REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Publicação da Procuradoria de Informação, Documentação e Aperfeiçoamento Profissional

Estado do Rio Grande do Sul

ISSN 0101-1480

RPGE	Porto Alegre	v. 37	n. 78	p. 1-330	jul./dez. 2016

JOSÉ IVO SARTORI
Governador do Estado

JOSÉ PAULO CAIROLI
Vice-Governador do Estado

EUZÉBIO FERNANDO RUSCHEL
Procurador-Geral do Estado

PAULA FERREIRA KRIEGER
Procuradora-Geral Adjunta para Assuntos Administrativos

EDUARDO CUNHA DA COSTA
Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Jurídicos

ANA CRISTINA TÓPOR BECK
Procuradora-Geral Adjunta para Assuntos Institucionais

ROSELAINE ROCKENBACH
Corregedora-Geral da PGE

MELISSA GUIMARÃES CASTELLO
Coordenadora da Procuradoria de Informação,
Documentação e Aperfeiçoamento Profissional

CONSELHO EDITORIAL

Euzébio Fernando Ruschel
(Presidente)
Melissa Guimarães Castello
Guilherme Valle Brum
Itiberê de Oliveira Castellano Rodrigues
Jose Luis de Bolzan Morais
Ricardo Antônio Lucas Camargo

EQUIPE TÉCNICA
(Execução, revisão e distribuição)

Maria Carla Ferreira Garcia
Secretária-Executiva
Bibliotecária CRB10/1343

Tiago Everling
Analista Jurídico

Impressão e Acabamento
Quatro Estações Indústria Gráfica Ltda.

Revista da Procuradoria-Geral do Estado / Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. – Vol. 9, n. 24 (1979) - . -
Porto Alegre : PGE, 1979-

v.; 21 cm.
Semestral.

Publicação interrompida de 2008 a 2010.
Continuação da: Revista da Consultoria-Geral do Estado, v.1-9, n. 1-23 (1971-1979).

ISSN 0101-1480

Catalogação na publicação: Biblioteca da PGE/PIDAP

Todos os direitos são reservados. Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida desde que citada a fonte, sendo proibida as reproduções para fins comerciais.

Os artigos publicados nesta revista são de exclusiva responsabilidade de seus autores e não representam necessariamente a posição desta Procuradoria-Geral.

Procuradoria-Geral do Estado do RS
Av. Borges de Medeiros, 1555 – 16. Andar
90110-901 Porto Alegre/RS
Fone: (51) 3288.1656
E-mail: conselho-editorial@pge.rs.gov.br
Site: http://www.pge.rs.gov.br

Pede-se permuta
Piedese canje
We ask exchange
On demande échange
Wir bitten um austausch
Si richiede lo scambio

Impresso no Brasil

SUMÁRIO

EDITORIAL..... 7

DOUTRINA

A Advocacia Pública e o Aperfeiçoamento Normativo do Estado Democrático de Direito Brasileiro
The Role of Attorneys-General to the Development of the Rule of the Law
Derly Barreto e Silva Filho..... 9

Definição de Processo Eleitoral no art. 16 da Constituição da República: a interpretação do Supremo Tribunal Federal
Electoral Process in the article 16 of the Brazilian Constitution: the interpretation of the brazilian supreme court
João Henrique Alves Meira e
Tarcísio Augusto Sousa de Barros..... 53

Notas sobre a Inelegibilidade por Rejeição de Contas
Notes About the Inegibility from Public Accounts Rejection
Matheus Neres da Rocha..... 79

Espécies Exonerativas Tributárias
Exonerative Tax Institute
Cristine Schiavi Kauffman..... 111

Matérias de Ordem Pública: o prequestionamento à luz do CPC de 2015
Matters about Public Order: the prequestioning above the light of 2015 CPC
Eric Cesar Marques Ferraz..... 151

A Necessidade de Valorização dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas como Efetivação do Princípio do Contraditório em Demandas de Saúde
The Necessity of Valuation of the Clinical Protocols and Therapeutic Guidelines like the Effectuation of the Adversarial Principle at Lawsuit of Health
Juliana dos Reis Santos..... 189

Da Atuação Preventiva do Procurador do Estado e do Dever de Orientar a Administração a Aplicar o Princípio da Seletividade em Função da Essencialidade do Bem no ICMS
The preventive action of the State Attorney and the duty to direct the administration to apply the principle of selectivity in ICMS
Roberta Costa Rabello..... 231

PARECERES

Parecer 16.721 – DETRAN. Liberdade sindical. Art. 37, VI, CF. Convenção 151 da OIT. Participação de servidores em assembleias e atividades sindicais. Art. 64, inciso XVI, LC nº 10.098/94. Inexistência de direito absoluto. Dever de prévia comunicação pela entidade sindical à direção superior do órgão, com antecedência mínima de 72 horas, justificando a necessidade de comparecimento de servidores outros que não sejam os licenciados para desempenho de mandato classista. Princípio da continuidade da prestação dos serviços públicos.
Marília Vieira Bueno..... 273

Parecer 16.970 – Microempresa e empresa de pequeno porte. Participação em licitações para obras e serviços técnicos de engenharia. Restrição do art. 6º da Lei Estadual nº 13.706/11. Análise à luz das normas constitucionais e da Lei Complementar nº 147/2014, concluindo-se por sua incompatibilidade. Recomendação de envio de projeto de lei visando à revogação expressa da norma.
Helena Beatriz Cesarino Mendes Coelho..... 297

EDITORIAL

A Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul chega ao seu número 78 dando continuidade ao processo de reestruturação de seu formato. Após ampla divulgação da Campanha para Redução da Demanda Impressa da Revista da PGE entre Procuradores e servidores da PGE/RS, haverá a redução no número de revistas impressas, como forma de colaborar para o consumo consciente, gerando economia de papel e evitando o desperdício.

Dessa forma, a PGE/RS, alinhada às editoras mais modernas do país, que estão privilegiando as bases de dados virtuais, em detrimento de publicações impressas, passa a prestigiar ainda mais sua Revista online. A Revista online está disponível na íntegra, desde sua primeira edição, no sítio eletrônico da Instituição (www.pge.rs.gov.br/revista-da-pge).

Com o redimensionamento da quantidade de revistas impressas, será possível manter a publicação de sete artigos acadêmicos, bem como retomar a publicação de pareceres proferidos pelos órgãos de Consultoria da casa. No número 78 da Revista serão publicados um Parecer da Equipe de Consultoria da Procuradoria de Pessoal, e um Parecer da Equipe de Consultoria da Procuradoria de Domínio Público Estadual. A retomada da publicação dos Pareceres representa indiscutível avanço no papel da Procuradoria-Geral do Estado de proferir orientação jurídica aos órgãos da administração pública.

Diante dessas inovações, desejo a todos uma agradável leitura da Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, preferencialmente em sua versão digital!

Melissa Guimarães Castello
Procuradora do Estado
Coordenadora da Procuradoria de Informação,
Documentação e Aperfeiçoamento Profissional – PIDAP.

A ADVOCACIA PÚBLICA E O APERFEIÇOAMENTO NORMATIVO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO[1]

THE ROLE OF ATTORNEYS-GENERAL TO THE DEVELOPMENT OF THE RULE OF THE LAW

Derly Barreto e Silva Filho [2]

Recebido em: 14.2.2017
Aprovado em: 01.3.2017

Resumo: A presente investigação objetiva demonstrar e comprovar que a participação da Advocacia Pública no processo de formação das normas jurídicas pode constituir notável fator de aperfeiçoamento normativo do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Abstract: This research intends to demonstrate how Attorneys-General contribution to the process of norm formation constitutes a remarkable factor on the development of Brazil's Rule of Law.

[1] O presente texto corresponde, com acréscimos doutrinários e atualizações legislativas, à tese intitulada "A Advocacia Pública e o Aperfeiçoamento Normativo do Estado Democrático de Direito", apresentada e aprovada no XL Congresso Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, realizado em 2014, em João Pessoa, Estado da Paraíba.

[2] Procurador do Estado de São Paulo. Presidente do Sindicato dos Procuradores do Estado, das Autarquias, das Fundações e das Universidades Públicas do Estado de São Paulo – SINDIPROESP (biênios 2015-2016 e 2017-2018). Conselheiro Eleito da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo (biênio 2013-2014). Diretor do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública – IBAP. Membro da Comissão de Direito Constitucional, da Comissão da Advocacia Pública e da Comissão de Direitos e Prerrogativas da OAB-SP (triênio 2016-2018). Autor do livro intitulado "Controle dos atos parlamentares pelo Poder Judiciário" (Malheiros Editores, 2003). Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor do Curso de Especialização em Direito Constitucional da PUC-SP.

Palavras-chave: Advocacia Pública; Estado Democrático de Direito; Assessoramento Técnico-Legislativo; Lei; Elaboração Legislativa.

Keywords: Attorney General; Rule of Law; Legal Advisor; Statutes; Legal Process; Legal Drafting

Sumário: 1 Introdução. 2 A função legislativa do poder executivo no estado social: a lei como instrumento de governo. 3 A consultoria e o assessoramento técnico-legislativo a cargo da advocacia pública. 3.1 O assessoramento técnico-legislativo no Estado de São Paulo. 3.2 O assessoramento técnico-legislativo na União. 3.3 O assessoramento técnico-legislativo no Estado de Minas Gerais. 4 A advocacia pública e o aperfeiçoamento das normas jurídicas. 4.1 A função social da advocacia pública como fator de legitimação democrática do direito. 4.2 O dever de acautelamento jurídico da advocacia pública. 5 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Dados estatísticos do Supremo Tribunal Federal (STF) revelam que, das ações diretas de inconstitucionalidade efetivamente conhecidas desde 5 de outubro 1988, data da promulgação da atual Constituição Federal, mais de 60% delas foram julgadas *total ou parcialmente procedentes* [3]. Ainda que não abranja todos os atos normativos editados pela União e pelos Estados, o número impressiona e preocupa, ao apontar para a *baixa qualidade técnica* (material e formal) dos textos normativos brasileiros.

No contexto europeu, de acordo com o Relatório Mandelkern, elaborado pelo Grupo de Alto Nível para a Melhoria da Qualidade Legislativa constituído pela Comissão Europeia, estima-se que a carga

[3] Fonte: Portal de Informações Gerenciais do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adi. Acesso em 14 de fevereiro de 2017.

legislativa represente entre 2% e 5% do PIB – Produto Interno Bruto. Outrossim, aqui como alhures, sabe-se que um *ato normativo de qualidade* evita que os cidadãos, as administrações públicas e as empresas fiquem submetidos a encargos inúteis, que representam tempo e dinheiro, e confere maior segurança jurídica às relações sociais [4].

No Brasil, ainda é bastante incipiente a preocupação com a qualidade das leis e dos atos normativos no âmbito do Poder Executivo.

A propósito, José Joaquim Gomes Canotilho [5], em tom crítico, aponta para a "profunda insatisfação sentida perante a unilateralidade dogmática da *metodologia tradicional* que se compreende ou autocompreende exclusivamente como ciência da aplicação do direito (…) e não também como ciência da normação jurídica". E adverte [6]:

> As consequências metodológicas e práticas desta perspectiva têm sido postas em relevo nos últimos tempos. Por um lado, obrigam a dogmática e a metódica jurídicas a se concentrar-se na «fase pós-natal do Direito» (…) e a excluir dos interesses científicos dos juristas a «fase pré-natal», ou seja, os momentos genéticos das normas.
> Daqui resulta a curiosa situação, vinda já do século XIX, de cada vez mais os juristas e politólogos lidarem com problemas de legislação sem que, no mínimo, lhes seja fornecida qualquer preparação técnica e crítica quanto ao objeto central do seu trabalho quotidiano.

Mais adiante, arremata sua crítica: "No plano da formação dos juristas, a ciência do direito compreendida como «ciência de aplicação» conduziu aos resultados postos incisivamente em relevo por Pestalozza: 'As Universidades têm produzido até aqui aplicadores do direito (…), mas não «fazedores» do direito (…)'" [7].

A *produção jurídica* constitui, pois, terreno tremendamente fértil e auspicioso para atuação institucional da Advocacia Pública do século

[4] *Legislação: Cadernos de Ciência de Legislação*, nº 29, p. 13 e 14.

[5] Relatório sobre programa, conteúdos e métodos de um curso de teoria da legislação, p. 407 e 408.

[6] Relatório sobre programa, conteúdos e métodos de um curso de teoria da legislação, p. 408.

[7] Relatório sobre programa, conteúdos e métodos de um curso de teoria da legislação, p. 409.

XXI, que pode e deve conduzir a uma mudança de paradigma na função desempenhada pelos Advogados Públicos: de *intérpretes* a *partícipes da elaboração* de leis e atos normativos qualitativamente bons e melhor ajustados aos estalões de juridicidade.

A presente investigação objetiva demonstrar que a efetiva participação da Advocacia Pública no processo de formação das normas jurídicas sob o prisma técnico pode constituir notável fator de aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito brasileiro.

2 A FUNÇÃO LEGISLATIVA DO PODER EXECUTIVO NO ESTADO SOCIAL: A LEI COMO INSTRUMENTO DE GOVERNO

É cediço que, no Estado Liberal, as funções exercidas pelo Poder Público limitavam-se a de guarda-noturno, a de garante da propriedade e da liberdade individuais, tal como professadas pela burguesia. A atividade administrativa estava contida em limites estreitos e o Estado devia respeitar os direitos individuais, que se consideravam, a princípio, independentes da administração estatal e cujas relações com ela eram relativamente escassas [8].

O quadro altera-se com a crescente intervenção do Estado nos mais variados âmbitos da vida social, que faz com que as suas funções se ampliem e se intensifiquem, e se altere a posição dos cidadãos em face da sua atividade. Esclarece Angel Latorre [9]: "A administração realiza hoje uma actividade *configuradora* da ordem social. Não é só protectora duma ordem estabelecida, mas cumpre uma tarefa de prestação de serviços ao cidadão, o qual se encontra cada vez mais numa relação de dependência para com ela. A administração invade progressivamente os mais variados aspectos da vida, e poucos são os campos de relações jurídicas em que hoje não surja, e com carácter decisivo, uma dimensão administrativa".

[8] Neste sentido, Angel Latorre, *Introdução ao direito*, p. 223 e 224

[9] Angel Latorre, *Introdução ao direito*, p. 223 e 224

No Estado Social, o Poder Público estende o seu campo de atuação para alterar a realidade social e resolver os problemas decorrentes do abuso das liberdades individuais no plano das relações econômicas, causa das profundas desigualdades sociais. À medida que a sociedade exige respostas prontas e rápidas para questões particularizadas e custosas, as competências dos Poderes do Estado realinham-se paulatinamente.

Além dos direitos individuais clássicos, o Poder Público passa a promover a tutela de bens e direitos de relevo social, como saúde, moradia, educação, trabalho, previdência, transporte, interferindo no domínio privado, instituindo limitações à liberdade e propriedade individuais, avocando e orientando atividades antes deixadas ao inteiro talante da livre iniciativa.

Deparando-se com todas essas incumbências, o Estado transforma-se em um agente de prestações positivas em favor do indivíduo e da coletividade, obrigado a decisões prontas e tecnicamente complexas. Naturalmente, o pêndulo dessa nova ordem político-jurídica inclina-se para o Poder Executivo. O Estado, outrora legislativo e distante, converte-se em um Estado administrativo, que presta serviços, executa obras públicas, fiscaliza operações bancárias, emite e resgata títulos da dívida pública, cria instituições de fomento, realiza investimentos e financiamentos, explora e monopoliza atividades econômicas, contrata serviços, nacionaliza indústrias, cria empresas, regula o exercício de profissões, reprime o abuso do poder econômico, combate endemias, executa ações de vigilância sanitária.

É bem verdade que as profusas intervenções do Estado-administrador não prescindem de um substrato normativo. Entretanto, observa Fernanda Dias Menezes de Almeida [10], as leis oriundas do Poder Legislativo nem sempre se revelam os instrumentos adequados para dar conta das necessidades legislativas do Estado-providência. Os

[10] *Imunidades parlamentares*, p. 44.

Parlamentos, por sua vez, nem sempre conseguem, a tempo e hora, gerar as leis que os governos reclamam, que os grupos de pressão solicitam, pois as normas que tradicionalmente pautam o seu trabalho dão ensejo a delongas e oportunidade a manobras e retardamentos [11].

Ao lado das normas jurídicas gerais e abstratas, de intenção duradoura, ganham importância, no Estado Social, regulações que se destinam à modificação, muitas vezes urgente, de situações concretas [12]. Trata-se de medidas que decorrem das exigências da sociedade pluralista e tecnológica que o Parlamento representa.

Essas circunstâncias, a par de outras [13], levaram ao rompimento do monopólio da atividade legiferante pelo Legislativo, com o correlato deslocamento do centro de gravitação político-jurídica para o Executivo. Governar, professa Boris Mirkine-Guetzévitch [14], "não é somente «executar» ou aplicar as leis; governar é dar impulso à vida pública, tomar as iniciativas, preparar as leis". O Parlamento não perde o seu poder de legislar; compartilha-o com o Executivo, tecnicamente mais apto a expedir as regulações com a prontidão esperada.

A coparticipação do Legislativo e Executivo na função política opera-se em consideração às características estruturais, processuais e de legitimação destes órgãos. Bem explica Nuno Piçarra, *in verbis*: "a imediata legitimidade democrática do parlamento complementa-se com a «dianteira» de informação e de «margem de manobra» sobre a administração pública por parte do governo, e a adequada prossecução

[11] Neste sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Do processo legislativo*, p. 14.

[12] Reinhold Zippelius, *Teoria geral do Estado*p. 396.

[13] Segundo Themistocles Brandão Cavalcanti, o desempenho da atividade parlamentar é também afetado pela falta de conhecimentos técnicos por parte dos parlamentares. Afirma o autor: "A experiência moderna, com o acréscimo da intervenção do Estado em todos os setores, pela exigência de uma multiplicação do poder normativo torna o Poder Legislativo de todo ineficaz para realizar toda a sua tarefa, principalmente quando se trata de matéria técnica que escapa aos conhecimentos da média dos elementos que o integram" (*Teoria do Estado*, p. 301).

[14] *Evolução constitucional europeia*. Trad. de Marina de Godoy Bezerra. Rio de Janeiro: José Konfino, 1957, p. 33. Para René Capitant, citado por Boris Mirkine-Guetzévitch, "governar não é mais agir no quadro das leis existentes, governar é dirigir essa própria legislação, governar, em uma palavra, é legislar..." (idem, ibidem).

da função política no Estado de Direito democrático tanto requer um órgão cuja estrutura, legitimação e procedimento permitam o confronto entre as decisões políticas tomadas no seu exercício e as alternativas mais representativas a estas, como o parlamento, como requer um órgão cuja estrutura, legitimação e procedimento possibilitem decisões e actuações rápidas, para poderem ser eficazes, como o governo" [15].

Com a intervenção do Estado na economia, a lei tende cada vez mais a se transformar em um *instrumento de governo*, circunstância que resultará na perda de seus clássicos atributos de *norma* e na sua transmudação em *medida de ação*. O conceito de lei – comando normativo estatal emanado do Poder Legislativo e dotado dos predicados de *generalidade*, a *abstração* e a *permanência* – não mais se amolda à sociedade complexa contemporânea, que exige do Estado medidas concretas, tópicas, de duração limitada. Veem-se, hoje, lado a lado, as leis-garantia e as leis-instrumento. Na síntese de Cristina Queiroz, "é hoje usual afirmar-se que se governa não só segundo as leis, e no limite das leis, mas ainda *através* das leis" [16].

A iniciativa das leis, a delegação legislativa e os poderes de veto e de edição de atos com força de lei outorgados ao Executivo são exemplos de institutos que efetivaram esse consórcio funcional.

Apesar da incontestável revitalização do Parlamento brasileiro – que foi contemplado, em número consideravelmente maior, com competências que interferem nas atividades estatais tipicamente administrativas do Estado [17] –, permaneceram incólumes, na

[15] *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: contributo para o estudo das suas origens e evolução*, p. 252.

[16] *O Parlamento como factor de decisão política*, p. 72.

[17] Atualmente, o Poder Legislativo inter-relaciona-se com o Poder Executivo, e assim o controla, quando, por exemplo: 1) susta os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa (art. 49, V); 2) fixa os subsídios do Presidente e do Vice-Presidente da República e dos Ministros de Estado (art. 49, VIII); 3) julga, anualmente, as contas prestadas pelo Presidente da República e aprecia os relatórios sobre a execução dos planos de governo (art. 49, IX); examina e emite pareceres sobre os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais, e também sobre as contas apresentadas anualmente pelo Presidente da República (art. 166, § 1º, I); examina e emite

Constituição de 1988, muitas das *competências legislativas atípicas* que o regime autoritário anterior havia atribuído ao Poder Executivo.

Na ordem constitucional vigente, o Executivo inter-relaciona-se com o Legislativo e interfere em suas atividades típicas quando, por exemplo, o Presidente da República: 1) convoca extraordinariamente o Congresso Nacional (art. 57, § 6º, II); 2) propõe emenda à Constituição (art. 60, II); 3) elabora leis delegadas (art. 68); 4) inicia o processo legislativo (art. 84, III), muitas vezes privativamente (art. 61, § 1º [18]); 5) solicita urgência para apreciação de projetos de sua

parecer sobre os planos e programas nacionais, regionais e setoriais e exerce o acompanhamento e a fiscalização orçamentária (art. 166, § 1º, II); 4) fiscaliza e controla, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta (art. 49, X); 5) convoca Ministro de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República para prestarem, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado (art. 50, *caput*); 6) procede à tomada de contas do Presidente da República, quando não apresentadas ao Congresso Nacional dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa (art. 51, II); 7) aprova previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de magistrados, Ministros do Tribunal de Contas da União indicados pelo Presidente da República, Governador de Território, Presidente e Diretores do Banco Central, Procurador-Geral da República e titulares de outros cargos que a lei determinar (art. 52, III, *a* a *f*); 8) aprova previamente, por voto secreto, após arguição em sessão secreta, a escolha dos chefes de missão diplomática de caráter permanente (art. 52, IV); 9) convoca, por intermédio de suas comissões, Ministros de Estado para prestar informações sobre assuntos inerentes a suas atribuições e solicita depoimento de qualquer autoridade (art. 58, § 2º, III e V); 10) recebe, por meio de suas comissões, petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridade ou entidades públicas (art. 58, § 2º, IV); 11) as comissões parlamentares apreciam programas de obras, planos nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento e sobre eles emite parecer (art. 58, § 2º, VI); 12) cria comissões parlamentares de inquérito, com poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, para a apuração de fato determinado e por prazo certo (art. 58, § 3º); e 13) exerce, mediante controle externo, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas (art. 70, *caput*).

[18] O art. 61, § 1º, prescreve que são de *iniciativa privativa* do Presidente da República as leis que: I – fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas; II – disponham sobre: a) criação de cargos, funções ou empregos públicos, na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração; b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios; c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI (que prescreve que cabe privativamente ao Presidente da República dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação

iniciativa (art. 64, § 1º); 6) sanciona, promulga e faz publicar as leis, bem como expede decretos e regulamentos para sua fiel execução (art. 84, IV); 7) veta projetos de lei, total ou parcialmente (art. 84, V); 8) dispõe, mediante decreto, sobre organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos, e extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos (art. 84, VI, *a* e *b*); e 9) edita medidas provisórias com força de lei (art. 84, XXVI). E, além dessas previsões, o Poder Executivo inter-relaciona-se com o Poder Legislativo por meio do comparecimento dos Ministros de Estado ao Senado Federal, à Câmara dos Deputados ou a qualquer de suas comissões, por sua iniciativa e mediante entendimentos com a Mesa respectiva, para expor assunto de relevância de seu Ministério (art. 50, § 1º).

Esse arranjo orgânico-funcional, como se verá, repercute intensamente nas atribuições que o Estado Democrático de Direito brasileiro reserva à Advocacia Pública, principalmente no tocante à consultoria jurídica e ao assessoramento técnico-legislativo do Poder Executivo «legislador».

3 A CONSULTORIA E O ASSESSORAMENTO TÉCNICO-LEGISLATIVO A CARGO DA ADVOCACIA PÚBLICA

Cabe à Advocacia Pública, por meio de suas consultorias e assessorias, orientar, dar suporte e coadjuvar o Poder Executivo no desempenho eficaz das várias competências legislativas atípicas que lhe foram constitucionalmente conferidas (cf. arts. 131 e 132 da Constituição Federal).

Trata-se de atribuição que extrapola os tradicionais limites internos da Administração Pública em sentido estrito, para se projetar

ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos); e f) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva.

para além das "pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos que exercem a função administrativa" e da atividade administrativa exercida por estes entes [19], *alcançando*, reflexamente, *toda a sociedade*.

Em que pese essa relevante atribuição constitucional, a atuação da Advocacia Pública, no campo da produção jurídica, ainda não revelou todas as suas potencialidades.

À guisa de exemplo, hoje, no Estado de São Paulo, os anteprojetos de lei e as minutas de decreto em matéria tributária são analisados pela Procuradoria de Assuntos Tributários, órgão integrante da Procuradoria Geral do Estado [20], somente quando solicitado pelo Secretário da Fazenda ou determinado pelo Procurador Geral. Ou seja, é a conveniência política e não o rigor jurídico que propende a falar mais alto nessa seara, circunstância preocupante, porquanto, como referido em outro espaço [21], sabe-se que as políticas públicas tributárias são normalmente concebidas em círculo fechado de especialistas e autoridades, sem publicidade, obedecendo fundamentalmente a diretrizes estabelecidas pelo próprio Governo e carecendo de controles jurídicos prévios de adequação constitucional e legal e de avaliações de impacto normativo. Possuem, na dicção de Sérgio de Azevedo e Marcus André Melo [22], certa invisibilidade:

> As questões tributárias são produzidas em uma arena decisória caracterizada por especificidades importantes. Em primeiro lugar, malgrado sua importância mais ampla na economia e na sociedade, as políticas na área tributária, em contraste com as decisões relativas ao gasto público, possuem uma certa invisibilidade (...) para os atores sociais. B. Guy Peters, um dos poucos cientistas políticos a estudar sistematicamente a questão,

[19] São esses dois elementos que compõem, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o conceito de Administração Pública em sentido estrito (*Direito Administrativo*, p. 88).

[20] Cf. art. 43, II, da Lei Complementar nº 1.270, de 25 de agosto de 2015.

[21] Derly Barreto e Silva Filho, A Advocacia Pública e o controle de juridicidade das políticas públicas, ***in*** *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, p. 91 e 92.

[22] A Política da Reforma Tributária: Federalismo e Mudança Constitucional, ***in*** *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12, n. 35, out. 1997. Disponível em http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v12n35/35melo.pdf. Acesso em 14 de fevereiro de 2017.

> apontou com perspicácia que o mesmo volume de benefícios que teriam grande visibilidade numa autorização de gasto poderia muito facilmente passar despercebido na legislação tributária (...). A relativa «invisibilidade», e incerteza quanto aos impactos, da renúncia fiscal e dos impostos indiretos (...) constituem um incentivo para que os atores políticos e elites burocráticas escolham esses mecanismos em lugar de instrumentos que produzem maior conflito.

Ainda na síntese dos autores, "trata-se de uma arena onde predominam decisões de grande complexidade, cujas tecnicalidades só são acessíveis a especialistas" [23].

Se, por meio de políticas públicas, são concebidas pré-disposições que, no decurso de sua progressiva realização, poderão vir a prejudicar as pessoas, essas pré-disposições podem tornar-se tanto mais irreversíveis quanto mais progride a sua execução, de modo que é fundamental assegurar que, *desde a sua concepção*, elas se amoldem à ordem jurídica e não apenas às diretrizes governamentais e sua presumida «bondade».

As políticas públicas tributárias envolvem, entre outros aspectos, vultosos benefícios, incentivos e renúncias fiscais, que somente se justificam se, observados os parâmetros e atendidos os requisitos previstos na Constituição e nas leis, atender ao interesse público e houver um comprovado proveito social. Deve existir, pois, um rígido controle jurídico dessas políticas, a fim de que não haja desvirtuamentos nem favorecimentos indevidos.

É certo que a Advocacia Pública deve colaborar com a função de governo. Também é assente que os Advogados Públicos não detêm nem exercitam juízos de conveniência e oportunidade, que são, por mandato constitucional expresso, da alçada exclusiva dos governantes. Assim, cabe aos consultores jurídicos e assessores técnico-legislativos tão somente viabilizar, *na medida do juridicamente possível*, as políticas públicas, apontando alternativas, quando cabíveis.

[23] A Política da Reforma Tributária: Federalismo e Mudança Constitucional, ***in*** *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12, n. 35, out. 1997. Disponível em http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v12n35/35melo.pdf. Acesso em 14 de fevereiro de 2017.

Para o bom desempenho dessa tarefa, é de extrema importância a estreita interlocução dos órgãos de Advocacia Pública com as autoridades, os técnicos e os formuladores de políticas públicas *em áreas juridicamente sensíveis*, como saúde, educação, segurança pública, tributação, finanças, orçamento, serviços públicos, organização administrativa e contratos, ainda na fase genética de projetos, com o objetivo de capacitar e qualificar os Advogados Públicos, com o aporte intelectual e com as informações necessárias, para poderem exercer as funções de consultoria e assessoria jurídicas com a máxima proficiência.

Nada pior do que uma «instituição satélite», cujos membros, responsáveis pela orientação jurídica do Estado, mantêm-se (ou são mantidos) alheios ao que se passa em seu derredor. Nada mais incompreensível do que um advogado que não dialoga com o seu cliente, não conheça a sua causa e não reúna condições para bem desempenhar o seu múnus.

No estágio de formulação das políticas públicas que serão veiculadas por leis e atos normativos é que os órgãos de Advocacia Pública ponderam acerca da viabilidade e compatibilidade jurídica da proposição normativa com a Constituição e o ordenamento infraconstitucional, escrutínio que não deve adstringir-se a meras verificações formais (*v.g.*, a questões ortográficas, gramaticais e sintáticas), como bem explica César do Vale Kirsch [24], ao tratar do papel da Advocacia Geral da União no âmbito das políticas públicas federais:

> Na fase de formulação de políticas públicas é que se dá, efetivamente, o início das análises, estudos e debates acerca dos pontos existentes sobre o problema proposto. Os aspectos sociais, econômicos, políticos e jurídicos são discutidos, a fim de se encontrar diretrizes e coordenadas adequadas, necessárias e seguras, para se resolver a questão ora abordada. Valores, princípios e leis são considerados nessa etapa. Igualdade, liberdade, moralidade e democracia são fatores que têm de

[24] Advocacia-Geral da União e Poder Executivo Federal: parceria indispensável para o sucesso das políticas públicas, ***in*** *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, p. 80 e 81.

> ser examinados no processo de discussão.
> É nessa etapa do processo de política pública que o membro da AGU terá perfeitas condições de analisar os caminhos jurídicos, que a política ora debatida poderá tomar, para que seja implementada de forma segura e eficiente. Fará o exame da compatibilidade do programa político com a Constituição e as demais normas vigentes, bem como com os princípios e valores do Estado Democrático de Direito. Dessa forma, poderá prever determinadas situações jurídicas, eventualmente comprometedoras do sucesso do plano em debate, indicando, por conseguinte, os caminhos jurídicos mais seguros, para o governante ter maior facilidade e mais opções de escolha na sua tomada de decisão, evitando-se, assim, possíveis atritos sociais na implantação da política pública debatida.

Por isso, isto é, para que tenha possibilidade de colaborar mais efetivamente na tarefa de aperfeiçoamento das normas produzidas e editadas pelo Estado, a atuação da Advocacia Pública, no campo da produção jurídica, deve, realmente, ser incrementada.

Cumpre, pois, conhecer, brevemente, à guisa de ilustração, três diferentes modelos de assessoramento técnico-legislativo do Estado e as principais normas que regem a sua atuação. O primeiro, paulista, apega-se mais à concepção formal dos atos normativos; o último, mineiro, à sua substância, sem descuidar de seus aspectos formais. O modelo federal transita entre os dois extremos, embora seja tendencialmente mais formalista.

3.1 O Assessoramento Técnico-Legislativo no Estado de São Paulo

No Estado de São Paulo, o Decreto-lei nº 17.252, editado em 29 de maio de 1947, criou a Assessoria Técnico-Legislativa (ATL) com as seguintes atribuições: 1) dar redação final aos projetos de lei de iniciativa do Governador e preparar as respectivas mensagens; 2) acompanhar, como órgão informativo do Governo, a discussão dos projetos de leis; 3) fundamentar o veto dos projetos de leis aprovados

pela Assembleia Legislativa; 4) elaborar os anteprojetos de consolidação das disposições legais vigentes; 5) incumbir-se de quaisquer outros trabalhos determinados pelo Governador, inclusive a divulgação dos atos legislativos do Estado; 6) funcionar como órgão consultivo do Governo em assuntos que se refiram ao serviço civil; e 7) opinar sobre assuntos relativos a organização e funcionamento dos serviços públicos (cf. art. 2º, *a* a *g*, da Lei nº 74, de 21 de fevereiro de 1948 [25]).

