2 O § 1º DO ART. 16 DA LEF E A SÚMULA VINCULANTE 28 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O que não se verifica na doutrina é o exame do § 1º do art. 16 da LEF sob a ótica da garantia da defesa, ao fundamento de que o executado teria o direito de se defender e ver seus embargos admitidos, mesmo que ausente a garantia da execução.

Esta discussão, porém, sob a ótica do Supremo Tribunal Federal - STF, parecia estar superada, quando do julgamento da Proposta de Súmula Vinculante nº 37, que deu origem ao Enunciado 28 da Súmula Vinculante de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Em 03.02.2010, o Plenário do STF aprovou o Enunciado 28 de sua Súmula de Jurisprudência Vinculante: “*É inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário.*”²⁹

Na visão da maioria dos aplicadores do direito, o enunciado acima se aplicaria somente para aquelas hipóteses já pacificadas pelo próprio Supremo, em que se exige do contribuinte depósitos recursais para se discutir o crédito na via administrativa, por exemplo.

Porém, simples leitura da discussão realizada pelo Pleno do STF quando do julgamento da Proposta de Súmula Vinculante 37, evidencia que se pretendeu atribuir ao enunciado alcance máximo, ou seja, extensão a toda e qualquer ação judicial, seja para depósitos recursais, seja para

27 No mesmo sentido, do Superior Tribunal de Justiça: REsp 865336/RS, Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, j. em 24.03.2009, DJe de 27.04.2009; REsp 685938/PR, Ministro Castro Meira, Segunda Turma, j. em 07.12.2004, DJe de 21.03.2005

28 Nesse sentido: REsp 1254554/SC, Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. em 18.08.2011, DJe de 25.08.2011; REsp 1126307/MT, Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, j. em 01.03.2011, DJe de 17.05.2011; AgRg no AI 1.325.309-MG, Ministro Herman Benjamin, j. em 19.10.2010.

29 DOU de 17/02/2010, p. 1

depósitos em dinheiro ou penhora, como seria, por exemplo, a hipótese do § 1º do art. 16 da Lei de Execuções Fiscais.

Colha-se do julgamento da Proposta de Súmula Vinculante 37:

[...]

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Não importa quem vai entrar com a ação. Importa é que, se tiver para discutir exigência de crédito tributário, não se pode exigir para admissibilidade da ação nenhum depósito.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - É bom termos presente que isso terá incidência sobre a Lei de Execução Fiscal. Ela tem um dispositivo que estabelece a exigência de depósito, o valor do débito.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Agora, o entendimento que prevaleceu quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade foi este: o acesso ao Judiciário para questionar exigibilidade do tributo não pode ficar sujeito a depósito.

A SENHORA MINISTRA CARMEM LÚCIA - Porque, na verdade, a legislação tinha criado uma condição para ter acesso ao Judiciário, que é vedado constitucionalmente. É isso que nós estamos querendo dizer. Repetir a Constituição: pode entrar em juízo e para tanto não se pode exigir depósito prévio.”³⁰

Ora, segundo o Supremo Tribunal Federal, por meio do Enunciado 28 de sua Súmula de Jurisprudência Vinculante, o § 1º do art. 16 da LEF não poderia mais ser aplicado, ou seja, não se poderia mais exigir do executado qualquer tipo de garantia para o ajuizamento dos embargos à execução fiscal.

No entanto, em decisões monocráticas, o Supremo Tribunal Federal rejeitou a aplicação do Enunciado 28 da Súmula Vinculante de Jurisprudência à garantia exigida para embargar a execução fiscal.

Em decisão proferida pelo Ministro Joaquim Barbosa, restou decidido que:

Em síntese, o reclamante afirma que a decisão viola o art. 103-A da Constituição e a autoridade da Súmula Vinculante 28, na medida em que negou o recebimento de ação de embargos à

³⁰ PSV 37, DJe nº 40, publicado em 05.03.2010

execução fiscal desprovida de depósito prévio do montante do valor devido.

[...]

Esta reclamação é manifestamente improcedente.

A SV 28 tem a seguinte redação:

[...]

A ação judicial a que se refere o enunciado corresponde às medidas judiciais que têm por objeto qualquer etapa do fluxo de constituição e de positivação do crédito tributário antecedente ao ajuizamento da ação de execução fiscal, momento em que ocorre a judicialização do inadimplemento do sujeito passivo.

Essa restrição decorre da motivação da SV 28, que é a declaração de inconstitucionalidade do art. 19 da Lei 8.870/1994 (ADI 1.075, rel. min. Eros Grau, DJ de 25.05.2007), muito semelhante ao art. 38 da Lei 6.830/1980, não recepcionado pela Constituição de 1988.

De modo diverso, a garantia do Juízo como requisito para recebimento dos embargos do devedor e, conseqüentemente, a inibição ou a suspensão da ação de execução fiscal não foi declarada inconstitucional naquela oportunidade.

A propósito, registro o seguinte trecho do voto proferido pelo relator, Ministro Eros Grau:

‘Esse requisito [se refere ao depósito prévio] somente se imporia caso o sujeito passivo da obrigação tributária pretendesse inibir o ajuizamento da execução fiscal [RE n. 105.552, Relator o Ministro DJACI FALCÃO, DJ de 2.08.1985 e RE n. 103.400, Relator o Ministro RAFAEL MAYER, DJ de 10.12.1984].

‘Por outro lado, ao dispor de forma genérica que ‘as ações judiciais, inclusive cautelares, que tenham por objeto a discussão de débito para com o INSS serão, obrigatoriamente, precedidas do depósito preparatório’, o artigo 19 da Lei n. 8.870/94 consubstancia barreira ao acesso ao Poder Judiciário. A mera leitura do texto normativo impugnado dá conta da imposição de condição à propositura das ações cujo objeto seja a discussão de

créditos tributários, ainda que não estejam em fase de execução' (grifei).

A aplicação linear da SV 28 às execuções fiscais implicaria a declaração de não recepção do art. 16, § 1º da Lei 6.830/1980, sem a observância do devido processo legal (cf., e.g., a Rcl 6.735-AgR, rel. min. Ellen Gracie, Pleno, DJe de 10.09.2010).

Ademais, o provimento pleiteado pelo reclamante equivaleria à imotivada suspensão da exigibilidade do crédito tributário, em desrespeito às hipóteses previstas no art. 151 do CTN e com possível supressão de instância para exame do quadro fático-jurídico.

Por outro lado, o reclamante não indicou qualquer circunstância excepcional que justificasse o “depósito” (na verdade, a garantia do juízo segundo a LEF) ser barreira intransponível ao exercício do direito de acesso à Jurisdição.

Ante o exposto, nego seguimento à reclamação (art. 21, § 1º e 161, par. ún. do RISTF).³¹

Caso tivesse o Supremo Tribunal Federal entendido pela aplicação da SV. 28 à garantia para embargar na execução fiscal, importantes consequências seriam vistas, como, por exemplo, a possibilidade de interposição de embargos sem garantia, o que significaria, assim, possibilidade de ajuizamento de embargos desde a data da existência da execução fiscal, sem risco de ajuizamento de embargos *prematureos*.

Como, porém, o Supremo Tribunal Federal resolveu privilegiar a presunção de certeza e liquidez da CDA, tais consequências, pelos menos por enquanto, não serão vistas no presente trabalho.

5 CONSEQUÊNCIAS DA AUSÊNCIA OU NÃO DE EFEITO SUSPENSIVO DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL

Admitindo-se o entendimento majoritário da doutrina e Superior Tribunal de Justiça, e considerando o recebimento dos embargos à execução fiscal sem efeito suspensivo, aplicando-se o art. 739-A do CPC, a consequência natural é o prosseguimento da

31 Rcl 14239/RS, Ministro Joaquim Barbosa, j. em 22.08.2012, DJe de 05.09.2012. No mesmo sentido, AC 3156/MC/ES, Ministra Rosa Weber, j. em 01.08.2012, DJe de 08.08.2012; Rcl 11761/ES, Ministra Rosa Weber, j. em 01.08.2012, DJe de 07.08.2012.

execução fiscal, independentemente da existência dos respectivos embargos.

Não tendo sido esgotadas as tentativas de penhora de bens do executado, buscar-se-á assegurar a dívida executada, inclusive prosseguindo-se nos atos executórios e satisfativos, expropriação, alienação e levantamento do dinheiro, a depender do caso.

Havendo, porém, efeito suspensivo aplicado, na hipótese de haver penhora ou qualquer outra forma de garantia integral, pelo total da dívida executada, haverá efeito suspensivo automático dos embargos já ajuizados, aplicando-se normalmente os dispositivos da LEF, ou seja, somente após o trânsito em julgado dos embargos é que a execução prosseguirá.

Se houver efeito suspensivo, nos termos do art. 739-A, mas a penhora ou a garantia da dívida não for integral, necessariamente e por coerência, deverá ser aplicado o § 6º do art. 739-A, facultando-se à Fazenda Pública a efetivação dos atos de penhora e avaliação.

Mas na hipótese de inexistir qualquer garantia ou penhora, a execução fiscal caminhará sem qualquer prejuízo da interposição dos embargos.

Neste caso, entende-se que sequer haverá necessidade de apensamento da execução fiscal aos embargos, porque este apensamento poderá causar prejuízos à Fazenda Pública, sobretudo em razão do art. 25 da LEF, que prevê intimação pessoal da Fazenda Pública.

Em muitos casos, a organização interna das Procuradorias separa os procuradores em áreas, muitas vezes com a divisão em execução fiscal e ações de conhecimento. Em casos como este, entende-se que, apesar da conexão pela manifesta relação de prejudicialidade entre os embargos e a execução fiscal embargada, eis que o resultado daquele, se procedentes, afetarão a execução fiscal, poderá haver o curso das ações em separado, para que não reste prejudicada a satisfação da dívida da Fazenda Pública.³²

32 CC 89267/SP, Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, j. em 14.11.2007, DJU de 10.12.2007: *“Assim como os embargos, a ação anulatória ou desconstitutiva do título executivo representa forma de oposição do devedor aos atos de execução, razão pela qual quebraria a lógica do sistema dar-lhes curso perante juízos diferentes, comprometendo a unidade natural que existe entre pedido e defesa.*

É certo, portanto, que entre ação de execução e outra ação que se oponha ou possa comprometer os atos executivos, há evidente laço de conexão (CPC, art. 103), a determinar, em nome da segurança jurídica e da economia processual, a reunião dos processos, prorrogando-se a competência do juiz que despachou em primeiro lugar (CPC, art. 106). Cumpre a ele, se for o caso, dar à ação declaratória ou anulatória anterior o tratamento que daria à ação de embargos com idêntica causa de pedir e pedido, inclusive, se garantido o juízo, com a suspensão da execução.

Apensada ou não a execução fiscal aos embargos, o que não pode ocorrer é a paralisação da execução porque opostos embargos do devedor sem efeito suspensivo. Do contrário, cria-se figura com o melhor das duas situações: ao executado-embargante, devedor de dívida líquida e certa, formada mediante contraditório e ampla defesa, outorga-se a *imunidade* aos atos executivos, sem que possa sofrer qualquer risco de constrição de seu patrimônio, enquanto sua defesa - sem efeito suspensivo da execução - será analisada pelo Poder Judiciário.

Isso sem contar o decurso do prazo prescricional, porque na execução fiscal incide o art. 40 da LEF, há hipótese expressa de prescrição intercorrente.

6 A SATISFAÇÃO DO CRÉDITO FISCAL NA HIPÓTESE DE EMBARGOS SEM EFEITO SUSPENSIVO

A doutrina, ao defender a ausência de efeito suspensivo automático dos embargos à execução fiscal, se divide no que se relaciona à satisfação da execução fiscal enquanto em curso os embargos sem efeito suspensivo.

Fredie Didier, por exemplo, entende que a fase executiva ou satisfativa da execução fiscal somente poderia ir até a alienação de bens.³³

Após a alienação e conversão dos bens em dinheiro, a execução fiscal ficaria paralisada, havendo efeito suspensivo, com fundamento no § 2º do art. 32, porque se vitorioso o embargante, ele não poderia se sujeitar à regra do precatório para obter de volta aquilo que teria sido transferido para o patrimônio público nos autos da execução fiscal.

Colha-se o entendimento do referido autor:

Em suma, os embargos à execução fiscal não têm efeito suspensivo, mas não pode haver adjudicação, nem levantamento do depósito (ou conversão em renda) pela Fazenda Pública, diante das peculiaridades de regras contidas na Lei n. 6.830/1980, que decorrem de um sistema particular: a eventual reversão em favor do contribuinte é bastante custosa, mercê da sistemática do precatório e das garantias do Poder Público.

“Em outras palavras, a falta de efeito suspensivo aos embargos serve apenas para adiantar o rito da execução fiscal, permitindo já a penhora

³³ DIDIER, op. cit., p. 779

*e a venda dos bens, mas o levantamento do depósito ou a adjudicação do bem pela Fazenda Pública depende do julgamento final dos embargos.*³⁴

Não há nenhum fundamento jurídico que albergue a afirmação de que a Fazenda não poderia buscar a satisfação integral e “antecipada” do crédito público se os embargos à execução fiscal não forem recebidos com efeito suspensivo.

Aliás, não se discorda que, na prática, a satisfação dos créditos contra a Fazenda Pública, obediente à regra do art. 100 da CR/88, seja verdadeira imoralidade, como já afirmado nesse trabalho.³⁵ Mas para este fato alterar a realidade jurídica já há uma grande distância. Infelizmente...

Assim, em atenção à técnica jurídica³⁶, recebidos os embargos sem efeito suspensivo, a execução fiscal deverá prosseguir até as últimas consequências, pouco importando o regime de pagamento dos débitos da Fazenda Pública.

A execução fiscal embargada, mesmo na hipótese de embargos sem efeito suspensivo, sempre será *definitiva*. Não se pode adotar, para a execução fiscal, o tratamento da execução de sentença previsto no CPC, art. 475-O.

A CDA, enquanto título executivo, pressupõe tenha sido ofertado contraditório e ampla defesa na formação daquilo que teria lhe dado causa, seja decorrente de dívida tributária ou não.

Ademais, a LEF tem regramento próprio sobre o assunto, e somente se suspenderá na hipótese de embargos com garantia. E, uma vez garantida a execução fiscal, irrelevante a previsão do art. 520, V, do CPC, eis que ainda que julgada improcedente, e recebida a apelação somente no efeito devolutivo, a execução fiscal continuará suspensa, não pelo recurso contra a sentença proferida no processo de embargos, mas pela garantia nela ofertada.

A ausência de suspensão, evidentemente, se refere à execução da decisão dos embargos, que somente poderia ser executada, em favor da Fazenda Pública, em eventual condenação em honorários. Nunca, porém, relativa ao crédito fiscal, objeto do processo de execução fiscal, como dito, suspenso enquanto houver embargos não julgados definitivamente e garantia do crédito tributário.

³⁴ DIDIER, op. cit., p. 779. Idêntico entendimento se encontra em Leonardo Carneiro da Cunha, op. cit., p. 435.

³⁵ Vide nota de rodapé nº 16.

³⁶ Ainda que venham as críticas *dura lex, sed lex...*

Também não se aplica à LEF o disposto no art. 587 do CPC, “*é definitiva a execução fundada em título extrajudicial; é provisória enquanto pendente apelação da sentença de improcedência dos embargos do executado, quando recebidos com efeito suspensivo (art. 739).*”

Como já afirmado, a execução fiscal sempre foi e será definitiva, porque a LEF não faz ressalva na hipótese de recurso. E ainda que se aplique o disposto no art. 587 do CPC, segunda parte, em consonância com tudo o que foi dito no presente trabalho, e de forma coerente, se conclui que, havendo efeito suspensivo, pouco importa o efeito em que recebida a apelação contra a sentença de rejeição liminar ou improcedência dos embargos.

Porém, inexistente o efeito suspensivo, a redação do art. 587 somente pode ser lida no sentido de que *será definitiva a execução enquanto pendente apelação da sentença de improcedência dos embargos.*

Para ilustrar o entendimento acima, colha-se a lição de Luiz Gustavo Levate, observando-se, porém, que o referido autor entende aplicável ao regime da execução fiscal o art. 739-A do CPC:

Ousamos discordar. Não seria lógico que o particular tivesse uma execução mais célere que o Poder Público. A norma que foi elaborada para proteger o patrimônio público (inalienabilidade de seus bens) não pode contra ele se voltar e determinar fique a execução paralisada, enquanto a execução promovida pelo particular segue com as características de real provisoriedade (art. 475-O do CPC), podendo, inclusive, se realizarem atos de alienação.

Afrontaria a finalidade da norma que visa a proteger o Poder Público fosse ela utilizada para prejudicá-lo ou atrasar o recebimento de seus créditos fiscais, tipo de receita derivada. A Fazenda Pública necessita receber seus créditos a fim de prestar serviços públicos, manter a máquina administrativa e implementar políticas públicas. Por isso, no caso da execução fiscal impossível converter-se a execução definitiva em provisória.

Interposta apelação da sentença que julga improcedentes os embargos, recebida somente no efeito devolutivo (inciso V do artigo 520 do CPC), ainda que tenham os embargos do devedor sido recebidos inicialmente no efeito suspensivo (a sentença de improcedência – cuja cognição é exauriente – alcança, inclusive, o efeito suspensivo conferido aos embargos do devedor – concedido com base em cognição sumária, ou seja, fumus boni iuris e periculum in mora), deve a execução prosseguir normalmente, com a quitação do crédito, independentemente

do julgamento do recurso interposto contra a sentença que rejeitar os embargos do devedor, sob pena de se afrontar a lógica do sistema (lembre-se que os embargos serão autuados em apartado com as peças processuais relevantes, tendo seguimento independente da execução fiscal, salvo o deferimento de efeito suspensivo). Eventuais prejuízos sofridos pelo executado se resolverão em perdas e danos, ainda que pela via do precatório judicial.

[...]

Portanto, a norma do artigo 587 do CPC deve ser aplicada com reservas quando se tratar de execução fiscal, restando válida a súmula 317 do STJ no caso do executivo fiscal, cuja execução será sempre definitiva, sob pena de se quebrar a lógica do sistema – os embargos que antes eram apensados aos autos da execução são autuados em apartado. Eventuais prejuízos suportados pelo executados serão resolvidos em perdas e danos.”

Como mencionado pelo ilustre autor, ainda vige, pelo menos para a execução fiscal, o disposto no Enunciado 317 da Súmula de Jurisprudência do col. Superior Tribunal de Justiça, “*é definitiva a execução de título extrajudicial, ainda que pendente apelação contra sentença que julgue improcedentes os embargos.*”^{37 38}

37 Superior TRibunal de Justiça, Corte Especial, j. em 05.10.2005, DJU de 18.10.2005, p. 103

38 Para ilustrar o entendimento, calha a colação de trecho do voto do Ministro Peçanha Martins no EREsp 440823/RS, Corte Especial, j. em 02.02.2005, DJ de 25.04.2005, p. 222: “*Com a devida vênia do acórdão recorrido, tenho que a execução fundada em título extrajudicial (‘in casu’, certidão de dívida ativa - art. 585, VI, do CPC), tem natureza definitiva, conforme a própria literalidade do art. 587 do CPC - ‘a execução é definitiva, quando fundada em sentença transitada em julgado ou em título extrajudicial; é provisória, quando a sentença for impugnada mediante recurso, recebido só no efeito devolutivo.’ A execução fundada em título extrajudicial já se inicia sendo definitiva, pois o título extrajudicial que dá ensejo à propositura da execução deve ser certo, líquido e exigível. O posterior ajuizamento da ação incidental de embargos do devedor acarreta a suspensão (arts. 791, I, do CPC) - e não a provisoriade - da execução, cujo processo volta a prosseguir tão- logo sejam rejeitados (liminarmente ou ao final) os embargos, já que a apelação que impugna a sentença proferida na hipótese não tem efeito suspensivo a teor do art. 520, V, do CPC, pelo que o ‘decisum’ singular tem eficácia imediata. Portanto, a meu ver, a interposição da apelação contra a sentença indeferitória dos embargos do devedor em nada afeta a execução fiscal, já que o título que lhe dá sustentação é o extrajudicial (certidão de dívida ativa), e não o judicial (sentença) proveniente do julgamento dos embargos. Se fosse o contrário (ou seja, se a execução estivesse fundada na sentença proferida nos embargos), aí sim a execução seria provisória, tendo em vista o disposto na segunda parte do art. 587 do CPC.*

“*Merece ser examinado, ainda, o seguinte argumento dos que defendem a tese de que a execução é na hipótese provisória: o provimento da apelação - com a consequente procedência dos embargos do devedor - poderá acarretar a extinção da execução por inexigibilidade do título extrajudicial, pelo que a execução é provisória enquanto estiver pendente recurso de apelação. Ora, partindo desse raciocínio, a sentença judicial transitada em julgado também não dará ensejo à execução definitiva enquanto não estiver decorrido o biênio para o ajuizamento da ação rescisória, já*

Deve-se, no caso, e até por questão de coerência, fazer o mesmo raciocínio que fez o Superior Tribunal de Justiça para afastar a aplicação do art. 736 do CPC ao regime da execução fiscal: a CDA, por sua natureza, não pode ser tratada como um título que comporte provisoriedade, porque sua formação não se dá de forma unilateral.

que durante esse período a sentença passada em julgado poderá ser desconstituída. Também não se poderá falar em execução definitiva quando o processo de conhecimento estiver corrido à revelia, pois o réu-devedor poderá alegar, a qualquer tempo, a nulidade da citação no processo de cognição (art. 741, I, do CPC), dando ensejo à declaração de nulidade do processo e, por consequência, da sentença (título judicial) nele proferido. Portanto, se interpretarmos o vocábulo 'definitiva' em sua literalidade, a execução fundada em título judicial ou extrajudicial só poderá ser levada a cabo quando estiverem esgotadas todas as vias ordinárias e excepcionais capazes de desconstituir o título executivo, o que resultaria, sem sombra de dúvida, na eternização do processo (em flagrante violação ao art. 125, II, do CPC).

"Daí se apreende, que a definitividade ou provisoriedade da execução é questão de política legislativa. O Código estabeleceu que na hipótese de execução fundada em título judicial passado em julgado ou em título extrajudicial, a execução será sempre definitiva, já que tais título - ao contrário da sentença proferida no processo de conhecimento e impugnada via apelação - são dotados de presunção de certeza, liquidez e exigibilidade. Por tais razões, embora reconheça a força dos argumentos em sentido contrário (como os apresentados pelo eminente Professor Humberto Theodoro Júnior em seu 'Curso de Direito Processual Civil'. v. II, 10. ed. Forense, 1993. p. 20; e pelo eminente Professor VICENTE GRECO FILHO em sua obra 'Direito Processual Civil Brasileiro', v. 3, 6. ed. Saraiva, 1992. p. 34 e 35), tenho que, à luz do Código de Processo Civil em vigor, a execução fundada em título extrajudicial é sempre definitiva, assegurando-se ao devedor o direito às perdas e danos na hipótese de provimento da apelação e da procedência dos embargos. Em prol da tese aqui por mim sustentada, invoco o eminente Professor NELSON NERY JÚNIOR: 'Quando iniciada a execução, por título judicial transitado em julgado ou por título extrajudicial, é sempre definitiva. Iniciada definitiva, não se transmuda em provisória, nem pela oposição de embargos do devedor, nem pela interposição de recurso contra sentença que julgar improcedentes os embargos ou rejeitá-los liminarmente (CPC 520 V). É que a sentença transitada em julgado e o título extrajudicial têm plena eficácia executiva e gozam de presunção de certeza e liquidez e exigibilidade. Com a rejeição liminar ou a improcedência dos embargos, essa presunção resta reforçada e confirmada, de sorte que a execução deve prosseguir sem a suspensividade operada pela oposição dos embargos e/ou pela interposição de recurso recebido apenas no efeito devolutivo. Provido o recurso, resolve-se em perdas e danos em favor do devedor' (Código de Processo Civil comentado), 2. ed. Revista dos Tribunais, 1996. p. 1.021) Os comentários do eminente Professor AMILCAR DE CASTRO ao art. 587 do CPC são no mesmo sentido, senão vejamos: 'E sendo a execução fundada em título extrajudicial, será tratada como definitiva, se não houver embargos, ou forem estes liminarmente rejeitados (arts. 520, V, 521 e 739)' ('Comentários ao Código de Processo Civil', v. VIII, Revista dos Tribunais, 1974. p. 61). O eminente Professor J. C. BARBOSA MOREIRA também já se manifestou sobre o tema, 'in verbis': 'Caso se recebam os embargos, o exequente só poderá levantar a coisa após o julgamento deles, desde que, é óbvio, não sejam acolhidos. Declarando-os improcedentes a sentença, não é preciso aguardar o trânsito em julgado para que o levantamento se torne possível: a eventual apelação do devedor embargante produz aí efeito meramente devolutivo (art. 520, nº V). Nem há cogitar de provisoriedade da execução na pendência de tal recurso, pois o título executivo não é a sentença proferida nos embargos' ('O novo processo civil brasileiro', 18. ed. Forense, 1996. p. 229 e 230) - (grifei).

"Por fim, lembro que nesse sentido doutrina o comentário do eminente Professor ÉDSON RIBAS MALACHI em suas 'questões sobre a execução e os embargos do devedor', Revista dos Tribunais, 1980. p. 162 e seguintes. [...] No caso dos autos, tratando-se de execução fundada em CDA, título extrajudicial por determinação expressa do art. 585, II, do CPC, é de se reconhecer a sua definitividade. [...] A execução é definitiva quando fundada em título extrajudicial (CPC, art. 587). - A interposição de apelação contra decisão de improcedência dos embargos à execução não tem o condão de afastar a sua definitividade."

Ao devedor da Fazenda Pública deve ser franqueado, no processo de formação e conhecimento da dívida, ampla defesa e contraditório.

Nesse sentido, inclusive, a aplicação do art. 739-A do CPC desfavorece o executado, porque demonstrada esta falha incorrigível do processo administrativo de inscrição da dívida, desde já deveria o juiz conceder efeito suspensivo aos embargos, sem necessidade de penhora. No caso, ao contribuinte, restará apenas uma exceção de pré-executividade ou ação anulatória com pedido de antecipação dos efeitos da tutela.

Só por isso se vê que aquela LEF, criticada na origem por sua suposta marca autoritária, é muito mais benéfica ao executado do que o novo regime do art. 739-A do CPC.

Mas, como dito exaustivamente neste trabalho, não é por ser benéfica ao executado ou à Fazenda que se entende aplicável a LEF na hipótese da suspensão da execução fiscal pelos embargos: a razão, como dito, é simplesmente jurídica.

7 CONCLUSÃO

As alterações promovidas no processo de execução previsto no CPC, realizadas pelas Leis Federais 11.232/2005 e 11.382/2006, impactaram o procedimento da Lei de Execução Fiscal.

Sobretudo em relação ao objeto do presente trabalho, conforme doutrina e entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça, o chamado efeito suspensivo dos embargos à execução fiscal foi alterado, aplicando-se à LEF o disposto no art. 739-A do CPC.

Assim, para que a defesa do executado por meio dos embargos possa suspender a execução fiscal, necessário, segundo a maioria apontada, para além da já exigida garantia da execução, a presença da fumaça do bom direito, o perigo da demora e o *requerimento expresse* do embargante.

Com o devido respeito a esta maioria, entende-se que não se aplica à execução fiscal o disposto no art. 739-A do CPC, simplesmente porque o regime especial da LEF não foi afetado pelas novas disposições do CPC, lei de caráter geral.

Assim, nos termos dos artigos 19, 24, I, e 32, § 2º, todos da LEF, entende-se que há claramente na LEF um sistema construído com base em embargos à execução com efeito suspensivo decorrente da garantia da execução, o chamado *efeito suspensivo automático*, muito embora fique ressalvado que trata-se de posição minoritária.

Em relação ao outro ponto analisado no trabalho, a exigência de garantia da execução como condição de admissibilidade dos

embargos, prevista no § 1º do art. 16 da LEF, observa-se que, salvo minoria da doutrina, não houve alteração em relação à nova redação do art. 736 do CPC, que não condiciona a defesa do executado à garantia da execução.

Sem negar uma certa decepção, viu-se que o Supremo Tribunal Federal claudicou em relação ao Enunciado 28 da sua Súmula Vinculante de Jurisprudência. Isso porque, ou houve confusão ou mero *obiter dictum* quando da discussão do referido enunciado, ou verdadeiro retrocesso quando da aplicação da extensão e alcance da súmula.

Isso porque, claramente, foi ressaltado no julgamento da referida súmula a sua aplicação à Lei de Execuções Fiscais.

Quando do julgamento de reclamações que pediam ao Supremo a obediência do enunciado vinculante, em relação a embargos não recebidos pela falta de garantia, o Tribunal negou aplicação da súmula, afirmando a higidez do § 1º do art. 16 da LEF. Ao que parece, o enunciado vinculante afetou o artigo 38 da LEF.

A aplicação do artigo 739-A do CPC às execuções fiscais exigirá uma mudança comportamental de exequente e executado na execução fiscal.

O executado se sujeitará a um maior esforço argumentativo para demonstrar a plausibilidade do direito e o risco de dano grave, de difícil ou incerta reparação, além de ainda se sujeitar à garantia da execução.

Por outro lado, a exequente, Fazenda Pública, deverá ficar atenta à tramitação das execuções fiscais embargadas e *não suspensas*, para evitar não só a existência de prescrição intercorrente da execução fiscal, mas também a prescrição do crédito tributário e concessões de certidões negativas com base no artigo 206 do CTN.

Poderá ocorrer com frequência situação de contribuinte com direito à certidão negativa com base no art. 206 do CTN e cuja execução fiscal não esteja suspensa.

Não se pode admitir, porém, é que a execução fiscal não suspensa não possa chegar a termo, com alienação de bens e conversão em dinheiro para a Fazenda, pelo relevante motivo de que a restituição, na hipótese de embargos procedentes, seja feita na forma do artigo 100 da Constituição Federal.

Por fim, fica a reflexão: a adoção do art. 739-A ao rito da execução fiscal trará alguma vantagem para exequente e executado?

Entende-se que a Fazenda Pública terá trabalho em dobro ou em triplo, porque será demandada nos embargos, terá que demandar

na execução fiscal, e certamente será demandada no momento de realização do crédito, porque todo e qualquer executado tentará, de todas as formas jurídicas que estiver ao seu alcance, olvidar a satisfação do crédito da Fazenda antes de definitivamente julgados os seus embargos.

Enfim, conclui-se, como se ouve com frequência no dito popular, o que está ruim pode piorar. E piorou...

Isso sem contar que, passados 7 (sete) anos das reformas, até o momento o art. 739-A ainda não foi devidamente aplicado, trata-se de uma *novidade legislativa recente*.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11. ed. revista, ampliada e atualizada com a Reforma Processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: tutela jurisdicional executiva*. São Paulo: Saraiva, 2008.

CHIMENTI, Ricardo Cunha et al. *Lei de Execução Fiscal: Comentada e Anotada*. 5. ed. revista e atualizada, São Paulo: Revista dos Tribunais: 2008.

COSTA, José Rubens. *Tratado do Processo de Conhecimento*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

CUNHA, Leonardo Carneiro. *A Fazenda Pública em Juízo*. 10. ed. revista e atualizada, São Paulo: Dialética, 2012.

DA SILVA, Américo Luís Martins. *A execução da Dívida Ativa da Fazenda Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

DIDIER JR, Fredie e outros. *Curso de Direito Processual Civil: execução*. v. 5. Salvador: JusPodivm, 2012.

FILHO, João Aurino de Melo (Coordenador). *Execução Fiscal Aplicada: análise pragmática do processo de execução fiscal*. Salvador: JusPodivm, 2012.

GABURRI, Fernando et al. *A Fazenda Pública à luz da atual jurisprudência dos tribunais brasileiros*. Curitiba: Juruá, 2011.

LEVATE, Luiz Gustavo; CARVALHO, Felipe Caixeta. *Lei de Execução Fiscal a luz da Doutrina e da Jurisprudência*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LIEBMAN, Enrico Tulio. *Embargos do Executado*: oposições de mérito no processo de execução. Bookseller: Campinas, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*, v. 2, Processo de Conhecimento. 7. ed. revista e atualizada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Curso de Processo Civil*, v. 3. Execução. 2. ed. revista e atualizada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. v. único. 4. ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Método, 2012.

RENAULT, Sérgio et al. *A Nova Execução de Títulos Judiciais*. São Paulo: Saraiva: 2006.

PESQUISA DE PREÇOS SOB A ÉGIDE DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

*PRICE RESEARCH IN ORDER OF TRIBUNAL DE CONTAS DE
CONTAS PARAMETERS*

*Aristhéa Totti Silva Castelo Branco de Alencar
Advogada da União*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Desenvolvimento; 1.1 A pesquisa de preços nos diplomas legais nacionais; 1.2 A pesquisa de preços como requisito de validade do processo licitatório; 1.3 A evolução do instituto da pesquisa de preços no Tribunal Contas da União; 2 Conclusão; Referências.

RESUMO: Este trabalho tem como objetivo demonstrar a importância da pesquisa de preços no processo licitatório, utilizando a visão do órgão de fiscalização para tanto. Como resultado busca-se orientar os órgãos de como proceder esta pesquisa e quais as fontes capazes de fundamentá-la.

PALAVRAS-CHAVE: Descritores: Licitação. Pesquisa de Preços. Formação de Preços.

ABSTRACT: This work aims to demonstrate the importance of research in the bid price by using the vision of the supervisory board for both. As a result seek to guide agencies on how to proceed and what this research sources able to substantiate it.

KEYWORDS: Descriptors: Bid. Search Prices. Pricing.

INTRODUÇÃO

Toda contratação realizada por órgão ou entidade da Administração Pública brasileira obedecer um processo que, de acordo com o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal de 1988, *assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamentos, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, a qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica, indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.*

Tal processo de contratação se desenvolve por fases: fase interna e fase externa, como estabelecem os arts. 3º e 4º da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, que apesar de referir-se à modalidade pregão, pode e deve ser aplicado às demais modalidades de licitação:

Art. 3º A *fase preparatória do pregão* observará o seguinte:

I - a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento;

II - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;

III - dos autos do procedimento constarão a justificativa das definições referidas no inciso I deste artigo e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados; e

IV - a autoridade competente designará, dentre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, o pregoeiro e respectiva equipe de apoio, cuja atribuição inclui, dentre outras, o recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor.

§ 1º A equipe de apoio deverá ser integrada em sua maioria por servidores ocupantes de cargo efetivo ou emprego da administração,

preferencialmente pertencentes ao quadro permanente do órgão ou entidade promotora do evento.

§ 2º No âmbito do Ministério da Defesa, as funções de pregoeiro e de membro da equipe de apoio poderão ser desempenhadas por militares

Art. 4º A *fase externa do prego* será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

I - a convocação dos interessados será efetuada por meio de publicação de aviso em diário oficial do respectivo ente federado ou, não existindo, em jornal de circulação local, e facultativamente, por meios eletrônicos e conforme o vulto da licitação, em jornal de grande circulação, nos termos do regulamento de que trata o art. 2º;

II - do aviso constarão a definição do objeto da licitação, a indicação do local, dias e horários em que poderá ser lida ou obtida a íntegra do edital;

III - do edital constarão todos os elementos definidos na forma do inciso I do art. 3º, as normas que disciplinarem o procedimento e a minuta do contrato, quando for o caso;

IV - cópias do edital e do respectivo aviso serão colocadas à disposição de qualquer pessoa para consulta e divulgadas na forma da Lei no 9.755, de 16 de dezembro de 1998;

V - o prazo fixado para a apresentação das propostas, contado a partir da publicação do aviso, não será inferior a 8 (oito) dias úteis;

VI - no dia, hora e local designados, será realizada sessão pública para recebimento das propostas, devendo o interessado, ou seu representante, identificar-se e, se for o caso, comprovar a existência dos necessários poderes para formulação de propostas e para a prática de todos os demais atos inerentes ao certame;

VII - aberta a sessão, os interessados ou seus representantes, apresentarão declaração dando ciência de que cumprem plenamente os requisitos de habilitação e entregarão os envelopes contendo a indicação do objeto e do preço oferecidos, procedendo-se à sua

imediate abertura e à verificação da conformidade das propostas com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório;

VIII - no curso da sessão, o autor da oferta de valor mais baixo e os das ofertas com preços até 10% (dez por cento) superiores àquela poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor;

IX - não havendo pelo menos 3 (três) ofertas nas condições definidas no inciso anterior, poderão os autores das melhores propostas, até o máximo de 3 (três), oferecer novos lances verbais e sucessivos, quaisquer que sejam os preços oferecidos;

X - para julgamento e classificação das propostas, será adotado o critério de menor preço, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital;

XI - examinada a proposta classificada em primeiro lugar, quanto ao objeto e valor, caberá ao pregoeiro decidir motivadamente a respeito da sua aceitabilidade;

XII - encerrada a etapa competitiva e ordenadas as ofertas, o pregoeiro procederá à abertura do invólucro contendo os documentos de habilitação do licitante que apresentou a melhor proposta, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital;

XIII - a habilitação far-se-á com a verificação de que o licitante está em situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, e as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso, com a comprovação de que atende às exigências do edital quanto à habilitação jurídica e qualificações técnica e econômico-financeira;

XIV - os licitantes poderão deixar de apresentar os documentos de habilitação que já constem do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - Sicaf e sistemas semelhantes mantidos por Estados, Distrito Federal ou Municípios, assegurado aos demais licitantes o direito de acesso aos dados nele constantes;

XV - verificado o atendimento das exigências fixadas no edital, o licitante será declarado vencedor;

XVI - se a oferta não for aceitável ou se o licitante desatender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará as ofertas subsequentes e a qualificação dos licitantes, na ordem de classificação, e assim sucessivamente, até a apuração de uma que atenda ao edital, sendo o respectivo licitante declarado vencedor;

XVII - nas situações previstas nos incisos XI e XVI, o pregoeiro poderá negociar diretamente com o proponente para que seja obtido preço melhor;

XVIII - declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contra-razões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos;

XIX - o acolhimento de recurso importará a invalidação apenas dos atos insuscetíveis de aproveitamento;

XX - a falta de manifestação imediata e motivada do licitante importará a decadência do direito de recurso e a adjudicação do objeto da licitação pelo pregoeiro ao vencedor;

XXI - decididos os recursos, a autoridade competente fará a adjudicação do objeto da licitação ao licitante vencedor;

XXII - homologada a licitação pela autoridade competente, o adjudicatário será convocado para assinar o contrato no prazo definido em edital; e

XXIII - se o licitante vencedor, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, aplicar-se-á o disposto no inciso XVI.

O presente trabalho se limitará à análise de um dos elementos da fase interna do processo licitatório: a pesquisa de preços.

Nosso estudo se baseia em inúmeras manifestações exaradas pela Consultoria Jurídica da União em Minas Gerais, órgão de execução da Advocacia-Geral da União, que detectam a enorme dificuldade

que os órgãos, por ela assessorados, têm para, durante a fase interna do procedimento licitatório, aferir o preço de mercado do objeto da contratação no mercado.

1 DESENVOLVIMENTO

A pesquisa de preços é um dos elementos essenciais na deflagração de procedimento licitatório. Possui relevantes funções, como: possibilita a estimativa do valor e a elaboração do orçamento; permite que se confira a compatibilidade da despesa com a previsão orçamentária; identifica o preço adequado que a Administração pagará pelo bem ou serviço a ser adquirido; regra geral definirá a modalidade licitatória; e, permitirá a identificação, do preço máximo admitido ou do preço de referência, que auxiliará o administrador quando da admissibilidade das propostas, a fim de constatar as inexequíveis, as com sobrepreço e as que estiverem em conformidade com o mercado.

Ademais, deriva do princípio da economicidade, expressamente previsto no art. 70 da CF/88, que significa a promoção de resultados esperados com o menor custo possível.

Tal instituto está previsto em inúmeros textos legais nacionais, como se vê a seguir.

1.1 A PESQUISA DE PREÇOS NOS DIPLOMAS LEGAIS

A Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, Lei Geral de Licitações e Contratos, prevê em alguns de seus artigos a necessidade da realização da pesquisa de preços, em obediência do princípio da economicidade.

Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência:

[...]

§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

[...]

II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;

[...]

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

[...]

III - submeter-se às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado;

[...]

V - balizar-se pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública.

§ 1o O registro de preços será precedido de ampla pesquisa de mercado.

[...]

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2o e 4o do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8o desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos. (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005)

[...]

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

[...]

III – justificativa de preços;

[...]

Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

[...]

§ 2º Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante:

I - o projeto básico e/ou executivo, com todas as suas partes, desenhos, especificações e outros complementos;

II - orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

III - a minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor;

IV - as especificações complementares e as normas de execução pertinentes à licitação.

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

[...]

IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;

V - julgamento e classificação das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital;

[...]

A Lei 10.520, de 17 de junho de 2002, que institui a modalidade de licitação pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, também trata do tema no seu art. 3º:

Art. 3º. A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

[...]

III – dos autos do procedimento constarão a justificativa das definições referidas no inciso I deste artigo e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o *orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados;*

O Decreto nº 3.555, de 08 de agosto de 2000, que regulamenta a modalidade pregão, dispõe:

Art. 8º A fase preparatória do pregão observará as seguintes regras:

[...]

II – o termo de referência é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração, *diante de orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado*, a definição dos métodos, a estratégia de suprimento e o prazo de execução do contrato;

III – a autoridade competente ou, por delegação de competência, ordenador de despesa ou, ainda, o agente encarregado da compra no âmbito da Administração, deverá:

a) definir o objeto do certame e o seu valor estimado em planilhas, de forma clara, concisa e objetiva, de acordo com termo de referência elaborado pelo requisitante, em conjunto com a área de compras, obedecidas as especificações praticadas no mercado;

[...]

V - para julgamento, será adotado o critério de menor preço, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e os parâmetros mínimos de desempenho e de qualidade e as demais condições definidas no edital.

Art. 21. Os atos essenciais do pregão, inclusive os decorrentes de meios eletrônicos, serão documentados ou juntados no respectivo processo, cada qual oportunamente, compreendendo, sem prejuízo de outros, o seguinte:

[...]

III - *planilhas de custo*;

Por sua vez, o Decreto nº 5.450, 31 de maio de 2005 estabelece:

Art. 9º Na fase preparatória do pregão, na forma eletrônica, será observado o seguinte:

[...]

§ 1º A autoridade competente motivará os atos especificados nos incisos II e III, indicando os elementos técnicos fundamentais que o apóiam, bem como quanto aos elementos contidos *no orçamento estimativo* e no cronograma físico-financeiro de desembolso, se for o caso, elaborados pela administração.

§ 2º O termo de referência é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar avaliação do custo pela administração diante de orçamento detalhado, definição dos métodos, estratégia de suprimento, *valor estimado em planilhas de acordo com o preço de mercado*, cronograma físico-financeiro, se for o caso, critério de aceitação do objeto, deveres do contratado e do contratante, procedimentos de fiscalização e gerenciamento do contrato, prazo de execução e sanções, de forma clara, concisa e objetiva.

Por fim, vale citar o art. 5º do recente Decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013, que regulamenta o Sistema de Registro de Preços, revogando o Decreto nº 3.931, de 19 de setembro de 2001:

Art. 5º Caberá ao órgão gerenciador a prática de todos os atos de controle e administração do Sistema de Registro de Preços, e ainda o seguinte:

[...]

IV - *realizar pesquisa de mercado para identificação do valor estimado da licitação e consolidar os dados das pesquisas de mercado realizadas pelos órgãos e entidades participantes;*

[...]

Art. 7º A licitação para registro de preços será realizada na modalidade de concorrência, do tipo menor preço, nos termos da Lei nº 8.666, de 1993, ou na modalidade de pregão, nos termos da Lei nº 10.520, de 2002, e *será precedida de ampla pesquisa de mercado.*

Art. 9º O edital de licitação para registro de preços observará o disposto nas Leis nº 8.666, de 1993, e nº 10.520, de 2002, e contemplará, no mínimo:

I - a especificação ou descrição do objeto, que explicitará o conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado para a caracterização do bem ou serviço, inclusive definindo as respectivas unidades de medida usualmente adotadas;

II - estimativa de quantidades a serem adquiridas pelo órgão gerenciador e órgãos participantes;

III - estimativa de quantidades a serem adquiridas por órgãos não participantes, observado o disposto no § 4º do art. 22, no caso de o órgão gerenciador admitir adesões;

IV - quantidade mínima de unidades a ser cotada, por item, no caso de bens;

V - condições quanto ao local, prazo de entrega, forma de pagamento, e nos casos de serviços, quando cabível, frequência, periodicidade, características do pessoal, materiais e equipamentos a serem utilizados, procedimentos, cuidados, deveres, disciplina e controles a serem adotados;

VI - prazo de validade do registro de preço, observado o disposto no caput do art. 12;

VII - órgãos e entidades participantes do registro de preço;

VIII - modelos de planilhas de custo e minutas de contratos, quando cabível;

IX - penalidades por descumprimento das condições;

X - minuta da ata de registro de preços como anexo; e

XI - *realização periódica de pesquisa de mercado para comprovação da vantagemidade.*

A partir da legislação citada, destacamos dois pontos relevantes: o legislador sempre previu expressamente a pesquisa de preços como elemento indispensável da fase interna de qualquer certame; e, à medida que a legislação nacional foi evoluindo, verifica-se a importância de da pesquisa de preços como forma de subsidiar as decisões do Administrador.

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União é unânime no sentido de que *a realização de prévia pesquisa de preço de mercado é uma exigência legal:*

9.5.6 - proceda, quando da realização de licitação, dispensa ou inexigibilidade, à consulta de preços correntes no mercado, ou fixados por órgão oficial competente ou, ainda, constantes do sistema de registro de preços, em cumprimento ao disposto no art. 26, parágrafo único, inciso III, e art. 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993, os quais devem ser anexados ao procedimento licitatório (item V-F do relatório de auditoria); (Acórdão nº 1.705/2003, Plenário)

9.3.1.13. realização de ampla pesquisa de preços no mercado, a fim de estimar o custo do objeto a ser adquirido, definir os recursos orçamentários suficientes para a cobertura das despesas contratuais e servir de balizamento para a análise das propostas dos licitantes, em

harmonia com os arts. 7º, § 2º, inciso III, e 43, incisos IV e V, todos da Lei 8.666/93; (Acórdão nº 1.182/2004, Plenário)

9.3.2. efetue pesquisa de preços ou outro procedimento que permita verificar a conformidade das propostas com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, fazendo constar dos respectivos processos licitatórios o procedimento utilizado (Lei nº 8.666/93, art. 43, IV); (Acórdão nº 100/2004, Segunda Câmara)

9.3.1 quando da elaboração do orçamento prévio para fins de licitação, em qualquer modalidade, nos termos do artigo 7º, inciso II, da Lei nº 8.666/93, do artigo 3º, inciso III, da Lei nº 10.520/2002 e do artigo 8º, inciso IV, do Decreto nº 3.555/2000, o faça detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os custos unitários das obras/serviços a serem contratados, de forma realista e fidedigna em relação aos valores praticados pelo mercado; (Acórdão nº 064/2004, Segunda Câmara)

9.5.2. realize pesquisa de preços como forma de cumprir a determinação contida no art. 43, inciso IV, da Lei de Licitações, fazendo constar formalmente dos documentos dos certames a informação sobre a equivalência dos preços; (Acórdão nº 301/2005, Plenário, Processo nº 928.598/1998-5, Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa)

9.4. determinar à Infraero que observe a necessidade de fazer constar, dos autos dos processos licitatórios relativos a licitações na modalidade pregão, o orçamento estimado, exigido no art. 3º, inciso III, da Lei nº 10.520/2002, bem como da pesquisa de mercado em que deverá assentar-se, consoante o disposto no art. 40, § 2º, inciso II, c/c art. 43, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993; (Acórdão nº 2.349/2007, Plenário)

15. Diante de todo o exposto, pode se concluir que o grande problema verificado na condução do Pregão Eletrônico nº 48/2006-Sistema de Registro de Preços foi a não-elaboração de um orçamento adequado, resultante de ampla pesquisa de mercado, para definir os preços máximos que a Funasa estaria disposta a pagar pelos produtos licitados. Frise-se que, se o Pregão não tivesse sido revogado, o que ocorreu em função da atuação desta Corte, os prejuízos ao erário poderiam ter sido vultosos, vez que além da Funasa outros órgãos/entidades poderiam se utilizar da Ata de Registro de Preços para a aquisição dos produtos ali registrados.

[RELATÓRIO]

16.5. Conclui-se que a inadequação no procedimento de elaboração da pesquisa de mercado contribuiu para potencializar um possível dano ao Erário. O Decreto n.º 3.931/2001, ao impor este procedimento para a Ata de Registro de Preços, pretendeu forçar os gestores a buscarem os melhores preços possíveis para contratação com a Administração, dentro da realidade dos preços praticados no mercado, sem deixar de considerar a economia que se ganha nas compras de grande vulto. A ampla pesquisa de mercado não pode ser considerada mais um documento formal que comporá o processo, trata-se de procedimento que visa orientar o gestor na redução e otimização das despesas públicas, buscando a transparência e a efetividade na gerência da coisa pública. (Acórdão n.º 2.463/2008, Plenário)

7.5.3.6. Realize ampla pesquisa de preços no mercado e consulta a sistema de registro de preços, a fim de (a) estimar o custo do objeto a ser adquirido em planilhas de quantitativos e preços unitários, (b) definir os recursos orçamentários suficientes para a cobertura das despesas contratuais e (c) servir de balizamento para a análise das propostas dos licitantes, em harmonia com os arts. 7º, § 2º, 15, 40, § 2º, 43, incisos IV e V, todos da Lei 8.666/1993 e a jurisprudência do TCU (Decisões n.º 431/1993, 288/1996, 386/1997 - TCU Plenário, Acórdão n.º 195/2003, 1060/2003, 463/2004, 1182/2004 Plenário, Acórdão n.º 64/2004, 254/2004, 828/2004, 861/2004 Segunda Câmara) (item 18.4.1 e 19.4.1) (Acórdão n.º 428/2010, Segunda Câmara)

Parece-nos que a gestão administrativa demanda maior respeito por parte dos administradores do MPA, pois a lógica gerencial está invertida. Primeiro deve-se planejar o que comprar, quanto comprar, quando comprar e qual preço pagar. Na presente situação, o MPA não sabe quanto e quando comprar (já que o processo por ele proposto para estimação das quantidades tomará certamente algum tempo) e não tem uma boa ideia de preço (já que a pesquisa de preços foi feita com apenas um fornecedor). O MPA propõe-se a negociar primeiro e depois ir atrás da demanda. (Acórdão n.º 1.099/2010, Plenário)

9.4.8. conforme jurisprudência pacífica desta Corte de Contas e de acordo com o art. 7º, §2º, inciso II, da Lei 8.666/93, realize prévia pesquisa de preços em todos os processos de contratação realizados pelo Ministério, com estimativas de preços suficientemente fundamentadas e detalhadas com base em planejamento eficiente realizado pela área técnica, utilizando, para isso, propostas de

fornecedores e outras fontes de pesquisa que reflitam os preços praticados no mercado, sob pena de responsabilização solidária dos gestores; (Acórdão 3.033/2009, Plenário)

1.2 A PESQUISA DE PREÇOS COMO REQUISITO DE VALIDADE DO PROCESSO LICITATÓRIO

Diante das funções acima citadas e sua indispensabilidade em qualquer das contratações públicas, pode-se entender que a pesquisa de preços é requisito de validade do processo da contratação, seja direta ou após licitação. Realizada de forma ampla e idônea, tenderá a assegurar eficaz aplicação dos recursos orçamentários e prática administrativa respeitosa dos princípios da legalidade, da economicidade e da eficiência.

Sua ausência enseja a nulidade dos atos administrativos que a afastaram ou desconsideraram, tendo em vista que deixam de demonstrar a regularidade dos preços contratados. Trata-se de consequência inexorável quando não houver sido realizada a pesquisa ou quando, realizada, resultou inepta para apurar o valor real de mercado do objeto pretendido pela Administração.

É nesse sentido, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União:

Ateste a compatibilidade dos preços apresentados pelo licitante vencedor com os de mercado, e que também proceda ao confronto dos valores cotados com aqueles praticados por outros órgãos da Administração para os iguais serviços, a fim de, se for o caso, validar os valores a serem aceitos na contratação, conforme previsto no art. 43, inc. IV, da Lei nº 8.666/1993. Especificações imprecisas, inadequada pesquisa de preços, desclassificação de empresa sem apontar todos os itens do edital não atendidos, incoerência nas respostas apresentadas pelo pregoeiro, adjudicação a empresa vencedora com valores significativamente superiores aos ofertados pela recorrente levam a determinação de anulação o edital.

(Acórdão nº 2.014/2007-Plenário)

9. Diante de tais considerações, é forçoso concluir que a pesquisa empreendida pela UFSC não pode ser considerada válida, mormente quando se constata que “das três empresas que cotaram, uma não possui nenhuma evidência de que seja do ramo, enquanto que as outras duas são, a rigor, uma só, entre outras razões, por possuírem o mesmo sócio administrador e mesmo endereço comercial.”

10. Frise-se, por oportuno, que a modalidade pregão é de abrangência nacional, razão por que, para ser considerada legítima a pesquisa de preços realizada, “seria necessário realizar a cotação junto a empresas de outros grandes centros do país, e não limitá-la à cidade de Porto Alegre.”

11. Como bem sintetizou a Secex-SC, *ante a ausência de adequada pesquisa de preços*, “*não é possível aferir se a proposta adjudicada e homologada no Pregão 62/2011 é a melhor para a Administração, podendo resultar em dano aos cofres públicos.*”

12. Por oportuno, impede trazer à colação o seguinte excerto do Voto condutor do Acórdão nº 1266/2011-Plenário:

“[...]no caso de não ser possível obter preços referenciais nos sistemas oficiais para a estimativa de custos que antecederem os processos licitatórios, deve ser realizada pesquisa de preços contendo o mínimo de três cotações de empresas/fornecedores distintos, fazendo constar do respectivo processo a documentação probatória pertinente aos levantamentos e estudos que fundamentaram o preço estimado. [...] caso não seja possível obter esse numero de cotações, deve ser elaborada justificativa circunstanciada

Citam-se como exemplos os Acórdãos nºs 3.506/2009-1ª Câmara, 1.379/2007-Plenário, 568/2008-1ª Câmara, 1.378/2008-1ª Câmara, 2.809-2ª Câmara, 5.262/2008, 1ª Câmara, 4.013/2008-1ª Câmara, 1.344/2008, 2ª Câmara, 837/2008-Plenário, 3.667/2009-2ª Câmara e 3.219/2010-Plenário.”

13. Cabe, portanto, *determinar à UFSC a anulação dos atos relativos ao Pregão Eletrônico nº 62/2011, cujos procedimentos somente poderão ser reiniciados mediante a realização de nova pesquisa de preços de mercado com, no mínimo, três empresas do ramo e na abrangência territorial adequada.*

(Acórdão nº 2.531/2011-Plenário)

4. Após examinar o resultado da fiscalização, no mérito, acolho a conclusão adotada no âmbito da unidade técnica, porquanto ocorreu inobservância às disposições do Regulamento de Licitações e Contratos do SESCOOP, bem como à jurisprudência do TCU, visto que a estimativa de preços teve como base apenas contrato semelhante

firmado com outra entidade do serviço social autônomo e o valor apresentado pela contratada.

5. *Quaisquer descuidos na fase de planejamento da licitação, também conhecida como fase interna ou preparatória, pode comprometer a seleção de proposta vantajosa para entidade contratante. E, neste caso, em que a contratação ocorreu por dispensa de licitação, a ferir o princípio da economicidade pela contratação do valor superfaturado.* Daí a importância de conferir a essa fase preparatória da licitação *atenção redobrada.* (Acórdão nº 868/2013, Plenário)

1.3 A EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DE PESQUISA DE PREÇOS NO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Como já foi dito, a realização de ampla pesquisa de preços no mercado é requisito de validade do processo da contratação, exigido por lei.

Contudo, nenhum dos diplomas legais que preveem este instituto explicita a forma de sua comprovação. Em outras palavras, é exigível a comprovação, na fase interna/preparatória do processo licitatório, da pesquisa de preços, porém, como isso deve-se proceder?

Deparando-se com esta dificuldade, o TCU estabeleceu que a pesquisa de preços praticados no mercado deveria contar o mínimo de três cotações de empresas/fornecedores distintos, fazendo constar do respectivo processo a documentação comprobatória pertinente aos levantamentos e estudos que fundamentaram o preço estimado. Não sendo possível obter esse número de cotações, deve ser elaborada justificativa circunstanciada.

Citam-se algumas decisões do Tribunal neste sentido:

9.5.2 estabeleça procedimento padronizado de pesquisa de preços, em que seja exigido o mínimo de *três propostas e completo detalhamento da proposta pelo fornecedor*, em conformidade com o solicitado, bem como haja vinculação entre o valor indicado na proposta e o efetivamente contratado; (Acórdão 0127/2007-Plenário TCU);

9. A esse respeito, assente a jurisprudência desta Corte no sentido da obtenção de três propostas válidas em procedimentos licitatórios, na modalidade convite, sob pena de repetição do certame (v.g. Acórdãos nºs 101/2005, 301/2005 e 1.182/2004, do Plenário, e Acórdão nº 2.844/2003-TCU-1ª Câmara), bem como acerca do fato de que, ainda que se admita que “[...] exista um setor responsável

pela pesquisa de preços de bens e serviços a serem contratados pela administração, a Comissão de Licitação, bem como a autoridade que homologou o procedimento licitatório, não estão isentos de verificar se efetivamente os preços ofertados estão de acordo com os praticados no mercado, a teor do art. 43, inciso IV, da Lei nº 8.443/1992 (cf. Acórdão nº 509/2005-TCU-Plenário). (Acórdão nº 2.136/2006, Primeira Câmara).

Contratação de serviços por dispensa de licitação: 1 - Pesquisa de preços com pelo menos três cotações válidas

Denúncia formulada ao TCU indicou irregularidades na realização de coleta de preços, no âmbito da Companhia Docas do Espírito Santo – Codesa, para a contratação direta de serviços de diagramação e editoração do balanço de 2003 da empresa, para fins de publicação no Diário Oficial e em sítio da internet. A primeira das irregularidades seria a existência de vícios na condução, autorização e homologação de pesquisa de preços nos exercícios de 2004 e 2008. A esse respeito, a unidade técnica expôs que *“Essa Corte de Contas vem defendendo, de forma reiterada, que a consulta de preços junto ao mercado, nos casos de dispensa de licitação, deve contemplar, ao menos, três propostas válidas...”*. O relator, acolhendo a manifestação da unidade técnica, votou pela procedência da denúncia e expedição de determinação à Codesa no sentido de que, *“faça constar dos processos de contratação direta, inclusive por meio de licitação com base no art. 24, incisos I e II, da Lei nº 8.666/93, pesquisa de preços de mercado, no número mínimo de três cotações válidas, elaborados por empresas do ramo, com identificação do servidor responsável pela consulta, conforme iterativa jurisprudência deste Tribunal”*. O Plenário, por unanimidade, acompanhou o voto do relator. Precedentes citados: Acórdãos nº 1.545/2003-1ª Câmara – Relação nº 49/2003; nº 222/2004-1ª Câmara e nº 2.975/2004-1ª Câmara. *Acórdão n.º 1782/2010-Plenário, Informativo 26, TCU.*

Responsabilidade do pregoeiro pela pesquisa de preços sem a obtenção de, no mínimo, três orçamentos de fornecedores distintos.

Em processo apensado às contas anuais da Coordenação-Geral de Recursos Logísticos do Ministério da Saúde – CGRL/MS, referentes ao exercício de 2003, foi promovida a audiência do então Coordenador de Suprimentos e Controle Patrimonial, e também pregoeiro, em razão da não realização de ampla pesquisa de mercado

no âmbito do Pregão n.º 90/2003, que tinha por objeto a aquisição de ambulâncias para o SAMU. O responsável aduziu, em suma, que: a) foi realizada pesquisa de mercado, sendo consultadas quatro empresas do ramo, tendo apenas uma delas atendido à solicitação; b) foi efetuada consulta ao SIASG – Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais, e mais especificamente ao SIREP – Sistema de Registro de Preços, ferramenta de apoio ao gestor na estimação de preços máximos nos processos de licitação; c) o estabelecimento de padrão básico específico de ambulâncias para o SAMU fez com que estas tivessem características especiais, o que impossibilitou a comparação de preços entre os produtos adquiridos pelo Ministério Saúde e os fornecidos para outros órgãos e entidades da Administração. Fato é que, quando da análise da minuta do edital, a Conjur/MS havia apontado a ausência de ampla pesquisa de mercado, razão por que recomendou a elaboração de planilha de preços, com pesquisa de mercado, bem como a inclusão de cronograma e local de entrega. Para o relator, ao desconsiderar os alertas emitidos pela Conjur/MS, o Coordenador de Suprimentos e Controle Patrimonial, e também pregoeiro, assumiu o risco de responder pelas consequências de seus atos, os quais contrariaram o disposto no art. 15, § 1º, da Lei n.º 8.666/93, no art. 8º, II, do Decreto n.º 3.555/2000 e no art. 3º do Decreto n.º 3.931/2001, que estabelecem a necessidade de que as licitações, e mais especificamente os pregões, sejam precedidos de ampla pesquisa de mercado. O relator destacou, também, que a jurisprudência do TCU é no sentido de que, antes da fase externa da licitação, há que se fazer pesquisa de preço para obtenção de, no mínimo, três orçamentos de fornecedores distintos. Nos termos do voto do relator, deliberou o Plenário no sentido de rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelo responsável e julgar irregulares as suas contas, sem prejuízo da aplicação de multa. Precedentes citados: Acórdãos n.ºs 4.013/2008 e 1.547/2007, ambos do Plenário. *Acórdão n.º 3026/2010-Plenário, Informativo 42, TCU*

No caso de impossibilidade de obtenção de preços referenciais, via sistemas oficiais, para a estimativa dos custos em processos licitatórios, deve ser realizada pesquisa contendo o mínimo de três cotações de empresas/fornecedores distintos, fazendo constar do respectivo processo a documentação comprobatória pertinente aos levantamentos e estudos que fundamentaram o preço estimado, devendo ser devidamente justificadas as situações em que não for possível atingir o número mínimo de cotações

Mediante auditoria, o TCU fiscalizou as obras da fábrica de hemoderivados e biotecnologia da Empresa Brasileira de Hemoderivados e Biotecnologia – (Hemobrás), em Goiânia/PE, examinando, para tanto, documentos relativos à Concorrência nº 2/2010, cujo objeto consistiu na contratação de empresa para a execução das obras, instalações e serviços para continuidade do parque industrial da Hemobrás naquela cidade. Ao analisar a composição da planilha que serviu de base para o orçamento da licitação, a equipe de auditoria detectou que alguns itens não apresentavam cotação nos sistemas oficiais de preços referenciais, no caso, SICRO e SINAPI. Para tais itens, a Hemobrás levantou cotações de mercado, de modo a justificar os preços adotados, limitando-se, todavia, a uma única cotação para cada serviço, prática que, na opinião da equipe de auditoria, iria de encontro à jurisprudência deste Tribunal. Para ela, o entendimento do Tribunal é no sentido de que, *“no caso de não ser possível obter preços referenciais nos sistemas oficiais para a estimativa de custos que antecederem os processos licitatórios, deve ser realizada pesquisa de preços contendo o mínimo de três cotações de empresas/fornecedores distintos, fazendo constar do respectivo processo a documentação comprobatória pertinente aos levantamentos e estudos que fundamentaram o preço estimado”*. E que, *“caso não seja possível obter esse número de cotações, deve ser elaborada justificativa circunstanciada”*. A equipe de auditoria sugeriu, então, que o TCU expedisse determinação corretiva para as próximas licitações a serem realizadas pela Hemobrás, no que contou com a acolhida do relator e do Plenário. Precedentes citados: Acórdãos nºs 568/2008, 1.378/2008, 4.013/2008, 5.262/2008, 3.506/2009, da 1ª Câmara, 2.809/2008, 1.344/2009, 3.667/2009, da 2ª Câmara, e 1.379/2007, 837/2008, e 3.219/2010, do Plenário. *Acórdão n.º 1266/2011-Plenário, Informativo 63, TCU*

Contudo, o que se verifica na prática, é a grande dificuldade da Administração de buscar junto aos fornecedores as cotações de preços. Ora os fornecedores que não participam de licitação pública não tem interesse de informar seus preços, ora aqueles interessados encaminham preços claramente fora da realidade do mercado para não comprometerem sua futura proposta.