Segundo o registro de Oswaldo Müller da Silva, então Assessor-Chefe da ATL, "em março de 1947, no início da execução do programa do Governo Adhemar de Barros, o Sr. Professor Miguel Reale, então Secretário da Justiça, representava sobre a necessidade da criação de um serviço a que ficariam atribuídos, entre outros encargos, o preparo do expediente de encaminhamento dos projetos de lei de iniciativa do Poder Executivo e a elaboração de exposição de motivos e mensagens para assinatura do Chefe do Governo" [26].

A função de assessoramento técnico-legislativo que cabia à ATL paulista, na seara da produção normativa, adstringia-se, fundamentalmente, à nomografia, isto é, à redação de leis, especificamente na fase de *finalização* dos respectivos projetos, mas não na de ideação legislativa.

Hoje, as tarefas cometidas à ATL não diferem substancialmente daquelas previstas há quase 70 (setenta) anos.

Constitucionalmente, lastreiam-se no disposto no art. 99, V, da Constituição do Estado de São Paulo, promulgada em 5 de outubro de 1989, que estabelece, dentre as funções institucionais da Procuradoria Geral do Estado, a de "prestar assessoramento jurídico e técnico-legislativo ao Governador do Estado".

[25] A Lei nº 74, de 21 de fevereiro de 1948, além de alterar as competências da ATL, determinou a sua subordinação diretamente ao Governador do Estado – e não mais ao Gabinete do Secretário da Justiça e Negócios do Interior.

[26] *Arquivos da Assessoria Técnico-Legislativa: trabalhos elaborados nos anos de 1947, 1948 e 1949*. São Paulo: Tip. do Departamento de Investigações, 1950, p. 5.

Legalmente, a ATL atualmente integra o Gabinete do Procurador Geral do Estado e responde pelo "assessoramento jurídico ao exercício das funções legislativas e normativas que a Constituição do Estado outorga ao Governador" (cf. art. 9º, II, da Lei Complementar nº 1.270, de 25 de agosto de 2015).

De acordo com os arts. 19 do Decreto Estadual nº 61.038, de 1º de janeiro de 2015, e 18 do Decreto Estadual nº 62.105, de 13 de julho de 2016, compete-lhe: a) assessorar o Governador no exercício das funções legislativas que a Constituição Estadual lhe outorga; b) elaborar pareceres técnicos e jurídicos; c) examinar anteprojetos de leis originários das Secretarias de Estado e de outros órgãos e entidades da Administração; d) elaborar anteprojetos de leis determinados pelo Governador e pelo Secretário-Chefe da Casa Civil; e) fundamentar os vetos do Governador a projetos de leis; f) estudar projetos de leis em andamento.[27]

[27] Até a revogação parcial tácita do art. 19 do Decreto Estadual nº 61.038, de 1º de janeiro de 2015, pelo art. 18 do Decreto Estadual nº 62.105, de 13 de julho de 2016, à ATL competia: I - assessorar o Governador no exercício das funções legislativas que a Constituição Estadual lhe outorga, bem como acompanhar a tramitação de todas as proposições legislativas; II - elaborar a mensagem governamental ao Poder Legislativo, nos termos do art. 47, X, da Constituição do Estado, que prescreve que compete privativamente ao Governador, além de outras atribuições previstas nesta Constituição, apresentar à Assembleia Legislativa, na sua sessão inaugural, mensagem sobre a situação do Estado, solicitando medidas de interesse do Governo; III - assessorar na prestação de informações à Assembleia Legislativa, em função de indicações e requerimentos; IV - elaborar pareceres técnicos e jurídicos; V - examinar anteprojetos de leis originários das Secretarias de Estado e de outros órgãos e entidades da Administração; VI - elaborar anteprojetos de leis determinados pelo Governador e pelo Secretário-Chefe da Casa Civil; VII - redigir mensagens à Assembleia Legislativa; VIII - fundamentar os vetos do Governador a projetos de leis; IX - acompanhar os trabalhos legislativos, bem como estudar projetos de leis em andamento; X - adotar as providências necessárias à manutenção, na parte da Constituição e de leis, do Sistema de Legislação Estadual implantado na Internet. Com a edição do Decreto nº 62.105, de 13 de julho de 2016, parte dessas competências foi trespassada para a Assessoria Técnica da Casa Civil, que passou a responder pelas seguintes atribuições: I - assessorar o Secretário-Chefe da Casa Civil e o Secretário Adjunto no desempenho de suas funções; II - dar suporte técnico-administrativo ao Governador no exercício das funções legislativas que lhe são outorgadas pela Constituição do Estado; III - elaborar a Mensagem Governamental ao Poder Legislativo, nos termos do art. 47, X, da Constituição do Estado; IV - acompanhar os trabalhos legislativos, em especial a tramitação das proposições; V - assessorar na prestação de informações à Assembleia Legislativa por autoridades do Poder Executivo, referentes

Por sua vez, o art. 3º da Resolução Conjunta CC/PGE nº 1, de 8 de agosto de 2016, que estabelece rotinas e procedimentos de assessoramento ao Governador do Estado no exercício de sua competência legislativa e nas demais atuações que especifica, incumbe à Procuradoria Geral do Estado, por intermédio da ATL: I - no tocante a anteprojetos de alteração ou inovação legislativa: a) realizar o acompanhamento das respostas às solicitações encaminhadas pela Casa Civil às Pastas ou órgãos interessados, por intermédio do Sistema de Acompanhamento Legislativo – SIALE, solicitando, quando necessário, informações adicionais ou complementares, bem como procedendo a reiterações e alertas quanto à observância dos prazos estabelecidos, sem prejuízo da atuação da Assessoria Técnica da Casa Civil; b) o exame dos aspectos jurídicos da proposição, sem prejuízo da precedente manifestação da Consultoria Jurídica da Pasta interessada, realizando, quando necessário, alterações do texto apresentado, objetivando o atingimento dos fins colimados pela Administração ou cumprimento de condições indispensáveis à viabilidade jurídica, bem como as adequações e aprimoramentos de ordem técnico-legislativa; c) a elaboração da Mensagem e a preparação e envio, por intermédio da Assessoria Técnica da Casa Civil, do expediente legislativo, em meio físico e digital, completo e apto à deliberação do Governador do Estado; II - realizar o exame dos Autógrafos quanto aos aspectos jurídicos e técnico-legislativos, procedendo à elaboração de proposta de sanção ou minuta de veto, com a devida fundamentação, bem como a indicação das Pastas que poderão referendar eventual lei sancionada,

aos requerimentos formulados com base no art. 20, XVI, da Constituição do Estado; VI - receber os anteprojetos de leis originários das Secretarias de Estado e de outros órgãos e entidades da Administração e providenciar o encaminhamento, para exame, à Assessoria Técnico-Legislativa, da Procuradoria Geral do Estado; VII - adotar as providências necessárias para: a) encaminhamento das Mensagens do Governador à Assembleia Legislativa; b) obtenção das referendas de Secretários de Estado nas leis publicadas; c) manutenção do Sistema de Legislação Estadual implantado na Internet, com relação à Constituição do Estado e às leis estaduais; VIII - preparar e encaminhar, para publicação no Diário Oficial do Estado, as leis sancionadas pelo Governador; IX - preparar resoluções do Secretário-Chefe da Casa Civil.

a ser encaminhada por intermédio da Assessoria Técnica da Casa Civil, em expediente digital completo e apto para submissão à decisão final do Governador do Estado, em tempo hábil para o cumprimento do prazo estabelecido no artigo 28, § 1º da Constituição do Estado; e III - efetuar o exame de proposições legislativas em curso na Assembleia Legislativa, mediante solicitação da Casa Civil à Procuradoria Geral do Estado, apresentando subsídios jurídicos e técnico-legislativos para aprimoramento do texto proposto [28].

[28] Conforme o art. 2º do aludida Resolução Conjunta CC/PGE nº 1, de 8 de agosto de 2016, incumbe à Casa Civil, por intermédio de sua Assessoria Técnica: I - a realização de todos os trâmites necessários à elaboração do Relatório de Atividades da Administração Estadual, previsto no artigo 47, inciso X da Constituição do Estado, inclusive o envio à Assembleia Legislativa do Estado, bem como o encaminhamento do Balanço Geral do Estado, cuja elaboração compete à Secretaria da Fazenda; II - o acompanhamento, por intermédio do Sistema de Acompanhamento Legislativo – SIALE, instituído pelo Decreto 47.807, de 5 de maio de 2003, dos Requerimentos de Informação formulados com base no art. 20, XVI, da Constituição do Estado, devendo proceder ao cadastramento, à solicitação de informações da Pasta interessada, ao acompanhamento e ao encaminhamento de ofício-resposta à Assembleia Legislativa, sem prejuízo dos trâmites próprios desta última; III - o acompanhamento das proposições em tramitação na Assembleia Legislativa, mantendo as informações atualizadas em arquivos digitais próprios, devendo realizar, ainda, por intermédio do Sistema de Acompanhamento Legislativo – SIALE, o cadastramento e a solicitação de manifestação de tantas quanto forem as Pastas interessadas sobre as proposições; IV - o recebimento dos Autógrafos expedidos pela Assembleia Legislativa, a solicitação de manifestação das Pastas ou órgãos interessados quanto ao texto aprovado pelo Poder Legislativo, por intermédio do Sistema de Acompanhamento Legislativo – SIALE, a elaboração de documento denominado "mapa de autógrafo", contendo o resumo dos autógrafos recebidos na respectiva data e o imediato encaminhamento à Assessoria Técnico-Legislativa, com a delimitação do prazo de 15 (quinze) dias úteis para decisão do Governador quanto à sanção ou veto da propositura, nos termos do art. 28, § 1º, combinado com o art. 47, IV, da Constituição do Estado; V - o recebimento de processos relativos a anteprojetos para alteração ou inovação legislativa, para fins de anotação e registro, a solicitação de manifestação das Pastas ou órgãos interessados, por intermédio do Sistema de Acompanhamento Legislativo – SIALE, mediante indicação da Assessoria Técnico-Legislativa, e o encaminhamento, por despacho do Secretário-Chefe da Casa Civil, ou à sua ordem, à Assessoria Técnico-Legislativa, da Procuradoria Geral do Estado; VI - a numeração e o envio das Mensagens do Governador do Estado à Assembleia Legislativa, em formatos físico e digital, relativas ao encaminhamento de projetos de lei, projetos de lei complementar, propostas de emenda à Constituição, requerimentos de urgência na tramitação de proposituras, razões de veto total ou parcial, bem como mensagens aditivas e outras relacionadas às proposições de iniciativa do Governador; VII - a numeração e publicação no Diário Oficial do Estado de leis ordinárias e leis complementares sancionadas pelo Governador; VIII - a publicação das mensagens de veto total ou parcial do Governador no Diário Oficial do Estado, nos períodos de recesso da Assembleia

Por fim, consoante o art. 2º da Resolução PGE nº 4, de 10 de fevereiro de 2017, compete à ATL: I - manifestar-se em processos e expedientes que versem sobre a edição de decretos regulamentares de leis estaduais; II - manifestar-se em processos e expedientes instaurados para a análise da constitucionalidade de leis estaduais, elaborar pareceres e, quando o caso, as minutas de petição inicial de ação direta de inconstitucionalidade, declaratória de constitucionalidade ou informações do Governador do Estado; e III - elaborar minuta de manifestação do Procurador Geral, nos termos do disposto no artigo 90, §2º, da Constituição Estadual [29].

3.2 O Assessoramento Técnico-Legislativo na União

No âmbito da União, compete à Casa Civil da Presidência da República: I - examinar a constitucionalidade, a legalidade, o mérito, a oportunidade e a conveniência política das propostas de projeto de ato normativo; II - decidir sobre a ampla divulgação de texto básico de projeto de ato normativo de especial significado político ou social, até mesmo por meio da Rede Mundial de Computadores ou mediante a realização de audiência pública, tudo com o objetivo de receber sugestões de órgãos, entidades ou pessoas; III - supervisionar a elaboração dos projetos de atos normativos e, no tocante à iniciativa do Poder Executivo, solicitar a participação dos órgãos competentes nos casos de: a) declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta de inconstitucionalidade por omissão; e b) deferimento de mandado de injunção pelo Supremo Tribunal Federal; IV - na hipótese de regulamentação exigida por

Legislativa; IX - o arquivamento das leis originais, segundo as regras de arquivísticas, considerando o valor histórico do documento.

[29] Referido dispositivo preceitua que, quando o Tribunal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Procurador Geral do Estado, a quem caberá defender, no que couber, o ato ou o texto impugnado.

lei, instar os Ministérios e os órgãos da estrutura da Presidência da República ao cumprimento dessa determinação; e V - zelar pela fiel observância dos preceitos deste Decreto, podendo devolver aos órgãos de origem os atos em desacordo com as suas normas (cf. art. 34, I a V, do Decreto nº 4.176, de 28 de março de 2002 [30]).

Conforme o art. 36 do referido decreto, compete à Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil emitir parecer final sobre a constitucionalidade e legalidade dos projetos de ato normativo, observadas as atribuições do *Advogado-Geral da União* previstas no art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993 (Lei Orgânica da Advocacia Geral da União) [31].

O art. 37 do aludido decreto federal determina, ainda, que as propostas de projetos de ato normativo serão encaminhadas à Casa Civil por meio eletrônico, com observância do disposto no Anexo I [32], mediante exposição de motivos do titular do órgão proponente, à qual se anexarão: I - as notas explicativas e justificativas da proposição, em consonância com o Anexo II [33]; II - o projeto do ato normativo; e III - o parecer conclusivo sobre a constitucionalidade, a legalidade e a regularidade formal do ato normativo proposto, elaborado pela *Consultoria Jurídica* ou pelo *órgão de assessoramento jurídico* do

[30] O Decreto nº 4.176, de 28 de março de 2002, foi editado a fim de regulamentar a Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona.

[31] O art. 4º da Lei Complementar nº 73/90 basicamente enumera as atribuições do Advogado-Geral da União.

[32] O Anexo I arrola as questões que devem ser analisadas na elaboração de atos normativos no âmbito do Poder Executivo. Por exemplo: deve ser tomada alguma providência? Quais as alternativas disponíveis? Deve a União tomar alguma providência? Deve ser proposta edição de lei?

[33] O Anexo II enuncia os elementos que as justificativas da proposição devem conter, quais sejam: 1) a síntese do problema ou da situação que reclama providências; 2) as soluções e providências contidas no ato normativo ou na medida proposta; 3) as alternativas existentes às medidas propostas; 4) os custos; 5) as razões que justificam a urgência (a ser preenchido somente se o ato proposto for medida provisória ou projeto de lei que deva tramitar em regime de urgência); 6) o impacto sobre o meio ambiente (sempre que o ato ou medida proposta possa vir a tê-lo); 7) as alterações propostas; e 8) a síntese do parecer do órgão jurídico.

proponente. As *Consultorias Jurídicas* dos Ministérios, preceitua o § 4º do referido dispositivo, manterão permanente interlocução com a *Consultoria-Geral da União* na elaboração de projetos de atos normativos, inclusive enviando-lhe cópia dos projetos encaminhados à Casa Civil.

Na apreciação de projetos de lei enviados pelo Congresso Nacional ao Presidente da República para sanção, compete à Secretaria de Assuntos Parlamentares da Secretaria-Geral da Presidência da República solicitar aos Ministérios e aos demais órgãos da Administração Pública Federal as informações que julgar convenientes, para instruir o exame do projeto (cf. art. 52, *caput*, do Decreto nº 4.176). De acordo com o § 4º do mesmo dispositivo, referida secretaria deverá encaminhar à *Advocacia-Geral da União* cópia dos projetos de lei referidos.

Quando se tratar de projeto de lei processual, as manifestações da *Advocacia-Geral da União* serão obrigatórias (cf. art. 15).

Relativamente às controvérsias existentes sobre a constitucionalidade ou a revogação tácita de dispositivos legais objeto de consolidação, o citado decreto federal determina a sua submissão à *Advocacia-Geral da União* (cf. art. 49).

Por fim, o § 6º do art. 53 do diploma regulamentador federal dispõe que será obrigatória a participação da *Advocacia-Geral da União* nas delegações, comissões, comitês ou grupos de trabalho criados com a finalidade de elaborar sugestões ou propostas de atos normativos da competência ou iniciativa do Presidente da República.

3.3 O Assessoramento Técnico-Legislativo no Estado de Minas Gerais

No Estado de Minas Gerais, a Lei Delegada nº 180, de 20 de janeiro de 2011, dispõe sobre a estrutura orgânica da Administração Pública do Poder Executivo.

Em seu art. 85, cuida da estrutura orgânica básica da Secretaria de Estado de Casa Civil e de Relações Institucionais e prevê, no inciso VII, a Assessoria Técnico-Legislativa (ATL) e seus cinco núcleos, quais sejam: a) Núcleo de Legística; b) Núcleo de Elaboração e Análise de Documentos Legislativos; c) Núcleo de Apoio ao Controle Prévio de Constitucionalidade de Projetos e Proposições; d) Núcleo de Apoio ao Poder Regulamentar; e e) Núcleo de Documentação Legislativa.

No decreto regulamentar da referida lei delegada (Decreto nº 45.682, de 9 de agosto de 2011), encontram-se previstas, especificamente, as competências e a organização da ATL (cf. arts. 12 a 18).

Compete à ATL mineira: I - fornecer subsídios à elaboração de projetos de lei, de decretos e demais atos normativos de competência do Poder Executivo; II - preparar a redação final de atos normativos primários e regulamentares de iniciativa do Governador; III - preparar as proposições de lei para sanção do Governador; IV - elaborar as razões de veto a proposições de lei; V - elaborar as mensagens a serem encaminhadas à Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais (ALMG): a) que acompanham os projetos de lei; e b) que contém as razões de veto a proposições de lei; VI - preparar estudo técnico-jurídico sobre matéria objeto de atos normativos de interesse do Poder Executivo; VII - contribuir para a análise das propostas de edição de texto normativo encaminhadas ao Governador; VIII - articular com órgãos e entidades interessados na elaboração e apreciação jurídica de atos normativos regulamentares de iniciativa ou de interesse do Poder Executivo, de acordo com as diretrizes fixadas pela direção superior da Secretaria de Estado de Casa Civil e de Relações Institucionais (SECCRI); IX - promover a articulação com a *Advocacia-Geral do Estado* (AGE) e a ALMG em assuntos relativos à sua área de atuação, segundo as diretrizes estabelecidas pela direção superior da SECCRI; e X – oferecer informações ao Gabinete da SECCRI no acompanhamento

dos requerimentos formulados pela ALMG ao Poder Executivo com fundamento no art. 54 da Constituição do Estado (cf. art. 12, I a X).

Organicamente, a ATL possui seis núcleos. São eles: 1) Núcleo de Apoio Administrativo, que tem por finalidade desenvolver as atividades de suporte técnico e administrativo à ATL, mediante atividades de protocolo, controle de prazos de publicação de atos normativos ou regulamentares, redação de ofícios e arquivamento de documentos (cf. art. 13, *caput*); 2) Núcleo de Legística, responsável por finalidade desenvolver métodos e procedimentos voltados ao aprimoramento dos atos normativos de iniciativa do Poder Executivo [34]; 3) Núcleo de Elaboração e Análise de Documentos Legislativos, incumbido de prestar assessoramento na elaboração de atos normativos de interesse do Poder Executivo [35]; 4) Núcleo de Apoio ao Controle Prévio de Constitucionalidade de Projetos e Proposições, que a quem compete proceder à análise prévia de constitucionalidade e legalidade dos atos normativos regulamentares de iniciativa do Poder Executivo [36]; 5) Núcleo

[34] Compete-lhe: I - promover e disseminar estudos técnicos de legística; II - propor diretrizes e padrões para a elaboração de atos normativos no âmbito do Poder Executivo; III - identificar experiências e difundir boas práticas relacionadas à elaboração de atos normativos; IV - participar de discussão com os órgãos e entidades afetos ao futuro ato normativo; V - apoiar o Gabinete da SECCRI na incorporação de inovações para o aprimoramento da elaboração e tramitação dos atos normativos; VI - criar metodologia para avaliação de impacto de atos normativos específicos; e VII - exercer atividades correlatas, em processo colaborativo com os demais Núcleos, atendidas as diretrizes da Chefia da ATL (cf. art. 14, I a VII).

[35] Compete-lhe: I - realizar análise técnico-jurídica de anteprojetos de lei propostos ao Governador; II - preparar a redação final de anteprojetos de leis de iniciativa do Governador e elaborar as respectivas mensagens a serem encaminhadas à ALMG; III - preparar as razões de veto a proposições de lei; IV - articular-se com o Núcleo de Acompanhamento da Tramitação Legislativa visando à realização de análise técnica dos projetos de lei e de emenda constitucional em tramitação na ALMG; V - oferecer subsídios técnicos à decisão do Governador de sanção ou veto em proposições de lei; e VI - exercer atividades correlatas, em processo colaborativo com os demais Núcleos, atendidas as diretrizes da Chefia da ATL (cf. art. 15, I a VI).

[36] Compete-lhe: I - elaborar estudos técnicos sobre as matérias tratadas em atos legislativos e minutas de decreto; II - realizar análise técnico-jurídica dos atos normativos de interesse do Poder Executivo; III - articular-se com a AGE visando a subsidiar as decisões do Governador quanto à constitucionalidade dos atos de sua competência; IV - articular-se com o Núcleo de Acompanhamento da Tramitação Legislativa visando à realização de análise técnica dos projetos de lei e de emenda constitucional em tramitação na ALMG; V - oferecer subsídios técnicos à decisão do Governador de

de Apoio ao Poder Regulamentar, encarregado de prestar assessoramento na elaboração de atos normativos regulamentares de competência do Governador [37]; e 6) Núcleo de Documentação Legislativa, ao qual cabe promover a indexação, catalogação e arquivamento de atos legislativos estaduais, com o objetivo de dar suporte às atividades da ATL [38].

O Decreto nº 45.786, de 30 de novembro de 2011, regulamentadora da Lei Complementar nº 78, que, por sua vez, dispõe sobre a elaboração, a redação e consolidação das leis do Estado, prescreve competir à SECCRI, dentre outras atribuições, proceder, sob a supervisão da *AGE*, à análise prévia de constitucionalidade e legalidade dos atos de competência do Governador, com vistas a subsidiar as decisões do Governador (cf. art. 28, VII).

No art. 29, especificam-se as competências da ATL.[39]

O § 4º do referido dispositivo determina que a ATL somente receberá proposta de ato normativo que esteja acompanhada de determinados documentos, dentre os quais a manifestação fundamentada da Assessoria Jurídica ou Procuradoria dos respectivos órgãos ou entidades.

Após o atendimento às exigências estabelecidas no decreto e transcorridos os prazos fixados, o art. 31 determina que a ATL elabore nota técnica, na qual opinará pela adoção ou rejeição do ato proposto,

sanção ou veto em proposições de lei; e VI - exercer atividades correlatas, em processo colaborativo com os demais Núcleos, atendidas as diretrizes da Chefia da ATL (cf. art. 16, I a VI).

[37] Compete-lhe: I - realizar análise técnico-jurídica de minutas de atos regulamentares propostos pelos órgãos e entidades do Poder Executivo; II - preparar a redação final de minutas de atos regulamentares; III - manter atualizado quadro da legislação estadual pendente de regulamentação; IV - elaborar e manter atualizado cadastro de eventos públicos que demandem edição de decretos; V - apoiar a organização de consultas públicas que demandem a elaboração de atos normativos regulamentares; e VI - exercer atividades correlatas, em processo colaborativo com os demais Núcleos, atendidas as diretrizes da Chefia da ATL (cf. art. 17, I a VI).

[38] Compete-lhe: I - proceder à indexação de atos normativos de interesse da ATL; II - catalogar e classificar os atos legislativos estaduais para prover de informações o banco de dados de legislação estadual; III - proceder ao arquivamento e à guarda do acervo de documentos da ATL; IV - realizar pesquisas de apoio às atividades da ATL; e V - exercer atividades correlatas, em processo colaborativo com os demais Núcleos, atendidas as diretrizes da Chefia da ATL (cf. art. 18, I a V).

[39] Fundamentalmente, são as mesmas competências arroladas no citado art. 12, I a X, do Decreto nº 45.682.

dela fazendo constar o teor das manifestações dos órgãos consultados e a indicação daqueles que, consultados, deixaram de se manifestar. Sempre que se fizer necessário, a *AGE* será consultada, observadas as suas competências constitucionais e legais (cf. art. 32).

De acordo com o art. 34, *caput*, a ATL deve examinar as proposições de lei aprovadas pela ALMG, emitindo nota técnica na qual opine, justificadamente, pela sanção ou veto. No exercício desta competência, a ATL poderá solicitar manifestação da *AGE*, quanto à juridicidade e constitucionalidade da proposição, e das Secretarias de Estado e Órgãos de equivalente hierarquia da estrutura do Poder Executivo afetas à matéria, quanto à sua conveniência (§ 1º, I e II).

4 A ADVOCACIA PÚBLICA E O APERFEIÇOAMENTO DAS NORMAS JURÍDICAS

O recrudescimento e a complexidade dos problemas econômicos e sociais, a crescente intervenção e regulação do Estado e a proeminência da atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo são fatores que, inexoravelmente, repercutem na atuação da Advocacia Pública e, de modo mais incisivo, nas suas funções de consultoria jurídica e de assessoramento técnico-legislativo.

Diante desse quadro, a Advocacia Pública não pode mais seguir sendo apenas um órgão responsável por dar a "redação final" a projetos de lei de iniciativa do Governador e preparar as respectivas mensagens, atividades cada vez mais copiosas e repetitivas, haja vista o manifesto e impressionante domínio do Executivo em matéria legislativa. Há de desenvolver o seu mister pautada nos primados da racionalidade e da eficiência normativa.

Dos três modelos de assessoramento técnico-legislativo mencionados no tópico anterior, destaca-se o adotado pelo Estado de Minas Gerais, em especial pelas atividades afetas ao *Núcleo de Legística*,

que tem por finalidade desenvolver métodos e procedimentos voltados ao aprimoramento dos atos normativos de iniciativa do Poder Executivo. Ao referido núcleo compete: I - promover e disseminar estudos técnicos de legística [40]; II - propor diretrizes e padrões para a elaboração de atos normativos no âmbito do Poder Executivo; III - identificar experiências e difundir boas práticas relacionadas à elaboração de atos normativos; IV - participar de discussão com os órgãos e entidades afetos ao futuro ato normativo; V - apoiar o Gabinete da Secretaria de Estado de Casa Civil e de Relações Institucionais na incorporação de inovações para o aprimoramento da elaboração e tramitação dos atos normativos; VI - criar metodologia para avaliação de impacto de atos normativos específicos; e VII - exercer atividades correlatas, em processo colaborativo com os demais Núcleos, atendidas as diretrizes da Chefia da ATL (cf. art. 14, I a VII, do Decreto nº 45.682, de 9 de agosto de 2011).

O modelo federal também sobressai, na medida em que atribui à Advocacia Pública papel de relevo no *processo administrativo legislativo*, principalmente ao prever a sua *participação obrigatória* nas delegações, comissões, comitês ou grupos de trabalho criados com a finalidade de elaborar sugestões ou propostas de atos normativos da competência ou iniciativa do Presidente da República (cf. art. 53 § 6º, do Decreto nº 4.176, de 28 de março de 2002).

[40] *Legística* é o ramo do conhecimento que estuda os modos e os métodos de concepção e redação das leis, visando a assegurar a qualidade, a adequada aplicação e o exato cumprimento dos textos normativos que presidem as relações sociais. A *legística material* enfoca a genética dos atos normativos, sua ideação, necessidade, utilidade, aplicabilidade, efetividade e harmonização com o resto do ordenamento jurídico. A *legística formal*, por sua vez, preocupa-se com a redação dos atos normativos. Embora tenha ares novidadeiros no Brasil, fala-se de legística, como um saber específico, desde a década de 60 do século passado. Países como Alemanha, Áustria, Canadá, Espanha, Itália, Portugal, Reino Unido e Suíça têm experimentado um notável desenvolvimento da chamada Ciência da Legislação, circunstância que se deve à necessidade de superação de problemas como a proliferação das leis, a baixa qualidade da legislação, as dúvidas relativas à aplicação e interpretação das normas jurídicas, a ineficácia dos textos legais, problemas que também se encontram presentes no cenário brasileiro e que amiúde se projetam para além das fronteiras do Direito, condicionando, por exemplo, o desenvolvimento econômico e social, na medida em que a falta de confiança na aplicação das leis pode repercutir negativamente, por exemplo, no nível de investimentos no País.

Trata-se de notáveis inovações na estrutura orgânico-funcional do Estado, que tendem a assegurar maior racionalidade e eficiência às normas jurídicas impulsionadas pelo Poder Executivo, mas que ainda carecem ser democraticamente aperfeiçoadas, com vistas a dar maior legitimidade e eficácia social ao Direito.

4.1 A Função Social da Advocacia Pública como Fator de Legitimação Democrática do Direito

Na evolução do Estado de Direito para o Estado Democrático de Direito, dois conceitos-chave destacam-se: o aparecimento e reconhecimento de grupos organizados, que canalizam aspirações e reivindicações sociais, e a superação gradual do velho sistema de sufrágio censitário, que limitava e deturpava a vontade popular.

Nos séculos XVIII e XIX, quando o Parlamento, então soberano, era composto de aristocratas, entronizados no poder por meio do sistema eleitoral censitário, e suas funções estavam umbilicalmente ligadas aos interesses da classe burguesa, centradas na proteção, consolidação e manutenção das esferas jurídicas individuais, não havia lugar para disputas ideológicas, mas apenas para afirmação da vontade geral [41].

As sociedades europeias dessa época, relata Maria Lúcia Amaral [42], eram sociedades tendencialmente monistas e não pluralistas. Diz ela: "os cidadãos politicamente activos – os que elegiam e se faziam eleger deputados aos Parlamentos nacionais e a outros órgãos de base electiva –, não estavam entre si divididos, como os nossos contemporâneos, por concepções profundamente diferentes quanto à forma como deveriam viver. As forças sociais activas eram por isso, relativamente consensuais, quanto às pretensões que endereçavam ao Estado. Tal consenso repercutia-se nas leis ordinárias, elaboradas pelos Parlamentos. Estas

[41] "A lei é a expressão da vontade geral" (art. 6º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789).

[42] *A forma da república: uma introdução ao estudo do direito constitucional*, p. 70.

eram em número bem menor do que hoje, tinham uma vigência mais alongada no tempo e possuíam uma coerência intrasistemática mais firme do que agora possuem" (*sic*).

Nas câmaras legislativas, inexistiam fortes tensões sociais e políticas, como hoje sói acontecer.

Com a ampliação do direito de sufrágio a partir da segunda metade do século XIX, o quadro altera-se drasticamente.

A organização da sociedade em classes e grupos de interesses e a democratização do acesso ao Legislativo – com o ingresso de novos representantes eleitos por novos eleitores – promovem a ruptura do modelo político centrado na plena identidade entre burguesia e Parlamento [43], na homogeneidade de interesses representados no Poder Legislativo [44].

O debate parlamentar passa a ser ideológico. Correntes de pensamento e aspirações politicamente divergentes começam a confrontar-se em torno do papel do Direito e do Estado [45], e isso modifica profundamente as características da instituição parlamentar e das leis, porquanto as câmaras legislativas transformam-se em espelho da sociedade, mosaico fiel de sua multifária composição, expressão de seus vários interesses e ideologias, amiúde conflitantes e incompossíveis.

O sufrágio universal é que vai tornar possível a integração das diversas forças sociais, porque, como salienta Gregorio Peces-Barba Martínez [46], "os que não votavam, os setores marginalizados do voto, não se sentiam integrados no Parlamento, não sentiam que o Parlamento era seu, e só começaram a senti-lo quando puderam participar dele".

[43] Elviro Aranda Álvarez, *Los actos parlamentarios no normativos y su control jurisdicional*, p. 77.

[44] Na opinião de José Tudela Aranda, a quebra desse modelo modificou o funcionamento das câmaras legislativas, ao impor uma férrea disciplina por grupos, circunstância que, no entanto, não se viu acompanhada de correspondentes alterações nos procedimentos parlamentares (*El Parlamento necessario. Parlamento y democracia en el siglo XXI*, p. 77).