Por isso, o próprio mercado de oferta para o consumo do poder público se torna viciado, oferecendo preços inadequados para a formação de preços da Administração Pública.

Pensando nisso, o próprio Tribunal vem decidindo que a estimativa do preço a contratado deve ser obtida a partir de uma “cesta de preços

aceitáveis”, que abrangeria outras fontes de consulta de preços praticados no mercado.

O Acórdão nº 2.170/2007, Plenário, de seis anos atrás, já vinha trazendo está ideia. Cumpre citar o sumário de tal *decisum*:

1. A aferição de preços nas aquisições e contratações de produtos e serviços de tecnologia da informação, no âmbito da Administração Pública federal, na fase de estimativa de preços, no momento de adjudicação do objeto do certame licitatório, na contratação e alterações posteriores, deve se basear em valores aceitáveis, que se encontrem dentro da faixa usualmente praticada pelo mercado em determinada época, obtida por meio de pesquisa a partir de fontes diversas, como orçamentos de fornecedores, valores adjudicados em licitações de órgãos públicos – inclusos aqueles constantes no Comprasnet –, valores registrados em atas de Sistema de Registro de Preços, entre outras, a exemplo de compras/contratações realizadas por corporações privadas em condições idênticas ou semelhantes àquelas da Administração Pública.

2. Preço aceitável, a ser considerado na faixa de preços referida no item precedente, é aquele que não representa claro viés em relação ao contexto do mercado, ou seja, abaixo do limite inferior ou acima do maior valor constante da faixa identificada para o produto ou serviço.

3. A utilização de fontes que não sejam capazes de representar o mercado de tecnologia da informação para produtos com certa complexidade ou serviços fornecidos para o setor público – como sites na Internet, inclusive internacionais – pode servir apenas como mero indicativo de preço, sem que sirvam os valores encontrados, por si sós, para caracterização de sobrepreço ou superfaturamento.

4. Os critérios apontados nos itens precedentes devem balizar, também, a atuação dos órgãos de controle, ao ser imputado sobrepreço ou superfaturamento nas aquisições e contratações relacionadas à área de tecnologia da informação.

Veja-se que amplia o campo de consulta do administrador, elencando fontes pra obtenção de dados para a estimativa de preços. A “cesta de preços aceitáveis” refere-se a pesquisas junto a cotação específica com fornecedores; pesquisa em catálogos de fornecedores; pesquisa em bases de sistema de compras; avaliação de contratos recentes

ou vigentes; valores adjudicados em licitações de outros órgãos; valores registrados em atas de Sistema de Registro de Preços e analogia com compras/contratações realizadas por corporações privadas¹.

Nesse sentido, é a orientação mais recente do mesmo Tribunal, presente em seu Informativo nº 147, relativo às sessões dos dias 9 e 10 de abril de 2013:

6. A deflagração de procedimentos licitatórios exige estimativa de preços que pode ser realizada a partir de consultas a fontes variadas, como fornecedores, licitações similares, atas de registros de preço, contratações realizadas por entes privados em condições semelhantes, entre outras. No entanto, os valores obtidos por meio dessas consultas que sejam incapazes de refletir a realidade de mercado devem ser desprezados

Auditoria no Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo – Sescop avaliou processos licitatórios e os respectivos contratos de aquisição de bens e prestação de serviços. Entre as ocorrências identificadas, destaque-se a realização de pesquisa de preços insuficiente para a definição do valor na contratação realizada, por meio de dispensa de licitação (Dispensa 143/2011), de serviço de consultoria, coordenação e gestão visando a implantação de um programa de excelência da gestão às cooperativas baseado no Modelo de Excelência de Gestão (Meg). Isso porque a estimativa de preços teve como base apenas contrato semelhante firmado com outra entidade do serviço social autônomo e o valor apresentado pela contratada. Em face dessa ocorrência, a unidade técnica sugere dar ciência ao Sescop da irregularidade apontada, por afrontar o disposto no art. 13, *caput*, do Regulamento de Licitações e Contratos daquela entidade, que exige a estimativa de valor do objeto licitado. O relator, por sua vez, endossou a conclusão adotada no âmbito da unidade técnica, visto que se deixou de observar a mencionada norma regulamentar, assim como a jurisprudência do TCU. Acentuou que descuidos na fase de planejamento da licitação podem “*comprometer a seleção de proposta vantajosa para a entidade contratante*”. E mais: “*Para a estimativa do preço a ser contratado, é necessário consultar as fontes de pesquisa que sejam capazes de representar o mercado*”. Invocou, então, o voto condutor do Acórdão 2.170/2007 – Plenário, citado pela equipe de auditoria, que aponta fontes que podem ser adotadas: “... *pesquisas junto a fornecedores, valores adjudicados em licitações de órgãos públicos – inclusos aqueles constantes no Comprasnet –, valores registrados*

¹ Acórdão nº 0819/2009, Plenário do TCU.

em atas de SRP, entre outras fontes disponíveis tanto para os gestores como para os órgãos de controle – a exemplo de compras/contratações realizadas por corporações privadas em condições idênticas ou semelhantes àquelas da Administração Pública –, desde que, com relação a qualquer das fontes utilizadas, sejam expurgados os valores que, manifestamente, não representem a realidade do mercado”. Ponderou, ainda, que a ausência de regulamentação específica da entidade para contratações por dispensa, à época da realização da contratação, contribuiu para a consumação da citada falha. Observou, porém, que o SESCOOP já editou resolução que regula as contratações por meio de dispensa e inexigibilidade. E também que não se identificou dano à entidade no caso examinado, nem repetição de falha desse gênero em outros processos analisados. O Tribunal, então, em face desse panorama, decidiu apenas encaminhar cópia do relatório, voto e do acórdão proferido ao SESCOOP. *Acórdão 868/2013-Plenário, TC 002.989/2013-1, relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa, 10.4.2013.*

2 CONCLUSÃO

Restou clara a importância de uma pesquisa de preços bem feita para assegurar a eficaz aplicação dos recursos orçamentários e prática administrativa respeitosa dos princípios da legalidade, da economicidade e da eficiência.

Para tanto, o Tribunal de Conta da União orienta os órgãos públicos, submetidos à sua jurisdição, que busque ampliar sua base de consulta através de outras fontes de pesquisa.

A orientação que imponha a existência de, no mínimo, três cotações válidas de fornecedores do ramo foi ampliada para a consulta a uma “cesta de preços aceitáveis” que inclui, principalmente, pesquisas junto a outros órgãos da própria Administração. Dessa forma, a existência de outras fontes de consulta, além de reforçar a pesquisa de preços, serve de abalamento e parametrização para as cotações obtidas no mercado.

REFERÊNCIAS

DANTAS, Ana Carolina de Sá. Pesquisas de preços nas contratações públicas à luz da jurisprudência do TCU. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17 (/revista/edições/2012), n. 3458 (/revista/edições/2012/12/19), 19 (/revista/edições/2012/12/19) dez. (/revista/edições/2012/12), 2012 (/revista/edições/2012). Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/23278>>. Acesso em: 6 jun. 2013.

FILHO, Marçal Justen. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2000.

LIMA, Denise Hollanda Costa; NEVES, Marcelo. Economicidade, planejamento e os pregões com baixo valor. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 6, n. 67, jul. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=41541>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Responsabilidade por pesquisa de preços em licitações contratações diretas. *Forúm de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 116, ago, 2011.

VIANA, Nelson Corrêa. Os preços na licitação. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17 (revista/edições/2012), n.3112 (revista/edições/2012/1/8), 8 (revista/edições/2012/1/8) jan. (revista/edições/2012/1), 2012 (revista/edições/2012). Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20811>>. Acesso em: 4 jun. 2013.

E AGORA, PARA AONDE VAMOS?

AND NOW, WHERE ARE WE GOING?

*Daniela de Almeida Pascini Caravita
Procuradora da Fazenda Nacional*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A evolução do Estado e as reformas administrativas como ambiente para um “novo direito administrativo”; 1.1 A reforma administrativa como um preâmbulo para um direito administrativo mais eficiente; 2 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente estudo visa fazer breve análise, partindo da evolução do Estado, a respeito dos rumos tomados pelo Direito Administrativo, considerando as variáveis que incidiram sobre a Constituição e a legislação infraconstitucional, além da preocupação quanto ao atendimento da eficiência dos atos da Administração Pública para a obtenção dos resultados almejados.

PALAVRAS-CHAVE: Administração Pública. Evolução do Estado. Direito Privado.

ABSTRACT: This study aims to make brief analysis, base don the evolution of the State, about the direction taken by Administrative Law, considering the variables that focused on the Constitution and constitutional legislation, in addition to concerns about the service efficiency of the acts of the public administration to obtaining the desired results.

KEYWORDS: Public Administration. Evolution of the State. Private Law.

INTRODUÇÃO

A percepção das transformações ocorridas no direito administrativo, a partir das últimas décadas, faz aumentar o interesse por questões importantes, que nos levam a reavaliar o enquadramento teórico de muitos de seus institutos, como por exemplo, os contratos administrativos. Fenômenos como a desmistificação do princípio da supremacia do interesse público nas relações contratuais com o Poder Público e a superação de alguns dogmas, como a anteposição categórica dos institutos pertinentes aos direitos público e privado, no que diz respeito aos atos e contratos administrativos, são pontos corriqueiros nas discussões envolvendo o direito público atualmente.

Questão não menos importante e que também participa de tais transformações, mais comumente percebidas no direito alienígena, dada a influência do direito comunitário sobre os ordenamentos jurídicos nacionais, é a da inserção do direito interno numa seara comunitária, o que provoca a necessidade de adaptações que, pouco a pouco, levamos a reavaliar a eficiência e evolução dos institutos frente à regulação das novas situações que precisam ser solucionadas pelo direito. O que se percebe é que o direito administrativo, ao mesmo tempo em que influencia também sofre influência do direito comunitário.

Assim, vê-se que com o incremento de atuações envolvendo o Estado, a sociedade e o mercado, os contratos administrativos, em seu viés mais moderno, passam a exigir uma atuação muito mais “negocial”, por parte do Poder Público, tornando-se uma espécie de seara a propiciar uma nova análise de antigos institutos, mas que ainda são considerados alicerces do direito administrativo.

Dessa forma, pretende-se aqui, ainda que brevemente e com o objetivo de criar apenas um norte para novas descobertas, analisar o advento de um “novo modelo de administração”¹, que tem como base os princípios da diferenciação, da diversidade, da lógica de mercado e da utilização crescente dos instrumentos privados, ou privatísticos de ação.

Ainda que a origem dessa discussão possa ser atrelada, como veremos, à evolução do Estado, com novas demandas da Administração, é importante considerar que as novas práticas de gestão da coisa pública, imprescindíveis para a execução das funções do Estado também impulsionaram mudanças e a adoção de novos rumos para a dicotomia entre o público e o privado.

¹ Idéia desenvolvida por Maria Manuela Leitão Marques e Vital Moreira no artigo “Desintervenção do Estado, Privatização e Regulação de Serviços Públicos”. Disponível em: <<http://www.fd.uc.pt>>. Acesso em: 28 out. 2012.

Aqui, vale lembrar que a Constituição de 1988, embora tenha inovado em vários pontos, no que diz respeito à gestão administrativa representou um verdadeiro retrocesso em relação às formas administrativas instituídas pela reforma de 1967. O que de certa forma, invoca, ainda mais a necessidade do estabelecimento de novos paradigmas. Conforme será analisado infra, constata-se um engessamento dos modos de organização e funcionamento da Administração, com verdadeiro repúdio à discricionariedade. Esse papel, não se coaduna por ser incompatível com o “modus operandi” do modelo de gestão estabelecido pela Constituição, além da diversidade de papéis trazidos na Constituição para o Estado brasileiro.

1 A EVOLUÇÃO DO ESTADO E AS REFORMAS ADMINISTRATIVAS COMO AMBIENTE PARA UM “NOVO DIREITO ADMINISTRATIVO”

Para bem compreender a função do direito administrativo nos dias de hoje, considerando-se todas as variáveis mencionadas acima, é importante considerar a evolução do Estado, principalmente entre as décadas de 30 e 90.

Com a necessidade de assumir novos papéis, à medida que aumentavam as funções do Estado, a Administração Pública do século XX também adquiriu dimensões gigantescas. Em decorrência desse fato, verifica-se, em relação à Administração, a extrapolação das funções de garantidora da ordem e mera executora de leis que até então lhe eram atribuídas como reflexo do Estado absolutista². A estrutura estatal praticamente exigia da mesma uma função mais ativa, qual seja, a de cumpridora de prestações³.

Foi assim que se iniciou o *movimento* no direito administrativo, caracterizando-se por alterações paulatinas, qualificadas por novos institutos, novos princípios e novas terminologias.

2 Segundo Odete Medauar, figurando o Poder Executivo como cumpridor da lei votada pelo parlamento, a Administração aparece como instrumento de execução da lei, sem vontade própria, subordinada, agindo de modo neutro; tratava-se de função marginal, subsidiária. “A Administração era o agir da autoridade governamental no âmbito da lei e tinha por função essencial, segundo a típica concepção do Estado no século XIX, assegurar ordem pública estabelecida pelas leis.” Ao Estado mínimo correspondia a Administração mínima, a burocracia guardiã. Importante registrar também que a Administração Pública do séc. XIX era caracterizada pelo princípio da hierarquia, uma espécie de dependência guiada, ressaltando o aspecto da auto-responsabilidade profissional do servidor público. Ponto importante também era o formalismo excessivo dos atos da administração, enaltecendo a lógica: “o que não é documento, não existe”. Com isso, o resultado, ou o mérito do ato restavam em segundo plano.

3 MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

O mais relevante aqui é mencionar que, independentemente de qualquer nomenclatura que se possa atribuir aos antigos institutos, o que realmente fez a diferença foi uma nova ideologia, uma maneira diferente de conceber o Estado e a Administração Pública. Ou seja, analisando-se a conjuntura política e social do Estado social, percebeu-se que não bastava ao atendimento do bem comum, o Estado prestador de serviço, mas sim um outro capaz de incentivar e estimular o desenvolvimento da sociedade.

O Estado social, focado na busca da igualdade entre os homens, diferentemente do Estado Liberal que tinha como dogma a liberdade, tem a intervenção como principal atividade, tanto na ordem econômica, quanto social, objetivando a ajuda aos menos favorecidos. Ou seja, valendo-se da defesa da igualdade e do princípio democrático, o Estado Social fundamenta seu modo de atuação. Assim, vale apontar aspecto interessante aludido pelo Prof. Jean Jacques Chevalier, citado pela Profa. Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴,

O princípio democrático, longe de contribuir para frear a expansão estatal, vai, ele mesmo, servir de poder propulsor; é a favor do exercício das liberdades políticas e sob a pressão dos eleitores que vão ser consagrados os direitos novos, no campo social e econômico. [...] O Estado vai ver erguerem-se as barreiras que entravavam sua atuação; não há mais espaço privado protegido, sociedade civil preservada de suas ingerências; o Estado vê a ele atribuir-se uma função de regulamentação global, o que leva a imiscuir-se nas relações sociais de toda natureza, sem se deixar deter por um princípio de liberdade de comércio e de indústria transformado, no fim dos anos, em uma concha vazia.

Do que se mencionou acima, é quase intuitiva a conclusão de que o excesso de liberdades e atribuições ao Estado social, ainda que legitimadas pelo princípio democrático, garantidor da igualdade, trouxesse também conseqüências indesejáveis como o aumento da burocratização, o excesso de regulação – limitando e afetando as liberdades econômica e social, a instituição de monopólios legais a favor do próprio Estado e a participação majoritária, ou em alguns casos até mesmo exclusiva, no capital de empresas industriais ou comerciais. Assim, para tornar concreto esse feixe de atribuições, imprescindível um Poder Executivo fortalecido, burocraticamente organizado capaz de editar sua própria normatização e executá-la, ainda que tal comportamento esbarre no princípio da

4 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 8. ed. São Paulo:Atlas, 2011. p. 13.

separação de poderes. Ou seja, a lei então perde suas características de generalidade e abstração para ter natureza individual, de verdadeiro ato administrativo concreto, fundamentado na opção política que melhor atenda determinada necessidade do Estado. Em última análise, essa prática fez com que para cada situação a ser enfrentada fosse preciso um ato normativo específico para conferir-lhe legitimidade o que levou a uma multiplicação das leis e à conseqüente instabilidade do direito.

Essas conseqüências foram minimizadas com o advento do Estado democrático de direito, fundamentado no incremento da participação do cidadão nas decisões estatais e na promoção da justiça, agora sob o ponto de vista material ressaltando seu conteúdo como meio de realização dos direitos garantidos pela Constituição e pela legislação infraconstitucional. Ao contrário do que marcou o Estado Liberal, o princípio do interesse público se estabelecia revestido de um aspecto ideológico, com relevo para a humanização de seus vetores, confundindo-se com a idéia de bem comum e contrapondo-se às características utilitárias do Estado liberal no século XVIII.

Em relação ao Estado democrático de direito, indispensável também consideração sobre o fato de que o princípio da legalidade passa a obrigar a Administração Pública à observância da lei, como colocado acima, sob o ponto de vista material, iniciando-se a preocupação com a eficácia dos atos administrativos como instrumentos aptos a garantir os ideais de justiça e a eficiência dos meios de controle a que estão sujeitos.

Como conseqüência da fase decorrente da evolução do Estado, especialmente no que diz respeito ao desenvolvimento de soluções na busca de adaptações no próprio direito para atender às demandas sociais e estatais, advindas com o Estado democrático de direito, instala-se o Estado subsidiário.

Baseado no *princípio da subsidiariedade*⁵, o Estado subsidiário tem como uma das características principais o reconhecimento e a valorização

5 Segundo José Alfredo de Oliveira Baracho, o princípio do Estado subsidiário se refere a um paradigma estatal que se afasta dos modelos liberais, nos quais predominaram o pensamento individualista, cujos valores se assentam na defesa dos direitos e garantias individuais; e dos modelos totalitários, obtidos pela práxis marxista de constantes transformações sociais, fruto de processos revolucionários e ideológicos, que culminaram nas inúmeras estruturas estatais intervencionistas no século XX.

A nota distintiva da doutrina da subsidiariedade é a descentralização progressiva em todos os planos do ente estatal, assim como o fortalecimento dos poderes mais próximos dos cidadãos, a exemplo dos municípios, e uma estrutura estatal dividida em corpos sociais intermediários aos indivíduos e os poderes do Estado, denominada cadeia de subsidiariedade. O funcionamento desta cadeia parte de um dever ético de que os poderes públicos e os elementos sociais mais próximos a estes não devem suprimir a competência e a iniciativa dos grupos sociais que se situam próximos às bases da cadeia de realizarem as ações necessárias à promoção do bem comum, se estes puderem proceder de formas mais eficiente. (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.95)

da iniciativa privada como instrumento para a diminuição do tamanho do Estado, hipertrofiado desde a instauração do Estado social.

Assim, o Estado subsidiário se abstém de atividades as quais o cidadão tem condições de desempenhar por sua própria iniciativa e recursos, o que por si só já significa a imposição de limites à atividade estatal sob o ponto de vista da intervenção. Sob outro viés, é característica também do Estado subsidiário a necessidade de ampliar a atividade administrativa de fomento, incentivando-se a iniciativa privada de interesse público. Assim, o Estado deve ajudar, estimular e criar condições para que os interessados – representados por entidades particulares, atinjam seus próprios objetivos. Com isso, ficam a cargo do Estado tão somente as atividades que lhe são próprias e, portanto, indelegáveis ao particular, como por exemplo: segurança, defesa, justiça, legislação e polícia. Regidas pelo princípio da subsidiariedade então, ficam as atividades sociais, como saúde, educação, pesquisa, assistência; e econômicas, como as atividades industriais, comerciais e financeiras, as quais o Estado somente exerce se a iniciativa privada mostrar-se ineficiente, isto é, em caráter supletivo.

A subsidiariedade, dessa forma, funciona como um limite à intervenção do Poder Público nas relações com particulares, do poder central sobre os periféricos, em salvaguarda da liberdade dos mesmos, e da própria coletividade. Funciona como se fosse um impulso à ação de sustento para as coletividades menos desenvolvidas, quando então se passa a exigir a ativação de ferramentas de redistribuição de riqueza. Discussão que seria interessante desenvolver, mas em outra oportunidade tendo em vista o foco desse estudo, seria a que diz respeito à análise da eficiência do Estado subsidiário sobre situações em que se faz imprescindível a salvaguarda do interesse público. Isto é, naquelas hipóteses específicas em que normalmente o Estado não agiria, mas que dada a premência da situação, a atuação pela mão do Estado torna-se imprescindível.

Finalmente, como que para encerrar essa primeira fase de abordagens, mas relevante para se compreender as interfaces entre os regimes de direitos público e privado na seara do direito administrativo, explica a Profa. Maria Sylvia Zanella di Pietro que no caso dos serviços típicos do Estado prevalecem os procedimentos e princípios próprios do regime jurídico administrativo, ou de direito público. Já no caso das atividades sociais, bem como das econômicas em que o particular não consiga desempenho a contento no regime da livre iniciativa e competição – principalmente com relação às economias, o Estado deve procurar *formas mais flexíveis de atuação*, tais como a simplificação de procedimentos e os mecanismos de controle, somente possíveis com a aplicação predominante do direito privado, derogado parcialmente pelo

direito público, apenas no que for essencial para assegurar o cumprimento dos fins estatais.

Como mencionado acima, a finalidade precípua das adaptações buscadas ao longo da evolução do Estado é o desenvolvimento do corpo social que se submete às regras estatais.

Assim, ainda que de maneira incompleta, ou mesmo utópica, é intuitiva a conclusão que essa evolução por sua vez, somente foi possível através da conjugação dos esforços da iniciativa privada, com a participação democrática dos cidadãos e colaboração entre os setores público e privado na realização das atividades administrativas do Estado.⁶

Interessante perceber então que foi nesse contexto que se inseriram as privatizações, que além de designar em sentido amplo o movimento de transferência de ações de empresas estatais para o setor privado, na realidade, representa também uma releitura de vários princípios e institutos do direito administrativo.

Fala-se em *transparência* na Administração pública para designar o velho princípio da publicidade e afastar a atuação sigilosa. Fala-se em *privatização* para designar a transferência de ações de empresas estatais para o setor privado. Fala-se em *parceria* entre poder público e iniciativa privada para designar fórmulas antigas, como a concessão e a permissão de serviços públicos. A *terceirização* é vocábulo emprestado à vida empresarial para designar os antigos contratos de obras, serviços e fornecimentos, desde longa data utilizados pela Administração Pública. Fala-se em *codificação* do direito administrativo para trazer para o direito positivo princípios, teorias e regras que são de todos conhecidas e há muito tempo aplicadas pela Administração Pública, pela doutrina e pela jurisprudência. Fala-se em *flexibilização* da Administração Pública, quando se quer descentralizar mais, diversificar o regime jurídico dos servidores, simplificar os procedimentos licitatórios e os procedimentos de controle⁷.

6 Segundo a Profa. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, muito do que se fala sobre o Estado, vale também para o setor privado, para as empresas e a economia. Verifica-se igualmente um abandono dos grandes empreendimentos, fechados, verticalizados e autossuficientes, para buscar instrumentos de descentralização, de parceria e terceirização. *“As idéias de parceria e colaboração dominam todos os setores, com reflexos inevitáveis no âmbito do Direito”*.

7 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia. Terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p.1-2.

Assim, a privatização envolve a aceitabilidade de conceitos amplos, abertos, bem como a multiplicidade de técnicas, tudo visando em última análise, à redução do tamanho do Estado e o fortalecimento da iniciativa privada e da gestão do serviço público.

Dessa forma, finalmente tangencia-se o ponto que de fato se pretende tratar aqui, qual seja o da fuga crescente do direito administrativo, rígido, tradicional e excessivamente formal, para o direito privado, que passando a ser utilizado pela Administração acaba mesclando-se ao direito público.

Assim, antes de adentrarmos nesse ponto, é importante compreender, mesmo que em rápida análise, que o direito brasileiro, concretizado pela Constituição Federal de 1988, mesmo tendo feito menção ao Estado democrático de direito, apresenta algumas contradições entre os institutos e suas características e por que não dizer também certo retrocesso. Dessa forma, ao mesmo tempo em que se disciplinou, a partir da publicação da Emenda Constitucional nº 19, no §3º no art. 37, as formas de participação do usuário na Administração Pública direta e indireta, a possibilidade da prestação de alguns serviços públicos também por particulares, como por exemplo, serviços sociais, educação e ensino, além de explicitar a idéia de fomento de algumas atividades da iniciativa privada de interesse público pelo Estado, como cultura, desporto e tecnologia; no que diz respeito ao exercício da atividade econômica pelo Estado, andou em retrocesso⁸. Isso por que de acordo com o art. 170 da Constituição de 1967, o princípio da subsidiariedade tinha expressa previsão constitucional, deixando claro que o Estado somente interviria na atividade econômica nos moldes mencionados supra, ou seja, naqueles setores em que a iniciativa privada mostrara-se ineficiente. Já no texto de 1988, a questão do exercício da atividade econômica pelo Estado veio prevista de maneira menos clara e sem qualquer menção ao princípio da subsidiariedade. Conforme se observa do texto da Constituição, somente se admite a exploração direta da atividade econômica pelo Estado, quando necessária aos imperativos de segurança nacional e nos casos de relevante interesse coletivo; lançando-se mão de fórmulas ricas em conceitos indeterminados, dando margem à discricionariedade do legislador.

É interessante pontuar, complementando o que foi dito acima, que embora a Constituição tenha mencionado o Estado democrático de direito, e em alguns pontos realmente apresentado avanços em relação ao direito anterior, provavelmente como reflexo do regime ditatorial

8 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2012.

anteriormente imposto, adotando os paradigmas e princípios atrelados ao regime democrático, no que pertine à Administração Pública, seus institutos e conceitos, não o fez. Ao contrário, percebe-se uma tendência à burocratização⁹, tratando de forma muito parecida os entes da Administração Direta e Indireta, sem distinguir entre os de direito público e de direito privado, nem mesmo levando-se em consideração o tipo de atividade exercida por cada um, se prestadora de serviços públicos ou atividade econômica.

Ponto também que merece ser ressaltado aqui, ainda que em apertada síntese, é o tratamento conferido ao poder discricionário da Administração. Essa constatação é feita a partir da análise do texto da Constituição, onde se percebe com clareza um *engessamento* dos modos de organização e funcionamento da Administração Pública. De certa forma, nota-se em certo repúdio à discricionariedade do administrador, quando se valoriza extraordinariamente o controle do ato e do processo administrativo, deixando para um segundo plano a valorização do resultado esperado do agente, ou quando o texto prima pelo excesso de rigidez e uniformização nas soluções propostas, o que acaba sendo incompatível com o modelo e a diversidade de papéis estabelecidos pela própria Constituição para o Estado brasileiro.

Assim, por exemplo, as prerrogativas atribuídas ao Poder Executivo sofrem uma restrição disfuncional no que diz respeito aos assuntos referentes à sua própria organização, com a perda da autonomia de algumas entidades, o fortalecimento dos mecanismos de controle e o cerceamento da ação administrativa. Para alguns autores¹⁰, inclusive as reformas posteriores à Constituição Federal de 1988 nunca foram de fato implementadas, coexistindo na máquina pública resquícios de gestão patrimonialista, burocracia em excesso e atuações gerenciais de acordo com referenciais participativos e voltados para o resultado, o que torna o modelo inconsistente em seus institutos.

Com isso, constata-se que os institutos correlatos a cada ente da Administração tiveram tratamento semelhante, tanto no que diz respeito à Administração direta, quanto indireta, como aconteceu com os servidores públicos, os contratos, as licitações, as limitações de orçamento e o controle a que são submetidos. Partindo-se desse

9 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2011.

10 PIRES, Roberto Rocha C. Burocracia, discricionariedade e democracia: alternativas para o dilema entre controle do poder administrativo e capacidade de implementação. *Cadernos de Gestão Pública*, São Paulo, v. 14, n. 54, p. 141-180, jan./jul. 2009.

panorama não é difícil concluir que todos esses entraves colaboraram para a ineficiência das denominadas empresas estatais, o que em parte está ligado à flexibilidade e agilidade que o regime jurídico próprio das empresas privadas permite ao Estado alcançar no desempenho de algumas atividades em que a organização burocrática é inadequada justamente por não atender de pronto as necessidades momentâneas do mercado, ou àquelas que a gestão administrativa exige.

Assim, como o princípio da subsidiariedade não foi adotado pela Constituição, algumas empresas estatais atuam em regime de competição com a iniciativa privada, sem, contudo ter condição de fazê-lo.

Caminhando-se para o nível infraconstitucional, percebe-se que a Lei 8.666/93 repetiu os excessos burocráticos da Constituição, adotando um formalismo excessivo e defendendo a prática do procedimento licitatório, tanto para as entidades da Administração Direta, quanto da Indireta. Em relação aos contratos administrativos, por exemplo, atribuiu prerrogativas de poder público à pessoa jurídica de direito privado que deveria, ao contrário, atuar em regime de competição com a iniciativa privada.

Dessa forma, embora restrita ao tema cuja abordagem propôs-se a fazer nesse estudo, essa visão panorâmica presta-se à conclusão de que outra saída não existiu para o direito administrativo senão a busca de soluções alternativas, algumas lícitas, outras nem tanto por colocar o administrador público adiante do próprio legislador, ameaçando-se, inclusive, o princípio da legalidade¹¹.

1.1 A REFORMA ADMINISTRATIVA COMO UM PREÂMBULO PARA UM DIREITO ADMINISTRATIVO MAIS EFICIENTE

Nesse ambiente de evolução, tiveram lugar a partir de meados da década de 90, as conhecidas “reformas administrativas”, que bem podem ser consideradas como berço do que vamos chamar de um *novo direito administrativo*, necessário para garantir a regulação das posturas públicas assumidas pelo Estado em evolução.

11 Interessante acrescentar, conforme explica a Profa. Maria Sylvia Zanella di Pietro que as oportunidades abertas pela própria Administração dentro do espaço permitido pela legislação incentivaram ao que o Professor Agustín A. Gordillo denominou de “Administração Pública Paralela”, como sendo um “sistema administrativo paralelo àquele posto pelo Direito; sistema em que se verifica uma Constituição formalmente em vigor e uma Constituição diferente que é a realmente aplicada, agasalhando organização administrativa e competências formais e informais, procedimento formal e informal, moral institucional e moral paralela”. (DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 27-28)

Entre as idéias de fundo das reformas, citam-se: a) Administração a serviço do cidadão, significando um novo modelo de relacionar-se com a sociedade; b) transparência; c) Administração eficiente; d) privatização difusa sob dois aspectos: d1) transferência, ao setor privado, de atribuições públicas com redução do número de órgãos da Administração, d2) expansão de práticas inspiradas no direito privado, acarretando, inclusive, técnicas de gestão que priorizam os resultados, o chamado *new public management*, de origem inglesa¹².

Particularmente no que diz respeito à Administração Pública brasileira, a reforma fez-se imprescindível a partir do momento que a Constituição de 1988, com a intenção de modernizar o Estado e garantir, expressamente, aos cidadãos direitos antes ameaçados por um governo ditatorial, atribuiu ao Poder Público competências que ele não tinha condição de desempenhar. Seja por que como já mencionado acima, algumas fórmulas importadas do direito alienígena não funcionaram aqui, seja pela ausência de coerência entre dispositivos da própria Constituição e da legislação infraconstitucional ou até mesmo por limitações orçamentárias.

Assim, posto o contexto em que se fundamenta a situação do direito administrativo, torna-se mais fácil a compreensão quanto à busca por soluções através de novos institutos ou medidas inovadoras. Essas realizações sempre tiveram como objetivo permitir ao Estado maior eficiência na prestação do serviço, na execução das normas que regulamentam o seu funcionamento e no controle dos atos de seus agentes.

Com isso, a partir da Reforma Administrativa Gerencial, ocorrida em 1995, constata-se uma maior permeabilidade à participação da iniciativa privada, com a preocupação entre a relação custo x benefício, e obtenção da finalidade real do ato administrativo. Ocorre na verdade uma revisão das funções e das formas de atuação do Estado, com o desenvolvimento das parcerias com as entidades públicas não estatais, as organizações sociais.

É interessante perceber que uma nota que caracteriza o direito administrativo é que as leis que compõem o seu corpo normativo são muitas vezes meras molduras, oportunizando à Administração competência suficiente para a definição de condições de realização de objetivos fixados, de metas. Com isso, se atribui ao administrador um amplo poder de apreciação das situações concretas, ainda mais

12 MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

naqueles casos em que se coloca diante de soluções técnicas que devem ser providenciadas a tempo, tornando-se impraticável aguardar o trâmite do processo legislativo para legitimar a execução dos atos administrativos necessários.

O desafio que se coloca, então, é tornarem efetivas as mudanças, sem que se comprometa a constitucionalidade dos atos, pois muitas vezes o direito administrativo avança sem a *legitimação* da Constituição. Talvez se as alterações no direito administrativo, concretizadas atualmente pelas reformas constitucionais, ficassem concentradas no desenvolvimento e aplicação das normas constitucionais programáticas, com considerável potencial de regulamentação, mas latente e inexplorado, esse risco da inconstitucionalidade pudesse ser evitado. Outra maneira seria apostar no poder discricionário da Administração, o que ficaria a depender, porém, do desenvolvimento paralelo e adequado dos mecanismos de controle.

Dessa forma, com o movimento das reformas administrativas¹³ e a introdução no direito brasileiro de novos institutos, como por exemplo, aqueles atrelados à aplicação do princípio da eficiência e as influências do direito comunitário europeu, veio a reboque a necessidade da compreensão da divisão entre direito público e privado. Mais que isso. Passou-se a exigir um esforço de interpretação para analisar uma possível convivência entre duas searas, sem que isso implicasse em ameaça ao princípio mais caro ao direito administrativo, que é o princípio da legalidade. Explica-se. Assim, de acordo com a análise de Maria João Estorninho¹⁴

A questão de saber que tipos de regras aplicar às atividades estatais surge no âmbito do Estado Social, quando doutrina e jurisprudência passam a reconhecer a dualidade de regimes jurídicos aplicáveis à Administração Pública, a qual se expressa, nomeadamente, “na distinção entre gestão pública e gestão privada e na defesa da dicotomia entre contrato administrativo e contrato privado da administração pública.

A questão da passagem do Estado liberal, em que se define a formação da esfera pública burguesa, para o Estado da social democracia, que ensejou a alteração das funções fundamentais do Estado e como mencionado acima, o reconhecimento da dualidade de

13 O movimento das reformas administrativas assumiu diversos nomes: reforma do Estado, modernização do Estado, modernização da Administração, “reinventando o governo”, dentre outros, sendo que em alguns países teve início em meados dos anos 80, como nos Estados Unidos da América, com a “Era Reagan” e na Inglaterra. Com a “Era Thatcher”, adquirindo força na década de 90 na Europa e América do Sul, em consequência da globalização.

14 ESTORNINHO. Maria João. *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 1999. p.46.

regimes jurídicos, foi discutida por Habermas, largamente, em sua tese de pós –doutorado.

De acordo com a Professora Maria Tereza Fonseca Dias¹⁵, “nessa fase de seus estudos, Habermas parte do pressuposto que, na consolidação da esfera pública burguesa, público e privado são categorias de origem grega que nos foram transmitidas em sua versão romana, segundo a qual o espaço doméstico se contrapõe à participação política dos cidadãos, constituindo dois campos distintos de ação para os indivíduos”. Assim, segundo Habermas, cuja tese de pós-doutorado – *Mudança estrutural da esfera pública*, foi pormenorizada pela Profa. Maria Tereza Fonseca Dias, os critérios clássicos do direito público tornaram-se obsoletos uma vez que a Administração Pública utiliza os meios do direito privado mesmo em suas funções de distribuir, prover e fomentar, que são ações notadamente caracterizadas pela noção de público. Isso por que o sistema organizado do direito público não impede, por exemplo, um fornecedor da comunidade de entrar numa relação de direito privado com seus “clientes”, e muito menos a ampla regulamentação de uma tal relação jurídica exclui sua natureza jurídica privada.

2 CONCLUSÃO

Ao final desse breve estudo não é demais concluirmos que é fundamental a superação de paradigmas tradicionais que estabelecem separação e distinção profunda entre as noções do público e do privado, que venham a encaminhar a processos e direitos distintos (público para a proteção de direitos estatais e privado para a proteção de direitos individuais), simplesmente por que, tal como se mostrou até agora, essa distinção rígida é inútil, além de ultrapassada, na medida em que os próprios interesses públicos não mais se colocam como categorias rígidas, admitindo-se a sua discussão e negociação. Para alguns autores existe até uma relativização entre a distinção entre o público e o privado, se se compreender que o direito constitui uma unidade.

Além disso, partindo-se da realidade brasileira, em que as linhas gerais da Administração, sua composição e funcionamento são estabelecidas pela Constituição, é importante que seu texto seja

15 DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito administrativo pós-moderno: novos paradigmas do direito administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a sociedade*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 91-106.

um arcabouço que não apenas permita, mas também impulse as mudanças necessárias para a concretização dos objetivos esperados.

É importante analisar e rever vários preceitos nos quais se fundamenta o direito administrativo e o sistema no qual o mesmo está inserido, como é o caso dos contratos administrativos e sua verdadeira distinção com o contrato do direito privado, do regime jurídico dos servidores públicos, por exemplo. Assim, para que não nos defrontemos mais uma vez com aquele raciocínio simplista que diz que à Administração cabe a defesa do interesse público, com o esclarecimento posterior de que interesse público é o que vem contido na lei, é preciso rever os modos de definir e realizar os interesses públicos.

REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. 10ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito administrativo pós-moderno: novos paradigmas do direito administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a sociedade*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 1999.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2012.

GORDILLO, Augustín. Tratado de derecho administrativo. 4. tomo: *El procedimiento administrativo*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2011.

LEITÃO MARQUES, Maria Manuela; MOREIRA, Vital. *Desintervenção do Estado, privatização e regulação de serviços públicos*. Disponível em: <<http://www.fd.uc.pt>>. Acesso em: 28 out. 2012.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PIRES, Roberto Rocha C. Burocracia, discricionariedade e democracia: alternativas para o dilema entre controle do poder administrativo e capacidade de implementação. *Cadernos de Gestão Pública*, São Paulo, v. 14, n. 54, jan./jul. 2009.

CONFISSÃO E O PARCELAMENTO DA DÍVIDA ATIVA NO MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE COMPARADO COM OUTROS ENTES POLÍTICO

CONFESSION AND THE INSTALLMENT OF ACTIVE DEBT IN THE MUNICIPALITY OF BELO HORIZONTE COMPARED TO OTHERES POLITICAL ENTITIES

Geórgia Stuart Dias

Procuradora do Município de Belo Horizonte¹

SUMÁRIO: Introdução; 1 Posicionamento adotado nos julgados proferidos pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais; 2 A Fazenda Pública; 3 O crédito da Fazenda Pública; 4 A inscrição em dívida ativa do crédito tributário e do crédito não tributário; 5 A presunção de liquidez e certeza dos créditos inscritos em dívida ativa; 6 O parcelamento dos créditos inscritos em dívida ativa; 7 A confissão e o reconhecimentos da dívida; 8 Comparação dos procedimentos para o parcelamento dos débitos inscritos em dívida ativa em diferentes entidades estatais; 9 Parcelamento de débitos inscritos em dívida ativa e ajuizados no âmbito da União; 10 Parcelamento de débitos inscritos em dívida ativa e ajuizados no âmbito do Estado

¹ Este trabalho é oriundo da redução do artigo apresentado pela autora para conclusão da Pós-Graduação lato sensu no Centro Universitário Una - e-mail georgiastuart@pbh.gov.br

de Minas Gerais; 11 Parcelamento de débitos inscritos em dívida ativa e ajuizados no âmbito do Município de São Paulo; 12 Parcelamento de débitos inscritos em dívida ativa e ajuizados no âmbito do Município de Belo Horizonte; 13 O parcelamento como causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário como causa de interrupção da prescrição; 14 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente estudo parte da jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais para verificar o procedimento adotado pela legislação do Município de Belo Horizonte, fazendo-se o cotejo com os procedimentos adotados pelas legislações de diferentes entes políticos da federação acerca do parcelamento de créditos inscritos em dívida ativa. Trata-se da análise da necessidade da comprovação da participação do devedor, como apresentação de termo de confissão e outros documentos, para a validade do parcelamento de dívida ativa como causa da interrupção da prescrição.

PALAVRAS-CHAVE: Parcelamento. Dívida Ativa. Comprovação. Confissão. Prescrição. Interrupção.

ABSTRACT: This study of the case law of the Court of Minas Gerais to check the procedure adopted by the laws of the city of Belo Horizonte, making the comparison with the procedures adopted by the laws of different political entities of the federation on the installment credits entered into outstanding debt. It is the examination of the necessity of proving the participation of the debtor, as of term presentation of confession and other documents, to the validity of installment debt outstanding as a cause of interruption of prescription.

KEYWORDS: Installment. Debt. Evidence. Confession. Prescription. Interruption.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como escopo a análise do entendimento adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais acerca da necessidade de comprovação do ato inequívoco de reconhecimento do débito pelo devedor no parcelamento de dívida inscrita em dívida ativa. Os julgados demonstram que os registros do sistema da dívida ativa em Belo Horizonte são insuficientes para comprovar o parcelamento. Tal questão é de suma importância, uma vez que é causa de interrupção da prescrição o parcelamento. Não sendo aceitos os registros, a ação executiva é extinta por prescrição, inviabilizando o recebimento dos créditos inscritos em dívida ativa engendrando, conseqüentemente, perda de arrecadação.

A jurisprudência mineira vem se consolidando no sentido de que para que o parcelamento seja causa de interrupção do prazo prescricional deve ser comprovado pelo Erário² a participação do devedor reconhecendo de forma inequívoca a dívida inscrita na dívida ativa, não admitindo a simples informação contida nos extratos fornecidos pela Fazenda Municipal. As decisões exaradas pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais sustentam que não bastam as informações constantes no Sistema de Dívida Ativa, já que se trata de prova unilateral, havendo sim a necessidade de comprovação da anuência do devedor ou a assinatura de qualquer termo de confissão de dívida por parte executada em que se possa averiguar o reconhecimento do débito.

O presente trabalho pretende abordar o procedimento utilizado para a realização do parcelamento de débitos inscritos em dívida ativa pelo Município de Belo Horizonte. Trata-se de uma abordagem de cunho prático, já que a questão trazida à baila advém de experiência vivenciada pela autora como procuradora desse município. Não é intenção deste estudo esgotar a discussão dos inúmeros aspectos doutrinários ou procedimentais, mas tão somente iniciar uma reflexão sobre a abordagem delineada nos julgados mineiros, além de propiciar também aos gestores administrativos a oportunidade de repensar o modelo adotado pela legislação municipal sob a perspectiva da jurisprudência e do comparativo que se estabelece com as demais formas adotadas por diferentes entes públicos.

Assim, o objetivo do artigo é justamente a verificação das características evidenciadas no procedimento adotado pelo erário

2 Erário do latim "aerárium" - "Tesoureiro público. Administração das rendas do Estado. O mesmo que *fazenda pública*, conforme Nunes, 1965. p. 512.

municipal belo-horizontino frente à fundamentação aduzida na jurisprudência mineira manifestadas em inúmeros julgados.

Para tanto, ao longo do trabalho será feita uma comparação entre os procedimentos adotados para a realização do parcelamento de débitos inscritos em dívida ativa da União, do Estado de Minas Gerais e pelos municípios de Belo Horizonte e São Paulo, destacando em cada caso as peculiaridades.

Portanto, a metodologia utilizada na elaboração do presente estudo compreende pesquisa doutrinária e levantamento de formas procedimentais adotadas por outros entes políticos e a confrontação desses dados em relação ao modelo constituído pela legislação do município de Belo Horizonte, sempre focando a necessidade de termo de confissão e reconhecimento do débito pelo devedor para a realização do parcelamento.

1 POSICIONAMENTO ADOTADO NOS JULGADOS PROFERIDOS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS

A jurisprudência exarada pelo egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais vem se sedimentando no sentido de que, para que o parcelamento seja considerado causa interruptiva do prazo prescricional, é necessário documento que evidencie ato do devedor reconhecendo a dívida objeto do parcelamento, não sendo suficiente os registros extraídos do Sistema de Dívida Ativa do município de Belo Horizonte.

O entendimento do Tribunal mineiro é de que deve haver comprovação do pedido e anuência do devedor ao parcelamento, além da assinatura do termo de reconhecimento da dívida e que os documentos informativos proveniente do Sistema de Dívida Ativa constituem prova unilateral, não se prestando a esse fim.

A seguir transcreveremos a ementa dos acórdãos aonde são destacados com negrito excertos que demonstram o entendimento, que é tratado no presente trabalho, adotado por diversas composições de turmas e câmaras do egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA: EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - PARCELAMENTO - RECONHECIMENTO DO DÉBITO - FALTA DE PROVA - PRESCRIÇÃO CONFIGURADA. A prescrição do crédito tributário ocorre após o decurso de cinco anos desde sua constituição definitiva. O disposto no art. 174, I, do CTN, com a redação atribuída pela Lei Complementar nº 118/2005, se aplica aos despachos citatórios

realizados após a sua vigência, independente da data de constituição do crédito. O parcelamento interrompe a prescrição quando importe em ato inequívoco de reconhecimento da dívida pelo devedor. Embora a Fazenda alegue a ocorrência de parcelamento da dívida, *inexiste documento nos autos que evidencie ato do devedor que implique no reconhecimento do débito*. Recurso não provido. (TJMG, 4ª Câmara Cível, AGRAVO DE INSTRUMENTO CV Nº 1.0672.09.398347-2/001 - Relatora Desa. Heloísa Combat - acórdão publicado em 10/07/2012, grifo nosso)

Veremos os fundamentos contidos no acórdão supracitado:

Diante do alegado, incumbia à Fazenda Pública apresentar nos autos prova do pagamento do depósito inicial e do termo de reconhecimento da dívida ou do pedido administrativo, uma vez que todos esses elementos são exigências legais para a concessão do parcelamento.

Às fs. 38/39 a Fazenda juntou termos de parcelamento de crédito tributário e de confissão de dívida, assinados pelo devedor, abrangendo os créditos relativos aos exercícios fiscais de 2002 a 2005, mas não juntou comprovante de quitação da primeira parcela.

A meu ver, a efetivação do parcelamento da dívida dependeria de pedido do interessado e estaria condicionado ao depósito inicial de um percentual do débito, além da assinatura de termo de reconhecimento de dívida. Assim, pelos documentos juntados aos autos, não vislumbro prova de ato inequívoco de reconhecimento do débito por parte do executado.

Do simples pedido de parcelamento, desacompanhado da realização de qualquer pagamento, se infere que o parcelamento não se tornou efetivo. O simples pedido de parcelamento junto à Fazenda não configura ato inequívoco que importe em reconhecimento do débito, pois não evidencia qualquer ação do contribuinte no sentido de quitar o pagamento da dívida. Ausente prova do fato interruptivo (art. 333, II, CPC), resta reconhecer a prescrição intercorrente, decorridos mais de cinco anos desde a constituição definitiva dos créditos tributários (07/06/2002 e 30/04/2003) até o despacho que ordenou a citação da empresa (26/08/2009). (grifo nosso)

A seguir trazemos como ilustrativo acórdão proferido no Agravo de Instrumento 1.0024.11.707547-3/001 em que o parcelamento é informado no corpo da Certidão de Dívida Ativa, mas que, em se tratando de informação unilateral, não teria validade para efeito de comprovação da realização do parcelamento por parte do devedor:

EMENTA: EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - PRESCRIÇÃO - INTERRUPÇÃO PELO PARCELAMENTO - AUSÊNCIA DE PROVA. 1- Acolhe-se exceção de pré-executividade para extinguir execução fiscal, pelo reconhecimento da prescrição do crédito exequendo, já que transcorridos mais de cinco anos da constituição definitiva do crédito, sem a prova da ocorrência de fato interruptivo do lapso prescricional. 2- *Não prova o parcelamento do débito fiscal documento unilateralmente produzido pela Fazenda Pública credora, sem qualquer participação do devedor.*

(TJMG, 6ª Câmara Cível, AGRAVO DE INSTRUMENTO CV Nº 1.0024.11.707547-3/001 - RELATOR:DES. MAURÍCIO BARROS - acórdão publicado em 29/06/2012, grifo nosso)

O entendimento esposado é sustentado nos seguintes fundamentos a seguir reproduzidos:

Ora, a informação constante do verso da CDA, como dado unilateralmente produzido pela exequente, não implica sequer questionamento do débito pela parte devedora. Não há nos autos nenhum documento produzido pela parte executada/agravada, ou com a sua participação, dando conta do alegado parcelamento. Saliento que os registros de controle da Administração Pública, unilateralmente produzidos, não servem de prova, isoladamente, quando o ente público que os produziu é parte no processo, sob pena de violação do princípio da isonomia, desequilibrando as partes no processo. Além disso, o ato do devedor, que interrompe o prazo prescricional, deve se qualificar como inequívoco, quanto ao reconhecimento da dívida. E ainda, a presunção de certeza e liquidez da CDA diz respeito ao crédito constituído e ali inscrito, e não a atos posteriormente praticados pelo devedor. Sendo assim, se não prova a agravada/exequente a existência do parcelamento, deixa de demonstrar a ocorrência do fato interruptivo do lapso prescricional. (grifo nosso)

E nesse mesmo sentido tem a jurisprudência mineira se sedimentado:

APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. PARCELAMENTO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. Para o reconhecimento do parcelamento como hipótese de interrupção do prazo prescricional, deve a *Fazenda Pública apresentar provas contundentes de sua formalização, seja através de termo de confissão de dívida ou de guia de recolhimento das parcelas, não sendo bastante o extrato unilateral trazido*. O prazo prescricional começa a correr a partir da constituição definitiva do crédito tributário e só pode ser interrompido nas hipóteses previstas expressamente no CTN. Não demonstrada a ocorrência de qualquer delas, deve ser declarada a prescrição. Recurso não provido. (TJMG, 3ª CÂMARA CÍVEL, APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.00.047671-3/001, RELATORA DESEMBARGADORA ALBERGARIA COSTA, acórdão publicado em DJ. 17/07/2009, grifo nosso)

EXECUÇÃO FISCAL - PARCELAMENTO - NÃO COMPROVAÇÃO - PRESCRIÇÃO - RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. *Não se admite a simples apresentação de telas de computador impressas e unilateralmente produzidas pelo ente público como prova apta a demonstrar o parcelamento da dívida na esfera administrativa*. Com o advento da Lei nº 11.208/06 à prescrição foi dado o 'status' de matéria de ordem pública, impondo-se que seja reconhecida, de ofício, pelo julgador. (TJMG, 6ª CÂMARA CÍVEL, APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.01.095149-9/001, RELATOR DESEMBARGADOR EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS, acórdão publicado em DJe. 14/01/2011, grifo nosso)

EMENTA: EXECUÇÃO FISCAL - INÉRCIA DO EXEQUENTE - SUPERVENIÊNCIA DA PRESCRIÇÃO - CONFIGURAÇÃO - ALEGAÇÃO DE PARCELAMENTO - NÃO COMPROVAÇÃO -INTERRUPÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL NÃO CONFIGURADO. - O contribuinte pode renunciar à prescrição e cumprir seu dever legal de pagar à Fazenda o que era devido, visto tratar-se de direito disponível. Nos termos do parágrafo único, IV, do art. 174 do CTN, a prescrição se interrompe por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor, como no parcelamento. *No entanto, é indispensável a comprovação do parcelamento, não bastando meros papéis*

com levantamentos sem assinatura, autenticação ou prova do parcelamento ou de seu pedido, sob pena de não se ter como interrompido o curso do prazo prescricional. (TJMG, 1ª Câmara Cível, APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.01.097354-3/001 - RELATORA: EXM^a. SR^a. DES^a. VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE - publicado em 27/08/2010, grifo nosso)

EMENTA: EXECUÇÃO FISCAL - IPTU - DESPACHO CITATÓRIO NA VIGÊNCIA DA NOVELLEI COMPLEMENTAR Nº. 118/2005 - INTERRUPTÃO DA PRESCRIÇÃO - PARCELAMENTO - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. O despacho que ordena a citação do executado, quando exarado já na vigência da nova redação do art. 174, parágrafo único, inciso I, do CTN, é suficiente para interromper o prazo prescricional, ainda que a ação verse sobre tributo constituído antes de promulgada a Lei Complementar nº. 118/2005. O descumprimento do parcelamento feito pelo devedor suficiente a interromper a prescrição, deve ser aquele, inequivocamente, demonstrado pela parte interessada, *sendo imprestável a simples informação do fato ou a juntada apenas do Extrato do Sistema Integrado de Dívida Ativa, que não detêm a mesma liquidez e certeza de uma Certidão de Dívida Ativa e não evidenciam o expresse reconhecimento da dívida pelo executado.* (TJMG, 5ª Câmara Cível, APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0024.07.371344-8/001 - RELATOR: DES. MAURO SOARES DE FREITAS- acórdão publicado em 15/07/2010, grifo nosso)

O presente estudo também analisa o enfoque dado hodiernamente pelo Tribunal de Justiça, questionando o entendimento de que é imprestável a demonstração do parcelamento pelos extratos exarados pelo Sistema de Dívida Ativa em que registram a realização de parcelamentos.

2 A FAZENDA PÚBLICA

O Código Tributário Nacional, instituído pela Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, estabelece no art. 209 que a expressão “Fazenda Pública” abrange a Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

No entanto, a expressão Fazenda Pública tem sido utilizada de forma mais ampla, incluindo-se também as autarquias e fundações de direito público, sejam elas, federais, estaduais ou municipais.

Meireles³ preleciona que a Administração Pública recebe a designação de Fazenda Pública quando atua em juízo seja por qualquer de suas entidades estatais - União, Estado e Município - seja por suas autarquias, fundações públicas ou por seus órgão que tenham capacidade processual, uma vez que é o erário que suporta os encargos patrimoniais da demanda.

Ressalta Silva⁴ que a Fazenda Pública representa a soma de todos os bens patrimoniais, públicos e privados, de uma entidade de direito público interno e de seus rendimentos, rendas e receitas arrecadadas de natureza tributária e não tributária. Em fim, “[...] a Fazenda Pública é o Estado, financeiramente considerado”.

3 O CRÉDITO DA FAZENDA PÚBLICA

Dentro dessa visão, constatado o não pagamento do valor correspondente ao crédito não tributário, deve-se constituí-lo o respectivo crédito e, escoado o prazo para o pagamento, o débito ser inscrito em dívida ativa, procedendo-se a sua cobrança judicial pelo processo executivo, como afirma Perin⁵.

Quanto ao crédito tributário, o lançamento é procedimento administrativo realizado pelo sujeito ativo composto por uma série de atos que visam à constituição do crédito tributário pela verificação da ocorrência do fato gerador da obrigação principal em que o sujeito passivo é individualizado e sendo o caso aplicando-se penalidade cabível.

Esclarece Nogueira⁶ que obrigação tributária é uma relação de Direito público prevista na lei descritiva do fato pela qual o Fisco (sujeito ativo) pode exigir do contribuinte (sujeito passivo) uma prestação (objeto). O crédito nasce conjuntamente com a obrigação em virtude da ocorrência do fato gerador. O lançamento não cria o crédito, mas formaliza e declara os aspectos subjetivos e objetivos, indicando o montante devido, permitindo sua exigibilidade, conforme MELO⁷.

Machado⁸ conclui que para que exista obrigação tributária é indispensável que haja lei definidora do fato gerador sujeitando o

3 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p.617.

4 SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2001. p.38.

5 PERIN, Armando João. *Revista Interesse Público – IP*. Belo Horizonte: Fórum, ano 4, n.13 jan./mar. 2011.

6 NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de Direito Tributário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p.145.

7 MELO, José Eduardo Soares de. *Curso de Direito Tributário*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2010. p.371.

8 MACHADO, Hugo de Brito. Confissão Irretratável de Dívida Tributária nos Pedidos de Parcelamento. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 145, out. 2007. p. 62.

contribuinte a relação de débito contra si e gerando ao Fisco o direito potestativo de lançar o tributo.

O lançamento enseja a constituição definitiva do crédito tributário após a notificação do sujeito passivo que deverá promover o pagamento. O sujeito passivo poderá não concordar com o procedimento administrativo e apresentar defesa ou reclamação contra o lançamento. Nesse caso, a constituição definitiva só dar-se-á após a decisão final proferida em processo administrativo.

Imprescindível ressaltar que a da data da notificação é contado o prazo prescricional de cinco anos, nos termos do art. 145 combinado com art. 174 do CTN, para os créditos de natureza tributária. Para os de natureza não tributária, o prazo e a contagem é regido pelo art. 1º do Decreto nº 20.910/32.

4 A INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO E DO CRÉDITO NÃO TRIBUTÁRIO

Caso não haja o pagamento no prazo estipulado em lei ou após a decisão final - caso o sujeito passivo resolva apresentar defesa ou reclamação acerca do lançamento - o crédito será inscrito em dívida ativa.

Porto⁹ assevera a importância de traçar linha divisória entre a constituição do crédito tributário ou não tributário, de um lado, e, de outro, o ato de inscrição da dívida ativa. O crédito tributário se constitui pelo lançamento, enquanto que o crédito não tributário surge quando não atingido o termo final de obrigação determinada em lei, regulamento ou contrato. Ultrapassado o vencimento do crédito fazendário sem o adimplemento da obrigação pelo sujeito passivo, passa-se a fase da inscrição da dívida ativa.

Portanto, a dívida ativa pode ser de natureza tributária e não-tributária. São de natureza tributária aquela que resulta de impostos em geral, previstos no inciso I do art. 145 da CF; taxas de toda natureza, nos moldes do inciso II do art. 145 da CF; contribuições de melhoria, nos termos do inciso III do art. 145 da CF; contribuições parafiscais e sociais mencionadas no art. 149 da CF; empréstimos compulsórios indicados no art.148 da CF; bem como penalidades tributárias, desde que vencido o prazo para pagamento e que regularmente inscrita na repartição competente. De acordo com o Código Tributário Nacional, art. 201, “constitui dívida ativa tributária a proveniente de crédito dessa natureza, regularmente inscrita na repartição administrativa competente, depois

9 PORTO, Éderson Garin. *Manual da Execução Fiscal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 47-48.

de esgotado o prazo fixado, para pagamento pela lei ou por decisão final proferida em processo regular.”

Já a dívida ativa não tributária é aquela constituída pelos demais créditos, tais como os originados de multas de qualquer origem ou natureza, bem como os nomeados no §2º do art. 39 da Lei nº 4.320, de 17/03/1964, tais como os provenientes de empréstimos compulsórios, contribuições estabelecidas em lei, multa de qualquer origem ou natureza, exceto as tributárias, foros, laudêmios, aluguéis ou taxas de ocupação, custas processuais, preços de serviços prestados por estabelecimentos públicos, indenizações, reposições, restituições, alcances dos responsáveis definitivamente julgados, bem assim os créditos decorrentes de obrigações em moeda estrangeira, de sub-rogação de hipoteca, fiança, aval ou outra garantia, de contratos em geral ou de outras obrigações legais. Observa Silva¹⁰ que também neste caso, para ser considerada dívida ativa, exige-se que, no mínimo, o crédito a favor da Fazenda Pública esteja regularmente inscrito na repartição administrativa e esgotado o prazo para pagamento.