[45] Clèmerson Merlin Clève, *Atividade legislativa do Poder Executivo*, p. 48.

[46] Reflexiones sobre el Parlamento, ***in*** *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutente*, Madrid, p. 214.

Então, com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social de Direito, e, deste, para o Estado Democrático de Direito – modelo de Estado compromissado em garantir uma *sociedade pluralista* –, tornou-se necessário viabilizar a participação política dos novos grupos sociais, surgidos dos movimentos populares, e engendrar métodos compositivos de conflitos, isto é, mecanismos técnicos por meio dos quais opiniões, palavras e projetos diametralmente opostos – e, por isso, muitas vezes inconciliáveis – possam ter expressão, assegurando-se, desta forma, que as decisões parlamentares sejam fruto da deliberação do povo politicamente representado por *todos* os parlamentares eleitos democraticamente, por *todos* os partidos e blocos partidários com representação nas Casas Legislativas, *incluindo a maioria e a minoria*, e não de *um* parlamentar, *uma* classe social, *um* partido, *um* bloco partidário, *uma* maioria ou *um* líder onipotente.

Essas transformações político-sociais têm reflexo direto no modo de produção jurídica do Estado Democrático de Direito contemporâneo, que não mais se dá *unilateralmente*. A lei, no Estado Liberal, era o produto de uma vontade geral, provinda do *poder soberano* que, nessa condição, pressupunha a supraordenação de quem o exercia sobre os seus súditos. Nesse contexto, era absolutamente inadmissível que os destinatários de seu poder de mando se arrogassem o direito de *influir* na sua gênese [47]. Já no Estado Democrático de Direito, resume Carlos Blanco de Morais [48], a morfologia das leis altera-se profundamente. Preleciona o constitucionalista luso:

> A lógica intervencionista de caráter económico e social inerente ao novo modelo constitucional de Estado de Direito, o despontar

[47] Carlos Blanco de Morais, *Manual de Legística*, p. 84.

[48] *Manual de Legística*, p. 87. Gustavo Zagrebelsky também perfilha o mesmo entendimento, quando afirma: "A lei (…) já não é a expressão «pacífica» de uma sociedade política internamente coerente, mas a manifestação e instrumento de competição e enfrentamento social; não é o fim, mas a continuação de um conflito; não é um ato impessoal, geral e abstrato, expressão de interesses objetivos, coerentes, racionalmente justificáveis e generalizáveis (…). É, pelo contrário, um ato personalizado (no sentido de que provém de grupos identificáveis de pessoas e está dirigido a outros grupos igualmente identificáveis) que persegue interesses particulares" (*El derecho dúctil.*, p. 38).

> do pluralismo dos interesses reclamando do poder político *direito e dinheiro* e o florescimento das autonomias territoriais de recorte federal ou regional alteraram expressivamente a morfologia da lei. Esta abandonou a regra mítica «de justa conduta» destinada à prossecução dos fins do Estado burguês, para se expandir como instrumento transformador das relações políticas, sociais e económicas, respondendo a exigências, não apenas oriundas de uma clientela ou estamento dominante mas antes, de toda a espécie de destinatários.

O desafio do Estado Democrático de Direito, tanto no que se refere à produção do Direito quanto aos efeitos e aos destinatários de suas normas, reside em obter a máxima eficácia social e legitimidade democrática e, assim, atingir a síntese de todas as esperanças contidas no Texto Constitucional: a justiça, aspiração maior do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Para tanto, as atividades de consultoria jurídica e de assessoramento técnico-legislativo a cargo da Advocacia Pública devem colaborar de modo mais incisivo e proficiente, em especial na fase instrutória das proposições normativas, em que o Estado há de submeter a ideação legislativa à consulta e à discussão popular e buscar ouvir e persuadir os seus destinatários.

Sobre o assunto, Fabiana de Menezes Soares [49] assim se manifesta:

> Nesse sentido, a questão da eficácia da legislação aparece lado a lado das medidas de execução e implementação. Adotar estratégias para persuadir os destinatários/interessados por meio de ações para construção de um consenso possível (audiências públicas, negociação legislativa, práticas de *lobby* regulamentadas, plebiscitos, inclusive os administrativos) são meios para otimizar o nível de eficácia social. Isso significa que, durante todo o processo de elaboração e redação, o compreender e o aceitar uma dada legislação não deve ser considerada uma questão exclusivamente estilística.

[49] Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação, ***in*** *Cadernos da Escola do Legislativo*, p. 14.

E continua a autora [50], salientando os proveitos auferíveis com a aproximação entre legislador e cidadão e a adoção de processos legislativos participativos:

> A aproximação entre legislador e cidadão pode propiciar processos de produção do Direito em que haja mais persuasão e menos coerção e, nos processos participativos, a negociação do conteúdo pode gerar uma co-responsabilidade pela sua efetivação, porque os participantes colaboraram com suas representações de mundo, o que é otimizado por uma gama de informações evidenciadas na reconstrução da situação-fática-problema, resultante do processo de avaliação legislativa.

Também para Carlos Blanco de Morais [51], a consulta popular constitui um importante elemento para a avaliação prévia de impacto normativo:

> A audição das entidades envolvidas e/ou afetadas por determinada normação permite obter dados indispensáveis para o processo de avaliação, como sejam informações sobre custos, benefícios e outros impactos que de outro modo poderiam ser dificilmente perceptíveis para o decisor normativo; sugestões sobre outras opções para pôr em prática os mesmos objetivos públicos; e informações que permitam antever comportamentos dos destinatários da normação, que poderão suscitar a necessidade de previsão de mecanismos de aplicação e de garantia do acatamento do acto normativo.

E prossegue [52]:

> A realização de consultas contribui ainda para aumentar a aceitação da legislação: quanto mais amplo e sensatamente conduzido for o processo de consultas, mais provável se torna que aqueles que são afectados pela normação a aceitem.

Esses aspectos valorizam a fase *pré-legislativa* das leis, o *processo administrativo legislativo*, em que a Advocacia Pública, por suas

[50] Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação, ***in*** *Cadernos da Escola do Legislativo*, p. 17.

[51] *Guia de avaliação de impacto normativo*, p. 39 e 40.

[52] *Guia de avaliação de impacto normativo*, p. 40.

consultorias jurídicas e assessorias técnico-legislativas, deve atuar de modo a diminuir o *distanciamento* entre os cidadãos e as leis, que ocorre por problemas de diversas naturezas, como falta de diálogo e compreensão e incertezas ou preconceitos acerca do Direito vigente ou daquele que se propõe.

Tem razão Oliveira Vianna, quando adverte, em 1947, que consiste um *erro de psicologia política* a "atitude de isolamento e exclusivismo das nossas classes políticas em relação às outras classes", pois "nenhuma lei vinga, nenhuma lei é eficiente, sem a adesão moral do povo"; "em geral – continua –, as leis em que o povo não colabora, não têm essa adesão" [53], entendimento que acompanha o pensamento de Jean Cruet [54], quando diz:

> Do fraco resultado da coação deve-se concluir, em primeiro lugar, que nas relações entre o Estado e os particulares, o elemento essencial é a *cooperação*, não a *subordinação*.
> Viu-se na história, apesar das sanções draconianas, o malogro absoluto dos empréstimos forçados. A coerção não é, para o Estado, o meio mais fácil e mais econômico de arranjar dinheiro. Pelo contrário, quando a consciência comum reconhece a legitimidade de uma medida fiscal, aceita-lhe o encargo sem protestar. O que há de admirável no sistema fiscal francês é a boa vontade do contribuinte.

Trata-se, assim, de emprestar maior racionalidade ao processo de produção jurídica, para lograr maior eficiência normativa. Trata-se de legitimar democraticamente os projetos estatais mediante um processo de debate público, no qual as discussões devem ser amplas, abertas, durar um tempo razoável e observar os postulados da *contradição* e do *diálogo*. Um bom procedimento legislativo há de propiciar espaços e tempos adequados para a negociação, para o convencimento e, se possível, para a confluência entre pontos de vista originariamente confrontantes.

[53] *Problemas de política objetiva*, p. 130.
[54] *A vida do direito e a inutilidade das leis*, p. 163.

Como diz Jeremy Bentham, citado por Virgilio Zapatero [55], "para escrever leis, basta saber escrever, e, para estabelecê-las, basta possuir o poder de fazê-lo". Todavia, esclarece Bentham, "a dificuldade está em fazê-las boas, e as leis boas são aquelas em favor das quais boas razões podem ser apresentadas".

No Estado Democrático de Direito brasileiro, as leis e atos normativos, para serem bons, devem ter lastro social, fundar-se em razões constitucionais, legais, legítimas e lícitas para serem editados.

Sob esse aspecto, oportuno registrar o entendimento de Christian Starck [56], para quem a lei é resultado de um procedimento democrático regulado constitucionalmente, que se distingue da "lei como ordem do soberano" pelas notas da argumentação, da publicidade, da razão, do compromisso e da proteção frente ao império incontrastável da maioria. Para ele, o procedimento deve estar configurado a fim de que muitas e competentes reflexões e propostas possam efetivamente influir na determinação do conteúdo da lei. O procedimento há de garantir informações sobre as situações reais que serão reguladas pela lei, além de argumentos e considerações sobre se a lei realmente atende o bem comum. O elemento democrático do procedimento – os órgãos participantes do processo legislativo – oferece certa garantia de que "a legislação não cairá nas mãos dos representantes de uma ideologia determinada" e, nessa medida, pode afiançar "uma certa bondade do conteúdo da lei".

Saliente-se que a abertura do processo pré-legislativo aos cidadãos e aos representantes de grupos e forças sociais permite, segundo precisa observação de Jacques Chevallier [57], identificar conflitos, delimitar os terrenos de confrontação, situar as zonas possíveis de compromisso e visa a uma melhor adaptação das regras, além de atenuar eventuais reações de rejeição.

[55] Jeremy Bentham, *Nomografía o el arte de redactar leyes*, p. LXXIII.

[56] *El concepto de ley en la Constitución alemana*, p. 239 e 240.

[57] A racionalização da produção jurídica, ***in*** *Legislação: Cadernos de Ciência de Legislação*, p. 16.

Enquanto os tecnocratas que elaboram políticas públicas preocupam-se com o atingimento de metas [58] – e não necessariamente com a observância de uma ordem de valores democraticamente plasmada –, os Advogados Públicos velam pela constitucionalidade, legalidade, licitude e legitimidade da ação estatal.

Aliás, na lúcida análise de Ricardo Antônio Lucas Camargo [59], "a existência de um corpo de advogados de carreira, cujo ingresso não se deva ao favor, no seio da Administração Pública, também se coloca como uma das formas de se permitir a concreção de políticas econômicas com o sentido de universalidade e, por outro lado, de se impedir o estabelecimento de situações privilegiadas no mercado, pelas alianças entre agentes econômicos determinados e administradores de órgãos que, paradoxalmente, deveriam controlá-los".

Na ambiência de um Estado Democrático de Direito, como o brasileiro, cabe à Advocacia Pública a *função social* e o dever constitucional de viabilizar juridicamente as políticas públicas não só sob aspectos formais (redacionais), mas, também, materiais. Compete-lhe escrutinar tecnicamente as proposições, a fim de possibilitar a produção de normas justas e, na medida do possível, harmonizar *juridicamente* as distintas pretensões e forças sociais e políticas que, a partir de suas próprias perspectivas, têm, cada qual, uma concreta ideia de justiça.

Cumpre à Advocacia Pública apontar e traduzir aos administradores públicos e aos governantes, *sob o ângulo estritamente jurídico*, as pretensões, as objeções, as observações, as sugestões, as dúvidas e as incompreensões de todos aqueles que, *no processo pré-legislativo de*

[58] A propósito, Luiz Carlos Bresser Pereira, então Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado do governo Fernando Henrique Cardoso, desnuda a alma da visão tecnocrática gerencial inglesa, que serviu de modelo para a reforma administrativa brasileira empreendida pela Emenda Constitucional nº 19/98: "Toda administração pública gerencial tem de considerar o indivíduo, em termos econômicos, como consumidor" (Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado, ***in*** *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*, p. 33).

[59] *Advocacia Pública: mito e realidade*, p. 80.

ausculta e debate, manifestaram-se, também com vistas a compatibilizar interesses e expectativas diametralmente opostos e obter maior adesão e consenso social.

A ciência jurídica moderna, pontifica Luzius Mader [60], não pode continuar a excluir os *aspectos sociológicos* do Direito e, especialmente, da legislação. A época do «direito puro», afirma com razão, está ultrapassada. Portanto, o jurista, e o Advogado Público em particular, deve preocupar-se necessariamente com o processo de *gestação* das normas, sua aplicação e seus efeitos. Deve começar por considerar a legislação como um processo dinâmico e reiterativo de interação entre a sociedade civil e o sistema político-administrativo, um processo ao longo do qual diversos atores sociais e políticos equacionam problemas e formulam expectativas em relação ao Estado, que hoje intervém na sociedade para realizar fins cada vez mais diversificados, utilizando a legislação como um de seus principais instrumentos de ação. Isto equivale a uma verdadeira *mudança de paradigma* para a ciência jurídica, tendo em vista que o «idealismo normativo» dos juristas deve ceder o seu lugar predominante a uma visão tanto tecnocrática quanto sociológica do fenômeno legislativo.

Nesse processo dinâmico e reiterativo, de interação e interseção entre a sociedade civil e o sistema político-administrativo, a Advocacia Pública pode atuar de diversas formas: por meio de audiências públicas, fóruns de discussões, realização de seminários, capacitação de agentes públicos e lideranças comunitárias, publicações científicas, levantamentos estatísticos, avaliações de impacto normativo, mapeamentos jurisprudenciais, formação de bancos de dados temáticos, entre outras. Como se vê, a atuação da Advocacia Pública, no campo da *produção jurídica*, revela-se extraordinariamente fecunda.

[60] A avaliação legislativa: uma nova abordagem do direito, ***in*** *Legislação: Cadernos de Ciência de Legislação*, p. 40 e 41.

4.2 O Dever de Acautelamento Jurídico da Advocacia Pública

A Advocacia Pública pode exercer um papel assaz relevante na detecção prematura e na identificação de problemas que merecem, efetivamente, providências normativas para ser equacionados.

Nem sempre os impulsos externos que o Governo recebe da sociedade (imprensa, organizações não-governamentais, meio acadêmico, usuários de serviços públicos, manifestantes, parlamentares, partidos políticos, etc.) têm o condão de delimitar, de forma precisa, as questões *normatizáveis* e, além disso, engendrar as respectivas *soluções normativas*.

Pela técnica que possui e pelas funções que, com exclusividade, desempenha, a Advocacia Pública preordena-se, naturalmente, a evitar a criação de falsos problemas e a afastar o perigo de uma avaliação equivocada, por superestimação ou subestimação [61], circunstâncias que propendem ao estabelecimento de normas socialmente ineficazes.

As atividades de consultoria e de assessoramento a cargo da Advocacia Pública coadjuvam o Governo a precatar-se de eventuais questionamentos judiciais em razão da análise e da interpretação que efetuam da legislação, da jurisprudência, da doutrina especializada e, também, dos elementos produzidos durante a fase de instrução do processo administrativo legislativo (audiências públicas, oitiva de interessados, laudos técnicos, etc.).

Cabe à Advocacia Pública, também, assegurar a constitucionalidade das proposições normativas, que, na precisa observação de Gema Marcilla Córdoba [62], constitui a exigência mais óbvia de racionalidade e eficácia da lei, pois a sua própria existência no sistema jurídico depende dessa circunstância.

[61] Neste sentido, tratando do «processo legislativo interno», "que se refere ao *modus faciendi* adotado para a tomada da decisão legislativa", mas não propriamente sob a incumbência da Advocacia Pública, Gilmar Ferreira Mendes, Questões fundamentais de técnica legislativa, ***in*** *Revista Trimestral de Direito Público*, p. 266 e 267.

[62] *Racionalidad legislativa*, p. 272.

Por conseguinte, a Advocacia Pública deve responder, com exclusividade, pelo controle prévio da constitucionalidade das propostas de emenda à Constituição e dos projetos de leis que o Chefe do Poder Executivo tenciona enviar às Casas Legislativas.

No âmbito do contencioso, os Advogados Públicos igualmente podem prestar valioso auxílio e colaborar para o aperfeiçoamento normativo do Estado, na medida em que, nas ações judiciais em que o Estado é parte, deparam-se com arguições de inconstitucionalidade por ação ou omissão e outros vícios que acometem leis e atos normativos. Desta forma, prenunciam decisões judiciais desfavoráveis e precatam o Poder Executivo de eventuais óbices à implementação e execução de políticas públicas.

De fato, pois, como ensina Francesco Ferrara [63]: "a prática, posta em face de hipóteses reais e das necessidades da vida, sente primeiro a solução jurídica (...). É à jurisprudência, portanto, que a teoria deve ir colher a expressão das necessidades sociais que se fazem sentir e batem à porta dos Tribunais. Além disso, a variedade inexaurível das questões práticas frequentemente revela problemas novos, ou novos lados de problemas jurídicos (...). Às vezes um caso jurídico mostra experimentalmente que uma teoria é errada ou unilateral, e por isso desmorona ao contato dos fatos o edifício fadigosamente levantado pelas abstrações dos teóricos".

As informações, oriundas da prática jurídica, do dia a dia dos Advogados Públicos que atuam no contencioso, devem constituir uma base de dados dos focos de litigiosidade e servir, proveitosamente, de instrumento para orientar eventuais correções normativas.

É necessário, portanto, fomentar, nos órgãos de Advocacia Pública que desempenham atividades consultivas e contenciosas, a cultura da percepção e da avaliação de impacto da norma, na busca de uma maior efetividade, eficácia e eficiência normativa.

[63] *Interpretação e aplicação das leis*, p. 188 e 189.

5 CONCLUSÃO

Do exposto, conclui-se que:

1) No Brasil, ainda é bastante incipiente a preocupação com a qualidade das leis e dos atos normativos no âmbito do Poder Executivo, terreno extremamente fértil e auspicioso para a atuação institucional da Advocacia Pública do século XXI, que pode conduzir a uma mudança de paradigma na função desempenhada pelos Advogados Públicos: de meros *intérpretes* a *partícipes da elaboração* de leis e atos normativos melhor ajustados aos estalões de juridicidade;
2) No sistema constitucional brasileiro, cabe aos Advogados Públicos consultores jurídicos e assessores técnico-legislativos viabilizar, *na medida do juridicamente possível*, e ainda no estágio de sua formulação, as políticas públicas, apontando alternativas, quando cabíveis, e ponderar acerca da viabilidade e compatibilidade jurídica formal e material das proposições normativas com a Constituição e o ordenamento infraconstitucional;
3) Para o bom desempenho dessa tarefa, é necessário estreitar a interlocução dos órgãos de Advocacia Pública com as autoridades, os técnicos e os formuladores de políticas públicas *em áreas juridicamente sensíveis*, como saúde, educação, segurança pública, tributação, finanças, orçamento, serviços públicos, organização administrativa e contratos, ainda na fase genética de projetos, com o objetivo de capacitar e qualificar os Advogados Públicos com o aporte intelectual e com as informações necessárias, para assim poderem exercer as suas funções de consultoria e assessoria jurídicas com a máxima proficiência;

4) As atividades de consultoria jurídica e de assessoramento técnico-legislativo a cargo da Advocacia Pública devem colaborar de modo bastante proficiente na fase instrutória das proposições normativas, em que o Estado há de submeter a ideação legislativa à consulta e à discussão popular e buscar ouvir e persuadir os seus destinatários. Assim atuando, os Advogados Públicos emprestam maior racionalidade ao processo de produção jurídica, coadjuvam a obter maior eficiência normativa e legitimam democraticamente os projetos estatais, ao participar do processo de debate público, no qual as discussões devem ser amplas, abertas, durar um tempo razoável e observar os postulados da *contradição* e do *diálogo*;
5) Na ambiência de um Estado Democrático de Direito, como o brasileiro, cabe à Advocacia Pública a *função social* e o dever constitucional de viabilizar juridicamente as políticas públicas não só sob aspectos formais (redacionais), mas, também, materiais. Compete-lhe escrutinar tecnicamente as proposições normativas, a fim de possibilitar a produção de normas justas e, na medida do possível, harmonizar *juridicamente* as distintas pretensões e forças sociais e políticas que, a partir de suas próprias perspectivas, têm, cada qual, uma concreta ideia de justiça;
6) Cumpre à Advocacia Pública, igualmente, apontar e traduzir aos administradores públicos e aos governantes, *sob o ângulo estritamente jurídico*, as pretensões, as objeções, as observações, as sugestões, as dúvidas e as incompreensões de todos aqueles que, no processo pré-legislativo de ausculta e debate, manifestaram-se, também com vistas a compatibilizar interesses e expectativas diametralmente opostos e obter maior adesão e consenso social;

7) As atividades de consultoria e de assessoramento a cargo da Advocacia Pública coadjuvam o Governo a precatar-se de eventuais questionamentos judiciais em razão da análise e da interpretação que efetuam da legislação, da jurisprudência, da doutrina especializada e, também, dos elementos produzidos durante a fase de instrução do processo administrativo legislativo (audiências públicas, oitiva de interessados e laudos técnicos, por exemplo);
8) A Advocacia Pública deve responder, com exclusividade, pelo controle prévio da constitucionalidade das propostas de emenda à Constituição e dos projetos de leis que o Chefe do Poder Executivo tenciona enviar às Casas Legislativas;
9) No âmbito do contencioso, os Advogados Públicos também podem prestar valioso auxílio e colaborar para o aperfeiçoamento normativo do Estado, na medida em que, nas ações em que o Estado é parte, deparam-se com arguições de inconstitucionalidade por ação ou omissão e outros vícios que acometem leis e atos normativos. Desta forma, prenunciam decisões judiciais desfavoráveis e precatam o Poder Executivo de eventuais óbices à implementação e execução de políticas públicas;
10) É necessário fomentar, nos órgãos de Advocacia Pública que desempenham atividades consultivas e contenciosas, a cultura da percepção e avaliação de impacto da norma, na busca de uma maior efetividade, eficácia e eficiência normativa;
11) A consultoria jurídica e o assessoramento técnico-legislativo hão de ser confiados a órgãos formados por corpos tecnicamente capacitados e aparelhados, em que os cargos de consultor jurídico e assessor técnico-legislativo sejam privativos de membros da Advocacia Pública e providos segundo o *critério objetivo* de merecimento, e não por indicação político-partidária.

Por fim, propõe-se: a) a participação obrigatória da Advocacia Pública nos órgãos administrativos encarregados da elaboração administrativa de leis e atos normativos e da formulação de políticas públicas *em áreas juridicamente sensíveis* (como saúde, educação, segurança pública, tributação, finanças, orçamento, serviços públicos, organização administrativa e contratos); b) a confecção de rotinas, no âmbito da Advocacia Pública, para a elaboração de anteprojetos de leis e minutas de decretos; c) a criação e a manutenção, no âmbito da Advocacia Pública, de núcleo especializado em legística, a fim de realizar, por exemplo, audiências públicas, fóruns de discussões, seminários, capacitação de agentes públicos e lideranças comunitárias, edição de publicações científicas, levantamentos estatísticos, mapeamentos jurisprudenciais, formação de bancos de dados temáticos, entre outras; d) a criação e a manutenção de núcleos especializados no controle prévio de constitucionalidade de anteprojetos de leis, no controle prévio de legalidade de minutas de decretos e na avaliação de impacto normativo, com o objetivo de verificar a efetividade das normas; e) a formação e o aperfeiçoamento multidisciplinar de Advogados Públicos consultores e assessores técnico-legislativos; f) a constituição de bancos de dados com pareceres, legislação vigente e atualizada, informações estatísticas dos resultados das demandas judiciais de que o Estado faça parte como autor ou réu, de dispositivos normativos questionados, de decisões judiciais favoráveis e desfavoráveis ao Estado e de temas recorrentes, com indicação precisa das leis ou atos normativos impugnados e dos fundamentos articulados.

REFERÊNCIAS

Almeida, Fernanda Dias Menezes de. *Imunidades parlamentares*. Brasília: Câmara dos Deputados, Centro de Documentação e Informação, Coordenação de Publicações, 1982.

Álvarez, Elviro Aranda. *Los actos parlamentarios no normativos y su control jurisdicional*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

Amaral, Maria Lúcia. *A forma da república: uma introdução ao estudo do direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

Aranda, José Tudela. *El Parlamento necessario. Parlamento y democracia en el siglo XXI.* Madrid: Congreso de los Diputados, 2008.

Araújo, Fabiano de Figueiredo. Políticas públicas, legística e a AGU: o papel do advogado público federal na efetividade normativa, ***in*** *Revista da AGU*, v. 14, n. 4, p. 67 a 92, out./dez. 2015.

Arquivos da Assessoria Técnico-Legislativa. *Trabalhos elaborados nos anos de 1947, 1948 e 1949*. São Paulo: Tip. do Departamento de Investigações, 1950.

Azevedo, Sérgio de; Melo, Marcus André. A Política da Reforma Tributária: Federalismo e Mudança Constitucional, ***in*** *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12, n. 35, out. 1997. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v12n35/35melo.pdf>. Acesso em 14 de fevereiro de 2017.

Bentham, Jeremy. *Nomografía o el arte de redactar leyes*, edición y estúdio preliminar de Virgilio Zapatero. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.

Camargo, Ricardo Antônio Lucas. *Advocacia Pública: mito e realidade*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2005.

Canotilho, José Joaquim Gomes. Relatório sobre programa, conteúdos e métodos de um curso de teoria da legislação. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXIII, p. 405-494, 1987.

Cavalcanti, Themistocles Brandão. *Teoria do Estado*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

Chevallier, Jacques. A racionalização da produção jurídica. *Legislação: Cadernos de Ciência de Legislação*, Oeiras, nº 3, p. 9-23, janeiro-março 1992.

Clève, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Córdoba, Gema Marcilla. *Racionalidad legislativa*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

Cruet, Jean. *A vida do direito e a inutilidade das leis*. Lisboa: Editorial Ibero-Americana, 1939.

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.

Fernandes, Ricardo Vieira de Carvalho. *Regime jurídico da advocacia pública*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

Ferrara, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. Trad. de Manuel A. D. de Andrade. 2ª ed. Coimbra: Arménio Amado, 1963.

Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

Grupo de Alto Nível para a Melhoria a Qualidade Legislativa (Grupo Mandelkern). Relatório Final. *Caderno de Ciência de Legislação*, Oeiras, nº 29, p. 13-141, outubro-dezembro 2000.

Kirsch, César do Vale. Advocacia-Geral da União e Poder Executivo Federal: parceria indispensável para o sucesso das políticas públicas. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. XVI, p. 43-94, 2006.

Latorre, Angel. *Introdução ao direito*. Tradução de Manuel de Alcarcão. Coimbra: Almedina, 2002.

Mader, Luzius. A avaliação legislativa: uma nova abordagem do direito. *Cadernos de Ciência da Legislação*, Oeiras, nº 1, p. 39-49, abril-junho 1991.

Márquez, Piedad García-Escudero. *Técnica legislativa y seguridade jurídica: ¿hacia el control constitucional de la calidad de las leyes?* Navarra: Thomson Reuters, 2010.

Martínez, Gregorio Peces-Barba. Reflexiones sobre el Parlamento. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutente*, Madrid, nº 10, p. 207-219, marzo 1986.

Mayol, Vicente Garrido. *Las garantías del procedimiento prelegislativo: la elaboración de los proyectos de ley*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

Mendes, Gilmar Ferreira. Questões fundamentais de técnica legislativa. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, nº 1, p. 255-271, 1993.

Mirkine-Guetzévitch, Boris. *Evolução constitucional europeia*. Trad. de Marina de Godoy Bezerra. Rio de Janeiro: José Konfino, 1957.

Morais, Carlos Blanco de. *Guia de avaliação de impacto normativo*. Coimbra: Almedina, 2010.

_____. *Manual de Legística*. Lisboa: Verbo, 2007.

Paterna, María Jesús Larios. *La participación ciudadana en la elaboración de la ley*. Madrid: Congreso de los Diputados, 2003.

Pereira, Luiz Carlos Bresser. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. In: Pereira, Luiz Carlos Bresser; Spink, Peter (org.). *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. Rio de Janeiro: Editora Getúlio Vargas, 1998.

Piçarra, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

Queiroz, Cristina. *O Parlamento como factor de decisão política*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

Silva Filho, Derly Barreto. A Advocacia Pública e o controle de juridicidade das políticas públicas. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, nº 71, p. 85-109, jan./jun. 2010.

_____. A presidencialização do Poder Legislativo e a parlamentarização do Poder Executivo no Brasil. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, nº 81, p. 157-217, jan./jun. 2015.

Soares, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, v. 9, nº 14, p. 7-34, jan./dez. 2007.

Starck, Christian. *El concepto de ley en la Constitución alemana*. Trad. de Luis Legaz Lacambra. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1979.

Vianna, Oliveira. *Problemas de política objetiva*. 3ª edição. São Paulo: Record, 1974.

Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil*. 3ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

Zapatero, Virgilio. *El arte de legislar*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2009.

DEFINIÇÃO DE PROCESSO ELEITORAL NO ART. 16 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA: A INTERPRETAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL[1]

ELECTORAL PROCESS IN THE ARTICLE 16 OF THE BRAZILIAN CONSTITUTION: THE INTERPRETATION OF THE BRAZILIAN SUPREME COURT

João Henrique Alves Meira[2]
Tarcísio Augusto Sousa de Barros[3]
Recebido em: 22.9.2016
Aprovado em: 31.8.2016

Resumo: O presente estudo tem como objetivos centrais: (1) levantar os principais argumentos tecidos nas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a definição de processo eleitoral no artigo 16 da Constituição da República de 1988, (2)

Abstract: This research has as central objectives: (1) bring the main arguments developed into the decisions given by the Supremo Tribunal Federal about the definition of the electoral process contained in the text of the article 16 of the current

[1] Resultados parciais da pesquisa que originou este artigo científico foram apresentados no primeiro semestre de 2015 na disciplina "Balanceamento Constitucional dos Direitos Políticos", ministrada pelo professor doutor Rodolfo Viana Pereira, no Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

[2] Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Viçosa-MG. Mestrando em Direito Político pela Universidade Federal de Minas Gerais.

[3] Bacharel em Direito pelo Centro de Ensino Unificado de Teresina - CEUT. Advogado. Especialista em Direito Eleitoral pela Universidade Federal do Estado do Piauí em convênio com a Escola Judiciária Eleitoral do Estado do Piauí. Mestrando em Direito Político pela Universidade Federal de Minas Gerais. Bolsista CAPES no ano de 2016.

organizá-los sistematicamente com a intenção de estruturar o pensamento histórico desta Corte. Foram definidas, inicialmente, duas dimensões dadas ao conceito, uma estrita e uma ampla, sendo que a segunda se desdobra em mais 5 subdivisões, qualificadas pelos autores da seguinte forma: de natureza procedimental propriamente dita, de natureza integral (ou maximalista), de natureza instrumental e enquanto cláusula de não-surpresa. Tece-se também considerações sobre a posição da Corte em relação ao início do processo eleitoral.

Palavras-chave: Processo Eleitoral; Art. 16. Constituição da República; Princípio da Anualidade; Interpretação.

Brazilian Constitution, (2) organize the arguments systematcally aiming to structure the Court's historical thought. It was defined, initially, two different dimensions of the concept: one strict and one broad. The broad dimension unfolded into 5 different subdivisions, qualified by the authors as: of rigorous procedimental nature, of integral nature (or maximalist nature), of instrumental nature and as a counter-surprise measure. There was also developed considerations about the position of the Court around the beginning of the electoral process.

Keywords: Electoral process; Article 16. Brazilian Consti-tution; Annuality Principle; Interpretation.

Sumário: 1 Introdução. 2 Breve apanhado histórico sobre o art. 16 da constituição da república. 3 O Supremo Tribunal Federal e o processo eleitoral do art. 16 da constituição da república. 3. 1 Dimensões de processo eleitoral: estrita e ampla. 3. 2 A dimensão ampla do processo eleitoral e suas subdivisões. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho exsurge como resultado parcial de uma pesquisa cujo objetivo era analisar o art. 16 da Constituição da República (CR) como instrumento de preservação das regras do jogo democrático para o Estado Democrático de Direito brasileiro. Para tanto, os autores subdividem o estudo em dois artigos científicos. Neste serão expostos os principais pontos polêmicos surgidos nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal (STF) que envolvam o melhor entendimento do termo processo eleitoral contido no art. 16 da CR. No outro trabalho[4] resultado dessa pesquisa a abordagem é teórica, após erigidas as bases a partir da jurisprudência e dos teóricos da democracia, os sustentam a sua visão sobre a temática.

A importância dessa pesquisa e dos seus resultados se evidencia pelas intensas discussões que se tem travado acerca das regras do jogo democrático e da necessidade de sua preservação, notadamente no caso brasileiro. Mais especificamente no que atine ao presente artigo, desde a inovação que incluiu o art. 16 da CR no ordenamento jurídico até se chegar às inúmeras manifestações dos Ministros do STF quando tentaram tratar sobre o tema, percebe-se o quanto ainda se tem a discutir e avançar.

Nesse sentido, nesse artigo os autores iniciam com uma análise rápida de documentos legislativos nacionais atinentes ao art. 16 da CR, desde a sua redação original até a sua redação atual, para se chegar num ponto nevrálgico para o trabalho: a exposição dos principais argumentos e definições utilizadas pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, durante o julgamento de casos, sobre processo eleitoral e, consequentemente, o momento no qual ele inicial.

[4] Cujo título provisório é "O PROCESSO ELEITORAL DO ART. 16 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: Uma abordagem a partir da teoria da democracia". O referido trabalho ainda não foi submetido para publicação em qualquer livro / revista.

Desde logo é importante frisar que o caminho trilhado pelos autores foi espinhoso, em especial pela tortuosa intenção de compartimentalizar a manifestação de tantos Ministro que, à sua maneira, por vezes inclusive mudando de posição, definiram o termo processo eleitoral em seis julgados.

2 BREVE APANHADO HISTÓRICO SOBRE O ART. 16 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

Como já explicitado na introdução, o presente trabalho cuidará da análise do conceito de processo eleitoral para os fins a que se destina o art. 16, CR. Impossível, portanto, prosseguir na análise do referido dispositivo sem, antes, apresentar brevíssimas considerações prefaciais acerca do citado dispositivo constitucional, notadamente em relação à sua inclusão na Constituição de 1988.

A Constituição, no artigo objeto da pesquisa, possui a seguinte redação original: "Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral só entrará em vigor um ano após sua promulgação"[5].

Entretanto, em razão de Proposta de Emenda à Constituição[6], de 23/09/1991, de autoria do estão Deputado Genebaldo Correira - PMDB, o texto original passou a vigorar com a redação atual, que dispõe: "Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência".

Para ficar mais claro, a nova redação do art. 16, da CR, assegurou a vigência imediata das normas que viessem a alterar o processo eleitoral, contudo, igualmente, estabeleceu que tais normas apenas

[5] BRASIL. Senado Federal. **Constituições Brasileiras**. 3. ed. Brasília: Senado Federal, 2012. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/139952/Constituicoes_Brasileiras_v7_1988.pdf?sequence=1>. Acesso em 12 mai. 2015. p. 68.

[6] Que tramitou na Câmara dos Deputados sob o nº 45/1991 e no Senado Federal sob o nº 23/1991, tendo sido transformada em Emenda Constitucional nº 04/1993.

seriam aplicadas na eleição seguinte se estas (eleições) não ocorressem no período de um ano após sua vigência.

Tal Emenda constitucional fora proposta para garantir que a Lei nº 8.214, de 24/07/1991, que "estabelece normas para a realização das eleições municipais de 3 de outubro de 1992 e dá outras providências"[7], fosse efetivamente aplicada às eleições de 1992, tendo sido apresentada a seguinte justificativa pelo Deputado:

> Ora, há no texto da Lei normas disciplinando institutos como domicílio eleitoral, convenção, prazo de transferência de títulos eleitorais, de real interesse para a normalidade do pleito, que não terão aplicação, por motivo de impedimento constitucional.
> A norma prevista no art. 16 da Constituição tinha por finalidade evitar que, às vésperas de eleições, se estabelecessem casuísmos prejudicando, muitas vezes, a própria legitimidade do pleito.
> [...]
> Nestas condições, propomos a presente emenda que visa assegurar, por inteiro, a aplicação da Lei de 24 de julho de 1991, fixando como tempo proibido para alteração no processo, o próprio ano de realização de eleição.[8]

Vê-se, então, que, desde a apresentação da Proposta de Emenda à Constituição, a finalidade a que se destina a norma do art. 16, CR, é discutida para se chegar à sua melhor aplicação.

Ainda de forma introdutória, impende destacar que o constituinte inovou na inclusão do art. 16 na Constituição de 1988, uma vez que não existiu dispositivo semelhante em qualquer das constituições brasileiras anteriores. Vale dizer também que a Emenda Constitucional que alterou o art. 16, CR, não lhe trouxe qualquer prejuízo; ao contrário, conforme destaca a Ministra Ellen Gracie, a Emenda reforça o texto do constituinte originário, apenas tentando deixá-lo mais claro: "cabe, por

[7] BRASIL. **Lei nº 8.214**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8214.htm>. Acesso em 13 mai. 2015.

[8] BRASIL. Câmara dos Deputados. **Dá nova redação ao artigo 16 da Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1243008&filename=Dossie+-PEC+45/1991>. Acesso em 13 mai. 2015. p. 3/4.

último, advertir que a modificação no texto do art. 16 pela Emenda Constitucional 4/93 em nada alterou seu conteúdo principiológico fundamental"[9].

Feitas as considerações acerca da inclusão da redação do art. 16 da Constituição da República, faz-se necessário discutir a definição do termo crucial à aplicação do dispositivo como um todo. Nesse sentido, a partir da seguinte seção serão expostas as definições e fundamentos proferidos no Supremo Tribunal Federal (STF) sobre processo eleitoral, em especial no julgamento dos casos a seguir: ADI 354/1990, ADI 3345/2005, ADI 3685/2006, ADI 3741/2006, ADI-MC 4307/2009 e RE 633703/2011.

3 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O PROCESSO ELEITORAL DO ART. 16 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

Quando do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) 733/1992 (julgamento em 17/06/1992) e 718/1998 (julgamento em 05/11/1998) o Supremo Tribunal Federal passou apenas tangencialmente sobre a definição do termo *processo eleitoral*, razão pela qual as referidas ações não serão detalhadas neste trabalho. Logo na primeira oportunidade em que os Ministros do Supremo Tribunal Federal enfrentaram mais detidamente a aplicação do art. 16, CR, no julgamento da ADI 354/1990, viu-se a sua complexidade.

Dada essa dificuldade de bem enquadrar o posicionamento de cada ministro, neste primeiro momento a divisão será em dimensão/acepção ampla e estrita de processo eleitoral, esta (acepção estrita) enquanto direito contencioso eleitoral e aquela (acepção ampla) enquanto direito material eleitoral.

[9] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3685/06**. Disponívelem:<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363397>. Acesso em 13 mai. de 2015. p. 27.

3. 1 Dimensões de Processo Eleitoral: estrita e ampla

Pela simples leitura do art. 16 da CR é possível suscitar que o termo processo eleitoral diria respeito, unicamente, às normas de processo contencioso eleitoral, ou seja, processo eleitoral em acepção estrita. Esse foi um ponto desde cedo abordado no Supremo Tribunal Federal, sendo que os ministros não demoraram a pacificá-lo. Logo na primeira manifestação proferida nos autos da ADI 354/1990 o Ministro Octavio Galloti, relator, esclareceu que a limitação contida no art. 16, CR, não se restringe "à alteração das regras do processo, tomadas como sendo as de direito judiciário, ou seja os meios ou instrumentos da composição das lides nas questões eleitorais"[10].

Destaca-se que, em todos dos julgados analisados, não se encontrou nenhum Ministro do STF defendendo que processo eleitoral teria acepção estrita, ou seja, seria apenas processo contencioso eleitoral. Ao contrário disso, um ou outro ministro ressalva que processo eleitoral, para os fins do art. 16, não corresponderia estritamente a processo contencioso (ou jurisdicional). Para o Ministro Cézar Peluso, "a Constituição se refere a processo eleitoral, evidentemente, a meu ver, com o devido respeito, não se está referindo a processo jurisdicional em sentido estrito, porque, se o tivesse, não teria nenhum significado"[11].

A Ministra Ellen Gracie também se manifestou no mesmo sentido:

> Aqui, creio que ninguém fará injustiça aos Ministros desta Corte de imaginar que estejamos interpretando a expressão 'processo eleitoral' apenas como 'processo judicial eleitoral': não, nós entendemos que o processo eleitoral se começa até antes do ano da eleição, com a inscrição dos candidatos, enfim, com a filiação partidária e tudo o mais.[12]

[10] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 354/1990**. p. 8.
[11] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 633703/2011**. p. 275.
[12] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 633703/2011**. p. 173

Desse modo, por não existirem julgados fundamentados na acepção estrita, esta não merece maiores considerações. A realidade é diversa, entretanto, para a acepção ampla (que entende processo eleitoral como sendo normas tanto de direito contencioso quanto de direito material), que será detalhada a seguir.

3.2 A Dimensão Ampla do Processo Eleitoral e suas Subdivisões

Explicitando bem a dimensão ampla de *processo eleitoral*, o Ministro Aldir Passarinho afirmou que a restrição do art. 16 "não é para o processo eleitoral em sentido estrito e apenas para os aspectos formais das eleições e apuração dos resultados, mas, precipuamente, como disse, para aquilo que disser com a verdade das urnas"[13].

Para o Ministro Luiz Fux, o vocábulo processo eleitoral "não pode ser confundido, de modo algum, com processo jurisdicional eleitoral, isto é, com as regras do processo judicial que tramita junto à Justiça Eleitoral"[14], de forma que ele deve ser entendido "no sentido colhido da teoria geral do direito, como série concatenada de atos dirigidos a uma finalidade, qual seja: a definição dos mandatários políticos através do jogo democrático"[15]. Por tais motivos, explica o mesmo Ministro, para os fins do dispositivo citado não há oposição (diferenciação) entre direito material, direito contencioso e processo eleitoral, até porque "são justamente as regras de direito material no domínio eleitoral que mais podem influenciar a isonomia e a igualdade de chances nas eleições, de modo que é especialmente para estas hipóteses que se dirige o dispositivo"[16].

É possível observar, portanto, que claramente há uma distinção entre a dimensão ampla e a estrita, sendo que a última abarca apenas as

[13] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 354/1990**. Disponívelem:<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266311>. Acesso em 16 mai. 2015. p. 45-46.

[14] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 633703/2011**. p. 69.

[15] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 633703/11**. p. 70.

[16] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 633703/11**. p. 70.

normas de direito contencioso eleitoral e a primeira abrange tanto as normas de direito contencioso quanto as normas de direito material.

3.2.1 Dimensão Ampla: natureza procedimental temporal

No julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 354/1990 o Ministro Octavio Galloti destacou que o art. 16 deve ser compreendido em sua acepção ampla, ou seja, aplicável às normas de direito contencioso e material, já que o processo eleitoral alcança "diversas fases ou estágios, a começar pelo sistema partidário e a escolha dos candidatos, passando pela propaganda, e pela organização do pleito propriamente dito, a culminar na apuração do resultado"[17].

Essa definição de processo eleitoral enquanto conjunto de fases ou estágios passou a ser vista como "complexo de atos para a realização de uma certa finalidade, que é a realização da vontade do titular do poder - o povo - numa eleição"[18], abrangendo "a preparação e a realização das eleições, a apuração dos votos e a diplomação dos eleitos"[19].

O Ministro Celso de Mello, então, sintetizou uma definição muito utilizada por diversos de seus pares durante vários julgamentos no STF:

> Tenho pra mim que o processo eleitoral, enquanto sucessão ordenada de atos e estágios causalmente vinculados entre si, supõe, em função do tríplice objetivo que persegue, a sua integral submissão a uma disciplina jurídica que, ao discriminar os momentos que o compõe, indica as fases em que ele se desenvolve: (a) **fase pré-eleitoral**, que, iniciando-se com a apresentação de candidaturas, estende-se até a realização da propaganda eleitoral respectiva; (b) **fase**

[17] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 354/90**. p. 8. (Ministro Octavio Galloti)
[18] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 354/90**. p. 14. (Ministro Carlos Velloso)
[19] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 354/90**. p. 14. (Ministro Carlos Velloso)

> **eleitoral propriamente dita**, que compreende o início, a realização e o encerramento da votação e (c) **fase pós-eleitoral**, que principia com a apuração e contagem de votos e termina com a diplomação dos eleitos, bem assim dos seus respectivos suplentes[20].

3.2.2 Dimensão Ampla: natureza procedimental propriamente dita

Quando do julgamento da ADI 3741/2006 o Ministro Ricardo Lewandowiski, então relator, trouxe à discussão a diferença entre processo e procedimento eleitoral. A citada ADI visava, em síntese, afastar a aplicação imediata da Lei nº 11.300/2006 (de 10/05/2006) para as eleições de 2006. Para o relator, a Lei nº 11.300/2006 deveria ser aplicada imediatamente pois não teria alterado o processo eleitoral, "visto que não se alterou a disciplina das convenções partidárias, nem os coeficientes eleitorais e nem tampouco a extensão do sufrágio universal"[21].

Para o Ministro Ricardo Lewandowiski, o art. 16, CR, apenas deveria incidir quando ocorrer:

> 1) o rompimento da igualdade de participação dos partidos políticos e dos respectivos candidatos no processo eleitoral; 2) a criação de deformação que afete a normalidade das eleições; 3) a introdução de fator de perturbação do pleito; ou 4) a promoção de alteração motivada por propósito casuístico.[22]

---

[20] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 354/1990**. p. 22-23. Essa definição de "processo eleitoral" foi novamente defendida pelo Min. Celso de Mello quando do julgamento das ADI's nº 3345/05 e 3685/06. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3345/2005**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613536>. Acesso em 30 ago. 2015. p. 53 | BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3685/2006**. p. 134-135). (Ministro Celso de Mello)

[21] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3741/2006**. p. 25.

[22] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3741/2006**. p. 24.

O Ministro ainda esclareceu que "apenas as regras relativas à propaganda, ao financiamento e à prestação de contas das campanhas eleitorais, todas com caráter eminentemente procedimental, foram objeto de aperfeiçoamento"[23] na Lei nº 11.300/2006, razão pela qual não deveriam sofrer a restrição do art. 16, CR. Exatamente por isso a classificação enquanto dimensão ampla de natureza procedimental propriamente dita.

Não obstante o Ministro Lewandowiski aduzir que a Lei nº 11.300/2006 trata apenas de regras de natureza procedimental, ele também asseverou que as alterações trazidas pela referida lei deviam ser compreendidas à luz de reflexões "que traduzem o ideal de um processo eleitoral livre e democrático, assentado, ademais, sobre o postulado constitucional da moralidade, que necessariamente regre toda a atividade pública"[24]. Mas tal constatação do Ministro parece contraditória. Como procedimentos que traduzem e influenciam no "processo eleitoral livre e democrático" não interfeririam no próprio processo, a ponto de afastar a aplicação do art. 16 da CR? Fato é que, para o Ministro, tais normas não alterariam o processo eleitoral e, por isso, poderiam ser aplicadas já para as eleições daquele ano.

No mesmo sentido, o Ministro Carlos Britto, acompanhando o Relator pela aplicação imediata da Lei nº 11.300/06 às eleições de 2006, aduziu que:

> a lei investiu no sério propósito de qualificar a eleição: depurar a democracia representativa, a moralidade, para o exercício do cargo, a igualdade entre os concorrentes, conseguindo, a lei, nesse seu intento elogiável, atuar propriamente do lado de fora do processo eleitoral e não do lado de dentro desse processo; uma legislação concebida de contorno, operando muito mais a latere do processo eleitoral do que no âmago dele.[25]

[23] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3741/2006**. p. 24.
[24] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3741/2006**. p. 23.
[25] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3741/2006**. p. 41.

Interessante notar que o Ministro Joaquim Barbosa, mesmo frisando ser adepto de uma visão integral / maximalista de processo eleitoral[26], enfatizou que "as alterações levadas a efeito pela lei impugnada são de ordem meramente procedimental"[27], razão pela qual votou pela aplicação imediata da Lei 11.300/2006, seguindo o Relator.

3.2.3 Dimensão Ampla: natureza integral (ou maximalista)

A acepção ampla de natureza integral do vocábulo processo eleitoral foi inaugurada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, para quem numa "democracia representativa, por definição, nenhum dos processos estatais é tão importante e tão relevante quanto o processo eleitoral"[28]. Eis, então, que o Ministro apresentou a sua abrangência (integral) de *processo eleitoral*:

> Não basta, assim, que o jogo tenha regras, é preciso que essas regras sejam prévias à apresentação dos contendores e ao desenvolvimento da disputa e, portanto, imutáveis, até a sua decisão.
> [...]
> Minha tendência, assim, é de emprestar ao conceito de processo eleitoral, para os fins do artigo 16, extensão tão ampla quanto seus termos comportam, de modo a abranger, radicalmente, desde o alistamento dos eleitores e a habilitação dos partidos à escolha dos candidatos, definindo assim todas as personagens do drama eleitoral; do registro dos candidatos à propaganda; da votação ao procedimento e aos critérios de apuração até o momento culminante da proclamação e da diplomação dos eleitores.[29]

[26] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3741/2006**. p. 39.
[27] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3741/2006**. p. 39.
[28] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 354/1990**. p. 31.
[29] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 354/1990**. p. 32-33. | O Ministro Sepúlveda Pertence ratificou esse seu entendimento no julgamento da ADI nº 3685/06. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3685/2006**. p. 140.)

É evidente, portanto, um alargamento na definição de processo eleitoral. Como explicou o Ministro Joaquim Barbosa, "para as finalidades do artigo 16 da Constituição, o conceito de processo eleitoral há de ter uma compreensão e extensão tão ampla quanto os seus termos comportem"[30].

Desse modo, embora fique claro que esta nova abrangência prevê potencial de incidência do art. 16 mesmo nas normas relativas ao direito contencioso eleitoral (e por isso acepção ampla), ela não restringe-se às fases / estágios apresentadas anteriormente. Para a dimensão ampla de abrangência integral todas as normas que de, qualquer modo, tenham o condão de influir nas eleições podem ter aplicação imediata barrada pelo art. 16 da CR.

3.2.4 Dimensão Ampla: natureza instrumental

Ainda durante o julgamento da ADI 354/1990 o Ministro Sydney Sanches suscitou interessante questão a respeito do art. 16, CR, ao afirmar que "não há de ter sido seu propósito impedir alterações louváveis na legislação eleitoral durante o ano da campanha"[31]. Aqui, a lei nova deve ser aplicada às eleições que ocorressem a menos de um ano de sua vigência caso fosse uma norma que trouxesse modificações "louváveis". No julgamento da ADI 3345/2005 o Ministro Joaquim Barbosa sustentou que "a norma do art. 16 da Constituição federal visa precipuamente a coibir alterações legislativas casuísticas no curso do processo eleitoral com o fim de favorecer certos grupos"[32].

Essa visão do art. 16, CR, como cláusula impeditiva do casuísmo, é fundamentada na moralização da política, havendo quem considere que

[30] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3741/2006**. p. 39.
[31] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 354/1990**. p. 42.
[32] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3345/2005**. p. 88.

leis de caráter moralizador, cunhadas de um "casuísmo bom/positivo", podem / devem ser aplicadas imediatamente:

> Como se verifica, os dispositivos legais aos quais a Resolução TSE 22.205 deu aplicabilidade imediata têm caráter eminentemente moralizador, consubstanciando, em essência, normas de natureza procedimental, que objetivam promover um maior equilíbrio entre os partidos políticos e candidatos, por meio da exclusão, do processo eleitoral, de injunções indevidas, seja de ordem econômico-financeira, seja por meio de eventual tráfico de influência no que concerne ao aliciamento de eleitores.
> Longe de representarem fator de desequilíbrio ou qualquer forma de casuísmo que possam afetar negativamente o embate político, tais alterações são consentâneas com a necessidade de reajustamento periódico dos procedimentos eleitorais, visando não apenas a diminuir a vulnerabilidade do processo eleitoral como um todo, mas sobretudo a garantir ao cidadão o pleno exercício de seu direito de votar, livre de interferências abusivas ou manipuladoras[33].

Mesmo sendo uma classificação trabalhada desde 1990, foi o Ministro Ayres Britto quem melhor discorreu sobre a natureza instrumental do art. 16 da CR:

> Esse processo eleitoral de que trata a Constituição é aquele apetrechado o bastante para cumprir o conteúdo do § 9º do artigo 14, ou seja, legitimidade e normalidade do processo eleitoral, porque assim é que se serve à democracia. Esse processo eleitoral do artigo 16 está a serviço da democracia representativa, porque a eleição é o momento mais luminoso e culminante, pinacular da democracia representativa. E o processo eleitoral só pode ter função instrumental, é um instrumento, é serviente. Serviente de quê? Da democracia representativa no plano da sua autenticidade, no plano da legitimidade e no plano da normalidade. Uma coisa servindo a outra. Não é o artigo 14, § 9º, que deve ser interpretado à luz do 16; é o 16 que deve ser interpretado à luz do § 9º do artigo 14 [...][34]

[33] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3741/2006**. Disponívelem:<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=408096>. Acesso em 14 mai. de 2015. p. 29. (Ministro Ricardo Lewandowski)
[34] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 633703/2011**. p. 168.

Trata-se aqui de uma identificação de processo eleitoral em interpretação conforme o art. 14, § 9º, CR. Para o Ministro Ayres Britto, a partir da relevância democrática da lei confrontada pelo art. 16 da CR é que deve ser aferida na aplicação do princípio da anualidade. O processo eleitoral, portanto, possuiria uma dimensão ampla com natureza instrumental, servindo como ferramenta para atender o art. 14, § 9º, CR. Por isso, o Ministro conclui que o art. 16 da CR não cuida especificamente da preservação da segurança, da não surpresa, mas sim de preservação da moralidade, de forma que o objetivo do constituinte seria evitar apenas os maus casuísmos[35].

3.2.4.1 Princípio da Anualidade como Cláusula da não Surpresa

Por óbvio que entender o art. 16 da CR apenas como cláusula impeditiva de casuísmos é perfeitamente controvertido. Afinal, o dispositivo baseia-se numa premissa segundo a qual haja casuísmos condenáveis e não condenáveis? O Ministro Sepúlveda Pertence responde essa indagação afirmando que "a Constituição não quis casuísmos. Apenas isso"[36]. Tem-se, aqui, o art. 16 da CR como cláusula da não surpresa, opondo-se ao referido dispositivo enquanto cláusula impeditiva do casuísmo.

Segundo a Ministra Ellen Gracie, "é perceptível uma coincidência nos propósitos pretendidos pelo constituinte originário ao instituir a anterioridade tributária e eleitoral: a manutenção das regras do jogo em andamento, evitando-se sobressaltos e insegurança"[37]. Trata-se, desse modo, "de uma segurança jurídica qualificada pela própria Constituição"[38],

[35] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 633703/2011**. p. 165.
[36] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 354/1990**. p. 43.
[37] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3685/2006**. p. 23.
[38] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3685/2006**. p. 25. (Ministra Ellen Gracie)

onde se busca "assegurar um mínimo de estabilidade legislativa em tema de processo eleitoral e assim prevenir açodamentos e casuísmos"[39], razão pela qual são esses os dois objetivos do art. 16, CR:

> primeiro, estabelecer um período de fixidez legislativa para não surpreender justamente os protagonistas do processo eleitoral; segundo, impedir que, no próprio ano da eleição, o processo fosse alterado sob inspiração menor, subalterna, casuística, precipitada; uma espécie de legislação que, na efervescência emocional do ano da eleição, fosse ditada muito mais pelo próprio de direcionar casuisticamente a eleição do que racionalizar todo o processo eleitoral.[40]

É esse caráter de estabilidade nas relações eleitorais que vincula o pensamento dessa corrente à segurança jurídica. Nesse sentido, o Ministro Cézar Peluso expõe que "o objeto dessa garantia é assegurar a estabilidade de todo o processo das eleições, e cuja racionalidade [...] está em evitar normas casuísticas e abusivas que deformariam todo o processo eleitoral"[41].

O art. 16 da Constituição da República "tem como escolha evitar manobras que desta ou daquela maneira possam beneficiar a este ou aquele segmento e prejudicar qualquer dos demais segmentos envolvidos na disputa"[42], não importando se essas manobras são "boas" ou "más" (casuísmos condenáveis ou não condenáveis); não importando a quem elas beneficiem ou prejudiquem, principalmente porque a decisão sobre a "qualidade" desse casuísmo seria carregada de extrema subjetividade sobre o grau de moralidade de um dos atores das eleições, como explica o Ministro Gilmar Mendes:

[39] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3685/2006**. p. 47. (Ministro Carlos Britto)
[40] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3741/2006**. p. 41. (Ministro Carlos Britto)
[41] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4307/2009**. p. 54.
[42] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3741/2006**. p. 43. (Ministro Marco Aurélio)

> A experiência – inclusive da jurisprudência do STF – demonstra que a identificação do casuísmo acaba por levar à distinção subjetiva entre casuísmos bons ou não condenáveis (alterações ditas louváveis que visam à moralidade do pleito eleitoral) e casuísmos ruins ou condenáveis, com o intuito de submeter apenas estes últimos à vedação de vigência imediata imposta pelo art. 16 da Constituição (vide julgamento da ADI 354/90, especificamente o voto do Ministro Sydney Sanches).
> Se o princípio da anterioridade eleitoral é identificado pela mais recente jurisprudência do STF como uma garantia fundamental do devido processo legal eleitoral, sua interpretação deve deixar de lado considerações pragmáticas, no curso do pleito eleitoral, acabam por a apreciações subjetivas sobre a moralidade deste ou daquele candidato ou partido político.[43]

Com base nesse entendimento o Ministro Gilmar Mendes afirmou que "a aplicação do princípio da anterioridade não depende de considerações sobre a moralidade da legislação. O art. 16 é uma barreira objetiva contra abusos e desvios da maioria, e dessa forma deve ser aplicada"[44], exercendo, portanto, função contramajoritária[45]; ou seja, uma cláusula de proteção das minorias, para que estas "se habilitem a permanecer no palco da vida política e, eventualmente, possam converter-se em maiorias"[46].

Para o Ministro Luiz Fux há uma "finalidade de segurança por detrás do art. 16 da CF, que garante a igualdade de condições no pleito a ser realizado"[47]. Do mesmo modo, assim sintetiza o Ministro Celso de Mello sobre o princípio da anualidade eleitoral:

43 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 633703/2011**. p. 24-25.

44 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 633703/2011**. p. 47.

45 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 633703/2011**. p. 235. (Ministro Celso de Mello)

46 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 633703/2011**. p. 105. (Ministro Dias Toffoli) | Ainda segundo o Ministro Dias Toffoli: "O regime democrático é essencialmente ligado à prevalência da vontade majoritária do povo. No entanto, como ressalvou a Corte, as minorias devem ter preservados seus interesses, mormente para que não se lhes retirem ou reduzam o direito de exercitar a oportunidade de tornar-se maioria no futuro" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 633703/2011**. p. 105.).

47 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 633703/2011**. p. 69.

> a função inibitória desse postulado só se instaurará quando o ato normativo editado pelo Congresso Nacional, ainda que veiculador de regras de direito material, importar em alteração do processo eleitoral, pois o sentido maior de que se acha impregnado o art. 16 da Constituição reside na necessidade de preservar-se uma garantia básica assegurada, não só aos candidatos, mas, também, destinada aos próprios cidadãos, a quem assiste o direito de receber, do Estado, o necessário grau de segurança e de certeza jurídicas contra alterações abruptas das regras – materiais ou formais - inerentes à disputa eleitoral.[48]

Destarte, no que toca a finalidade primeira do art. 16, CR, afirma-se que o dispositivo "é o equilíbrio da competitividade, a estabilidade do processo, a previsibilidade do processo eleitoral no seu conjunto"[49]. Aqui, em oposição aos que se vinculam à natureza instrumental de processo eleitoral, enquadram-se todas as outras posições de processo eleitoral de dimensão ampla (procedimental temporal, procedimental propriamente dita e integral / maximalista).

4 SOBRE O MOMENTO INICIAL DO PROCESSO ELEITORAL

A despeito do art. 16, CR, parecer claro quanto ao período a que deva ser aplicado (um ano), essa questão também foi debatida em alguns julgados do Tribunal Superior Eleitoral. Essa dúvida veio à tona logo no julgamento da ADI 354/1990, pois, pela já exposta definição do Ministro Celso de Mello, o processo eleitoral iniciaria a partir da fase pré-eleitoral, com a apresentação das candidaturas. Em momento posterior, quando do julgamento do RE 633703/2011, o Ministro afirmou que "o seu momento inaugural reside na data a partir da qual se permite, a qualquer partido político, promover a escolha, em convenção partidária, dos seus respectivos candidatos"[50].

[48] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 633703/2011**. p. 220.

[49] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 633703/2011**. p. 276. (Ministro Cezar Peluso)

[50] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 633703/2011**. p. 224.

A convenção partidária como termo inicial do processo eleitoral também foi defendida pelo Ministro Cézar Peluso, para quem "o processo eleitoral é aquele que se inicia na convenção, com a escolha dos candidatos, e termina com a posse dos eleitos"[51].

Caso se entenda como sugerem os Ministros Celso de Mello e Cézar Peluso, após a publicação da Lei nº 13.165/2015, Minirreforma Eleitoral de 2015, o período de processo eleitoral sofreu uma considerável redução, uma vez que as convenções ocorreriam entre os dias 12 a 30 de junho, com requerimento de registro de candidatura até 05 de julho, e agora as convenções ocorrem entre os dias 20 de julho e 05 de agosto, com possibilidade de requerimento de candidatura até 15 de agosto.

No entanto, para o Ministro Gilmar Mendes esse entendimento merece críticas, pois, ao adotar o critério das convenções e / ou apresentação de candidaturas "na verdade estaremos modificando, por lei e por interpretação, o artigo 16. Estamos encurtando o prazo, dizendo que é de seis meses, de cinco... Veja, é disso que se cuida e é preciso que se perceba o absurdo de se conhecer"[52]. Esse entendimento é compartilhado pelo Ministro Luiz Fux:

> Esses postulados teóricos aplicáveis ao caso sub examine impedem que a Suprema Corte Brasileira simplesmente reescreva o art. 16 da Constituição Federal, no sentido de que, onde se lê "não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência", seja lido como marco temporal a data da realização das convenções partidárias, ou a data em que ocorrido o registro da candidatura. A regra do art. 16 da CF, ao concretizar o princípio da segurança jurídica no domínio eleitoral, definiu um marco claro e preciso para a eficácia de novas leis que pretendam alterar o processo eleitoral, qual seja:

(Ministro Celso de Mello).

[51] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4307/2009**. Disponívelem:<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608994>. Acesso em 14 mai. de 2015. p. 52.

[52] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 633703/2011**. p. 201.

> a lei não pode atingir as eleições que ocorram no mesmo ano em que iniciada sua vigência. E um ano, evidentemente, não é igual a quatro meses, espaço de tempo que medeia entre o mês de junho (entrada em vigor da LC nº 135/10) e o mês de outubro (mês de realização das eleições).[53]

Dessa maneira, para Gilmar Mendes e Luiz Fux, o prazo a ser observado deve ser, rigorosamente, o de um ano, notadamente porque "é o prazo mais alongado que se tem nas leis"[54], sendo que, exemplificando, os arts. 4º e 9º da Lei nº 9.504/1997 (que versam sobre o prazo de um ano para registros de partidos políticos no TSE e de domicílio eleitoral na circunscrição) possuem exatamente esse prazo. Talvez seja por isso que a Ministra Ellen Grace tenha afirmado que "o processo eleitoral se começa até antes do ano da eleição, com a inscrição dos candidatos"[55].

Ainda acerca do período de início do processo eleitoral, aduz o Ministro Luiz Fux:

> Mercê desse aspecto metodológico, a dinâmica eleitoral não se inicia apenas formalmente na convenção partidária: há movimentos políticos de estratégia que ocorrem antes, pela conjugação e harmonização de forças, como é notório, e *notoria non egent probationem*, por isso que esse fato não pode ser simplesmente desconsiderado na identificação da razão subjacente ao art. 16.[56]

Já o Ministro Ricardo Lewandowski, por sua vez, mudou de posicionamento no que concerne ao período inicial do processo eleitoral; em um primeiro momento, quando do julgando da ADI 3685/2006,

[53] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 633703/2011**. p. 76

[54] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 633703/2011**. p. 110. (Ministro Dias Toffoli).

[55] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 633703/2011**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629754>. Acesso em 16 mai. de 2015. p. 173.