Nos dizeres de Perin¹¹, de modo geral, tanto a Administração Pública como a doutrina não tem dado a devida importância à dívida ativa não tributária, provavelmente porque a dívida ativa tributária seja de maior expressão entre os créditos da Fazenda Pública. Mas a atitude não se justifica, pois todo crédito público é indisponível, de tal sorte que sua renúncia é tão grave quanto a dos créditos tributários, ficando sujeita à fiscalização do Tribunal de Contas (Constituição Federal, art. 70, caput), gerando responsabilidade para os administradores (Constituição Federal, arts. 70, parágrafo único, e 71, II).

Fanucchi¹² ensina que a inscrição em dívida ativa é providência necessária à ação judicial, capaz de compelir o sujeito passivo ao pagamento com os acréscimos monetários.

Para que possa haver dívida ativa da Fazenda Pública torna-se necessário o preenchimento dos seguintes requisitos: existência de crédito tributário ou não tributário, prazo para pagamento decorrido e a inscrição da dívida ativa na repartição competente¹³.

Portanto, a exigibilidade do crédito só será possível após a inscrição em Dívida ativa, não bastando a existência de obrigação vencida e não paga.

10 SILVA, op. cit., p.33.

11 PERIN, op. cit.

12 FANUCCHI, Fábio. *Curso de direito tributário brasileiro*. 4. ed. v.1, São Paulo: Resenha Tributária, 1979. p. 416.

13 SILVA, op. cit., p.35.

Daí conclui-se que a expressão “crédito” não pode ser considerada sinônima da expressão “dívida ativa”. Como disse José Afonso da Silva, “se toda dívida ativa é crédito, nem todo crédito é dívida ativa”. Só os créditos tributários, os créditos de natureza contratual e demais créditos previstos no § 2º, do art. 39 da Lei 4.320, de 17/03/1964, podem ser objeto de inscrição da dívida ativa e de execução fiscal.¹⁴

A inscrição em dívida ativa gera para o crédito tributário como para o de natureza não tributária a presunção de liquidez e certeza que são requisitos imprescindíveis para a cobrança judicial em ação executiva a ser proposta pela Fazenda Pública. “Trata-se de um controle suplementar da legalidade do lançamento, efetuado pela própria Administração, que pode ter por efeito impedir a instauração de processos de execução infundados”, nos dizeres de Xavier¹⁵.

No momento da inscrição em dívida ativa, a autoridade administrativa verifica a certeza quanto à existência do débito, a liquidez quanto ao exato montante, a atualidade da obrigação, confirmando que ela não foi atingida pela decadência e por fim, o inadimplemento do sujeito passivo, ou seja, confirmação de que não houve pagamento do débito no vencimento.¹⁶

O termo de dívida ativa será autenticado pela autoridade competente e indicará necessariamente:

- I - o nome do devedor e, sendo caso, o dos corresponsáveis, bem como, sempre que possível, o domicílio ou a residência de um e de outros;
- II - a quantia devida e a maneira de calcular os juros de mora acrescidos;
- III - a origem e natureza do crédito, mencionada especificamente a disposição da lei em que seja fundado;
- IV - a data em que foi inscrita;
- V - sendo caso, o número do processo administrativo de que se originar o crédito. (art. 202 do CTN).

¹⁴ SILVA, op. cit., p.33.

¹⁵ XAVIER, Alberto. *Do lançamento - teoria geral do ato, procedimento e do processo tributário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 398.

¹⁶ SILVA, op. cit., p. 73-74.

Tal individualização serve a franquear ao devedor conhecimento exato da dívida, possibilitando-lhe o exercício da ampla defesa, bem como ao julgador o controle da legalidade. ¹⁷A ausência de quaisquer desse requisitos constitui causa de nulidade da inscrição e de todo processo de cobrança.

A inscrição em dívida ativa do crédito, segundo Flaks¹⁸, produz múltiplos efeitos jurídicos. O primeiro é de natureza contábil, já que constará da previsão orçamentária do exercício seguinte como receita a realizar, caso não seja pago. O segundo efeito é de natureza material, uma vez que enseja à Fazenda Pública a possibilidade de extrair título executivo extrajudicial ou Certidão de Dívida Ativa e de demandar em ação executiva. E por fim, o efeito de natureza processual, autorizando a utilização de procedimento previsto na Lei de Execução Fiscal.

O procedimento da Lei nº 6.830/80 não é de acerto e condenação, como ensina Theodoro Júnior (2007, p. 18), mas de pura execução forçada. Assim, a Fazenda Pública só se utiliza desse procedimento após apuração adequada na esfera administrativa do crédito tributário e não tributários seguida a inscrição em dívida ativa.

5 A PRESUNÇÃO DE LIQUIDEZ E CERTEZA DOS CRÉDITOS INSCRITOS EM DÍVIDA ATIVA

Com esteio no termo de dívida ativa é emitida a Certidão de Dívida Ativa - CDA - que goza da presunção de certeza quanto a existência da dívida e liquidez quanto ao valor instruída a petição inicial da ação executiva. Portanto, a dívida ativa regularmente inscrita gera efeito de prova pré-constituída e só podendo ser refutada por prova inequívoca a cargo do sujeito passivo ou do terceiro a que aproveite (art. 204 e parágrafo único do CTN e art. 3º e parágrafo único da Lei de Execução Fiscal - LEF - Lei nº 6.830/80).

Melo¹⁹ assevera que a presunção de legitimidade dos atos administrativos insere-se no regime jurídico de Direito Administrativo, podendo, no entanto, o sujeito passivo utilizar de todos os meios jurídicos de defesa e oferecer quaisquer meios de prova admitidos em Direito para demonstrar a ilegitimidade, já que tal presunção é relativa e não absoluta.

A lição de Gasparini (1995, p. 72), discorrendo sobre a presunção de legitimidade de quem gozam os atos administrativos, evidencia a

17 LEVATE, Luiz Gustavo; CARVALHO, Felipe Caixeta. *Lei de Execução Fiscal à luz da doutrina e da jurisprudência*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 56.

18 FLAKS, Milton. *Comentários à Lei de Execução Fiscal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 90-91.

19 MELO, op.cit., 2010. p. 452.

qualidade de todo e qualquer ato administrativo que deve ser tido como verdadeiro, posto que milita em seu favor uma presunção *juris tantum* de legitimidade, decorrente do princípio da legalidade. Isto porque a Administração Pública só pode agir ou atuar se, como e quando a lei autoriza, podendo-se, então, deduzir-se a presunção de legitimidade de seus atos. E continua o administrativista:

Assim, pode-se dizer que os atos administrativos nascem com esse atributo e nada mais se exige para a sua prevalência. [...] A Administração Pública, em face desse princípio, não tem necessidade de realizar, em relação ao ato praticado, qualquer prova de sua veracidade ou legalidade, salvo se constando em juízo ou perante o Tribunal de Contas, nem buscar autorização judicial para a sua execução quando esta forma permitida. Essas são duas das consequências desse atributo.²⁰

Para MEIRELLES²¹ outra consequência é justamente a transferência do ônus da prova de invalidade do ato administrativo para quem a invoca e continua: “A eficácia é a idoneidade que se reconhece ao ato administrativo para produzir seus efeitos específicos. Pressupõe, portanto, a realização de todas as fases e operações necessárias à formação do ato final, segundo o Direito Positivo vigente. “

Di Pietro²² acrescenta importante ponto de vista. A presunção da veracidade não diz respeito apenas aos fatos, mas, em decorrência desse atributo, presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela Administração, bem como as certidões, atestados, declarações, informações por ela fornecidos, já que todos são dotados de fé pública.

A professora é enfática quanto um dos efeitos a presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos:

[...] o Judiciário não pode apreciar *ex officio* a validade do ato; sabe-se que, em relação ao ato jurídico de direito privado, o artigo 168 do CC determina que as nulidades absolutas podem ser alegadas por qualquer interessado ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir, e devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do ato ou dos seus efeitos; o mesmo não ocorre em relação ao ato

20 GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 72.

21 SILVA, op. cit., 1993. p. 141.

22 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 208.

administrativo, cuja nulidade só pode ser decretada pelo Judiciário a pedido da pessoa interessada; [...].²³

De lado outro, é inconcebível o entendimento despendido pela jurisprudência mineira de que a prova consubstanciada nos extratos impressos, contendo os dados da dívida ativa, não serviriam para comprovação dos parcelamentos neles noticiados, restando subentendido que não seriam confiáveis. Santos²⁴ assinala com muita propriedade:

Se o Poder Público é, como se supõe, forjado para a consecução de fins privatísticos, a expectativa coerente é que seu braço em juízo obrará para garantir que esses mesmos interesses sejam providos pela jurisdição, seja pela sistemática judicialização dos conflitos, retardando ao máximo o cumprimento dos seus deveres, seja pela tentativa escusa de se valer do processo para declaração de direitos que não possui.

Tal concepção, todavia, deve remontar às barbas imperiais brasileiras, marcadas que foram por um corpo estatal escolhido ao bel-prazer do imperador e uma preocupação legitimada e prevalente com a ordem, a propriedade e os interesses patrimoniais e financeiros estatais.

De fato, ultrapassado está tal período da história - e qualquer reminiscência de desconhecimentos tão graves da coisa pública deve, no nosso ordenamento, sofrer a devida responsabilização, conforme instrumentos fartamente previstos pelo próprio sistema.

6 O PARCELAMENTO DOS CRÉDITOS INSCRITOS EM DÍVIDA ATIVA

O parcelamento é instituto bastante controverso quanto sua natureza jurídica²⁵. A maioria dos autores tributaristas, dentre eles, Paulo de Barros Carvalho (CARVALHO, 2005, p. 450), Luciano Amaro (AMARO, 2004, p. 367) Américo Luís Martins da Silva (SILVA, 2001, p. 138) e Hugo de Brito Machado (MACHADO, 2006, p. 202), entendem que o parcelamento é modalidade de moratória.

²³ DI PIETRO, op. cit., p. 209.

²⁴ SANTOS, Marina França. A Fazenda Pública e a efetividade do processo. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte - RPGMBH*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, jan./jun. 2010. p. 236.

²⁵ HACK, Érico; DALLAZEM, Dalton Luiz. *Parcelamento do Crédito Tributário*. Curitiba: Juruá, 2008. p.13.

Para outros, como Roque Antonio Carrazza (CARRAZZA, 1996, p. 433) sustentam que o parcelamento é uma das modalidades de transação.

Há também entendimento jurisprudencial que se perfilha à tese de que o parcelamento se equipara ao pagamento.²⁶

Outros ainda, aos quais acompanhamos, sustentam que o parcelamento “é instituto complexo justamente porque determina uma relação jurídica continuada (a suspensão da exigibilidade e o pagamento das parcelas) que gera efeitos de suspensão da exigibilidade e pagamento, extinguindo o crédito.”²⁷

O pagamento, segundo Rodrigues²⁸, consiste no cumprimento voluntário de uma obrigação levada à efeito pelo devedor ou por terceiro, visando à extinção da dívida. É o fim da obrigação, representada pelo adimplemento, “[...] por meio do qual se alcança o objeto por ela perseguido e se põe termo à relação jurídica entre o devedor e o credor, liberando-se este último.”²⁹

Moraes preleciona que o pagamento é a modalidade de extinção do crédito tributário, em que a obrigação tributária em seus fins e propósitos é plenamente satisfeita. Consiste na entrega da quantia em dinheiro que corresponde ao objeto do crédito tributário da Fazenda Pública pelo devedor ou outra pessoa. “Com essa entrega da soma de dinheiro à Fazenda Pública, tem-se o adimplemento da obrigação pelo pagamento, ficando liberado da respectiva obrigação.”³⁰

Embora seja o parcelamento pago em prestações sucessivas e periódicas, não pode ser considerado pagamento, modalidade de extinção do crédito tributário, como instituto de direito tributário, uma vez que o crédito oriundo da obrigação tributária é uno, não admitindo a extinção parcial, nos termos do art. 158 do CTN. O valor do crédito é um de seus elementos e pode ser aumentado em decorrência de aplicação de multas e juros ou diminuir, com o parcelamento.

De qualquer forma, o parcelamento é instituto autônomo e independente de direito tributário, sendo a forma pela qual o sujeito

26 Precedente do STJ - HC 9909 -Rel. Min. Edson Vidigal - 5ª Turma - publicado em 13/12/1999.

27 HACK; DALLAZEM, op.cit., p. 26

28 RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil* - parte geral das obrigações. v. 2, 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.123-124.

29 Ibid, p. 124

30 MORAES, Bernardo Ribeiro de Moraes. *Compêndio de Direito Tributário*. v. 2, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p.433.

passivo realiza pagamentos mensais com o intuito de, ao final, extinguir o crédito³¹.

A autonomia do instituto advém da combinação dos seguintes elementos: a) crédito pago em parcelas periódicas e sucessivas; b) que tem efeito de suspender a exigibilidade do crédito; c) reduzindo seu valor até a extinção. O pagamento de parte do valor do crédito reduz o seu valor original e enquanto perdurar o pagamento sucessivo e mensal, restará suspensa a exigibilidade.

Assim, quando não for possível o pagamento integral do crédito, o devedor poderá optar pelo parcelamento da dívida, desde que exista lei específica, adequando, portanto, o pagamento à sua capacidade financeira.

Alexandre³² *apud* Pedro³³ sustenta:

[...] é necessário lembrar que o parcelamento consiste numa medida de política fiscal com a qual o Estado procura recuperar créditos e criar condições práticas para que os contribuintes que se colocaram numa situação de inadimplência tenham a possibilidade de voltar para a regularidade, usufruindo dos benefícios daí recorrentes.

Segundo Hack; Dallazem³⁴, o parcelamento é uma faculdade do sujeito ativo que pode lançar mão dessa ferramenta como política tributária que depende da conveniência do Estado, podendo objetivar o aumento de arrecadação, fomento de determinadas atividades, setores ou regiões, regularização da situação dos contribuintes e o crescimento econômico.

Como se vê, a adesão ao parcelamento constitui benefício ao contribuinte inadimplente desde que em conformidade com os requisitos determinados pela lei. Dispõe o art. 155-A do Código Tributário Nacional que o parcelamento será concedido na forma e condição estabelecidas em lei específica. Em razão disso, a concessão do benefício deve observar estritamente os parâmetros legais.

31 HACK; DALLAZEM, op. cit., 24.

32 ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário Esquemático*. 5. ed. São Paulo: Método, 2011. p.420.

33 PEDRO, Bruno da Conceição São. *Breve análise sobre a possibilidade da renúncia à prescrição do crédito tributário em razão do seu parcelamento*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19916/breve-analise-sobre-a-possibilidade-da-renuncia-a-prescricao-do-credito-tributario-em-razao-do-seu-parcelamento#ixzz2filejIbk>>. Acesso em: 15 jan. 2013.

34 HACK; DALLAZEM, op.cit., p. 26.

Paulsen³⁵, comentando o referido artigo, assevera:

A referência expressa à forma e condição estabelecidas em lei específica nos leva à conclusão de que, de um lado, o contribuinte não tem direito a pleitear parcelamento em forma e com características diversas daquelas previstas em lei e, de outro, que o Fisco não pode exigir senão o cumprimento das condições nelas previstas, sendo descabida a delegação à autoridade fiscal para que decida discricionariamente sobre a concessão do benefício.

O cumprimento dos requisitos previstos no Código Tributário Nacional, mais do que formalismo, afigura-se como dever da administração de agir sob a égide do princípio da legalidade, não apenas quanto à constituição do crédito, da inscrição em dívida ativa do crédito, prevalecendo, também, a submissão no tocante ao parcelamento.

Conforme decidiu o Superior Tribunal de Justiça no acórdão exarado no recurso especial REsp.514.351-PR pela relatoria do ministro Luiz Fux, o parcelamento é mera dilação de prazo para o devedor honrar sua dívida. De outro lado, espasa também importante entendimento de que no parcelamento, a dívida ativa não se desnatura pelo fato de ser objeto de acordo de parcelamento.

Disso se infere, que a dívida ativa, ainda que parcelada, continua a gozar da presunção de liquidez e certeza, uma vez que o parcelamento deve obedecer aos requisitos da lei específica.

O parcelamento, por ser conduta, em regra, extrajudicial, adotada espontaneamente pelo devedor, implica em ato inequívoco de reconhecimento do débito, uma vez que só se parcela aquilo que entende-se devido.

Como o parcelamento, em regra geral, por ser conduta espontânea adotada pelo devedor, conclui-se que implica em ato inequívoco de reconhecimento do débito, já que só se parcela aquilo que entende-se devido³⁶.

Conforme noticiado na página eletrônica JusBrasil, em 20 de Agosto de 2009, a 4ª Câmara Cível do TJMG -Tribunal de Justiça de Minas Gerais acolheu tese da AGE - Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais de que o parcelamento importa em reconhecimento do débito e que, de acordo com o disposto no art. 174, parágrafo único, inciso IV, do Código Tributário Nacional, a prescrição não se opera

35 PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p.1120.

36 cf. PEDRO, op. cit.

quando se constata que não transcorreu o prazo de cinco anos entre a data do término do parcelamento e a data de ajuizamento da Execução Fiscal.

Verifica-se, portanto, que os principais efeitos jurídicos do parcelamento são o reconhecimento da dívida tributária, a suspensão de sua exigibilidade e a interrupção do prazo prescricional³⁷. Como já salientado, só se parcela o que se entende devido, ou seja, primeiro o devedor assume a existência e regularidade do débito tributário para então solicitar o seu pagamento por meio do parcelamento.

Também Sabbag³⁸ leciona que o parcelamento é procedimento suspensivo do crédito, caracterizando-se como comportamento comissivo do contribuinte que se dispõe a carrear recursos não de uma só vez ao Fisco que conduz à suspensão da exigibilidade do crédito tributário e não à sua extinção, que se dá pelo pagamento integral, de uma só vez.

Conforme art. 97, inciso VI do Código Tributário Nacional somente a lei pode estabelecer as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades. Não é possível, dessa forma, a utilização da analogia à figura do Direito Civil, como a novação³⁹

Do mesmo modo, a adesão ou não do devedor ao parcelamento deve cumprir os requisitos constantes da lei específica e equivale à confissão, porque só paga quem admite que deve. Não existe acordo entre as partes, o sujeito passivo tem a opção de aderir ou não ao parcelamento previsto na legislação pertinente.

Quando o sujeito passivo adere ao parcelamento da dívida, além de tal ato pressupor o reconhecimento tácito da dívida, importa, também, na concordância acerca do valor devido, como salienta Soares⁴⁰.

Diferentemente do que acontece no Direito Privado em que a obrigação nasce do acordo bilateral de vontade, “a obrigação tributária nasce somente da manifestação da lei escrita, promulgada, sancionada, publicada, vigente e eficaz.”⁴¹

37 *ibid.*

38 SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, p. 834.

39 VIEIRA, 1997. p. 47-47 apud HACK; DALLAZEM, 2008. p. 21.

40 SOARES, Carlos Dalmiro da Silva. *Jus Navigandi*, 24 de junho de 1998, Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/1338/efeitos-e-natureza-juridica-do-parcelamento-administrativo-de-creditos-tributarios/2#ixzz2J6zqYXoh>>. Acesso em: 25 jan. 2013.

41 NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de Direito Tributário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 156.

7 A CONFISSÃO E O RECONHECIMENTO DA DÍVIDA

Geralmente, a legislação pertinente ao parcelamento de débitos inscritos em dívida ativa prevê que o pedido de parcelamento implica em confissão irretratável da dívida. Ocorre que o efeito que o Fisco pretende atribuir à confissão é inteiramente incabível, uma vez que a dívida ativa é resultado de procedimento administrativo de accertamento de obrigação surgida por imposição de lei ou descumprimento contratual. Portanto, o fato confessado por ocasião do parcelamento não produz o efeito de ensejar o nascimento de obrigação tributária⁴².

Assim, havendo crédito tributário ou de natureza não tributária inadimplido que passa a ser objeto de parcelamento, torna a assinatura de termo de confissão de dívida inteiramente irrelevante, porque a obrigação de cumprimento do parcelamento não decorre da vontade do devedor, mas da própria lei à qual também a Fazenda Pública está adstrita.

Segundo o civilista Fiuza⁴³, “confissão é a confirmação do ato pela parte que com ele se prejudica. É a confirmação da existência da dívida pelo devedor, por exemplo.”

Mas como dito, a adesão ao parcelamento e a confissão que disso decorre não traz prejuízo ao confitente. Ao contrário, é um benefício, já que regulariza a situação do contribuinte junto ao Fisco. Nos dizeres de Hack; Dallazem⁴⁴, a instituição de parcelamento é faculdade do sujeito ativo em legislar a fim de oferecer ao sujeito passivo o benefício de amortizar o crédito mediante parcelas enquanto o restante fica com a exigibilidade suspensa por força do disposto no art. 151, inciso V do Código Tributário Nacional.

Monteiro⁴⁵ *apud* Theodoro Júnior⁴⁶ salienta que a confissão é a declaração, judicial ou extrajudicial, provocada ou espontânea, em que um dos ligantes, capaz e com ânimo de se obrigar, faz da verdade, integral ou parcial, dos fatos alegados parte contrária, como fundamentais da ação ou da defesa.

Entretanto, na questão tratada nessa pesquisa, tenha ou não havido confissão do devedor, o dever de cumprimento da obrigação advém da lei e não da confissão propriamente dita. À confissão prevista no Direito

42 MACHADO, op. cit., p. 51.

43 FIUZA, op. cit., p. 226.

44 HACK; DALLAZEM, op.cit., p. 226.

45 MONTEIRO, João. *Programa do Curso de Processo Civil*, 3. ed. v. II, §§14, p. 190.

46 JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Civil*, 13. ed. v. II, 1994. p. 428.

Privado não se aplica do mesmo modo ao Direito Público. A obrigação tributária é decorrente da própria lei. Segundo Nogueira⁴⁷, “a obrigação tributária é uma relação de Direito Público prevista na lei descritiva do fato pela qual o Fisco (sujeito *ativo*) pode exigir do contribuinte (sujeito *passivo*) uma prestação (*objeto*)”.

São requisitos para a eficácia da confissão, segundo Theodoro Júnior⁴⁸ : a capacidade plena do confitente, inexigibilidade de forma especial para a validade do ato jurídico confessado e a indisponibilidade do direito relacionado com o fato confessado.

Ora, o crédito inscrito em dívida ativa, seja ele de natureza tributária ou não tributária, é indisponível por parte da Administração.

A indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade - internos ao setor público - não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los - o que é também um dever - estrita conformidade do que predispuer *a intentio legis*.⁴⁹

Ressalta-se, no entanto, que o parcelamento não constitui direito público subjetivo do contribuinte. É uma faculdade de adesão a ser submetida ao crivo do administrador público tributário. As legislações que versam acerca da matéria, nas várias esferas dos entes políticos, como veremos, asseguram às Autoridades Fazendárias o poder-dever de apreciar os pedidos de parcelamento, analisando as circunstâncias peculiares a cada caso, deferindo-os ou não, conforme as exigências legais⁵⁰.

Acrescenta-se a lição de Seixas Filho ⁵¹ *apud* PAULSEN⁵²:

Confissão é uma declaração a respeito da ocorrência de um fato que ocorreu e cuja descrição pode ser fiel ao fato acontecido, pode ocultar fatos, no todo ou parcialmente, ocorrer erros ou falhas no

47 NOGUEIRA, op. cit., p.145.

48 JÚNIOR, op. cit., p.145.

49 MELLO, 2006, p. 62 apud SANTOS, 2010. p. 234

50 SOARES, op. cit.

51 SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. Natureza jurídica da obrigação tributária. *Revista Fórum de Direito Tributário (RFDT)*. bimensal jul./ago. 2009.

52 PAULSEN, op. cit. 2011. p. 652.

testemunho ou, até mesmo, falsidade. Consequentemente, a confissão seja de quem a faça, não é um ato jurídico declaratório de uma vontade (negócio jurídico), porém uma declaração de ciência um ato jurídico declaratório de uma vontade, o que permite a retificação do documento, se houver erro na matéria fática, dentro dos prazos para a retratação.

Como se pode inferir, a confissão da dívida pelo sujeito passivo em nada pode alterar a validade do parcelamento instituído por lei. A ciência do contribuinte da dívida oriunda da obrigação não se dá pela confissão, mas pela notificação do lançamento que ocorreu antes mesmo da inscrição da dívida em dívida ativa. Como visto anteriormente, o sujeito passivo tem a ciência que deve pagar ao Erário desde a constituição definitiva do crédito que se dá pelo lançamento.

8 COMPARAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS PARA O PARCELAMENTO DE DÉBITOS INSCRITOS EM DÍVIDA ATIVA EM DIFERENTES ENTIDADES ESTATAIS⁵³

Como veremos a seguir, pode-se constatar que em cada ente político o procedimento adotado como mais conveniente se diferencia em alguns aspectos que serão destacados no estudo de cada caso. São analisados os procedimentos utilizados no âmbito da União, do Estado de Minas Gerais, no Município de São Paulo e, por fim, no Município de Belo Horizonte.

Como dito, o parcelamento será concedido na forma e condição estabelecidas em lei específica, nos termos do disposto no art. 155-A do Código Tributário Nacional.

O mesmo diploma legal também conceitua no art. 96: “a expressão ‘legislação tributária’ compreende as leis, tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes.”

Aranha⁵⁴ salienta a largueza da expressão: “veja-se a amplitude do campo da legislação tributária. Se ‘normas complementares’ integram aquele campo reconheça-se que uma simples ‘portaria’ ou ‘resolução’ de Secretários de Estado é, para esse fim, lei tributária.”

⁵³ Veja ao final tabela comparativa

⁵⁴ ARANHA, Luiz Ricardo Gomes. *Direito Tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p.121.

9 PARCELAMENTO DE DÉBITOS INSCRITOS EM DÍVIDA ATIVA E AJUIZADOS NO ÂMBITO DA UNIÃO

O parcelamento dos débitos inscritos em dívida ativa e ajuizados no âmbito da União é regido pela Lei 10.522/2002. Conforme permite o art. 14-F, a regulação específica referente ao parcelamento pode ser delegada à Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB e à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PGFN. É o que, de fato, ocorre: as formalidades e condições específicas para a realização do acordo no âmbito da União são definidas pela própria administração pública, por meio da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 15, de 15 de dezembro de 2009.

Segundos dispõe o art. 6º da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 15 que somente o próprio devedor, de próprio punho ou mediante procurador poderá efetuar o pedido de parcelamento. O pedido de parcelamento deferido constitui confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a exigência do crédito tributário.

A concessão e a administração do parcelamento são de responsabilidade da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PGFN, relativamente aos débitos inscritos em Dívida Ativa da União e aos demais débitos administrados por esse Órgão.

Há, no âmbito da União, definidos, em regra, os parcelamentos que são denominados simplificado (débitos cujo valor seja igual ou inferior a quinhentos mil reais) e ordinário que é aplicável aos débitos de valor superior a quinhentos mil reais.

Para o parcelamento simplificado é definido pelo art. 14-C da Lei 10.522 e pelos arts. 29 a 32 da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 15, é feito pela exclusivamente pela internet - no ambiente e-CAC da PGFN (<https://cav.receita.fazenda.gov.br/eCAC/publico/login.aspx>) e não é necessária a entrega dos documentos elencados no art. 6º da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 15, apenas o próprio devedor ou procurador devidamente constituído poderá efetuar o pedido, tendo em vista a necessidade de senha de acesso específica para o e-Cac⁵⁵.

A exigência de obtenção de códigos de acesso para pessoas físicas e jurídicas dificulta o cadastramento de terceiros interessados, permitindo apenas ao próprio contribuinte ou seu procurador efetuar o *login* no sistema.

O pagamento da primeira parcela, por si só, importa em adesão ao sistema de parcelamento e confissão do débito perante a União. Em regra, o parcelamento simplificado não exige a prestação de garantia pelo devedor. Contudo, em se tratando de débitos em execução fiscal,

55 e-CAC - Portal da Receita Federal aonde se obtém o Código de Acesso ou o uso de Certificado Digital

com penhora ou arresto de bens efetivados nos autos, ou com outra garantia, a concessão do parcelamento fica condicionada à manutenção da garantia prestada, observados os requisitos de suficiência e idoneidade, independentemente do valor do débito.

O parcelamento ordinário é realizado presencialmente e é regulado pelas demais disposições da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 15, não podendo ser concedido pela internet. Conforme determina a Portaria nº 520 do Ministério da Fazenda, a concessão de parcelamento de valor consolidado superior a quinhentos mil reais, em se tratando de débitos inscritos em Dívida ativa, fica condicionada à apresentação, pelo devedor, de garantia real ou fidejussória, idônea e suficiente para o pagamento do débito e se já houver penhora ou arresto nos autos, a concessão do parcelamento fica condicionada à manutenção da garantia prestada.

Ressalta-se que, havendo leilão designado, o parcelamento, inclusive simplificado, somente será admitido se celebrado perante a autoridade administrativa, a seu exclusivo critério, mantidas as garantias prestadas em juízo.

Após protocolizado e instruído o pedido, cabe à Procuradoria Geral da Fazenda Nacional autorizar o parcelamento e manifestar-se expressamente a aceitação da garantia, avaliados os requisitos de idoneidade e suficiência, tendo em vista a acessibilidade e liquidez do bem, o montante consolidado do débito e o prazo pretendido.

Enquanto não deferido o pedido de parcelamento ordinário, o devedor fica obrigado a recolher, a cada mês, como antecipação, valor correspondente a uma parcela.

Nos termos do art. 14-A da Lei 10.522 e art. 26 da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 15, é admitido o reparcelamento de débitos constantes de parcelamento em andamento ou que tenha sido rescindido. No reparcelamento, poderão ser incluídos novos débitos, além daqueles já englobados pelo acordo anterior.

A formalização do pedido de reparcelamento fica condicionada à observância dos requisitos para a concessão do parcelamento, e também ao recolhimento da primeira parcela em valor correspondente a 10% (dez por cento) do total dos débitos consolidados; ou 20% (vinte por cento) do total dos débitos consolidados, caso haja débito com histórico⁵⁶ de reparcelamento anterior, nos termos do §2º do art. 14-A da Lei nº 10.522 e §1º do art. 29 da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 15 .

⁵⁶ O histórico de parcelamento do débito pelo contribuinte será considerado separadamente no âmbito da Receita Federal do Brasil e da Procuradoria da Fazenda Nacional. Assim, apenas é considerado reparcelamento do débito ajuizado quando, após o ajuizamento, foi formalizado um parcelamento, e após o pedido de reparcelamento.

10 PARCELAMENTO DE DÉBITOS INSCRITOS EM DÍVIDA ATIVA E AJUIZADOS NO ÂMBITO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O parcelamento dos débitos inscritos em dívida ativa e ajuizados no âmbito do Estado de Minas Gerais é regido pelo art. 217 da Lei 6763/75, de 26/12/1975 - Consolidação da Legislação Tributária do Estado.

Conforme permite o § 1º do referido dispositivo, a regulação específica referente ao parcelamento pode ser delegada à autoridade fazendária. E de fato é o que ocorre: as formalidades e condições específicas para a realização do acordo no âmbito do Estado de Minas Gerais são definidas pela própria administração pública, por meio da Resolução Conjunta nº 4.079, de 19 de janeiro de 2009.

Conforme determina o art. 3º da Resolução Conjunta nº 4.079, qualquer débito oriundo de termo de auto-denúncia, auto de infração, notificação de lançamento ou declaração de bens e direito é passível de parcelamento. Diversamente do que ocorre na esfera da União, não há vedação referente à natureza do tributo. O art. 5º da Resolução, porém, elenca algumas hipóteses excepcionais nas quais o parcelamento não será concedido deferido⁵⁷.

Ademais, é imperioso esclarecer, por fim, relativamente ao Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores - IPVA, a ressalva de que é vedado o parcelamento do imposto vencido no mesmo exercício do pedido; e relativamente ao Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos - ITCD, a impossibilidade de se efetuar o parcelamento enquanto não vencido o imposto (arts. 20, I, e 22, I, da Resolução Conjunta).

No âmbito do Estado, o parcelamento possui regras específicas conforme o tributo a ser parcelado e, no caso de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços - ICMS e taxas, há diferenciação também de acordo do valor do débito.

As peculiaridades de cada tipo de parcelamento, porém, diversamente do que ocorre no âmbito da União, não se referem ao procedimento de concessão do benefício, mas sim à quantidade de parcelas, seu valor mínimo, à prescindibilidade de garantias e depósito prévio.

São tipos de parcelamento, procedimentos e garantias exigidas:

O parcelamento chamado *ordinário*: é aplicável aos débitos de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de

⁵⁷ Após o recebimento da denúncia pelo juiz, nos casos decorrentes de dolo, fraude ou simulação; e quando o pedido não alcançar todos os créditos de natureza não contenciosa de responsabilidade do sujeito passivo

Serviços - ICMS e taxas cujo valor ultrapasse a cem mil reais, estejam eles ajuizados ou não e depende do oferecimento de fiança, seguro garantia ou garantia hipotecária, que só poderão ser dispensados em alguns poucos casos⁵⁸. Tal parcelamento é regido pelos arts. 15, 16 e 21 da Resolução Conjunta nº 4.079 e tem como característica a necessidade de pagamento de entrada prévia, que é fixada em percentual não inferior a 5% (cinco por cento) do valor do crédito tributário e não inferior ao percentual de cada parcela.

Há também o parcelamento chamado de *excepcional*, com prazo estendido⁵⁹, em se tratando de crédito tributário relativo a Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços - ICMS, inscrito em dívida ativa e ajuizado, quando a situação financeira do sujeito passivo manifestamente o recomendar.

Nas hipóteses de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços - ICMS e taxas, há também o *parcelamento simplificado*, aplicável aos casos que a soma dos créditos tributários do sujeito passivo não ultrapasse a cem mil reais, sendo dispensado o oferecimento de fiança ou garantia hipotecária, havendo, contudo, a necessidade de depósito de entrada prévia, fixada a critério da autoridade administrativa (art. 22).

Por fim, há regras específicas para o parcelamento de débitos de Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos - ITCD e também para aqueles de Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores -IPVA, definidas pelos arts. 20 e 20-A da Resolução Conjunta nº 4.079, referentes à necessidade de garantias, formas e condições do parcelamento.

A despeito das especificidades acima mencionadas, o procedimento para a concessão do parcelamento é o mesmo, qualquer seja a modalidade adotada: o pedido, devidamente instruído, deve ser encaminhado à Advocacia Regional do Estado, onde será aberto um PTA – Processo Administrativo Tributário, no qual será proferido despacho autorizando

58 A critério da autoridade concedente, no caso de pedido de parcelamento com prazo até 36 (trinta e seis) meses; ou quando se tratar de microempresa ou empresa de pequeno porte.

59 Arts. 17 a 19 da Resolução Conjunta nº 4.079.

ou não o parcelamento, e determinando suas condições, os valores da entrada prévia e das parcelas a serem pagas.

No âmbito do Estado de Minas Gerais, a oferta de bens em garantia é a regra - podendo haver dispensa em caráter excepcional - nos parcelamentos ordinário e de débitos de Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos - ITCD. Conforme determinam o art. 15, inciso IV e §2º, com relação ao parcelamento ordinário; e o art. 20, inciso II, com relação ao Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos - ITCD, é necessário oferecimento de fiança, seguro garantia ou garantia hipotecária.

Mesmo após o deferimento do pedido, o parcelamento pode ser revogado de ofício pela autoridade concedente, mediante despacho fundamentado, quando houver o descumprimento dos requisitos legais, ou quando o parcelamento deixar de atender ao interesse e à conveniência da Fazenda Pública Estadual, segundo previsto no art. 36 da Resolução Conjunta nº 4.079.

A Resolução Conjunta nº 4.079, em seu art. 41, permite o reparcelamento do débito pelo sujeito passivo considerado desistente ou cujo parcelamento tenha sido revogado. O pedido, porém, deve ser protocolizado em até 30 (trinta) dias contados da data em que ocorreu a desistência ou revogação. Após tal prazo, o reparcelamento não é possível.

11 PARCELAMENTO DE DÉBITOS INSCRITOS EM DÍVIDA ATIVA E AJUIZADOS NO ÂMBITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

O parcelamento dos débitos inscritos em dívida ativa e ajuizados no âmbito do Município de São Paulo são geridos pela Procuradoria Geral e da Secretaria de Negócios Jurídicos. Dessa forma, as regras do parcelamento são definidas pela própria administração pública por meio da Portaria 02/08 – PGM e da Portaria 01/08 - FISC/SNJ.

Além do parcelamento comum pelo Sistema de Dívida Ativa, há também parcelamentos especiais que não serão abordados neste trabalho. Para os débitos que não estiverem ainda inscritos em dívida ativa o parcelamento poderá ser regularizado pelo PPI (Programa de Parcelamento Incentivado) ou pelo PAT (Parcelamento Administrativo de Débitos Tributários).

Conforme determina o art. 6º da Portaria 02/08 – PGM, qualquer débito é passível de parcelamento. Diversamente do que ocorre na esfera da União, não há vedação referente à natureza do tributo. A ressalva,

contudo, se faz no sentido de que o sujeito passivo só tem a possibilidade de parcelar conjuntamente todos os débitos por ele titularizados, salvo deliberação do Procurador competente. É vedado o parcelamento de apenas um tributo ou exercício dentre vários devidos pelo mesmo contribuinte, nos termos do art. 7º da Portaria 02/08.

No âmbito do Município de São Paulo, o parcelamento possui regras específicas de acordo do valor do débito. Os valores de referência estipulados em ambas Portarias serão atualizados anualmente de acordo com a variação do Índice de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA, apurado pelo Instituto Brasileiro de Estatística - IBGE, consoante parágrafo único do art. 9º da Portaria 02/08 – PGM e §1º do art. 14 da Portaria 01/08 - FISC/SNJ.

As peculiaridades de cada tipo de parcelamento se referem tanto ao procedimento de concessão do benefício quanto à quantidade de parcelas, seu valor mínimo e à prescindibilidade de garantias. Vejamos:

Para débitos de até vinte cinco mil reais, atualizáveis anualmente segundo o Índice de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA, o parcelamento é simplificado. Não prescinde de comprovação de titularidade do requerente para sua concessão, podendo ser requisitado por qualquer indivíduo, desde que o mesmo possua o número do contribuinte, hábil a possibilitar a emissão dos carnês tanto nos postos de atendimento, quanto pela internet.

Por outro lado, se a dívida for acima de vinte e cinco mil reais, atualizáveis anualmente segundo o IPCA, deve-se preencher uma Solicitação de Acordo Especial - SAE, conforme modelo de requerimento fornecido pelo próprio Município em seus postos de atendimento, instruindo-o devidamente com os documentos exigidos pelo art. 8º da Portaria 01/08 FISC/SNJ. O interessado deve se dirigir às unidades de atendimento da Prefeitura de São Paulo e das Subprefeituras para efetuar o requerimento presencialmente, mediante o protocolo do pedido devidamente instruído. Há necessidade de garantias quando, nos débitos de ISS, o valor ultrapassar a cinquenta mil reais.

No caso do parcelamento, porém, apenas o sujeito legítimo pode requerer o parcelamento, isto é: o próprio sujeito passivo, ou aquele que, mediante procuração, certidão imobiliária ou contrato, comprovar sua legitimidade para responder pelo débito em questão.

Para a efetivação de parcelamento de ISS, com valor superior a cinquenta mil reais, é necessária também a oferta de bem em garantia e, neste caso, além das formalidades habituais, o pedido deve ser instruído os documentos cabíveis para comprovação da propriedade e do valor do bem, nos termos do artigo 10 da Portaria nº 01/08 – FISC/SNJ.

Para o parcelamento de débitos de ISS originados de Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) a Ordem Interna n. 81/2010 - FISC excepciona essa

regra, dispensando a necessidade de garantia, mesmo para as dívidas acima de cinquenta mil reais.

Por fim, independentemente do valor do débito, há regras específicas para o parcelamento quando houver leilão designado na execução fiscal.

A concessão de parcelamento de débitos tributários no Município de São Paulo é condicionada ao cumprimento dos requisitos formais exigidos pelas Portarias 02/08 – PGM e 01/08 – FISC/SNJ, especialmente quando se tratar de débitos cujo valor ultrapassar R\$ 25.000,00, atualizáveis anualmente pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA, hipótese na qual é necessária a apresentação de diversos documentos e comprovação de legitimidade.

De acordo com o art. 14 da Portaria 01/08 – PGM, são elencadas autoridades competentes para autorizar a celebração ou a renovação dos acordos de parcelamento. Daí se infere que é possível que, mediante despacho fundamentado, o pedido de parcelamento seja recusado pelo Município.

Dessa forma, além da recusa motivada pelo não atendimento dos requisitos previstos nas Portarias regulamentadoras acima mencionadas, o pedido de parcelamento pode ser recusado a critério da autoridade concedente, mediante despacho fundamentado, quando se entender que o parcelamento, no caso específico, não atende aos interesses da Fazenda Municipal.

No âmbito do Município de São Paulo, são admitidos apenas três reparcelamentos, após os quais, havendo descumprimento, o débito só pode ser quitado à vista. Poderá, contudo, ser concedido novo reparcelamento, mediante autorização expressa e devidamente justificada da autoridade responsável pela fiscalização do parcelamento (Procurador Geral ou Procuradores, conforme competências estabelecidas no art. 9º da Portaria 02/08).

A cada novo reparcelamento serão devidas despesas judiciais e honorários advocatícios em decorrência do prosseguimento da cobrança, conforme determina o art. 16 da Portaria 02/08 – PGM.

12 PARCELAMENTO DE DÉBITOS INSCRITOS EM DÍVIDA ATIVA E AJUIZADOS NO ÂMBITO DO MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE

Comparativamente às demais legislações, a do Município de Belo Horizonte adota, como se constata, procedimento bastante simplificado tanto para o parcelamento como para o reparcelamento.

No âmbito do Município de Belo Horizonte há previsão específica na Lei nº 10.082, de 12 de janeiro de 2011 que foi regulamentada, no que tange o parcelamento e reparcelamento de créditos tributários, fiscais e preços públicos, pelo Decreto nº 14.346, que teve alteração pelo Decreto nº 14.904, de 14/04/2012.

Conforme determina o art. 2º da Lei 10.082, os créditos tributários, os créditos fiscais e os preçõs públicos inscritos ou não em dívida ativa, ajuizados ou não; os que tenham sido objeto de notificação ou autuação; e os denunciados pelo contribuinte para fins de parcelamento poderão ser objeto de parcelamento.

Entretanto, diferentemente do que ocorre com o Município de São Paulo e Estado de Minas Gerais, há restrições quanto aos que podem ser objeto de parcelamento. Assim, é vedado o parcelamento do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN retido na fonte e não recolhido nos prazos estabelecidos na legislação municipal, bem como do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN de autônomos, das taxas municipais e do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU, no mesmo exercício a que se referirem os lançamentos ⁶⁰, salvo quando o débito for inscrito em dívida ativa no curso do exercício, no interesse da Fazenda Municipal. Além disso, não é possível o parcelamento de crédito ajuizado garantido por penhora ou arresto com bloqueio on-line de recursos financeiros.

A formalização do parcelamento se dá com o pagamento da primeira parcela constante da guia que pode ser obtida na internet ou recebida pelos correios e não exige prestação de garantia pelo devedor. Não é necessário deferimento da autoridade administrativa. O pagamento da primeira parcela, por si só, importa em adesão ao sistema de parcelamento e confissão do débito perante a capital mineira.

A adesão ao parcelamento ou reparcelamento poderá ocorrer de duas formas, nos termos do art. 2º do Decreto nº 14.346. Em se tratando do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN sujeito a lançamento por homologação, com a formalização da denúncia e confissão de dívida apresentada em formulário próprio, acompanhado de cópia do documento de constituição ou alteração posterior, que estabeleça a cláusula de administração. Importante ressaltar que essa confissão se refere à denúncia espontânea do ISSQN cujo lançamento é por homologação e não é objeto do presente estudo, uma vez que ainda não inscrito em dívida ativa.

Para os demais créditos, inclusive os que se encontrem inscritos em dívida ativa ou em execução judicial, pelo pagamento do depósito inicial indicado na guia recebida por via postal, ou solicitada via internet no endereço eletrônico www.pbh.gov.br, no Portal de Informações e Serviços, conforme Decreto nº 14.904, de 11/5/2012.

60 Os lançamentos para o mesmo exercício não é objeto do presente estudo que se limita aos créditos inscritos em dívida ativa

No portal de informações e serviços, para obtenção da guia de recolhimento, opta-se pelo item guia de guia ativa, inserindo-se um dos campos mencionados índice cadastral do imóvel, inscrição municipal, CPF ou CNPJ, placa do veículo ou número do lançamento. Para parcelamentos já existentes, basta preenchimento do número do parcelamento existente para obtenção de guia.

No âmbito do Município de Belo Horizonte, o parcelamento possui regras específicas relativo ao número de parcelas que serão determinadas em até 180 (cento e oitenta) parcelas mensais e consecutivas, como regra geral; e em até 60 (sessenta) parcelas mensais e consecutivas, vedado o reparcelamento, quando se tratar de valores do ISSQN denunciados ou confessados pelo contribuinte pessoa jurídica ou pelo responsável tributário, desde que este não tenha procedido à retenção do imposto na fonte, nos termos do art. 4º da Lei nº 10.082/11.

Já os créditos ajuizados somente poderão ser parcelados em até 60 (sessenta) parcelas e reparcelados, por uma única vez, em até 24 (vinte e quatro) parcelas. Entretanto, aqueles que forem garantidos por penhora ou arresto de bens imóveis somente poderão ser objeto de parcelamento em até 24 (vinte e quatro) parcelas, vedado o reparcelamento. Para os créditos objeto de ajuizamento, o parcelamento será concedido somente em até 3 (três) parcelas, vedado o reparcelamento, quando garantidos por penhora ou arresto, sobre o qual recaia uma das seguintes condições: a) com restrição de veículo registrada por meio do sistema on-line de Restrição Judicial de Veículos – RENAJUD –; b) com decretação judicial de indisponibilidade de bens; c) cuja data da praça ou do leilão do bem já tenha sido fixada.

As guias emitidas sempre contêm a opção de pagamento à vista de créditos tributários, fiscais e preços públicos, o que enseja desconto de 15% (quinze por cento), segundo previsão do §4º do art. 2º do Decreto 14.346/11. O pagamento das parcelas poderá ser feito por meio de débito automático em conta corrente. Em se tratando de ISSQN confessado ou denunciado espontaneamente, há neste caso redução para 10% (dez por cento) da multa moratória, conforme previsto no inciso IV do art. 8º da Lei nº 7.378/97. Em se tratando de créditos tributários, fiscais e preços públicos inscritos em dívida ativa, o desconto será de 10% (dez por cento) sobre o valor da parcela quitada nesta opção, nos moldes do que prevê o art. 5º do Decreto 14.346.

São oferecidos abatimento e desconto parcial e progressivos no caso, nos termos do art. 6º do Decreto 14.346/11, conforme Tabela de Bônus de Adimplência, anexa ao citado decreto.

Cabe à Procuradoria Geral do Município providenciar a suspensão da ação executiva em até 05 (cinco) dias após a efetivação do parcelamento com o pagamento da primeira parcela.

O não pagamento de qualquer parcela por um período superior a 60 (sessenta) dias, bem como a suspensão do recolhimento de 02 (duas) parcelas consecutivas mediante débito automático em conta corrente, implicará o cancelamento do parcelamento ou do reparcelamento dos créditos de que trata este Decreto e a restauração do valor original das multas eventualmente reduzidas, relativamente às parcelas não pagas, segundo art. 9º do Decreto nº 14.346/11.

Conforme o art. 9º da Lei no. 10.082/11 o parcelamento dos honorários advocatícios será concedido no mesmo número de parcelas e nas mesmas condições aplicáveis ao respectivo parcelamento ou reparcelamento dos créditos ajuizados.

O parcelamento importa em confissão irrevogável e irretratável do débito e reconhecimento expresso da certeza e liquidez do crédito correspondente, produzindo os efeitos previstos no art. 174, parágrafo único, do Código Tributário Nacional e no art. 202, inciso VI, do Código Civil e configura confissão extrajudicial, nos termos dos arts. 348, 353 e 354 do Código de Processo Civil.

Salienta-se que o Decreto 14.346, de 25/03/2011, nos parágrafos 1º e 2º do art. 2º, previa, na redação original, a necessidade da assinatura do termo de reconhecimento da dívida para a adesão ao parcelamento de créditos ajuizados e dos créditos cujo somatório totalizasse valor igual ou superior a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Além da assinatura do termo de reconhecimento e aceitação em caráter pleno, irrevogável e irretratável da dívida, sem prejuízo do pagamento do depósito inicial, também exigia a apresentação de outros documentos, como o comprovante de endereço do sujeito passivo mediante cópia de conta de água ou luz atualizada; cópia da cédula de identidade e do documento do Cadastro de Pessoas Físicas - CPF, nos casos de créditos relativos a pessoas físicas; documento de constituição ou alteração posterior, que estabelecesse a cláusula de administração, em se tratando de créditos relativos a pessoa jurídica; a Certidão de Registro do Imóvel expedida no prazo máximo de 90 (noventa) dias ou o Contrato Particular de Promessa de Compra e Venda ou Permuta, com firmas reconhecidas em serviço notarial, em se tratando de créditos relativos a imóveis; e do instrumento de mandato, quando fosse o caso, com poderes especiais, nos termos da lei.

Entretanto, a expedição do Decreto nº 14.904, de 11/05/2012, revogou no art.4º os §§ 1º, 2º e 3º do art. 2º do Decreto nº 14.346/11, dispensando, portanto, a assinatura do termo de reconhecimento e aceitação em caráter pleno, irrevogável e irretratável da dívida, para o parcelamento em Belo Horizonte.

13 O PARCELAMENTO COMO CAUSA DE SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO COMO CAUSA DE INTERRUPTÃO DA PRESCRIÇÃO

No art. 151, do Código Tributário Nacional, o inciso VI, incluído pela Lei Complementar nº 101/2001, inseriu o parcelamento como causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Assim, o parcelamento constitui causa de suspensão de exigibilidade do crédito, sendo concedido na forma e condição estabelecidas em lei específica, sem exclusão de juros e multas, aplicando-se as regras da moratória subsidiariamente, segundo Melo.⁶¹

O parcelamento é forma pela qual o sujeito passivo suspende a exigibilidade do crédito por meio do pagamento mensal de parcelas que podem ser iguais ou não e que visam ao final a extinção do crédito, como asseveram Hack; Dallazem.⁶²

Destaca Silva⁶³ que a concessão de parcelamento ao sujeito passivo não faz desaparecer a dívida ativa inscrita, mas enseja a suspensão da dívida ativa como também do respectivo processo de execução, enquanto as parcelas forem sendo pagas dentro de seus vencimentos.

Não se deve confundir suspensão da exigibilidade do crédito tributário com interrupção do prazo prescricional. A suspensão da exigibilidade torna o crédito tributário impedido de ser cobrado. Disso se infere que, estando em curso um parcelamento, não pode a Fazenda Pública intentar a ação executiva fiscal, enquanto estiver suspensa a exigibilidade do crédito tributário. E caso o executivo fiscal já esteja em andamento, há de ser suspenso enquanto perdurar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Neste sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que para ilustrar menciona-se o acórdão proferido no REsp. 545868/RS, Relator Min. Castro Meira, publicado no DJ de 15/08/2005, p. 241.⁶⁴

Por outro lado, como o parcelamento é também ato que importa no reconhecimento do débito pelo devedor, nos termos do art. 174, IV do CTN, é, portanto, causa de interrupção do prazo prescricional. Ou seja, com o advento do parcelamento o prazo prescricional é interrompido, recomeçando seu curso no caso inadimplemento.

61 MELO op. cit., p. 360.

62 HACK; DALLAZEM, op. cit, p. 24.

63 SILVA, op. cit., p. 144.

64 TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. VIOLAÇÃO AO ART. 20 DA LEI Nº 10.522/02. SUSPENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. OFENSA AO ART. 174 DO CTN. INTERRUPTÃO DA PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA.

1 Nos casos de suspensão da exigibilidade do crédito tributário (art. 151 do CTN), o prazo prescricional fica suspenso enquanto perdurar a causa que a determinar. [...]]

Conforme o magistério de Machado⁶⁵:

Interromper a prescrição significa apagar o prazo já decorrido, o qual recomeçará seu curso. Assim, constituído definitivamente um crédito tributário, daí começa o curso da prescrição. Se depois de algum tempo, antes de completar o quinquênio, ocorre uma das hipóteses de interrupção acima indicadas, o prazo já decorrido fica sem efeito e a contagem dos cinco anos volta a ser iniciada.

Ensina Moraes:⁶⁶

Assim, uma vez ocorrida a interrupção da prescrição, três consequências se apresentam fatais, a saber:

- a) o tempo decorrido antes da interrupção da prescrição fica sem valor algum. A interrupção produz, assim, efeito no passado, inutilizando o tempo já decorrido;
- b) a “nova” prescrição começa a correr, imediatamente, como se fosse a primeira vez. Quanto ao futuro, a interrupção determina o reinício da contagem do prazo prescricional;
- c) a “nova” prescrição tem a mesma natureza e duração da prescrição anterior.

Como se vê, no caso de descumprimento do parcelamento, o prazo prescricional é restabelecido a partir da data em que se efetivou o cancelamento do parcelamento do débito. Em sendo assim, novo prazo prescricional começa a fluir no dia em que o executado deixou de cumprir a avença.

Aliás, sobre a questão há também a Súmula 248 do extinto TFR: “O prazo da prescrição, interrompido pela confissão e parcelamento da dívida fiscal, recomeça a fluir no dia em que o devedor deixa de cumprir o acordo celebrado.”

Não cumpre se estender demasiado no assunto, uma vez que a jurisprudência do egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais é pacífica quanto ao esse entendimento, ou seja, que o parcelamento tanto é causa

⁶⁵ MACHADO, op. cit.

⁶⁶ MORAES, Bernardo Ribeiro de Moraes. *Compêndio de Direito Tributário*. v. 2, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 481

de suspensão da exigibilidade do crédito tributário como é causa de interrupção do prazo prescricional.

No entanto, não se pode olvidar que para os créditos de natureza tributária se aplicam as regras do CTN, em especial, o art. 174 do CTN. Conforme Moraes ⁶⁷ para os créditos de natureza não tributária aplicar-se-á aquela constante do Decreto nº 20.910/32, por analogia, não incidindo o disposto no Código Tributário Nacional, quanto ao prazo prescricional.”

Referido dispositivo trata da prescrição para as dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, fixando em cinco anos o prazo para que os administradores exerçam o direito de ação em desfavor da Fazenda Pública. Embora mencionado artigo não faça referência expressa à dívida ativa dos entes públicos, tem-se, por aplicação do princípio da igualdade, corolário do princípio da simetria, a imposição à Administração Pública de igual restrição para a cobrança de seus créditos.

14 CONCLUSÃO

De tudo que acima foi estudado, pode-se inferir que o parcelamento não é um acordo de vontades ou negócio jurídico. A dívida ativa, ainda que parcelada, continua a gozar da presunção de liquidez e certeza, uma vez que obedecidos os requisitos de lei.

O cumprimento dos requisitos previstos no Código Tributário Nacional, mais do que formalismo, afigura-se como dever da administração de agir sob a égide do princípio da legalidade, não apenas quanto à constituição do crédito, da inscrição em dívida ativa do crédito, prevalecendo, também, a submissão no tocante ao parcelamento que obedeça lei específica.

Por outro lado, se a lei do município de Belo Horizonte quanto ao parcelamento não prevê a exigência do termo de confissão ou reconhecimento da dívida, não há sentido impelir a Administração a exhibi-lo, posto que está adstrita ao cumprimento dessa lei. Nesse caso, a adesão ao parcelamento torna-se ato perfeito com o pagamento da primeira parcela, visto que preenchidas as condições previstas na lei instituidora que não inclui dentre as condições para adesão a assinatura de termo de confissão ou reconhecimento de dívida.

A propósito, a adesão daquele que paga a guia de parcelamento implica necessariamente em confissão, uma vez que o devedor não se opõe à exigência do crédito inscrito em dívida ativa, seja ele de natureza tributária ou não tributária. Portanto, só paga aquele que admite de deve.

67 MORAES, op. cit., p. 482.

A confissão, no caso de parcelamento de crédito inscrito em dívida ativa, é desnecessária, já que confissão se refere ao fato em si que não precisa ser comprovado. A confissão é inócua, porque ao devedor não cabe concordar com a dívida que provém do lançamento de tributos, para o caso de créditos de natureza tributária; ou de descumprimento de lei ou contrato, no caso dos de natureza não tributária.

Ademais, a satisfação da obrigação é imposição ao sujeito passivo, não se tratando de ato voluntário. A adesão ao parcelamento se dá pela necessidade de cumprimento da obrigação de pagar que advém da lei e não constitui ato de liberalidade. Com o parcelamento não surge nova obrigação que deva ser comprovada pela confissão. A obrigação de recolhimento aos cofres públicos continua a ser a mesma daquela surgida por ocasião da verificação da ocorrência do fato gerador da obrigação principal ou da constatação da infringência de lei ou contrato. Em contrapartida, os créditos inscritos em dívida ativa, seja ele de natureza tributária ou não tributária, são indisponíveis por parte da Administração.

A adoção de critérios mais flexíveis pela legislação belo-horizontina, em comparação com os demais entes, não pode ser tomada pelo Judiciário como parcelamento inautêntico, suspeito ou inverídico. Cada ente da federação tem autonomia na escolha da legislação sobre parcelamento dos créditos inscritos em dívida ativa, segundo a conveniência. Quando critérios menos rígidos são escolhidos tem-se por escopo fomentar a arrecadação. Não se diga a importância das receitas para o Estado contemporâneo no cumprimento de todas exigentes e necessárias atividades. Assim, como todos os atos administrativos, também a concessão do parcelamento há de gozar da presunção de veracidade, posto que realizado no estrito cumprimento da lei específica.

Não se pode deixar de mencionar que as tecnologias nunca estiveram tão evoluídas, permitindo-nos mais comodidade e conforto para as soluções de providências que no passado demandariam tempo e deslocamento físico até o prédio da Prefeitura. Nesse contexto, a possibilidade de obtenção da guia de parcelamento pela internet não desnatura a presunção de legalidade que gozam os atos administrativos, incluindo-se também a concessão de parcelamento.

Como visto, por meio do parcelamento pode-se regularizar a situação de inadimplência, constituindo, portanto, em um benefício para o contribuinte, mas a benesse não pode se tornar forma de premiar aquele que não honra com o dever para com o Estado, em detrimento dos que pagam pontualmente.

Se se prevalecer o entendimento do egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, estar-se-ia diante de desvirtuação do instituto. Não se reconhecendo as informações e extratos emitidos pela Fazenda Pública,

impressos oriundos do Sistema de Dívida Ativa que demonstram a existência de parcelamento, e transcorrido o prazo prescricional, liberaria o devedor de cumprir a obrigação para com o Erário, já que o crédito restaria fulminado pela prescrição que é causa de extinção. De fato, é isso que vem acontecendo: os julgamentos do Tribunal de Justiça de Minas Gerais vêm premiando o mal pagador e impedindo a Fazenda Pública do recebimento dos créditos a que tem direito, com a conseqüente diminuição da receita.

Nem sequer a presunção de certeza e liquidez de que goza a certidão de dívida ativa por força do que dispõem os arts. 204 do CTN e parágrafo único do art. 3º da Lei 6.830/80 - Lei de Execução Fiscal tem sido suficiente para a validade das informações acerca do parcelamento noticiado no referido título executivo extrajudicial.

Se pairam dúvidas quanto aos procedimentos utilizados pela Fazenda Pública, se os documentos fornecidos pelo Fisco municipal não são fontes fidedignas, que sejam acionados os recursos postos em nosso ordenamento jurídico a fim de se apurar as responsabilidades.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário Esquematizado*. 5. ed. São Paulo: Método, 2011.

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ARANHA, Luiz Ricardo Gomes. *Direito Tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

BELO HORIZONTE. *Lei nº 10.082, de 12/01/2011*. Disponível em: <<http://www.cmbh.mg.gov.br/leis/legislacao/pesquisa>>. Acesso em: 15 jan. 2013.

BELO HORIZONTE. *Decreto nº 14.346, de 25/03/2011*. Disponível em <<http://www.cmbh.mg.gov.br/leis/legislacao/pesquisa>>. Acesso em: 15 jan. 2013.

BELO HORIZONTE. *Decreto nº 14.904, de 14/04/2012*. Disponível em: <<http://www.cmbh.mg.gov.br/leis/legislacao/pesquisa>>. Acesso em: 15 jan. 2013.

BRASIL. *Código Tributário Nacional - Lei nº 5.172, de 25/10/1966*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>. Acesso em: 02 out. 2012.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 02 out. 2012.

BRASIL. *Lei 4.320, de 17/03/1964*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4320.htm>. Acesso em: 02 out. 2012.

BRASIL. *Lei de Execução Fiscal - Lei nº 6830 de 22/09/1980*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6830.htm>. Acesso em: 02 out. 2012.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FANUCCHI, Fábio. *Curso de direito tributário brasileiro*. v. 1, 4. ed. São Paulo: Resenha Tributária, 1979.

FLAKS, Milton. *Comentários à Lei de Execução Fiscal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

FIUZA, César. *Direito Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

HACK, Érico; DALLAZEM, Dalton Luiz. *Parcelamento do Crédito Tributário*. Curitiba: Juruá, 2008.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Civil*, 13. ed. v. II, 1994.

LEVATE, Luiz Gustavo; CARVALHO, Felipe Caixeta. *Lei de Execução Fiscal à luz da doutrina e da jurisprudência*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Hugo de Brito. Confissão Irretratável de Dívida Tributária nos Pedidos de Parcelamento. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 145, out. 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELO, José Eduardo Soares de. *Curso de Direito Tributário*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

MINAS GERAIS. *Lei nº 6.763 de 26/12/1975* - Consolida a Legislação Tributária do Estado de Minas Gerais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/legislacao_tributaria/leis/lei_6763_opcoes.htm> . Acesso em: 19 nov. 2012.

MINAS GERAIS. *Resolução Conjunta nº 4.079, de 19/01/2009*. Disponível em: <http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/legislacao_tributaria/resolucoes/2009/rr4069_2009.htm>. Acesso em: 19 nov. 2012.