[56] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 633703/2011**. p. 76.

entendeu que a norma então objeto do controle de constitucionalidade (art. 2º, da Emenda Constitucional 52, de 08/03/2006, sobre a aplicação imediata da nova regra de coligações partidárias), mesmo com vigência anterior às convenções, não poderia ser aplicada às eleições daquele ano (2006), como se vê:

> Para terminar, Senhor Presidente, afasto, com a devida vênia, o argumento de que a disciplina da "verticalização" refoge ao conceito de processo eleitoral, submetido ao princípio da anualidade, por força do artigo 16 da Carta Magna, sob o argumento de que aquele tem início com as convenções partidárias para a escolha dos candidatos, porquanto as coligações das agremiações políticas, que as antecedem no tempo, matizam, modulam, condicionam, todo o conjunto de procedimentos que se desenvolve na sequência.[57]

Do exposto, percebe-se que o Ministro Lewandowiski assumiu que as coligações antecedem as convenções partidárias, mas, ainda assim, por modularem os procedimentos que se desenvolvem em seguida são também processo eleitoral. Para o Ministro, foi irrelevante o fato da norma ter sido publicada antes mesmo das convenções (em março de 2006), pois existiam efeitos decorrentes da lei que se irradiariam para a sequência das eleições, tratando-se, por isso, de processo eleitoral.

Contudo, o Ministro Lewandowiski parece não ter levado tais argumentos em consideração no julgamento do Recurso Extraordinário nº 633703/2011 (sobre a vigência imediata da Lei Complementar nº 135/10 - Lei da Ficha Limpa - para as eleições de 2010):

> [...] no caso sob análise, é possível verificar que a LC 135/2010, do mesmo modo, entrou em vigor em 7/6/2010 , ou seja, antes das convenções partidárias para escolha dos candidatos que, segundo o Calendário Eleitoral das Eleições 2010, aprovado pela Resolução-TSE 23.089/2010, ocorreriam a partir de

[57] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3685/2006**. p. 34.

> 10/6/2010. Assim, pelas mesmas razões, e por coerência, penso que não há falar em alteração do processo eleitoral, pois não se registrou nenhum casuísmo ou rompimento da chamada "paridade de armas" que pudesse acarretar alguma deformação do processo eleitoral.[58]

Ao se analisar a posição do Ministro Lewandowiski na ADI 3685/2006 nota-se que a vigência da lei antes das convenções era irrelevante, pois, em sua visão, as coligações possuiriam o condão de influir além das convenções, e por isso a Lei não deveria ser imediatamente aplicada. Tal análise, entretanto, não foi possível ser observada em relação ao RE 633703/2011, onde o Ministro fundamentou apenas que a vigência da Lei Complementar nº 135/2010 antes das convenções era suficiente para sua vigência imediata, "isso porque o processo eleitoral é integrado por normas que regulam as condições em que se trava o pleito, não se incluindo entre elas os critérios de definição daqueles que podem ou não apresentar candidaturas"[59].

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a exposição dessas questões polêmicas provenientes de uma análise detida do art. 16 da Constituição da República por diversos dos ministros que compõem (e compuseram) o Supremo Tribunal Federal, ratifica-se a dificuldade em se ter uma posição definitiva sobre qual a melhor definição de processo eleitoral (seja ela ampla procedimental temporal, ampla procedimental propriamente dita, ampla integral, ampla instrumental, ou mesmo estrita).

A finalidade desse primeiro artigo, no entanto, era exatamente expor alguns desses pontos nebulosos do art. 16 da Constituição da República. É de se mencionar a relevância dos dados expostos neste

[58] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 633703/2011**. p. 149.

[59] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 633703/2011**. p. 150. (Ministro Ricardo Lewandowiski)

trabalho, uma vez que o mapeamento aqui realizado é ponto crucial a partir do qual poderão ser feitas outras reflexões sobre a estabilidade ou instabilidade do posicionamento jurisprudencial do STF no que se refere ao "processo eleitoral" do art. 16 da Constituição da República, bem como para assentar argumentos articulados pela própria teoria democrática, como os autores tentarão fazer.

Desse modo, os resultados desta pesquisa continuam em um próximo artigo científico, onde os autores buscarão sustentar uma concepção adequada do *processo eleitoral* do art. 16 da Constituição da República baseada em teoria da democracia, dada a necessidade de haver harmonia de interpretação do dispositivo, como forma, inclusive, de levar segurança jurídica aos atores das eleições.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Dá nova redação ao artigo 16 da Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1243008&filename=Dossie+-PEC+45/1991>. Acesso em 13 mai. 2015. p. 3/4.

_____. **Lei nº 8.214**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8214.htm>. Acesso em 13 mai. 2015.

_____. Senado Federal. **Constituições Brasileiras**. 3. ed. Brasília: Senado Federal, 2012. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/139952/Constituicoes_Brasileiras_v7_1988.pdf?sequence=10>. Acesso em 12 mai. 2015. p. 68.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3345/2005**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613536>. Acesso em 30 ago. 2015.

_____. _____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 354/1990**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266311>. Acesso em 16 mai. 2015.

_____. _____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3685/2006**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363397>. Acesso em 13 mai. de 2015.

_____. _____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3741/2006**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/

paginador.jsp?docTP=AC&docID=408096>. Acesso em 14 mai. de 2015.

_____. _____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4307/2009**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608994>. Acesso em 14 mai. de 2015.

_____. _____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 718/1998**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266506>. Acesso em 10 set. 2015.

_____. _____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 733/1992**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266514>. Acesso em 10 set. 2015.

_____. _____. **Recurso Extraordinário nº 633703/2011**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629754>. Acesso em 16 mai. de 2015.

NOTAS SOBRE A INELEGIBILIDADE POR REJEIÇÃO DE CONTAS

NOTES ABOUT THE INEGIBILITY FROM PUBLIC ACCOUNTS REJECTION

Matheus Neres da Rocha*

Recebido em: 06.4.2016
Aprovado em: 31.8.2016

Resumo: O presente trabalho tem por escopo permear a Inelegibilidade decorrente da Rejeição de Contas Públicas. Para tanto, primeiramente, será conceituado o referido instituto, identificando, pois, sua presença no ordenamento jurídico brasileiro. Em um segundo momento, a pesquisa se propõe a dissecar os pressupostos necessários para incidência dessa importante ferramenta social, bem como dimensionar suas consequências e clarear os pontos de atrito entre doutrina e jurisprudência. Ao fim, conclui-se demarcando a melhor "hipótese de incidência" para o instituto em tela.

Abstract: This work aims to clarify the Ineligibility resulting from the rejection of Public Accounts. To do so, first, it will be defined, identifying therefore its presence in the brazilian legal system . In a second step, the research aims to dissect the necessary conditions to the incidence of this important social tool, and also comprehend its consequences and clarify the friction points between doctrine and jurisprudence. Eventually, we conclude delimiting the best "incidence hypothesis" for the institute on analysis.

* Atualmente exerce as atividades de "Assessor Jurídico" na Secretária do Desenvolvimento Econômico, Ciência e Tecnologia do Estado do Rio Grande do Sul. Graduado em Direito pela PUCRS. Especialista em Direito Tributário pela PUC/IET. Mestrando em História do Direito pela UFRGS.

Palavras-chave: Inelegibilidade; Rejeição de Contas Públicas, Restrição a Direito Político.

Keywords: Ineligibility; Rejection of Public Accounts; Restriction of Political Rights.

Sumário: 1 Introdução. 2 Das inelegibilidades no sistema brasileiro. 2.1 Inelegibilidades constitucionais e infraconstitucionais (lei complementar nº 64/1990). 3 Dos pressupostos de incidência da inelegibilidade por rejeição de contas (art. 1ª, i, "g", da lei complementar 64/1990 + lei complementar 135/2010). 3.1 Decisão de órgão competente. 3.2 Natureza irrecorrível da decisão. 3.3 Irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa. 3.4 Ausência de suspensão ou anulação, pelo poder judiciário, da decisão que desaprovou a prestação de contas e momento da aferição da elegibilidade. 4 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Os direitos políticos são considerados direitos fundamentais, contudo, tal status jurídico não impede que venham a sofrer restrições. Nesse sentido, a própria Constituição Federal dispõe certos critérios a serem observados por todos que pretendam ocupar cargos eletivos. Além disso, a Carta Magna autorizou, também, o legislador infraconstitucional a fixar outros desses parâmetros de modo a excluir dos pleitos aqueles que incorrem em certas circunstâncias que a sociedade considera inadequadas para os seus mandatários, sempre no intuito de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato, a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de cargo ou função pública.

Dessa forma, por meio das inelegibilidades é estabelecido o perfil esperado dos concorrentes a cargos eletivos. Tal perfil é delineado

negativamente, excluindo-se do processo eletivo os que incidam de modo objetivo em determinadas hipóteses normativamente delineadas.

Consequentemente, o objetivo do instituto é excluir a possibilidade de concorrerem a mandatos eletivos aqueles inaptos para o exercício de uma função pública, seja pelo dolo ou culpa com que lesaram o Estado, seja decorrente da inobservância dos princípios essenciais para o exercício da função pública.

Logo, fica evidente que ao permitir que alguém que não preenche os requisitos básicos se candidate e, porventura, seja eleito, se estaria prestando um desfavor ao interesse público, razão pela qual as Inelegibilidades (restrições ao direito político) são benéficas e necessárias, funcionando como uma série de filtro prévio.

É justamente nesse sentido que ganha relevância o instrumento legal da inelegibilidade, ou seja, realiza-se uma purificação prévia dos aspirantes a candidato, negando registro àqueles que, notadamente, não administraram com moral, legalidade e zelo os recursos públicos, como forma de evitar que eles possam, se eleitos, continuar a espoliar o erário.

Destarte, o enfoque do presente trabalho se dará na hipótese de inelegibilidade absoluta dos responsáveis por contas julgadas irregulares. Investigar-se-á suas particularidades, bem como os pressupostos necessários para a incidência dessa importante ferramenta de controle social, objetivando pontuar suas questões controversas relevantes.

2 DAS INELEGIBILIDADES NO SISTEMA BRASILEIRO

Conceituar inelegibilidade e mensurar seus efeitos jurídicos na esfera eleitoral, sem dúvida, constitui-se em um dos maiores desafios para os aplicadores do Direito. Com efeito, por consistir em forte restrição a exercício de direito fundamental, a conceituação de

inelegibilidade – afastando-a de institutos similares por seus efeitos, mas distintos ontologicamente – implica dificuldade diuturna, verificando-se tratamentos contraditórios por parte da doutrina e jurisprudência especializada.

Tratando de consolidar o conceito de "Inelegibilidade" que será usado nesse trabalho, qual visa permear as controvérsias latentes na Inelegibilidade por Rejeição de Contas (art. 1º, I, "g", da Lei Complementar 64/90), é prudente traçar as diretrizes básicas da elegibilidade, já que esta se constitui, em conformidade com o que assevera a Teoria Clássica, em um antecedente em relação àquela[1].

De acordo com José Jairo Gomes, o substantivo feminino *elegibilidade* retrata as idéias de cidadania passiva e capacidade eleitoral passiva. Como o sufixo da palavra indica, trata-se da aptidão de ser eleito ou elegido. Por consequência, elegível é o cidadão apto a receber votos em um certame eleitoral; aquele que pode ser escolhido para ocupar cargos políticos-eletivos. Exercer a capacidade eleitoral passiva significa candidatar-se a tais cargos. Para tanto, devem ser atendidas algumas condições de elegibilidade. Em suma, é o direito público subjetivo atribuído ao cidadão de disputar cargos público-eletivos.[2]

No mesmo sentido, o nobre Professor Joel José Cândido assevera que para uma pessoa poder concorrer a qualquer cargo eletivo não basta que ela possua as condições de elegibilidade, quais são examinadas no momento da postulação do Registro da Candidatura. É preciso, ainda, que não incida ela em nenhuma causa de inelegibilidade. Estas, ao contrário daquelas, que figuram em lei ordinária, devem ser fixadas na própria Constituição Federal ou em lei complementar, tão-

[1] ZÍLIO, Rodrigo. Direito eleitoral: noções preliminares, elegibilidade e inelegibilidade, processo eleitoral (da convenção à prestação de contas), ações eleitorais/Rodrigo Zílio. – Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, P. 169.

[2] GOMES, José Jairo. Direito eleitoral, 3ª edição, julho de 2008, revista e atualizada, editora del rey, p. 125.

somente. Constituem-se, pois, em restrições aos direitos políticos e à cidadania, já que por inelegibilidade entende-se a impossibilidade, temporária ou definitiva, de uma pessoa ser eleita para um ou mais cargos eletivos.[3]

É assente na doutrina e na jurisprudência a distinção entre condições de elegibilidade e hipóteses de inelegibilidade; aquelas, conquanto de previsão constitucional, podem ser regulamentadas em lei ordinária e, somente quando autorizados por lei (art. 20 da Lei nº 9.096/95[4]), através dos estatutos partidários; estas têm como característica a previsão exclusivamente pela Constituição Federal e por lei complementar, apresentando-se, ainda, em *numerus clausus*.[5]

Ainda, Antônio Carlos Mendes, trata o tema de maneira bastante esclarecedora[6]:

> O significado literal de inelegibilidade pode ser tomado pelo seu antônimo que é a elegibilidade. (...) Entretanto, a interpretação literal implica equívocos conceituais que desnaturam esse instituto jurídico. A rigor, inelegibilidade não traduz a essência do 'ius honorum'. Não se encarta, pois, no campo do reconhecimento pela ordem jurídica do direito público subjetivo de ser votado. A consequência material é idêntica: a impossibilidade de apresentação da candidatura ao eleitorado. Elegibilidade e inelegibilidade, porém, são institutos jurídicos distintos e não podem ser tomados, segundo o significado literal, como o verso e o reverso da mesma realidade normativa. A elegibilidade pressupõe a implementação das condições de outorga do Direito público subjetivo a ser votado. A inelegibilidade configura a existência de proibição que impossibilita a candidatura. A inelegibilidade visa à garantia da liberdade de voto. A elegibilidade tem como finalidade obter o voto livre.

[3] CANDIDO, Joel José. Inelegibilidades no Direito Brasileiro. São Paulo: Edipro: 1999, p. 124.

[4] Art. 20. É facultado ao partido político estabelecer, em seu estatuto, prazos de filiação partidária superiores aos previstos nesta Lei, com vistas a candidatura a cargos eletivos.

[5] RAMAYANA, Marcos. Direito eleitoral – 8ª edição/Marcos Ramayana – Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 354.

[6] MENDES, p. 108.

Em julgado paradigmático, o Supremo Tribunal Federal (STF)[7] referendou a distinção entre as condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade. Assim, conforme assentado pela Corte Suprema, mesmo que porventura possuam o mesmo efeito – as condições de elegibilidade não se confundem com as hipóteses de inelegibilidade. Aquelas, são requisitos para que o candidato possa concorrer nas eleições; estas, em síntese apertada, são impedimentos à capacidade eleitoral passiva, que podem anteceder, ou não, ao registro de candidato.

Do exposto, verifica-se que, adotada a acepção técnica e jurídica da Teoria Clássica, o não-elegível não encontra correspondência com o subjetivo inelegibilidade, embora haja similitude de efeitos entre ambos. De fato, é considerado inelegível aquele que ainda não implementou as condições de elegibilidade, ao passo que somente é inelegível (em sentido estrito) aquele que, embora preenchidas as condições de elegibilidade, incidiu em uma das hipóteses legais de inelegibilidade.[8]

Dessa forma, a inelegibilidade é o estado jurídico de ausência ou perda da elegibilidade, acarretando na impossibilidade do exercício da cidadania passiva, qual seja a proibição do exercício do direito de ser votado. Portanto, o nacional para poder exercer sua cidadania passiva deverá preencher as condições de elegibilidade, além de não incidir em nenhuma hipótese de inelegibilidade.

Fica, pois, evidente que a inelegibilidade está calcada na defesa do interesse público, vedando o exercício da cidadania passiva àqueles que não preenchem as condições de elegibilidade ou que, mesmo preenchendo,

[7] Questão de Ordem na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1063 – Relator Min. Celso de Mello – j. 18/05/1997 – Tribunal Pleno – DJ 27-04-01, p. 0057 – EMENT VOL-02028-01, p. 083.

[8] Inegáveis as consequências práticas e jurídicas da distinção entre os pressupostos de elegibilidade e as causas de inelegibilidade. Com efeito, a jurisprudência eleitoral tem entendido pelo cabimento do recurso contra expedição do diploma (na hipótese prevista no art. 262, inciso I, do Código Eleitoral) e da ação rescisória eleitoral (art. 22, I, j, do Código Eleitoral) apenas nas hipóteses de inelegibilidade, e não em relação à ausência de condição de elegibilidade. E, da mesma forma, tem entendido que o artigo 15 da Lei Complementar nº 64/90 somente é aplicável nas hipóteses de inelegibilidade. (ZÍLIO, Rodrigo. Direito eleitoral: noções preliminares, elegibilidade e inelegibilidade, processo eleitoral (da convenção à prestação de contas), ações eleitorais/Rodrigo Zílio. – Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, P. 171-172)

incidem em alguma hipótese constitucional ou infraconstitucional de inelegibilidade, de modo a pautar o exercício da capacidade eleitoral passiva pelos princípios da probidade administrativa e da moralidade[9].

2.1 Inelegibilidades Constitucionais e Infraconstitucionais (Lei Complementar nº 64/1990)

Embora de modo assistemático, a Carta Magna previu determinadas hipóteses constitucionais de inelegibilidade, entendida tal expressão na acepção mais ampla possível – de modo a englobar a ausência dos pressupostos de elegibilidade ou incidência, efetiva, de uma causa de inelegibilidade. Este proceder do legislador constitucional criou embaraços e impropriedades interpretativas severas, que acarretam, ainda, grandes discussões e polêmicas em relação a matéria em comento.[10]

Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988 não regulou por inteiro o sistema de inelegibilidades, remetendo a matéria à normatização específica. Em que pese o texto constitucional contenha normas de eficácia plena e imediata quanto a algumas inelegibilidades (art. 14, §§ 4º a 7º[11]), o mesmo confiou à Lei Complementar a disciplina de outras.

[9] PANUTTO, Peter. Inelegibilidade: um estudo dos direitos políticos diante da Lei da Ficha Limpa/ Peter Panutto. – 1. Ed. – São Paulo: Editora Verbatim, 2013, p. 70.

[10] ZÍLIO, Rodrigo. Direito eleitoral: noções preliminares, elegibilidade e inelegibilidade, processo eleitoral (da convenção à prestação de contas), ações eleitorais/Rodrigo Zílio. – Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, P. 180.

[11] Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:
I - plebiscito;
II - referendo;
III - iniciativa popular.
§ 4º São inelegíveis os inalistáveis e os analfabetos.
§ 5º O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido, ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subseqüente.
§ 6º Para concorrerem a outros cargos, o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal e os Prefeitos devem renunciar aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito.
§ 7º São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consangüíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.

Afirma a Lei Maior que são inelegíveis, entre outros, os inalistáveis e os analfabetos; aqueles que já foram reeleitos para cargos do Poder Executivo; e ainda, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.[12]

Todavia, como mencionado anteriormente, no art. 14, §9º, a Lei Maior deixa claro que é possível o estabelecimento de outros casos de inelegibilidade em lei complementar:

> Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:
> § 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Nessa perspectiva, a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, visando dar concretude ao art. 14, § 9º, da então recém-promulgada Constituição Federal, elencou diversas hipóteses de inelegibilidade, sempre norteadas pelo maior objetivo deste preceito constitucional; proteger a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.[13]

---

[12] ZÍLIO, Rodrigo. Direito eleitoral: noções preliminares, elegibilidade e inelegibilidade, processo eleitoral (da convenção à prestação de contas), ações eleitorais/Rodrigo Zílio. – Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, P. 180-182.

[13] PORTO, Eduardo Vaz. Da inelegibilidade decorrente da rejeição de contas: pressupostos de incidência e aspectos jurídicos controvertidos à luz das alterações advindas da minirreforma eleitoral e da lei da ficha limpa. Estudos Eleitorais/Tribunal Superior Eleitoral. V 1. N. 1. (1997) – Brasília: TSE, volume 5, numero 3, set/dez 2010, p. 137.

Assim foi que, nesse passo, o art. 1º, inc. I, alínea "g", daquele diploma legal, estabeleceu que a desaprovação das contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas por decisão irrecorrível do órgão competente, em virtude da presença de irregularidade insanável, tem o poder de fazer incidir – *ope legis* e de forma automática – o efeito da inelegibilidade do agente político ou administrador público responsável, impondo-lhes, assim, restrição provisória ao *jus honorum* (direito de postular e de ser eleito).[14]

A supracitada Lei Complementar (na redação original) dispõe em seu art. 1º, I, "g", especificamente acerca da Inelegibilidade por Rejeição de Contas:

> Art. 1º São inelegíveis:
> I - para qualquer cargo:
> g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 5 (cinco) anos seguintes, contados a partir da data da decisão;

Da forma como foi originalmente editada, a referida norma da LC nº 64/90 vigorou durante mais de uma década, tendo sido, nesse período, objeto das mais acirradas discussões travadas na seara eleitoral[15], bem como alvo de uma substancial reconstrução semântica operada pela jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), que chegou a agregar elementos novos àquele preceito legal guiado pelo propósito de conferir-lhe ampla efetividade.

Com o advento da Lei Complementar nº 135, promulgada em 04 de junho de 2010 e que ficou nacionalmente conhecida como a Lei da

[14] PORTO, Eduardo Vaz. Da inelegibilidade decorrente da rejeição de contas: pressupostos de incidência e aspectos jurídicos controvertidos à luz das alterações advindas da minirreforma eleitoral e da lei da ficha limpa. Estudos Eleitorais/Tribunal Superior Eleitoral. V 1. N. 1. (1997) – Brasília: TSE, volume 5, numero 3, set/dez 2010, p. 135-136.

[15] Vide TER/AC. Acórdão n. 1.634/2008, rel. Ivan Cordeiro Figueiredo, j. em: 21.08.2008; TRE/RS. RCand. N. 117, rel. Des. Vilson Darós, j. em 12.08.2008.

Ficha Limpa, foi dada nova redação ao mencionado art. 1º, I, g, da Lei das Inelegibilidades. Pode-se verificar, de plano, que, embora bastante alterado seu conteúdo, não existiram profundas inovações na sistemática de aplicação deste dispositivo, na medida em que o legislador complementar incorporou ao texto legal algumas orientações já sedimentadas pela jurisprudência pátria ao longo desses anos, máxime no âmbito do TSE.

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

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

> g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição; (Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010)

Extrai-se, da leitura do dispositivo citado, que a configuração da *facttispecie* ensejadora da inelegibilidade acima pressupõe a presença cumulativa dos seguintes requisitos: a) deliberação, pelo órgão competente, no sentido da rejeição das contas apresentadas; b) indicação da irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa; e c) natureza irrecorrível da decisão proferida.[16]

[16] PORTO, Eduardo Vaz. Da inelegibilidade decorrente da rejeição de contas: pressupostos de incidência e aspectos jurídicos controvertidos à luz das alterações advindas da minirreforma eleitoral

Decorre do preceito transcrito que, a esses três requisitos ou pressupostos de incidência, deve ser adicionado outro, de ordem negativa, qual seja a ausência de suspensão ou anulação, pelo Poder Judiciário, da decisão que desaprovou a prestação de contas. Portanto, presentes as exigências apontadas e estando vigente a deliberação desabonadora das contas, a consequência inarredável é o afastamento do cidadão, pretenso candidato, do pleito eleitoral pelo lapso temporal de oito anos, a partir da data em que publicada a decisão de natureza administrativa que reconheça a prática de ato ilícito capaz de propagar efeitos na órbita eleitoral.[17]

Adiante-se que aqui já se pode identificar, por consistir em informação objetiva, a primeira modificação advinda da Lei da Ficha Limpa, concernente ao período em que vigora tal espécie de inelegibilidade, cujo quantum foi ampliado de cinco para oito anos, contados a partir da decisão irrecorrível do órgão competente. Como decorrência do espírito moralizante da famigerada Lei da Ficha Limpa, e atendendo a reclamos populares por uma disciplina normativa mais rigorosa aplicável à classe política brasileira, o prazo de incidência do referido dispositivo foi majorado em três anos, uniformizando-se, assim, com o estabelecido nas demais hipóteses de inelegibilidade previstas na legislação complementar de regência.

Como bem descreveu a juíza eleitoral Amélia Neto Martins de Araújo, "o objetivo da alínea g é alijar dos mandados eletivos os que não os merecem, quer seja pela inabilidade para gerir a administração pública, quer seja pelo dolo com que dela se aproveitaram ou com o qual a lesaram".[18]

---

e da lei da ficha limpa. Estudos Eleitorais/Tribunal Superior Eleitoral. V 1. N. 1. (1997) – Brasília: TSE, volume 5, numero 3, set/dez 2010, p. 136.

[17] RAMAYANA, Marcos. Direito eleitoral – 8ª edição/Marcos Ramayana – Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 362-364.

[18] TRE/GO. Acórdão nº 2.641, rel magistrada Amelia Neto Martins de Araújo, j. em: 04/09/2004. Disponível em: http://www.tse.gov.br/internet/index.html/sadjudsjur/. Acesso em: 01/02/2016.

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

3 PRESSUPOSTOS DE INCIDÊNCIA DA INELEGIBILIDADE POR REJEIÇÃO DE CONTAS (art. 1º, I, "g", da Lei Complementar 64/1990 + Lei Complementar 135/2010)

3.1 Decisão de Órgão Competente

Como é de conhecimento geral, a administração pública encontra-se submetida, por imperativo constitucional (art. 70, parágrafo único)[19], ao controle externo exercido pelos Tribunais de Contas e pelo Poder Legislativo.

O termo "contas" engloba as contas de gestão ou contas de governo anuais de Chefe de Poder Executivo e também todas as demais contas comuns dos ordenadores de despesas relacionadas ao exercício de cargos ou funções públicas. A inelegibilidade decorrerá, portanto, de qualquer conta rejeitada por irregularidade insanável e não suspensa por medida liminar ou tutela antecipatória deferidas na ação desconstitutiva.[20]

Desse modo, a Constituição Federal conferiu ao Tribunal de Contas uma série de relevantes funções, conforme se vê no rol

[19] Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.
Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

[20] SOUSA, Patrícia Brito e. Inelegibilidade decorrente de contas públicas/Patrícia Brito e Sousa. – Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 35-37.

constante de seu art. 71[21]. Entre elas destacam-se as de *consulta* e *julgamento*.

Pela primeira – prevista no inciso I –, compete-lhe apreciar as contas prestadas anualmente pelo chefe do Poder Executivo, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado e enviado ao Poder Legislativo. A este competirá julgar as contas à luz do parecer emitido pelo Tribunal (CF, art. 49, IX). O julgamento em foco envolve questões atinentes à execução do orçamento votado e aprovado no Parlamento; importa averiguar se os projetos, as metas, as prioridades e os investimentos estabelecidos na lei orçamentária foram atingidos. É lícito que assim seja porque, se há uma lei definindo e orientando o sentido dos gastos e investimentos públicos, impõe-se que sua execução seja acompanhada e fiscalizada pelos representantes do povo, que, aliás, a aprovaram. Não fosse assim, a atividade parlamentar fiscalizatória cairia no vazio, perderia o sentido, seria, em suma, inútil. É bem de ver que a Lei Maior erigiu como crime de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a "lei orçamentária" (CF, art. 85, VI). O julgamento das contas anualmente apresentadas, atinentes à execução do orçamento, é, pois, competência exclusiva do Poder Legislativo. Nesta hipótese, o Tribunal de Contas realiza papel meramente técnico-auxiliar. O parecer prévio que emite tem o objetivo de orientar os membros das Casas Legislativas, não os vinculando, porém. Assim, se ao Tribunal parecer que as contas devam ser rejeitadas, nada impede que o Legislativo as aprove. Nesta hipótese, aprovadas as contas pelo Parlamento, não desponta a responsabilidade político-jurídica do

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

administrador público, não se configurando, pois, a inelegibilidade em foco. Isto, porém, não liberta o ordenador das despesas tidas por irregular pelo Tribunal de suas responsabilidades, porquanto prevalece, neste caso, o julgamento técnico.[22]

Pela segunda – prevista no inciso II –, compete ao Tribunal de Contas, ele mesmo, julga as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da Administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público Federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário. Note-se que a hipótese em foco é bem diferente da anterior, pois trata-se de perscrutar a responsabilidade do ordenador de despesas. É certo não se cuidar de responsabilidade política pela execução orçamentária em seu conjunto, mas, sim, de responsabilidade técnica pela ordenação específica de despesas, pela gestão de recursos públicos. Neste caso, as contas devem ser prestadas diretamente ao Tribunal, sendo sua, igualmente, a competência para julgá-las. Daí o dever inscrito no parágrafo único do artigo 70 da Constituição Federal: "Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária".[23]

A decisão do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terá eficácia de título executivo (CF, art. 71, § 3º). Pode, pois, ser executada diretamente perante o Poder Judiciário, sendo desnecessária a prévia instauração de processo de conhecimento. Isso ocorre mesmo quando a competência para julgamento é do Poder Legislativo e este aprove as contas prestadas pelo gestor, pois a imputação de débito é feita

[22] GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral/José Jairo Gomes. – Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008, p. 162.

[23] GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral/José Jairo Gomes. – Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008, p. 163.

ao ordenador de despesas. O mesmo se dá com a ação de improbidade administrativa, que não fica inviabilizada em razão de as contas anuais serem aprovadas pelo Legislativo.[24]

Nesse sentido, a competência para apreciação e julgamento das contas é definida, primeiramente, de acordo com o status jurídico ostentado por quem, no exercício de cargos ou funções públicas, tenha gerenciado recursos estatais.

Portanto, tratando-se de contas anuais de governo decorrentes da execução orçamentária, prestadas pelos chefes do Poder Executivo no âmbito das respectivas esferas federativas, a análise de sua regularidade caberá ao órgão Poder Legislativo correspondente, sobretudo porque fora o próprio Parlamento que, anteriormente, havia aprovado o orçamento público para o exercício seguinte mediante a edição de lei específica. Nesses casos, a Corte de Contas assume natureza meramente auxiliar, sendo responsável apenas pela emissão de parecer prévio, que visa municiar de elementos técnicos a Casa Legislativa a quem compete julgamento.[25]

Todavia, nas demais hipóteses, a atribuição de julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos é do Tribunal de Contas, órgão técnico dotado de autonomia administrativa, financeira e orçamentária, a quem compete a fiscalização dos gastos governamentais e a correta aplicação dos recursos do erário às finalidades a que se destinam, dentre outras diversas incumbências elencadas no texto constitucional e na legislação de regência. Logo, no primeiro caso, prevalecem fatores de índole eminentemente política, ainda que haja parecer prévio a subsidiar a deliberação parlamentar; já no segundo, o julgamento levado a efeito

[24] GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral/José Jairo Gomes. – Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008, p. 163.

[25] PORTO, Eduardo Vaz. Da inelegibilidade decorrente da rejeição de contas: pressupostos de incidência e aspectos jurídicos controvertidos à luz das alterações advindas da minirreforma eleitoral e da lei da ficha limpa. Estudos Eleitorais/Tribunal Superior Eleitoral. V 1. N. 1. (1997) – Brasília: TSE, volume 5, numero 3, set/dez 2010, p. 143.

pelos Tribunais de Contas lastreia-se precipuamente em aspectos de ordem técnico-jurídicos.[26]

Outro aspecto a ser considerado reside no fato de que o Prefeito, mormente nos pequenos e médios Municípios, acumula as funções de executor do orçamento e ordenador de despesas. Isso não ocorre nas esferas estadual e federal, em que os chefes do Executivo não ordenem despesas, zelando apenas pela execução geral do orçamento. Destarte, o prefeito pode ser julgado diretamente pelo Tribunal de Contas como ordenador de despesas e, ainda, pela Câmara Municipal, como executor do orçamento.

O mesmo raciocínio aplicado aos demais entes federativos deve servir ao Município. De todo modo, no tocante a este ente federativo, há algumas peculiaridades que merecem destaque. Em regra, o controle externo da Câmara Municipal é exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados, já que é vedada a criação de tribunais, conselhos ou órgãos de contas municipais (CF, art. 31, § 4º).

No que tange às contas que anualmente devem ser prestadas, o parecer prévio emitido pelo Tribunal só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal (CF, art. 31, § 2º). Assim, se o julgamento do Poder Legislativo não alcançar este quórum, prevalecerá a conclusão constante do parecer técnico.