MINAS GERAIS. *Agravo de Instrumento nº 1.0672.09398347-2/001*. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0672.09.398347-2%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 19 nov. 2012.

MINAS GERAIS. *Agravo de Instrumento nº 1.0024.11.707547-3/001*. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.11.707547-3%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 19 nov. 2012.

MINAS GERAIS. *Apelação Cível nº 1.0024.00.047671-3/001*. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.00.047671-3%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 19 nov. 2012.

MINAS GERAIS. *Apelação Cível nº 1.0024.01.095149-9/001*. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.01.095149-9%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 19 nov. 2012.

MINAS GERAIS. *Apelação Cível nº 1.0024.01.097354-3/001*. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.01.097354-3%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 19 nov. 2012.

- MINAS GERAIS. *Apelação Cível nº 10024.07.371344-8/001*. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.07.371344-8%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 19 nov. 2012.
- MONTEIRO, João. *Programa do Curso de Processo Civil*. 3. ed. v. II.
- MORAES, Bernardo Ribeiro de Moraes. *Compêndio de Direito Tributário*. v. 2, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de Direito Tributário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- NUNES, Pedro. *Dicionário de Tecnologia Jurídica*. v. 1, 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965.
- PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- PEDRO, Bruno da Conceição São. *Breve análise sobre a possibilidade da renúncia à prescrição do crédito tributário em razão do seu parcelamento*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19916/breve-analise-sobre-a-possibilidade-da-renuncia-a-prescricao-do-credito-tributario-em-razao-do-seu-parcelamento#ixzz2lilejIbk>>. Acesso em: 15 jan. 2013.
- PERIN, Armando João. *Revista Interesse Público – IP*. Belo Horizonte: Fórum, ano 4, n.13 jan./mar. 2011.
- PORTO, Éderson Garin. *Manual da Execução Fiscal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil - parte geral das obrigações*. v.2, 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SANTOS, Marina França. A Fazenda Pública e a efetividade do processo. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte - RPGMBH, Belo Horizonte*, ano 3, n. 5, jan./jun. 2010.
- SÃO PAULO (Estado). *Portaria 01/08 - FISC/SNJ*. Disponível em: <http://www3.prefeitura.sp.gov.br/cadlem/secretarias/negocios_juridicos/cadlem/>

integra.asp?alt=02022008P%20000012008SNJ%20%20%20FISC> . Acesso em: 12 nov. 2012.

SÃO PAULO (Estado). *Portaria 02/08 - PGM*. Disponível em: <http://www3.prefeitura.sp.gov.br/cadlem/secretarias/negocios_juridicos/cadlem/integra.asp?alt=03042004P%20000082004SJ%20%20%20FISC>. Acesso em: 12 nov. 2012.

SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. Natureza jurídica da obrigação tributária. *Revista Fórum de Direito Tributário (RFDT)*. bimensal jul./ago. 2009.

SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SOARES, Carlos Dalmiro da Silva. *Jus Navegandi*, 24 de junho de 1998, Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/1338/efeitos-e-natureza-juridica-do-parcelamento-administrativo-de-creditos-tributarios/2#ixzz2J6zqYXoh>>. Acesso em: 25 jan. 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 1, 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

_____. *Lei de Execução Fiscal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

UNIÃO FEDERAL. *Lei 10.522, de 19/07/2002*. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Leis/2002/lei10522.htm>>. Acesso em: 20 jan. 2013.

UNIÃO FEDERAL. *Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 15, de 15/12/2009*. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Portarias/2009/PortariaConjunta/portconjuntaPGFNRFB015.htm>>. Acesso em: 02 nov. 2012.

UNIÃO FEDERAL. *Portaria Ministério da Fazenda nº 520, de 3/11/2009*. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Portarias/2009/MinisteriodaFazenda/portmf520.htm>>. Acesso em: 02 nov. 2012.

UNIÃO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, *REsp.514.351-PR*, rel. Min. Luiz Fux, j. 20/11/2003, DJU 1 de 19/12/2003. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=514351&b=ACOR>. Acesso em: 20 jan. 2013.

XAVIER, Alberto. *Do lançamento - teoria geral do ato, procedimento e do processo tributário*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

	União	Estado de Minas Gerais	Município de São Paulo/SP	Município de Belo Horizonte/MG
Regência	Lei 10.522/2002, arts. 10 aa 14-F, e Portaria Conjunta PGFN/RFB N° 15, de 15 de dezembro de 2009.	Resolução Conjunta N° 4.079, de 19 de janeiro de 2009.	Portaria 02/08 – PGM e Portaria 01/08 – FISC/SNJ.	Lei n° 10.082, de 12/01/2011; Decreto n° 14.346, de 25/03/2011 e Decreto n° 14.14.904 de 14/04/2012.
Débitos passíveis de parcelamento	Todos, salvo as exceções estabelecidas pelo art. 14 da Lei 10.522, referentes à natureza do débito.	Todos, salvo exceções constantes no art. 5° da Resolução N° 4.079.	Todos, com a ressalva de que é vedado o parcelamento de apenas um tributo ou exercício dentre vários devidos pelo mesmo contribuinte.	Todos, com as exceções estabelecidas no parágrafo único do art. 2° da Lei n° 10.082
Tipos diversos de parcelamento	Procedimento de concessão diverso conforme o valor do débito: simplificado para valores abaixo de R\$ 500.000,00, e ordinário para débitos superiores.	Procedimento de concessão único para todos os casos, com regras materiais específicas conforme o tributo e o valor do débito – superior ou inferior a R\$ 100.000,00.	Procedimento de concessão diverso conforme o valor do débito – superior ou inferior a R\$ 27.515,00. Há previsão especial para os casos nos quais há leilão designado na execução fiscal.	Procedimento diferenciado para o parcelamento do ISSQN sujeito a lançamento por homologação em que a formalização da denúncia e confissão da dívida é acompanhada por documentos *
Requisitos documentais para o acordo	Exigida ampla documentação para o parcelamento ordinário. Dispensa de documentação apenas para o parcelamento simplificado, sem penhora na execução fiscal.	Exigida ampla documentação em todos os casos.	Exigida ampla documentação para o parcelamento de valores acima de R\$ 27.515,00. Dispensa de documentação para o parcelamento simplificado.	Exigência de documentação, nos casos: débito ajuizados com garantia prevista no §4° do art.1° do Decreto n° 14.346/11
Necessidade de garantias	Necessária garantia real ou fidejussória para parcelamento ordinário. Não exigida para parcelamento simplificado.	Necessária ao deferimento do parcelamento ordinário e de ITCD. Dispensada para parcelamento simplificado e de débitos de IPVA.	Necessária ao parcelamento de ISS, com valor superior a R\$ 50.000,00, podendo ser exigida em outros casos pela autoridade.	As garantias previstas na legislação se referem às constrições possíveis na execução fiscal, como penhora, arresto, indisponibilidade e outras previstas na lei processual civil
Existência de despacho da autoridade administrativa	Necessário despacho no parcelamento ordinário e nos casos em que há leilão designado	Necessário despacho em todos os casos	Necessário despacho nos parcelamentos de débitos acima de R\$ 27.515,00.	Inexistência de despacho da autoridade administrativa
Abertura de PTA	Sim, para o parcelamento ordinário. O parcelamento simplificado é documentado por registro eletrônico	Sim, para todos os casos.	Sim, para o parcelamento de débitos acima de R\$ 27.515,00.	Não há, sendo a adesão considerada válida com o pagamento do depósito inicial indicado na guia obtida via correio ou internet
Possibilidade de indeferimento	Sim, em decorrência do não atendimento dos requisitos para concessão, bem como a critério da autoridade, motivadamente, pela inconveniência do parcelamento em face de leilão designado.	Sim, em decorrência do não atendimento dos requisitos para concessão, bem como a critério da autoridade, motivadamente, pelo interesse e conveniência da Fazenda.	Sim, em decorrência do não atendimento dos requisitos para concessão, bem como a critério da autoridade, motivadamente, pelo interesse e conveniência da Fazenda.	Não há indeferimento pela Fazenda

* O parcelamento do ISSQN sujeito a lançamento por homologação em que há formalização da *denúncia espontânea* com a confissão da dívida não é objeto de estudo neste trabalho que enfoca o parcelamento dos *débitos já inscritos em dívida ativa*.

O PRINCÍPIO DA MORALIDADE E O COMBATE AO NEPOTISMO EM LICITAÇÕES PÚBLICAS

*THE MORALITY PRINCIPLE IN THE FIGHT AGAINST
NEPOTISM IN PUBLIC BIDDING*

*Guilherme Salgado Lage
Advogado da União, CJU/MG*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O conceito de nepotismo e a Súmula Vinculante nº 13 do STF; 2 Diferenças entre o ato administrativo de nomeação e o processo licitatório – discricionariedade versus legalidade; 3 Da necessidade de garantia dos princípios constitucionais da presunção de inocência, da isonomia, da legalidade e da liberdade de iniciativa; 4 A densidade normativa dos princípios; 5 Análise do Decreto nº 7.203/2010; 6 Análise dos julgados do Tribunal de Contas da União; 7 Conclusão; Referências.

RESUMO: Este artigo busca analisar a legalidade da inclusão, em Editais de Licitação, de cláusula que proíbe os parentes dos servidores envolvidos no procedimento licitatório de participarem do certame, com fundamento na densidade normativa do princípio da moralidade, na Súmula Vinculante nº 13 do STF, no art. 9º, III da Lei nº 8666/93 e em Acórdãos do Tribunal de Contas da União.

PALAVRAS-CHAVE: Licitação. Nepotismo. Princípio da Moralidade.

ABSTRACT: This article seeks to discuss the legality of clause forbidding persons which belongs to the same family of public servants responsible for the bidding process to participate in this process. The clause object of this review is mainly based on the principle of morality normative density, and decisions from the Brazilian Supremo Tribunal Federal and the Brazilian federal court of audit.

KEYWORDS: Bidding. Nepotism. Principle of Morality.

INTRODUÇÃO

A questão da contratação de parentes de dirigentes de entidades públicas tornou-se questão bastante debatida nos últimos anos, tanto no meio popular quanto no meio jurídico, em que a análise gira em torno da legalidade e constitucionalidade das medidas propostas para o combate a tal prática.

A discussão do tema ganhou corpo através da edição de várias normas por órgãos de controle e correicionais, da jurisprudência do Tribunal de Contas da União atinentes ao nepotismo, e em especial, da Súmula Vinculante nº 13 do Supremo Tribunal Federal.

O presente estudo tem por escopo investigar aspectos controvertidos do tratamento dado pela questão no âmbito da Consultoria Jurídica da União no Estado de Minas Gerais, órgão da Advocacia-Geral da União responsável pelo assessoramento jurídico de todos os órgãos da Administração Pública Federal Direta sediados naquele Estado, onde desenvolveu-se e tem se fortalecido tese de combate ao nepotismo através da introdução de cláusula no instrumento convocatório de licitações públicas, vedando a participação de parentes de dirigentes e servidores que atuam no certame, ou empresas nas quais tais parentes participem.

A cláusula em questão, reiteradamente proposta e defendida por maior parte dos Advogados da União atuantes no órgão supramencionado¹, em linhas gerais é a seguinte:

Não poderão participar desta Licitação:

I - Servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação;

II - Cônjuge, companheiro ou parente, em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de servidor componente da comissão de licitação ou da equipe do pregão ou dirigente do órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

¹ Apenas a título de exemplo, citamos alguns dos pareceres CJU-MG/CGU/AGU em que a cláusula foi proposta: 785/2011, 811/2011, 854/2011, 869/2011, 873/11, 881/2011, 903/2011, 938/2011, 939/2011, 999/2011, 1048/2011, 1052/2011, 1121/2011, 1140/2011, 1145/2011, 1157/2011, 1168/2011, 1169/2011, 1191/2011, 1199/2011, 1234/2011, 1269/2011, 1295/2011, 1296/2011, 1300/2011, 1310/2011, 1324/2011, 1333/2011, 1334/2011, 43/2012, 75/2012, 76/2012, 81/2012, 89/2012, 100/2012, 101/2012, 123/2012, 136/2012, 137/2012, 145/2012, 152/2012, 185/2012, 208/2012, 252/2012, 291/2012, 293/2012, 304/2012, 307/2012, 317/2012, 319/2012, 322/2012, 344/2012, 405/2012, 422/2012, 435/2012, 457/2012, 488/2012, 489/2012, 500/2012, 532/2012, 560/2012, 613/2012, 624/2012.

III - Sociedade que tenha em seu quadro de administração quaisquer das pessoas indicadas nos subitens anteriores.

IV - No caso do subitem anterior, a restrição poderá ser afastada caso comprovada, no caso concreto, a ausência de ofensa aos princípios da isonomia, impessoalidade e moralidade.

Relevante fundamento da tese é a Súmula vinculante nº 13 do Supremo Tribunal Federal, que traz vedação à nomeação de parentes em cargos de livre preenchimento e exoneração, também denominados cargos “*ad nutum*”, e serviria como demonstração da densidade normativa² do princípio da moralidade, tendo em vista que foi criada sem lei expressa que traga os comandos ali expostos. Além disso, os

2 Neste sentido, transcrevo o seguinte trecho do Parecer nº 101/2012/CJU-MG/CGU/AGU, de lavra da Dra. Rafaela Oliveira Carvalhaes:

7. Questão polêmica, que tem despertado acalorados debates dentro desta Consultoria, diz respeito à inclusão da cláusula anti-nepotismo nos nossos editais, independentemente de lei ou ato normativo infraconstitucional.

8. Conforme lições de Gustavo Binenbojm, a Constituição, e não mais a lei, passa a se situar no cerne da vinculação administrativa à juridicidade (Souza, Luciane Moessa de. Autonomia institucional da advocacia pública e funcional de seus membros: instrumentos necessários para a concretização do Estado de Direito. In Advocacia de Estado. Questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça).

9. Seguindo essa nova visão, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 579.951-4, sedimentou o entendimento segundo o qual o princípio da moralidade, previsto no caput do art. 37 da Constituição Federal, tem densidade normativa e, portanto, eficácia imediata para toda Administração Pública. Com base nesse entendimento, o Tribunal vedou a prática de nepotismo no âmbito dos três Poderes da República.

10. O Tribunal de Contas da União, por sua vez, através do Acórdão nº 1170/2010, manifestou-se a favor da aplicação dos princípios constitucionais, entre eles, o da moralidade e impessoalidade, com o fim de vedar a prática de nepotismo nas licitações. Sobre o assunto, transcrevo trecho do voto, verbis:

25. Assim, a interpretação da lei deve levar em conta os princípios que embasam e orientam o ordenamento jurídico, usualmente consagrados em normas constitucionais, como os que acabamos de mencionar. Mas esses princípios não se limitam a orientar a interpretação da lei ou suplementá-la em pontos omissos. Ao contrário, têm a força de autênticas normas jurídicas, que não necessitam ser “densificadas” sob a forma de lei para adquirir normatividade. Além disso, por constituírem autênticos pontos cardeais do ordenamento jurídico, em torno dos quais gravitam todas as demais normas, não se postam simplesmente ao lado, mas sim acima destas.

11. Acrescenta-se a isso, o alerta para o papel disciplinador a cargo do Tribunal de Contas da União também trazido pelo referido voto:

30. Assim, se o órgão de controle não rechaçar, com veemência, o tipo de situação detectada na referida concorrência, que afrontou princípios como o da moralidade e o da legitimidade, pode-se dar um ar de legalidade a comportamento que atenta contra a seriedade que deve cercar as relações entre o Estado e a iniciativa privada e que pode dar margem, como nefasta consequência, a todo tipo de acordo, manipulação de resultados e favorecimentos os mais diversos possíveis, que podem ter início até mesmo no momento em que se estabelecem cláusulas em editais de licitação, termos de referência e minutas de contratos.

limites de parentesco apontados na vedação trazida por tal súmula são analogicamente aplicados à cláusula proposta.

Além disso, segundo os defensores da cláusula em questão, “muito embora a Lei 8.666/93 em seu art. 9º não preveja expressamente a vedação proposta, a mesma decorre da aplicação dos princípios constitucionais da moralidade, impessoalidade e isonomia na licitação”, insculpidos no art. 3º da Lei nº 8.666/93, e “trata-se de vedação de caráter objetivo pela simples existência do grau de parentesco societário, não dependendo de comprovação de eventual favorecimento, no que decorre a necessidade de vedação prévia de participação”³.

O Acórdão nº 1170/2010⁴ do Plenário do TCU é o julgado mais citado na fundamentação da tese, em face de acalorada defesa

12. Por estar fundada nos princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade e, conseqüentemente, ser inegável o seu caráter normativo, manifesto-me favorável à introdução da cláusula anti-nepotismo nos editais desta Consultoria [...]

3 Citação do Parecer nº 613/2012-CJU-MG/CGU/AGU, de lavra do Dr. Marcos Roberto Alcoforado Kuntz.

4 Os trechos do Acórdão nº 1170/2010-Plenário, citados em defesa da implementação da cláusula anti-nepotismo, são os seguintes:

[...]RELATÓRIO

34. A nosso ver, como já indicamos, a falta de comprovação de efetivo favorecimento não exclui a violação ao princípio da moralidade, que ocorre com a simples participação em certame licitatório de pessoa estreitamente vinculada à Administração. De qualquer modo, é desejável, justo e jurídico vedar essa mesma conduta, por encerrar altíssima probabilidade de violação aos demais princípios mencionados. Não é isso, a propósito, o que faz o próprio art. 9º da Lei de Licitações? Não há como negar que, em tese, o autor do projeto, por exemplo, pode ser inteiramente isento em sua elaboração, de modo a não lograr qualquer vantagem caso venha a participar do procedimento licitatório instaurado para executar o serviço projetado. No entanto, é tão grande a probabilidade de que ocorra o contrário, é tão próprio da natureza humana tentar tirar vantagem dessa situação, que a lei houve por bem evitar a mera possibilidade de que isso ocorresse. Diante do dano quase certo, é melhor evitar desde logo sua ocorrência, em vez de, depois, ter de remediar suas conseqüências.

35. Por conseguinte, a participação do recorrente deveria ter sido vedada pelo DNIT e deve ser vedada agora por instigação desta Corte, por encerrar violação ao princípio da moralidade e flagrante potencial de violação aos princípios da isonomia e da impessoalidade.

36. A validade desse raciocínio foi chancelada por ninguém menos que o Supremo Tribunal Federal. No julgamento do RE 579.951-4, o STF decidiu vedar a prática do chamado nepotismo nos três Poderes da República, conquanto só houvesse norma nesse sentido aplicável ao Poder Judiciário. Ao justificar esse posicionamento, declarou expressamente que não era necessária a edição de lei formal para coibir a prática do nepotismo, já que tal medida decorria diretamente dos princípios inscritos no art. 37 da Constituição Federal.

[...] VOTO DO RELATOR:

22. Assim, qualquer situação que não esteja prevista na lei, mas que viole o dever de probidade imposto a todos os agentes públicos ou pessoa investida desta qualidade, deve ser proibida, por ser incompatível com os princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade.

23. A propósito, nessa esteira já decidiu esta Corte de Contas, por meio do Acórdão n. 1.632/2006 – Plenário, segundo o qual “A existência de grau de parentesco entre membro da Comissão Permanente de

dos princípios da moralidade e da impessoalidade, promovida em tal julgado. Tal Acórdão analisa caso concreto no qual foi verificado que dois representantes de um consórcio de empresas particulares, autor do Termo de Referência de Edital de Concorrência do DNIT, eram também sócios de empresa do Consórcio que sagrou-se vencedor naquele certame, caracterizando-se os vínculos técnico, econômico e comercial a que se refere o §3º do art. 9º da Lei 8666/92⁵,havendo também vínculos

Licitação e proprietário de firma participante de certames no órgão configura afronta à Lei n. 8.666/93 e aos princípios da moralidade e da impessoalidade que devem nortear a atuação dos gestores públicos.

24. No Voto condutor do supramencionado Acórdão, o eminente Ministro Relator Marcos Benquerer ressaltou, verbis:

“11. A irregularidade é grave, pois afronta os princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade que devem orientar a atuação da Administração Pública. É patente que há conflito de interesses na situação em que o pai participa de processo licitatório no qual o filho atua como membro da Comissão Permanente de Licitação.

12. Mesmo que a Lei n. 8.666/1993 não possua dispositivo vedando expressamente a participação de parentes em licitações em que o servidor atue na CPL, entendo que foi cristalina a intenção do legislador, com as disposições do art. 9º da indigitada Lei, em vedar a prática de conflito de interesses nos certames da Administração”.(grifei)

[...]

34. O item 35 do Voto condutor do acórdão recorrido também deixa claro que não foi indagado nos autos a existência ou não de direcionamento ou favorecimento ao consórcio vencedor, sendo condição suficiente os vínculos de parentesco, societários e profissionais constatados no certame em questão para macular, de forma definitiva, a licitação. O eminente Relator a quo acrescenta, inclusive, que não há como garantir a lisura no resultado final da licitação, diante da constatação dessas relações pessoais, conforme transcrição a seguir:

39. [...] se a licitação deve ocorrer sob o pressuposto de que há isonomia no tratamento a ser dado aos licitantes, que implica em igualdade de condições de concorrer entre todos os interessados; de que não há qualquer relação de parentesco, profissional ou societária entre gestor(es) do órgão que promove o certame, empresa terceirizada que atua em diversas fases da licitação e qualquer das licitantes; que há impessoalidade no trato entre a Administração e as empresas que concorrem entre si; e que todos os procedimentos devem seguir a estrita legalidade, então só se pode concluir que, se ao menos uma dessas condições – todas de índole constitucional – for desrespeitada, não há como garantir que houve lisura no resultado final da licitação”

35. Diante da situação específica em que se encontravam os agentes envolvidos, que teriam condições suficientes de frustrar a competitividade, produzindo benefícios indevidos e reprováveis em todas as fases do procedimento licitatório (preparação do edital, análise de habilitação e das propostas técnicas e análise dos recursos), coaduno-me com o entendimento do Relator a quo no sentido de que a existência dos vínculos pessoais detectados não garante que a execução da licitação em comento tenha observado os princípios constitucionais da moralidade, impessoalidade e isonomia, não sendo necessário, portanto, a ocorrência de efetivo dano para se anular a licitação.

5 Conforme itens 9 e 19 do voto do relator Benjamin Zymler, no Acórdão nº 1170-2010/TCU-Plenário:

9. “De acordo com o quadro constante do Voto condutor do acórdão recorrido, que resumiu os relacionamentos profissionais, societários e de parentesco entre a Administração do Dnit, o Consórcio STE/Siscon e o Consórcio Geohidro/Consulfer/Magna: (i) o Sr. Luiz Fernando de Pádua Fonseca, então diretor da Diretoria de Infra-Estrutura Ferroviária, tem como enteado o Sr. Evandro Klaus Torres Brígido, um dos sócios da empresa Consulfer; (ii) o Sr. Mário Antônio Garcia Picanço, então coordenador

de parentesco entre integrantes da Administração e os dois consórcios de empresas envolvidos.

São citados ainda, em diversos pareceres favoráveis à tese, os seguintes Acórdãos do Plenário do Tribunal de Contas da União, em que há passagens semelhantes às do julgado já mencionado: 284/2003, 1000/2005, 1893/2010, 2063/2010, 2922/2010, 607/2011.

O autor da tese, Advogado da União Marcos Roberto Alcoforado Kuntz, em sua Nota nº AGU/CGU/NAJ/MG-0518/2010-MRAK, ainda sustenta que o art. 8º, item 5, bem como o art. 9º, item 1 c, do Decreto nº 5687/2006⁶, oriundos da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, impõem ao governo brasileiro a tomada de medidas efetivas para estabelecer critérios adequados de contratação pública, em conformidade com os princípios fundamentais da nação, evitando que o servidor se valha de tal condição para obter benefícios e também a fixação de critérios objetivos e pré-determinados para fundamentar as decisões versando sobre contratação pública, razão pela qual a cláusula anti-nepotismo, a seu ver, seria indispensável nos Editais de licitações públicas promovidas no país.

Ressalto ainda que a limitação da vedação apenas ao caso de parentes de dirigentes e membros da comissão de licitação (e não a

técnico do Consórcio STE/Siscon, além de ser sócio da empresa Consulfer até 26/10/2006, é pai de outros dois sócios desta empresa (Srs. Renato Proença Picanço e Régis Proença Picanço); (iii) o Sr. Fábio Araújo Nodari é sócio tanto da empresa STE quanto da empresa Consulfer. [...]

19. Considerando que o coordenador técnico do consórcio responsável pelo Termo de Referência (Consórcio STE/Siscon), Sr. Mário Antônio Garcia Picanço, era sócio da empresa Consulfer e considerando, ainda, que o Sr. Fábio Araújo Nodari era sócio tanto da empresa STE quanto da Consulfer, restam caracterizados os vínculos técnico, econômico e comercial a que se refere o § 3º do art. 9º da Lei 8.666/92. Dessa forma, não há como se negar a possibilidade de influência do Consórcio STE/Siscon, ao estabelecer as diretrizes do objeto contratado, no resultado da licitação, produzindo distorções incompatíveis com os princípios da isonomia e da moralidade.”

6 Artigo 8

Códigos de conduta para funcionários públicos

[...]

5. Cada Estado Parte procurará, quando proceder e em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, estabelecer medidas e sistemas para exigir aos funcionários públicos que tenham declarações às autoridades competentes em relação, entre outras coisas, com suas atividades externas e com empregos, inversões, ativos e presentes ou benefícios importantes que possam dar lugar a um conflito de interesses relativo a suas atribuições como funcionários públicos. [...]

Artigo 9

Contratação pública e gestão da fazenda pública

1. Cada Estado Parte, em conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, adotará as medidas necessárias para estabelecer sistemas apropriados de contratação pública, baseados na transparência, na competência e em critérios objetivos de adoção de decisões, que sejam eficazes, entre outras coisas, para prevenir a corrupção. Esses sistemas, em cuja aplicação se poderá ter em conta valores mínimos apropriados, deverão abordar, entre outras coisas: [...]

c) A aplicação de critérios objetivos e predeterminados para a adoção de decisões sobre a contratação pública a fim de facilitar a posterior verificação da aplicação correta das regras ou procedimentos; [...]

qualquer servidor), e apenas às empresas que possuíssem tais pessoas em seus quadros de administração (não bastando ser mero sócio), bem como a inclusão de dispositivo dando à comissão de licitação o poder discricionário de afastar a restrição imposta pela cláusula anti-nepotismo, são alterações promovidas na proposta originária de redação da cláusula, decorrentes de argumentação trazida pelo Advogado da União Luciano Medeiros de Andrade Bicalho, através da Nota N° CJU-MG/CGU/AGU-0031/2011-LMAB, que sustenta o seguinte:

[...] a aplicação de vedação de qualquer parente de qualquer servidor praticamente inviabiliza a participação em licitação de sociedades anônimas. Nos dias de hoje, grande parte da população brasileira possui ações de empresas que negociam em bolsa de valores, e, grande parte das empresas hoje possuem ações negociadas em bolsa. Apenas para que se possa visualizar a situação: empresas como Petrobrás S/A, Banco do Brasil S/A, TIM S/A, EMBRATEL S/A, MANESMANN S/A, Vale Do Rio Doce S/A estariam praticamente impedidas de participar de licitação realizada por órgãos da União, uma vez que dificilmente não haveria ao menos um servidor que possuísse um parente sequer proprietário de ações dessas empresas.

Feitas as devidas considerações, apresentados os fundamentos em que se baseiam os defensores da cláusula anti-nepotismo acima transcrita, passaremos, ao longo deste estudo, a analisar de forma detalhada cada um dos argumentos apresentados em sua defesa, buscando verificar a plausibilidade jurídica da inserção de tal regra em editais de licitação pública.

1 O CONCEITO DE NEPOTISMO E A SÚMULA VINCULANTE N° 13 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Para a adequada compreensão do tema, indispensável conhecermos, primeiramente, o significado do termo nepotismo. Segundo consulta ao dicionário priberam⁷, nepotismo é considerado o “valimento de que gozavam junto de certos papas os seus sobrinhos ou parentes”, ou o “favoritismo excessivo dado a parentes ou amigos por pessoal altamente colocada”.

O primeiro significado decorre da própria origem da palavra. Conforme o Wikipédia⁸, o termo “aplicava-se exclusivamente ao âmbito

7 Dicionário Priberam – busca: “nepotismo”. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/dlpo/default.aspx>>. Acesso em: 14 nov. 2012.

8 Wikipédia – busca: “nepotismo”. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Nepotismo>>. Acesso em: 14 nov. 2012.

das relações do *papa* com seus parentes - particularmente com o *cardeal-sobrinho* - (em *latim*: *cardinalis nepos*; em *italiano*: *cardinale nipote*.)”

Ainda segundo tal fonte, nepotismo “atualmente é utilizado como sinônimo da concessão de privilégios ou cargos a parentes no *funcionalismo público*. Distingue-se do *favoritismo* simples, que não implica relações familiares com o favorecido”.

De fato, verifica-se, ao longo de toda a história do Brasil que a nomeação de parentes de autoridades públicas é praxe no âmbito da Administração Pública municipal, estadual e federal, conduta essa incentivada pela possibilidade de livre nomeação de servidores em cargos comissionados e em razão do tratamento normativo do nepotismo ter evoluído muito pouco ao longo de toda a história brasileira.

Observa-se que em nenhuma das Constituições do Brasil sequer constou o termo nepotismo, nem para vedá-lo, nem para autorizá-lo, como assevera Ivan Barbosa Rigolin⁹:

Nem uma breve referência a esse tema consta de modo explícito, ou mesmo implícito, da Carta de 1988. O assunto é-lhe por completo estranho e inusitado — como de resto o é desde a primeira Constituição brasileira, que como todas até o presente jamais se abalçou a restringir nepotismos na Administração.

A escassez normativa sobre o tema dura até hoje, sendo que o nepotismo passou a ser abordado apenas mais recentemente, de forma esparsa e pontual, em resoluções do Conselho Nacional de Justiça, do Conselho Nacional do Ministério Público, Regimentos Internos de Tribunais e Estatutos de Servidores Públicos de entes federativos, sem aplicabilidade geral.

O Supremo Tribunal Federal, no exercício de seu papel de intérprete oficial da Constituição da República, diante da lacuna legislativa existente, buscou sistematizar a questão do nepotismo na Administração Pública, editando súmula vinculante impondo significativas restrições à sua prática:

Súmula Vinculante n^o 13: A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios,

9 RIGOLIN, Ivan Barbosa. Sobre o nepotismo: uma reflexão sobre moralidade e moralismo. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 7, n. 80, p. 10-15, out. 2007.

compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Observa-se que o posicionamento do STF se emparelha com a noção popular da questão, ao associar diretamente o nepotismo à imoralidade, sem qualquer ressalva às peculiaridades da situação na qual ocorre, como bem esclarece Ivan Barbosa Rigolin¹⁰:

A primeira vocação do cidadão, o seu primeiro ímpeto ou o seu arroubo inercial é a de convictamente entender que sempre qualquer nepotismo é inadmissível e inaceitável por imoral por injustamente personalístico, anti-isonômico. E conhecendo um pouco a espécie humana tristemente reiteramos: é mais forte aquele reproche espontâneo quando o nepotismo é alheio e beneficia a outrem, exatamente como asseverava o conhecido moralista profissional que não suportava privilégios, muito em especial quando deles não participava. Assim, se para cada parente beneficiado mil cidadãos não o são, natural resulta que a opinião pública seja a dos mil e não a do único — e tenderá a ser desfavorável à prática.

Todavia, analisando-se detidamente a súmula, abstendo-me de tecer maiores comentários acerca da adequação ou não do entendimento do STF, verifica-se com clareza que, a despeito de todas as críticas existentes^{11,12}, a

10 RIGOLIN, ob. cit.

11 Roberto Wanderley Nogueira, ao analisar a Súmula Vinculante nº 13 do STF, assevera: Com efeito, se se quiser de verdade eliminar da cena institucional brasileira a prática do nepotismo só há duas alternativas igualmente esclarecidas e potencialmente eficazes a seguir: a primeira delas diz respeito à eliminação, na estrutura funcional do Estado, em todos os seus segmentos e hierarquias, da figura jurídica do “cargo comissionado” ou “de confiança” [...]. In NOGUEIRA, Roberto Wanderley. Constituição federal não veda a prática do nepotismo. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-set-30/constituicao_federal_ao_proibe_pratica_nepotismo>. Acesso em: 16 nov. 2012.

12 De acordo com Alice Barroso de Antônio: Indevida a presunção de que todo parente de agente público ingressa em cargos de comissão ou funções de confiança, apenas em virtude de seu vínculo familiar, sem preencher qualquer outra condição para o exercício do serviço público. Tal análise é preconceituosa, taxando, de antemão, de corruptos, todos os parentes de agentes públicos, e exclui da Administração Pública pessoas competentes, por mero laço consanguíneo ou de afinidade. Exonerar servidores públicos e vetar a contratação de pessoal, em virtude de relações de parentesco ou de afinidade com ocupantes de cargos públicos, acarreta inegável discriminação, consubstanciando afronta ao princípio da isonomia, bem como violação ao princípio da universalidade de acesso dos brasileiros aos cargos e funções públicas. Considerando-se, aprioristicamente, toda nomeação de parentes de agentes públicos como inconstitucional, constituir-se-á uma sociedade em que ser parente de autoridade pública seja mácula impeditiva ao acesso à Administração Pública, mesmo nas hipóteses previstas em lei. A família, que hoje é vilipendiada em vários aspectos, passaria a ter mais um perverso obstáculo à sua reafirmação. In: ANTONIO, Alice Barroso de. O nepotismo sob

conduta considerada contrária à Constituição, por aquela corte, é apenas a nomeação, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública Direta ou Indireta, de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor público da mesma Pessoa Jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento.

Em respeito ao princípio da universalidade de acesso aos cargos e funções públicas, aqueles nomeados para exercer cargos de provimento efetivo ou contratados por concurso não foram mencionados pelo texto sumular, mesmo que sejam cônjuges, companheiros ou parentes até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor público investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento da mesma Pessoa Jurídica. Tampouco há qualquer vedação à participação de parentes de servidores em licitações, de forma semelhante à pretendida pela cláusula anti-nepotismo objeto do presente estudo, ou qualquer outra espécie de processo seletivo em que todos os cidadãos possam participar em igualdade de condições, sem possibilidade de interferência lícita da autoridade responsável pelo procedimento.

Por fim, destaca-se que, tendo em vista o posicionamento firmado pelo STF, o Presidente da República editou o Decreto nº 7.203/2010, que não apenas reafirma o posicionamento daquele tribunal, mas também evidencia a impossibilidade de se fazer qualquer interpretação extensiva sobre a questão, como melhor veremos mais adiante.

2 DIFERENÇAS ENTRE O ATO ADMINISTRATIVO DE NOMEAÇÃO E O PROCESSO LICITATÓRIO – DISCRICIONARIEDADE VERSUS LEGALIDADE

Celso Antônio Bandeira de Melo¹³¹⁴, dentre as classificações possíveis de se atribuir aos atos administrativos, quanto ao grau de

a ótica da Súmula Vinculante nº 13 do STF: críticas e proposições. *Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM*, Belo Horizonte, ano 10, n. 31, jan./mar. 2009. Disponível em <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_07/anexos/sumula_vinculante_nro13.pdf> Acesso em: 22 nov. 2012.

13 MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.395.

14 De forma semelhante, leciona José dos Santos Carvalho Filho:

4.2. Discricionariedade e Vinculação: Tendo em conta o tipo de situação por força do qual o ato é praticado, classifica-se o motivo em *motivo de direito* e *motivo de fato*. Motivo de direito é a situação de fato eleito pela norma legal como ensejadora da vontade administrativa. Motivo de fato é a própria situação de fato ocorrida no mundo empírico, sem descrição na norma legal.

Se a situação de fato está delineada na norma legal, ao agente nada mais cabe senão praticar o ato tão logo já está delineada na norma legal, ao agente nada mais cabe em virtude do princípio da legalidade que norteia a Administração. Caracterizar-se-á desse modo, a produção de *ato vinculado* por haver estrita vinculação do agente à lei.

’Diversa é a hipótese quando a lei não delinea a situação fática, mas, ao contrário, transfere ao agente a verificação de sua ocorrência atendendo a critérios de caráter administrativo (conveniência e oportunidade). Nesse caso é o próprio

liberdade da Administração em sua prática, difere atos administrativos discricionários e vinculados da seguinte maneira:

d) Quanto ao grau de liberdade da Administração em sua prática:

77. (1) Atos ditos *discricionários* e que melhor se denominariam *atos praticados no exercício de competência discricionária* – os que a Administração pratica dispondo de certa margem de liberdade para decidir-se, pois a lei regulou a matéria de modo a deixar campo para uma apreciação que comporta certo subjetivismo. [...]

(2) Atos *vinculados* – os que a Administração pratica sem margem alguma de liberdade para decidir-se, pois a lei previamente tipificou o único possível comportamento diante de hipótese prefigurada em termos objetivos.

Segundo ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro,¹⁵, diferentemente dos atos vinculados, em que cabe ao gestor apenas seguir a lei, os atos discricionários dão maior espaço à atuação em desconformidade com o princípio da moralidade:

2.5 A moralidade como limite à discricionariedade administrativa:[...] É principalmente no âmbito dos atos discricionários que se encontra campo mais fértil para a prática de atos imorais, pois é neles que a Administração Pública tem a liberdade de opção entre várias alternativas; todas elas válidas perante o direito. Ora, pode perfeitamente ocorrer que a solução escolhida pela autoridade, embora permitida pela lei, em sentido formal, contrarie valores éticos não protegidos diretamente pela regra jurídica, mas passíveis de proteção por estarem subjacentes em determinada coletividade. [...]

Pode-se argumentar que nem sempre é fácil identificar esse senso moral subjacente em determinada sociedade; e realmente não é, pois os valores são variáveis no tempo e no espaço e nem sempre os padrões de conduta

agente que elege a situação fática geradora da vontade, permitindo, assim, maior liberdade de atuação, embora sem afastamento dos princípios administrativos. Desvinculado o agente de qualquer situação de fato prevista na lei, sua atividade reveste-se de discricionariedade, redundando na prática de ato discricionário. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p.93).

15 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2001. p.161-164.

adotados pela maioria seguem os valores ideais. Mas não há dúvida de que é fácil identificar pelo menos aquelas situações extremas em que, indubitavelmente, se pode afirmar que a conduta é moral ou imoral, segundo a ética da instituição.

Por isso mesmo, a discricionariedade administrativa, da mesma forma que é limitada pelo Direito, também o é pela Moral; entre as várias soluções legais admissíveis, a Administração Pública tem de optar por aquela que assegure o “mínimo ético” da instituição.

[...] a lei, em inúmeros casos, deixa que a Administração extraia da norma suas consequências, segundo juízo de valor a ser feito em cada caso concreto; nessa apreciação, terão que prevalecer os valores éticos da instituição, que constituem limites à discricionariedade administrativa, os quais, se transpostos, ensejam correção pelo Poder Judiciário.

Tal diferenciação é relevante para a análise da questão ora proposta, tendo em vista que a licitação é um procedimento que, em sua fase aberta, pressupõe a realização de vários atos previstos num instrumento convocatório, sendo a maioria deles vinculados. Ressalvado o caso da modalidade convite, não é possível ao gestor sequer saber com antecedência quem serão os possíveis participantes do processo licitatório.

Assim, muito embora o procedimento licitatório, em sua fase interna, dê certa margem de discricionariedade para que o gestor defina o objeto da contratação da forma que melhor atenda ao interesse público envolvido, não há como saber de imediato se as escolhas na elaboração do instrumento convocatório irão ou não beneficiar alguém, posto que, face ao princípio da vinculação ao edital, a escolha do licitante vencedor se dará em razão dos critérios objetivos previamente definidos em edital, ao final do procedimento ali estabelecido.

Mesmo as decisões discricionárias do gestor, feitas no momento da elaboração do instrumento convocatório, devem ser devidamente justificadas e devem estar amparadas nos diversos princípios e normas que regem tal procedimento, de forma que, ao seu final, verificando-se que tais escolhas discricionárias restringiram a competitividade e a busca pela melhor proposta, beneficiando indevidamente o licitante vencedor, não só pode como deve o procedimento licitatório ser anulado¹⁶.

16 8.1) A exaustão da discricionariedade – Cada fase da licitação culmina com uma decisão. Mesmo nas fases ditas internas (tais como “definição do objeto a ser licitado” e “elaboração do edital”), são tomadas decisões fundamentais para definir a futura contratação. Existe uma “especialização” em cada fase da licitação. Ou seja, em cada fase, a atenção se dirige a um certo aspecto do problema. Cuida-se de um ângulo específico da

Observo que, quando necessária a anulação de certame na qual verificada a restrição indevida de competitividade, tal medida deve ser adotada independentemente de quem seja o licitante vencedor. Haja ou não relação de parentesco, verificada alguma irregularidade no processo, tendo em vista as normas e princípios que regem tal procedimento, caracterizado o vício do procedimento, deve ele ser revisto.

Como veremos mais adiante, em todos os julgados do Tribunal de Contas da União utilizados para defender a viabilidade de cláusula anti-nepotismo, ainda que o princípio da moralidade seja argumento usado para determinar a anulação de contratação de parentes, nunca foi este o motivo único da medida, havendo sempre a comprovação de algum fato relevante que, por si só, seria suficiente para invalidar o processo com base em outra premissa legal.

Situação diferente ocorre quando a contratação decorre de uma escolha discricionária do Administrador, feita através de um único ato, como no caso da nomeação de ocupantes de cargos comissionados de livre nomeação e exoneração, ou mesmo nos casos de contratação direta, sem licitação, em que há enorme discricionariedade do gestor para escolher os potenciais contratados. Considerando-se que do ato administrativo discricionário de nomeação tem-se como resultado imediato e, portanto, previamente conhecido por seu autor, o ingresso do nomeado na Administração Pública, a despeito das críticas existentes, torna-se perfeitamente plausível a interpretação feita pelo Supremo Tribunal Federal em sua Súmula Vinculante nº 13, segundo a qual, nesta situação, a contratação de parentes se afigura, *a priori*, inadequada.

Há de se ressaltar também a duvidosa legalidade da subcláusula proposta pelos ilustres Advogados da União da Consultoria Jurídica da União em Minas Gerais, que atribui à equipe de servidores, responsável por conduzir a licitação, poder discricionário de, já na fase aberta do procedimento, permitir ou proibir a participação de cidadão ou sua empresa no certame, sem qualquer previsão legal ou critério exato e

questão a ser decidida. De outro lado, cada decisão condiciona o seguimento do processo licitatório. Assim, quando se define o objeto a ser licitado, está se condicionando o conteúdo do edital. O conteúdo do edital restringe as possibilidades dos concorrentes e delimita as propostas que serão apreciadas etc. Daí aludir-se ao princípio da vinculação ao edital, para indicar o exaurimento da competência discricionária. Ao produzir e divulgar o ato convocatório, a Administração exercita juízos de conveniência e oportunidade sobre o objeto a ser contratado, os requisitos de participação, os critérios de seleção do vencedor. Se a Administração identificar, posteriormente, algum defeito na sua atuação anterior, ser-lhe-á assegurada a faculdade de rever o edital – mais isso importará a invalidação do certame e a renovação da competição. No curso de uma licitação, é vedado alterar os critérios e as exigências fixadas no ato convocatório. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. d. São Paulo: Dialética, 2005. p.47)

objetivo para tal, fundando tal poder apenas nos princípios da isonomia, impessoalidade e moralidade.

Segundo Marçal Justen Filho¹⁷, quando “se define o objeto a ser licitado, está se condicionando o conteúdo do edital”. Para o autor, “o conteúdo do edital restringe as possibilidades dos concorrentes e delimita as propostas que serão apreciadas”, razão pela qual alude-se “ao princípio da vinculação ao edital, para indicar o exaurimento da competência discricionária” do administrador público.

Face à sua relevância para o ordenamento jurídico, os princípios devem servir de norte ao assessor jurídico responsável pela análise do instrumento convocatório, no momento de avaliar a adequação das cláusulas propostas pelo Administrador Público. Todavia, face à sua vagueza e amplitude, não devem os princípios, por si só, servirem como critério para que a comissão de licitações, normalmente formadas por servidores leigos em direito, tomem suas decisões sem sequer verificar circunstância caracterizadora de violação ao princípio que fundamenta o ato a ser praticado.

Ao exercer seu poder discricionário, na fase interna da licitação, o gestor deve firmar critérios objetivos de julgamento, mas não deve atribuir, por mero ato de vontade sem fundamento legal expresso, um novo poder discricionário à administração, a ser aplicado no transcorrer do processo, ainda mais quando sem limites objetivos de aplicação, sob pena de viabilizar uma atuação arbitrária da Administração.

3 DA NECESSIDADE DE GARANTIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, DA ISONOMIA, DA LEGALIDADE E DA LIBERDADE DE INICIATIVA

Considerando-se que, como já esclarecido, o procedimento licitatório, em sua fase aberta, não dá ao gestor margem de discricionariedade para escolher o licitante a ser contratado, e que mesmo as escolhas discricionárias feitas quando da elaboração do Edital devem observar os princípios gerais que regem a Administração Pública, bem como os princípios licitatórios, visando sempre a obtenção da melhor contratação, não há como se beneficiar quem quer que seja sem que se promova um indevido direcionamento do resultado da licitação, que resulta numa ilegalidade, e até em possível crime, tipificados no art. 90 da lei n° 8666/93:

17 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 47.

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Em razão do princípio da presunção de inocência insculpido no art. 5º, LVII da Constituição, a má-fé, o conluio, ou qualquer outro estratagema ilícito não se presumem, devendo ser comprovados pela Administração.

Ademais, ainda que não estivéssemos falando duma situação cuja verificação configurar-se-ia como fato típico criminoso, apesar da literalidade do texto do art. 5º, LVII da Constituição referir-se apenas ao processo penal, tal princípio tem maior amplitude, alcançando também o processo administrativo, conforme já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, no RMS 13546/MA¹⁸.

Desta forma, a inserção de cláusula anti-nepotismo, à medida que visa prevenir a prática de um ato ilegal e criminoso, pelo risco potencial de prática de conduta que favoreça ilicitamente os parentes dos servidores responsáveis pelo certame, acaba padecendo do vício de

18 RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. EXCLUSÃO DE CANDIDATO, EM VIRTUDE DE AÇÃO PENAL CONTRA ELE INSTAURADA. OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ART. 5º, INC. LVII, DA CF/88.

1. O Supremo Tribunal Federal formou compreensão segundo a qual: "Viola o princípio constitucional da presunção da inocência, previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, a exclusão de candidato de concurso público que responde a inquérito ou ação penal sem trânsito em julgado da sentença condenatória". (AgRg no RE 559.135/DF, Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, DJe de 12/6/2008)

2. Seguindo a mesma linha de raciocínio, em acórdão relatado pela em. Ministra Maria Thereza de Assis Moura nos autos do Recurso em Mandado de Segurança n.º 11.396/PR (DJe 3/12/2007), asseverou este Superior Tribunal de Justiça que: "Por força do disposto no artigo 5º, inc. LVII, da CR/1988, que não limita a aplicação do princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade ao âmbito exclusivamente penal, também na esfera administrativa deve ser referido princípio observado".

3. Desse modo, incorre em manifesta inconstitucionalidade o ato que, por motivos de inidoneidade moral lastreados na existência de ação penal, afastou o impetrante do concurso de que participava, impedindo-o de prosseguir nas etapas restantes.

4. Registre-se, por necessário, que, no caso específico dos autos, subsiste nos autos a comprovação de que a referida ação penal foi julgada, tendo o juízo criminal proclamado a absolvição do impetrante, sem qualquer insurgência recursal do Ministério Público.

5. Sendo assim, como bem pontuou o em. Ministro Marco Aurélio de Mello, ao relatar o Recurso Extraordinário n.º 194.872-8/RS (DJ 02.02.01), "Vê-se, portanto, o quanto é sábia a cláusula constitucional que reflete a presunção do ordinário, ou seja, da ausência de culpa".

6. Recurso em mandado de segurança a que se dá provimento, para conceder a ordem e, nessa medida, garantir ao impetrante a participação nas restantes etapas do concurso público a que se submeteu, devendo a Administração providenciar os atos necessários a esse propósito. (RMS 13546/MA)

inconstitucionalidade, à medida que resulta numa presunção absoluta de má-fé e de culpa daqueles impedidos de participar do certame.

Além disso, há também uma violação às avessas do princípio da isonomia, pois, tratando a licitação de um processo visando a escolha objetiva da melhor proposta, o ato de proibir a participação de quem quer que seja por conta de situação pessoal inafastável, deixa tal cidadão cujo direito foi restringido em desvantagem em relação aos demais interessados na licitação.

No dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁹:

63. O princípio da isonomia ou igualdade dos administrados em face da Administração firma a tese de que esta não pode desenvolver qualquer espécie de favoritismo ou desvalia em proveito ou detrimento de alguém. Há de agir com obediência ao princípio da impessoalidade.

Com efeito, sendo encarregada de gerir interesses de toda a coletividade, a Administração não tem sobre estes bens disponibilidade que lhe confira o direito de tratar desigualmente àqueles cujos interesses representa.

Não sendo o interesse público algo sobre que a Administração dispõe a seu talante, mas pelo contrário, bem de todos e de cada um, já consagrado pelos mandamentos legais que o erigiram à categoria de interesse desta classe, impõe-se, como consequência, o tratamento impessoal, igualitário ou isonômico que deve o Poder Público dispensar a todos os administrados.

Uma vez que os interesses que lhe incumbe prosseguir são pertinentes à Sociedade como um todo, quaisquer atos que os órgãos administrativos pratiquem devem, necessariamente, refletir, na medida do possível, a igualdade de oportunidades para todos os administrados. “Todos são iguais perante a lei[...]”, proclamam habitualmente as Constituições. *A fortiori* todos são iguais perante a Administração e seus atos, uma vez que esta nada mais faz senão agir na conformidade das leis.

64. Vários institutos de Direito Administrativo refletem claramente a importância deste princípio. Aplicação dele encontra-

19 MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 71-72.

se, por exemplo, nos institutos da licitação e do provimento de cargo público mediante concurso.

A Administração direta ou indireta não pode distribuir como benesses as vantagens econômicas dos negócios em que tenha de intervir ou os cargos e empregos em seus vários órgãos. Justamente porque nenhum destes bens tem o cunho de propriedade particular utilizável ao alvedrio do titular, a Administração, que gere negócios de terceiros, da coletividade, é compelida a dispensar tratamento competitivo e equitativo a todo administrado.

A exigência de licitação para a realização de negócios com os particulares não traduz apenas o desejo estatal de obter o melhor produto ou serviço com menores ônus. Implica, também, a obrigação de oferecer aos particulares, que se dispõem a fornecer o bem ou o serviço, a oportunidade de disputar em igualdade de condições. Assim, o instituto da licitação não tem em mira, apenas, os cômodos do Estado, mas também, encarece interesses dos particulares em face dele.

Desta forma, se os demais licitantes têm o direito de serem tratados de forma isonômica em relação aos parentes dos servidores dos órgãos licitantes, de forma que não estes não tenham qualquer tipo de privilégio, a recíproca é verdadeira, de modo que tais parentes também têm o direito de não sofrer qualquer tipo de restrição ao seu direito de participar numa licitação, que é um instrumento criado exatamente para garantir a igualdade de oportunidades dentro os interessados em contratar com a Administração.

A limitação de direito do cidadão sem previsão legal expressa viola também o princípio da legalidade, garantia fundamental estabelecida no art. 5º, II da Constituição da República, segundo a qual, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

O princípio da legalidade é um dos sustentáculos do Estado Democrático de Direito. Segundo lição de Hely Lopes Meirelles²⁰:

A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar

20 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1994. p.83.

ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

Para Oswaldo Aranha Bandeira de Melo²¹, “somente a lei cria, modifica e extingue direitos e obrigações ou estabelece restrições a igualdade, a liberdade e a propriedade ou alteração no estado das pessoas.”

A inclusão de cláusula anti-nepotismo em Editais de licitação, como regra geral e abstrata a ser aplicada independentemente das peculiaridades do caso, resultaria na criação de regra geral de licitação pelo administrador público, sendo que, conforme art. 22, XXVII²² da Constituição Federal, tal tarefa é constitucionalmente delegada ao poder legislativo, mediante a criação de lei.

Uadi Lamêgo Bulos²³ sintetiza bem as ideias aqui invocadas:

O art.9º, da Lei 8.666/1993 lista, taxativamente, o rol de hipóteses, com base numa ordem *numerus clausus*, pelas quais pessoas físicas ou jurídicas encontram-se impedidas de participarem, direta ou indiretamente, de licitações, nos termos ali previstos. Neste particular, só o Poder Legislativo, e mais ninguém, poderá regular a matéria, sob pena de ofensa direta ao disposto no art.22, XXVII, do Texto Magno. Assim, presentes os pressupostos lógico – pluralidade de objetos e de ofertantes; jurídico – atendimento ao interesse público; e fático – presença de vários interessados em disputar o certame, nada poderá invalidar, do ponto de vista jurídico, a licitude e a legitimidade do certame licitatório. O contrário disso seria empreender interpretação inconstitucional de leis constitucionais.

Certamente, o mero parentesco não se afigura argumento idôneo para se firmar a presunção de que a moralidade, a impessoalidade, a isonomia etc., foram, necessariamente, malsinadas.

21 Citação extraída da Ementa do Acórdão do TRF proferido na AMS 8901090554 (DJ 15/10/1990) que, por sua vez, cita a seguinte fonte: BANDEIRA DE MELO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. v.1. 2. ed. São Paulo: Forense, 1979. p.360.

22 CR/88 - Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...]

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

23 BULOS, Uadi Lammêgo. Licitação em caso de parentesco. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1855, 30 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11555/licitacao-em-caso-de-parentesco>>. Acesso em: 19 nov. 2012.

Neste mesmo sentido, ensina Carlos Pinto Coelho Motta²⁴:

Os impedimentos à participação na licitação acham-se delineados nos arts. 9º e 33, IV, da Lei 8.666/93; no art. 19, IV, da Lei 8.987/95; e no art. 31 da Lei 9.704/95. Não podem ser estendidos ou alterados.

O direito a participar de licitação não pode ser restringido por regra editalícia, pois o instrumento convocatório não cria, e tampouco inova, no mundo jurídico. Tais atribuições só se deferem à lei. [...]

As vedações previstas no art. 9º da Lei nº 8.666/93 tem o claro intuito de preservar os princípios da isonomia, moralidade e impessoalidade. Nas situações ali previstas, o legislador traz uma presunção absoluta de que a participação das pessoas ali arroladas em procedimentos licitatórios viola aos princípios em questão.

Observe-se que nossa Corte de contas, desde há muito tempo, como se pode ver, por exemplo, em sua Decisão nº 877/1998 – Plenário²⁵, também tem entendido que o vínculo de parentesco com servidores do órgão não criaria um impedimento apriorístico à participação em licitação, conforme se subsume do seguinte trecho do referido julgado:

24 MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. Belo Horizonte: Del Ry, 2005. p. 141.

25 Decisão nº 877/1998 – Plenário – TCU:

Classificação de empresa pertencente à irmã do prefeito municipal “Quanto à classificação da empresa Comercial de Alimentos Lumari Ltda., parece-nos não haver restrições na Lei nº 8.666/93. Cabe observar que a restrição contida no § 3º do art. 9º da citada norma, considera participação indireta ‘... a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre o autor do projeto, pessoa física ou jurídica, e o licitante ou responsável pelos serviços, fornecimentos e obras, incluindo-se os bens e serviços a estes necessários’ (grifo nosso). O referido dispositivo legal acha-se inserido na Seção III da Lei nº 8.666/93, cujo título é ‘Das Obras e Serviços’.

Cabe destacar, ainda, que o próprio texto da lei delimita a restrição aos vínculos existentes entre, de um lado, o autor do projeto, deixando claro aplicar-se a obras e serviços, e de outro lado ‘o licitante ou responsável pelos serviços, fornecimentos e obras, incluindo-se os bens e serviços a estes necessários’.

Não se pretende aqui olvidar os riscos potenciais que laços familiares existentes entre fornecedores de bens e responsáveis na Administração podem representar à lisura de um procedimento licitatório. Contudo, não se pode, aprioristicamente, declarar imoral ou ilegal a existência desta relação.

O que se deseja é a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração, respeitadas as exigências do edital. Caso o legislador tivesse a intenção de, genericamente, impedir parentes de participarem de fornecimento de bens à Administração, isto estaria claramente explicitado em lei. Em não o fazendo, o legislador igualou o familiar de responsável a outro licitante qualquer. Portanto, os esforços no sentido de se impedir favorecimentos, decorrentes das relações de parentesco entre fornecedores de bens e responsáveis na Administração, estão restritos à análise do caso concreto.”

Não se pretende aqui olvidar os riscos potenciais que laços familiares existentes entre fornecedores de bens e responsáveis na Administração podem representar à lisura de um procedimento licitatório. Contudo, não se pode, aprioristicamente, declarar imoral ou ilegal a existência desta relação.

Em decisão mais recente, *in casu*, o Acórdão nº 2575/2009 – Plenário TCU, o Tribunal foi enfático ao sustentar a taxatividade do art. 9º da Lei nº 8.666/93 e a violação ao princípio da legalidade ao se restringir abstratamente a participação em licitação de familiares de servidores do órgão licitante:

2.1. DA INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS COM SÓCIOS QUE TENHAM VÍNCULOS SUBJETIVOS

O art. 3º, § 1º, I, da Lei 8666/93, veda que se estabeleçam nas licitações 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. Pois bem!

Desde quando vínculo subjetivo entre sócios de empresas diferentes é relevante para a contratação com a Administração Pública? O que importa é o cumprimento do contrato e em condições vantajosas para a administração.

Por outro lado o art. 5º, XIII, da CF/88 assegura a liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão. Então, não se pode impedir que pessoas, mesmo com “vínculos subjetivos”, formem empresas distintas e estatui o art. 9º da Lei nº 8.666/93 as seguintes vedações que são taxativas:

Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;

II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de

mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado;

III - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

Como se vê, não se enquadra a empresa, ora defendente, em qualquer das hipóteses previstas no dispositivo legal acima, motivo pelo qual é inquestionavelmente regular sua participação nos certames.

Julgar de modo diverso importaria ferir explicitamente o consagrado inciso II do art. 5º da Constituição Federal de 1988, *verbis*:

Art. 5º, [...] II - “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”. [...]

As vedações existentes são as expressamente contidas na lei, voltadas unicamente e exclusivamente aos agentes administrativos, como forma de preservar a eleição dos contratados. (M. SEABRA FAGUNDES apud MARÇAL JUSTEN FILHO, in: Curso de Direito Administrativo, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 319).

O dispositivo deve ser objeto de interpretação estrita, eis que se trata de norma limitadora de direitos e disciplinadora de atividades.

Por fim, a Defendente demonstrou reunir os requisitos mínimos para integrar os certames licitatórios. São os seguintes, na lição de HELY LOPES MEIRELES: capacidade jurídica, capacidade técnica, idoneidade financeira, regularidade fiscal e regularidade trabalhista. (Direito Administrativo Brasileiro. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 293).

Conforme se vê no Acórdão acima, o direito do cidadão de participar em licitações, além de insculpido no art. 5º, II da Magna Carta, decorre também dos princípios econômicos da livre iniciativa e livre concorrência. Em lição de José Afonso da Silva²⁶, a liberdade de iniciativa envolve a liberdade de indústria e comércio e a liberdade de contrato.

Assim, pode o cidadão contratar com qualquer um, e qualquer restrição a tal liberdade precisa ser expressamente prevista na lei,

²⁶ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 710.

considerando-se como tal as normas primárias constantes do art. 59 da Constituição Brasileira, conforme prevê o parágrafo único do art. 170²⁷ da Constituição, que também erigiu a livre iniciativa a princípio fundamental da República Federativa do Brasil.

4 A DENSIDADE NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS

Não há controvérsia quanto ao fato de que interpretação e aplicação das leis deve levar em conta os princípios que embasam e orientam o ordenamento jurídico, usualmente consagrados em normas constitucionais, tais como o princípio da moralidade. Além disso, os princípios não se limitam a orientar a interpretação da lei ou suplementá-la em pontos omissos, tendo força de autênticas normas jurídicas, que não necessitam ser “densificadas” sob a forma de lei para adquirir normatividade.

Entretanto, para os defensores da cláusula anti-nepotismo, por constituírem autênticos pontos cardeais do ordenamento jurídico, em torno dos quais gravitam todas as demais normas, os princípios constitucionais devem se postar acima das regras jurídicas ordinárias, sendo-lhes garantida uma eficácia máxima, a ponto de possibilitar a criação da cláusula editalícia proposta, mesmo que inexistia dispositivo legal que a ampare de forma clara e expressa.

Todavia, vejamos as lições de Walter Claudius Rothemburg, Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos acerca dos princípios:

Os princípios são dotados de vagueza, no sentido de uma enunciação larga e aberta, capaz de hospedar as grandes linhas na direção das quais deve orientar-se todo o ordenamento jurídico. Trata-se da expressão de valores principais de uma concepção do Direito, naturalmente abstratos e abrangentes. Não quer isso dizer, todavia, que os princípios são inteiramente ou sempre genéricos e imprecisos: ao contrário, possuem um significado determinado, passível de um satisfatório grau de concretização por intermédio das operações de

27 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...] Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

aplicação desses preceitos jurídicos nucleares às situações de fato, assim que os princípios sejam determináveis em concreto.²⁸

Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos (2003, p.150) apresentam três critérios para distinguir princípios de regras: 1) conteúdo; 2) a estrutura normativa; 3) as particularidades da aplicação. Quanto ao conteúdo, os princípios têm por objeto valores ou fins, enquanto as regras descrevem uma conduta. No que toca à estrutura normativa, os princípios não descrevem condutas, cabendo ao intérprete estabelecer quais ações devem ser tomadas, enquanto as regras já trazem os atos a serem praticados diante de um fato preestabelecido. Os princípios são aplicados através da ponderação diante de um caso concreto, enquanto as regras se aplicam sob a forma do tudo ou nada, mediante subsunção.²⁹

Como se pode ver, há de se considerar que os princípios têm alta abstração e baixa densidade normativa, enquanto que as regras têm baixa abstração e alta densidade normativa, além do fato de que princípios podem ainda conflitar entre si, fazendo com que a criação de cláusula anti-nepotismo em Edital, de forma geral e abstrata, buscando privilegiar os princípios da moralidade e impessoalidade, acabam resultando na violação aos princípios da legalidade, da isonomia, da presunção de inocência e da livre iniciativa, conforme já verificamos no tópico anterior.