Também prevalecerá a decisão da Corte de Contas se o parecer por ela emitido não for apreciado e julgado pela Câmara Municipal no prazo legal, previsto na Lei Orgânica do Município (quando a previsão existir).[27] Vale registrar que não há aprovação de contas por decurso de prazo, exigindo-se a manifestação expressa do Legislativo municipal.[28] De todo modo, Eduardo Vaz Porto ressalta que o TSE vem entendendo

[26] PORTO, Eduardo Vaz. Da inelegibilidade decorrente da rejeição de contas: pressupostos de incidência e aspectos jurídicos controvertidos à luz das alterações advindas da minirreforma eleitoral e da lei da ficha limpa. Estudos Eleitorais/Tribunal Superior Eleitoral. V 1. N. 1. (1997) – Brasília: TSE, volume 5, numero 3, set/dez 2010, p. 143-144.

[27] Nesse sentido: TSE – EAREspe n. 23.921, acórdão publicado na sessão de 09/11/2004.

[28] GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral/José Jairo Gomes. – Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008, p. 164.

reiteradamente que o silêncio do órgão legislativo municipal não autoriza a deflagração da inelegibilidade em tela.[29]

Em resumo, o órgão competente para julgar as contas de Prefeito será: 1) a Câmara Municipal, quanto às contas anualmente prestadas relativamente à execução orçamentária; 2) O Tribunal de Contas nas seguintes hipóteses: a) se o parecer desfavorável (pela rejeição) emitido por ele não for afastado por dois terços dos membros da Câmara Municipal; b) se o parecer não for apreciado no prazo legal; c) se a despesa questionada tiver sido ordenada diretamente pelo Prefeito; d) no caso de convênio firmado com outro ente da Federação.

Oportuno, por bastante elucidativo, o seguinte trecho de julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ)[30]:

> O conteúdo das contas globais prestadas pelo Chefe do Executivo é diverso do conteúdo das contas dos administradores e gestores de recurso público. As primeiras demonstram o retrato da situação das finanças da unidade federativa (União, estados, DF e municípios). Revelam o cumprir do orçamento, dos planos de governo, dos programas governamentais, demonstram os níveis de endividamento, o atender aos limites de gasto mínimo e máximo previstos no ordenamento para saúde, educação, gastos com pessoal. Consubstanciam-se, enfim, nos balanços gerais prescritos pela Lei 4.320/64. Por isso é que se submetem ao parecer prévio do Tribunal de Contas e ao julgamento pelo Parlamento (art. 71, I c./c. 49, IX da CF/88). As segundas – contas de administradores e gestores públicos – dizem respeito ao dever de prestar (contas) de todos aqueles que lidam com recursos públicos, captam receitas, ordenam despesas (art. 70, parágrafo único da CF/88). Submetem-se a julgamento direto pelos Tribunais de Contas, podendo gerar imputação de débito e multa (art. 71, II e § 3º da CF/88).
>
> Destarte, se o prefeito municipal assume a dupla função, política e administrativa, respectivamente, a tarefa de executar o orçamento e o encargo de captar receitas e ordenar despesas, submete-se a duplo julgamento. Um político perante o Parlamento precedido de parecer prévio; o outro técnico a cargo da Corte de Contas.

[29] Nesse sentido AgRg-Respe nº 32827/PB, Rel. Min. Felix Fischer, publ. Na sessão de 12/11/2008.
[30] RMS nº 11.060/GO, 2ª Turma, rel. Min. Laurita Vaz, DJ de 16/09/2002, p. 159.

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

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

Como verificado, sendo certo que conduzir e executar orçamento são funções diferentes daquela de ordenar as despesas públicas, quis a nova legislação, assim, evitar a confusão de se baralhar as contas anuais de governo prestadas pelo chefe do Executivo na qualidade de maestro do orçamento com aquelas apresentadas por quem, ao praticar atos concretos de gestão administrativa, ordenou pessoalmente despesas ou realizou os correspondentes pagamentos.

A bem da verdade, pretendeu o legislador alcançar os prefeitos municipais que acumulam ambas funções, concentrando em suas mãos quase que a totalidade das hipóteses de ordenação de despesas, em vez de delegar essa atividade aos secretários da respectiva pasta.[31]

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

Dessa forma, a nova redação do dispositivo é digna de louvor, porquanto elucidou a distinção pertinente à dualidade de atribuições

[31] PORTO, Eduardo Vaz. Da inelegibilidade decorrente da rejeição de contas: pressupostos de incidência e aspectos jurídicos controvertidos à luz das alterações advindas da minirreforma eleitoral e da lei da ficha limpa. Estudos Eleitorais/Tribunal Superior Eleitoral. V 1. N. 1. (1997) – Brasília: TSE, volume 5, numero 3, set/dez 2010, p. 147.

do Tribunal de Contas prevista no art. 71 da Constituição Federal – opinativa (inciso I) e de julgamento (inciso II) –, deixando explícita a incidência da inelegibilidade aos mandatários que houverem atuado como ordenadores de despesa e, nessa condição, tiverem glosadas as contas em virtude de irregularidade insanável reconhecida em decisão irrecorrível do órgão competente.[32]

Nada obstante, na contramão da doutrina predominante e reduzindo o alcance do art. 1º, I, g, da LC nº 64/90, o TSE, em recente decisão, fez interpretação conforme a constituição para considerar que a ressalva final constante da nova redação do preceito "não alcança os chefes do Poder Executivo".[33]

Contudo, foi feito neste decisum expressa ressalva quando se tratar de fiscalização concernente à aplicação de recursos mediante convênio, reputando-se, na espécie, haver competência de julgamento dos Tribunais de Contas.

Em síntese, o convênio constitui espécie de instrumento mediante o qual se operacionaliza a transferência voluntária de recursos a outro ente da federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira. Grosso modo, quando tais ajustes são firmados com órgãos da administração pública federal, cabe ao TCU a fiscalização da correspondente prestação de contas, agindo ele, pois, "no exercício de jurisdição própria e não como mero auxiliar do Poder Legislativo".[34]

Logo, compete às Cortes de Contas o julgamento – e não mera apreciação opinativa, consoante às contas de convênio, o que significa dizer que o agente público não é julgado na qualidade de chefe do Poder

[32] PORTO, Eduardo Vaz. Da inelegibilidade decorrente da rejeição de contas: pressupostos de incidência e aspectos jurídicos controvertidos à luz das alterações advindas da minirreforma eleitoral e da lei da ficha limpa. Estudos Eleitorais/Tribunal Superior Eleitoral. V 1. N. 1. (1997) – Brasília: TSE, volume 5, numero 3, set/dez 2010, p. 147-148.

[33] Recurso Ordinario nº 751-79.2010.6.27.0000, publ. Na sessão 8 de setembro de 2010.

[34] RAMAYANA, Marcos. Direito eleitoral – 8ª edição/Marcos Ramayana – Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 359.

Executivo, e sim na condição de gestor público, uma vez que os recursos geridos não pertencem a sua órbita federativa[35].

3.2 Natureza Irrecorrível da Decisão

Outro pressuposto de cunho positivo na hipotética incidência da Inelegibilidade sob exame, trata-se da existência de "Decisão Irrecorrível". Diz-se que a decisão deverá ser irrecorrível para gerar a presente inelegibilidade, ou seja, é a decisão administrativa definitiva do Tribunal de Contas prolatada em processo de prestação ou tomada de contas transitada em julgado[36] ou a decisão do Poder Legislativo, na hipótese de contas de gestão[37].

Na esteira dos ensinamentos de Joel José Cândido, o julgamento proferido pelo Poder Legislativo é, eminentemente, político, não se podendo falar em decisão irrecorrível. O autor conclui que a lei se refere apenas ao julgamento pelos órgãos de fiscalização, e não dos órgãos legislativos, quando menciona "decisão irrecorrível". Ele mesmo explica:

> Uma vez irrecorrível a decisão administrativa, é elaborado um parecer, que é encaminhado ao respectivo Poder Legislativo. Nesse órgão, a apreciação é política, não se podendo falar em 'decisão irrecorrível'. Por isso, a lei se refere a julgamento dos órgãos de fiscalização e não dos órgãos legislativos. Pouco importa, por conseguinte, para que se possa falar em inelegibilidade, se o parecer foi ou não apreciado pelo legislativo, tampouco se o legislativo rejeitou, entendendo regulares as contas examinadas ou se, ao contrário, o confirmou, também entendendo ilegal a atuação do examinado. O que fundamentalmente importa saber é se o Tribunal de Contas ou Conselho de Contas Municipais decidiu pela rejeição das contas

[35] Acórdão nº 24.848/BA, Rel. Min. Caputo Bastos, DJ de 07/12/2004.

[36] A Resolução n. TC-02/2006 do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina define decisão condenatória irrecorrível como a "decisão definitiva prolatada em processo de prestação de contas e tomada de contas especial transitada em julgado". Disponível em: http://www.tce.sc.gov.br/web/noticias/noticia/1764. Acesso em: 4/02/2016.

[37] CÂNDIDO, Joel José. Direito Eleitoral brasileiro, p. 121.

> por irregularidades e se essa decisão, administrativamente, naquele órgão, é irrecorrível.[38]

Na mesma corrente do posicionamento do Professor Cândido, é possível destacar o entendimento do magistrado do Tribunal de Justiça de Pernambuco, Milton José Neves, o qual argui que a "decisão irrecorrível" é a do Tribunal de Contas, e não a da Casa Legislativa[39]:

> […] entendo que é necessário que fique esclarecida diferença entre a decisão administrativa irrecorrível do Tribunal de Contas e decisão política da Casa Legislativa. A que gera inelegibilidade é a da Corte de Contas, e não a decisão da Câmara Municipal. Do contrário, estaríamos abrindo a possibilidade para que uma decisão, essencialmente política, às vezes desmotivada e sem qualquer fundamento, proferida não raro pelos adversários do examinado e contrariando até os fatos levantados pela auditoria oficial tivesse o poder de cassar direitos inerentes à cidadania, afrontando, inclusive, os princípios que norteiam o regime democrático previsto na Constituição Federal.

Verifica-se que o legislador não usou de boa técnica jurídica ao mencionar "decisão irrecorrível", até porque a decisão proferida pelo Poder Legislativo é política; não comporta, pois, recurso. Mas deve-se levar em consideração a leitura na íntegra do art. 1º, inciso I, alínea g, da Lei Complementar nº 64/90, ao mencionar expressamente "do órgão competente" responsável pelo julgamento das contas, que são o Tribunal de Contas, no caso de ordenadores de despesas, ou o Poder Legislativo, no caso de Chefes de Poder Executivo, razão pela qual a pesquisa sustenta que a melhor interpretação é considerar as decisões desses órgãos como "decisão irrecorrível", para fins de inelegibilidade[40].

O Tribunal Superior Eleitoral, em diversos julgados, ressalta que a decisão irrecorrível é a do órgão competente para o julgamento

[38] CÂNDIDO, Joel José. Direito Eleitoral brasileiro. Op. cit., p. 130.

[39] TJ/PE. Apelação Cível n. 37.445-6, rel. convocado juiz Milton José Neves. Boletim de Direito Municipal, p. 731-733, set. 2002.

[40] SOUSA, Patrícia Brito e. Inelegibilidade decorrente de contas públicas/Patrícia Brito e Sousa. – Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 95-96.

das contas e, como as contas de gestão consistem em ato complexo, a rejeição das contas somente se aperfeiçoa após *referendum* do Poder Legislativo.[41] Assim, é indispensável, para que seja configurada a rejeição de contas de Chefe de Poder Executivo, a edição de decreto legislativo pelo Poder Legislativo[42].

Dessa forma, suspensos os efeitos da decisão que rejeitou as contas e, enquanto não julgado o recurso administrativo, não há pressuposto fático para aplicação da alínea g, sob pena de se produzir efeito (inelegibilidade), sem causa (decisão irrecorrível do órgão competente).

Nesse contexto, questão interessante foi objeto de diversos Recursos Extraordinários interpostos perante o Supremo Tribunal Federal (STF), quando, nos casos de contas anuais prestadas pelo prefeito, o parecer prévio opina no sentido da rejeição destas e, não obstante, a Câmara Municipal deixa de emitir pronunciamento na espécie, omitindo-se no poder-dever de exercer a fiscalização sobre a execução orçamentária levada a efeito pelo alcaide.[43]

Como já citado na análise do item anterior, o TSE vem entendendo, de forma reiterada, que o silêncio da Câmara Municipal, ainda que prolongado, não autoriza a deflagração da inelegibilidade prevista no art. 1º, I, "g", da LC nº 64/90, não sendo possível, pois, reputar endossado o parecer opinativo da Corte de Contas em face do mero decurso de prazo para apreciação do órgão legislativo.[44]

Em que pese, essa posição fora recentemente reforçada no seio do STF pelo ministro Eros Grau, relator do RE nº 597362/BA, ao negar provimento ao recurso sob o fundamento de que até a manifestação

[41] TSE. Respe n. 18.313, rel. Min. Maurício Correa, j. em: 05.12.2000. Disponível em: www.tse.gov.br. Acesso em 04.02.2016.

[42] SOUSA, Patrícia Brito e. Inelegibilidade decorrente de contas públicas/Patrícia Brito e Sousa. – Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 96.

[43] PORTO, Eduardo Vaz. Da inelegibilidade decorrente da rejeição de contas: pressupostos de incidência e aspectos jurídicos controvertidos à luz das alterações advindas da minirreforma eleitoral e da lei da ficha limpa. Estudos Eleitorais/Tribunal Superior Eleitoral. V 1. N. 1. (1997) – Brasília: TSE, volume 5, numero 3, set/dez 2010, p. 135-165.

[44] AgRg-Respe nº 32827/PB, Rel. Min. Felix Fischer, publ. Na sessão de 12/11/2008.

expressa da Câmara Municipal, o parecer prévio do Tribunal de Contas não surtirá nenhum efeito em relação às contas fiscalizadas, haja vista não haver, em face do silêncio daquela, ainda que prolongado, manifestação tácita de vontade em qualquer sentido.[45]

3.3 Irregularidade Insanável que Configure Ato Doloso de Improbidade Administrativa

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

Nesse passo, diante da vagueza conceitual da expressão contida no dispositivo, coube à Corte Superior Eleitoral, à época, colmatar a lacuna e definir os contornos jurídicos do que se entende por "irregularidade insanável", tendo o TSE associado tal conceito aberto à exigência de que a falta incorrida pelo agente público ostentasse a nota de improbidade administrativa. O seguinte excerto de julgado daquela instituição demonstra tal posicionamento: "A irregularidade que enseja a aplicação da alínea g no inc. I do art. 1º da LC nº 64/90 é a insanável, que tem a ver com atos de improbidade administrativa (CF, art. 15, inc. V e 37, § 4º), não se prestando para tal finalidade aquela de caráter meramente formal".[46]

Nesse contexto, a doutrina e a jurisprudência dominantes limitaram-se, de forma acrítica, a repetir esse entendimento, que acaba

[45] PORTO, Eduardo Vaz. Da inelegibilidade decorrente da rejeição de contas: pressupostos de incidência e aspectos jurídicos controvertidos à luz das alterações advindas da minirreforma eleitoral e da lei da ficha limpa. Estudos Eleitorais/Tribunal Superior Eleitoral. V 1. N. 1. (1997) – Brasília: TSE, volume 5, numero 3, set/dez 2010, p. 157.

[46] Acórdão nº 11.145/MT, rel. Min. Vilas Boas, publ. Na sessão de 15/8/1990. No mesmo sentido: AgR-Respe nº 33.888/PE, rel. Min. Fernando Gonçalves, de 19/02/2009.

por misturar o conceito de improbidade administrativa com a questão pertinente à sanabilidade da falha perquirida na prestação de contas.[47]

Desse modo, o fato é que a Justiça Eleitoral caminhou no sentido de definir o caráter insanável das contas a partir da concepção da improbidade administrativa. Posteriormente, ampliou-se o alcance deste conceito para abarcar diversos fatos causadores da rejeição de contas, dotados de aptidão para fazer incidir a nódoa da inelegibilidade em tela.[48] [49]

Ressalta-se que a Justiça Eleitoral não chegou ao extremo de se envolver na apreciação atinente ao acerto ou desacerto da decisão que reprovou as contas prestadas, porquanto não lhe compete rever o mérito de tais deliberações emanadas dos órgãos competentes. Com efeito, a análise cometida à esfera eleitoral limita-se a verificar qual foi a irregularidade praticada pelo agente público fiscalizado e se o fato tido como ilícito tem o poder de implicar restrições aos seus direitos políticos passivos.

Em verdade, diante de tal consequência, apta a afastar temporariamente um direito de envergadura constitucional, o TSE tratou de aferir, isto sim, a gravidade da conduta contrária ao ordenamento jurídico, adotando como baliza, notadamente, as hipóteses

[47] Em que pese a orientação jurisprudencial, o Professor Adriano Soares da Costa diverge do referido posicionamento: "Ora, a alínea g do dispositivo glosado não faz referência a atos de improbidade, que induzam a suspensão dos direitos políticos, como afirmou o então Min. Célio Borja, mas faz expressa referência à existência de vícios insanáveis, os quais deram causa à rejeição das contas. A questão a saber, na aplicação deste preceito, é se o vício que ensejou a rejeição de contas é passível de validação, ou se já não o é. Destarte, o conceito normativo de irregularidade insanável é que precisa ser estipulado, independentemente do conceito de improbidade, até porque há inúmeros atos de improbidade que não resultam de atos viciados no conteúdo, embora sejam viciados na finalidade (abuso de poder político, por exemplo). [...] Somos de entendimento que, em havendo situação concreta de ato viciado, não mais passível de ser sanado, que propicie a decisão de rejeição de contas, se anexa a ela a cominação de inelegibilidade, não sendo o caso de perquirir sobre a existência ou não de improbidade administrativa." (COSTA, Adriano Soares da. Instituições de direito eleitoral. 7ª Ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 169).

[48] SOUSA, Patrícia Brito e. Inelegibilidade decorrente de contas públicas/Patrícia Brito e Sousa. – Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 123-124.

[49] Forte nos julgados: AgRg-Respe nº 36.679/SP, Rel. Min. Arnaldo Versiani, DJ de 04/5/2010. AgRg-Respe nº 34.205/PR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 17/12/2008. AgRg-Respe nº 35.936/PR, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 01/3/2010.

que configuram a prática de improbidade administrativa, nos termos da Lei nº 8.429/92.[50] [51]

Imperioso evidenciar que a LC nº 135/2010 encerrou a discussão acerca do conceito de irregularidade insanável e passou a exigir que esta seja idônea a configurar "ato doloso de improbidade administrativa", incorporando ao texto legal, assim, balizamento que já vinha sendo utilizado pela jurisprudência majoritária. Nesse ponto, a inovação teve o mérito de definir de forma mais precisa o que se entende por irregularidade insanável, contribuindo, pois, para diminuir a insegurança jurídica que permeia o Direito Eleitoral e, não raras vezes, representa uma porta aberta para julgamentos movidos por interesses de ocasião.

Em que pese o aspecto positivo declinado, em geral, a referida mudança não se revelou merecedora de aplausos. Muitas críticas doutrinárias no que tange à associação entre o caráter insanável das irregularidades das contas e a prática de ato de improbidade administrativa, não se vislumbrando, a nosso sentir, o porquê dessa necessária vinculação. De fato, a impossibilidade de ser sanado um vício detectado pelo órgão fiscalizatório não guarda, a rigor, qualquer relação com a exigência de que a conduta ilícita perquirida amolde-se às figuras típicas estatuídas na Lei nº 8.429/92.[52]

Ademais, a LC nº 135/2010, ao incluir novos elementos normativos para a configuração da irregularidade insanável, passou a

[50] PORTO, Eduardo Vaz. Da inelegibilidade decorrente da rejeição de contas: pressupostos de incidência e aspectos jurídicos controvertidos à luz das alterações advindas da minirreforma eleitoral e da lei da ficha limpa. Estudos Eleitorais/Tribunal Superior Eleitoral. V 1. N. 1. (1997) – Brasília: TSE, volume 5, numero 3, set/dez 2010, p. 152.

[51] O Tribunal Superior Eleitoral já decidiu, inclusive, que a irregularidade insanável não supõe, necessariamente, ato de improbidade ou a irreparabilidade material, a insanabilidade pressupõe prática de ato de má-fé, por motivação subalterna, contrária ao interesse público, marcado pela ocasião ou pela vantagem, pelo proveito ou benefício pessoal, mesmo que imaterial (TSE.Respe n. 23.565, rel. Min. Luiz Carlos Lopes Madeira, j. em 21/10/2004. Disponível em: www.tse.gov.br. Acesso em: 01/02/2016)

[52] PANUTTO, Peter. Inelegibilidade: um estudo dos direitos políticos diante da Lei da Ficha Limpa/ Peter Panutto. – 1ª ed. – São Paulo: Editora Verbatim, 2013, p. 88.

exigir, a presença necessária do dolo na prática do ato contrário ao ordenamento, deixando de fora, assim, uma série de diversas outras condutas que, malgrado cometidas sem a devida atenção ou a diligência normalmente exigida, resultem em significante prejuízo ao patrimônio público ou acarretem enriquecimento ilícito de terceiros.[53]

O legislador complementar, nesta senda, confiou à Justiça Eleitoral – de natureza marcadamente especializada – a complexa tarefa de aferir o elemento volitivo do agente nos atos de improbidade, obrigando-a a se arvorar na análise de tema controverso.

Logo, considerando-se que restou menos abrangente, no particular, o alcance da norma de inelegibilidade inserida no art. 1º, I, "g", da LC nº 64/90, é forçoso reconhecer que tal mudança reduziu a eficácia das decisões dos órgãos que, no exercício do controle externo, fiscalizam as contas dos responsáveis pela gestão dos recursos públicos.

3.4 Ausência de Suspensão ou Anulação, Pelo Poder Judiciário, da Decisão que Desaprovou a Prestação de Contas e Momento da Aferição da Elegibilidade

De acordo com Peter Panutto, a propositura da ação judicial anulatória da reprovação das contas suspende a inelegibilidade, desde que o autor obtenha no processo a antecipação dos efeitos da sentença anulatória. Sobrevindo no processo a anulação da reprovação das contas com decisão transitada em julgado, fica sem efeito a inelegibilidade. Se, após a antecipação da tutela, houver improcedência do pedido de anulação da reprovação das contas, retoma-se a contagem do prazo de inelegibilidade (oito anos) a partir da publicação da sentença.[54]

A redação dada à alínea "g" pela Lei da Ficha Limpa veio atender o atual, e há muito já consubstanciado, entendimento do Tribunal

[53] PANUTTO, Peter. Inelegibilidade: um estudo dos direitos políticos diante da Lei da Ficha Limpa/ Peter Panutto. – 1ª ed. – São Paulo: Editora Verbatim, 2013, p. 87.
[54] PANUTTO, Peter. Inelegibilidade: um estudo dos direitos políticos diante da Lei da Ficha Limpa/ Peter Panutto. – 1ª ed. – São Paulo: Editora Verbatim, 2013, p. 87-88.

Superior Eleitoral acerca de sua Súmula nº 1, no sentido de que "a mera propositura de ação anulatória, sem a obtenção de provimento liminar ou tutela antecipada, não suspende a inelegibilidade".[55]

Como foi possível verificar, enquanto estiver vigente medida de urgência proferida pela justiça comum, no bojo de ação anulatória da rejeição de contas, não haverá óbice à postulação do mandato eletivo pelo pretenso candidato, ao menos em face da referida inelegibilidade a que alude a alínea "g".

A atual jurisprudência na seara eleitoral é uníssona em afirmar que o termo 'ad quem' para a obtenção de tal provimento jurisprudencial (medida cautelar ou antecipação de tutela) coincide com o pedido de registro de candidatura, porquanto é neste momento que são aferidas as condições de elegibilidade e, por conseguinte, verificada a incidência de alguma das hipóteses de inelegibilidade, especialmente a decorrente da rejeição de contas.

Nesse diapasão, reiteradas decisões judiciais, notadamente do TSE, assentaram que "a antecipação da tutela conseguida após o encerramento do prazo para registro de candidatura não afasta a inelegibilidade".[56]

Entretanto, tal orientação da jurisprudência foi alvo de grande mudança, porquanto não mais se coaduna com o comando normativo do novo § 10 do art. 11 da Lei das Eleições, acrescentado pela Lei nº 12.034/2009, que ganhou o rótulo de minirreforma eleitoral.[57]

Pode-se afirmar, em adendo, que uma das notas marcantes da referida 'minirreforma' reside no fato de ter por um lado, incorporado ao texto legal diversas orientações já consolidadas pela jurisprudência do TSE; noutro giro, pretendeu o legislador, nitidamente, contornar algumas rígidas posições perfilhadas pela Corte Superior e restringir os avanços moralizantes desta justiça especializada.

[55] TSE RO nº 912, de 24/08/2006.

[56] AgRg-Respe nº 32.816/PR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 2/6/2009.

[57] § 10. As condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro da candidatura, ressalvadas as alterações, fáticas ou jurídicas, supervenientes ao registro que afastem a inelegibilidade.

Diversas situações que se enquadram nessa "elegibilidade superveniente", segundo José Jairo Gomes, podem ser aventadas.

Tomemos como hipótese quem, embora tenha postulado na justiça comum demanda visando desconstituir decisão de rejeição de contas, ainda não obtivera qualquer resposta judicial – sequer em sede liminar – quando do registro de sua candidatura, a qual, diante de impugnação formulada por algum dos legitimados, restará inadmitida na esfera eleitoral em virtude da causa de inelegibilidade prevista no art. 1º, I, "g" da LC nº 64/90.

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

Todavia, percebe-se que o novo § 10 do art. 11 da Lei das eleições deixa de firmar um prazo final até quando as referidas "alterações, fáticas ou jurídicas, supervenientes ao registro" poderão ser ventiladas. Dessa forma, o termo 'ad quem' para que seja suscitada essa elegibilidade superveniente atem-se a data da realização do pleito.[58]

CONCLUSÃO

Como foi possível verificar perante o exposto nessa pesquisa, as alterações dadas pela Lei Complementar 135/20010 (Lei da Ficha Limpa) a redação do art. 1º, I, "g", da Lei Complementar 64/1990 (Lei das Inelegibilidades), na maioria dos casos, apenas adotou o entendimento jurídico àquela época consubstanciado, sendo certo que a jurisprudência do TSE serviu como verdadeira bússola a nortear o trabalho do legislador.

[58] PORTO, Eduardo Vaz. Da inelegibilidade decorrente da rejeição de contas: pressupostos de incidência e aspectos jurídicos controvertidos à luz das alterações advindas da minirreforma eleitoral e da lei da ficha limpa. Estudos Eleitorais/Tribunal Superior Eleitoral. V 1. N. 1. (1997) – Brasília: TSE, volume 5, numero 3, set/dez 2010, p. 161.

Assim, à luz da atual redação do referido preceito legal, para a incidência deste "tipo" de inelegibilidade pelo período de oito anos a contar da decisão desfavorável, não basta que o possível candidato figure na relação daqueles que tiveram contas rejeitadas pelos órgãos encarregados do controle externo remetida à justiça eleitoral. Faz-se indispensável para a efetivação do instrumento de controle em tela, que a deliberação desabonadora das contas, além de irrecorrível em sede administrativa: a) tenha sido proferida por órgão competente – considerando-se que, quando os mandatários houverem atuado como ordenadores de despesas, serão julgados pelos Tribunais de Contas; b) tenha detectado, a juízo da Corte eleitoral, irregularidade insanável e idônea a configurar, ao menos em tese, ato doloso de improbidade administrativa; e c) esteja em pleno vigor, sem que os seus efeitos hajam sido sustados no âmbito da justiça comum.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 16ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003

CÂNDIDO, Joel José. Direito eleitoral brasileiro. 11ª ed., São Paulo: Edipro, 2004.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. Tratado de direito eleitoral: tomo II / Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira, Camila Medeiros de Albuquerque Pontes Luz de Pádua Cerqueira; Christiane de O. Parisi Infante, pesquisadora. – São Paulo: Premier Máxima, 2008.

_____. Tratado de direito eleitoral: tomo IV / Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira, Camila Medeiros de Albuquerque Pontes Luz de Pádua Cerqueira; Christiane de O. Parisi Infante, pesquisadora. – São Paulo: Premier Máxima, 2008.

COSTA, Adriano Soares da. Instituições de direito eleitoral. 7ª Ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral/José Jairo Gomes. – Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008

MILESKI, Hélio Saul. O controle da gestão pública. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. O ordenador de despesa e a Lei de responsabilidade Fiscal. Conceituação e repercussões jurídico-legais. Fórum de contratação e gestão pública. Fórum, ano 1, n. 8, p. 882-893, ago. 2002.

PANUTTO, Peter. Inelegibilidade: um estudo dos direitos políticos diante da Lei da Ficha Limpa/Peter Panutto. – 1ª ed. – São Paulo: Editora Verbatim, 2013.

PORTO, Eduardo Vaz. Da inelegibilidade decorrente da rejeição de contas: pressupostos de incidência e aspectos jurídicos controvertidos à luz das alterações advindas da minirreforma eleitoral e da lei da ficha limpa. Estudos Eleitorais/Tribunal Superior Eleitoral. V 1. N. 1. (1997) – Brasília: TSE, volume 5, numero 3, set/dez 2010, p. 135-165.

RAMAYANA, Marcos. Direito eleitoral – 8ª edição/Marcos Ramayana – Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

SOUSA, Patrícia Brito e. Inelegibilidade decorrente de contas públicas/ Patrícia Brito e Sousa. – Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ZÍLIO, Rodrigo. Direito eleitoral: noções preliminares, elegibilidade e inelegibilidade, processo eleitoral (da convenção à prestação de contas), ações eleitorais/Rodrio Zílio. – Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

ESPÉCIES EXONERATIVAS TRIBUTÁRIAS

EXONERATIVE TAX INSTITUTE

Cristine Schiavi Kaufmann[1]

Recebido em: 27.10.2016
Aprovado em: 31.8.2016

Resumo: O presente artigo tem por objetivo demonstrar, por meio da análise de cada espécie exonerativa tributária – imunidade, isenção, não-incidência e alíquota zero -, que os institutos são fenômenos distintos em sua natureza e em seus efeitos. Por conseguinte, este artigo faz a tessitura de algumas informações acerca de cada instituto retrocitado, analisando conceitos e exemplos, para, ao fim, demonstrar as consequências práticas, em especial, as de ordem econômica. Justifica-se, assim, a relevância deste artigo devido às frequentes confusões que acometem não só os estudantes, mas também os operadores do direito.

Palavras-chave: Imunidade. Isenção. Não-incidência. Alíquota zero. Consequências econômicas.

Abstract: The present article has for objective to demonstrate, by means of the analysis of each exonerative tax institute – immunity, exemption, non incidence and aliquot zero -, the institutes are distinct phenomena in its nature and its effect. Consequently, this article makes a report of some information about each institute mentioned before, analysing concepts and examples for, to end, demonstrate the practice consequences, in special, the economics consequences. Justifying so, the importance of this article owing to the often confusions that assault not only students, but also the Right operators.

Keywords: Immunity. Exemption. Non incidence. Aliquot zero. Economics consequences.

[1] Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul. Membro do Conselho Superior da PGE/RS (2013/2016). Especialista em Direito Público pela UFRGS.

Sumário: 1 Introdução. 2 As espécies exonerativas tributárias. 2.1 Imunidade. 2.2 Isenção. 2.3 Não-incidência. 2.4 Alíquota zero 3 Paralelo entre as espécies exonerativas tributárias. 4 Análise de exemplos extraídos da legislação e da jurisprudência pátria relativamente às espécies exonerativas tributárias. 5 Das consequências práticas da aplicação das espécies exonerativas tributárias. 6 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Como é cediço, o Estado possui inúmeras atribuições e, para que sejam executadas a contento, necessária é a existência de recursos financeiros, os quais advêm, precipuamente, da tributação.

Referida tributação se caracteriza por um ônus, por meio do qual o contribuinte é compelido a proceder a arrecadação de numerário aos cofres públicos, justamente a fim de que o ente estatal possa suprir e prover as exigências que lhe compete.

De outro viés, é possível encontrar a desoneração tributária, através da aplicação das espécies exonerativas, algumas objeto do presente estudo, no caso, a imunidade, a isenção, a não-incidência e a alíquota zero. Tal significa que, se de um lado o contribuinte está obrigado ao recolhimento de tributos, de outro pode, não raras vezes, lançar mão dos meios exonerativos, que o isentam, no sentido largo da palavra, do desembolso.

Daí a importância das espécies exonerativas tributárias.

Ocorre que, na prática, tais institutos não se revelam de simples aplicação, sendo que, por vezes, algumas dessas espécies parecem confundir-se. No entanto, ainda que no plano teórico possa existir linha tênue entre elas, importante é que cada espécie seja empregada adequadamente, sem que haja desvios conceituais que interfiram na aplicação prática do instituto.