Lucas Rocha Furtado, no mesmo Acórdão nº 1170/2010³⁰ do Plenário do TCU, usado em defesa da cláusula anti-nepotismo, ao analisar situação envolvendo relação de parentesco entre dirigente

28 ROTHEMBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. p. 17/18.

29 FAZOLI. Carlos Eduardo Freitas. Princípios Jurídicos. *Revista Uniara* nº20. 2007. p.21. Disponível em: <http://www.uniara.com.br/revistauniara/pdf/20/RevUniara20_03.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2012.

30 Acórdão nº 1170/2010 – TCU – Plenário:

“3. Na sessão Plenária de 7/4/2010, coloquei o presente processo em julgamento, sendo adiada sua discussão em face do pedido de vista formulado pelo Procurador-Geral Lucas Rocha Furtado. Conforme parecer transcrito abaixo, o representante do Parquet especializado manifestou sua concordância com a análise empreendida pela Secretaria de Recursos, propondo a negativa de provimento ao pedido de reexame, verbis: “Formulei pedido de vista, com espeque no art. 112 do Regimento Interno do TCU, a fim de melhor examinar os elementos ressaltados por V. Ex.” acerca de matéria posta em julgamento, na Sessão de 07.04.2010, tratando de questão jurídica que me pareceu merecer análise um pouco mais detida por parte deste Órgão Ministerial. Refiro-me, especificamente, à discussão sobre a juridicidade de procedimento licitatório do qual se sagra vencedor consórcio cujo sócio de uma das empresas consorciadas tem relação de parentesco com dirigente do órgão público responsável pelo certame.

Conforme se verifica dos autos, o Sr. Luiz Fernando de Pádua Fonseca, diretor de infra-estrutura ferroviária do DNIT, tem como enteado (parente por afinidade em linha reta de 1º grau) o Sr. Evandro Klaus Torres Brígido, sócio da empresa Consulfer, integrante do consórcio vencedor da licitação.

do órgão licitante e sócio da empresa vencedora da licitação, tem entendimento neste mesmo sentido, ao afirmar que o “simples laço de parentesco entre o dirigente do órgão responsável pela licitação e o sócio da licitante vencedora não é suficiente para infirmar o certame” e que “a dita densidade normativa dos princípios não é capaz de criar proibições quando, em abstrato, não se pode dizer que há significativa probabilidade de violação ao valor protegido pelo preceito”.

Porém, diante da impossibilidade de criação de regra geral e abstrata e da já verificada taxatividade do art. 9º da Lei 8.666/93, como preservar os princípios da moralidade e da impessoalidade em licitações, sem gerar tal conflito com outros princípios igualmente relevantes?

Para responder tal questionamento, transcrevo trecho do brilhante artigo do Juiz Federal George Marmelstein Lima³¹:

Surge, em razão dessa impossibilidade de se aplicar os critérios clássicos para resolver antinomias, no caso de conflito entre princípios, uma tormentosa questão: *quid iuris* no caso de uma colisão de princípio constitucionais, já que eles possuem a mesma hierarquia normativa e, portanto, devem ser igualmente obedecidos? Escolhe-se o axiologicamente mais importante, afastando integralmente a aplicação do outro? A nosso ver, não é essa, a priori, a melhor solução. Afinal, quem irá determinar qual o princípio “axiologicamente mais importante”? Para o fazendeiro, dono da terra, o princípio mais

Muito embora a análise da questão envolva a interpretação do art. 9º, inciso III, § 3º da Lei nº 8.666/93, infere-se que o acórdão recorrido fundou-se basicamente em argumentos de ordem principiológica para afirmar a invalidade da licitação, e, por conseguinte, o contrato dela derivado, ao argumento de que as irregularidades importaram em inobservância dos princípios da isonomia, legalidade, moralidade e impessoalidade, indicados no art. 37, “caput”, da Constituição Federal.

Manifesto minha concordância com a análise empreendida pela Secretaria de Recursos. Nada obstante, penso oportuno tecer breves considerações adicionais apenas no sentido de reforçar a proposta a que ora anuo.

De início, anoto que o simples laço de parentesco entre o dirigente do órgão responsável pela licitação e o sócio da licitante vencedora não é suficiente para infirmar o certame. Por mais que se pretenda dar efetividade aos princípios estatuídos no artigo 37, “caput”, da Constituição, não vejo como deduzir da generalidade ínsita aos princípios impedimento ao interessado, na hipótese que ora se coloca, de participar da licitação, pois o vínculo parental pode não representar ameaça ao bem jurídico que a moralidade tenciona proteger.

Digo isso porque se o agente público desempenha suas atribuições em unidade ou setor distinto daquele incumbido de realizar o procedimento licitatório, ainda que no mesmo órgão, como no caso, por exemplo, de um motorista, não seria razoável admitir, só com supedâneo na relação familiar, ofensa à lisura e à competitividade do certame que impeça, sem proibição legal expressa, o irmão do citado servidor de participar da licitação. Daí resulta que a dita densidade normativa dos princípios não é capaz de criar proibições quando, em abstrato, não se pode dizer que há significativa probabilidade de violação ao valor protegido pelo preceito.”

31 LIMA, George Marmelstein. *A hierarquia entre princípios e a colisão de normas constitucionais*. Disponível em: < http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=45 >. Acesso em: 14 nov. 2012.

importante certamente será o da propriedade; para o “sem-terra”, o da função social da propriedade.

Duas soluções foram desenvolvidas pela doutrina (estrangeira, digase de passagem) e vêm sendo comumente utilizada pelos Tribunais. A primeira é a da concordância prática (Hesse); a segunda, a da dimensão de peso ou importância (Dworkin). A par dessas duas soluções, aparece, em qualquer situação, o princípio da proporcionalidade como “meta-princípio”, isto é, como “princípio dos princípios”, visando, da melhor forma, preservar os princípios constitucionais em jogo. O próprio HESSE entende que a concordância prática é uma projeção do princípio da proporcionalidade.

A nosso ver, essas duas soluções (concordância prática e dimensão de peso e importância) podem e devem ser aplicadas sucessivamente, sempre tendo o princípio da proporcionalidade como “parâmetro”: primeiro, aplica-se a concordância prática; em seguida, não sendo possível a concordância, dimensiona-se o peso e importância dos princípios em jogo, sacrificando, o mínimo possível, o princípio de “menor peso”. [...] no nosso entendimento, a ponderação de valores, pela carga axiológica mesma inserta nessa atividade, faz com que a decisão do caso concreto dependa sobremaneira da postura ideológica do hermeneuta: é uma “solução de compromisso”. [...] Como diria LOUIS VEUILLOT, publicista do século passado: “quando eu sou o mais fraco eu vos peço liberdade porque tal é o vosso princípio; mas quando eu sou o mais forte, eu vos nego esta liberdade porque tal é o meu”³².

Portanto, somente diante do caso concreto será possível resolver o problema da aparente colisão de princípios, através de um ponderação (objetiva e subjetiva) de valores, pois, ao contrário do que ocorre

32 Até KELSEN, no auge da neutralidade ultra-ideológica contida na sua Teoria Pura do Direito, reconhece que o direito positivo oferece apenas um moldura na qual encontram-se inseridas várias possibilidades de aplicação: “a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que - na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar - têm igual valor, se bem que apenas uma dela se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito - no ato do tribunal, especialmente. [...] Configura o processo desta interpretação como se se tratasse tão-somente de um ato intelectual de clarificação e de compreensão, como se o órgão aplicador do Direito apenas tivesse que pôr em ação o seu entendimento (razão), mas não a sua vontade, e como se, através de uma pura atividade de intelecção, pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha que correspondesse ao Direito positivo, uma escolha correta (justa) no sentido do Direito positivo” (KELSEN, *Teoria Pura do Direito*. Martins Fontes, São Paulo, 1995. p. 390).

com a antinomia de regras, não há, a priori, critérios formais (meta-normas) e *standards* preestabelecidos para resolvê-lo.

O intérprete, no caso concreto, através de uma análise necessariamente tópica, terá que verificar, seguindo critérios objetivos e subjetivos³³, qual o valor que o ordenamento, em seu conjunto, deseja preservar naquela situação, sempre buscando conciliar os dois princípios em colisão. É a busca da composição dos princípios.

Nesse caso, a legitimidade da interpretação apenas será preservada na medida em que, em cada caso, informada pelo critério da proporcionalidade, essa composição seja operada³⁴. Ou seja, “a especificidade, conteúdo, extensão e alcance próprios de cada princípio não exigem nem admitem o sacrifício unilateral de um princípio em relação aos outros, antes reclamam a harmonização dos mesmos, de modo a obter-se a máxima efetividade de todos eles”, conforme a lição de CANOTILHO.

Podemos citar ainda, dentro desta mesma lógica, o magistério de Carlos Ari Sundfeld³⁵:

“Os princípios são as idéias centrais de um sistema, ao qual dão um sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se. A enunciação dos princípios de um sistema tem a utilidade de ajudar o ato de conhecimento do sistema jurídico que o ordenam e possuem caráter normativo, pois são usados para resolverem casos concretos.”

33 Nesse sentido, BARROSO: “A impossibilidade de chegar-se à objetividade plena não minimiza a necessidade de se buscar a objetividade possível. A interpretação, não apenas no direito como em outros domínios, jamais será uma atividade inteiramente discricionária ou puramente mecânica. Ela será sempre o produto de uma interação entre o intérprete e o texto, e seu produto final conterá elementos objetivos e subjetivos. E é bom que seja assim. A objetividade traçará os parâmetros de atuação do intérprete e permitirá aferir o acerto de sua decisão à luz das possibilidades exegéticas do texto, das regras de interpretação (que o confinam a um espaço que, normalmente, não vai além da literalidade, da história, do sistema e da finalidade da norma) e do conteúdo dos princípios e conceitos de que não se pode afastar. A subjetividade traduzir-se-á na sensibilidade do intérprete, que humanizará a norma para afeição-la à realidade, e permitirá que ele busque a solução justa, dentre as alternativas que o ordenamento lhe abriu. A objetividade máxima que se pode perseguir na interpretação jurídica e constitucional é a de estabelecer os balizamentos dentro dos quais o aplicador da lei exercitará sua criatividade, seu senso do razoável e sua capacidade de fazer a justiça do caso concreto” (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2. ed. Saraiva, São Paulo, 1998. p. 256).

34 GRAU, Eros Roberto. *Licitação e Contrato Administrativo*. Malheiros, São Paulo, 1995. p. 17.

35 SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 176.

Desta forma, podemos concluir que, para a adequada aplicação do princípio da moralidade às licitações, cabe ao Administrador e aos órgãos de controle, ponderando os valores envolvidos, verificar, no caso concreto, se há indícios de ação ou omissão do servidor (ou pessoa que tenha poder de mando sobre ele, como um político, por exemplo), ocorrida a em qualquer momento do procedimento, desde a fase interna até o encerramento do certame, que possa ter influído ilicitamente no resultado da licitação, beneficiando licitante com quem o servidor mantenha relação de parentesco. Pode-se verificar, por exemplo, se não houve detalhamento excessivo do objeto visando beneficiar parente ou se o servidor cujo parente apresentou proposta omitiu-se no dever de pedir seu afastamento da comissão de licitação, conforme previsto nos artigos 18 a 20 da Lei de processo administrativo, que assim dispõem:

Lei nº 9.784/99:

Art. 18. É impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que:

I - tenha interesse direto ou indireto na matéria;

II - tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau;

III - esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro.

Art. 19. A autoridade ou servidor que incorrer em impedimento deve comunicar o fato à autoridade competente, abstendo-se de atuar.

Parágrafo único. A omissão do dever de comunicar o impedimento constitui falta grave, para efeitos disciplinares.

Art. 20. Pode ser argüida a suspeição de autoridade ou servidor que tenha amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau.

Neste ponto, destaco importante trecho referente à análise do recurso contra o Acórdão 2.105/2008 - TCU – Plenário, transcrito no Acórdão N° 1170/2010 – TCU – Plenário, que demonstra que aquele tribunal não busca estabelecer norma editalícia geral e abstrata vedando a participação de parentes de servidores em licitações, ou mesmo de dar-se interpretação extensiva ao art. 9º da Lei 8.666/93, mas sim aplicar o princípio da moralidade diretamente ao caso concreto. Vejamos:

Acórdão n° 1170/2010 – TCU – Plenário

III. ANÁLISE DO RECURSO

3.1. Argumentos [...]

10. O próprio TCU e outros tribunais já decidiram que o rol de impedimentos do art. 9º da Lei 8.666/1993 é taxativo. Normas restritivas de direitos devem ser interpretadas restritivamente.

[...]

14. O acórdão considera que os relacionamentos pessoais apontados constituem por si só ofensa aos princípios da isonomia, da impessoalidade e da moralidade. Mas princípios não são violados em abstrato, mas sim por fatos concretos incompatíveis com seu conteúdo. Assim, é preciso demonstrar algum fato real que tenha importado em privilégio para o recorrente. O raciocínio adotado no acórdão engendra subjetividade e relativismo incompatíveis com o Estado de Direito.

15. Não cabe aos tribunais estabelecer norma geral e abstrata sobre o assunto, pois esta é matéria de competência do Legislativo, que não foi omissa. O rol de impedimentos previsto no art. 9º da Lei 8.666/1993 não pode ser expandido.

[...]

3.2. Análise [...]

26. De certo modo, o recorrente tem razão ao defender que *o Tribunal não pode estabelecer norma geral e abstrata sobre o assunto, acrescentando hipóteses àquelas previstas em lei. O problema é que não é disso que se trata. A deliberação recorrida não aplicou a Lei de Licitações de modo extensivo,*

aplicou, sim, princípios constitucionais, diretamente, sem a mediação da norma legal. (grifo nosso)

Como se pode ver, o momento adequado para aplicação dos princípios é concomitante ou posterior à prática dos atos licitatórios, quando se poderá, diante do caso concreto, verificar se há indícios mínimos que demonstrem se a relação de parentesco influenciou ou não no resultado do certame.

5 ANÁLISE DO DECRETO Nº 7.203/2010

O Presidente da República, considerando o teor da Súmula Vinculante nº 13 do STF, editada em agosto de 2008, visando regulamentar a questão do nepotismo no âmbito da Administração Pública Federal, editou em 4 de junho de 2010 o Decreto nº 7.203³⁶, de forma a orientar a atuação de seus subordinados.

Em detida análise de tal norma, verifica-se que em seus artigos 3º e 7º, limita a contratação de parentes apenas em casos em que o responsável pelo ato tem poder suficiente para escolher e nomear ou contratar seu parente, ou solicitar que alguém o faça, como nos caso

³⁶ Decreto nº 7.203, de 4 de junho de 2010:

Art.3o No âmbito de cada órgão e de cada entidade, são vedadas as nomeações, contratações ou designações de familiar de Ministro de Estado, familiar da máxima autoridade administrativa correspondente ou, ainda, familiar de ocupante de cargo em comissão ou função de confiança de direção, chefia ou assessoramento, para:

I - cargo em comissão ou função de confiança;

II - atendimento a necessidade temporária de excepcional interesse público, salvo quando a contratação tiver sido precedida de regular processo seletivo; e

III - estágio, salvo se a contratação for precedida de processo seletivo que assegure o princípio da isonomia entre os concorrentes.

§1o Aplicam-se as vedações deste Decreto também quando existirem circunstâncias caracterizadoras de ajuste para burlar as restrições ao nepotismo, especialmente mediante nomeações ou designações recíprocas, envolvendo órgão ou entidade da administração pública federal.

§2o As vedações deste artigo estendem-se aos familiares do Presidente e do Vice-Presidente da República e, nesta hipótese, abrangem todo o Poder Executivo Federal.

§3o É vedada também a contratação direta, sem licitação, por órgão ou entidade da administração pública federal de pessoa jurídica na qual haja administrador ou sócio com poder de direção, familiar de detentor de cargo em comissão ou função de confiança que atue na área responsável pela demanda ou contratação ou de autoridade a ele hierarquicamente superior no âmbito de cada órgão e de cada entidade. [...]

Art. 7o Os editais de licitação para a contratação de empresa prestadora de serviço terceirizado, assim como os convênios e instrumentos equivalentes para contratação de entidade que desenvolva projeto no âmbito de órgão ou entidade da administração pública federal, deverão estabelecer vedação de que familiar de agente público preste serviços no órgão ou entidade em que este exerça cargo em comissão ou função de confiança.

das nomeações ou designações recíprocas, a que se refere o §1º do Decreto.

Nesta linha, a indicação de familiares é vedada em caso de nomeação para ocupar cargos em comissão, função de confiança, contratação para atender necessidade temporária de excepcional interesse público, contratação de estagiário, contratação de empregados por empresas de terceirização que prestam serviço à Administração.

Observo que o disposto nos incisos II e III do art. 3º do Decreto deixa clara a intenção de não proibir a contratação de parentes quando há possibilidade de competição pela vaga, através de processo objetivo de seleção, à medida que tais incisos ressalvam expressamente a vedação à contratação de parentes quando a contratação for “precedida de processo seletivo” de forma a assegurar a isonomia entre os concorrentes, lembrando que, como já salientado, tanto o cidadão comum quanto aquele que tenha alguma relação de parentesco com servidor do órgão devem ter respeitados o seu direito a um tratamento isonômico.

Relativamente ao disposto no art. 7º, Juliana Almeida Ribeiro³⁷, ao tratar do tema, faz as seguintes observações:

Quanto à questão específica da terceirização de serviços, tem-se que o art. 7º do normativo prevê a necessidade de os editais de licitação para contratação de empresa terceirizada vedarem expressamente que *“familiar de agente público preste serviços no órgão ou entidade em que este exerça cargo em comissão ou função de confiança”*.

Note-se que a Lei não veda a participação nas licitações de empresas que possuam funcionários parentes de servidores públicos, até porque seria inviável tal proibição. O que a lei veda é que o familiar de agente público preste serviços no órgão ou entidade em que o servidor exerça cargo em comissão ou função de confiança, o que evita favoritismo e tratamento diferenciado ao empregado terceirizado parente do agente público.

Como visto, o nepotismo se manifesta com o favorecimento dos vínculos de parentesco nas relações de trabalho ou emprego, o que poderia levar, eventualmente, à substituição de uma avaliação

37 RIBEIRO, Juliana Almeida. O nepotismo e a terceirização de serviços na administração pública. Aspectos polêmicos do Decreto nº 7.203/2010. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2812, 14 mar. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18657>>. Acesso em: 30 out. 2012.

isonômica do serviço prestado pela valorização dos laços de parentesco.

Ou seja, colocar uma pessoa para prestar serviço terceirizado em órgão com agente público que seja seu familiar, e que ainda exerça cargo em comissão ou função de confiança, pode levar ao estabelecimento de privilégios em função do parentesco, desconsiderando-se a capacidade técnica da pessoa, pelo que, optou a nova legislação em vedar tais situações passíveis de favorecimento.

Também é vedado o nepotismo em caso de contratações diretas por dispensa ou inexigibilidade, conforme verificado no §3º do art. 3º do Decreto. Tal vedação se justificaria pelo fato de que, em tal situação, embora o gestor necessite seguir um rito processual, fazer pesquisa de mercado e zelar pela busca do melhor preço possível, há enorme possibilidade de direcionamento da contratação, violando-se o princípio da moralidade, diferentemente do que ocorre num processo licitatório. Isso porque a contratação direta, face à maior discricionariedade do gestor em sua atuação, podendo, por exemplo, escolher as empresas junto às quais irá fazer pesquisa de mercado, visando beneficiar a empresa de seu parente, guarda maior semelhança com as demais hipóteses objeto de vedação pelo Decreto do que com o procedimento licitatório.

Importante salientar que, ao prever a vedação aos casos de contratação direta, o Presidente da República deixou claro no §3º do artigo 3º que somente incide a vedação em caso de contrato firmado “sem licitação”, ou seja, não há que se falar em vedação à participação de parentes nos casos em que a contratação for precedida de procedimento licitatório, mesmo quando tratar-se da modalidade carta-convite.

Isso porque, conforme ensina Carlos Maximiliano³⁸, “não se presume, na lei, palavras inúteis”, segundo princípio basilar da hermenêutica clássica. A meu ver, não seria sequer necessária a inclusão do termo “sem licitação” no referido §3º, posto que a contratação direta a que faz menção a norma, é termo jurídico específico que denota a desnecessidade de licitação. Contudo, a meu ver, tal termo foi utilizado para ressaltar a inaplicabilidade da regra às licitações, ainda que através de interpretação a contrario sensu, posto que interpretar o dispositivo de forma diversa equivaleria a negar utilidade à expressão ali inserida.

38 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965. p. 262.

Desta forma, a previsão de cláusula anti-nepotismo nos editais de licitações promovidas pela Administração Pública Federal, além de não encontrar amparo legal em qualquer lei, ainda viola determinação do Presidente da República, fixada através do Decreto nº 7.203 de 2010.

6 ANÁLISE DOS JULGADOS DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Embora já tenhamos analisado alguns julgados do Tribunal de Contas da União ao longo deste trabalho, torna-se relevante a análise dos principais Acórdãos do Tribunal de Contas apresentados nos pareceres da Consultoria Jurídica da União em Minas Gerais, como fundamento jurídico da cláusula anti-nepotismo, para que não reste dúvidas quanto à adequação ou não do objeto do presente estudo.

Primeiramente, passemos à análise dos Acórdãos 284/2003, 2922/2010, 607/2011, todos do Plenário do Tribunal de Contas da União, que tem como característica comum o fato de envolver análise de licitação na modalidade convite. Conforme prevê o art. 22, § 3º da Lei nº 8.666/93, convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de três pela unidade administrativa. Em tal modalidade, não há publicação de edital, mas apenas a remessa de convite a um mínimo de três empresas do ramo, discricionariamente escolhidas pela Administração, e a afixação da carta-convite em local visível da repartição, para que eventuais interessados possam manifestar interesse em participar do certame.

Diante de tais características, destacando-se o poder discricionário dado ao Administrador, como já mencionado, há enorme possibilidade de direcionamento do resultado da licitação. Muito comum, por exemplo, a contratação com número de habilitados inferior a três, embora o TCU tenha jurisprudência pacífica quanto à ilegalidade de tal modalidade licitatória quando não houver um mínimo de três empresas habilitadas, não bastando que haja apenas três convidadas.

Analisando cada um dos Acórdãos envolvendo análise de licitações por convite, apontados como base de sustentação à tese da viabilidade da cláusula anti-nepotismo, nos deparamos com inúmeras irregularidades identificadas pelo Tribunal de Contas da União.

O Acórdão 284/2003-Plenário³⁹ aponta várias medidas em desacordo às regras previstas no convite e na Lei Geral de Licitações, tais como a emissão de número restrito e direcionado de convites, dentre uma enorme gama de possibilidades de empresas passíveis de serem chamadas a participar do certame, que resultou num número de habilitados inferior ao mínimo exigido pelo tribunal. Todavia, não proibiu a participação de pessoas com relações de parentesco com servidores, recomendando apenas que o órgão se abstinhasse de convidar tais pessoas e suas empresas.

O Acórdão 2922/2010-Plenário⁴⁰ apontou claro direcionamento, pelo fato de apenas empresas de parentes do então prefeito terem sido convidadas, e da enorme semelhança entre as propostas, comprovando-se conluio entre as convidadas.

Por fim, no caso mais recente dentre os ora analisados, envolvendo licitação na modalidade convite, através de seu Acórdão

39 Acórdão 284/2003 – Plenário: 6.3.2.a respeito do Projeto CORE-Empreendedor: [...] j) a Lei 8.666/93 não diz, explicitamente, em lugar algum, que não se pode vedar a participação de parentes em processos licitatórios. No art. 3º, apregoa os princípios da moralidade e da impessoalidade que não foram observados pelo CORE/RS. Se o certame tivesse sido realizado dentro do rito legal, com ampla divulgação e emissão de convites a várias empresas, até se poderia admitir que a empresa do irmão do Presidente participasse do certame. Contudo, foram convidadas somente três empresas, inclusive a “Gerente Impressos” que não é da capital, mas de Canoas/RS. Dessas apenas duas apresentaram propostas, obviamente, com os mesmos preços que são tabelados, fato que a administração não desconhecia. Não foi observado o critério legal de desempate - sorteio. No edital há duas datas diferentes para apresentação das propostas, que foram entregues e rubricadas no dia 04/04/2000 (An. I, fls. 221-verso e 222), mas a Ata da reunião realizada em 10/04/2000 (An. I, fl. 217) afirma que “serão rubricados pelos presentes”, sendo fortíssimos os indícios de que a licitação é forjada. Foi inventada uma fase de “apreciação cadastral” posterior a proposta de preços, não prevista no edital e muito menos em lei. Foi descumprido o art. 3º da Lei 8.666/93, não tendo sido observados os princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da isonomia entre os licitantes, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo. [...]

Acórdão: [...] 9.6. determinar ao CORE/RS que: [...] 9.6.5. abstenha-se de convidar, para participar de certames licitatórios, empresas ou pessoas cujos vínculos de parentesco ou amizade com funcionários ou dirigentes da entidade caracterizem inobservância aos princípios da moralidade, impessoalidade e isonomia entre licitantes, todos previstos no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993; [...]

40 Acórdão 2922/2010-Plenário: Voto [...]

6. Os procedimentos de direcionamento são evidenciados pelo fato de ter sido obstada a ampla competitividade entre os licitantes, na medida em que foram todos regulados por carta-convite, em que foram convidadas para participar dos certames empresas que tinham por sócios-proprietários parentes do então ex-prefeito.

7. Ademais, restou comprovada a enorme semelhança entre as propostas das empresas licitantes - muito além do que se possa admitir para uma simples coincidência - a demonstrar os seguintes fatos: preços praticamente iguais; formatação idêntica das propostas, inclusive com os mesmos erros gramaticais, de ortografia e de impressão; incidência de dizeres idênticos.

8. Três empresas - todas com quadro societário integrado por parentes do ex-prefeito - estão envolvidas nas fraudes examinadas neste processo: Construtel Terraplenagem, JK Construções e Terraplenagem e Construtora Pedra Lisa. [...]

nº 0607/2011 – Plenário⁴¹, dentre outras diversas irregularidades, verificou-se que o sobrinho do prefeito do município licitante foi contratado após licitação na modalidade convite em que apenas a sua empresa foi habilitada.

Observa-se que, mesmo tratando-se de convite, em nenhum dos julgados o TCU proibiu a participação de empresas de parentes, recomendando, quando muito, que o órgão se abstinhasse de convidar tais empresas.

Em seu Acórdão nº 1000/2005–Plenário⁴², o Tribunal de Contas da União entendeu que “a execução dos serviços por meio de empresas de familiares do ex-governador caracteriza sua participação indireta”, vedada pelo art. 9º, § 3º da Lei nº 8.666/93. Todavia, nessa oportunidade, não tratava o caso de mera participação de familiares em licitação, pois a empresa vencedora do certame era quem subcontratava empresas pertencentes a familiares do ex-governador, configurando, segundo o tribunal, ilícito desvio de verbas públicas. Tal caso, portanto, se assemelha mais à situação da nomeação de familiares para cargos comissionados, posto que tais empresas subcontratadas sequer participaram de processo licitatório.

Muito embora o Acórdão 1170/2010 – Plenário já tenha sido anteriormente analisado, importante destacar que a Corte

41 Acórdão nº 0607/2011 – Plenário:

43 De qualquer modo, a despeito das irregularidades verificadas no procedimento licitatório, o que mais chama a atenção neste processo é a contratação de empresa de propriedade do sobrinho do então prefeito (irregularidade descrita no item 3.4 desta Proposta de Deliberação), a partir da habilitação de uma única empresa interessada. [...]

58 O que se verifica, portanto, é que tais responsáveis simplesmente ignoraram a relação de parentesco do proprietário da empresa com o então prefeito e realizaram procedimento licitatório com irregularidades desde a habilitação até a homologação, que culminou com a contratação de empresa de propriedade de pessoa do círculo familiar do administrador municipal.

59 Impossível acreditar que a relação de parentesco entre o prefeito e o contratado não teria sido observada pelo presidente da CPL, tampouco pelo procurador municipal, mesmo diante do fato de o contratado possuir o mesmo sobrenome do prefeito. [...]

42 Acórdão nº 1000/2005–Plenário:

29. Conforme esclarecido na instrução, tanto o edital da concorrência como o Contrato nº 034/95 celebrado entre o DER/AC e a empresa sub-rogante eram claros em prever a rescisão contratual em caso de subcontratação total ou parcial não admitidas pelo DER/AC. Diante disso, não procedem as alegações de que o órgão estadual não tinha responsabilidade sob a subcontratação das empresas dos familiares do ex-governador: [...]

62. Por outro lado, a documentação constante às fls. 120/154 [contratos entre a EMSA e as empresas dos familiares do Governador], atestam, de forma insofismável, o verdadeiro paradeiro dos recursos públicos federais transferidos ao Governo do Estado do Acre mediante convênios, ou seja, aos próprios familiares do ex-Governador, Sr. Orleir Messias Cameli, com afronta aos ditames constitucionais (art. 37, caput) e legais (Leis nºs 8.666/93, arts. 3º e 9º, inciso III e 8.429/92, arts. 9º, inciso XII, 10, incisos VIII e XII e 11, incisos I e IV).

de contas, naquela situação, apesar de não ter apontado ato que comprovadamente tenha resultado no direcionamento da licitação, não se limitou a constatar relação de parentesco, identificando efetivo vínculo técnico, econômico e comercial entre os consórcios responsável pelo termo de referência e o consórcio vencedor, posto que tinham integrantes em comum⁴³, conforme já destacado na introdução do presente trabalho, enquadrando-se o caso perfeitamente ao §3º do art. 9º da Lei 8.666/93, sem necessidade de maior esforço interpretativo para invalidar o certame com base em tal norma.

Posteriormente, em seu Acórdão nº 1893/2010 - Plenário, o TCU considerou irregular a participação em concorrência de empresa cujo sócio era enteado de servidor integrante do setor de licitações e responsável pelo certame em análise:

No caso em exame, a vedação inequivocamente se materializou em face da estreiteza do vínculo existente entre o Sr. Luiz Fernando e um dos sócios do consórcio vencedor, seu enteado, combinada com a posição por ele ocupada na estrutura do DNIT - diretor da DIF, precisamente a unidade da autarquia diretamente interessada na contratação, com participação ativa tanto na preparação e na condução do procedimento licitatório como na subsequente execução do objeto.

Porém, naquele caso, a decisão se baseou, sobretudo, na comprovada influência que o servidor teve no direcionamento da licitação. Além disso, o Tribunal de Contas da União não entendeu pela inviabilidade da participação da empresa do parente em questão no certame, apenas condenando o servidor por ter descumprido obrigação de se declarar impedido de participar dos atos decorrentes da licitação⁴⁴, conforme preceitua o art. 19 da Lei nº 9.784/1999. Há de se destacar ainda que

43 Acórdão 1170/2010 – Plenário: Voto do Relator:

19. Considerando que o coordenador técnico do consórcio responsável pelo Termo de Referência (Consórcio STE/Siscon), Sr. Mário Antônio Garcia Picanço, era sócio da empresa Consulfer e considerando, ainda, que o Sr. Fábio Araújo Nodari era sócio tanto da empresa STE quanto da Consulfer, restam caracterizados os vínculos técnico, econômico e comercial a que se refere o § 3º do art. 9º da Lei 8.666/92. Dessa forma, não há como se negar a possibilidade de influência do Consórcio STE/Siscon, ao estabelecer as diretrizes do objeto contratado, no resultado da licitação, produzindo distorções incompatíveis com os princípios da isonomia e da moralidade.”

44 Neste sentido, cito os seguintes trechos do Acórdão nº 1893/2010 – Plenário do TCU:

69. [...] é de se esperar que o responsável tivesse interesse indireto na matéria. Com efeito, é natural que o Sr. Luiz Fernando de Pádua Fonseca deseje que seu enteado prospere em todas as esferas, inclusive na

tal Acórdão destaca expressamente a inviabilidade de se estabelecer vedações generalizadas à participação em licitação⁴⁵.

profissional. Trata-se de desejo comumente presente nas relações familiares, em especial nos indivíduos mais próximos, como ocorre na relação padrasto/enteado.

70. Ademais, independentemente dos sentimentos afetivos, não há como dizer que o Sr. Luiz Fernando de Pádua Fonseca fosse neutro em relação ao deslinde da matéria, dado o importante e estreito vínculo que existia entre ele e um dos sócios do consórcio vencedor.

71. Portanto, o responsável deveria ter alegado seu impedimento, com fulcro no art. 18, I, da Lei 9.784/1999. Em não o fazendo, contrariou, não só o art. 19 do mesmo normativo, como também os princípios que regem a Administração Pública em geral, insculpidos no art. 37 da CF/88, e as licitações em particular, conforme art. 3º da Lei 8.666/1993. [...]

75. Nos autos, restou claro que o ex-Diretor da DIF tomou medidas que, mesmo não caracterizadas como intencionais, favoreceram a empresa do enteado. Com efeito, foi o Sr. Luiz Fernando de Pádua Fonseca que solicitou a inclusão de cláusula editalícia possibilitando a participação dos consórcios, sem a apresentação de justificativas para tal alteração (fls. 51/52 - Anexo 1). De acordo com a instrução à fl. 93, "sem a inclusão de cláusula específica no edital, o Consórcio Geohidro/AP/Magna não teria participado da licitação". [...]

78. No caso, resta claro que o ex-Diretor da DIF examinou a documentação exigida para a habilitação dos concorrentes (fls. 76/77 - Anexo 1) e homologou/adjudicou o certame ao consórcio vencedor (fls. 90/92 - Anexo 1), deixando claro que o gestor atuou de forma decisiva para o deslinde do processo licitatório, sem fazer menção aos fatos impeditivos.

79. Ademais, opinou pela não procedência de recurso impetrado pela empresa rival Concremat, conforme fls. 78/82 - Anexo 1. [...]

83. Nesse caso, dificilmente se pode supor que tal fato não era de conhecimento prévio do ex-Diretor da DIF, dada a relação de parentesco próxima entre ele e um dos sócios da Consultf.

84. Logo, não havia a necessidade do Sr. Luiz Fernando de Pádua Fonseca averiguar os quadros societários das empresas interessadas, em busca de possíveis parentes seus. A situação então existente leva a conclusão que o responsável já tinha conhecimento do fato que seu enteado, Evandro Klaus Torres Brígido, era sócio de empresa participante da licitação. [...]

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, em: [...]

9.3. com fulcro no art. 58, II, da Lei 8.443/1992, c/c art. 268, II, do Regimento Interno do TCU, aplicar sanção pecuniária ao Sr. Luiz Fernando de Pádua Fonseca, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), em função de não ter-se declarado impedido de participar dos atos decorrentes da Concorrência nº 350/2006, conforme preceituam os arts. 18, inciso I, e 19 da Lei 9.784/1999 e ter aprovado os documentos de habilitação do certame sem declarar os fatos impeditivos de seu conhecimento, o que representou desobediência aos princípios dispostos nos arts. 37, caput e inciso XXI, da Constituição Federal, e art 3º, caput, c/c a aplicação analógica do caput do art. 9º, inciso III, §§ 3º e 4º, ambos da Lei 8.666/1993; [...]

45 Conforme seguinte trecho do Acórdão nº 1893/2010 – Plenário:

72. As deliberações dos Tribunais de Contas trazidas pela defesa, mormente a Decisão 603/1997 - TCU - Plenário, apenas vedam a proibição generalizada da participação de parentes do servidor do órgão licitante, o que poderia causar prejuízos à Administração e demais interessados.

73. De fato, seria desproporcional proibir a participação de empresa de parente de servidor da entidade contratante, desde que o agente público em questão não tivesse influência no processo de escolha da contratada.

O Acórdão 2063/2010-Plenário⁴⁶, dentre todos analisados, é o único que determina ao ente eu inclua em edital a vedação da contratação de parentes. Porém, o faz num contexto em que é analisado processo de chamamento público visando escolha de propostas de apoio financeiro a partir de critérios subjetivos, tanto que usa como fundamentação processos em que houve contratação de parentes sem processo seletivo prévio, demonstrando que a subjetividade do critério de escolha do vencedor, que se configura como verdadeiro poder discricionário de escolha, foi determinante para fixação de tal vedação. Desta forma, inaplicável ao caso de licitações com critérios objetivos de escolha do vencedor.

Observo que não foi encontrado qualquer julgado em que a Corte de Contas tenha recomendado a inclusão de cláusula anti-nepotismo em edital de processo licitatório nas modalidades pregão, concorrência, tomada de preços ou mesmo em carta-convite, que pressupõem a existência de regras prévias e objetivas de escolha da melhor proposta.

46 Acórdão 2063/2010-Plenário

Análise: 31. Se até mesmo em promoções e concursos realizados por empresas da iniciativa privada existe a prática comum - e universalmente aceita - de vedar a participação de empregados ou parentes destes, não se pode admitir que em processos seletivos envolvendo recursos de natureza pública exista a possibilidade de seleção com qualquer grau de subjetividade. Resta óbvio que o edital da citada chamada pública deveria prever, expressamente, a vedação à participação de empresas cujos sócios possuísem algum vínculo com as entidades promotoras, como laço empregatício ou de parentesco com integrantes dessas.

Voto: [...] 3. De fato, a contratação de parentes de dirigentes e conselheiros, sem processo seletivo, para o exercício de funções de assessoria do Conselho Deliberativo e da Diretoria vai de encontro aos princípios constitucionais respeitantes à Administração Pública, em especial os da moralidade e impessoalidade, os quais, segundo pacífica jurisprudência desta Corte, devem ser observados pelas entidades do Sistema "S", a exemplo do Sebrae/GO. [...]

6. Note-se que, para corroborar a sua tese, a defesa traz excerto de relatório integrante do Acórdão nº 119/2006-Plenário, extraído fora de seu contexto, para inferir a aceitação desta Corte à contratação de parentes sem processo seletivo. No entanto, esse mesmo acórdão aponta claramente a necessidade de observância dos já mencionados princípios constitucionais no provimento de cargos dos serviços sociais autônomos, tanto assim que fixou prazo para que a unidade jurisdicionada, no caso a Apex, contratasse empregados na forma constitucionalmente requerida, com vistas à substituição dos que haviam sido irregularmente admitidos.

7. A outra decisão apresentada pela defesa (Acórdão nº 1.914/2008-2ª Câmara) também só faz confirmar a jurisprudência do Tribunal, tendo ali o voto condutor expressamente reprovado a contratação, sem processo seletivo, de pessoas impedidas por grau de parentesco. Na ocasião, determinou-se ao Sebrae/RR que adotasse providências no sentido de desligar os servidores contratados em desacordo com a IN/06/1999/Sebrae/RR e passasse a efetuar contratações de pessoal somente nos moldes estipulados por tal normativo, ou outro que viesse a substituí-lo. [...]

Acórdão: [...]9.4. determinar ao Sebrae e à Finep que, doravante, por ocasião da realização de certames públicos visando selecionar propostas para apoio financeiro a projetos, sejam eles de qualquer natureza, incluam obrigatoriamente, nos respectivos editais, a vedação explícita à participação de empresas, associações ou entidades que possuam, em seus quadros societários, pessoas com vínculo empregatício com o Sebrae ou a Finep, ou vínculo de parentesco com seus funcionários ou dirigentes, em âmbito nacional ou regional, bem como para que estendam tal determinação às suas unidades regionais; [...]

Ressalta-se que o TCU, em suas decisões, aplica os princípios da moralidade e da impessoalidade diretamente ao caso concreto, onde, como já ressaltado, é viável a “densificação” dos princípios constitucionais envolvidos, diante da verificação de fatos que evidenciem a violação de seus preceitos.

Todavia, em nenhum dos julgados ora examinados, a decisão de invalidar o certame fundou-se única e exclusivamente na existência de relação de parentesco entre licitante e servidor, sendo sempre demonstradas irregularidades evidenciando o direcionamento do certame, o que torna tais julgados fonte de direito insuficiente para, por si só, sustentar a validade da cláusula anti-nepotismo estabelecida de forma abstrata em licitações públicas.

7 CONCLUSÃO

Apesar de muito bem intencionada, a cláusula anti-nepotismo ora estudada padece dos seguintes vícios de constitucionalidade e legalidade, que inviabilizam a sua implementação nos Editais de licitações públicas:

- Viola os princípios constitucionais da isonomia e da legalidade, impondo restrição prévia e abstrata de direito a cidadão que tenha parentesco com servidor do órgão licitante sem previsão legal expressa, deixando-o em situação de flagrante desigualdade em relação aos demais interessados em contratar com a administração;
- Decorre de indevida interpretação extensiva da restrição de direitos imposta pela Súmula Vinculante nº 13 do STF, posto que esta veda apenas os casos em que a nomeação do parente é decorrência direta e imediata da prática de um único ato altamente discricionário, enquanto o procedimento licitatório é composto primordialmente de atos vinculados ou discricionários com restrita margem de liberdade de escolha, criado exatamente para evitar favorecimentos na contratação pública, tornando inviável que o gestor escolha o contratado sem que atue de forma ilícita;
- Viola a garantia fundamental à presunção da inocência, por inverter o ônus da prova de inocência e boa-fé, ao exigir de licitante que prove que não irá atuar em conluio

com servidor do órgão licitante com quem tem relação de parentesco, visando direcionar ilicitamente o resultado do certame em seu favor;

- Não pode se lastrear na densidade normativa do princípio da moralidade, à medida que a densificação dos princípios, conforme as regras de hermenêutica constitucional, deve ocorrer através da análise do caso concreto no qual são tais princípios aplicáveis, e não de forma prévia, abstrata e objetiva, mediante a criação de regras por indivíduos sem competência para tal;
- Viola o Decreto nº 7.203, de 4 de junho de 2010, que regulamenta a questão no âmbito do poder executivo federal, tendo em vista que tal norma ressalva que a vedação imposta aos parentes de servidores não se aplica aos casos em que há prévio processo seletivo ou licitação.

Em momento algum se pretende defender a inviabilidade da aplicação dos princípios da moralidade e impessoalidade às licitações públicas. Todavia, tal aplicação não deve ocorrer através do pré-estabelecimento de cláusula específica e abstrata anti-nepotismo, mas sim pelo exame do caso concreto, em que o Administrador Público e os órgãos de controle não tem apenas o poder, mas sim o dever de anular uma licitação caso verificadas circunstâncias que evidenciem o direcionamento da licitação em favor de parentes de servidores e dirigentes do órgão licitante, como vem fazendo o Tribunal de Contas da União nos casos em que analisa.

REFERÊNCIAS

ANTONIO, Alice Barroso de. O nepotismo sob a ótica da Súmula Vinculante nº 13 do STF: críticas e proposições. *Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM*, Belo Horizonte, ano 10, n. 31, jan./mar. 2009. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_07/anexos/sumula_vinculante_nro13.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2012.

BULOS, Uadi Lammêgo. Licitação em caso de parentesco. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1855, 30 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11555/licitacao-em-caso-de-parentesco>>. Acesso em: 19 nov. 2012.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2001.
- FAZOLI, Carlos Eduardo Freitas. Princípios Jurídicos. *Revista Uniara* n. 20. 2007. Disponível em: <http://www.uniara.com.br/revistauniara/pdf/20/RevUniara20_03.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2012.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.
- LIMA, George Marmestein. *A hierarquia entre princípios e a colisão de normas constitucionais*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=45>. Acesso em: 14 nov. 2012.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1994.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- NOGUEIRA, Roberto Wanderley. Constituição federal não veda a prática do nepotismo. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-set-30/constituicao_federal_ nao_proibe_pratica_nepotismo>. Acesso em: 16 nov. 2012.
- RIBEIRO, Juliana Almeida. O nepotismo e a terceirização de serviços na administração pública. Aspectos polêmicos do Decreto nº 7.203/2010. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2812, 14 mar. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18657>>. Acesso em: 30 out. 2012.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. Sobre o nepotismo: uma reflexão sobre moralidade e moralismo. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*. Belo Horizonte, ano 7, n. 80, out. 2007.

ROTHEMBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

Dicionário Priberam – busca: “nepotismo”. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/dlpo/default.aspx>>. Acesso em: 14 nov. 2012.

Wikipédia – busca: “nepotismo”. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Nepotismo>>. Acesso em: 14 nov. 2012.

Acórdãos do Plenário do Tribunal de Contas da União: 877/98, 284/2003, 1000/2005, 2575/2009, 1170/2010, 1893/2010, 2063/2010, 2922/2010, 607/2011.

Atos enunciativos da Consultoria Jurídica da União em Minas Gerais:

PARECERES: 785/2011, 811/2011, 854/2011, 869/2011, 873/11, 881/2011, 903/2011, 938/2011, 939/2011, 999/2011, 1048/2011, 1052/2011, 1121/2011, 1140/2011, 1145/2011, 1157/2011, 1168/2011, 1169/2011, 1191/2011, 1199/2011, 1234/2011, 1269/2011, 1295/2011, 1296/2011, 1300/2011, 1310/2011, 1324/2011, 1333/2011, 1334/2011, 43/2012, 75/2012, 76/2012, 81/2012, 89/2012, 100/2012, 101/2012, 123/2012, 136/2012, 137/2012, 145/2012, 152/2012, 185/2012, 208/2012, 252/2012, 291/2012, 293/2012, 304/2012, 307/2012, 317/2012, 319/2012, 322/2012, 344/2012, 405/2012, 422/2012, 435/2012, 457/2012, 488/2012, 489/2012, 500/2012, 532/2012, 560/2012, 613/2012, 624/2012.

Notas: 518/2010, 31/2011.

AÇÕES REGRESSIVAS PREVIDENCIÁRIAS

SOCIAL SECURITY REGRESSIVE ACTIONS

Letícia Nunes Sampaio
Procuradora Federal/MG

SUMÁRIO: Introdução; I A Ação Regressiva; I.1 Fundamentos; I.2 Pressupostos; I.3 Objetivos; I.4 Legitimidade ativa e competência jurisdicional; I.5 Prescrição; II Hipóteses De ações regressivas previdenciárias; II.1 Da ação regressiva acidentária (acidente do trabalho); II.2 Da ação regressiva em razão de acidente de trânsito provocado por culpa de condutores; II.3 Da ação regressiva Maria da Penha; III Principais críticas às ações regressivas previdenciárias; III.1 Ação regressiva acidentária (acidente do trabalho); III.2 Ação regressiva em razão de acidente de trânsito provocado por culpa de condutores; III.3 Ação regressiva Maria da Penha; IV Conclusão; Referências.

RESUMO: Tem o presente estudo o escopo de analisar as ações regressivas na seara previdenciária, precioso instrumento para recuperação de gastos suportados pela Autarquia Previdenciária (INSS), bem como a prevenção das situações que as ensejam, que poderiam ser evitadas pelos agentes causadores e responsáveis, além de seus pressupostos fáticos e jurídicos e os objetivos a serem alcançados, avaliando, por fim, algumas das críticas recebidas pelo instituto.

PALAVRAS-CHAVE: Ação. Regressiva. Previdência Social.

SUBSTRACT: Has the scope of this study to analyze the actions at harvest regressive social security, valuable tool for recovery of costs incurred by the Local Authority Social Security (INSS), as well as prevention of situations that ensejam, which could be avoided by causing agents and officials, besides its factual and legal assumptions and goals to be achieved, evaluating, finally, some of the criticism received by the institute.

KEYWORDS: Action. Regressive. Social Security.

INTRODUÇÃO

Visando dar concretude ao estado social-democrático, a Constituição Federal reconheceu a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho como fundamentos da República e elencou dentre os direitos e garantias fundamentais a inviolabilidade do direito à vida e à segurança.

É por meio das políticas públicas que se dá a efetivação desses direitos fundamentais, vez que quem as propõe são os representantes eleitos diretamente pelo povo. Há que se levar em conta que para a promoção dessas políticas, é necessária uma visão multidisciplinar que abrange aspectos econômicos, sociais, políticos e inclusive jurídicos. Nessa esteira, o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), por meio da Advocacia-Geral da União, vem atuando na implementação das políticas públicas de forma a tornar efetivas as leis vigentes calcadas pelos valores constitucionais, utilizando as ações regressivas para esse fim.

As ações regressivas previdenciárias, muito além de recomporem os cofres públicos, reconhecidamente representam uma importante ferramenta punitivo-pedagógica para combater as consequências dos acidentes do trabalho no Brasil e certamente também o será em futuro próximo em relação aos acidentes de trânsito e à violência doméstica. Eventos que causam enorme impacto social, econômico e sobre a saúde pública no Brasil.

Esse risco extraordinário, criado pelo empregador negligente, pelo mau motorista e pelos agressores de mulheres em ambiente doméstico, é suportado pela coletividade, por meio do INSS, que concede serviços e benefícios previdenciários às vítimas e seus dependentes.

O panorama atual é preocupante em razão dos números alarmantes. O Brasil ocupa, por exemplo, o quarto lugar na escala mundial em acidentes do trabalho; na última década 43,5 mil mulheres foram assassinadas, 68,8% aconteceram na residência; só em 2007, houve 66.837 mortes em razão de acidentes de trânsito. Muito mais do que os valores financeiros despendidos, a quantidade de ocorrências, assim como a gravidade geralmente apresentada como consequência desses incidentes, justificam a necessidade emergencial de construção dessas políticas públicas e implementação de ações para alterar o cenário, seja pelo caráter repressivo, seja pelo caráter preventivo.

Além de campanhas preventivas e educativas, é necessária a utilização dos instrumentos de tutela de que dispõe o Estado para conscientizar os atores da obrigação de adoção de medidas de segurança preventiva da ocorrência de acidentes no ambiente de trabalho e no trânsito,

eis que as consequências desses acidentes incidem diretamente sobre toda a sociedade que, finalmente, é quem responde pelos custos sociais.

Desse modo, o presente estudo tem por objetivo analisar a Ação Regressiva, que chamamos de Previdenciária, por ser proposta pela Previdência Social, enquanto instrumento processual apto a prevenir, punir e ressarcir o INSS.

I A AÇÃO REGRESSIVA

A ação regressiva tem lugar quando alguém é obrigado a suportar ônus resultante de situação que fora causada por outrem. Este ônus lhe cabe, em um primeiro momento, em razão da responsabilidade objetiva contratual ou extracontratual a que se sujeita ou, simplesmente, pela situação de fato que se impõe, mas a lei lhe dá o direito de receber do verdadeiro culpado aquilo que despendeu, regressivamente.

A ação regressiva previdenciária é, sob o ponto de vista imediato, o meio pelo qual o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) busca o ressarcimento dos valores despendidos com prestações sociais acidentárias, nos casos em que ao causador do evento danoso possa ser atribuída ao menos a culpa.

O INSS tem proposto ações regressivas quando despende valores para as vítimas, segurados ou beneficiários, nas seguintes hipóteses: I) acidentes de trabalho, por culpa das empresas quanto ao cumprimento das normas de segurança e saúde do trabalho; II) acidentes de trânsito, provocados por culpa dos motoristas; e III) crimes marcados pela violência doméstica. Entretanto, há inúmeras outras situações que ensejariam a propositura de ações ressarcitórias, como, *v.g.*, o cartório que deixa de informar no tempo previsto em lei (art. 68 da Lei 8.212/91) o óbito ocorrido, de forma que houve recebimento indevido de benefício após o óbito do titular.

I.1 FUNDAMENTOS

O Código Civil de 1916 já previa o preceito, fundado na responsabilidade civil, amenizando a responsabilidade daquele que pagou com o *restitutio in integrum*, que foi mantido no Código Civil de 2002, nos termos dos art. 186, 927 e 934, *in verbis*:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Art. 934. Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz.

O direito previdenciário brasileiro assumiu, em relação à responsabilização pelas despesas decorrentes de eventos danosos, uma forma mista de ressarcimento, combinando a teoria do seguro social, consubstanciada na responsabilidade objetiva, segundo a qual o ente público é o responsável pelas prestações previdenciárias para salvaguardar o sustento do trabalhador e de seus dependentes, com a responsabilidade subjetiva e integral do agente negligente, se empregador, motorista ou autor do crime em situação de violência doméstica, pela qual eles serão responsabilizados pelo ressarcimento dos valores despendidos pela Previdência Social com o pagamento das prestações sociais decorrentes do infortúnio.

Assim, diante da ocorrência de acidente de trabalho, do acidente de trânsito ou da violência doméstica que resulte em danos à vítima, a Previdência Social concede o benefício previsto em lei no afã de amenizar as mazelas relacionadas ao evento. Podendo, contudo, ser ressarcida dos valores gastos, se comprovado o descumprimento das normas de segurança e saúde no trabalho pelo empregador; das leis de trânsito pelo motorista ou pelo cometimento de violência doméstica. Tem-se nestas hipóteses a ação regressiva previdenciária.

No caso de acidente de trabalho, cujas ações regressivas já vêm sendo propostas desde 1991, mas com atuação intensificada a partir de 2008, além da previsão no Código Civil, e na própria Lei 8.213/91, que estabelece em seu art. 120, que nos casos de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicadas para a proteção individual e coletiva, o INSS promoverá a ação regressiva contra os responsáveis, há ainda fundamentos na própria Constituição Federal, que trata em diversos capítulos das normas de proteção ao trabalho, elevando-o, inclusive, à condição de princípio fundamental da República Federativa do Brasil (Art. 1º, IV.). E ao tratar das normas de proteção ao trabalhador, o constituinte dispôs no artigo 7º, inciso XXVIII, o seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem, contudo, afastar a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.

Da mesma forma, a Lei 11.340/2006, chamada Lei Maria da Penha, que visa resguardar as mulheres dos agressores em ambiente doméstico

e familiar, prevê em seu art. 8º a celebração de convênios, protocolos, ajustes, para promoção de parcerias entre órgãos governamentais ou entre estes e entidades não governamentais, visando a implementação de programas de erradicação da violência doméstica e familiar contra a mulher. Daí a formalização, em 31/07/2012, de Acordo de Cooperação Técnica entre o INSS e o Instituto Maria da Penha, que propende ao desenvolvimento de ações e políticas de proteção à mulher por meio de medidas preventivas e repressivas que vão desde ações sócio-educativas até o ajuizamento de ações regressivas. A ideia central ou o objetivo maior dessa ação regressiva é “ressarcir para prevenir”!

Enquanto o mau motorista deverá ressarcir o INSS quando for responsabilizado por acidentes graves ou gravíssimos. A responsabilização está prevista na Lei 9.503/1997, que instituiu o Código de Trânsito Brasileiro, no artigo 257, nos seguintes termos:

Art. 257. As penalidades serão impostas ao condutor, ao proprietário do veículo, ao embarcador e ao transportador, salvo os casos de descumprimento de obrigações e deveres impostos a pessoas físicas ou jurídicas expressamente mencionados neste Código.

[...]

§ 3º Ao condutor caberá a responsabilidade pelas infrações decorrentes de atos praticados na direção do veículo.

I.2 PRESSUPOSTOS

A ação regressiva previdenciária depende da concorrência dos três pressupostos:

- 1) o evento danoso, como, por exemplo, o acidente do trabalho, a violência contra mulher em ambiente doméstico ou familiar ou o acidente de trânsito, cuja vítima seja segurada do INSS;
- 2) a concessão de alguma prestação social e, por fim,
- 3) a culpa ou dolo do agente causador, responsabilizado pelo fato.

O segundo pressuposto, qual seja, a concessão de prestação social acidentária também é condição para a propositura da ação regressiva, pois somente com o efetivo pagamento do benefício previdenciário

ocorrerá o dano e, conseqüentemente, a pretensão de ressarcimento do Instituto Nacional do Seguro Social-INSS.

A Lei 8.213/91, quanto ao segurado vítima de acidente do trabalho, de acidente de trânsito ou de violência doméstica, prevê a concessão de aposentadoria por invalidez e auxílio-doença nos casos de invalidez total e permanente ou de incapacidade temporária para o trabalho, respectivamente. Quanto aos dependentes, prevê a concessão de pensão por morte no caso do acidente-crime resultar em vítima fatal.

Prevê, ainda, a concessão do benefício de auxílio-acidente quando as lesões decorrentes de acidentes de qualquer natureza estiverem consolidadas e resultarem na redução da capacidade laborativa do segurado-vítima.

Somam-se, ainda, às prestações sociais acidentárias os serviços de reabilitação profissional, que proporcionam ao segurado os meios de readaptação social e profissional, como, por exemplo, fornecimento de aparelhos de prótese e órtese, instrumentos de auxílio para locomoção, transporte do acidentado ao trabalho, cursos profissionalizantes, dentre outros.

Quanto ao terceiro pressuposto, há que se demonstrar a culpa do empregador quanto ao cumprimento e fiscalização das normas de segurança e saúde do trabalho: É imprescindível que a pretensão de ressarcimento esteja estribada em elementos que demonstrem a culpa da empresa ou contratante, quanto ao cumprimento e à fiscalização das normas de segurança e saúde do trabalho, indicadas para a proteção individual e coletiva dos trabalhadores, que também pode ocorrer a partir da omissão dos responsáveis, a quem compete munir os trabalhadores com os equipamentos de proteção adequados ao risco de cada atividade, bem como zelar pela sua efetiva utilização, instruindo, exigindo e fiscalizando o uso correto e eficaz.

Da mesma forma, a culpa do motorista, que deixou de cumprir a norma de trânsito e em razão de sua conduta causou grave ou gravíssimo acidente, com vítimas.

E, no caso da ocorrência de violência doméstica contra a mulher, em que se verifica a aplicação da Lei Maria da Penha, a responsabilização do agressor, que, nessa hipótese, deve ter agido com dolo.

1.3 OBJETIVOS

A ação regressiva previdenciária tem dois objetivos, um imediato e outro mediato. Aquele representado, como qualquer ação regressiva, pelo ressarcimento da Autarquia Previdenciária, ou seja, pela recuperação das despesas que o Poder Público suportou, pagando prestações sociais, que

não careceria caso o agente passivo não tivesse provocado o dano. O objetivo mediato e, talvez, principal, é o que representa a prevenção, que visa mostrar e inculcar receio àqueles que não cumprem as regras, que irão arcar com as despesas decorrentes, se presentes os demais pressupostos.

A recuperação dos gastos com prestações sociais pelo INSS, sejam benefícios ou serviços, é importante fonte de proteção e reposição da integridade econômica e atuarial do fundo previdenciário destinado à execução das políticas do Regime Geral de Previdência Social, que não foi idealizado para suportar a concessão precoce de prestações acidentárias, originadas de situações que deveriam ter sido evitadas, haja vista o tão divulgado e comentado déficit da Previdência Social no Brasil.

A prevenção, por sua vez, consubstancia-se no caráter pedagógico da medida e consiste na percepção de que, por exemplo, o investimento em ações de prevenção de acidentes do trabalho é muito menos dispendioso que uma eventual condenação de ressarcimento. Assim, espera-se do meio empresarial a criação de uma cultura preventiva tendente a evitar danos pessoais aos trabalhadores. Da mesma forma, os agressores de mulheres em ambiente doméstico devem estar cientes que além de responder criminalmente, e eventualmente serem condenados a indenizar a vítima, poderão ainda vir a ser condenados a suportar toda a despesa do INSS com prestações sociais para com ela, ainda que a vítima não queira, daí a razão do lema da campanha: “Ressarcir para prevenir”.

I.4 LEGITIMIDADE ATIVA E COMPETÊNCIA JURISDICIONAL

O legitimado para figurar no polo ativo da ação regressiva previdenciária é o próprio INSS, por se tratar de Autarquia Pública Federal, e que, portanto, detêm capacidade postulatória, já que ao Instituto compete, por meio da PGF, executar os serviços de arrecadação de seus créditos, excetuadas as contribuições previdenciárias.

À Procuradoria-Geral Federal – PGF, órgão da Advocacia-Geral da União, que representa judicial e extrajudicialmente as autarquias e fundações públicas federais, foi atribuída pela Lei n.º 11.098/2005 a representação judicial das autarquias e fundações públicas federais no que tange à cobrança e recuperação de seus créditos. A Portaria/PGF n.º 262/2008, por sua vez, regulou a centralização da cobrança da dívida ativa das autarquias e fundações públicas federais na PGF.

Sendo o INSS a parte ativa da relação jurídica, a competência para julgamento das ações regressivas previdenciárias é da Justiça Federal, nos termos do artigo 109, inciso I, da Constituição Federal.

I.5 PRESCRIÇÃO

Considerando que a ação regressiva previdenciária tem natureza de ação indenizatória, o prazo prescricional previsto no art. 206, §3º, V, do Código Civil é de 3 (três) anos.

Não sendo causa de aumento do prazo prescricional o fato da ação ser proposta por ente público, porquanto não desnatura sua natureza.

II HIPÓTESES DE AÇÕES REGRESSIVAS PREVIDENCIÁRIAS

São infundáveis as hipóteses que se encaixam nos pressupostos ora estudados e que poderiam ensejar em ações regressivas propostas pelo INSS.

Neste arcabouço, a Administração Pública elegeu três situações para propositura corriqueira de tais ações, seja pela relevância da prevenção dessas ocorrências, seja pelo volume de recursos dispensados ao pagamento de benefícios por elas geradas. A primeira delas, tanto em volume quanto em antiguidade, como já afirmamos, é a ação regressiva acidentária, decorrente de acidente de trabalho. Depois veio a ação decorrente de acidente de trânsito e então a ação regressiva decorrente da violência doméstica e familiar contra a mulher.