Nesse compasso, a teoria não pode ceder e permitir a ocorrência de equívocos na prática. Isso porque, como se verá no presente estudo, não é incomum perceber-se a indevida utilização de denominação de determinado instituto desonerativo no lugar de outro. E, na prática, referida troca conceitual pode, sim, influenciar e alterar as consequências que da aplicação da espécie exonerativa resultam.

Nessa linha é que se entende necessária a devida conceituação e caracterização dos institutos para, a partir daí, poder-se fazer um paralelo entre as espécies exonerativas e, ao final, após analisar a aplicação dos institutos na legislação e jurisprudência pátria, poder-se concluir se o uso indevido de uma espécie no lugar de outra é capaz de gerar efeito diverso daquele que originariamente deveria produzir.

2 AS ESPÉCIES EXONERATIVAS TRIBUTÁRIAS

Visando atender às mais diversas necessidades coletivas tornou-se imprescindível ao Estado valer-se de uma fonte regular e permanente de recursos econômicos. Desse modo, fazendo uso de seu poder de império o ente estatal passou a retirar parcela da riqueza produzida pelos particulares. E assim surgiu o tributo, tornando-se a principal fonte de ingressos públicos necessária ao financiamento das atividades estatais.

E o poder tributário é considerado assim como o é o poder de polícia, o poder penal, o poder judiciário, uma das múltiplas manifestações do poder geral do Estado.

No que diz respeito à extinção de uma obrigação tributária, o modo típico se dá pelo cumprimento espontâneo ou forçado da respectiva prestação. Pode ocorrer, no entanto, que o crédito tributário seja excluído mediante o procedimento técnico-jurídico da isenção. Pode, ainda, ocorrer que nem mesmo nasça a obrigação tributária, em se tratando de imunidade. Ou mesmo acontecer de o efeito econômico

da obrigação ficar prejudicada pela alíquota zero. Ou simplesmente não haver a incidência da norma sobre a situação fática ocorrida.

Estas, pois, são espécies exonerativas tributárias, cujo efeito econômico é o mesmo: o não-pagamento do tributo.

Mas, qual seria o motivo da instituição de tal regramento, que, em via transversa, acaba por impedir o ingresso de riquezas nos cofres públicos?

As espécies desonerativas, em especial a isenção e a imunidade, hodiernamente, não instituem, como no passado, privilégios tributários em favor de classes, seitas ou castas. É sabido que na antiguidade a concessão de tais desonerações era baseada, precipuamente, na diferenciação das classes sociais, sendo concedida indiscriminadamente como graça ou favor aos amigos e protegidos do soberano.

Nos dias atuais a concessão das exonerações já não pode ignorar certos princípios constitucionais, como, por exemplo, o da igualdade de todos perante a lei. Destarte, apenas em circunstâncias excepcionais plenamente justificadas, em razão de interesse maior que o da tributação, é que a sua concessão é admitida.

E, para tanto, a pessoa política que possui capacidade para tributar, por questão política, financeira ou social, pode, por exemplo, reduzir a alíquota de determinado imposto a zero, como também pode isentá-lo. Aplica-se, assim, o conhecimento popular de que "quem pode o mais pode o menos". Já no tocante à imunidade, é a própria Carta Constitucional que institui a vedação ao poder de tributar.

Mas, de fato, o que acaba mesmo por confundir os operadores do direito são as distinções entre cada espécie exonerativa e, nesse passo, quais consequências práticas isso poderá acarretar.

Com o objetivo de tentar esclarecer tal situação e, para isso, por primeiro, visando viabilizar a comparação das espécies desonerativas, passa-se a analisar separadamente cada qual, com suas características e peculiaridades.

2.1 Imunidade

Os diversos textos constitucionais foram tratando a imunidade de acordo com as convicções políticas e econômicas de suas épocas. Com o desenvolvimento histórico do constitucionalismo brasileiro viu-se a necessidade de garantir que algumas atividades e alguns bens e serviços não sofressem a incidência tributária. Passaram estes, pois, a ter uma proteção constitucional.

É que se o poder/direito/aptidão para a criação de tributos advém da Carta Magna, o óbice que retira tal atributo dos entes federativos também só poderia estar na Constituição.

A imunidade, assim, é a vedação total ao poder de tributar, advinda do texto constitucional. É uma regra de competência negativa.

Consoante preleciona Hugo de Brito Machado Segundo "Imunidade tributária é a limitação imposta pela Constituição à instituição de tributos sobre determinados objetos ou a serem suportados por determinados sujeitos."[2]

Para Heleno Taveira Torres

> a imunidade consiste em verdadeiros casos de *incompetência* legislativa tributária, a limitar os entes federados (órgãos legislativos), por regra jurídica de 'proibição' expressa, de alcançar determinadas pessoas, situações ou bens discriminados na Constituição Federal como hipóteses de não tributação.[3]

José Souto Maior Borges[4], por seu turno, considera que imunidade seja "hipótese de não-incidência constitucionalmente qualificada".

Na imunidade não há o nascimento da obrigação tributária, tampouco do crédito. Ela representa a própria ausência de incidência de tributos.

---

[2] MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Imunidades e isenções. *Jus Navigandi*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1302> p. 01. Acesso em 06 jun. 2008

[3] TORRES, Heleno Taveira. RDE n. 3: 207/250, 2006, p. 209.

[4] BORGES, José Souto Maior. *Teoria Geral da Isenção Tributária*. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

Cumpre salientar que, consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal, a imunidade se trata de cláusula pétrea. Nesse passo, no julgamento da ADI 939-7, ao tratar das imunidades previstas nas alíneas *b*, *c* e *d* do inciso VI do art. 150 da Constituição Federal, o julgamento refere:

> Já no que concerne à alteração, por Emenda Constitucional, do disposto na alínea "a" do mesmo inciso VI, tenho-a por não permitida pelo inciso I do §4º do art. 60 da Constituição Federal, que veda proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa do Estado.[5]

Com efeito, preleciona José Souto Maior Borges:

> Sistematicamente, através da imunidade resguardam-se princípios, idéias-força ou postulados essenciais ao regime político. Conseqüentemente, pode-se afirmar que as imunidades representam muito mais um problema do direito constitucional do que um problema do direito tributário. Analisada sob o prisma do fim, objetivo ou escopo, a imunidade visa assegurar certos princípios fundamentais ao regime, a incolumidade de valores éticos e culturais consagrados pelo ordenamento constitucional positivo e que se pretende manter livre das interferências ou perturbações da tributação.[6]

Quanto à fonte normativa da imunidade tributária, é sempre a Constituição. Isso porque a imunidade consiste em vedação ao poder de tributar, sendo que tal limitação somente pode ser determinada através da Constituição.

Aliomar Baleeiro assevera que "Toda imunidade é uma limitação constitucional ao poder de tributar, embora a recíproca não seja verdadeira".[7]

---

[5] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939-7. Rel. Ministro Sydney Sanches. 15 de dezembro de 1993. Disponível em : <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 20 jan. 2010

[6] BORGES, José Souto Maior apud ELALI, André. Sobre a imunidade tributária como garantia constitucional e como mecanismo de políticas fiscais: questões pontuais. R*evista Tributária e de Finanças Públicas* n.70 2006. p. 149.

[7] BALEEIRO, Aliomar apud MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Imunidades Tributárias***.** São Paulo: RT, 1998. p. 113.

A propósito, o entendimento de Amílcar de Araújo Falcão:

> Uma coisa é certa em qualquer que seja a hipótese: somente no texto constitucional são estabelecidas imunidades tributárias. É essa uma característica de ordem formal ou externa. Vale, pelo menos, como critério negativo para o intérprete e para o aplicador: se a hipótese não estiver prevista na Constituição, de imunidade não se tratará.[8]

E a Constituição consagra a imunidade através de uma vedação ("é vedado instituir imposto sobre…") ao poder de legislar.

Tal espécie de desoneração, ao contrário da isenção, que merece interpretação restritiva, como se verá adiante, deve ser interpretada de forma extensiva, já que tem por escopo a preservação de valores da sociedade.

Importa referir, ainda, que a imunidade tributária não pode ser recusada nem renunciada, sob pena de desequilibrar a infraestrutura do ordenamento jurídico, qual seja, a própria Constituição. E tal ocorre porque a imunidade foi consagrada constitucionalmente em razão do interesse público, resguardando valores políticos, sociais e individuais e, por isso, operando independentemente do interesse das partes.

Ao depois, a imunidade não pode ser tida como um privilégio, favor ou benefício fiscal, mormente porque a Constituição não pode ser instrumento para conceder benefícios, favores ou privilégios a quem quer que seja.

A imunidade, como já dito, foi consagrada constitucionalmente em vista do interesse público. Do contrário, o governo poderia, por exemplo, utilizar-se dos impostos para inviabilizar determinadas atividades, tornando sem efeito garantias constitucionais como a liberdade de expressão e de pensamento e a liberdade de culto, somente para citar algumas.

Quanto à abrangência da espécie exonerativa em referência, trata-se de questão que vem provocando debate na doutrina: se só se

[8] FALCAO, Amílcar de Araújo apud MARTINS, 1998. p. 114.

refere aos impostos ou se poderá haver imunidade de outras espécies tributárias.

Ives Gandra da Silva Martins entende que

> A imunidade diz respeito aos impostos. Não se aplica às outras espécies tributárias. Há uma razão para que assim seja, posto que as demais espécies são vinculadas a determinadas atividades. As taxas têm ou uma faceta contraprestacional de serviços públicos e divisíveis ou outra de exercício do poder de polícia. A contribuição de melhoria é apenas cabível em havendo melhoria do imóvel para seu pagador.
> As demais contribuições especiais vinculam-se à sua finalidade. As sociais destinadas à seguridade social, as de intervenção no domínio econômico para regulá-la e as de interesse de categorias sociais para mantê-las. Por outro lado, o empréstimo compulsório apenas se justifica nos casos de calamidade pública, guerra externa ou investimento público relevante.
> Em outras palavras, as demais espécies tributárias não podem ser objeto de imunidade constitucional porque estão vinculadas a suas finalidades específicas.[9]

Em sentido contrário, Kioshi Harada sustenta

> Em termos de doutrina tradicional, a imunidade vem conceituada como vedação ao poder fiscal de instituir *impostos*. Daí a generalização da idéia de que a imunidade só se refere a essa espécie tributária. Entretanto, a nossa Carta Política prevê a hipótese de imunidades de outras espécies tributárias. O artigo 151, I, conhecido como princípio da uniformidade geográfica, contempla a imunidade do tributo como gênero. O §3º do artigo 155, por sua vez, prescreve a imunidade de qualquer *outro tributo* nas operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do país, ressalvadas as incidências do ICMS, do Imposto de Importação e do Imposto de Exportação. Finalmente, o §7º do artigo 195 da CF isenta de contribuição social para a seguridade social (imuniza) as entidades beneficentes de assistência social. Por isso, melhor conceituar a imunidade como limitação constitucional ao poder de tributar.[10]

[9] MARTINS, Ives Gandra da Silva; BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 172.
[10] HARADA, Kioshi apud FRANCO, Marcos Vinícius Lima. *Ciência Jurídica*, n. 110, 2003, p. 44.

Heleno Taveira Torres, classificando as imunidades, quanto ao aspecto material, em imunidades propriamente ditas – são aquelas garantias materiais ao federalismo ou a direitos individuais, protegidos por cláusula pétrea – e imunidades impróprias – aquelas destinadas a simples campos de desoneração fiscal, expressamente designados na Constituição – afirma que ambas as modalidades indistintamente aplicam-se a impostos, taxas ou contribuições:

> Assim, no caso das *imunidades propriamente ditas*, a Constituição reservou para os impostos as disposições do art. 150, VI, e §§2º a 4º, da CF; para as *contribuições previdenciárias*, o teor do art. 195, §7º; e para as *taxas,* na proteção dos direitos fundamentais, os arts. 5º, XXXIV, LXXVI e LXXVII; 208, I, e §1º; 226, §1º, da CF. E no que concerne às *imunidades impróprias*, que são simples casos de desoneração previstos na Constituição, estas vêem-se também distribuídas por distintos *impostos* (ex: 153, §3º, III, e §4º, II; 155, §2º, X; 156, §3º, II; 184, §5º, da CF), *contribuições* (ex.: arts. 149, §2º; 195, II, e 201, da CF) ou *taxas* (ex.: 230, §2º, da CF).[11]

Quanto à classificação da imunidade, esta pode ser objetiva ou subjetiva. A objetiva refere-se à coisa (*res*), que basicamente recai na hipótese da alínea *d* do art. 150, VI, da Constituição Federal, ao passo que a subjetiva se dá em razão da pessoa (*intuitu personae)*, sendo facilmente reconhecida a sua previsão nas alíneas *a* e *c*, todas do artigo 150, VI, da Magna Carta.

Heleno Taveira Torres discorda desta classificação sob o argumento de que as imunidades não incidem sobre coisas (ditas objetivas) e que todas seriam subjetivas e dirigidas, ao mesmo tempo, mediata e imediatamente, aos sujeitos indicados. Toda imunidade, segundo preleciona o doutrinador, portanto, seria subjetiva, mesmo aquelas que alcancem bens (livros, jornais), já que somente os beneficiários correlatos poderiam usufruir do seu benefício protetivo.

[11] TORRES, 2006, p. 210/11.

Cumpre, ainda, referir que existem imunidades espalhadas por todo o texto da Constituição Federal, embora estejam mais concentradas no art. 150, VI. E, algumas vezes, como se verá adiante, as imunidades estão escondidas sob o *nomen juris* de "isenção" ou "não-incidência".

Observe-se, por fim, que a lei pode ser necessária para estabelecer critérios a serem atendidos para aquela atividade considerada como apta a enquadrar-se na hipótese do benefício, mas o gozo da imunidade independe de lei concessiva, isto é, basta a existência da previsão constitucional.

2.2 Isenção

Há várias correntes de entendimento acerca da isenção.

Sacha Calmon Navarro Coelho[12] entende que a isenção, assim como a imunidade, não exclui o crédito, mas obsta a própria incidência, impedindo que se instaure a obrigação.

De outro lado, expressiva corrente doutrinária, como Bernardo Ribeiro de Moraes, Amílcar de Araújo Falcão, Rubens Gomes de Sousa, José Washington Coelho, Cláudio Martins, Walter Paldes Valério e Fábio Fanucchi vêem a isenção como mera dispensa legal de pagamento de tributo devido. Para estes doutrinadores, dá-se a obrigação e nasce o crédito, mas o credor dispensa o pagamento. Assim, em um primeiro momento ocorreria o fato gerador instituindo a obrigação tributária e o crédito tributário e, em um segundo momento, o Estado, através de uma regra jurídica de isenção, dispensaria o pagamento do tributo surgido.[13]

José Souto Maior Borges, por seu turno, prefere ver a isenção de modo diferente, como excludente de obrigação:

[12] COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988*. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 144.

[13] Ib. Id. p. 144/5.

A norma que isenta é assim, uma norma limitadora ou modificadora: restringe o alcance das normas jurídicas de tributação; delimita o âmbito material ou pessoal a que deverá estender-se o tributo ou altera a estrutura do próprio pressuposto da incidência.[14]

Na mesma linha, observa Hugo de Brito Machado:

> Embora tributaristas de renome sustentem que a isenção é a dispensa legal de tributo devido, pressupondo, assim, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, na verdade ela *exclui* o próprio fato gerador. A lei isentiva retira uma parcela da hipótese de incidência da lei de tributação. Isenção, portanto, não é propriamente *dispensa* de tributo devido.[15]

A isenção, então, significaria a retirada por lei de parcela da hipótese de incidência da norma tributária.

Gize-se que ao atribuir a competência para tributar a Constituição Federal não apenas permite, como também programa, muitas vezes, a abstenção do exercício desta competência pela via da isenção.

E, para tanto, a Constituição estabelece princípios, como o da legalidade e da isonomia tributária, os quais vinculam a legislação ordinária e complementar na disciplina das isenções. De consequência, as isenções estão sujeitas a condicionamentos idênticos aos que são estabelecidos para a instituição de tributos, revelando-se, assim, a interligação entre o regime jurídico do tributo e o das isenções. Nesse ponto, aliás, José Souto Maior Borges sintetiza muito bem a questão ao referir que "O poder de isentar é o próprio poder de tributar visto ao inverso".[16]

A isenção tributária também é encarada como uma renúncia pelo próprio ente público detentor da competência impositiva, o qual deixa de exercer o seu poder tributário, consideradas as circunstâncias peculiares e autorizatórias à concessão do benefício fiscal.

---

[14] BORGES, 2007, p. 190.

[15] MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário***.** 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 193.

[16] BORGES, op. cit., p. 31.

Sobre as isenções tributárias, importa referir, como bem salientado por José Souto Maior Borges, que estas são concedidas visando primária e diretamente ao interesse público e apenas secundária ou indiretamente o interesse particular. Essa observação serve, inclusive, para as isenções subjetivas.[17]

É que, como a tributação deve sempre atender aos princípios da generalidade e da igualdade, a isenção, em se tratando de regra de direito excepcional[18], deve ser justificada por motivos de interesse público.

Ao depois, em se tratando a isenção de uma concessão – ou, como alguns operadores do direito preferem denominá-la, de um *privilégio* -, é natural que deva ser interpretada em sentido estrito. Nesse sentido é o teor do art. 111, II, do CTN:

> Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:
> (…)
> II – outorga de isenção;
> (…)"

Aliás, no ponto, é de ser ponderado, mais uma vez, que a isenção tributária, assim como a instituição do imposto, é utilizada visando o intervencionismo econômico e social.

Ainda, trata-se a isenção, segundo considerável setor doutrinário, de ato de renúncia ao poder de tributar. No entanto, apenas quando se considere tal espécie exonerativa como autolimitação legislativa, poderá ser esta tida como renúncia ao referido poder. Já nos casos em que a isenção seja heteronomamente imposta aos Estados e Municípios, pois estabelecida pela União em lei complementar à Constituição Federal, não seria possível caracterizá-la como hipótese específica de renúncia.[19]

Assim, a isenção pode alternativamente originar-se de uma norma instituída pelo próprio poder competente para a edição da

[17] BORGES, 2007, p. 64.

[18] Porque subtrai bens ou pessoas ao princípio da generalidade da tributação.

[19] BORGES, op. cit., p. 158.

norma obrigacional tributária ou por outro poder. Quando o poder que tributa isenta, dá-se a simetria entre o poder de tributar e o de isentar.

Importa, de outro lado, observar que a doutrina recomenda a abstenção da isenção de taxas e contribuições de melhorias a título de estímulo, porquanto tais tributos são tidos como contraprestacionais. O Código Tributário Nacional, inclusive, em seu art. 177, I, salienta que, em não havendo disposição em contrário, a isenção não é extensiva às taxas e às contribuições de melhoria.[20]

Relativamente às isenções, cabe, ainda, referir que é usual o estabelecimento de normas gerais acerca de isenções, as chamadas "leis de incentivo fiscal", que são implementadas caso a caso através de contratos firmados entre a unidade tributante e as empresas interessadas.

De ser ressaltado, por último, que tanto a competência para tributar como a competência para isentar estão sujeitas ao princípio da legalidade (art. 5º, II, e 150, I, da CF/88), de sorte que a Constituição não deixa dúvidas no sentido de que ninguém deve recolher o tributo, ou deixar de fazê-lo (isenção), total ou parcialmente, senão em virtude de lei.

2.3 Não-incidência

Ao contrário da incidência, a não-incidência afigura-se como a inexistência de disposição legal prevendo ocorrência fática passível de incidência. Ou, ainda, de acordo com o magistério de Alfredo Augusto Becker, significa que o acontecimento deste ou daquele fato é insuficiente, ou excedente, ou simplesmente estranho para a realização da hipótese de incidência da regra jurídica.[21]

Não incidir implica não tributar consoante as normas postas.

[20] Art. 177: Salvo disposição de lei em contrário, a isenção não é extensiva:
I – às taxas e às contribuições de melhoria;
(…)

[21] BECKER, Alfredo Augusto *apud* REGNER, João Roberto Santos. *A Norma de Isenção Tributária.* São Paulo: Resenha Tributária, 1975, p. 44.

E o detalhamento da incidência se dá em nível de legislação complementar e ordinária.

Para Hugo de Brito Machado

> a não-incidência configura-se em face da própria norma de tributação, ou norma descritora da hipótese de incidência do tributo. Esta norma descreve a situação de fato que, se e quando realizada, faz nascer o dever jurídico de pagar o tributo. *Tudo o que não esteja abrangido por tal descrição constitui hipótese de não-incidência tributária.* Em outras palavras, tudo o que não é hipótese de incidência tributária é, naturalmente, hipótese de não-incidência tributária. Objeto, pois, da não-incidência são todos os fatos que não estejam abrangidos pela própria definição legal da hipótese de incidência. [22]

Segundo Fernando Facury Scaff, existem vários momentos para o estabelecimento da não-incidência, sendo que um deles ocorre no âmbito constitucional. Tal seria o caso, por exemplo, da Constituição Federal que, até o presente momento, não criou imposto sobre a propriedade de bicicletas, em que pese a existência do imposto sobre a propriedade de veículos automotores (IPVA). De outro lado, outro momento da não-incidência pode ser verificado no âmbito da legislação infraconstitucional, quando o legislador não esgota as possibilidades que a Constituição lhe atribui, podendo-se citar o exemplo dos Estados que não estabeleceram leis criando o IPVA sobre veículos automotores aquáticos e aéreos. [23]

Todavia, a não-incidência atual não quer dizer que futuramente não possa vir a ser criada uma incidência sobre aquela atividade.

No restante, s.m.j., a espécie exonerativa em tela nos parece dispensar maiores divagações, haja vista o fato de que a sua configuração acaba por ocorrer em inexistindo lei que incida sobre

[22] MACHADO, Hugo de Brito apud BORNIA, Eduardo. Da Não-Incidência do ICMS na Alientação de Bens Integrantes do Ativo Imobilizado. *Revista de Estudos Tributários* n. 33, 2003, p. 108.

[23] SCAFF, Fernando Facury. Cidadania e Imunidade Tributária. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Imunidades Tributárias*. São Paulo, RT, 1998, p. 492.

determinado fato, ou, sob outro prisma, em inexistindo fato a que possa a lei incidir.

Importante, por fim, a observação feita por Marco Auréio Paganella acerca do tema

> "A não-incidência, na verdade, pode ser considerada, ao mesmo tempo, como gênero e como espécie. Explica-se. A não-incidência pode decorrer de imunidade ou isenção, daí ser considerada como gênero. Como espécie, é a chamada *não-incidência pura e simples.* Nesta, o Poder Público simplesmente se abstém de tributar determinado fato econômico e/ou operação mercantil, sem exclusão de outras. É o exemplo do imposto sobre grandes fortunas, de competência da União, a qual, até por não ter, ainda, definido cabalmente o que seja, por ora, deixa sua competência, digamos, à espera de uma ação neste sentido."[24]

2.4 Alíquota Zero

A alíquota zero pode ser instituída por lei ou por decreto do Poder Executivo.

Segundo Walter Barbosa Corrêa "alíquota zero é espécie de benefício fiscal (=isenção em sentido lato), em que a exclusão do crédito provém do fato de ter sido atingido por disposição legal o elemento quantitativo (alíquota) do fato gerador."[25]

Aurélio Pitanga Seixas Filho conceitua alíquota zero como uma "técnica à disposição do legislador para limitar a ocorrência do fato gerador, tanto quanto é uma técnica, também, a exclusão pelo legislador de algum fato típico integrado na tipicidade tributária, e que não mereça ser tributado."[26]

---

[24] PAGANELLA, Marco Aurélio. As espécies exoneративas e seus respectivos efeitos sobre os mandamentos normativos tributários**.** *Jus Navigandi*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5737> p. 04. Acesso em 06 jun. 2008

[25] CORRÊA, Walter Barbosa. *Incidência, Não incidência e Isenção***.** São Paulo: Resenha Tributária, 1975, p. 42.

[26] SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. *Teoria e Prática das Isenções Tributárias***.** 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1990, p.43.

Leandro Morais Groff explicita de forma prática que

> A alíquota zero foi a solução política encontrada para impedir que os Estados perdessem arrecadação do então ICM todas as vezes que a União Federal concedesse isenção de impostos federais às importações. Isso porque, a Constituição Federal de 1967, em seu art. 20, §2º, permitia que a União Federal instituísse isenção também de impostos estaduais e municipais. Por outro lado, a concessão de isenção de imposto federal às importações implicava isenção do imposto estadual (o então "ICM"). Havia, desde aquela época, claro conflito de interesses entre a União Federal e os Estados federados: interessava à União Federal estimular as importações por meio da desoneração do imposto de importação, mas não interessava aos Estados federados perder a arrecadação do ICM devido na importação cada vez que o governo federal exonerava a operação. A solução encontrada foi reduzir a alíquota do imposto de importação a zero: dessa forma, a União Federal continuaria incentivando as importações, sem a necessidade de o fazer por meio de isenção, e, com isso, os Estados federados não perderiam a arrecadação do ICM. A manobra política foi tão eficaz que a matéria acabou sendo ratificada e, posteriormente, sumulada pelo Supremo Tribunal Federal" (Súmula 576 do STF, de 03/01/1977: "É lícita a cobrança do imposto de circulação de mercadoria sobre produtos importados sob o regime da alíquota zero").[27]

Sebastião de Oliveira Lima, por seu turno, afirma tratar-se a alíquota zero de um caso de incidência tributária, com surgimento da obrigação tributária, não resultando, porém, tributo a pagar, em consequência de inexistir o elemento quantitativo, distinguindo-se, assim, da isenção, pois nesta espécie não surgiria a obrigação tributária.[28]

A técnica da alíquota zero no direito tributário, pois, equivaleria a dizer, no âmbito penal, que há o crime mas não há a pena. E, da mesma forma, se poderia justificar a razão de sua existência. Assim como o que rege o direito penal seriam interesses de ordem moral ou econômica,

[27] GROFF, Leandro Morais. REVISTA TRIBUTÁRIA E DE FINANÇAS PÚBLICAS, n. 76, 2007, p. 167/168.

[28] LIMA, Sebastião de Oliveira apud SEIXAS FILHO, 1990, p. 45.

no direito tributário as razões que justificariam a utilização de tal técnica seriam de ordem econômica ou de política fiscal.

Hugo de Brito Machado, de outro lado, chega a afirmar que alíquota zero "não passa de puro eufemismo. Simples forma de burlar a lei". Isso porque "alíquota é expressão matemática que indica o número de vezes que a parte está contida no todo; logo, jamais pode ser zero".[29]

Aliomar Baleeiro, no mesmo sentido, sustenta que "zero não pode ser alíquota. Não pode haver alíquota de zero porque alíquota de zero, isto é, fração de zero, é zero. Zero de qualquer quantidade, ou número, é zero: 0/N=0. Matematicamente é isso. Juridicamente também é isso".[30]

Leandro Morais Groff faz uma síntese do entendimento do Supremo Tribunal Federal, ao longo dos últimos trinta anos, acerca da alíquota zero, o que, segundo ele, possibilita a formação de três posições bem definidas sobre o tema. A primeira delas seria a alíquota zero como um contra-sentido lógico. A segunda posição afirma que a alíquota zero e a isenção são fenômenos semelhantes. Já a terceira e última posição, a qual se filia o doutrinador, afirma que a alíquota zero e a isenção não apenas são fenômenos distintos como também irradiam efeitos diversos.[31]

O legislador tem utilizado a técnica da "alíquota zero" e do "não-tributado" nas áreas do imposto sobre produtos industrializados e do imposto de importação.

Sacha Calmon Navarro Coelho esclarece que o IPI, assim como os impostos de importação e de exportação, possuem fatos geradores genéricos que atingem uma infinidade de produtos. Ocorre que nas respectivas tabelas de incidência certas alíquotas não existem, o que de modo algum significa ausência de fato gerador, mas, sim, de medida para cálculo do dever tributário.[32]

---

[29] MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário***.** 19 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 279.

[30] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RMS 18.191 (voto-vencido): relator. Ministro Themistocles Cavalcanti apud Ministro Nelson Jobim no julgamento do RE 350.446-1/PR. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 20 jan. 2010

[31] GROFF, 2007, p. 168.

[32] Coelho, 1999, p. 156.

3 PARALELO ENTRE AS ESPÉCIES EXONERATIVAS TRIBUTÁRIAS

Muito se tem discutido na doutrina acerca do exato significado das espécies exonerativas tributárias, cujos efeitos seriam idênticos, pelo menos em termos econômicos.

Como visto, ao fim e ao cabo, em todas as formas de desoneração inexiste o dever prestacional tributário, aspecto que justifica o paralelismo entre as instituições.

Para Paulo de Barros Carvalho, contudo, o paralelismo não se justificaria, pelo menos com relação à imunidade e à isenção:

> O paralelo não se justifica. São proposições normativas de tal modo diferentes na composição do ordenamento positivo que pouquíssimas são as regiões de contacto. Poderíamos sublinhar tão-somente três sinais comuns: a circunstância de serem normas jurídicas válidas no sistema; integrarem a classe das regras de estrutura; e tratarem de matéria tributária. Quanto ao mais, uma distância abissal separa as duas espécies de unidades normativas. O preceito de imunidade exerce a função de colaborar, de uma forma especial, no desenho das competências impositivas. São normas constitucionais. Não cuidam da problemática da incidência, atuando em instante que antecede, na lógica do sistema, ao momento da percussão tributária. Já a isenção se dá no plano da legislação ordinária. Sua dinâmica pressupõe um encontro normativo, em que ela, regra de isenção, opera como expediente redutor do campo de abrangência dos critérios da hipótese ou da conseqüência da regra-matriz do tributo, (...)
>
> São categorias jurídicas distintas, que não se interprenetram, mantendo qualquer tipo de relacionamento no processo de derivação ou de fundamentação, a não ser em termos muito oblíquos e indiretos.
>
> A conclusão é no sentido de que não se pode delinear paralelismo entre as mencionadas instituições, como o faz a doutrina brasileira. [33]

[33] CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário.* 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p.182.

Concordamos que sob o aspecto jurídico referidas categorias praticamente não se encontram, sendo que o relacionamento que acabam mantendo – e, por isso, nos parece a usual tentativa de constatar eventuais pontos comuns entre as espécies - se dá justamente em virtude da inexistência do dever prestacional tributário, ou seja, apenas sob o ponto de vista econômico.

Entendemos, contudo, válida a tentativa de traçar um paralelo entre as espécies, inclusive tentando aí incluir a não-incidência e a alíquota zero, dadas as frequentes confusões legislativas, jurisprudenciais e doutrinárias ocorridas entre as espécies.

Importa ponderar, neste compasso, que dentre as formas previstas para a desoneração fiscal, uma única tem índole constitucional, que é justamente a imunidade. Esta é, vale dizer, a única que advém diretamente do texto constitucional. As demais, ao contrário, são consequências das prescrições normativas de cada ente federativo que detém competência tributária. Não são determinação constitucional impeditiva da imposição tributária, mas, sim, verdadeiras formas do exercício das competências tributárias.

Para um setor da doutrina, os fenômenos exonerativos fulcrados na existência da obrigação que não a imunidade, vista como limitação ao poder de tributar, deveriam ser assimilados pelo conceito de isenção. Tal linha de entendimento tenderia a nominar toda uma gama de modos exonerativos, transformando em gênero o que hoje é espécie. Albino de Oliveira, nesse sentido, dá uma mostra da doutrina referida:

> O termo isenção usado pelo legislador constituinte na redação do §6º do art. 23, numa interpretação sistemática da Constituição, deve ser ampliado de modo a compreender quaisquer benefícios tributários, entendidos estes como sendo os concedidos no âmbito da relação jurídica obrigacional entre o fisco e contribuinte, antes de sua extinção pelo pagamento do imposto. Tal ampliação, entretanto, não permite abarcar também as vantagens financeiras, outorgadas em momento lógico e cronologicamente posterior ao da extinção do crédito tributário (...)[34]

[34] OLIVEIRA, Albino apud COELHO, 1999, p. 157.

Sacha Calmon Navarro Coelho* discorda de tal posicionamento sob o argumento de que ao procurar estender o conceito de isenção a toda e qualquer fórmula exonerativa contida no desenho obrigacional, a posição em exame assimila figuras afins, o que não é adequado, pois deve-se reservar à isenção o sentido que lhe é peculiar. E as demais figuras exonerativas devem ganhar cada qual seu sentido próprio.

Nesse sentir, parece-nos que o equívoco mais frequente entre as espécies exonerativas tributárias diz respeito à diferença existente entre a imunidade e a isenção.