II.1 DA AÇÃO REGRESSIVA ACIDENTÁRIA (ACIDENTE DO TRABALHO)

A sistemática da ação regressiva previdenciária em caso de acidente de trabalho é basicamente a seguinte: empregado sofre acidente de trabalho que gera a concessão de benefício previdenciário (auxílio doença, auxílio acidente, aposentadoria por invalidez, pensão por morte ou reabilitação profissional) por ocasião do afastamento do trabalho em decorrência do acidente sofrido. Apura-se que seu empregador ou contratante (público ou privado), seja pessoa física ou jurídica, não cumpriu devidamente as normas de segurança e higiene do trabalho – agindo com dolo ou culpa. O INSS arca com o pagamento dos benefícios previdenciários ao empregado-segurado ou a seus dependentes e propõe, em contrapartida, a ação regressiva contra o empregador, com o objetivo de buscar o ressarcimento dos valores pagos, reembolsando os cofres públicos, para que a coletividade não venha que arcar com as consequências do ilícito do empregador. Configura interessante instrumento de prevenção de acidentes, com a consequente manutenção do ambiente de trabalho sadio, além de outra forma de punição do empregador desidioso.

A culpa do empregador é observada, por exemplo, quando há ausência de fiscalização quanto ao cumprimento das normas de segurança ou de documentação que comprove a fiscalização quanto ao uso do EPI (Ex. advertência quando o empregado não usa o equipamento); ou o EPI não é fornecido, em quantidade suficiente ou não é devidamente usado; verificada ausência de mapeamento dos riscos existentes no local de trabalho; não é dado conhecimento aos empregados acerca das áreas de risco e dos riscos da atividade desenvolvida; em caso de jornada de trabalho excessiva, que gera cansaço e desatenção do empregado e, ainda, não observância das regras de segurança quando da utilização de máquinas e equipamentos.

Vale destacar que os setores que registram os maiores índices de acidente do trabalho no Brasil são a construção civil, a agroindústria, energia elétrica, metalurgia, indústria calçadista, mineração e indústria moveleira.

É evidente que o INSS não se furta ao pagamento de benefícios acidentários quando não é o caso de se ver ressarcido, pois o afastamento do segurado em decorrência de acidente ou doença não decorrente de sua atividade laboral acarretará no mesmo direito à proteção previdenciária, mas não ensejará o ajuizamento da ação regressiva acidentária, dada a necessidade da existência do nexo causal entre o infortúnio acometido ao segurado e o trabalho exercido por ele. Afastado o nexo causal, o benefício será tido como não acidentário.

Nesse sentido, vale citar o entendimento de Daniel Pulino¹, a partir das lições de Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] se o INSS, enquanto órgão da Administração exerce função, vale dizer, tem o dever de fazer algo no interesse de outrem, age sempre tendo em vista a coletividade que representa – formada pelo conjunto de todas as empresas contribuintes e de todos os trabalhadores beneficiários do sistema de seguro acidentário – de modo que tem que buscar o ressarcimento dos prejuízos causados pela empresa negligente, como maneira de bem cumprir a finalidade de administração desse seguro público.

Há centenas de precedentes em todos os tribunais regionais federais. Colacionamos algumas a seguir, a título exemplificativo. A primeira desperta interesse, pois concluiu o MM. Juiz pela culpa recíproca do empregado e da empresa, que, por essa razão, teve que ressarcir a

1 PULINO, Daniel. Ação regressiva contra as empresas negligentes quanto à segurança e à higiene do trabalho. *Revista de Previdência Social*, São Paulo, n. 182, janeiro, 1996. p. 6-16.

metade dos valores despendidos pelo INSS, o que foi confirmado pelo TRF, veja-se:

ACIDENTE DO TRABALHO. MORTE. SEGURADO. NEGLIGÊNCIA. NORMAS DE SEGURANÇA. AÇÃO REGRESSIVA DO INSS

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença que, nos autos de ação ordinária na qual o INSS postula o ressarcimento de valores pagos a título de pensão por morte, julgou parcialmente procedente o pedido para condenar empresa: (a) ao pagamento de metade dos valores já despendidos com o Benefício Previdenciário, acrescidos de correção monetária desde a data de cada pagamento, calculada com base no INPC, e juros de mora, estes a partir da citação até o pagamento, calculados de forma simples, à razão de 1% ao mês; (b) ao pagamento de metade das parcelas vincendas do referido benefício, de forma direta, na esfera administrativa, até o dia 20 de cada mês, no valor do benefício mensal pago; (c) à constituição de capital que garanta o cumprimento da condenação, facultado sua substituição por caução, cujo valor será identificado em fase de cumprimento de sentença. A empresa apelou aduzindo que (a) o acidente ocorreu por culpa exclusiva da vítima; (b) os trabalhos foram realizados com observância das normas regulamentares, inclusive sendo feita no local do evento reunião prévia; (c) deve ser aplicada a teoria objetiva do risco no seguro obrigatório de acidente de trabalho e (d) deve ser compensado da indenização regressiva os valores pagos a título de seguro-acidentário. A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. Foi mantida a sentença. Das provas coligidas aos autos, em especial a prova oral, outra não é a conclusão senão pela existência de culpa recíproca no acidente que vitimou o ex-trabalhador da apelada. Deve a ré arcar apenas com a metade dos valores despendidos pelo INSS com mencionada pensão por morte. Conforme precedente deste Tribunal, “O fato das empresas contribuírem para o custeio do regime geral de previdência social, mediante o recolhimento de tributos e contribuições sociais, dentre estas aquela destinada ao seguro de acidente do trabalho - SAT, não exclui a responsabilidade nos casos de acidente de trabalho decorrentes de culpa sua, por inobservância das normas de segurança e higiene do trabalho.” Rel. Des. Federal Maria Lúcia Luz Leiria, julg. em 18/08/2009, AC 2006.72.06.003780-2/TRF.

Outro exemplo de condenação da empresa a ressarcir o INSS, por ter agido negligentemente quanto ao fornecimento de EPI e falta de sistema de proteção coletiva, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRABALHO. NEGLIGÊNCIA DO EMPREGADOR. AÇÃO REGRESSIVA. PROCEDÊNCIA. CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL. NÃO CABIMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PERCENTUAL SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO. 1. “Nos casos de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva, a Previdência Social proporá ação regressiva contra os responsáveis” (art. 120, L. 8.213/91). 2. “A vítima trabalhava na base de um talude com inclinação superior a 90°, em que há risco de queda de blocos de minério de ferro, sem nenhum escoramento”, e, quando “estava perfurando um buraco a 1,50m (um metro e cinquenta centímetros) da base do talude, para colocação de carga explosiva pelo blaster”, “desprendeu-se um bloco de rocha de minério de ferro, com aproximadamente 50 cm (cinquenta centímetros) de diâmetro, de uma altura de 1,00 (um metro) acima da vítima, caindo sobre a mesma, atingindo sua cabeça e tórax, causando-lhe morte imediata”. 3. Os documentos acostados pelo INSS, apesar de unilaterais, materializam atos administrativos, razão pela qual são dotados de presunção de legitimidade e veracidade. 4. O fornecimento de EPI - Equipamentos de Proteção Individual (capacete) associado ao treinamento e à experiência profissional do trabalhador não exime a empresa de adotar sistema de proteção coletiva, notadamente quando se trata de atividade consideravelmente perigosa e aquelas medidas não se mostram suficientes para prevenir acidentes graves. 5. A circunstância de a vítima estar “semi-embriagada” no momento do acidente se mostra irrelevante, visto que nada indica que sua eventual “falta de reflexo” teria contribuído para a ocorrência do evento fatal. 6. Não há como presumir nexo de causalidade entre a “semi-embriaguez” do falecido e seu óbito, na medida em que o bloco de rocha (com apenas 50 cm de diâmetro) que o atingiu estava apenas um metro acima de seu corpo, sendo provável que a queda tenha se dado em frações de segundos, antes mesmo que ele pudesse emboçar qualquer tentativa de fuga. 7. A culpa exclusiva ou concorrente da vítima se insere no rol de fatos extintivos e/ou modificados do direito da parte autora, submetendo-se ao disposto no art. 333, II, do Código de Processo Civil. 8. A contribuição para o financiamento de benefícios decorrentes de acidente de trabalho possui natureza tributária, não se tratando de seguro privado e não afastando a responsabilidade da empresa

pela adoção das medidas individuais e coletivas de prevenção de acidentes. 9. Tendo o acidente decorrido de negligência da empresa quanto às normas de segurança do trabalho indicadas para a proteção coletiva de seus trabalhadores, deve ela indenizar regressivamente o INSS pelos valores despendidos com o pagamento de benefícios previdenciários aos dependentes do falecido. 10. Os arts. 20, §5º, e 475-Q do Código de Processo Civil (art. 602, antes da entrada em vigor da Lei 11.232/2005) prevêem a condenação do devedor a constituir capital apenas quando se tratar de indenização por ato ilícito que inclua prestação de alimentos. 11. Não tendo a obrigação da ré caráter alimentar (reembolso dos valores despendidos pelo INSS), não há como lhe impor a constituição de capital. 12. Nos termos do art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil, os honorários advocatícios devem ser fixados em percentual sobre o valor da condenação, assim considerada a soma das prestações vencidas até a prolação da sentença com doze prestações vincendas (inteligência do art. 260, CPC). 13. Apelação da ré desprovida. 14. Apelação do INSS parcialmente provida. AC 200001000696420 AC - APELAÇÃO CIVEL - 200001000696420 Relator(a) JUIZ FEDERAL MARCELO ALBERNAZ (CONV.) Sigla do órgão TRF1 Órgão julgador QUINTA TURMA Fonte DJ DATA:16/10/2006 PAGINA: 95.

Cumprе ressaltar que a PGF (AGU), implementando uma postura institucional de caráter pró-ativo, elegeu como prioritário o ajuizamento dessas ações, cuja margem de procedência chega a mais de 90% (noventa por cento). Para tanto, conta com a colaboração, por meio de acordos de cooperação, da Justiça do Trabalho, Ministério do Trabalho, órgãos de segurança pública e Secretaria de Saúde, para intensificação da investigação dos acidentes, coletando, assim, elementos de prova que evidenciem a culpa ou dolo das empregadoras na ocorrência dos acidentes de trabalho.

II.2 DA AÇÃO REGRESSIVA EM RAZÃO DE ACIDENTE DE TRÂNSITO PROVOCADO POR CULPA DE CONDUTORES

A primeira ação regressiva ajuizada pelo INSS em face de motorista de trânsito foi proposta em 03 de novembro de 2011. Trata-se de um acidente ocorrido em abril de 2008, causado por motorista alcoolizado, que dirigia pela contramão, na Rodovia DF 001, e por isso colidiu frontalmente com outro veículo, provocando a morte de cinco pessoas, além de graves ferimentos em mais três. Só pela morte do condutor, que detinha qualidade de segurado, foi concedida pensão por morte aos seus dependentes, esposa

e dois filhos, desde a data do óbito, que só se extinguirá com o óbito da pensionista, o que pode representar mais de 600 prestações mensais, considerando a expectativa de vida da viúva, de acordo com o IBGE. Ora, todo o montante despendido pelo INSS deve ser integralmente ressarcido, afinal não é razoável que toda a coletividade arque com tantos recursos financeiros por um acidente que jamais teria ocorrido se o condutor estivesse agindo segundo as normas de trânsito, ou seja, não estivesse alcoolizado e nem trafegando pela contramão.

Protocolizaram a petição inicial na Justiça Federal o ministro da Previdência, Garibaldi Alves Filho, e o então presidente do INSS, Mauro Hauschild. O Ministro afirmou que, com ações como aquela, os motoristas infratores “vão pensar duas vezes antes de dirigir embriagados ou de provocar rachas [corridas] no trânsito”, em contrapartida disse que a intenção:

não é de fazer uma caça às bruxas, procurando todos os casos de mortes, só os casos mais graves”. [...] “Trata-se de um alerta para quem gosta de dirigir em alta velocidade, pela contramão, em vias de tráfego rápido ou sob efeito de bebidas alcoólicas. Todos devem parar 15 segundos para pensar antes de sair de casa para beber e, então, deixar o carro na garagem e pegar um táxi. Não é justo que a sociedade arque com prejuízos decorrentes desse tipo de comportamento.

Duramente criticada em razão do *bis in idem*, como veremos a seguir, assemelha-se à ação acidentária do trabalho, cuja sistemática segue praticamente a mesma lógica. Veja-se.

Segurado sofre acidente de trânsito grave ou gravíssimo, que gera a concessão de benefício previdenciário pelo INSS (auxílio doença, auxílio acidente, aposentadoria por invalidez, pensão por morte ou reabilitação profissional), causado pela conduta culposa do motorista (pessoa física), qualificada como infração grave ao Código de Trânsito Brasileiro. Apura-se que o motorista não cumpriu devidamente as normas de segurança e o Código de Trânsito Brasileiro. O INSS arca com o pagamento dos benefícios previdenciários ao segurado ou a seus dependentes e propõe, em contrapartida, a ação regressiva contra o causador do acidente, com o objetivo de buscar o ressarcimento dos valores pagos, reembolsando os cofres públicos, para que a coletividade não venha que arcar com as consequências do ilícito. Configura interessante instrumento de prevenção de acidentes, visando desestimular a direção perigosa, além de outra forma de punição do motorista infrator, para que a coletividade não tenha mais que pagar por pessoas que conduzem mal seus veículos.

Mais um exemplo da postura institucional pró-ativa da PGF em benefício da sociedade, estão sendo ajustados acordos com ministérios públicos, polícias rodoviária estadual e federal, departamentos de trânsito e administradora do seguro obrigatório para automóveis, o DPVAT, para coleta das informações acerca dos acidentes graves de trânsito.

II.3 DA AÇÃO REGRESSIVA MARIA DA PENHA

Na esteira da atuação pró-ativa da atuação, o Ministério da Previdência Social, a Secretaria de Políticas para as Mulheres, o INSS e o Instituto Maria da Penha formalizaram parceria para que o INSS passasse a cobrar, por meio de ação regressiva, dos agressores, o ressarcimento de despesas com benefícios pagos às mulheres, vítimas de violência doméstica.

No dia 7 de agosto de 2012 foi ajuizada a primeira ação regressiva decorrente da violência doméstica e familiar contra a mulher. A data foi escolhida em razão de forte simbolismo: sexto aniversário da Lei nº 11.340/2006, apelidada de Lei Maria da Penha, que criou mecanismos para conter a violência doméstica e familiar contra a mulher.

O INSS analisa cada uma das situações que são enviadas pelas delegacias da polícia civil, ministério público ou até mesmo depoimento das mulheres. E, se entender cabível, propõe, por meio da PGF, a ação regressiva, como meio de recompor o equilíbrio financeiro da previdência, retirando da coletividade o peso de pagar pela conduta absolutamente reprovável de alguém, mas principalmente lançar mão de mais um meio preventivo, com intuito de evitar futuras agressões no ambiente doméstico e familiar, e, ao mesmo tempo repressivo, pois os agressores saberão que além de responderem criminalmente, poderão pagar caro pelo crime, independentemente da vontade da mulher, que poderia, por exemplo, abdicar da indenização civil.

A ideia é cobrar dos agressores todo o gasto despendido pelo INSS com as mulheres vítimas de violência familiar ou doméstica, seguradas e seus dependentes, que em razão da conduta inaceitável do agente agressor, demandaram a concessão de benefícios previdenciários: auxílio doença, aposentadoria por invalidez, reabilitação profissional ou pensão por morte.

Durante o evento “O INSS no enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher”, realizado em Brasília em 08 de agosto de 2012, o Ministro da Previdência Social, Garibaldi Alves Filho, fez a seguinte declaração: *“Minha grande ambição é ver os homens que praticaram agressão contra mulheres serem punidos”*.

III PRINCIPAIS CRÍTICAS ÀS AÇÕES REGRESSIVAS PREVIDENCIÁRIAS

III.1 AÇÃO REGRESSIVA ACIDENTÁRIA (ACIDENTE DO TRABALHO)

Alegam os empregadores a inconstitucionalidade do artigo 120 da Lei 8.213/91, sob o fundamento de que o Seguro de Acidente de Trabalho – SAT a cargo das empresas seria suficiente para cobrir todas as despesas decorrentes dos acidentes que envolvam o trabalhador.

Essa alegação não tem qualquer amparo legal e já foi completamente afastada pela jurisprudência não dominante, mas uníssona, uma vez que o SAT é direito social, constitucionalmente assegurado ao trabalhador, para cobertura dos eventos de natureza acidentária e que não se destina a resguardar a empresa ante a ocorrência de eventual infortúnio laboral, pois caso contrário estaria o empregador numa situação de inquestionável irresponsabilidade, isento de quaisquer consequências em decorrência do infortúnio sofrido por seu empregado em razão de sua conduta culposa, por inobservância das normas de segurança e higiene do trabalho.

Desse modo, não há qualquer incompatibilidade entre o art. 7º, inciso XXVIII, da Constituição Federal e o art. 120 da Lei 8.213/91 e, portanto, a responsabilização do empregador, por meio da ação regressiva acidentária, pelo ressarcimento aos cofres públicos dos custos decorrentes da concessão do benefício previdenciário ao trabalhador acidentado, em caso de dolo ou culpa, independe do recolhimento do seguro de acidente do trabalho.

Por outro lado, mesmo que respeitadas as normas de segurança e higiene do trabalho, o acidente laboral pode ocorrer e, nessa hipótese, a fatalidade é integralmente custeada pelos recursos provenientes da contribuição das empresas para o SAT.

Os números confirmam o que foi dito. Segundo os dados extraídos do Anuário Estatístico da Previdência Social de 2009, foram gastos 14,2 bilhões de reais em benefícios acidentários e aposentadorias especiais, que somadas às despesas na área da saúde chegaram a 56,8 bilhões de reais, enquanto a arrecadação do SAT limitou-se a 8,9 bilhões de reais.

Pelo exposto, se a despeito do conhecimento prévio das consequências legais, o empregador assumiu o risco de descumprir as normas e os regulamentos trabalhistas, deve estar consciente que arcará com pesado fardo, constituído por multa do MTE, pagamento de SAT, indenização cível à vítima e ainda ARA (ação regressiva acidentária), conforme assentado na jurisprudência pátria.

III.2 AÇÃO REGRESSIVA EM RAZÃO DE ACIDENTE DE TRÂNSITO PROVOCADO POR CULPA DE CONDUTORES

A crítica que se faz à ação regressiva previdenciária em face dos maus motoristas é que já existem inúmeras maneiras de penalizá-lo, como é o caso da Lei Seca, do Código de Trânsito Brasileiro, Código Penal, Civil e outras regras e costumes sociais, inclusive de direito internacional, e, que, portanto, não será com essa ideia que serão reduzidos os acidentes provocados pelos maus condutores, além de se incorrer no risco do condutor ter que indenizar duplamente a vítima na esfera civil.

E a outra é que seria uma tentativa de excluir um direito que o cidadão já possui sendo segurado do INSS, independente de como ocorreu o acidente. Pois para concessão dos benefícios acidentários só é exigido pela Lei 8.213/91 que a vítima tenha condição de segurada, que esse acidente provoque lesão corporal ou perturbação funcional e que decorra a morte ou a perda ou redução, reversível ou não, da capacidade para o trabalho, independentemente das circunstâncias do acidente.

Essas críticas são completamente descabidas, pois os pressupostos para implementação de cada consequência são absolutamente diversos. O INSS, independentemente da ação regressiva, concede, e jamais deixaria de fazê-lo, aos seus segurados acidentados, todos os benefícios previdenciários a que fizer jus.

A vítima de maneira alguma seria prejudicada pela propositura da ação regressiva, pois além de receber os benefícios previdenciários, pode acionar judicialmente o motorista para se ver indenizado, pois ainda que o motorista seja condenado na seara cível, quem será ressarcida em ultima análise, com a ação regressiva previdenciária, não é a vítima em si, mas é a coletividade, que deixará de arcar com a despesa pelo ilícito.

Podem, por conseguinte, coexistir perfeitamente a concessão dos benefícios previdenciários às vítimas seguradas ou seus dependentes, a indenização cível da vítima pelo causador do dano e, ainda, a ação regressiva previdenciária.

Além, é claro, de servir de desestímulo aos maus motoristas, por meio de divulgação da ideia de que se dirigirem de forma irregular terão mais uma conta, e alta, a pagar.

III.3 AÇÃO REGRESSIVA MARIA DA PENHA

Critica-se o objetivo mediato da ação regressiva em face dos agressores de mulheres em ambiente doméstico e ou familiar, qual seja, a prevenção. O advogado Felipe de França, por exemplo, afirmou

em entrevista ao Jornal Gazeta do Sul, publicado em 06/08/2012, que dificilmente a mudança irá ajudar a diminuir efetivamente as agressões. Argumenta que a violência contra a mulher é um problema social enraizado no Brasil e que:

Não vai ser por 'medo de um processo' que um homem desequilibrado e impulsivo deixará de agredir uma mulher. Do contrário, o problema já não existiria, ou no máximo seriam poucos casos, dada a instauração de processo criminal em decorrência dessas agressões; o qual pode até retirar a liberdade do agressor; algo muito mais importante e valioso do que o patrimônio.

Segundo pesquisa realizada em 2010, pela Fundação Perseu Abramos² em parceria com o SESC, uma em cada cinco mulheres consideram já ter sofrido alguma vez algum tipo de violência de parte de algum homem e que o parceiro (seja marido ou companheiro) é o responsável por mais de 80% (oitenta por cento) dos casos reportados. Ademais, seis em cada dez brasileiros conhecem alguma mulher que foi vítima de violência doméstica, sendo que os principais fatores que contribuem para a violência são machismo (46% - quarenta e seis por cento) e alcoolismo (31% - trinta e um por cento), de acordo com a pesquisa realizada em 2011 pelo Instituto Avon/Ipsos³. Acrescente-se a isso, os dados acerca dos homicídios, que nos 30 anos, entre 1980 e 2010, foram assassinadas no país acima de 92 mil mulheres, 43,7 mil só na última década. O número de mortes nesse período passou de 1.353 para 4.465, que representa um aumento de 230% (duzentos e trinta por cento), mais que triplicando o quantitativo de mulheres vítimas de assassinato no Brasil.

Ora, se o Estado abdicar de utilizar qualquer instrumento que possa servir para aprofundar o enfrentamento da violência contra a mulher estará sendo omissivo e deixando de cumprir seu mister. Daí a necessidade de atuação pró-ativa e união de esforços dos órgãos e entidades tanto para conscientização e prevenção como para repressão. *Data venia*, se

2 PERSEU, ABRAMO/SESC, Fundação. Pesquisa. *Destques da Pesquisa Mulheres Brasileiras nos Espaços Público e Privado*. Disponível em: <http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1977:destaques-da-pesquisa-mulheres-brasileiras-nos-espacos-publico-e-privado-fundacao-perseu-abramosesc&catid=101>. Acesso em: 30 jan. 2013.

3 AVON/IPSOS, Pesquisa Instituto. *Percepções sobre a Violência Doméstica Contra a Mulher no Brasil 2011*. Disponível em: <http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1976:destaques-da-pesquisa-percecoes-sobre-a-violencia-domestica-contra-a-mulher-no-brasil-instituto-avonipsos&catid=101>. Acesso em: 30 jan. 2013.

somente o temor da condenação criminal e possível cumprimento de pena não foi suficiente para frear a violência doméstica que, como vimos, só vem aumentando, há que se utilizar de outros meios.

A divulgação da notícia de que o INSS vai cobrar a conta, independentemente do processo criminal, pode ter impacto muito positivo na prevenção, pois muitas vezes o agressor pode ter a percepção que não será preso, em razão dos inúmeros casos de criminosos que se livram soltos, por razões diversas, mas vai ter mais um freio se souber que terá que pagar grandes somas se a vítima for segurada do INSS.

IV CONCLUSÃO

A ação regressiva, proposta pelo INSS, é, a primeira vista, um instrumento que restitui aos cofres públicos e, portanto, à coletividade, as verbas despendidas em pagamentos de benefícios previdenciários aos segurados e dependentes, em razão de comportamento culposo ou doloso de terceiros.

Embora as possibilidades de ações de regresso sejam infinitas, se pensadas todas as situações que ensejam pagamentos de prestações sociais a segurados, em que se verifica nexos causal entre o dano que essas vítimas seguradas sofreram e a conduta irregular de outrem, o INSS elegeu três como prioritárias: a apelidada ARA, ação regressiva acidentária, que tem por objetivo condenar o empregador, que descumpriu as normas de padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para proteção individual e coletiva no meio ambiente do trabalho, a ressarcir os valores despendidos pelo INSS com o pagamento de benefícios previdenciários ao trabalhador, vítima de acidente de trabalho; a ação de regresso em face aos maus motoristas que em razão de sua conduta provocaram grave ou gravíssimo acidente que ensejou concessão de benefícios previdenciários e, por fim, a ação de regresso para condenação dos agressores de mulheres em ambiente doméstico ou familiar.

A despeito de essas ações terem sofrido duras críticas, o alto índice de procedência das mesmas evidenciam sua constitucionalidade e, ainda, demonstram que o INSS e a PGF trilham caminho correto, uma vez que essa postura pró-ativa atende ao interesse público, pois o saldo é positivo para toda a coletividade, não se podendo olvidar do efeito multiplicador dessas condenações.

Em razão disso, a Procuradoria-Geral Federal, órgão incumbido da recuperação de créditos das autarquias e fundações públicas federais, estabeleceu que as ações regressivas deveriam ser acompanhadas de forma prioritária por todas as unidades vinculadas à mesma. Razão

de contar com alto índice de vitórias nos tribunais, fruto, ainda, do procedimento acurado de instrução investigativo prévio que vem sendo adotado pelos órgãos de execução da PGF.

Convém ressaltar, ainda, que a atuação da Procuradoria-Geral Federal não tem se limitado à prévia instrução e ao ingresso das ações em juízo, mas também na participação em eventos realizados com diversos setores da sociedade, o que vem corroborar o objetivo prevencionista e não apenas arrecadatário, colaborando desta forma para a conscientização dos empresários para a importância da segurança e saúde no trabalho; dos motoristas quanto à observância do Código Nacional de Transito e ainda para o enfrentamento da violência doméstica, enfim, assuntos sensíveis à realidade social.

Assim, não obstante constitua um importante meio para recomposição do equilíbrio das contas da Previdência Social, revela-se também como relevante instrumento de concretização da política pública adotada pelo governo, que, em última instância pode salvar o bem mais precioso para a sociedade: a vida humana.

REFERÊNCIAS

AVON/IPSOS, Pesquisa Instituto. *Percepções sobre a Violência Doméstica Contra a Mulher no Brasil 2011*. Disponível em: <http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1976:destaques-da-pesquisa-percepcoes-sobre-a-violencia-domestica-contra-a-mulher-no-brasil-instituto-avonipsos&catid=101>. Acesso em: 30 jan. 2013.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm>. Acesso em: 28 jan. 2013.

BRASIL. *Lei 8.213, de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 28 jan. 2013.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 11. ed. revista e atualizada. Florianópolis: Conceito, 2009.

DIAS, Eduardo Rocha Dias; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. *Curso de direito previdenciário*. 1. ed. São Paulo: Método, 2008.

GUIMARÃES, Hudson Machado. *Pela redução dos acidentes de trabalho no Brasil*. Revista da AGU, Brasília, n. 21, jul./set. 2009.

IGNÁCIO, Adriana Carla Morais. *Fundamentos Constitucionais da Ação Regressiva Acidentária*. Revista IOB Trabalhista e Previdenciária, IOB – Biblioteca Digital, n. 214, abr. 2007.

INSS. *Anuário Estatístico da Previdência Social 2011*. Disponível em: <http://www.previdenciasocial.gov.br/arquivos/office/1_121023-162858-947.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2013.

LEÃO, Antonio Carlos Amaral. *Ação Regressiva Previdenciária contra as Empresas Proposta pelo INSS. Acidentes de Trabalho*. Juiz de Fora: Universo Jurídico, ano XI, 29 de abr. de 2011. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/7596/acao_regressiva_previdenciaria_contra_as_empresas_proposta_pelo_inss_acidentes_de_trabalho_>. Acesso em: 19 nov. 2012.

MACIEL, Fernando. *Ações Regressivas Acidentárias*. São Paulo: LTr, 2010.

PERSEU, ABRAMO/SESC, Fundação. Pesquisa. *Destaques da Pesquisa Mulheres Brasileiras nos Espaços Público e Privado*. Disponível em: <http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1977:destaques-da-pesquisa-mulheres-brasileiras-nos-espacos-publico-e-privado-fundacao-perseu-abramosesec&catid=101>. Acesso em: 30 jan. 2013.

PULINO, Daniel. Ação regressiva contra as empresas negligentes quanto à segurança e à higiene do trabalho. *Revista de Previdência Social*, São Paulo, n. 182, jan. 1996.

SCHMIDT, Magda Mirian. Ações regressivas pelo INSS em face dos maus motoristas. *Revista Consultor Jurídico*, 3 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10679&revista_caderno=20>. Acesso em: 26 jan. 2013.

SILVEIRA, Sandro Cabral. A ação regressiva proposta pelo INSS. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 111, 22 out. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4392>>. Acesso em: 19 nov. 2012.



PROBLEMAS NA LICITAÇÃO: COMENTÁRIOS À FASE INTERNA DA LICITAÇÃO

*PROBLEMS CONCERNING BIDDING: COMMENTS ABOUT
THE PHASE PRIOR TO THE BIDDING NOTICE*

*Maria de Fátima de Oliveira Marques
Procuradora do Município de Belo Horizonte
em atuação na Gerência de Execuções Fiscais.*

SUMÁRIO: Introdução 1 Evolução legislativa; 2
Conceito de licitação; 3 Vícios comuns na fase interna;
4 Motivação; 5 Descrição do objeto; 6 Conclusão;
Referências; Bibliografia.

RESUMO: O tema licitação tem-nos chamado a atenção, não exatamente pela Lei nº 8.666/93, que regula a matéria, mas pelas questões que surgem nos processos licitatórios, sem que sejam detectados e declarados ilícitos administrativos. Tais ocorrências podem, na maioria das vezes, tornar nulo todo o processo licitatório. O objetivo do estudo é esclarecer questões que ocorrem antes e durante o processo licitatório, dada a importância dos certames na contratação com a Administração Pública. Tendo em vista que, obrigatoriamente, a licitação precede os contratos administrativos, e, sendo certo que não há contratação sem licitação, exceção se faz nos casos em que a própria lei a dispensa. Se por um lado não pode haver contratação sem que haja licitação, por outro, é perfeitamente possível haver licitação sem que haja contratação, o que ocorre quando a Administração Pública desiste da contratação por perda do interesse, por determinação judicial etc. Pode haver licitação e vencedor do certame, entretanto, a Administração Pública pode deixar de contratar com ele, pois o vencedor do certame tem apenas a expectativa de direito e, por outro, no caso de haver contratação, esta deverá ser efetivada com aquele que vencer o certame. O estudo será desenvolvido com base na doutrina e nas decisões dos Tribunais nacionais, não sendo conveniente recorrer às doutrinas e estudos estrangeiros, dada as peculiaridades do tema *licitação*, que é único no Brasil. O tema licitação em nosso país tem sistemática própria, não encontrando correspondente em outros países, sendo até mesmo diferente quanto à terminologia. Na França, licitação é *adjudication*, adjudicação é *attribution* e *concurrence* não corresponde à nossa concorrência, e sim à participação em qualquer licitação. O mesmo ocorre com o Direito Belga, o Italiano e o Alemão. Demonstradas as diferenças, necessário mencionar que, na Europa, o sistema Português e Espanhol são os que mais se assemelham ao nosso e, na América Latina, são o Argentino e o Uruguaio, contudo, com sensíveis e importantes diferenças. O estudo não tem a pretensão de adentrar o campo dos ilícitos administrativos, até porque este tema é tratado com clareza no texto da Lei nº 8.666/93, no título “Dos Crimes e das Penas” (arts. 89 a 99). Pretende-se estudar as ações, omissões, e os erros que causam transtornos e até prejuízos ao erário sem, contudo, haver dolo. Dessa forma, o estudo deverá desenvolver-se no sentido de demonstrar a falta de previsão legal para solucionar os problemas advindos de práticas que emperram o processo licitatório.

PALAVRAS-CHAVE: Licitação. *Adjudication*. *Attribution*. *Concurrence*. Dos Crimes e das Penas.

ABSTRACT: The theme bidding has called us to attention, not just by Law 8.666/93 which regulates the matter, but for issues that arise in the bidding process without being detected and declared unlawful administrative. Such occurrences can most often make void the entire bidding process. The objective of the study is to clarify issues that occur before and during the bidding process, given the importance of hiring fairs in general government. Given that, necessarily precedes the bid government contracts, given that there is no-bid contracts, exception is in cases where the law itself dispensation. If on one hand there can be no contract without bidding, on the other, it is perfectly possible to have bid without hiring, which occurs when the government gives up hiring by loss of interest, by Court order, and so on. There may be bidding and winner of the event, however the Public Administration can no longer contract with the winner of the contest, because this is only the expectation of law and, secondly, with hiring, this should be carried out with that winning the contest. The study will be developed based on the doctrine and on decisions of national Courts, it is not appropriate to use the doctrines and foreign studies, given the peculiarities of the theme BIDDING which is unique in Brazil. The theme bidding in our country has very owner systematic, finding no correspondent in other countries, and even the terminology is different. In France 'adjudication' is bidding, award and is attribution. Competition is not our competition, but participation in any auction. The same occurs with the Belgian law, the Italian and the German law. Demonstrated the differences necessary to mention that in Europe the system Portuguese and Spanish are the most resemble ours and are in Latin America, the Argentine and the Uruguayan, however, with sensitive and important differences. The study does not intend to enter the field of administrative unlawful because this topic is dealt with clearly in the text of the Law 8.666/93, the title 'CRIMES and FEATHERS' (Articles 89-99). It is intended to study the actions, omissions, errors and disorders that cause losses to the exchequer but without malice there. Thus, the study should be developed in order to demonstrate the absence of such law to solve problems stemming from practices that hinder the bidding process.

KEYWORDS: Bidding. Public Administration. *Adjudication. Attribution. Concurrence.* Crimes and Feathers.

INTRODUÇÃO

A forma de contratação com a Administração Pública foi delimitada pela Lei nº 8.666/93, que estabeleceu regras para os contratos. Entretanto, embora a lei tenha estabelecido regras claras com a intenção de tornar célere e sem lacunas que pudessem dar margens às interpretações diversas daquelas pretendidas pelo legislador, ainda existem problemas nas contratações que não podem ser incluídos no universo das fraudes.

Tentar-se-á aqui tratar de temas relacionados às dificuldades nas contratações, no que se refere à falta de qualificação das comissões de licitação e ao despreparo dos requisitantes, como também às suas consequências.

A grande maioria das comissões é formada por servidores despreparados e sem formação prévia de como atuar diante de vícios rotineiros nos certames licitatórios.

Vale registrar que presidir uma comissão de licitação, ou mesmo dela fazer parte, não constitui tarefa fácil, em face da responsabilidade inerente à função. Dessa forma, as comissões de licitação são formadas por servidores que, na maioria das vezes, são compelidos a assumir a função, sem que para isso tenham conhecimento específico para tal mister, e, mais, desconhecem as consequências inerentes à função como responsabilidade penal, cível e administrativa.

Compor uma comissão de licitação pode representar um risco para os incautos, ingênuos, honestos e escolarmente despreparados, visto o rigor da lei. Pode ser um fardo pesado com reprimendas ao servidor, bem intencionado, porém, desprovido do conhecimento que a tarefa exige.

Perpassa pelo processo licitatório, como marco inicial da contaminação da licitação, a decisão de contratação e a definição do bem a ser adquirido. A fundamentação da decisão de contratar e a definição e precisão do bem são marcos fundamentais para garantir a lisura e a correção do processo licitatório.

Antes de iniciar propriamente o processo licitatório, é necessário dizer o que se pretende contratar e o porquê de contratar, ou seja, demonstrar a necessidade da realização da aquisição e expor a descrição do objeto.

Os problemas da licitação começam na fase interna, no momento em que se define o objeto a ser adquirido. A falta de clareza na descrição do objeto a ser licitado pode contaminar todo o processo, sem que, contudo,

haja crime a ser apurado. A falta de definição correta ou a definição obscura e imprecisa contamina todo o processo e, conseqüentemente, causados danos ao erário, inclusive dano financeiro.

Muito comum nos processos licitatórios é não atentar para os procedimentos que antecedem o processo propriamente dito, preocupando-se somente com as fases posteriores à fase interna: a) a *publicidade do instrumento convocatório*; b) o *recebimento dos documentos de habilitação e propostas*; c) a *habilitação dos licitantes*; d) o *julgamento das propostas*; e) a *homologação*; e f) a *adjudicação do objeto ao licitante que ofereceu a proposta mais vantajosa* – o ato da Administração Pública que dá a expectativa de direito ao vencedor da licitação, ficando o Estado obrigado a contratar exclusivamente com aquele.

Tão importante quanto esses passos é a fase interna, que, se não observada com rigor, contaminará todo o processo, e, muitas vezes, levará à condição de não se conseguir salvar a licitação.

A despeito do procedimento formal, destaca-se que nada tem a ver com o “formalismo”, o qual, a nosso ver, abrange um conjunto de exigências inúteis e desnecessárias.

Se de um lado encontram-se servidores despreparados, de outro, estão empresas interessadas em contratar com a Administração Pública, visando auferir lucros vultosos. Dessa forma, estabelecem-se forças, que, partindo de um mesmo ponto, buscam objetivos antagônicos. Daí a necessidade de formação de comissões de licitantes altamente competentes e comprometidas com a Administração Pública, para que possam defender os interesses públicos com lisura e *expertise*.

A especialização das comissões licitantes se torna necessária para que se possa reconhecer e afastar as manobras ilícitas, ainda na fase interna do certame. É necessário que as comissões estejam preparadas para dar início à fase externa, com a segurança de que os participantes do certame possuam regras claras e que não poderão fugir dos limites estabelecidos no edital.

Não raro, depois de concluído o processo licitatório, é deparar com a entrega do objeto totalmente diferente daquilo que se pretendeu adquirir, quer pela falta de definição adequada, quer pela má-fé do fornecedor, que, ao perceber o despreparo da comissão licitante e a dubiedade do edital, aproveita este fato para fornecer o produto que aparentemente atende às exigências do edital, mas que, entretanto, pode não ser aquele que realmente se pretendia adquirir.

Sepor um lado há previsão de sanção administrativa, cível e penal para os membros da comissão licitante, há, em contrapartida,

previsão das mesmas sanções para os fornecedores que, de alguma forma, descumprirem ou infringirem as normas da licitação, na forma do art. 88 da Lei nº 8.666/93.

Verificada a possibilidade de aplicação de sanções a todos os atores do processo licitatório, resta identificar se o erro, o engano ou qualquer ato não revestido de dolo poderá resultar em alguma sanção mais ou menos gravosa.

1 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

O controle do processo licitatório desde muito tempo constitui preocupação do legislador, o que se pode verificar através da evolução da legislação.

Voltando no tempo, em 1592, nas Ordenações Filipinas¹ foram elaboradas diretrizes nas quais se registrava a preocupação do Estado em regular e definir o processo de contratação. *In verbis*:

E não se fará obra alguma, sem primeiro andar em pregão, para se dar de empreitada a quem houve de fazer melhor e por menor preço: porém [*sic*] as que não passarem de mil réis, [*sic*] se poderão mandar fazer por jornais, e umas e outras se lançarão em livro, em que se declare a forma de cada uma, lugar em que se há de fazer, preço e condições do contrato. E assim como forem pagando aos empreiteiros, farão ao pé do contrato conhecimento do dinheiro, que vão recebendo, e assinarão os mesmos empreiteiros e o Escrivão da Câmara. (apud MOTTA, 2001, p. 27).

Nessa mesma diretriz, a Leide 29 de agosto de 1828² vem reiterar essa preocupação no seu art. 5.º:

Art. 5.º Aprovado o plano de alguma das referidas obras, imediatamente será a sua construção oferecida a emprezarios por

1 ORDENAÇÕES Filipinas. São Paulo: Saraiva, 1957, v. 1, Tít. VXXVI, 17, 37. Ao reeditar a forma histórica de licitação, consagrada nas Ordenações Filipinas, a Lei nº 10.520/02 reintroduz no Direito brasileiro a modalidade licitatória do pregão para a aquisição de bens e serviços.

2 A Lei de 29 de agosto de 1828 regulava a competência dos governos Imperial, Provincial e Municipal de proverem a navegação dos rios, abrir canais, construir estradas, pontes, calçadas ou aquedutos, e admitia a concessão a nacionais ou estrangeiros, “associados em companhias ou sobre si”. Acatando os dispositivos dessa lei muitas obras foram planejadas e algumas executadas nas províncias. Disponível em: <<http://www.transportes.gov.br/index/conteudo/id/60890>>. Acesso em: 12 out. 2012.

via de Editais Públicos, e, havendo concurrentes, se dará a preferência a quem oferecer maiores vantagens.(BRASIL, 1828, p. 24).

Já em 1909, a Lei nº 2.221 vem fixar regras para o trato com o dinheiro público, que, por sua pertinência e adequação, servem e são seguidas nos dias de hoje com a roupagem moderna da Lei nº 8.666/93.

Seguindo a ordem cronológica, surge, em 1922, o Decreto nº 4.536, que organiza o Código de Contabilidade da União, eo Decreto nº 15.783, que regulamenta a execução do Código de Contabilidade Pública (posteriormente revogado pelo Decreto de 25 de abril de 1991) e aprovado também pela Lei nº 4.632, de 6 de janeiro de 1923. O Código de Contabilidade Pública da União é um marco importante no estudo deste tema, com destaque para os Capítulos I e II do Título I, que tratam, respectivamente, da Concorrência (arts.736 a 763) e do Contrato (arts. 764 a 802).

Como demonstrado, há, sim, preocupação com a licitação, a fim de dar forma legal aos contratos administrativos, no entanto, a doutrina e lei que regulam a matéria não fazem nenhuma menção aos erros e à forma de repará-los ou mesmo de preveni-los. A Lei nº 8.666/93 se preocupou somente com o procedimento e com as sanções, caso ocorram crimes.

Entretanto, o que interessa neste estudo específico, é tudo aquilo que não está revestido de dolo, mas que, de uma forma ou outra, causa transtorno e prejuízo à Administração Pública.

2 CONCEITO DE LICITAÇÃO

Preliminarmente, e porque o vocábulo ‘licitação’ está contido no tipo penal no art. 89 da Lei nº 8.666 como um dos seus elementos descritivos – aquele que confere especificidade ao dispositivo –, é mister proceder à definição do termo. ‘Licitação’, segundo Caldas Aulete³, provém do latim *licitatio*. E segundo o professor Washington dos Santos, membro da Academia Divinopolitana de Letras, ‘Licitar’ é o mesmo que: “(Lat. *licitare*.) *V.i.* Vender em leilão, em hasta pública; oferecer ou cobrir lance; oferecer lance em partilha judiciária.”(SANTOS, 2001, p. 151). Todavia, para o legislador, o vocábulo ‘licitação’ foi adotado em outro sentido: tem a finalidade de designar o gênero, procedimento

3 AULETE, Caldas. LICITAÇÃO. In: iDICIONÁRIO Aulete: verbete atualizado. Disponível em: <<http://aulete.uol.com.br/licita%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 10 out. 2012.

administrativo prévio, do qual a concorrência, a tomada de preços, o convite e o leilão constituem espécies.

Para o direito administrativo, licitação é norma moralizadora e tem como fim a limitação da discricionariedade do administrador público.

Assim conceitua a licitação José Cretella Junior:

Procedimento administrativo preliminar, mediante o qual a Administração, baseada em critério prévio, seleciona, entre várias propostas, referentes a compras, obras ou serviços, a que melhor atende o interesse público a fim de celebrar contrato com o responsável pela proposta mais vantajosa. Procedimento administrativo geral e impessoal.⁴

E Celso Antônio Bandeira de Mello ensina:

A licitação é um procedimento administrativo, é dizer: uma sucessão itinerária e encadeada de atos sucessivos que, embora tenha, cada um, finalidade específica, tendem todos a um resultado final e conclusivo em função do qual se entrosam e harmonizam. [...].⁵

Para Marçal Justen Filho: “*Licitação* significa um procedimento administrativo formal, realizado sob regime de direito público, prévio a uma contratação, [...]” (JUSTEN FILHO, 2002, p. 18, grifo do autor). Procedimento, não um conjunto de atos, mas uma série ordenada deles, visando atingir um fim.

E ainda afirma:

Num primeiro instante há total liberdade. É possível contratar ou não. Escolhido contratar, dentro da disponibilidade financeira optar por uma obra pública ou serviço, a partir do instante em que a primeira escolha é feita não é mais possível retomar, desde que iniciado o procedimento licitatório. (JUSTEN FILHO, 2003, p. 149).

E, reproduzindo o ensinamento do professor Carlos Pinto Coelho Motta (2005), tem-se para licitação os conceitos:

4 CRETELLA JUNIOR, José. *Dicionário de direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 326-327.

5 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Jurisprudência: acórdãos. COORDENADORIA DE JURISPRUDÊNCIA/SGI (Org.). *Revista de Jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral*, v. 22, n. 3, p. 11-188, jul./set. 2011. Brasília, DF. Acesso em: Disponível em: <http://www.tse.jus.br/hotSites/CatalogoPublicacoes/pdf/revista_jurisprudencia/RJTSE22_3.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2012.

[...] procedimento administrativo pelo qual a Administração Pública, obediente aos princípios constitucionais que a norteiam, escolhe a proposta de fornecimento de bem, obra ou serviço mais vantajosos para o erário.(MOTTA, 2005, p. 2).

A licitação constitui, portanto, o instrumento de que dispõe o Poder Público para coligir, analisar e avaliar comparativamente as ofertas, com finalidade de julgá-las e decidir qual será a mais favorável. (MOTTA, 2005, p. 2).

Dos ensinamentos dos publicistas citados, pode-se concluir que a licitação é o *procedimento administrativo*, geral e impessoal, que *antecede* a celebração dos contratos firmados pela Administração Pública e tem a *finalidade* de selecionar a proposta mais vantajosa, limitando a discricionariedade do Administrador Público, através de *publicidade* dos atos, com a utilização de critérios *objetivos*, visando impedir o arbítrio.

O conceito traz, sim, o objetivo da licitação, qual seja, o menor preço, e dessa forma não é concebível que este processo possa vir causar prejuízo ao erário mesmo na modalidade culposa.

O Tribunal de Contas da União (TCU) já se manifestou sobre tema:

A ausência de dolo pode ser uma condição necessária para a não responsabilização perante o TCU, mas certamente não é suficiente. Ora, ainda que se afaste o dolo, a responsabilização ainda é possível, se persistirem o dano e ao menos a denotação de culpa ou a falta da boa-fé objetiva. Ou seja, as condições necessárias e suficientes ideais para uma eventual não responsabilização constituem-se na ausência simultânea do dolo, da culpa e do dano. É esta a ilação que se depreende das citadas palavras do atual Ministro –Presidente desta Corte, bem como do § 2º do art. 12 da Lei nº 8.443/1992.

No crime, para a configuração do tipo previsto no art. 92 da Lei nº 8.666/93, e conseqüentemente cominação da sanção penal, é preciso que esteja presente o elemento volitivo na conduta do agente, isto é, que ele tenha tido a intenção de conceder vantagens contratuais indevidas.

De outro modo, no exame da gestão pública, verifica-se os atos praticados estão em conformidade com as leis, a legitimidade (interesse público) e a economicidade, bem como se não provocaram dano ao erário, inclusive por desviode recursos. Não é necessária

a vontade do gestor de agir errado. Basta que ele tenha incorrido em culpa, menos até, que tenha sido um gestor inapto, para sua responsabilização administrativa.

Por conseguinte, na gerência de contratos, se a falta de cuidado ou a deficiência do gestor deu causa à concessão de vantagens indevidas, isso é suficiente para condená-lo.

Cumpra enfatizar que a eventualidade de que o gestor tenha atuado com base em parecer técnico, como consta da emenda do julgamento do STJ, pode afastar-lhe [*sic*] do dolo, requerido no crime, mas não lhe retira a culpa, nem lhe confere a boa-fé objetiva.

Do contrário, vai se [*sic*] criar uma perigosa situação de vazio de responsabilidade, em que o gestor culpa o parecerista e este, que não é gestor, se desculpa por ser mero opinante.(BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.253/2011, Plenário, rel. Min. JOSÉ MÚCIO MONTEIRO).

3 VÍCIOS COMUNS NA FASE INTERNA

Os vícios mais comuns no processo licitatório na espécie “compras” inerentes à Lei nº 8.666/93 foram elencados por Carlos P. C. Motta:

- a) Ausência de projeto básico quando a aquisição o obriga (arts. 7º e 14);
- b) Descrição do objeto dirigida (arts. 3º, 38 e 40,I);
- c) Alegação de padronização, sem que antes tenha sido adotado o processo próprio (análise de especificações, desempenho, manutenção e assistência técnica, despacho da autoridade – art.15, IV);
- d) Pesquisa de preço sem orçamento estimado em planilhas (art. 40,§2º, II);
- e) Ausência de estudo de subdivisão (arts. 15, IV, e 23, §1º);

- f) Desconhecimento dos procedimentos especiais em caso de licitações internacionais (art. 32, §4º);
- g) Mudança do edital sem reabertura do prazo de publicidade (art. 21, § 4º);
- h) Desconhecimento de procedimentos especiais em caso de licitação internacional (art. 32, § 4º).

Para Hely Lopes Meirelles (2008): “Por isso mesmo não se anula o procedimento diante de meras omissões ou irregularidade formais na documentação ou nas propostas, desde que, por sua irrelevância não causem prejuízo à Administração ou aos licitantes”. (MEIRELLES, 2008, p. 275).

O entendimento do administrativista Hely Lopes Meirelles(2008) é, de certa forma, flexível quanto às omissões e irregularidades, desde que estas não causem prejuízos ao erário. No entendimento do autor, tudo que puder ser sanado, dentro do limite de não causar prejuízo, não merecerá anulação, o que, por via de consequência, não merecerá apuração, por não haver, pelo menos *a priori*, dolo; e, se não há dolo não há crime, esta é a conclusão.

Partindo desse pressuposto, observa-se outro aspecto interessante, que consiste nas omissões e erros que causam prejuízo ao erário, mas, que, no entanto, não estão da mesma forma revestidos de dolo. São ocorrências danosas ao processo licitatório em que não há a vontade deliberada do agente de praticá-las, mas que causam prejuízo ao erário.

4 MOTIVAÇÃO

“A Administração precisa dizer o *que* quer, como quer e as *razões legais de seu querer*.”⁶

A motivação é a justificativa que o requisitante, obrigatoriamente, tem que fazer antes de iniciaro processo licitatório. Deve ele dizer o motivo pelo qual necessita comprar determinado produto e qual a sua utilidade prática para a Administração Pública.

6 FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Contas públicas: moralidade: jurisdição*. Anexo I da Ata 21 de 22/05/91-Tribunal de Contas da União, Brasília, DF, 06/06/91, p. 10.844. Disponível em: <<http://www.prouncaunesilveira.com.br/artigos/flavio/motivacao.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2012.

Mais que uma justificativa, a motivação é um registro destinado ao controle dos atos administrativos sobre os quais os administradores públicos devem aos administrados.

Possui a justificativa finalidades outras como conferir a necessidade do bem e a sua utilidade, bem como demonstrar o controle de utilização desse bem.

A justificativa evita o desperdício e compras desnecessárias por deliberada vontade ou por desconhecimento.

Não raro, após anos, ou mesmo décadas, pode-se encontrar obras inacabadas ou concluídas, com material e equipamentos amontoados em galpões a deteriorar-se, sem que se tenha como responsabilizar o agente público que autorizou tal certame. Isso deixa clara a necessidade de justificativa da realização da compra do bem, ou qualquer que seja o objeto da licitação, e, também, o controle das contas públicas.

No exemplo supracitado, pode-se verificar a contaminação do princípio ao fim do processo licitatório, a começar pela falta de justificativa para aquisição dos bens, visto que, após anos e décadas, os bens jamais foram utilizados. Neste caso, é patente a ausência da necessidade e a falta de justificativa da aquisição. Conseqüentemente, também é patente o crime contra a Administração Pública, que, apesar de caracterizado o dolo, não possui responsabilização em nenhuma das esferas.

5 DESCRIÇÃO DO OBJETO

A descrição do objeto há de ser minuciosa, descendo aos detalhes de forma a estabelecer características inconfundíveis relativas ao produto. Vedada é a indicação de marca ou modelo, podendo ser feita a indicação de produto similar.

Sobre o tema, o Tribunal de Contas da União (TCU) já se manifestou favoravelmente mediante a Decisão 431, publicada no Diário Oficial da União de 13/10/1993, p. 15.304. Entendeu o TCU que a indicação de marca não fere a lei de licitações, entretanto, asseverou: “desde que a finalidade seja indicação de similares”.

A descrição do objeto é elaborada ainda no processo interno, quando o requisitante detecta a necessidade da compra, antes mesmo de encaminhar a solicitação à comissão de licitação.

Assim, é dever do requisitante dizer *o que quer, como quer e para que quer, fundamentando seu querer*.

O art. 14 da Lei nº 8.666/93 define que: “Nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem tiver dado causa”.

E, além de traçar diretrizes sobre a fase que antecede o processo licitatório, o mesmo art. 14 tece uma advertência sobre os recursos mediante os quais quitará a compra, e ainda estabelece sanção para quem der causa à nulidade do processo licitatório.

Sobre o assunto, assim ensinao festejado professor Hely Lopes de Meirelles:

A finalidade precípua da licitação será sempre o obtenção de seu objeto – uma obra, um serviço, uma compra, uma alienação, uma locação, uma concessão ou uma permissão – nas melhores condições para o Poder Público. Assim, o objeto da licitação é a própria razão de ser do procedimento seletivo destinado à escolha de quem irá firmar o contrato com a Administração; se ficar indefinido ou mal caracterizado, passará o contrato com o mesmo vício, dificultando ou até mesmo impedindo a sua execução. Para que tal não ocorra, para que os licitantes possam atender fielmente ao desejo do Poder Público e para que as propostas sejam objetivamente julgadas, o objeto da licitação deve ser convenientemente definido no edital ou convite⁷.

E assevera:

Assim, o objeto da licitação é a própria razão de ser do procedimento seletivo destinado à escolha de quem irá firmar o contrato com a Administração; se ficar indefinido ou mal caracterizado, passará o contrato com o mesmo vício impedindo a sua execução. Para que tal não ocorra, para que os licitantes possam atender fielmente ao desejo do Poder Público e para que as propostas sejam objetivamente julgadas, o objeto da licitação deve ser convenientemente definido no edital ou convite.⁸

Para Jorge Ulisses Fernandes Jacoby⁹ existem duas maneiras de definir objeto:

7 MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 14. ed. atualizada por Veralice Celidonio Lopes Meirelles. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 50.

8 MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 43-44.

9 JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Vade Mecum de licitações e contratos: legislação selecionada e organizada com jurisprudência, notas e índices*. 5. ed. revista atualizada e ampliada. (Coleção Jacoby de

- a) mediante a prévia definição em catálogo, listagem, tabelas fornecidas pela Administração ao órgão requisitante, devendo caber a este a indicação dos produtos segundo a codificação usual e a quantidade desejada. Tal procedimento, chamado de uniformização de linguagem, uniformiza a relação de produtos que devem ser adquiridos pelo órgão ou entidade pública; e
- b) mediante a definição pelo próprio órgão requisitante do produto ou serviço pretendido.

Para Jacoby¹⁰, o órgão ou agente responsável pela definição do objeto deve considerar o seguinte na sua atribuição:

- a) zelo pela qualidade do produto ou serviço;
- b) zelo pela adequação entre a quantidade requisitada e sua compatibilidade com a real necessidade do serviço; e
- c) definições de qualidade ou quantidade, incompatíveis com os princípios da isonomia ou que acarretem dano ao erário, serão imputadas ao agente requisitante, à autoridade que aprova o pedido, conforme o caso, e também ao ordenador de despesas.

Importante registrar que, para descrever corretamente um objeto, é possível e aconselhável diligenciar junto aos possíveis fornecedores a fim de avaliar o processo produtivo, de obter esclarecimentos, e de conhecer e esclarecer os detalhes acerca do objeto a ser licitado.

Acerca do tema, assim se manifestou o jurista Benedicto de Tolosa Filho, diante da Súmula nº 177 do TCU¹¹:

Ao utilizar os vocábulos ‘precisa’ e ‘suficiente’, há um indicativo claro de que na definição do objeto, todos os aspectos fundamentais devem

Direito Público, v. 8). Belo Horizonte: Fórum, 2011.

10 JACOBY FERNANDES, op. cit., 2011.

11 “Súmula 177 - TCU: A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão.” Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/controle-interno/determinacoes-tcu/sumulas/18300-sumula-177-tcu>>. Acesso em: 2 dez. 2012.

ser contemplados de modo a não ensejar dúvidas aos eventuais interessados.

Portanto, a definição sucinta que não esgota a descrição do objeto, vicia o procedimento pela quebra da igualdade tida como pressuposto do princípio da publicidade, ensejando, assim, sua nulidade.

Por outro lado, a Súmula avança ao considerar a quantidade, quando o objeto da licitação for relacionado a compra, como fator de alta relevância. Com efeito, a quantidade integra a definição de objeto, na medida em que tem decisivo peso na formulação do preço, em razão de uma maior ou menor economia de escala.

Outra faceta da Súmula, que merece destaque, é a de que a formulação imprecisa e insuficiente do objeto afeta não somente os licitantes, mas atinge também os concorrentes potenciais, maculando o pressuposto da igualdade.¹²

Quanto ao descumprimento dos requisitos na fase interna da licitação, por não se enquadrar no tipo penal, não acarreta sanção criminal. Quando muito, a inobservância dos requisitos nessa fase pode resultar em responsabilidades cível e administrativa, não por força da Lei nº 8.666, mas por força de normas e/ou princípios constitucionais relacionada(o)s aos deveres do servidor público como observação das leis e regulamentos e eficiência.

Tanto o dever de observância das leis como a desobediência ao princípio da eficiência não são ilícitos previstos na Lei nº 8.666/93, mas, indubitavelmente, o descumprimento às leis e ao princípio encontra previsão de penalidades em estatutos, no capítulo dos “Deveres dos Servidores”. Dessa forma, as sanções não passarão de sanções administrativas e/ou ressarcimento, caso haja prejuízo financeiro.

Há, contudo, disposições gerais pertinentes ao estudo e necessário se faz, antes de qualquer coisa, proceder ao exame desses dispositivos.

Assim, conforme dispõe o art. 82 da Lei nº 8.666/93:

Art. 82. Os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos desta Lei ou visando a frustrar os

¹² TOLOSA FILHO, Benedicto de. Pregão e a correta definição do objeto da licitação. *Universo Jurídico*, Juiz de Fora, ano XI, 27 de fev. de 2007. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/3171/pregao_e_a_correta_definicao_do_objeto_da_licitacao_>>. Acesso em: 19 de jan. de 2013.

objetivos da licitação sujeitam-se às sanções previstas nesta Lei e nos regulamentos próprios, sem prejuízo da responsabilidade civil e criminal que seu ato ensejar.¹³

O preceito legal supratranscrito não faz mais que repetir um princípio geral, tornando-se, a rigor, totalmente supérfluo. Uma vez suprimido, em nada modificaria a responsabilidade dos gestores públicos, pois que, em matéria de responsabilidade, está juridicamente consagrada a independência das esferas civil, administrativa e penal.

Ainda no estudo dos problemas da licitação, em especial na fase interna, temos que o art. 83¹⁴ da Lei nº 8.666/93 não pode ser aplicado, por tratar-se de tipo penal, o qual, por sua natureza, exige o dolo.

E, como inicialmente dito, possuem destaque aqui os problemas nos processos de licitação, deixando de lado os crimes nas licitações, abordados no art. 89 da Lei nº 8.666/93.

Assim, necessário se faz destacar que o erro, de natureza formal ou material, em face das ações descritas nos tipos penais da Lei de Licitações, particularmente o art. 89, constitui assunto de grande interesse prático. É que as condutas típicas constantes da lei especial somente admitem a punição a título de dolo, não havendo, por inexistência de previsão legal, a possibilidade de incriminação na modalidade culposa. Afastado o dolo, diante do erro sobre elemento constitutivo do tipo penal, exclui-se a possibilidade de punição a qualquer título.

O erro formal, até mesmo pelas características da licitação, seria de menor monta, já que todos os atos e contratos administrativos têm como obrigatória a forma escrita. Assim ensina Hely Lopes de Meirelles (2005): “O revestimento exteriorizado do ato administrativo, constitui requisito vinculado e imprescindível à sua perfeição, chamado de Forma”¹⁵.

O erro material, entretanto, poderá ser comum nos processos licitatórios acarretando situações que, por si só, levariam à colisão com o disposto no art. 89 da Lei nº 8.666/93.

13 BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União - Seção 1 - 22/6/1993, p. 8.269 (Publicação original). Brasília, DF, 1993. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=102446>>. Acesso em: 10 set. 2012.

12 Art. 83 Os crimes definidos nesta Lei, ainda que simplesmente tentados, sujeitam os seus autores, quando servidores públicos, além das sanções penais, à perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo. Disponível em: <<http://portal.conlicitacao.com.br/licitacao/legislacao/lei-8666-93/#ixzz2ITZ4ZkVt>>. Acesso em: 15 dez. 2012.

15 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 18. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 18. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo_requisitosdevalidadedosatosadministrativos,39743.html>. Acesso em: 28 out. 2012.

É que o servidor público responsável pela prática do ato administrativo poderia enganar-se a respeito da exigibilidade do processo licitatório ou mesmo equivocar-se quanto às hipóteses de dispensa ou observação de formalidade relativa ao ato. Nessa situação, seria preciso indagar se o servidor teria cometido o erro material com a intenção de dispensar ou inexigir. Se a resposta for negativa, estaria descaracterizado o tipo doloso. A tipicidade – perfeita adequação da conduta ao tipo – somente se perfaz nos planos objetivo e subjetivo. O elemento subjetivo do tipo penal do art. 89 é dolo e, excluído este, subsiste apenas a tipicidade objetiva, insuficiente para a configuração do crime.

Nesse sentido, decidiu recentemente o Superior Tribunal de Justiça:

CRIME POR DISPENSA ILEGAL DE LICITAÇÃO EXIGE DOLO ESPECÍFICO E DANO AO ERÁRIO.

A Sexta Turma do Superior de Justiça (STJ) trancou a ação contra ex-prefeita paulista que dispensou licitação para realizar concurso público. A Turma alinhou-se à jurisprudência da Corte Especial e do Supremo Tribunal Federal (STF), entendendo que, se não houve lesão ao erário nem dolo específico de fraudar a concorrência, não há crime.

A então prefeita de Fernandópolis (SP) havia iniciado processo licitatório do tipo convite para a realização do concurso em questão. Porém, ela abandonou o procedimento quando recebeu proposta da Fundação Ararense para o Desenvolvimento do Ensino (FADE) para elaborar e aplicar a prova.

Pelo contrato firmado entre a prefeitura e a fundação, ficou acordado que o ressarcimento de despesas com o material e serviços prestados pela entidade seria feito diretamente pelos candidatos por meio de cobrança de taxa de inscrição, de modo que a prefeitura não teve gastos com o concurso.

Diante da dispensa de licitação, o Ministério Público de São Paulo (MPSP) apresentou denúncia contra a prefeita e contra o representante da fundação que realizou o serviço. O órgão alegava que a contratação foi feita fora das possibilidades previstas na Lei 8.666/93, que regulamenta as licitações.

O MP também sustentava que a contratação direta da fundação trouxe benefício econômico indevido para seu representante. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 202937/SP,2011/0078204-5. Julgado em: 12/04/2011. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, Brasília, DF, *DJe* 26/04/2011).

E, de acordo com Rigoline Bottino (2008), a sanção penal prevista na Lei nº 8.666/93 deve certamente ser aplicada, porém, com parcimônia:

[...] que as autoridades judiciárias e as do Ministério Público apliquem as disposições penais da L. 8.666 *[sic]* apenas na mais parcimoniosa e imprescindível medida, ou, dito de outra forma, apenas nos casos mais gritantes, e não porque inexistiam criminosos aproveitando-se de licitações fraudulentas e mercedores do rigor mais severo, mas porque as previsões tipológicas não são neste caso muito firmes nem objetivas.¹⁶

6 CONCLUSÃO

O tema, apesar de importante, não tem recebido a atenção que merece nos certames, até porque, se assim fosse, os processos licitatórios não seriam tão complicados e objeto de ações judiciais.

Se falhas são verificadas na fase interna da licitação, em contrapartida, constata-se que, desde as Ordenações Filipinas, existe intensa preocupação em ordenar e fixar regras claras para a realização da contratação com a Administração Pública.

Por outro lado, conclui-se que as falhas verificadas não são passíveis de responsabilização dos servidores, pois falta previsão legal, quando não existente o elemento subjetivo do tipo penal do art. 89 da Lei nº 8.666/93 – o dolo – subsiste apenas a tipicidade objetiva, insuficiente para a configuração do crime.

E, em entendimento contrário às licitações, não se exige o dolo específico ou a comprovação de prejuízo aos cofres públicos.

A conclusão a que se pode chegar após este estudo – que, de forma alguma pretendeu esgotar o tema, mas chamar a atenção para os fatos que ocorrem nos processos licitatórios – é a de que as comissões de licitação devem ser compostas por servidores treinados para desempenhar esta função tão importante dentro da Administração Pública.

16 RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco Túlio. *Manual prático das licitações*. 7. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 94.

Pode-se concluir, também, que nem todas as omissões e erros cometidos durante o processo licitatório são atos criminosos passíveis de responsabilidade administrativa, cível e criminal.

Por derradeiro, conclui-se que, em ocorrendo omissões e erros, necessário o exame com parcimônia, pois, nem todos os atos estão revestidos dos elementos objetivos e subjetivos, que, de conformidade com a lei, possa caracterizar o dolo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Jurisprudência: acórdãos. In: COORDENADORIA DE JURISPRUDÊNCIA/SGI (Org.). *Revista de Jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral*, v. 22, n. 3, p. 11-188, jul./set. 2011. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/hotSites/CatalogoPublicacoes/pdf/revista_jurisprudencia/RJTSE22_3.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2012.

BRASIL. *Lei de 29 de agosto de 1828*. Estabelece regras para a construção das obras públicas que tiverem por objeto a navegação de rios, abertura de canais, edificação de estradas, pontes, calçadas ou aquedutos. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.transportes.gov.br/index/conteudo/id/60890>>. Acesso em: 12 out. 2012.

BRASIL. Lei nº 2.221, de 30 de dezembro de 1909. Fixa a despesa geral da Republica dos Estados Unidos do Brazil para o exercicio de 1910, e dá outras providencias. *Diário Oficial da União*, Seção 1, 31/12/1909, p. 9.932 (publicação original), Brasília, DF. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1900-1909/lei-2221-30-dezembro-1909-581770-norma-pl.html>>. Acesso em: 13 nov. 2012.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Súmula nº 177, de 26 de outubro de 1982. *Diário Oficial da União* 09/11/1982, Brasília, DF. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?lnk=%22177%20%5BIDTD%5D%5BB004%5D>>. Acesso em: 29 dez. 2012. BRASIL. Decreto nº 4.555, de 10 de agosto de 1922. Provê as despesas públicas no exercício de 1922. Brasília, DF. *Diário Oficial da União*, Seção 1, 12/8/1922, p. 15.415 (publicação original). Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4555-10-agosto-1922-568201-norma-pl.html>>. Acesso em: 12 dez. 2012.

BRASIL. Lei nº 3.991, de 5 de janeiro de 1920. Fixa a Despesa Geral da República dos Estados Unidos do Brasil para o exercicio de 1920. *Diário*

Oficial da União - Seção 1 - 6/1/1920, p. 243 (publicação original) Brasília, DF. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1920-1929/lei-3991-5-janeiro-1920-570293-publicacaooriginal-93407-pl.html>>. Acesso em: 13 dez. 2012.

BRASIL. Lei nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922. Organiza o Código de Contabilidade da União. *CLBR* de 1922, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D4536.htm>. Acesso em: 6 out. 2012. (arts. 49-53).

BRASIL. Decreto nº 15.783, de 8 de novembro de 1922. Aprova o regulamento para execução do Código de Contabilidade Pública. Revogado pelo Decreto de 25 de abril de 1991. *CLBR*, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D15783impressao.htm>. Acesso em: 12 dez. 2012.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da União* - Seção 1 - 22/6/1993, p. 8.269 (Publicação original). Brasília, DF, 1993. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=102446>>. Acesso em: 10 set. 2012.

BRASIL. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. *Diário Oficial da União* 18.7.2002, retificado em 30.7.2002 Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10520.htm>. Acesso em: 6 out. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 202937/SP, 2011/0078204-5. Julgado em: 12/04/2011. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, *DJe* 26/04/2011, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/detalhe.asp?numreg=201100782045>>. Acesso em: 10 dez. 2012.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 1.253/2011*. Plenário, rel. Min. José Múcio Monteiro. Disponível em: <<http://www.ticontrole.gov.br/portal/pls/portal/docs/2049374.PDF> p. 24-25>. Acesso em: 10 dez. 2012.

CRETELLA JUNIOR, José. *Dicionário de direito administrativo*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Contas públicas: moralidade: jurisdição. Anexo I da Ata 21 de 22/5/91, *Tribunal de Contas da União*, Brasília, DF, de 6/6/91, p. 10.844. Disponível em: <<http://www.proencaunesilveira.com.br/artigos/flavio/motivacao.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2012.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Lei de Licitações e Contratos Administrativos e legislação complementar: Organização [dos textos e índices por]* J. U. Jacoby Fernandes. 9. ed. ampliada, revista e atualizada. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. *Lei nº 8.666/93: licitações e contratos e outras normas pertinentes: organização dos textos e índices*. 12. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____. *Vade Mecum de licitações e contratos: legislação selecionada e organizada com jurisprudência, notas e índices*. 5. ed. revista, atualizada e ampliada. (Coleção Jacoby de Direito Público, v. 8). Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. *Sistema de registro de preços e pregão: manual para implantação com todas as etapas detalhadas: métodos para definir qualidade e quantidade do objeto: jurisprudência sobre registro de preços e pregão*. 1. ed. 3. tiragem. Belo Horizonte: Fórum, 2004. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas:livro:2003;00065297>>. Acesso em: 30 nov. 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 9.ed. São Paulo: Dialética, 2002. Disponível em: <<http://www.camaraanchieta.es.gov.br/sno/artigos/artigo1.pdf>>. Acesso em: 3 nov. 2012.

_____. *Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. 2. ed. revista e atualizada de acordo com a Lei Federal nº 10.520/2002. São Paulo: Dialética, 2003.

LICITAÇÃO. In: *iDICIONÁRIO Aulete: verbete atualizado*. Disponível em: <<http://aulete.uol.com.br/licita%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 2 set. 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

_____. *Direito administrativo brasileiro*. 18. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo. São Paulo: Malheiros, 2005. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,requisitosdevalidadedosatosadministrativ os,39743.html>>. Acesso em: 28 out. 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 14. ed. atualizada por Veralice Celidonio Lopes Meirelles. São Paulo: Malheiros, 2006.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*: estudos e comentários sobre as Leis n. 8.666/93 e 8.987/95, a nova modalidade do pregão e do pregão eletrônico; impactos da lei de responsabilidade fiscal, legislação, doutrina e jurisprudência. 9. ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. A licitação como instrumento da Administração Pública. In: _____ (Ed.). *Eficácia nas licitações e contratos*: doutrina, jurisprudência e legislação. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. Disponível em: <<http://books.google.com.br/s?id=1962gbj8imYC&pg=PA136&lpg=PA136&dq=Carlos+P.+C.+Motta.+obras+sobre+licita%C3%A7%C3%A3o&source=bl&ots=MSr4mb7IgO&sig=GLBvqR3UerbuBT1jNiDwhZjo6Us&hl=pt-BR&sa=X&ei=apD-UOiSBtL02wW1iYC4Dw&ved=0CDYQ6AEwAg#v=snipet&q=Cap%C3%ADtulo%201%20p.2&f=false>>. Acesso em: 10 set. 2012.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. II Ciclo de Debates de Direito e Gestão Pública – Ano 2011. In: *III SEMINÁRIO DEMOCRACIA, DIREITO E GESTÃO PÚBLICA*. Brasília, DF. 24/25 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.gespublica.gov.br/projetos-acoes/pasta.2009-07-15.5584002076/pasta.2011-12-05.4922726565/tema%203%20finalizado.PDF>>. Acesso em: 20 out. 2012.

ORDENAÇÕES Phillipinas, São Paulo: Saraiva, 1957, v. 1, Título 76, 17, 37. In: MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ORDENAÇÕES Phillipinas. São Paulo: Saraiva, 1957, v. 1, Título VXXXVI, 17, 37. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, DF, ano 76, n. 3, jul./set. 2010. Disponível em: <<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/17856/76-3.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 15 dez. 2012.

RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco Túlio. *Manual prático das licitações*. 7. ed. revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2008.

SANTOS, Washington dos. *Dicionário jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. Disponível em: <http://www.facape.br/anderson/ied/Dicionario_Juridico.pdf>. Acesso em: 10 out. 2012.

SILVA, Neura Maria de Faria. Requisitos de validade dos atos administrativos. *Conteúdo Jurídico*, Brasília, DF, 01 out. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.39743&seo=1>>. Acesso em: 20 jan. 2013.

TOLOSA FILHO, Benedicto de. Pregão e a correta definição do objeto da licitação. *Universo Jurídico*, Juiz de Fora, ano XI, 27 de fev. de 2007. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/3171/pregao_e_a_correta_definicao_do_objeto_da_licitacao_>. Acesso em: 19 de jan. de 2013.

BIBLIOGRAFIA

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR 14724: informação e documentação: trabalhos acadêmicos: apresentação*. Rio de Janeiro, 2005. Acesso em: 8 set. 2012.

AULETE, Caldas. *Dicionário contemporânea da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.v. III. Disponível em: <<http://aulete.uol.com.br/licitar>>. Acesso em: 2 set. 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

CRETELLA JUNIOR, José. *Das licitações públicas*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 4. ed. atualizada, revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 1977.

FERRAZ, Luciano. *Licitações: estudos e prática*. 2. ed. Rio de Janeiro: Esplanada, 2002.

FERREIRA NETO, Francisco Damasceno. Pregão: conceitos fundamentais. L&C: *Revista de Direito e Administração Pública*, n. 60, Brasília, DF, Consulex, 2003.

FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública*. 5. ed. atualizada, São Paulo: Saraiva, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=628>. Acesso em: 10 out. 2012.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Gestão fiscal e resolutividade nas licitações*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho; FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Responsabilidade fiscal: Lei Complementar 101 de 4/5/2000*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Aplicação do Código Civil às licitações e contratos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MUKAI, Toshio. *Licitações e contratos públicos*. 6. ed. revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2004.

PRESCRIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO:
ASPECTOS RELEVANTES QUE EXSURGEM
COM A PROPOSITURA E NO CURSO DA
EXECUÇÃO FISCAL REGULADA PELA
LEI N. 6.830/80

*STATUTE OF LIMITATIONS OF TAX CREDITS: RELEVANT ASPECTS
REGARDING THE TAX EXECUTION PROCEDURE AS DEFINED BY LAW
6830/80*

Maria Lúcia Pereira Bretz

SUMÁRIO: Introdução; 1 Prescrição do crédito tributário no Código Tributário Nacional; 1.1 Causas suspensivas e interruptivas do prazo prescricional; 1.1.1 Causas interruptivas: considerações sobre o despacho citatório; 1.1.2 Causas Suspensivas: breves considerações; 2 Prescrição na Lei de Execuções Fiscais; 2.1 Prescrição intercorrente; 2.2 Prazo para a Inclusão do sócio no polo passivo da relação processual: construção jurisprudencial; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: Este trabalho traz considerações sobre a prescrição do crédito tributário, a partir da execução fiscal, nos termos da Lei n. 6.830/80. Tece comentários sobre dispositivos pertinentes à matéria no Código Tributário Nacional que, como norma geral de direito tributário, prevalece sobre a Lei de Execução Fiscal. Discorre sobre o termo inicial da contagem do prazo prescricional tanto no Código Tributário Nacional como na hipótese de prescrição intercorrente prevista na Lei n. 6.830/80. Examina brevemente as causas suspensivas e interruptivas do prazo prescricional. Trata da prescrição intercorrente e faz comentários sobre o prazo para a responsabilização do sócio, no decorrer do feito executivo.

PALAVRAS-CHAVE: Prescrição. Crédito Tributário. Execução Fiscal.

ABSTRACT: This paper presents considerations regarding the prescription of tax credits from the tax lien, pursuant to Law 6.830/80. Comments on the devices pertaining to the matter the Internal Revenue Code, which as general rules of law, prevail over the Tax Enforcement Act. Discusses the initial term counting the limitations period, both Internal Revenue Code as in the case of intercurrent prescription. Briefly examines the causes of interruptive precedent and statute of limitations. This prescription produces intercurrent and the deadline for comments on accountability partner, made during the executive.

KEYWORDS: Prescription. Tax Credit. Fiscal Performance.

INTRODUÇÃO

O tempo é um dos temas mais tormentosos que aflige a humanidade. Tempo é vida e a passagem do tempo é irreversível. Não há esforço humano capaz de deter, retardar ou acelerar o tempo. Diante desta assertiva, desde a Antiguidade, a humanidade vem preocupando-se com a abordagem do tempo em busca de propiciar, sobretudo, o desenvolvimento pessoal.

O escritor Francisco de Quevedo, do século de ouro espanhol, já dizia:

Sabes tu, porventura, o que vale um dia? Conheces o preço de uma hora? Examinaste já o valor do tempo? Decerto não, porque o deixas passar, alegre, descuidado da hora, fugitiva e secreta, te leva preciosíssimo roubo. Quem te disse que o que já foi voltará, quando te for preciso, se o chamares? Dize-me: viste já alguma pegada do dia? Não! Ele só volta a cabeça para rir e zombar daqueles que assim o deixaram passar.¹

O tempo é vida, e a inércia conduz à perda de tempo que, nas relações humanas, como visto, deixa marcas indeléveis e irreversíveis.

É nesse contexto que o direito se preocupa em regular a passagem do tempo, como causa extintiva de obrigações, como é o caso da prescrição dos créditos tributários, foco deste trabalho. É que o direito poderia até mesmo eternizar-se, enquanto que, para o homem, o tempo confunde-se com sua vida.

Por fim, o propósito do presente trabalho não é elaborar um comentário sistemático e exaustivo sobre a prescrição, mas apenas fazer uma abordagem do tema em aspectos interessantes à cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias, regulada pela Lei n. 6.830/80 e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil.

Embora a Lei n. 6.830/80 trate da cobrança da dívida ativa tributária e da não tributária, o estudo pretende contemplar a prescrição do crédito tributário, ou seja, a extinção deste crédito uma vez consumado o lapso prescricional.

¹ QUEVEDO Y SANTIBÁÑEZ VILLEGAS, Francisco Gómez de. *O tempo em mim*: memórias. p.1, Portal do Envelhecimento: sua rede de comunicação e solidariedade. Debaixo d'água. Disponível em: <<http://portaldoenvelhecimento.org.br/noticias/memorias/o-tempo-em-mim-memorias.html>>. Acesso em: 20 set. 2012.

1 PRESCRIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

A prescrição, em matéria tributária, pressupõe a existência do crédito constituído através do lançamento, como se depreende da disposição constante do art. 142 do Código Tributário Nacional (CTN):

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

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional. (BRASIL, 1966).

Assim, é o lançamento que confere exigibilidade à obrigação tributária (que nasce com a ocorrência do fato gerador) quantificando-a e qualificando-a. Ou seja, o crédito tributário é a obrigação tributária tornada líquida e certa por intermédio do lançamento. A partir de então, da data do lançamento, é que começa a fluir o prazo prescricional.

Os autores divergem sobre a natureza do lançamento, tendo em vista as imprecisões e os equívocos constantes do art. 142 do CTN. A maior controvérsia parte de sua definição

De qualquer forma, o art. 156, V, do CTN, coloca como causa extintiva do crédito tributário a prescrição e a decadência. Na verdade, parece ter havido impropriedade técnica do legislador ao mencionar a decadência como forma extintiva do crédito tributário, pois ela extingue o direito de constituir o crédito pelo lançamento, ou seja, impede o lançamento, uma vez decorrido o lapso quinquenal, a partir da ocorrência do fato gerador. Somente após o lançamento é que se cogita de prazo prescricional, não podendo haver prescrição se não houver lançamento. Em resumo, após a ocorrência do fato gerador, começa a fluir o prazo para a constituição do crédito tributário, pelo lançamento. Constituído o crédito, pelo lançamento, começa a fluir o prazo prescricional.

Em matéria tributária, a prescrição do crédito está disciplinada no art. 174, *caput*, do CTN: “A ação para cobrança do crédito tributário prescreve em 5 (cinco) anos, contados da data da sua constituição definitiva.”.

Para que se analise o início do prazo prescricional, é imprescindível perquirir o sentido da expressão “constituição definitiva”, mormente quando o contribuinte apresente defesa na esfera administrativa. A princípio, tem-se que, com a notificação do lançamento, este se torna definitivo, começando a fluir, a partir de então, o prazo prescricional. Entretanto, com a impugnação administrativa, poder-se-ia concluir que, somente após a decisão definitiva na esfera administrativa, haveria a “constituição definitiva do crédito tributário”.

Rafael Frattari², em sua obra “Decadência e prescrição no direito tributário”, cita Souto Maior Borges (1981), que assim se posiciona sobre a matéria:

A doutrina procura solucionar esse problema, partindo do desdobramento entre a fase oficiosa, que culminaria com o ato de notificação do lançamento ‘provisório’ ao sujeito passivo e a fase contenciosa ou contraditória, objetivando a revisão do lançamento, à instância do sujeito passivo e sob a forma de um procedimento administrativo de impugnação da pretensão tributária. Ambas as fases se integrariam no procedimento unitário do lançamento. Esse envolveria não só as medidas preparatórias ao ato do lançamento e a sua notificação ao sujeito passivo, integrantes da fase oficiosa do procedimento de lançamento, mas também os atos do procedimento de revisão do ato de lançamento. Conseqüentemente, o procedimento administrativo de lançamento, como simples prolongamento seu. (BORGES, 1981, p. 537-538 apud FRATTARI, 2010, p. 210).

Entretanto, Frattari³ diverge do renomado autor deixando claro que a tese de que a constituição definitiva do crédito só ocorreria ao final do processo administrativo não convence, seja porque o art. 151, II, estabelece que os recursos administrativos suspendem a exigibilidade do crédito tributário, seja porque o contribuinte poderia optar por não impugnar o lançamento. Conclui, assim, que a constituição definitiva do crédito se dá com o lançamento uma vez seja ele notificado ao contribuinte.

Sacha Coelho e Eduardo Junqueira Coêlho (2007) propõem a separação de 3 três fases entre os prazos de decadência e de prescrição:

2 FRATTARI, Raphael. *Decadência e prescrição no direito tributário*. Belo Horizonte: Arraes, 2010. p. 210

3 *Ibidem*.

Do fato gerador da obrigação até o ato jurídico do lançamento ou até o dia previsto para a homologação do pagamento, *correm* os prazos decadenciais. Depois do lançamento e/ou durante todo o tempo de sua revisão (se houver) já não correm os prazos de decadência, nem podem correr os prazos de prescrição, que só há prescrição se inexistirem obstáculos *ab extra*. Pelo princípio da *actio nata*, ou seja, para que prescreva o direito de ação, é necessário que o autor possa exercê-lo livremente. A sua inércia e mais o fugir do tempo redundam na prescrição. O direito não socorre aos que dormem. Posto isto, *definitivo o lançamento*, começam a correr os prazos da prescrição.⁴ (grifo do autor).

De fato, o termo “constituição definitiva” encerra polêmica sobre o marco inicial da prescrição. Entretanto, o prazo prescricional tem início, efetivamente, depois do prazo legal para impugnar o lançamento, e, em havendo impugnação ou recurso, após a decisão definitiva na esfera administrativa. Este é o entendimento dos nossos tribunais, senão vejamos:

STJ. TRIBUTÁRIO. PRAZO PRESCRICIONAL. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. ICMS. TRIBUTO LANÇADO POR HOMOLOGAÇÃO. LAVRATURA DE AUTO DE INFRAÇÃO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. NÃO VERIFICAÇÃO NA HIPÓTESE. SÚMULA 153/TFR. CTN, ART. 174, I.

1. A antiga forma de contagem do prazo prescricional, expressa na Súmula 153 do extinto TFR, tem sido hoje ampliada pelo STJ, que adotou a posição do STF. 2. Atualmente, enquanto há pendência de recurso administrativo, não se fala de suspensão do crédito tributário, mas sim em um hiato que vai do início do lançamento, quando desaparece o prazo decadencial, até o julgamento do recurso administrativo, ou a revisão *ex officio*. 3. Somente a partir da data em que o contribuinte é notificado do resultado do recurso ou da sua revisão, tem início a contagem do prazo prescricional. 4. Prescrição intercorrente não acolhida, porque efetuada a citação antes de cinco anos da data da propositura da execução fiscal. 5. Recurso especial improvido.

⁴ COELHO, Sacha Calmon Navarro; COELHO, Eduardo Junqueira et al. *Decadência e prescrição*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). _____. São Paulo: Revista dos Tribunais: Centro de Extensão Universitária, 2007. Pesquisas Tributárias. Nova Série, n. 13. p. 93.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 435.896/SP, RECURSO ESPECIAL 2002/0062316-9 – p. 00253. SEGUNDA TURMA, Relatora Min. ELIANA CALMON, Brasília/DF, j. 05/06/2003 DJ 20/10/2003).

Registre-se que a Súmula 153 do TFR, mencionada no julgado acima, assentou que “constituído, no quinquídio, através de auto de infração ou de notificação de lançamento, o crédito tributário, não há que se falar em decadência, fluindo, a partir daí, em princípio, o prazo prescricional, que, todavia, fica suspenso, até que sejam decididos os recursos administrativos”.

Maria Leonor Leite Vieira⁵ esclarece que o lançamento torna-se definitivo:

a) se transcorrido o prazo assinalado em lei e o sujeito passivo não apresentar impugnação (regularmente de 30 dias). Neste caso, no primeiro dia seguinte ao término daquele prazo, que teve como marco inicial a data do recebimento da notificação regular feita ao devedor, estará a Fazenda Pública investida de seu direito de ação;

b) se o sujeito passivo apresentar respectiva impugnação:

b.1) se a decisão de primeira instância for contrária, total ou parcialmente, à pretensão do sujeito passivo, o crédito lançado ainda não encontra sua definitividade já que ainda pode apresentar recurso à autoridade (órgão colegial) superior;

b.2) se a decisão de primeira instância for contrária aos interesses da Fazenda, e, portanto, favorável ao sujeito passivo, ainda assim o crédito lançado continuar sem definitividade já que a autoridade julgadora haverá de recorrer à autoridade superior, conforme designação da lei federal, estadual ou municipal;

b.3) se a decisão for contrária à Fazenda Pública, mas menor que o valor assinalado em lei para exigir a apresentação de recurso de ofício (apontado no item anterior) a definitividade é alcançada com a notificação regular ao sujeito passivo;

c) se a decisão de primeira instância resultar valor a ser recolhido, o contribuinte poderá recorrer à segunda instância, e aí:

5 VIEIRA, Maria Leonor Leite. *A suspensão da exigibilidade do crédito tributário*. São Paulo: Dialética, 1997. p. 79/80..

c.1) o julgamento do 'recurso' for contrário aos interesses do sujeito passivo recorrente, a definitividade é alcançada com a notificação válida, se dela não couber mais recurso a instância superior;

c.2) o julgamento de segunda instância é contrário aos interesses da Fazenda Pública e da decisão couber recurso à instância superior, a *definitividade* será alcançada após o recurso do prazo para a interposição sem que tenha sido exercido o direito ou com o julgamento contrário à Fazenda e notificação regular ao sujeito passivo. (grifo do autor).

Observe-se que, quanto ao crédito não impugnado, a jurisprudência considera definitivo o crédito após o decurso do prazo legal para impugnar o lançamento na esfera administrativa, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL -PRESCRIÇÃO CRÉDITO TRIBUTÁRIO NÃO IMPUGNADO - CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA - TERMO *A QUO* DO PRAZO PRESCRICIONAL - PRECEDENTE.

1. Entende esta Corte que, se o crédito tributário não for impugnado, ocorrerá a constituição definitiva desse crédito trinta dias depois da notificação do lançamento, constando-se, a partir daí, o prazo prescricional.

2. Hipótese em que ocorreu o fenômeno da prescrição, pois a notificação do lançamento se deu em 05/12/84, iniciando-se a contagem do prazo prescricional em 05/01/85 e a execução fiscal só veio a ser ajuizada em 20/02/97, muito tempo depois de transcorrido o quinquídio legal.

3. A demora na ratificação do lançamento, decorrente da remessa dos autos ao Ministério da Integração Regional por motivo de extinção do Instituto do Açúcar e do Alcool não suspende nem interrompe a prescrição, uma vez que a ratificação do auto de infração não modifica a decisão do órgão extinto.

4. Recurso especial não provido.

(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Resp 812098/SE – Recurso Especial 2006/0015000-7. SEGUNDA TURMA. Rel. Ministra ELIANA CALMON. Brasília/DF. Julgado em: 14.10.2008, *DJe* 06.11.2008

1.1 CAUSAS SUSPENSIVAS E INTERRUPTIVAS DO PRAZO PRESCRICIONAL

As causas suspensivas são aquelas que paralisam o curso normal do prazo prescricional, mas, cessados seus efeitos, o prazo volta a correr, com o aproveitamento do tempo anteriormente decorrido.

Já as causas interruptivas fazem com que, ao término da causa, o prazo prescricional seja reiniciado, sem aproveitamento do prazo anterior.

1.1.1 CAUSAS INTERRUPTIVAS: CONSIDERAÇÕES SOBRE O DESPACHO CITATÓRIO

O parágrafo único do art. 174 do Código Tributário Nacional estabelece as causas interruptivas da prescrição, conforme abaixo:

Parágrafo único. A prescrição se interrompe:

I – pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal;

II – pelo protesto judicial;

III – por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

IV – por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor.

O inciso I do dispositivo mencionado foi alterado pela Lei Complementar n. 118, de 9 de fevereiro de 2005, que entrou em vigor a partir de 9 de maio do mesmo ano. A redação anterior determinava que a interrupção da prescrição dar-se-ia, no caso, pela citação do devedor.

Discute-se se a Lei Complementar (LC) teria entrado em vigor imediatamente ou se deveria somente ser aplicada aos lançamentos efetuados após a vigência da mesma ou às execuções ajuizadas em data posterior a 9 de maio de 2005. De se enfatizar, em primeiro lugar, que, por se tratar de norma de natureza processual, no entendimento da doutrina e da jurisprudência, a aplicação do dispositivo é imediata. De se registrar, portanto, que, por tal motivo, deve a norma ser aplicada não só a todas as execuções propostas a partir de sua entrada em vigor, mas também às execuções em curso na data de sua entrada em vigor.

De se ressaltar, sobretudo, que a norma não faz qualquer ressalva ou restrição quanto à data de constituição definitiva do crédito, dando por interrompido o prazo prescricional. No entendimento doutrinário e jurisprudencial, por ser de aplicação imediata, o dispositivo atinge execuções em curso quando de sua entrada em vigor, pouco importando, pois, que se trate ou não de créditos anteriormente constituídos. Da mesma forma, e ainda com mais razão, o dispositivo atinge execuções propostas após a vigência da LC, ainda que os créditos tenham sido constituídos antes de junho de 2005. Basta, para interromper a prescrição, que o despacho citatório seja posterior à vigência do dispositivo legal e que não tenha decorrido prazo superior a cinco anos entre a constituição definitiva do crédito e tal despacho. Se a LC não fez restrições a “lançamentos ocorridos antes de sua vigência”, não pode o julgador criar restrições de tal natureza.

Com o advento da Lei Complementar n. 118/2005, a interrupção do curso do prazo prescricional pelo despacho do juiz que determina a citação é assim interpretada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ):

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - PRESCRIÇÃO - DESPACHO ORDENATÓRIO DA CITAÇÃO - CAUSA INTERRUPTIVA - ART. 174, I, DO CTN - REDAÇÃO DADA PELA LEI COMPLEMENTAR 118/05.

*1. A jurisprudência desta Corte era pacífica quanto ao entendimento de que só a citação válida interrompe a prescrição, não sendo possível atribuir-se tal efeito ao despacho que ordenar a citação. 2. Com a alteração do artigo 174, parágrafo único, I, do CTN pela LC 118/05, passou-se a considerar o despacho do juiz que ordena a citação como marco interruptivo da prescrição, tendo a jurisprudência das Turmas de Direito Público do STJ se posicionado no sentido de que a nova regra deve ser aplicada imediatamente às execuções ajuizadas após a sua entrada em vigor, que teve *vacatio legis* de 120 dias. 3. *Recurso especial provido.**

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 945.619/RS, Rel. Min. ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, Julgado em: 04/03/2008, DJ 14/03/2008, p. 1) (grifo nosso).

A doutrina reconhece que a jurisprudência do STJ já se fixou em determinados posicionamentos, como bem sintetiza o professor Janssen Murayama⁶, em seu artigo sobre Execução Fiscal, *in verbis*:

Aplicação do artigo 174, inciso I, do CTN às execuções fiscais com despacho inicial da LC 118/2005.

Em relação à matéria do inciso I do artigo 174 do CTN, às execuções fiscais cujo despacho inicial tenha ocorrido depois da vigência da LC nº 118/05, cremos que não existe controvérsia relevante a ser investigada, pois é pacífico o entendimento, tanto na doutrina quanto dos tribunais, no sentido da possibilidade da interrupção da prescrição nessas hipóteses.

A matéria já foi levada ao STJ, por meio do Recurso Especial n. 974.700/RS, da relatoria do ministro Herman Benjamin, julgado por unanimidade em 25/09/2007, pela Segunda Turma, cujo acórdão ficou assim ementado:

TRIBUTÁRIO. IPTU. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. DESPACHO DO JUIZ QUE ORDENA A CITAÇÃO, APLICAÇÃO DO ART. 174, DO CTN, COM A REDAÇÃO DA LC Nº 118/2005.

1. Ajuizada a Execução Fiscal após a LC nº 118/05, que alterou o art. 174, do CTN, o despacho do juiz que ordena a citação interrompe a prescrição.

2. Recurso Especial não provido.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 974.700/RS, SEGUNDA TURMA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Brasília/DF. Julgado em 25/09/2007, DJ 19/10/2007 p. 326).

A Primeira Turma, também em decisão unânime, já se posicionou diante do julgamento do Recurso Especial n. 945.962-RS, em 23/10/2007, sob a relatoria do ministro Luiz Fux:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. IPTU. INTERRUPTÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. DESPACHO DO JUIZ QUE ORDENA A CITAÇÃO. ALTERAÇÃO DO ART. 174

6 MURAYAMA, Janssen Hiroshima. Execução Fiscal: a interrupção da prescrição antes e depois da LC n. 118/2005 e a jurisprudência do STJ, *Revista da SJRJ*, Rio de Janeiro, n. 23, p. 47-61, 2008.

DO CTN ENGENDRADA PELA LC N° 118/2005. APLICAÇÃO IMEDIATA.

1. A prescrição, posto referir-se à ação, quando alterada por nova legislação, tem aplicação imediata, conforme cediço na jurisprudência do Eg. STJ.

2. A Lei Complementar n° 118, de 09 de fevereiro de 2005 (vigência a partir de 9/6/2005), alterou o art. 174 do CTN para atribuir ao despacho do juiz que ordenar a citação o efeito interruptivo da prescrição. (Precedentes: REsp 782.867/SP, *DJ* 20/10/2006; REsp n° 708.186/SP, *DJ* 3/4/2006).

3. A constituição definitiva do crédito tributário, sujeita à decadência, inaugura o decurso do prazo prescricional de cinco anos para o Fisco cobrar judicialmente o crédito tributário.

4. No caso *sub judice*, o Tribunal *a quo* assentou que os créditos tributários foram definitivamente constituídos em 1° de janeiro de 2000 e 1° de janeiro de 2001, respectivamente.

5. Com efeito, tendo a execução fiscal sido proposta em 23/12/2005 (fl.2) e o despacho que ordenou a citação ocorrido em 28/12/2005(fl.7), ou seja, ambos após o advento da Lei Complementar n° 118/2005, ressoa inequívoca a inoccorrência da prescrição em relação ao crédito tributário constituído em 1°/1/2001, porquanto não decorrido o prazo prescricional quinquenal.

6. Recurso especial parcialmente provido.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp n. 945.962/RS. PRIMEIRA TURMA. Rel. Min. LUIZ FUX, Brasília/DF. Julgado em: 23.10.2007).⁷

Na verdade, tendo em vista a unanimidade entre os integrantes da Primeira e Segunda Turmas do Superior Tribunal de Justiça, esta questão se encontra pacificada na jurisprudência desse Egrégio Tribunal.

Nunca é demais observar que, no caso, a decretação da prescrição está intimamente ligada à inércia da Fazenda Pública. Há casos em que a distribuição da execução fiscal ocorre dentro do prazo prescricional e o

7 *Revista Eletrônica da Jurisprudência: ementa/acórdão.* Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=3496296&sReg =200700946027&sData=20071129&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 10. dez. 2012.

despacho citatório ocorre em data posterior. Porém, a demora na citação não pode ser imputada à exequente.

Em tais casos, não deve a exequente ser penalizada pelo retardo no cumprimento da diligência, não se podendo falar em prescrição.

No entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG), os efeitos do despacho citatório retroagem à data da distribuição da execução.

EXECUÇÃO FISCAL - AJUIZAMENTO ANTES DE CINCO ANOS DO LANÇAMENTO - PRESCRIÇÃO - NÃO RECONHECIMENTO - IPTU - IMÓVEL - DECLARAÇÃO DE UTILIDADE PÚBLICA PARA FINS DE DESAPROPRIAÇÃO - AUSÊNCIA DE PROVA - ISENÇÃO AFASTADA - TAXA DE LIMPEZA PÚBLICA - PRESTAÇÃO DO SERVIÇO - ESPECIFICIDADE - DIVISIBILIDADE - INDIVIDUALIDADE - AUSÊNCIA - INCONSTITUCIONALIDADE.

Deve ser afastada a prescrição da execução fiscal ajuizada antes de cinco anos da data do lançamento definitivo. A norma traçada no inciso I do art. 174 do CTN deve ser interpretada harmonicamente com o Código de Processo Civil, no que se refere à interrupção da prescrição. A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação. Aplicação do § 1º do art. 219 do CPC. Não há falar em isenção de IPTU por aplicação da Lei Municipal n. 5.839/90, alterada pela Lei 6.815/94, ante a ausência de prova de que o imóvel tributado estaria entre aqueles declarados de utilidade pública pela União. Ilegítima a cobrança da Taxa de Limpeza Pública que visa remunerar serviços não específicos e divisíveis. Nega-se provimento ao primeiro recurso e dá-se provimento parcial ao segundo recurso.

(MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível, 3ª Câmara Cível. n. 1.0024.02.683988-6/001. Relator: KILDARE CARVALHO. Julgado em: 19/01/2006, *DJe* 17/03/2006) (grifo nosso).

1.1.2 CAUSAS SUSPENSIVAS: BREVES CONSIDERAÇÕES

As causas suspensivas do prazo prescricional são as previstas no art. 151 do CTN, quais sejam: a moratória, o depósito do montante integral do crédito tributário, as reclamações e os recursos administrativos, a concessão de liminar em mandado de segurança e o parcelamento.

A moratória é a dilatação do prazo para pagamento de tributos, concedida, normalmente, em decorrência de fatos excepcionais. O art. 154 do CTN determina que a moratória só deve abranger créditos definitivamente constituídos, embora admita que a lei disponha em contrário.

O depósito do montante integral do crédito tributário só faz sentido se tiver uma ação judicial em andamento, pois no âmbito administrativo, a instauração do processo já é causa suspensiva da exigibilidade do crédito tributário. Atualmente, o Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento, em sede de ADI⁸, que a exigência do depósito prévio em instância administrativa é inconstitucional, pois fere os princípios da isonomia, do contraditório, do devido processo legal e da ampla defesa, além de ferir o direito de petição que é consagrado também no processo administrativo e que não pode ser restringido por questões de ordem financeira ou econômica.

As reclamações e os recursos em Processo Tributário Administrativo, como mencionado anteriormente, também suspendem o curso do prazo prescricional, bem como a concessão de medida liminar em mandado de segurança, nos termos do inciso II do art. 7º da Lei n. 1.533/51.

A Lei Complementar n. 104/2001 acrescentou a possibilidade de suspensão do crédito tributário por outras medidas liminares ou de antecipação de tutela, concedidas em ações diferentes do mandado de segurança. A partir desse dispositivo, qualquer ação em que o contribuinte apresente fundamentos que permitam ao juiz determinar a garantia do seu direito, seja por medida liminar, seja de antecipação de tutela, fica assegurada a suspensão de qualquer medida que vise promover a execução forçada do crédito.

O parcelamento, a exemplo do item anterior, foi acrescentado ao art. 151 do CTN, pela LC n. 104/2001. O parcelamento de créditos fiscais pode ser feito tanto para créditos já constituídos como para créditos não constituídos, sendo que a jurisprudência tem entendido que o ato de formalização do parcelamento supre a necessidade do lançamento e considera-se constituído, para todos os efeitos, o crédito tributário parcelado.

Registre-se que o parcelamento tanto é causa de suspensão do curso do prazo prescricional, como é causa de interrupção do referido prazo, conforme previsto no inciso IV do art. 174 do CTN. Na verdade,

8 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI 1.976/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em: 28.03.2007, publicado em: *DJ* 18.05.2007, p. 64. Tribunal Regional Federal - 3ª Região. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=titulo%3AAD1+1.976%2FDF&s=jurisprudencia&o=data>>. Acesso em: 16 out. 2012.

o parcelamento é ato inequívoco de reconhecimento de dívida, conforme decisões reiteradas do STJ, senão vejamos:

TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO. PARCELAMENTO.

1. Não prospera o entendimento de que o pedido de parcelamento da dívida tributária não interrompe a prescrição.
2. Certo o convencimento no sentido de que o pedido de parcelamento interrompe o prazo prescricional, que recomeça a ser contado por inteiro da data em que há a rescisão do negócio jurídico celebrado em questão por descumprimento da liquidação das parcelas ajustadas no vencimento.
3. Recurso especial conhecido e não-provido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial, mas negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Luiz Fux, Teori Albino Zavascki (Presidente) e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro Relator.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 2007/0096056-4. PRIMEIRA TURMA. Relator Ministro JOSÉ DELGADO. Julgamento: 04/12/2007. *DJ* 19/12/2007, p. 1.169).

A propósito, a Súmula 248 do Tribunal Regional Federal (TRF) deixa claro que “o prazo da prescrição interrompida pela confissão e parcelamento da dívida fiscal recomeça a fluir no dia em que o devedor deixar de cumprir o acordo celebrado”.

2 PRESCRIÇÃO NA LEI DE EXECUÇÕES FISCAIS

2.1 PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

O instituto da prescrição intercorrente, no direito tributário, foi expressamente regulamentado pela Lei n. 11.051, de 29 de dezembro de 2004, através de seu art. 6º, que introduziu o § 4º ao art. 40 da Lei n. 6.830/80, da seguinte forma:

Art. 6º O art. 40 da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 40. [...]

[...]

§ 4º Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, *o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato.* (BRASIL, 2004, grifo nosso).

Com esta alteração na Lei n. 6.830/80, a Fazenda Pública, que antes poderia requerer o desarquivamento dos autos a qualquer momento, na hipótese de encontrar o devedor ou os bens, nos termos do § 3º do mesmo artigo 40, agora se encontra penalizada pela prescrição intercorrente.

Na verdade, não resta dúvida de que o dispositivo supratranscrito padece de vício de constitucionalidade formal. É que o art. 146 da Constituição Federal de 1988 é claro ao dispor:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

[...]

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

[...]

b) obrigação, lançamento, crédito, *prescrição* e decadência tributários; [...] (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Assim, a introdução de uma nova forma de prescrição, além da prevista no Código Tributário Nacional, que possui *status* de lei complementar, não poderia ser criada através de lei ordinária como ocorreu.

Percebe-se, no dispositivo supratranscrito, a existência de dois preceitos normativos, quais sejam: a inclusão de novo termo *a quo* para a contagem do prazo da prescrição intercorrente no bojo de execução fiscal – a decisão que ordenar o arquivamento – e a possibilidade de decretação, *ex officio*, da prescrição intercorrente.

Já quanto à segunda parte do § 4º do art. 40, de acordo com Lucas Carneiro⁹, não há que apontar problemas maiores nesse tópico. Desse modo:

A possibilidade de apreciação da prescrição de ofício pelo juiz da causa é matéria processual e, portanto, passível de inclusão no ordenamento jurídico via Lei Ordinária. Nesse sentido:

‘A partir da Lei nº 11.051/04, que incluiu o § 4º no art. 40 da Lei nº 6.830/80, passou a ser autorizado ao julgador reconhecer de ofício a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato, após ouvida a Fazenda Pública. O novel dispositivo introduzido na Lei de Execução Fiscal é de natureza processual, aplicando-se de imediato a todos os processos em curso.’ (Resp n. 849.494/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, Brasília, DF. Julgado em: 17.08.2006, *DJ* 25.09.2006, p. 241).

A inconstitucionalidade diz respeito à inclusão de novo termo *a quo* da contagem de prazo da prescrição intercorrente, qual seja, o despacho que ordenar a suspensão da execução nos termos do *caput* do artigo 40. Trata-se, a rigor, de nova causa de interrupção da prescrição intercorrente uma vez que tem o condão de reiniciar o prazo de prescrição.

Referida inclusão, por veicular-se através de Lei Ordinária, se mostra formalmente inconstitucional, uma vez que a Constituição da República de 1988 submeteu a disciplina da prescrição, exclusivamente, à Lei Complementar, nos expressos termos do art. 146, inciso III, alínea *b*.

Eduardo Sabbag¹⁰ afasta a tese de que seria inconstitucional o art. 40 da Lei n. 6.830/80, asseverando:

Parece-nos que não é este o melhor modo de ver, pois a norma não tratou de prazo prescricional, alterando a sistemática de contagem ou o período quinquenal, por exemplo, mas se limitou a dispor sobre matéria de direito processual civil.

Nesse compasso, editou a *Súmula 314 do STJ*, que veio ao centro da situação jurídica ora analisada. Veja-se seu teor: ‘*Em execução fiscal*,

9 CARNEIRO, Lucas Sachsis Junqueira. Aspectos polêmicos da prescrição tributária intercorrente: uma hermenêutica constitucional e atual sobre o tema. In: *Revista Âmbito Jurídico*: Tributário, Rio Grande, XIV, n. 86, mar. 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9193>. Acesso em: 28 dez. 2012.

10 SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 827.

não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual inicia-se o prazo de prescrição intercorrente. (grifo do autor).

Outra questão que se levanta é a incompatibilidade do § 3º com o § 4º do mesmo artigo 40. É que o § 3º, não alterado, deixa claro que “encontrados que sejam, *a qualquer tempo*, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução” (grifo nosso). E, de acordo com a alteração produzida a partir de 2004, com a permanência no arquivo, por cinco anos ininterruptos, a partir da data do arquivamento do feito, consumir-se-ia a prescrição.

De qualquer forma, na prática, estas considerações são inócuas, vez que nossos tribunais já firmaram jurisprudência no sentido de aplicar a nova lei, sendo que, já em data anterior à vigência da Lei n. 11.051/2004, alguns acórdãos preocupavam-se com imprescritibilidade dos créditos ajuizados, conforme abaixo:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. LEI 11.051/2004. TERMO INICIAL. SÚMULA 314/STJ.

1. O recorrente sustenta que o termo inicial do prazo da prescrição intercorrente seria a data da vigência da Lei 11.051/2004 que acrescentou o §4º ao artigo 40 da LEF, possuindo, no seu entender, caráter material, e portanto, irretroativa.

2. A mencionada lei apenas possibilitou a decretação de ofício da prescrição intercorrente, instituto já admitido pela doutrina e jurisprudência a partir da conjugação do artigo 174 do CTN com o artigo 40 da LEF, o que lhe configura caráter processual.

Precedentes: REsp 1.128.099/RO, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, *DJe* 17/11/2009; EREsp 699.016/PE, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Seção, *DJe* 17/03/2008.

3. Recurso especial não provido.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. SEGUNDA TURMA. Relator: Min. CASTRO MEIRA. Brasília/DF. Julgado em: 08/06/2010, *DJe* 18/06/2010).

Assim, permanecendo o processo no arquivo provisório por cinco anos ininterruptos, após a suspensão por um ano, correta é a extinção do crédito tributário, reconhecida a prescrição intercorrente por procedimento *ex officio* ou a requerimento da parte.

Registre-se, entretanto, que a decretação da prescrição intercorrente, prescinde do preenchimento de dois requisitos: a oitiva prévia da Fazenda Pública e o decurso do prazo prescricional, contado a partir da decisão que ordenou o arquivamento do feito, durante o tempo em que os autos ficaram no arquivo.

A disposição legal é clara: a contagem da prescrição intercorrente tem início na data da decisão que ordenar o arquivamento dos autos. Se, a partir dessa data, o feito permanecer no arquivo pelo prazo prescricional, consuma-se a chamada prescrição intercorrente. Ao contrário, se houver desarquivamento dos autos antes do decurso do prazo prescricional, não se consuma a prescrição intercorrente.

Ocorre que as disposições do artigo 40, em exame, têm sido flexibilizadas na jurisprudência. Há decisões que desconsideram as exigências previstas no art. 40, conforme se exemplifica abaixo:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PARALISAÇÃO DO FEITO. INÉRCIA DO EXEQUENTE. SÚMULA 314/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. 'Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente' (Súmula 314/STJ).

2. 'Ainda que tenha sido reconhecida a prescrição sem a prévia intimação da Fazenda Pública, como ocorreu na hipótese dos autos, só se justificaria a anulação da sentença se a exequente demonstrasse efetivo prejuízo decorrente do ato judicial impugnado' (AgRg no Resp 1.190.845/MG, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, *DJe* 31/8/10).

3. Agravo regimental não provido.

(BRASIL. STJ. AgRg no AREsp 170253/RJ. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2012/0088532-9. Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA. PRIMEIRA TURMA. Julgado em: 09/10/2012, *DJe* 16/10/2012.

EXECUÇÃO FISCAL - PEDIDOS REITERADOS DE PARALISAÇÕES - DESINTERESSE DO CREDOR - VERIFICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE.

A prática reiterada de pedidos de suspensão da execução configura o desinteresse do Fisco pela satisfação do crédito exequendo, se desacompanhada de medida útil para tornar efetiva a execução. Verificada a ocorrência do lapso prescricional do título executado, pode o juiz, de ofício, conhecer da prescrição. Recurso desprovido.

(MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível, 6ª CÂMARA CÍVEL, Processo n. 1.0024.99.081718-1/001. Relator: DELMIVAL DE ALMEIDA CAMPOS. Julgado em: 31/01/2006, *DJe* 10/03/2006).

Nesse mesmo sentido é o posicionamento de Marcelo Polo¹¹, um dos autores da obra “Execução Fiscal aplicada: análise pragmática do processo de execução fiscal”:

A jurisprudência vem construindo uma argumentação no sentido de que pedidos genéricos de suspensão do prazo para diligências e pedidos de diligências inúteis para o fim de localização de bens penhoráveis não teriam o condão de evitar a contagem do prazo de prescrição intercorrente. Aqui é também preciso fixar conceitos.

Enquanto o processo de execução estiver em seu curso regular de diligências da parte e do Judiciário no sentido de localização de bens, deve-se adotar um conceito de *utilidade potencial*. Ou seja, não há inércia alguma da parte sempre que prover diligências ou pedir diligências em juízo que se mostrem potencialmente úteis à localização de bens do devedor. Mais. Sempre que houver deferimento judicial das diligências solicitadas, deve-se considerá-las medidas úteis. Isso porque, diante do pedido da parte, o juízo deve indeferi-lo se considerar se tratar de diligência, mesmo em potência, inútil, determinando, assim, a suspensão do processo pelo prazo de 1 ano para fins de contagem do prazo prescricional. Se não indefere o pedido, a medida passa a ser, por avocação judicial e, como tal, não pode ser considerada inútil, ao menos para fins de imputação

11 POLO, Marcelo. Execução Fiscal. In: MELO FILHO, João Aurino de (Coord.) et al. *Execução fiscal aplicada: análise pragmática do processo de execução fiscal*. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 369-370.

de inércia à parte exequente, punível com a fluência do prazo de prescrição. (grifo nosso).

De fato, a maioria dos precedentes jurisprudenciais se inclinam nessa direção:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. CARÁTER MANIFESTAMENTE INFRINGENTE. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DA PARTE. PRECEDENTES.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que 'pressupõe a prescrição diligência que o credor, pessoalmente intimado, deve cumprir, mas não cumpre no prazo prescricional'. No caso, o credor não foi intimado para quaisquer atos do processo.

2. Diante da postura adotada pelo devedor, dificultando o andamento da execução, não se pode atribuir ao credor a responsabilidade pela paralisação do feito. Diligências do exequente, por iniciativa própria, que afastam a alegação de sua negligência e inércia.

3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, a que se nega provimento.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no Ag 1135876/SP, Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento 2008/0274905-9, Rel. Ministro OG FERNANDES, Sexta Turma, Brasília/DF. Julgado em: 17/09/2009, *DJe* 19/10/2009).

2.2 PRAZO PARA A INCLUSÃO DO SÓCIO NO POLO PASSIVO DA RELAÇÃO PROCESSUAL: CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL

A responsabilização dos sócios está prevista nos arts. 134, VII, e 135, III, ambos do Código Tributário Nacional, senão vejamos:

Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem subsidiariamente com este nos autos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:

[...]

VII – os sócios, no caso de liquidação da sociedade de pessoas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo só se aplica, em matéria de penalidade, às de caráter moratório.

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

[...]

III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

O art. 134, VII, do CTN, trata da responsabilidade subsidiária restrita às situações em que não haja possibilidade de exigir o cumprimento da obrigação pelo próprio contribuinte.

Entretanto, Luciano Amaro¹² (2007) adverte:

Observe-se que não basta mero vínculo decorrente da relação de tutela, inventariança, etc., para que se dê a eleição do terceiro como responsável; requer-se que ele tenha praticado algum ato (omissivo ou comissivo), pois sua responsabilidade se conecta com *atos em que tenha intervindo* ou com as *omissões pelas quais for responsável*.

Na locução ‘omissões de que forem responsáveis’, este último vocábulo aparece no art. 134 para qualificar a pessoa a quem competiria a prática de certo ato e que se omitiu; o problema é de *autoria* de ato omissivo; o omissivo ‘responde’ por sua omissão. Dessa ‘responsabilidade’ por ato omissivos decorre a condição de ‘responsável tributário’, nas situações em exame. (grifo do autor).

O artigo 134 estabelece o caráter preferencial em relação à pessoa jurídica, enquanto ao sócio, o caráter subsidiário, bastando para isso o descumprimento do dever de infrigência de tais deveres de fiscalização, de representação e de boa administração.

¹² AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 327.

Já o artigo 135 trata da transferência de responsabilidade nos casos de culpa ou dolo, da responsabilidade pessoal de terceiros, uma vez que, no caso, o terceiro responde “pessoalmente”.

Aliomar Baleeiro¹³ (1976), ao comentar o dispositivo legal, assim se posiciona:

No art. 135, há outra hipótese de vinculação do terceiro, que representa o contribuinte ou lhe serve de instrumento jurídico: a atuação com excesso de poderes ou a infração a cláusulas de contratos ou estatutos.

Nesses casos, além das categorias de pessoas arroladas no art. 134, que passam a ser plenamente os responsáveis pelos créditos tributários – e não apenas solidárias estritamente em caso de impossibilidade de cumprimento por parte do contribuinte – ficam na mesma situação dos mandatários, prepostos e empregados, assim como os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de Direito Privado, em geral.

No caso, diferentemente do anterior, não é apenas de solidariedade, mas de responsabilidade por substituição. As pessoas indicadas no art. 135 passam a ser responsáveis ao invés de contribuintes.

Quanto ao prazo para a inclusão do sócio no polo passivo da relação processual, o posicionamento tradicional do Superior Tribunal de Justiça é de que o redirecionamento do feito executivo é de cinco anos a contar da citação da pessoa jurídica, contra quem foi ajuizada a ação, senão vejamos:

**TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - REDIRECIONAMENTO
CONTRA O SÓCIO - CINCO ANOS DA CITAÇÃO DA PESSOA
JURÍDICA - OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO.**

O redirecionamento da execução aos sócios gerentes deve dar-se no prazo de cinco anos da citação da pessoa jurídica, de modo a afastar a imprescritibilidade da pretensão de cobrança do débito fiscal. Agravo Regimental improvido.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AGA 200802441915, SEGUNDA TURMA, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS. Brasília/DF. Julgado em: 18/08/2009, *DJe* 31/08/2009).

13 BALEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 447-448.

Há uma linha de entendimento mais recente no sentido de que o redirecionamento somente pode ocorrer caso estejam configurados todos os requisitos para fins de aplicação da norma de responsabilidade. Nesse sentido, o seguinte julgado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. CITAÇÃO DA EMPRESA E DO SÓCIO-GERENTE. PRAZO SUPERIOR A CINCO ANOS. PRESCRIÇÃO. PRINCÍPIO DA *ACTIO NATA*.

1. O Tribunal de origem reconheceu, *in casu*, que a Fazenda Pública sempre promoveu regularmente o andamento do feito e que somente após seis anos da citação da empresa se consolidou a pretensão do redirecionamento, daí reiniciando o prazo prescricional.

2. A prescrição é medida que pune a negligência ou inércia do titular de pretensão não exercida, quando o poderia ser.

3. A citação do sócio-gerente foi realizada após o transcurso de prazo superior a cinco anos, contados da citação da empresa. Não houve prescrição, contudo, porque se trata de responsabilidade subsidiária, de modo que o redirecionamento só se tornou possível a partir do momento em que o juízo de origem se convenceu da inexistência de patrimônio da pessoa jurídica. Aplicação do princípio da *actio nata*.

4. Agravo Regimental provido.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1062571/RS 2008/0117846-4. SEGUNDA TURMA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Brasília/DF. Julgado em: 20/11/2008. *DJe* 24/03/2009).

Também nesse sentido, leciona Raphael Frattari¹⁴:

Acredita-se que o prazo de prescrição em relação ao sócio deve iniciar-se assim que se apresenta a possibilidade de transferência de responsabilidade a ele, nem antes, nem depois. Antes que se configure a hipótese de transferência de responsabilidade a Fazenda Pública não pode dirigir a execução ao sócio em virtude

14 FRATTARI, Raphael. *Decadência e prescrição no direito tributário*. Belo Horizonte: Arraes, 2010. p. 245.

das normas postas pelo art. 134, do Código Tributário Nacional. Assim, uma vez mais, pelo princípio da *actio nata*, não há sentido em que corra o prazo prescricional para que se execute o sócio, ausente a possibilidade de responsabilizá-lo. Portanto, somente quando se configure a dissolução irregular da sociedade é que se deve cogitar do início do prazo prescricional em relação ao sócio, não antes.

Na verdade, se a hipótese que autoriza a inclusão do sócio surge apenas no curso da execução fiscal, o prazo prescricional para a inclusão dele no polo passivo da lide tem início a partir dessa constatação. Tal entendimento possui fundamento no princípio da *actio nata*, preconizado no art. 189 do Código Civil, regente da contagem do prazo no direito brasileiro.

Em qualquer hipótese, registre-se que, se o nome do sócio já consta da Certidão de Dívida Ativa (CDA), mesmo tendo a execução sido proposta somente em nome da Sociedade, a Fazenda pode requerer o redirecionamento da ação para o sócio. Nesse caso, incumbe ao sócio ilidir a presunção de certeza e liquidez do título executivo, comprovando que não se configurou qualquer hipótese que autoriza a sua responsabilização pessoal.

Assim, a análise sobre o prazo para redirecionamento da execução para o sócio restringe-se às hipóteses em que os nomes dos sócios não estejam relacionados na CDA, uma vez que, na hipótese contrária, os responsáveis integram o polo passivo da ação executiva fiscal, de acordo com o acertado posicionamento de Maria Rita Ferragut¹⁵:

O redirecionamento da execução fiscal em face do administrador não se submete ao prazo prescricional, se seu nome estiver indicado na CDA. Nessa situação, o direito de ação foi exercido de forma plena, já que a faculdade de acessar a jurisdição exaure-se na distribuição da execução fiscal.

A Fazenda Pública, entretanto, deve promover a citação de todos os responsáveis indicados na CDA e realizar diligências para localização de bens penhoráveis, sob pena de, ante a sua inércia, propiciar a decretação da prescrição.

15 FERRAGUT, Maria Rita. *Responsabilidade tributária e o Código Civil de 2002*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2009. p. 185.

3 CONCLUSÃO

A prescrição no direito tributário está intimamente ligada ao princípio da segurança jurídica, pois, como bem se posiciona Margarete Gonçalves Barsani¹⁶, “é importante que o cidadão possa prever o resultado de sua conduta para que ele tenha tranquilidade no planejamento de suas ações”.

Lado outro, a prescrição do crédito tributário está intimamente ligada ao princípio da legalidade, pelo que só pode e deve ser decretada nos limites da lei.

Por sua vez, o princípio da indisponibilidade do interesse público ensina que a Administração não pode renunciar às prerrogativas que possui para a satisfação do crédito tributário, uma vez que este representa os interesses da coletividade, a qual necessita da arrecadação dos tributos para a satisfação das necessidades públicas.

Câmara Leal¹⁷ também vislumbra que:

Não deixa de haver, portanto, na prescrição, uma certa penalidade indireta à negligência do titular, e muito justificável essa pena, que o priva de seu direito, porque, com a sua inércia obstinada, ele faltou ao dever de cooperação social, permitindo que sua negligência concorresse para a procrastinação de um estado antijurídico, lesivo à harmonia social.

Assim, a compreensão e a aplicação adequada dos dispositivos e jurisprudências, por vezes controvertidas, sobre o instituto da prescrição constitui tarefa árdua para o advogado público e, sobretudo, para o aplicador do direito.

Sob esse enfoque, este trabalho buscou comentar aspectos relevantes que se apresentam no dia a dia do procurador público, buscando a correta aplicação do instituto da prescrição do crédito tributário.

Concluiu-se que a prescrição, a teor do disposto no art. 156, V, do CTN, é uma causa extintiva do crédito tributário, muito embora a prescrição seja definida como perda do direito de ação.

16 BARSANI, Margarete Gonçalves. *Decadência e prescrição no direito tributário*. 2. ed. [s. l.]: Lumen Juris, 2010. p. 81. E-book atualizado de acordo com a Lei Complementar n. 118/2005 e com a jurisprudência sobre o tema.

17 LEAL, Antônio Luís da Câmara. *Da prescrição e da decadência: teoria geral do direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 16.

O prazo prescricional é de cinco anos, a contar da data da constituição definitiva do crédito tributário que, por sua vez, é formalizado pelo lançamento notificado ao sujeito passivo.

Concluiu-se, também, que, a partir da vigência da Lei Complementar n. 118/2005, o despacho do juiz que determina a citação interrompe o curso do prazo prescricional que antes era interrompido pela citação pessoal feita ao devedor, sendo que o referido diploma legal foi aplicado, inclusive, aos processos em curso.

O estudo demonstrou a inconstitucionalidade formal do art. 40, § 4º, inserido pelo art. 6º da Lei n. 11.051/2004, que inseriu o § 4º ao art. 40 da Lei n. 6.830/80, muito embora a jurisprudência quase unânime de nossos tribunais decretem a prescrição intercorrente nos executivos fiscais movidos pela Fazenda Pública. Vale dizer, na prática, a prescrição intercorrente é determinada, até mesmo de ofício, pelo poder Judiciário. Na realidade, as construções jurisprudenciais se encaminham de forma a decretar a prescrição, mesmo em certas hipóteses nas quais não restou evidenciada inércia da Fazenda Pública.

Por fim, chegou-se à conclusão de que o redirecionamento da execução contra o sócio também prescreve no prazo de cinco anos, iniciado, entretanto, pelo princípio da *actio nata*, por ocasião do implemento dos requisitos para a responsabilização.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

BARSANI, Margarete Gonçalves. *Decadência e prescrição no direito tributário*. 2. ed. [s. l.]: Lumen Juris, 2010. *E-book* atualizado de acordo com a Lei Complementar n. 118/2005 e com a jurisprudência sobre o tema.

BRASIL. *Lei n. 1.533, de 31 de dezembro de 1951*. Revogada pela Lei n. 12.016/2009, de 7 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1533.htm>. Acesso em: 14 nov. 2012. BRASIL. Código Tributário Nacional. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em: 13 out. 2012.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 15 out. 2012.

BRASIL. *Lei de Execução Fiscal*. Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6830.htm>. Acesso em: 10 set. 2012.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/legislacao/const/>>. Acesso em: 20 set. 2012.

BRASIL. *Lei Complementar n. 104, de 10 de janeiro de 2001*. Altera dispositivos da Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp104.htm>. Acesso em: 16 nov. 2012.

BRASIL. *Lei n. 11.051, de 29 de dezembro de 2004*. Dispõe sobre o desconto de crédito na apuração da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL e da Contribuição para o PIS/Pasep e Cofins não cumulativas e dá outras providências. Retificada no DOU 4/1/2005, Seção 1, p. 1. Retificada no DOU 11/01/2005, Seção 1, p. 1. Retificada no DOU 16/02/2005, Seção 1, p. 1. Alterada pela Lei n. 11.196, de 21 de novembro de 2005, pela Lei n. 11.452, de 27 de fevereiro de 2007, pela Lei n. 11.727, de 23 de junho de 2008, pela Lei n. 11.774, de 17 de setembro de 2008, e pela Lei n. 12.649, de 17 de maio de 2012. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/leis/2004/lei11051.htm>>. Acesso em: 7 nov. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 435.896/SP*, Recurso Especial 2002/0062316-9 – p. 00253. Segunda Turma, Relatora: Ministra Eliana Calmon. Julgado em: 05/06/2003 *DJ* 20/10/2003. Brasília, DF. Disponível em: <<http://tributario.net/www/ementatributario-decadencia-e-prescricao1-a-antiga-forma-de-contagem-do-prazo-prescricional-expressa-na-sumula-153-do-extinto-tfr-tem-sido-hoje-ampliada-pelo-stj-que-adotou-a-posicao-do-stf/>>. Acesso em: 2 nov. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 974700/RS*, Recurso Especial 2007/0183277-1. Segunda Turma. Relator: Min. Herman Benjamin. Julgado em: 25/09/2007, *DJ* 19/10/2007, p. 326, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19211699/recurso-especial-resp-974700-rs-2007-0183277-1-stj/inteiro-teor>>. Acesso em: 12 dez. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 945.962/RS*, Primeira Turma, Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em: 23/10/2007. *Revista Eletrônica da Jurisprudência*: ementa/acórdão, Brasília, DF. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=3496296&sReg=200700946027&sData=20071129&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 4 nov. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 945619/RS*, Recurso Especial 2007/00945357, Segunda Turma, Relatora: Ministra Eliana Calmon. Julgado em: 04/03/2008, *DJe* 14/03/2008, Brasília, DF. Disponível em: <<http://br.vlex.com/vid/-41286950>>. Acesso em: 10 out. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp 812098/SE* – Recurso Especial 2006/0015000-7. Segunda Turma, Relatora: Ministra Eliana Calmon. Julgado em: 14/10/2008, *DJe* 06/11/2008, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2077794/recurso-especial-resp-812098-se-2006-0015000-7-stj>>. Acesso em: 10 out. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 1062571/RS*, 2008/0117846-4. Segunda Turma, Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgado em: 20/11/2008, *DJe* 24/03/2009, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3998614/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1062571-rs-2008-0117846-4-stj>>. Acesso em: 10 dez. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AGA 200802441915*, Segunda Turma, Relator: Ministro Humberto Martins. Julgado em: 18/08/2009, *DJe* 31/08/2009, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=OCORR%C3%80NCIA+DE+REDIRECIONAMENTO+DA+EXECUC%C3%80O&s=jurisprudencia>>. Acesso em: 28 dez. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *EDcl no Ag 1135876/SP*, Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento 2008/0274905-9, Sexta Turma, Relator: Ministro Og Fernandes Julgado em: 17/09/2009, *DJe* 19/10/2009, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?id=969293>>. Acesso em: 16 dez. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp 170253/RJ*. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 2012/0088532-9. Primeira Turma, Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Julgado em: 09/10/2012, *DJe* 16/10/2012 Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/41445934/stj-16-10-2012-pg-401>>. Acesso em: 11 dez. 2012.

CAHALI, Yussef Said. *Prescrição e decadência*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CARNEIRO, Lucas Sachsida Junqueira. Aspectos polêmicos da prescrição tributária intercorrente: uma hermenêutica constitucional e atual sobre o tema. In: *Revista Âmbito Jurídico: Tributário*, Rio Grande, XIV, n. 86, mar. 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9193>. Acesso em: 28 dez. 2012.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

COELHO, Sacha Calmon Navarro; COELHO, Eduardo Junqueira et al. *Decadência e prescrição*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). _____. São Paulo: Revista dos Tribunais: Centro de Extensão Universitária, 2007. Pesquisas Tributárias. Nova Série, n. 13.

FERRAGUT, Maria Rita. *Responsabilidade tributária e o Código Civil de 2002*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2009.

FRATTARI, Raphael. *Decadência e prescrição no direito tributário*. Belo Horizonte: Arraes, 2010.

LEAL, Antônio Luís da Câmara. *Da prescrição e da decadência: teoria geral do direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Apelação Cível*. Processo n. 1.0024.99.081718-1/001, 6ª CÂMARA CÍVEL, Relator: Delmival de Almeida Campos. Julgado em: 31/01/2006, *DJe* 10/03/2006, Belo Horizonte, MG. Disponível em: <http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_complemento2.jsp?listaProcessos=10024990817181001>. Acesso em: 10 dez. 2012.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Apelação Cível*. Processo n. 1.0024.02.683988-6/001, 3ª CÂMARA CÍVEL, Relator: Kildare Carvalho. Julgado em: 19/01/2006, *DJe* 17/03/2006, Belo Horizonte, MG. Disponível em: <http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_movimentacoes2.jsp?listaProcessos=10024026839886001>. Acesso em: 10 dez. 2012.

MURAYAMA, Janssen Hiroshi. Execução fiscal: a interrupção da prescrição antes e depois da LC n. 118/2005 e a jurisprudência do STJ. *Revista da SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 23, 2008. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/view/68/67>. Acesso em: 7 dez. 2012.

PACHECO, José da Silva. *Comentários à Lei de Execução Fiscal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

POLO, Marcelo. Execução Fiscal. In: MELO FILHO, João Aurino de (Coord.) et al. *Execução fiscal aplicada: análise pragmática do processo de execução fiscal*. Salvador: JusPodivm, 2012.

QUEVEDO Y SANTIBÁÑEZ VILLEGAS, Francisco Gómez de. *O tempo em mim: memórias*. Portal do Envelhecimento. Debaixo d'água. Disponível em: <<http://portaldoenvelhecimento.org.br/noticias/memorias/o-tempo-em-mim-memorias.html>>. Acesso em: 10 set. 2012.

SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VIEIRA, Maria Leonor Leite. *A suspensão da exigibilidade do crédito tributário*. São Paulo: Dialética, 1997.

BIBLIOGRAFIA

ABRÃO, Carlos Henrique; CHIMENTI, Ricardo Cunha; ÁLVARES, Manoel et al. *Lei de Execução Fiscal comentada e anotada*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR 6023: informação e documentação: referências: elaboração*. Rio de Janeiro, 2002.

_____. *NBR 10520: informação e documentação: apresentação de citações em documentos*. Rio de Janeiro, 2002. Acesso em: 16 nov. 2012.

_____. *NBR 14724: informação e documentação: trabalhos acadêmicos: apresentação*. Rio de Janeiro, 2005. Acesso em: 8 set. 2012.

CÓDIGO de Catalogação Anglo-Americano. 2. ed. revista. 2002. São Paulo: FEBAP: *Imprensa Oficial do Estado de São Paulo*, 2004. Disponível em: <<http://emc5772.dylton.prof.ufsc.br/instrucao.PDF>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

LEVATE, Luiz Gustavo; CARVALHO, Felipe Caixeta. *Execução fiscal à luz da doutrina e da jurisprudência*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Decadência e prescrição no direito tributário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lei de execução fiscal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA MUNICIPAL

*THE CONSTITUTIONALIZATION OF THE MUNICIPAL
PUBLIC ADVOCACY*

*Marina França Santos
Procuradora do Município de Belo Horizonte*

RESUMO: O controle da juridicidade dos atos do Estado consiste em garantia fundamental concretizável, entre outras instituições, pelas Advocacias Públicas, cuja atuação, vocacionada à concretização do direito na forma de políticas públicas e, ao mesmo tempo, insensível às vicissitudes dos governos, tem o condão de se comprometer, de executar e de fiscalizar a execução do projeto constitucional da sociedade. Nesse sentido que, ao elevar a Advocacia Pública à condição de função essencial à justiça, a Constituição da República de 1988 ressaltou e renovou o interesse social na proteção da juridicidade dos atos executivos, vinculando a Advocacia de Estado ao Estado Constitucional Democrático de Direito. O silêncio do constituinte em relação ao papel desse órgão nos Municípios só pode se traduzir, pois, como esquecimento, inconsciente – não eloquente – e problemático que vai de encontro a princípios fundamentais da ordem constitucional brasileira, dentre eles, o federalismo, a democracia e a isonomia processual. A atuação das Advocacias de Estado Municipais mostra-se imprescindível ao exercício da autonomia desses entes estatais e à efetivação da democracia representativa, além de tornar efetivas as garantias processuais previstas constitucionalmente, sendo, por conseguinte, essencial à proteção do Estado Constitucional Democrático DE DIREITO.

PALAVRAS-CHAVE: Advocacia. Pública. Municipal. Constitucionalização. Estado. Democracia. Direito.

ABSTRACT: The legality control of the State's acts is constitutionally guaranteed, among various democratic institutions, by the Public Advocacy, since their acts, insensitive to the governments vicissitudes, is necessarily committed to the society's constitutional project. In this sense, while considering the Public Advocacy essential to the justice, the 1988 Constitution emphasized and renewed the social interest on the legality of the State's acts, relying the Democratic State of Law on the State's Advocacy. Therefore, the constituent's silence related to the Municipal Public Advocacy proves to be problematic, disregarding fundamental principles of the Brazilian Constitutional Order, namely, the federalism, the democracy and the procedural equality. The Municipal Public Advocacies are fundamental to the municipal autonomy and to the representative democracy effectiveness in line with the constitutional procedural guarantees being, thus, essential to the protection of the Constitutional Democratic State of Law.

KEYWORDS: Advocacy. Public. Municipal. Constitutionalization. State. Democracy. Law.

A submissão do governante ao Direito, amparando o cidadão contra o arbítrio, e a afirmação desse direito como construção democrática de seus destinatários, dotando os cidadãos de autonomia para definir seu destino, foram, certamente, conquistas das mais relevantes na evolução da sociedade, culminando no que conhecemos como Estado Constitucional Democrático de Direito

Para a concretização desse ideário uma série de mecanismos institucionais precisaram ser assegurados, seja para a construção do direito, como a garantia do sufrágio universal, direto, periódico e secreto, seja para o controle da juridicidade dos atos do Estado, que passou a ter como guardiões, dentre importantes instituições democráticas, o Ministério Público, o Tribunal de Contas e, conforme nos lembra Gustavo Binbenojm¹, a Advocacia Pública, que está diretamente atrelada a todas essas conquistas.

As Advocacias Públicas, ou Advocacias de Estado, como prefere Diogo de Figueiredo Moreira Neto², são as instituições que representam a União, o Estado, o Distrito Federal e os Municípios, quando demandados e quando demandam judicialmente, e que realizam o assessoramento técnico-jurídico dos agentes públicos, na elaboração e execução de seus atos.

É Advocacia de Estado porque sua atuação não é sensível às vicissitudes dos governos. Conquanto exista para apoiá-lo juridicamente – no que se insere, obviamente, o dever de defendê-lo em juízo –, a Advocacia de Estado transcende a temporariedade e as disputas político-partidárias dos governantes. Seu *locus* é perene: o projeto constitucional da sociedade. Identifica-se, pois, com qualquer governo que deva efetivá-lo.

É por isso que ao falar em função essencial à justiça, prevendo seus contornos nos arts. 131 e 132, a Constituição de 1988 disse certamente mais, não restringindo a função de representação e consultoria de Estado ao papel de apoio à Jurisdição. Decerto, a justiça que se protege com a constitucionalização do suporte jurídico ao governante tem sentido mais amplo, de garantia da juridicidade e da democracia dos atos executivos, o que vincula, de forma indissociável, a Advocacia de Estado ao Estado Democrático de Direito³.

Equívocou-se o constituinte, no entanto, ao deixar de afirmar expressamente – como o fez para os demais entes políticos – o status institucional

1 BINENBOJM, Gustavo. A Advocacia Pública e o Estado Democrático de Direito. *Revista da Procuradoria Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF*, Belo Horizonte, a. 1, n. 1, p. 219- 227, jan./dez. 2011. p. 220.

2 NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *A Responsabilidade do Advogado de Estado*. Exposição apresentada em 31 de outubro de 2007, no auditório da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.rj.gov.br/c/document_library/get_file?uuid=84f78c99-f16f-42df-8422-b6dbf0ed79e0&groupId=132971>. Acesso em: 24 set. 2012.

3 BINENBOJM, *ibidem*, p. 219.

da Advocacia Pública no âmbito dos Municípios, um silêncio problemático por ir de encontro a, pelo menos, três princípios fundamentais da ordem constitucional brasileira: o federalismo, a democracia e a isonomia processual.

O primeiro pilar confrontado de forma eloquente é a organização político administrativa estabelecida a partir de 1988. De fato, como informa Paulo Bonavides, não se conhece uma única forma de união federativa contemporânea em que o princípio da autonomia municipal tenha alcançado grau de caracterização política e jurídica tão alto e expressivo⁴. O Município, no atual sistema, como passaram a dispor os arts. 1º e 18 da Constituição, passa à condição de ente federado, assumindo autonomia qualificada para a definição de sua estrutura política, organizatória, administrativa e financeira⁵.

Essa importante emancipação jurídica, responsável por aproximar os cidadãos das decisões políticas e os governantes da vida nas cidades, impõe ao Município, no entanto, dever igualmente grave: a ele passa a ser confiada uma série de competências constitucionais, definidas pelo seu interesse predominantemente local, as quais não pode se eximir de realizar⁶.

E mais: como nenhum ente político lhe é hierarquicamente superior – apenas possui atribuições distintas –, cabe exclusivamente ao próprio Município desincumbir-se de suas funções, por meio de órgãos que devem, por conseguinte, estar adequadamente estruturados e assessorados para a atuação conforme ao Direito.

A Advocacia Pública Municipal se insere, pois, na indispensabilidade de se prover o Município de estrutura técnico-jurídica capaz de, a um só tempo, reconhecer as suas competências constitucionais e, caso necessário, defendê-las perante os demais entes.

Trata-se, desse modo, de exigência lógica de uma organização político-administrativa estatal que atribui deveres jurídicos inafastáveis a todos os entes políticos. A ausência de constitucionalização da Advocacia de Estado nos entes municipais é, também pelo viés democrático, incompreensível. Afinal, a democracia

4 BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. Rio de Janeiro. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p.379.

5 Mesmo os autores que negam aos Municípios a condição de entes federados são unânimes em reconhecer a autonomia municipal como predicado expressamente assumido pelo sistema constitucional brasileiro. (Por todos, CASTRO. José Nilo de. *Direito Municipal Positivo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 29).

6 Como bem pontuado por Cristiane da Costa Nery. In: *A constitucionalização da carreira do Procurador Municipal: função essencial e típica de Estado*. Interesse Público, Belo Horizonte, v. 12, n. 60, mar. 2010. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/34608>>. Acesso em: 24 set. 2012.

não se esgota na posse do candidato eleito pelo sufrágio da maioria, exigindo-se a concretização, pelo mandatário, do programa de governo que determinou a sua escolha para a representação da sociedade.

A atuação do procurador do Município é garantia democrática justamente porque centrada na busca de mecanismos capazes de transformar a vontade popular, transferida aos gestores públicos, em implementação das políticas públicas democraticamente escolhidas. Tal papel é desincumbido principalmente de forma preventiva, na busca da exequibilidade dos programas e na sua adaptação aos parâmetros jurídicos adotados pela sociedade.

A compatibilização dos projetos políticos ao Direito é essencial à governabilidade, da qual, por sua vez, depende a concretização da democracia representativa⁷.

Por fim, e não menos importante, dada a irrefreável e valorosa evolução do constitucionalismo no processo, a lacuna no texto constitucional em relação aos Municípios afronta a isonomia processual, que é, aliás, reconhecida pela própria Constituição ao elevar as Advocacias Públicas da União, do Estado e do Distrito Federal à condição de função essencial à justiça. Toda advocacia é, sem dúvidas, função essencial à justiça no campo estritamente processual por resguardar o devido e substancial exercício do contraditório e da ampla defesa, sem os quais a Jurisdição apresenta déficit de legitimidade inadmissível.

Certamente, a realidade, em relação aos Municípios, não destoa. Como os demais entes federados, os Municípios são diariamente chamados em juízo com questionamentos quanto à implementação de políticas e à cobrança de responsabilidades. Ora, se são demandados por instituições organizadas e com prerrogativas constitucionais (como a própria União e os Estados), é, ademais, de fundamento lógico, que possua a mesma estrutura institucional para que responda – e também demande – judicialmente de forma paritária.

Assim, é incompatível com a ordem constitucional processual prever uma carreira jurídica para representação judicial da União e dos Estados, admitir que acionem a Jurisdição contra os Municípios, mas deixar de prover os últimos com estrutura de representação equivalente para a realização do devido processo legal.

A Advocacia Pública é condição necessária para que o Município exerça sua autonomia, efetive o regime democrático e defenda as

7 BINENBOJM, op. cit., p. 221-223.

escolhas dos cidadãos, judicial e extrajudicialmente, tudo de acordo com as exigências e garantias constitucionalmente determinadas. A institucionalização da carreira, portanto, é proteção direcionada à sociedade, porque fator de juridicidade dos atos de seus governantes.

Essas as razões pelas quais a Advocacia de Estado deve ser totalmente constitucionalizada (e a alcunha “de Estado” não deixa dúvidas). Isto é, é imprescindível que, em todos os entes políticos, seja constituída por agentes permanentes, selecionados por concurso público, protegidos pela autonomia e independência funcional e guiados pelos princípios da legalidade (ou juridicidade), impessoalidade, moralidade e eficiência, que pesam sobre toda a Administração Pública.

A constitucionalização lega aos cidadãos espalhados nos mais de 5 mil municípios brasileiros um corpo técnico-jurídico qualificado e suprapartidário, libertado dos males contra o interesse público provenientes da confusão entre as funções de governo e de Estado.

As finalidades e a relevância institucional da Advocacia Pública Municipal convergem, pois, necessariamente, para a proteção do Estado Democrático de Direito: como defesa da autonomia federal do Município e do conseqüente reconhecimento de seu poder-dever na concretização dos direitos fundamentais; como fator de proteção do processo democrático, onde ele culmina e se efetiva; e, por fim, como garantia de isonomia processual, evitando a representação judicial insuficiente do Município, dilapidadora de recursos públicos e violadora dos interesses de toda a sociedade.

REFERÊNCIAS

BINENBOJM, Gustavo. A Advocacia Pública e o Estado Democrático de Direito. *Revista da Procuradoria Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF*, Belo Horizonte, a. 1, n. 1, jan./dez. 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. Rio de Janeiro. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CASTRO, José Nilo de. *Direito Municipal Positivo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

NERY, Cristiane da Costa. *A constitucionalização da carreira do Procurador Municipal*: função essencial e típica de Estado. Interesse Público, Belo Horizonte, v. 12, n. 60, mar. 2010. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/34608>>. Acesso em: 24 set. de 2012.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *A Responsabilidade do Advogado de Estado*. Exposição apresentada em 31 de outubro de 2007, no auditório da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.rj.gov.br/c/document_library/get_file?uuid=84f78c99-f16f-42df-8422-b6dbf0ed79e0&groupId=132971>. Acesso em: 24 set. 2012.



OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS
SOB A ÓTICA DO CONSTITUCIONALISMO
CONTEMPORÂNEO – SUA APLICABILIDADE
FRENTE AOS PRINCÍPIOS DO MÍNIMO
EXISTENCIAL E DA RESERVA DO POSSÍVEL

*FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHTS UNDER THE
PERSPECTIVE OF CONTEMPORARY CONSTITUCIONALISM
- ITS APPLICABILITY BEFORE THE PRINCIPLES OF THE
EXISTENTIAL MINIMUM AND THE POSSIBLE RESERVE*

*Mireuza Rangel de Souza Rocha
Procuradora Federal*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Constitucionalismo contemporâneo e os Direitos Fundamentais; 2 Direitos Fundamentais Sociais e sua aplicabilidade; 3 Reserva do Possível e o Mínimo Existencial; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Pretende o presente trabalho discorrer sobre o modelo constitucional contemporâneo e sua contribuição para que os preceitos constitucionais, sobretudo os garantidores dos direitos de segunda dimensão, deixassem de ser apenas uma meta para o Poder Público e se tornassem autênticos direitos subjetivos do indivíduo. Pretende, ainda, analisar a aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais frente à cláusula da “reserva do possível” e a garantia do mínimo existencial, além de ponderar sobre a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais originários.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo Contemporâneo. Direitos Fundamentais Sociais e sua Aplicabilidade. Reserva do Possível e Mínimo Existencial.

ABSTRACT: This work aims to discuss the contemporary constitutional model and its contribution to the constitutional principles, especially those guarantors of the rights of the second dimension, ceased to be just a goal for the Public Power and become authentic subjective rights of the individual. It also intends to examine the applicability of fundamental social rights front of the clause “possible reserves” and guarantee of existential minimum, and ponder the possibility of intervention of the judiciary in the implementation of originating social rights.

KEYWORDS: Contemporary Constitutionalism. Fundamental Social Rights and Its Applicability. Possible Reserves and the Existential Minimum.

INTRODUÇÃO

As grandes transformações ocorridas no mundo de hoje requerem um olhar renovado sobre o fenômeno jurídico. Os institutos jurídicos, em especial aqueles contidos na Constituição, devem ser estudados levando-se em conta o paradigma ideológico em que estão inseridos, pois, caso contrário, poder-se-ia chegar a conclusões diametralmente opostas acerca de sua interpretação.

O modelo constitucional que vigorou na Europa até meados do século passado entendia a Constituição como um documento essencialmente político, e sua interpretação era obra do Parlamento, não de juízes e tribunais. A concretização de suas propostas ficava, invariavelmente, condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição.

Nos últimos cinquenta anos, no entanto, notadamente após o término da Segunda Guerra Mundial, o Direito nos países que seguem a tradição romano-germânica passou por um conjunto extenso e profundo de transformações, que modificaram o modo como a ciência do Direito, o direito positivo e a jurisprudência são pensados e praticados. No centro desse processo de mudanças políticas, conceituais e paradigmáticas situa-se a Constituição. Observa-se uma redefinição do lugar da Constituição e a produção de uma nova forma de organização política, que atende por diversos nomes: Estado Democrático de Direito, Estado Constitucional de Direito, Estado Constitucional Democrático.

Os direitos sociais, objeto do presente estudo, se analisados sob a ótica do antigo modelo poderiam estar condicionados à atuação efetiva do Legislativo ou serem considerados, simplesmente, como meta a ser perseguida pelos administradores públicos. Não seriam dotados de imperatividade, característica própria das normas jurídicas. Seriam inexigíveis judicialmente, caso não concretizados pelo Poder Público, ficando sua efetivação condicionada à discricionariedade administrativa.

A esse respeito, preleciona Paulo Bonavides:

De juridicidade questionada nesta fase, foram eles remetidos à chamada esfera programática, em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos de proteção aos direitos de liberdade.¹

Ainda, segundo o renomado autor: “Com efeito, até então, em quase todos os sistemas jurídicos, prevalecia a noção de que apenas os

1 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 564.

direitos da liberdade eram de aplicabilidade imediata, ao passo que os direitos sociais tinham aplicabilidade mediata, por via do legislador.”²

Hodiernamente, entretanto, como se verá em detalhes adiante, não há outro modo de se considerar os direitos sociais senão como autênticos direitos subjetivos, o que possibilita a atuação do Judiciário, caso haja lesão ou ameaça (art. 5º, XXXV, da CRFB).

Importante destacar que, diferentemente dos direitos fundamentais de primeira dimensão, os quais exigiam uma abstenção do Estado (direitos de defesa), os direitos sociais são direitos que se realizam por meio da atuação do Estado, por outorgarem ao indivíduo direito a prestações materiais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, liberdades sociais, entre outros, marcando a transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas. Daí serem apresentados como direitos de cunho positivo.

Exatamente por exigirem uma atuação positiva estatal, os direitos sociais dependem da disponibilidade dos respectivos recursos públicos necessários para satisfazerem as prestações materiais que constituem seu objeto (saúde, educação, assistência etc.), o que fez surgir na Alemanha o que Canotilho chamou de “reserva do possível”. De acordo com o renomado autor, a plena realização dos direitos sociais, econômicos e culturais deve ser examinada segundo os parâmetros desta “reserva do possível”, uma vez que a sua efetivação depende dos recursos econômicos necessários.³

Entretanto, a reserva do possível não deve ser aplicada indiscriminadamente no Brasil, servindo de obstáculo ilegítimo para frustrar e inviabilizar o estabelecimento e a preservação de condições materiais mínimas de existência digna da pessoa humana, anulando-se os direitos inseridos na Constituição, em especial, os direitos sociais. Nesse sentido, cabe investigar se a “reserva do possível” permite ser, no caso do direito constitucional brasileiro, um argumento que se apresenta como obstáculo a essa concretização.

1 CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A reconstitucionalização⁴ da Europa, imediatamente após a 2ª Guerra Mundial e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu

2 BONAVIDES, op. cit., p. 565

3 CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991. p.131.

4 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. p. 2. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas.

Ficou evidente, após a Segunda Guerra Mundial, que o velho constitucionalismo europeu, caracterizado pelo culto ao legislador e pelo fetiche à lei, mostrou-se incapaz de evitar o surgimento de regimes totalitários, responsáveis por sistemáticas violações a direitos fundamentais. Em face do regime de terror que vigorou durante o nazismo, emergiu a necessidade de reconstrução do valor dos direitos humanos como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional. Assim, sob as ruínas do velho continente, nasce um movimento, denominado “neoconstitucionalismo”, que procura reconstruir as bases do Direito Constitucional.

A palavra “neoconstitucionalismo” se refere a um conceito formulado, sobretudo na Espanha e na Itália, cujo embasamento teórico se encontra em doutrinadores e juristas de mais variadas linhas teórica: Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino.⁵

O neoconstitucionalismo, em apertada síntese didática, é, enfim, a denominação dada por alguns doutrinadores ao novo direito constitucional, a partir do final do século XX, fruto de mudanças paradigmáticas contidas em estudos doutrinários e jurisprudenciais que enxergam a Constituição como centro da hermenêutica jurídica. Pretende se caracterizar, entre outros pontos, essencialmente por incorporar valores e orientações políticas, especialmente no que toca à promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais.

No caso brasileiro, a Constituição da República de 1988 é o marco histórico da mudança de paradigma constitucional.

5 SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. In: *Leituras Complementares de Direito Constitucional*. Organizador: NOVELINO, Marcelo. Bahia: Jus Podivm, 2009. p. 31.

O marco filosófico do neoconstitucionalismo⁶ é o pós-positivismo, o qual é resultado da confluência do jusnaturalismo e o positivismo⁷. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura compreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas.

No plano teórico⁸, três grandes transformações subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional:

- a) o reconhecimento da força normativa da Constituição;
- b) a expansão da jurisdição constitucional;

6 "Há três possíveis sentidos de 'neoconstitucionalismo': a) em um primeiro sentido, 'neoconstitucionalismo' indicaria um traço caracterizador de alguns ordenamentos jurídicos: em particular, o dado positivo pelo qual o ordenamento apresenta uma Constituição que, além de conter regras de individualização e ação dos órgãos principais do Estado, apresenta um mais ou mesmo amplo elenco de direitos fundamentais; b) em um segundo sentido, 'neoconstitucionalismo' indica um certo modelo explicativo do conteúdo de determinados ordenamentos jurídicos, ou seja, o termo indicaria um certo paradigma do Direito, de sua forma de aplicação e de conhecimento; nesse segundo sentido, 'constitucionalismo' não indica nada portanto no mundo, senão que mais precisamente representa um modelo teórico; c) em um terceiro sentido, o termo 'neoconstitucionalismo' indicaria um modelo axiológico-normativo do direito, um modelo ideal ao qual o Direito positivo deveria tender. Esse ideal, sem embargo, não seria um 'objeto' externo e separado do Direito concreto, senão pelo contrário seria um mero desenvolvimento e mera concretização do Direito real, sobre a base dos princípios e dos valores que em este último estão expressamente enunciados." (T. Mazzarese, *Appunti del corso di filosofia del diritto*, anos 2000/2001, proferido na Faculdade de Jurisprudência da Universidade de Vrescia, inédito, apud Susana Pozzolo. "Um constitucionalismo ambíguo". In: *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. São Paulo: Landy Editora, 2006, apud MAIA, Antonio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. *RDE Revista de Direito do Estado*. [S.1], v. 2, n.5, p.252).

7 O ponto de partida para confrontar as concepções filosóficas do jusnaturalismo e positivismo é a distinção entre o direito natural e o direito positivo. Segundo Francisco Amaral: "O direito natural é o conjunto de princípios essenciais e permanentes atribuídos à Natureza (na antiguidade greco-romana), a Deus (na Idade Média), ou à razão humana (na época moderna) que serviam de fundamento e legitimação ao direito positivo, o direito criado por uma vontade humana. Reconhece a existência desses dois direitos, e defende sua superioridade quanto ao positivo. Na época moderna, o direito natural desenvolve-se sob o nome de jusnaturalismo (Grotius e Pufendorf), sendo visto como 'expressão de princípios superiores ligados à natureza racional e social do homem', dos quais pode-se deduzir um sistema de regras jurídicas. No século XVIII, por influência do iluminismo, torna-se a expressão do racionalismo do direito, denominando-se, por isso mesmo, iusracionalismo. A questão principal que o direito natural suscita é o da sua possível superioridade em relação ao direito positivo, que o deve respeitar, sob pena da desobediência dos cidadãos. Sua função seria a de legitimar o poder do legislador, a ele se recorrendo, também no processo de aplicação das normas. Contrapondo-se ao jusnaturalismo, o positivismo jurídico afirma não existir outro direito que não seja o positivo. Defende, portanto, sua exclusividade." (AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução. 5. ed. revista, atualizada e aumentada, Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 43-44).

8 BARROSO, op. cit., p. 4.

- c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Sem dúvida alguma, uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica, dotada, portanto, de imperatividade⁹, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado.

Dessa forma, o Poder Judiciário alcança relevante papel na realização do conteúdo da Constituição¹⁰.

Supera-se o modelo de supremacia do Poder Legislativo e adota-se o da supremacia da Constituição, com a constitucionalização dos direitos fundamentais, os quais ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário. Sua proteção passa a caber ao Judiciário, expandindo-se a jurisdição constitucional por meio do controle de constitucionalidade difuso e concentrado.

A interpretação jurídica tradicional, por sua vez, deixou de ser integralmente satisfatória, pois se verificou que, quanto ao papel da norma, a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo, somente sendo possível, muitas vezes, produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente. Tampouco, quanto ao papel do juiz, não lhe cabe apenas uma função de conhecimento técnico, voltado a revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.

O neoconstitucionalismo, assim, busca promover o reencontro do Direito com os valores, rematerializando-o. Uma de suas principais características é, sem dúvida alguma, a positivação e concretização de um catálogo de direitos fundamentais, dentre os quais destacam-se, nesse trabalho, os direitos sociais, como se verá mais adiante.

9 “O elemento essencial do direito, e da norma jurídica em particular, consiste na imperatividade dos efeitos propostos. Trata-se da capacidade de impor pela força, se necessário, a realização dos efeitos pretendidos pela norma ou de algum tipo de consequência ao descumprimento desta, capaz de provocar, mesmo que substitutivamente, a realização do efeito normativo inicialmente previsto ou um seu equivalente.” (BARCELOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*. [S. l.], n. 240, p. 84, abr./jun. 2005).

10 Não se pretende aqui atribuir atos de governo e ações programáticas ao Poder Judiciário, derogando-se a função precípua do Poder Executivo. Entretanto as políticas públicas não podem ser configuradas simplesmente dentro do âmbito da oportunidade e conveniência do administrador, entendidas enquanto impassíveis de controle judicial. Impõe-se que o Judiciário possa, em princípio, determinar a sua elaboração quando da omissão administrativa.

Em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção desenvolvida por Luís Roberto Barroso, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e, como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E SUA APLICABILIDADE

Não restam dúvidas de que os direitos fundamentais são a base e a essencialidade para qualquer Constituição, uma vez que eles se encontram vinculados aos mais diversos textos constitucionais, normatizados e efetivados, buscando sempre garantir a dignidade humana.

Os Direitos Sociais são, inegavelmente, direitos fundamentais, seja por que se destinam a prover o homem de meios de subsistência, garantindo-lhe o mínimo existencial, seja por que evidenciam o grau de democracia no Estado. A propósito, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 tomou partido e incluiu os direitos sociais, expressamente, entre os direitos fundamentais do Título II de seu texto.

Nesses termos, José Afonso da Silva¹¹ apregoa:

A questão da natureza dos direitos sociais ainda se põe porque há ainda setores do constitucionalismo, especialmente os ligados à doutrina constitucional norte-americana, que recusam não só a idéia de que tais direitos sejam uma categoria dos direitos fundamentais da pessoa humana, mas até mesmo que sejam matéria constitucional, ou, quando admitem serem constitucionais, qualificam-nos de meramente programáticos, meras intenções e coisas semelhantes. De minha parte, sempre tomei a expressão direitos fundamentais da pessoa humana num sentido abrangente dos direitos sociais, e, portanto, não apenas os entendi como matéria constitucional mas como matéria constitucional qualificada pelo valor transcendente da dignidade da pessoa humana. Assim pensava antes da Constituição de 1988, guiado até pelo conteúdo de documentos internacionais de proteção dos direitos humanos. A Constituição assumiu essa posição, de sorte que, na sua concepção, *os direitos sociais constituem*

11 SILVA, José Afonso da. *Garantias econômicas, políticas e jurídicas da eficácia dos Direitos Sociais*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=207>. Acesso em: 20 nov. 2012.

direitos fundamentais da pessoa humana, considerados como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Isso é importante, também, porque supera uma tendência doutrinária, não raro persistente, que via ou ainda vê os direitos sociais como contrapostos aos direitos individuais. Como já escrevemos, de outra feita, a Constituição assumiu, na sua essência, a doutrina segundo a qual há de verificar-se a integração harmônica entre todas as categorias dos direitos fundamentais do homem sob o influxo precisamente dos direitos sociais, que não mais poderiam ser tidos como uma categoria contingente. Nem é preciso fundamentá-los em bases jusnaturalistas, como se esforça em fazê-lo, para compreender que eles constituem, em definitivo, os novos direitos fundamentais do homem, e, com toda razão, se estima que, mais que uma categoria de direitos fundamentais, constituem um meio positivo para dar um conteúdo real e uma possibilidade de exercício eficaz a todos os direitos e liberdades e sua proclamação supõe uma autêntica garantia para a democracia, ou seja: 'para o efetivo desfrute das liberdades civis e políticas. (destacado).

Alexandre de Moraes¹² corrobora com o aqui defendido:

Direitos sociais são *direitos fundamentais* do homem, caracterizando-se como verdadeiras *liberdades positivas*, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal. (destacado).

Os direitos fundamentais sociais são aquelas posições jurídicas que credenciam o indivíduo a exigir do Estado uma postura ativa, no sentido de que este coloque à disposição daquele prestações de natureza jurídica ou material, consideradas necessárias para implementar as condições fáticas que permitam o efetivo exercício das liberdades fundamentais e que possibilitam realizar a igualização de situações sociais desiguais, proporcionando melhores condições de vida aos desprovidos de recursos materiais. Todos os direitos que exprimem uma posição jurídica dirigida a um comportamento ativo por parte do Estado e, conseqüentemente, não se enquadram na categoria dos direitos de defesa (direitos de primeira dimensão), são direitos fundamentais a prestações.

O que distingue os direitos sociais dos direitos de defesa é, basicamente, o seu objeto: enquanto o objeto dos direitos de defesa é uma abstenção do Estado, os direitos sociais têm por objeto um atuar permanente do Estado,

12 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 203.

uma prestação positiva de natureza material ou fática em benefício do indivíduo para garantir-lhe o mínimo existencial, proporcionando-lhe os recursos materiais indispensáveis para uma existência digna.

A doutrina tradicional firmou posição no reconhecimento de que apenas os direitos fundamentais de defesa, por terem aplicação direta e imediata, gerariam verdadeiros direitos subjetivos, capazes de colocar o indivíduo na posição de pleitear perante o poder judiciário a reparação de sua eventual violação. No caso dos direitos sociais prestacionais, a doutrina tradicional insiste em afirmar a ausência da sua eficácia quanto a uma aplicação direta e imediata, fazendo com que deles não resulte possibilidade de reconhecimento de verdadeiro direito subjetivo, capaz de levar o seu sujeito a bater às portas do Judiciário, exigindo o cumprimento da contraprestação faltante por parte do Poder Público.¹³

A visão mais avançada do neoconstitucionalismo entende que não há mais que se falar na categoria de normas meramente programáticas em relação aos direitos prestacionais. Ao contrário, estes também instituídos por meio de norma princípio, exigem um desenvolvimento e atuação do legislador e do administrador, é o modelo prescritivo da Constituição. Todo e qualquer direito fundamental estabelece uma posição jurídica fundamental, constituindo-se, ao mesmo tempo, de dimensões positivas e de defesa.¹⁴

O Estado do Bem-Estar Social¹⁵ tem como característica básica a intervenção estatal nas relações privadas, de forma a atenuar as desigualdades existentes, disponibilizando o necessário para que os indivíduos possam viver. Passou-se a garantir, portanto, a fruição de prestações por parte do Estado, dando aos indivíduos menos favorecidos acesso à educação, saúde e cultura, entre outros bens materiais.

Os direitos sociais têm como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, devendo, por essa razão, ser reconhecida a aplicabilidade imediata desses direitos, até porque todos os direitos fundamentais, qualquer que seja a sua natureza, são direitos diretamente aplicáveis, vinculam todos os Poderes, especialmente o Legislativo, e essa vinculação se submete ao controle judicial.

13 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. Passim.

14 *Idem* *ibidem*.

15 O Estado de Bem-Estar Social, ou Welfare State, foi criado no século XX como resposta jurídica, a partir de uma decisão política, para os anseios surgidos ainda em meados do século anterior, marcado pelo choque provocado pelo ideal socialista. Trata-se de um modelo que procurou se adequar à nova realidade então vigente, de recrudescimento da importância do proletariado enquanto classe social, ao contrário da proposta anterior, calcada em um paradigma liberal-burguês, que acabou por influenciar o constitucionalismo ainda incipiente. Em termos jurídicos, o início do Estado Social se deu com a Constituição Mexicana de 1917 e ganhou importância com a Constituição de Weimar (Alemanha), em 1919.

O simples fato de os direitos sociais terem como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana seria causa suficiente para sua imediata aplicabilidade. No entanto, a própria Constituição da República, em seu art. 5º, parágrafo 1º, explicita essa imediatez ao prever que: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Como já defendido alhures, os direitos sociais são reconhecidamente direitos fundamentais.

Convém frisar, nesse momento, que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 caracteriza-se por ser do tipo dirigente, definindo fins, programas, planos e diretrizes para a atuação futura dos órgãos estatais. Ela estabelece um programa para dirigir a evolução política do Estado, um ideal social a ser futuramente concretizado pelos órgãos do Estado.

Migra-se, portanto, do direito a exigir que o Estado se abstenha de interferir nos direitos do indivíduo para o direito a exigir que o Estado intervenha ativamente no sentido de assegurar prestações aos indivíduos.

E essa intervenção reclama, em face de suas peculiaridades, a disponibilidade das prestações materiais que constituem o objeto dos direitos sociais, já que esses direitos tutelam interesses e bens voltados à realização da justiça social. Não são, portanto, direitos contra o Estado, mas sim direitos através do Estado, porquanto exigem dos órgãos do poder público certas prestações materiais.

Essas prestações correspondem a bens materiais economicamente relevantes e consideráveis, cuja efetivação depende de disponibilidade econômica do Estado, que, a rigor, é o principal destinatário da norma. Vale dizer, o objeto dos direitos sociais depende da existência de recursos financeiros ou meios jurídicos necessários para satisfazê-lo.

Frequentemente, faz-se diferenciação entre direitos originários a prestações (ou direitos sociais originários) e os direitos derivados a prestações (ou direitos sociais derivados). Os direitos sociais originários são aqueles que geram posições jurídicas subjetivas que podem ser diretamente deduzidas das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais sociais, independentemente de concretização legislativa; já os direitos sociais derivados correspondem às posições jurídicas subjetivas já concretizadas pelo legislador e que somente podem ser sacadas, não diretamente das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais sociais, mas da concretização destas pelo legislador infraconstitucional.

Inexistem maiores dificuldades acerca da imediata possibilidade de desfrute dos direitos sociais derivados, de modo que, na hipótese de o indivíduo ser excluído abusivamente do gozo de alguma prestação já existente e mantida pelo Estado, nasce para ele um direito subjetivo de natureza defensiva, com vistas a obstar qualquer discriminação e a garanti-lo do acesso à prestação

desejada. Assim, se já implantado o serviço público necessário para a satisfação de um direito social derivado, a sua não prestação em desacordo com a lei pode ser atacada pelos meios judiciais próprios. A título de exemplo, pode-se destacar a impetração de mandado de segurança contra um hospital público que se recusa a internar uma pessoa, não obstante a existência de vagas.

Entretanto, o presente trabalho volta-se aos direitos sociais originários, os quais, de acordo com o novo paradigma constitucional vigente (neoconstitucionalismo), que busca, antes de tudo, a eficácia da Constituição, são também dotados de aplicabilidade imediata, pois geram verdadeiros direitos subjetivos a prestações a partir diretamente da Constituição, de tal modo que investem o indivíduo da posição jurídica subjetiva de exigir do Estado, até judicialmente, as prestações materiais concretas que constituem seu objeto.

Conforme sustentado neste trabalho e à luz do neoconstitucionalismo, as normas constitucionais são normas jurídicas, dotadas, portanto, de imperatividade, o que faz gerar verdadeiros direitos subjetivos ao indivíduo. Os direitos sociais originários, na condição de autênticos direitos subjetivos a prestações, reclamam um papel mais ativo e renovado do Poder Judiciário em caso de omissões inconstitucionais.

Francisco Amaral¹⁶, ao caracterizar normas jurídicas prescreve:

O que distingue as normas jurídicas das demais regras de comportamento social é uma diferença específica, que consiste em particulares aspectos, como a *bilateralidade* e a *coercitividade*.

Bilateralidade significa que a aplicação da norma jurídica pressupõe uma pessoa em relação com outra, atribuindo poderes a uma e deveres a outra, com ou sem reciprocidade. [...]

A coercitividade, e não coercibilidade, consiste na possibilidade de coação para se compelir o devedor a cumprir seu dever ou obrigação. É a possibilidade de recurso à sanção, para se fazer cumprir o preceito da norma jurídica, se não cumprido espontaneamente.

As normas constitucionais garantidoras dos direitos sociais são, sobretudo, normas dirigidas ao Poder Público em favor da pessoa humana (bilateralidade) com vista a promover uma existência digna. Se não respeitadas, geram para o indivíduo o direito de demandar contra o agressor, a fim de que os preceitos constitucionais sejam cumpridos (coercitividade).

16 AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução. 5. ed. revista, atualizada e aumentada. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 60.

Sendo as normas constitucionais autênticas normas jurídicas, de acordo com o novo modelo constitucional, os direitos sociais ali garantidos geram verdadeiros direitos subjetivos ao indivíduo, podendo o Judiciário ser chamado a concretizá-los em caso de omissão ou ação lesiva estatal.

Vale dizer, caso o Estado não promova o cumprimento das normas constitucionais, especificamente com relação aos direitos fundamentais sociais, está o indivíduo possibilitado a exigir do Estado-juiz o cumprimento forçado, pois os direitos e deveres expressos na Constituição não são mais considerados, com o era no modelo vigente até meados do século XX, como um “convite” à atuação dos Poderes Públicos, ficando a concretização de suas propostas invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador, não se reconhecendo ao Judiciário qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição.

Felizmente, hoje os direitos e deveres expressos na Constituição são considerados verdadeiras normas jurídicas, de respeito obrigatório, podendo-se exigir o cumprimento forçado, em caso de ofensa aos seus preceitos.

Por mais vago que seja o conceito ou expressão utilizada na definição dos direitos sociais, sempre haverá um núcleo essencial incontestável, não dependendo, portanto, de lei para seu exercício. A Constituição não reconhece direitos fundamentais sem conteúdo. Sempre haverá um conteúdo mínimo e essencial a possibilitar a imediata fruição dos direitos conferidos. E a depender da hipótese, pode e deve o Judiciário completar a norma, compondo construtivamente o conteúdo material dos direitos fundamentais por ocasião de sua aplicação no caso concreto, sem que se cogite de qualquer ofensa ao princípio da separação dos poderes, uma vez que os direitos são dotados de força normativa autônoma contra ou na ausência do legislador, e é tarefa constitucional do Judiciário fazê-los aplicar. Em se tratando de direitos – e direitos fundamentais – seu titular se encontra imediatamente investido no poder jurídico de exigir prontamente, pela via judicial, a prestação correspondente a seu objeto, sempre que o obrigado deixar de satisfazê-la. Não pode o Poder Judiciário negar-lhe a tutela, quando requerida, sob o fundamento de ser um direito não exigível.

Devem-se reconhecer os direitos sociais como direitos originários a prestações, ante a sua condição indispensável à efetiva garantia do mínimo existencial, o qual deve ser entendido como atendimento básico das necessidades vitais do indivíduo com saúde, educação, trabalho, etc., garantindo-se a aplicação imediata desses direitos fundamentais.

3 RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL

Na discussão acerca das restrições à efetivação de direitos fundamentais sociais, a assim denominada cláusula da “reserva do possível” é constantemente invocada.

A expressão “reserva do possível” foi criada pelo Tribunal Constitucional alemão, e adotada pelos autores alemães, com o sentido de que a sociedade deveria delimitar a razoabilidade da exigência de determinadas prestações sociais, a fim de impedir o uso dos recursos públicos disponíveis em favor de quem deles não necessita, ou seja, foi criada com o objetivo da promoção razoável dos direitos sociais, a fim de que se realizasse a justiça social através da concretização da igualdade.

A doutrina e a jurisprudência alemãs¹⁷ entendem, assim, que o reconhecimento dos direitos sociais depende da disponibilidade dos respectivos recursos públicos necessários para satisfazerem as prestações materiais que constituem seu objeto (saúde, educação, assistência, etc.). Para além disso, asseguram que a decisão sobre a disponibilidade desses recursos insere-se no espaço discricionário das opções do governo e do parlamento, através dos orçamentos públicos.

Trata-se, portanto, de um instituto oriundo da Alemanha, baseado em paradigmática decisão da Corte Constitucional Federal, em que havia a pretensão de ingresso no ensino superior público, embora não existissem vagas suficientes, com espeque na garantia da Lei Federal alemã de liberdade de escolha da profissão.¹⁸

No julgamento da lide, firmou-se posicionamento naquele tribunal constitucional de que o indivíduo só pode requerer do Estado uma profissão que se dê nos limites do razoável, ou seja, a qual o peticionante atenda aos requisitos objetivos para sua fruição.

De acordo com a jurisprudência da Corte Constitucional Alemã, os direitos sociais prestacionais estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade.

Na compreensão do Ministro Gilmar Mendes, os direitos de promoção e prestação material têm como propósito atenuar desigualdades de oportunidades e têm sua efetivação ligada diretamente a condições

17 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *A efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível*. Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. 3. ed. Salvador: Juspodivm, p. 349-395, 2008. Material da 4ª aula da disciplina Teoria Geral dos Direitos e Garantias Fundamentais, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito do Estado – UNIDERP/REDE LFG. p. 21.

18 LIMA, Flávia Danielle Santiago. Em busca da efetividade dos direitos sociais prestacionais. Considerações acerca do conceito de reserva do possível e do mínimo necessário. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. p. 5. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2177>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

e possibilidades de realização desses direitos no contexto histórico e econômico do Estado. Tais direitos são satisfeitos de acordo com a disponibilidade econômica do momento, são direitos submetidos à reserva do possível, dependem da disponibilidade material do Estado.¹⁹

A assimilação, pela doutrina pátria, sem as devidas adaptações, de um instituto oriundo de outra ordem jurídica torna-se bastante perigosa, especificamente quando se trata de realidades tão distintas, como a alemã e a brasileira. Os institutos jurídico-constitucionais devem ser compreendidos a partir da história e das condições socioeconômicas do país em que se desenvolveram, de modo que é impossível transportar-se um instituto jurídico de uma sociedade para outra, sem se levar em conta os condicionamentos a que estão sujeitos todos os modelos jurídicos.

A Alemanha, país em que se desenvolveu tal instituto, insere-se entre os chamados países centrais, onde já existe um padrão ótimo de bem-estar social. O Brasil, por sua vez, ainda é considerado um país periférico, onde milhares de pessoas não têm condições mínimas de dignidade.²⁰

Para além disso, e sabedora da condição dos brasileiros, a Constituição de 1988 é essencialmente dirigente, eis que composta de uma enorme quantidade de normas que impõe ao Estado Brasileiro a realização de políticas públicas socialmente ativas voltadas ao atendimento das necessidades vitais básicas de seus cidadãos, fixando as diretivas, metas e os mandamentos que devem ser cumpridos pelo Estado Social na efetivação dos direitos sociais. Eis aí porque as teorias desenvolvidas na Alemanha sobre a interpretação dos direitos sociais não podem ser facilmente transferidas para a realidade brasileira, sem as devidas adaptações.

O modelo de Estado Social na Alemanha convive com a tensão própria do capitalismo nos países centrais: o de harmonizar as ideias neoliberais com a necessidade de intervenção do Estado para assegurar a igualdade entre os cidadãos através da redistribuição de riqueza, problema agravado no contexto pós-unificação.²¹

A impossibilidade do retrocesso de garantias institucionais já efetivadas na Alemanha convive com as propostas da globalização econômica. Nesse ponto, o debate é o mesmo nos dois países. A diferença

19 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.294.

20 Na teoria das relações internacionais, o termo “nova ordem mundial” (NOM) tem sido utilizado para se referir a um novo período no pensamento político e no equilíbrio mundial de poder; além de uma maior centralização deste poder. Apesar das diversas interpretações deste termo, ele é principalmente associado com o conceito de governança global. Nesse contexto, os países desenvolvidos (p. ex. EUA, Canadá, Europa Ocidental, etc.) são designados países centrais; por outro lado, os países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento são chamados países periféricos.

21 LIMA, op. cit., p. 5.

reside no fato de que no Brasil tais garantias ainda não foram efetivadas, sendo perigoso falar em retrocesso de um processo não concluído.

Realmente, trasladar, na íntegra, para o direito brasileiro essa limitação da reserva do possível criada pelo direito alemão, cuja realidade socioeconômica e política do país difere radicalmente da realidade brasileira, é negar acesso, a muitos brasileiros, ao mínimo existencial.

O argumento de que a reserva do possível obsta a competência do Poder Judiciário para decidir acerca da distribuição dos recursos públicos também não se aplica à realidade brasileira, ante a vigente Constituição de 1988. De fato, cabe ao Legislativo e ao Executivo, a princípio, a deliberação acerca da destinação e aplicação dos recursos orçamentários. Todavia, essa competência não é absoluta, pois se encontra adstrita às normas constitucionais, notadamente àquelas definidoras de direitos fundamentais sociais que exigem prioridade na distribuição desses recursos, considerados indispensáveis para a realização das prestações materiais que constituem o objeto desses direitos. A assim chamada liberdade de conformação do legislador nos assuntos orçamentários encontra seu limite no memento em que o padrão mínimo para assegurar as condições materiais indispensáveis a uma existência digna não for respeitado, isto é, quando o legislador se mantiver aquém desta fronteira.

Esse padrão mínimo, entendido também como mínimo existencial, corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna. Não atendido esse padrão mínimo, seja pela omissão total ou parcial do legislador, o Poder Judiciário está legitimado a interferir para garantir esse mínimo existencial, visto que ele é obrigado a agir onde os outros Poderes não cumprem as exigências básicas da constituição, não satisfazendo os direitos fundamentais sociais. Assim, as questões sobre prioridades na aplicação e distribuição de recursos públicos deixam de ser questões de discricionariedade política, para ser de observância de direitos fundamentais, de modo que a competência para tomá-las passaria do Legislativo para o Judiciário, caso inobservados.

Não é nenhuma novidade no direito brasileiro a possibilidade de o juiz intervir na competência orçamentária do legislador. No âmbito dos direitos fundamentais de defesa, por exemplo, quando o juiz invalida, por inconstitucional, uma lei instituidora ou majoradora de tributo que viola um direito fundamental do contribuinte, ele está, de certa forma, interferindo na composição do orçamento público, e jamais alguém suscitou isso como óbice à atuação judicial.

Se os Poderes do Estado incumbidos da execução de políticas públicas agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara

intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

Nesse sentido, o próprio Supremo Tribunal Federal, em decisão monocrática do Ministro Celso de Mello, reconheceu a possibilidade de controle judicial das políticas públicas como modo de efetivação dos direitos sociais, *in verbis*:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, *poderá* atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por *descumprirem* os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado" (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá *razoavelmente* exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a ocorrência de *justo motivo objetivamente aferível* - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.” (destacado, ADPF n° 45 do STF).²²

E prossegue o Exmo. Ministro:

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação

²² Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=45&processo=45>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo.

Os direitos sociais, como direitos fundamentais garantidos pela Constituição, reclamam imediata aplicabilidade, pois, além de ser essa uma exigência constitucional (art. 5º, §1º), como já salientado, é também a postura da doutrina moderna, que considera as normas constitucionais como verdadeiras normas jurídicas, não sendo possível, por sua vez, que institutos jurídicos estrangeiros venham a esvaziar os preceitos contidos na Lei Maior.

Na esteira da tese defendida pelo Ministro Celso de Mello, não se pretende neste trabalho ignorar a existência de empecilhos econômicos para a concretização dos direitos sociais. O que se quer concluir, com todo o arcabouço teórico aqui levantado, é que a “reserva do possível” não pode servir de fundamento simplista ao descumprimento das normas jurídicas constitucionais.

Sempre haverá um núcleo básico dos direitos fundamentais sociais que deverá ser promovido pelo Poder Público, garantindo-se a todos condições materiais mínimas de existência digna.

Na Alemanha, esse padrão mínimo de existência digna já existe, não sendo viável, portanto, que a “reserva do possível” seja adotada no Brasil da mesma forma que o é naquele país.

Somente se houver justo motivo objetivamente aferível é que a “reserva do possível” poderá ser aplicada no território nacional, pois o que é faticamente impossível não pode ser juridicamente exigível.

Entretanto, reafirma-se, o núcleo básico dos direitos sociais não está condicionada à “reserva do possível”, pois é dever do Estado promover o bem de todos, garantindo-se um padrão mínimo para a existência digna da pessoa humana. Por conseguinte, o não cumprimento dessa parcela mínima de cada direito fundamental social configuraria uma lesão do seu núcleo essencial. Por núcleo essencial entende-se aquela parcela mínima do direito em questão que não pode ser suprimida por meio de uma lei, é um sinônimo de “núcleo duro”, ou seja, há no direito uma parcela indisponível para o legislador. A não efetivação ou concretização da parcela mínima do direito configura uma lesão ao próprio direito.

Não se pode admitir o esvaziamento de normas jurídicas constitucionais, sobretudo as de direitos fundamentais sociais, por institutos estrangeiros, devendo, portanto, o Judiciário ser chamado para garantir o cumprimento dos preceitos constitucionais em caso de ação ou omissão lesiva.

Se não se entender dessa forma, frustrar-se-ão todas as legítimas expectativas da sociedade.

4 CONCLUSÃO

Contemporaneamente, deve-se atribuir força normativa à Constituição, superando-se o modelo constitucional que vigorou até meados do século passado, o qual entendia a Constituição como um documento essencialmente político.

A Constituição da República Federativa do Brasil e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar assentaram as premissas do neoconstitucionalismo em solo nacional.

A partir de então, os preceitos contidos no Texto Maior foram considerados verdadeiras normas jurídicas, dotadas, portanto, do atributo da imperatividade, exigindo-se uma busca constante de sua concretização, sobretudo, com relação aos direitos fundamentais.

Os direitos sociais, indubitavelmente, são verdadeiros direitos fundamentais, seja por que se fundamentam no princípio da dignidade da pessoa humana, destinando a prover o homem de meios de subsistência para garantir-lhe o mínimo existencial, seja por que evidenciam o grau de democracia do Estado. Ademais, a própria Constituição assim os definiu ao incluí-los entre os direitos fundamentais do Título II de seu texto.

Sendo direitos fundamentais, os direitos sociais exigem aplicação imediata, nos termos do art. 5º, §1º, da Constituição da República.

Entretanto, esses direitos, ao contrário dos direitos de defesa, pressupõem um agir estatal consistente em uma prestação positiva de natureza material ou fática em benefício do indivíduo a fim de atribuir-lhe o mínimo existencial, o que, naturalmente, necessita de disponibilidade de recursos públicos.

Essa necessidade de recursos públicos para a efetivação dos direitos sociais fez surgir na Alemanha a chamada “reserva do possível”.

No entanto, o que se procurou defender neste estudo é que os direitos fundamentais sociais têm aplicação imediata, nos termos do art. 5º, §1º, da Constituição, gerando verdadeiros direitos subjetivos ao indivíduo contra o Poder Público, podendo, inclusive, manejar o meio judicial próprio para concretizar a justa expectativa criada pelo Texto Maior.

E o Judiciário não estaria ofendendo o princípio da separação dos poderes, pois é seu dever constitucional agir em caso de ação ou omissão lesiva a direitos (art. 5º, XXXV, CRFB), ainda mais em se

tratando de direitos fundamentais como os direitos sociais. Por isso, ao poder judiciário é permitido fazer um controle judicial frente às omissões ou prestações insuficientes dos poderes inertes, mediante um método racional, baseado numa dogmática confiável e numa jurisprudência consistente.

Lado outro, não se procurou esquivar dos empecilhos fáticos à concretização dos direitos sociais. Realmente, eles dependem de dotações orçamentárias. Entretanto, não é possível importar institutos jurídicos sem as devidas adequações.

A “reserva do possível” foi desenvolvida em um contexto econômico, social e cultural diferenciado, em que já se concretizou um excelente padrão de bem-estar aos indivíduos. No Brasil, milhares de pessoas não têm condições mínimas de dignidade.

Por essa razão, defende-se, no presente estudo, que os direitos sociais possuem um núcleo essencial incontestável que deve ser imediatamente promovido pelo Poder Público, a fim de se conferir a todos um padrão mínimo de existência digna.

Qual a razão do Estado, senão promover o bem de todos (art. 3º, IV, CR)?

Caso esse mínimo existencial não seja atingido, não se efetivando ao menos o núcleo incontestável dos direitos sociais, o Judiciário deve fazer cumprir a norma constitucional, autêntica norma jurídica, caracterizada pela bilateralidade e coercitividade.

Não há dúvida quanto à possibilidade de o Judiciário intervir quando um direito social derivado é lesado. Por que, então, haveria no caso de direitos sociais originários?

Na esteira do posicionamento do eminente Ministro Celso de Mello, conclui-se que o Judiciário está legitimado a concretizar os direitos fundamentais sociais, inclusive os originários, não podendo a cláusula da “reserva do possível”, ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível, ser invocada pelo Estado com a finalidade de exonerar-se de suas obrigações constitucionais.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução. 5. ed. revista, atualizada e aumentada, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARCELOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*. [S. 1], n. 240, abr./jun. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BUENO, Ewerton Teixeira. Efetividade dos direitos sociais. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 4, jun. 2009.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *A efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível*. Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. Material da 4ª aula da disciplina Teoria Geral dos Direitos e Garantias Fundamentais, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito do Estado – UNIDERP/REDE LFG.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. Em busca da efetividade dos direitos sociais prestacionais. Considerações acerca do conceito da reserva do possível e do mínimo necessário. *Jus Navigandi*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2177>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

MACHADO, Ivja Neves Rabêlo. *Reserva do possível, mínimo existencial e direitos prestacionais*. Disponível em: <<http://www.iuspedia.com.br>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional descomplicado*. 3. ed. revista e atualizada, São Paulo: Método, 2005.

SANTOS, Fernando. A efetividade dos direitos fundamentais sociais e o controle das políticas públicas à luz da teoria dos princípios. *Revista de Informação Legislativa*. [S.1.], v.2, n.5, jan./mar. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. In: *Leituras Complementares de Direito Constitucional*. Organizador: NOVELINO, Marcelo. Bahia: Jus Podivm, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Garantias econômicas, políticas e jurídicas da eficácia dos Direitos Sociais*. Disponível na internet: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=207>. Acesso em: 26 set. 2010.

Esta obra foi impressa pela Imprensa Nacional
SIG, Quadra 6, Lote 800 70610-460, Brasília – DF
Tiragem: 1.500 exemplares