A própria Constituição Federal ora se refere à imunidade, em lugar de isenção, ora se refere à isenção em lugar de imunidade, haja vista a confusão operada pelo legislador constituinte.

Nesse ponto, o que primeiro se deve atentar é que a imunidade é matéria de ordem constitucional, consubstanciando uma dispensa constitucional de pagamento de tributo, ao passo que a isenção, por seu turno, se materializa em dispensa legal de pagamento de tributo, decorrente de lei complementar ou ordinária.

Destarte, enquanto a imunidade seria conceituada como não-incidência constitucionalmente qualificada, a isenção poderia ser a dispensa legalmente qualificada, estando no campo da incidência tributária. A imunidade, pois, se apresenta como uma limitação ao poder impositivo de um ente público, obstaculizando o nascimento da obrigação tributária. Já a isenção corresponde a dispensa de um tributo pelo órgão que poderia, normalmente, exigi-lo.

Hugo de Brito Machado afirma que o que diferencia essencialmente a isenção da imunidade é a posição desta última em plano hierárquico superior. Preleciona o doutrinador:

> Daí decorrem conseqüências de maior importância, tendo-se em vista que a imunidade, exatamente porque estabelecida em norma residente na Constituição, corporifica princípio superior dentro do ordenamento jurídico, a servir de bússola para o intérprete, que ao buscar o sentido e o alcance da norma imunizante não pode ficar preso à sua literalidade.[35]

[35] MACHADO, 2002, p.194/5.

De outro lado, a isenção, por ser exceção à regra, que é a incidência do tributo, deve ser interpretada restritivamente. Já a imunidade, por ser concedida por norma constitucional, deve ser interpretada de forma extensiva, observando-se outros princípios contidos na Constituição e a finalidade a que foram concedidas.

Com efeito, na isenção a hipótese de incidência ou fato gerador acontece, nascendo, de consequência, a obrigação tributária, mas o lançamento do tributo é dispensado. Já na imunidade não há se falar em relação jurídico-tributária, pois a regra imunizadora está fora do âmbito da incidência.

Ainda, importa referir que a não-incidência se caracteriza pelo fato de que o acontecimento fático não corresponde à descrição legal, faltando elementos para a tipicidade. E justamente por isso se diz que a imunidade é uma não-incidência constitucionalmente qualificada, pois o óbice à incidência de tributos sobre determinados fatos e situações decorre da Carta Constitucional.

Outro diferenciador destas duas figuras jurídicas consistiria no caráter permanente da imunidade, em confronto com o caráter de transitoriedade da isenção, embora a regra isentiva também seja, muitas vezes, classificada como permanente, quando não encerre prazo pré-estabelecido de vigência.

Ainda, a imunidade não pode ser revogada por lei ordinária, mas apenas mediante alteração do texto constitucional, ao passo que a regra de isenção permite sua revogação a qualquer tempo.

De salientar-se que a imunidade pressupõe inexigibilidade total às obrigações, sejam principais ou acessórias e que a isenção, de outro lado, apenas alcança, via de regra, as obrigações principais, sendo lícito ao legislador exigir o cumprimento das obrigações ou deveres acessórios.[36]

Sob o ponto de vista teleológico, Sacha Calmon Navarro Coelho chama a atenção para o fato de que enquanto a imunidade se liga a

[36] REGNER, 1975, p.74.

valores caros que se pretende sejam duradouros, a isenção veicula interesses mais comuns, por si só mutáveis.[37]

Destarte, não há como confundir-se as duas figuras, a não ser quando se pretenda emprestar-lhes a feição de regras de não-incidência.

Existem imunidades espalhadas por todo o texto da Constituição Federal – embora estejam mais concentradas no art. 150, VI. E, algumas vezes, como se verá adiante, as imunidades estão escondidas sob o *nomen juris* de "isenção" ou "não-incidência".

Relativamente à isenção e a não-incidência, Hugo de Brito Machado as distingue de forma exemplificativa:

> Isenção é a exclusão, por lei, de parcela da hipótese de incidência, ou suporte fático da norma de tributação, sendo objeto da isenção a parcela que a lei retira dos fatos que realizam a hipótese de incidência da regra de tributação. A *não-incidência,* diversamente, configura-se em face da própria norma de tributação, sendo objeto da não incidência todos os fatos que não estão abrangidos pela própria definição legal da *hipótese de incidência*.
>
> O imposto de importação, por exemplo, tem como *hipótese de incidência* a entrada de produtos estrangeiros no território nacional (CTN, art. 19). Assim, qualquer fato compreendido nessa hipótese constitui caso de *não incidência* do tributo. Já a isenção é a retirada, por lei, de parte da hipótese de incidência. Alguns produtos cuja entrada no território nacional ensejaria a incidência do tributo podem ficar *isentos* desta, por expressa determinação legal. A regra jurídica de isenção não configura uma dispensa legal de tributo devido, mas uma exceção à regra jurídica de tributação. E exatamente por constituir uma exceção é que ela deve ser interpretada literalmente (CTN, art. 111). Já a *não incidência* é tudo o que está fora da hipótese de incidência. Não foi abrangido por esta. Resulta da própria regra jurídica de tributação que, definindo a hipótese em que o tributo é devido, por exclusão define aquelas em que não é.[38]

Já outra diferença que nos parece necessário enfatizar é aquela existente entre a isenção e a alíquota zero. A confusão entre ambas

[37] COELHO, 1999, p. 143.
[38] MACHADO, 2002, p.193/4.

chega, algumas vezes, à equiparação dos institutos.

Não se pode perder de vista que embora possuam pontos em comum, tais como a existência de previsão constitucional - respectivamente, art. 153, §1º e art. 150, §6º, da CF -, as espécies desonerativas são distintas.

Na alíquota zero é possível visualizar toda a cadeia constitutiva do crédito, sendo que na hipótese de incidência um dos seus aspectos – a alíquota – é igual a zero, o que resulta em uma exigibilidade nula. Diferentemente, na isenção, não há a formação da cadeia de construção do crédito.

Ainda, a alíquota zero pode ser estabelecida pelo Poder Executivo, em face de uma política econômica governamental (art. 4º do DL nº 1.199/1971). A isenção, por sua vez, se submete ao princípio da legalidade estrita, só podendo ser concedida por meio de lei (ordinária ou complementar).

Assim, ao passo que a isenção é utilizada para o imposto de renda, por exemplo, a alíquota zero é utilizada para o imposto de importação, imposto de exportação, imposto sobre produtos industrializados e imposto sobre operações financeiras, observando-se que o instituto da alíquota zero se torna bem mais visível por ser mais célere e flexível, requisitos essenciais para regular situações que demandem uma maior agilidade pelo poder público, tal como questões cambiais.

Já para Leandro Morais Groff

> sempre que a alíquota (ou base de cálculo) for reduzida a zero, não há que se falar em isenção, posto que sempre existirá o zero a saturar a estrutura da regra-matriz de incidência tributária. Isso ocorre porque o zero, no sentido numérico, é diferente do zero no sentido de ausência.[39]

Referido doutrinador entende que, ao passo que a isenção mutila parcialmente a regra-matriz de incidência tributária, a alíquota zero compõe a mesma estrutura.

[39] GROFF, 2007, p. 170.

Sacha Calmon Navarro Coelho, da mesma forma, entende tratar-se a isenção e a alíquota zero de institutos profundamente distintos. Nesse ponto, a isenção exclui da condição de "jurígeno" fato ou fatos. Já a alíquota, trata-se de elemento de determinação quantitativa do dever tributário. Se é zero, não há o que pagar.[40]

O Supremo Tribunal Federal esclarece a distinção entre isenção e alíquota zero tendo em vista a sua finalidade: ambas estariam por representar técnicas de que se vale o legislador para intervir no domínio econômico. Segue transcrição de trecho de voto do relator:

> A CF autoriza o Poder Executivo a alterar a alíquota, podendo chegar a zero, por mero decreto (art. 153, §1º).
> Tal não se passa com a isenção, que depende de lei (CTN, art. 176).
> Operando mediante Decreto, com a graduação da alíquota podendo chegar a zero – o Poder Executivo fica com agilidade para intervir, via política fiscal, nas operações do mercado.
> Daí a necessidade do legislador em criar as duas figuras – isenção e alíquota zero.
> Questão de agilidade na intervenção do mercado.
> (Por isso não concordo com Paulo de Barros Carvalho quando fala em '*falhas no produto legislado*' ao referir-se às figuras da isenção e da alíquota zero).
> Tanto a isenção quanto a alíquota-zero são duas técnicas intervencionistas de mercado adotadas em um mesmo tributo – IPI.
> Seja por razões de política monetária.
> Seja por razões de política cambial ou, mesmo industrial.[41]

No RE nº 76.284, por seu turno, a Corte Constitucional refere que as

> decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal distinguiram a isenção da tarifa livre ou zero por entender que a figura da

[40] COELHO, 1999, p. 157.

[41] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 650.446-1/PR, transcrição parcial do relator, p. 719. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 03 de fev. 2010
Outras decisões do STF que também entendem que isenção e alíquota zero não se confundem: RE nº 72.433, RTJ 63/468, RMS nº 18.191, RTJ 47/781, RE nº 72.452, RMS nº 18.616, REMS nº 18.618, RE nº 73.986, RTJ 62/809, RE nº 72.872, RE nº 66.567.

> isenção tem como pressuposto a existência de uma alíquota positiva e não a tarifa neutra, que corresponde à omissão da alíquota do tributo.

E mais:

> Se a isenção equivale à exclusão do crédito fiscal (CTN, art. 97, VI) o seu pressuposto inafastável é o de que exista uma alíquota positiva que incida sobre a importação da mercadoria. A tarifa livre ou zero, não podendo dar lugar ao crédito fiscal exclui a possibilidade da lei de isenção.

E a doutrina, como visto, continua divergindo sobre a classificação dessas duas técnicas de exoneração de tributos.

De um lado, Fernando Albino de Oliveira, citado por Fernando Netto Boiteux, entende que não só os efeitos econômicos como também os jurídicos são idênticos em ambos os casos. De outro lado, Sacha Calmon Navarro Coelho, também citado por Fernando Netto Boiteux, mesmo reconhecendo que a exoneração tributária representa um gênero cujos contornos não foram ainda definidos, recusa-se a confundir as categorias jurídicas com os seus efeitos econômicos, reconhecendo que isenção e alíquota zero são ontologicamente diversas.[42]

E, para finalizar, Ives Gandra Martins, ao reconhecer a existência de quatro formas desonerativas – imunidade, isenção, não-incidência e alíquota zero – salienta:

> A imunidade é o mais relevante dos institutos desonerativos. Corresponde à vedação total ao poder de tributar. A imunidade cria área colocada constitucionalmente, fora do alcance impositivo, por intenção do constituinte, área necessariamente de salvaguarda absoluta para os contribuintes nela hospedados. A relevância é de tal ordem que a jurisprudência tem entendido ser impossível a adoção de interpretação restritiva a seus comandos legais sendo, obrigatoriamente a exegese de seus dispositivos ampla.[43]

[42] BOITEUX, Fernando Netto. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 140, 2007, p. 32.

[43] MARTINS, 1998, p. 274.

4 ANÁLISE DE EXEMPLOS EXTRAÍDOS DA LEGISLAÇÃO E DA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA RELATIVAMENTE ÀS ESPÉCIES EXONERATIVAS TRIBUTÁRIAS

Primeiramente, no tocante à distinção entre a imunidade e a isenção, cumpre assinalar, como visto, que efetivamente existe diferença entre as espécies.

Tal distinção, contudo, nem sempre é respeitada, nem mesmo pela Carta Constitucional, que, como se verá, nem sempre observa a boa técnica ao referir-se aos institutos, fazendo uso de imprecisões vocabulárias em algumas situações.

Com efeito, ainda que na Constituição esteja escrito que determinada situação seja de *isenção,* na verdade de isenção não se cuida, mas de *imunidade*. Exemplo disso é o teor do disposto no art. 195, §7º, da Constituição Federal. Da mesma forma poder-se-ia citar os arts. 149, §2°, I ("não incidirão"), 156, §3º, II ("excluir da sua incidência"), 153, §3º, III ("não incidirá"), 155, §2º,X ("não incidirá") e art. 5, XXXIV ("independentemente do pagamento de taxas"), todos da Carta Constitucional. Saliente-se que o primeiro dispositivo trata de contribuição para a seguridade social, o segundo trata de contribuição social e de intervenção no domínio econômico, ao passo que o último cuida do pagamento de taxas. Os demais referem-se a hipóteses de impostos.

De outro viés, se a lei porventura referir-se à hipótese de imunidade, sem estar reproduzindo norma da Constituição, a hipótese não será de imunidade, mas de isenção.

Por conseguinte, pode ocorrer de a lei ordinária apenas reproduzir preceitos imunitórios. Para José Souto Maior Borges, a lei que transcreve em mera repetição dispositivos constitucionais de imunidade incorre em simples *bis in idem* defensável por motivos de conveniência didática, administrativa e até mesmo de ordem sistemática.[44]

[44] BORGES, 2007, p. 103.

Também é possível perceber que o legislador muitas vezes trata como de não-incidência casos de isenção. E isto efetivamente tem gerado dúvidas intermináveis. Assim é que alguns agentes do fisco, por desconhecerem a distinção entre isenção e não-incidência, só reconhecem situações de não-incidência diante de regra jurídica expressa.

Ocorre que não se há de exigir regra jurídica definindo a hipótese de incidência, isto é, a hipótese que se e quando concretizada, será devido o tributo, e tudo que como tal não esteja definido será, obviamente, hipótese de não-incidência.

A propósito, segue aresta de decisão do Supremo Tribunal Federal, que trata da isenção ou não-incidência do ICMS:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 268, DE 02 DE ABRIL DE 1990, DO ESTADO DE RONDÔNIA, QUE ACRESCENTOU INCISO AO ARTIGO 4º DA LEI 223/89. INICIATIVA PARLAMENTAR. NÃO-INCIDÊNCIA DO ICMS INSTITUÍDA COMO ISENÇÃO. VÍCIO FORMAL DE INICIATIVA: INEXISTÊNCIA. EXIGÊNCIA DE CONVÊNIO ENTRE OS ESTADOS E O DISTRITO FEDERAL.
> 1. A reserva de iniciativa do Poder Executivo para tratar da matéria tributária prevista no artigo 61, §1º, inciso II, letra "b", da Constituição Federal, diz respeito apenas aos Territórios Federais. Precedentes.
> 2. A não-inciência do tributo equivale a todas as situações de fato não contempladas pela regra jurídica da tributação e decorre da abrangência ditada pela própria norma.
> 3. A isenção é a dispensa do pagamento de um tributo devido em face da ocorrência de seu fato gerador. Constitui exceção instituída por lei à regra jurídica da tributação.
> 4. A norma legal impugnada concede verdadeira isenção do ICMS, sob o disfarce de não-incidência.
> 5. O artigo 155, §2º, inciso XII, alínea "g", da Constituição Federal, só admite a concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais por deliberação dos Estados e do Distrito Federal, mediante convênio. Precedentes.
> Ação julgada procedente, para declarar inconstitucional o inciso VI do artigo 4º da Lei 223, de 02 de abril de 1990,

> introduzido pela Lei 268, de 02 de abril de 1990, ambas do Estado de Rondônia.[45]

E, no corpo do acórdão, o Ministro Relator Maurício Corrêa faz a distinção:

> (…)
> Quanto ao mérito é essencial que se defina, inicialmente, qual a natureza da previsão legal impugnada, se isenção ou, como formalizada, espécie de não-incidência.
> A isenção ocorre quando a lei exclui das hipóteses de incidência uma parcela do conteúdo fático da regra de tributação. Retrata, em outras palavras, a dispensa do pagamento de um tributo devido em face da ocorrência de seu fato gerador. Instaura-se a relação jurídico-tributária e existe a obrigação, mas a lei promove a exclusão do crédito tributário. Segundo Hugo de Brito Machado, "*isenção é exceção feita por lei à regra jurídica da tributação*".
> A não-incidência, por sua vez, equivale a todas as situações de fato não contempladas pela regra jurídica da tributação e decorre da abrangência ditada pela própria norma. Pode ser simples "*se resulta da clara inocorrência do suporte fático da regra de tributação; ou juridicamente qualificada, se existe regra jurídica expressa dizendo que não se configura, no caso, a hipótese de incidência tributária*". Essencial, portanto, que o fato analisado, ainda que explicitado em lei, não configure circunstância em que o tributo é devido, pois caso contrário estar-se-ia diante de caso de isenção.
> O caput do artigo 4º da lei instituidora do imposto, que teve um inciso acrescido pela norma impugnada, disciplina situações que denomina não-incidência (fl. 15). O teor do dispositivo, no entanto, caracteriza-o como sendo de isenção tributária. O imposto, na fração de interesse, tem como fato gerador a circulação de mercadorias e, mais especificamente, a "*entrada no estabelecimento de contribuinte de mercadoria oriunda de outro Estado, destinada a consumo ou ativo fixo*" (Lei Estadual 233/89, artigos 2º e 3º , inciso II – fls. 12/13). O inciso VI, do artigo 4º, narra a circunstância de "*operação que destina mercadoria a empresas concessionárias de serviço público estadual desde que para uso*

[45] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 286-4. Relator Ministro Maurício Corrêa. 22 de maio de 2002. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 03 fev. 2010.

> *e consumo próprio ou integralização no ativo fixo"*, hipótese de fato em que o imposto é, em regra, devido. Sua exclusão somente se viabiliza, portanto, pela isenção.
> Com razão, pois, o deferimento cautelar ao afirmar que a norma legal impugnada concedeu verdadeira isenção do ICMS, sob a denominação de "não-incidência" (fl. 93), conclusão também a que chegou o *Parquet* (fl. 118).
> (...)[46]

Existem, de outro lado, situações em que poderiam ser suscitadas dúvidas acerca da configuração, ou não, da hipótese de incidência tributária. Nestas situações o legislador, afastando as dúvidas, diz expressamente que o tributo *não incide*. São hipóteses de não-incidência legal, ou de direito.

Já no tocante ao paralelo entre isenção e alíquota zero, o STF[47], no julgamento do Recurso Extraordinário nº 475551, aduziu que embora os institutos tenham natureza distinta, a consequência é a mesma em razão da desoneração do tributo, como se vê a seguir:

> IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI. INSUMOS OU MATÉRIAS PRIMAS TRIBUTADOS. SAÍDA ISENTA OU SUJEITA À ALÍQUOTA ZERO. ART. 153, § 3º, INC. II, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ART. 11 DA LEI N. 9.779/1999. PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE. DIREITO AO CREDITAMENTO: INEXISTÊNCIA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. 1. Direito ao creditamento do montante de Imposto sobre Produtos Industrializados pago na aquisição de insumos ou matérias primas tributados e utilizados na industrialização de produtos cuja saída do estabelecimento industrial é isenta ou sujeita à alíquota zero. 2. A compensação prevista na Constituição da República, para fins da não cumulatividade, depende do cotejo de valores apurados entre o que foi cobrado na entrada e o que foi devido na saída: o crédito do adquirente se dará em função do montante cobrado

[46] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 286-4. Relator. Ministro Maurício Corrêa. 22 de maio de 2002. Disponível em : <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 03 de fev. 2010.

[47] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 475551, Relator. Ministro Cezar Peluso. 06 de maio de 2009. Disponível em : <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 02 de fev. 2010.

> do vendedor do insumo e o débito do adquirente existirá quando o produto industrializado é vendido a terceiro, dentro da cadeia produtiva. 3. **Embora a isenção e a alíquota zero tenham naturezas jurídicas diferentes, a consequência é a mesma, em razão da desoneração do tributo**. 4. O regime constitucional do Imposto sobre Produtos Industrializados determina a compensação do que for devido em cada operação com o montante cobrado nas operações anteriores, esta a substância jurídica do princípio da não cumulatividade, não aperfeiçoada quando não houver produto onerado na saída, pois o ciclo não se completa. 5. Com o advento do art. 11 da Lei n. 9.779/1999 é que o regime jurídico do Imposto sobre Produtos Industrializados se completou, apenas a partir do início de sua vigência se tendo o direito ao crédito tributário decorrente da aquisição de insumos ou matérias primas tributadas e utilizadas na industrialização de produtos isentos ou submetidos à alíquota zero. 6. Recurso extraordinário provido. (grifo nosso)[48]

De outro lado, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul demonstra o tratamento diverso dado à situação fática quando em jogo a aplicação de uma ou outra espécie exonerativa tributária:

> APELAÇÃO CÍVEL. IPTU. EXCEÇÃO DE EXECUTIVIDADE. ISENÇÃO. PARCELAMENTO. **TRATANDO-SE DE ISENÇÃO, FORMA DE EXCLUSÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO (CTN, ART. 175, I), A INTERPRETAÇÃO É RESTRITIVA.** NADA OBSTA QUE O ENTE TRIBUTANTE ESTABELEÇA CONDIÇÕES, A SEREM VERIFICADAS EM PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PROVOCADO PELO CONTRIBUINTE. **O DIREITO NÃO É AUTOMÁTICO, COMO SE FORA IMUNIDADE OU NÃO-INCIDÊNCIA,** MATÉRIA CONSTITUCIONAL. ADEMAIS, CONFISSÃO DE DÍVIDA COM PARCELAMENTO PAGO EM DIA. APELO PROVIDO[49].
>
> E, no corpo do acórdão:
> (...)

[48] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 475551, Relator. Ministro Cezar Peluso. 06 de maio de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 20 de fev. 2010.

[49] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70029794021, Primeira Câmara Cível, Relator Des. Irineu Mariani, julgado em 12/08/2009.

> Cuida-se de isenção que mais se assemelha à imunidade posto constar do §2º do art. 156, inc. I, da Constituição de qualquer modo concedida sob condição resolutiva. Nas circunstâncias, porém, por conta do que apurado pela perícia e na resposta ao pedido de esclarecimentos número quatro, constante à fl. 520, tenho que a atividade preponderante é a incorporação de imóveis e a construção e incorporação, por isso ao abrigo da imunidade.
> (...)[50]

Trazidos, pois, alguns exemplos dando conta dos variados entendimentos no âmbito legal e jurisprudencial sobre o tema, passa-se à análise das consequências práticas da aplicação de tais espécies desonerativas.

5 DAS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DA APLICAÇÃO DAS ESPÉCIES EXONERATIVAS TRIBUTÁRIAS

No presente trabalho, primeiramente, se viu a caraterização e a conceituação das espécies exonerativas tributárias, uma a uma.

Na segunda parte, se buscou diferenciá-las naqueles pontos em que a linha de distinção se revela tênue.

No contexto, e em prosseguimento, procurou-se analisar e pinçar situações exemplificativas encontradas na lei e na jurisprudência em que a distinção entre os institutos é posta em xeque.

Agora, por fim, resta analisar se os eventuais equívocos ocorrentes são relevantes e se a necessária distinção entre os institutos pode acarretar consequências que não apenas estejam na teoria.

Nesse passo, ao caracterizar cada espécie desonerativa procuramos visualizar as peculiaridades que permeiam cada qual. E com supedâneo em tal contexto teórico foi possível extrair diferenças que, na prática, podem, sim, interferir nos institutos.

[50] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70029794021, Primeira Câmara Cível, Relator Des. Irineu Mariani, julgado em 12/08/2009.

A primeira vista, como se viu, as espécies exonerativas apresentam um efeito prático comum, qual seja, o não recolhimento do tributo.

Ocorre que além do efeito econômico comum às quatros espécies desonerativas, é necessário ter em mente que as diferenças que, a primeira vista, possam parecer apenas teóricas, podem, sim, acarretar diferenças na aplicação prática dos institutos.

Importa ponderar, no ponto, que o não-pagamento do tributo, de algum modo, majora os encargos tributários dos contribuintes não tocados pelas desonerações. Na verdade, havendo menos pessoas sujeitas à tributação, o espírito do legislador inevitavelmente será elevar a carga fiscal dos contribuintes.

Assim, mais uma razão para que cada espécie seja analisada e aplicada rigorosamente com as peculiaridades que lhe são atinentes, inclusive visando não fazer uso de determinado instituto em lugar de outro.

E isso porque o uso equivocado de uma espécie exonerativa pode influenciar de modo reflexo na dimensão e intensidade do efeito prático, leia-se econômico, gerado.

Senão vejamos.

A imagem da imunidade tributária, por exemplo, é indissociável ao texto constitucional e, justamente por isso, deve ser interpretada de forma extensiva, já que tem por escopo a preservação de valores da sociedade.

Já a interpretação que recebe a isenção é a restritiva, por se tratar de hipótese de concessão, que subtrai bens ou pessoas do princípio da generalidade da tributação.

Referida distinção, é perceptível, pode irradiar efeitos econômicos em dimensões distintas se analisado cada instituto com sua atinente regra de interpretação, seja extensiva, seja restritiva. Imagine-se uma situação prática em que a interpretação extensiva permite beneficiar o contribuinte, e, de outro lado, uma interpretação restritiva, em que o contribuinte não pode elastecer a norma contida no preceito, embora se o fizesse poderia se beneficiar.

Ao depois, a imunidade é espécie que opera independentemente do interesse das partes, não podendo ser recusada nem renunciada, sob pena de desequilibrar a infraestrutura do ordenamento jurídico, qual seja, a própria Constituição. Ela não pode ser revogada senão por alteração no texto constitucional. De outro lado, vê-se a isenção, que pode ser revogada a qualquer tempo.

Outro ponto a ser destacado é o caráter permanente da imunidade, se equiparado ao caráter da isenção, em princípio, transitório.

Portanto, não há como se negar a diferença que poderá repercutir no efeito econômico se aplicarmos uma situação considerando-a como imunidade e, após, a mesma situação se considerada como isenção. E, da mesma forma, se aplicada como hipótese de não-incidência ou de alíquota zero.

De ser salientado, no ponto, que as imunidades estão previstas no texto constitucional; a isenção, em lei ordinária ou complementar; a alíquota zero, por seu turno, pode ser prevista em lei ou em decreto do Poder Executivo; e a não-incidência, arriscamos afirmar, simplesmente não existe e não está prevista.

Interessa invocar o exemplo citado por Leandro Morais Groff, no corpo deste trabalho, no sentido de que a alíquota zero consiste em técnica que foi criada para incentivar a importação e, ao mesmo tempo, evitar prejuízo à arrecadação dos Estados Federados. Gize-se que na alíquota zero há formação da cadeia constitutiva do crédito, ao passo que na isenção, dependendo da posição doutrinária adotada, não há a formação da cadeira de construção do crédito.

Importa, também, mencionar que as imunidades, como visto, pressupõem inexigibilidade total às obrigações principais e acessórias, ao passo que a isenção, via de regra, apenas alcança obrigações principais. Assim, se o caso for de isenção, a obrigação acessória não estará dispensada. Se, de outro lado, for caso de imunidade, então não há que se falar em obrigação principal nem acessória.

Destarte, não podemos sair aplicando os institutos a toda sorte. Devemos ter em mente a importância da distinção entre as espécies e observar as peculiaridades atinentes a cada qual.

Do contrário, estar-se-á infringindo o princípio da igualdade tão invocado em nossa Constituição, já que a aplicação de um ou outro instituto equivocadamente poderá gerar efeito prático (sempre o econômico) com intensidade diversa daquela que originariamente seria gerada.

O presente estudo, como se vê, está longe de esgotar a discussão e mostrar com minúcias a idéia aqui proposta. No entanto, tem por objetivo, pelo menos, demonstrar que de fato essa diferença na prática existe e, por isso, a importância da caracterização e aplicação adequada de cada instituto, sob pena de modificar-se os efeitos práticos advindos.

6 CONCLUSÃO

O tema objeto do presente estudo reclama a atenção de todos os operadores do direito, revelando-se tema relevante e atual, cuja desvirtuação teórica pode refletir na prática.

A tributação é oriunda da necessária arrecadação estatal visando o cumprimento de suas atividades.

E o modo típico de extinção de uma obrigação tributária é o cumprimento espontâneo ou forçado da respectiva prestação.

As espécies exoneratívas tributárias, de outro lado, surgiram em vista de situações plenamente justificadas, em razão de interesse maior que o da tributação, cuja ocorrência, todavia, não é fato isolado, incidindo com certa frequência.

No entanto, algumas vezes a distinção entre as espécies exoneratívas acaba por confundir os operadores do direito, acarretando equívocos na aplicação dos institutos e, de consequência, alterando os efeitos práticos gerados pela indevida aplicação.

Em virtude disso, no presente estudo viu-se a conceituação e peculiaridades de cada instituto, traçando-se um paralelo entre as espécies cuja distinção usualmente gera dúvidas. Mostrou-se, inclusive, os diferentes posicionamentos dos doutrinadores acerca do tema, o que não significa que os diversos entendimentos sobre a questão possam ser traduzidos em equívocos.

De qualquer sorte, a consequência comum entre os quatro institutos analisados é aquela de ordem econômica, qual seja, o não recolhimento do tributo.

Ocorre que, dependendo da aplicação de uma ou outra espécie exonerativa, a intensidade da consequência no âmbito econômico pode sofrer variações, especialmente se considerarmos, por exemplo, que a imunidade tem interpretação extensiva ao passo que a isenção recebe interpretação restritiva; se sopesarmos a discussão envolvendo a alíquota zero como técnica de incentivo fiscal; se verificarmos que a imunidade pressupõe a inexigibilidade total das obrigações principais e acessórias ao passo que a isenção apenas alcança, via de regra, as obrigações principais; e assim por diante.

Isso sem contar que a imunidade tem previsão necessariamente constitucional, enquanto a isenção vem instituída por meio de lei ordinária ou complementar. A não-incidência pode ser vista como a situação em que há ausência de lei, ao passo que a alíquota zero pode ser instituída por lei ou decreto do Poder Executivo.

Daí a importância de se colocar cada instituto em seu devido lugar. Caso contrário, a distinção na teoria não teria utilidade e, no momento de sua aplicação, surgiriam dúvidas intermináveis acerca das circunstâncias a serem consideradas e, de consequência, dos efeitos práticos gerados.

Evidentemente que o presente estudo apenas deu início a uma discussão que por aqui não se esgota, dada a complexidade da matéria posta em liça.

De qualquer sorte, pode-se, desde já, afirmar que o efeito econômico, embora comum às quatros espécies desonerativas então examinadas, pode ter sua intensidade alterada em conformidade com a aplicação do instituto utilizado, em que pese nem sempre isso ocorra. Por certo haverá situações em que a aplicação equivocada de um instituto no lugar de outro não acarretará diferença na consequência econômica gerada. Mas, quando isso ocorre?

Tal somente poderá ser aferido com a análise do caso concreto, partindo-se referida análise dos parâmetros indicados no mundo da teoria.

É o típico exemplo, como se vê, de situação em que a teoria e o fato devem andar lado a lado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 650.446-1/PR, transcrição parcial do relator, p. 719. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 03 de fev. 2010

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939-7. Rel. Ministro Sydney Sanches. 15 de dezembro de 1993. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 20 de jan. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RMS 18.191 (voto-vencido): relator. Ministro Themistocles Cavalcanti apud Ministro Nelson Jobim no julgamento do RE 350.446-1/PR. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 20 de jan. de 2010

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 286-4. Relator Ministro Maurício Corrêa. 22 de maio de 2002. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 03 de fev. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 475551, Relator. Ministro Cezar Peluso. 06 de maio de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 02 de fev. 2010.

BOITEUX, Fernando Netto. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 140, 2007.

BORGES, José Souto Maior. *Teoria Geral da Isenção Tributária*. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988*. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CORRÊA, Walter Barbosa. *Incidência, Não incidência e Isenção.* São Paulo: Resenha Tributária, 1975.

ELALI, André. Título do artigo. *Revista Tributária e de Finanças Públicas* n. 70: 2006.

FRANCO, Marcos Vinícius Lima. *Ciência Jurídica* n. 110, 2003.

GROFF, Leandro Morais. *Revista Tributária e de Finanças Públicas* n. 76, 2007.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 19. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

MACHADO, Hugo de Brito apud BORNIA, Eduardo. Da Não-Incidência do ICMS na Alientação de Bens Integrantes do Ativo Imobilizado. Revista de Estudos Tributários n. 33, 2003, p. 108.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Imunidades e isenções*. Jus Navigandi. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1302> p. 01. Acesso em 06 jun. 2008.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Imunidades Tributárias*. São Paulo: RT, 1998.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; BASTOS, Celso Ribeiro. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1990.

PAGANELLA, Marco Aurélio. As espécies exoneративas e seus respectivos efeitos sobre os mandamentos normativos tributários. Jus Navigandi. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5737> p. 04. Acesso em 06 jun. 2008

REGNER, João Roberto Santos. *A Norma de Isenção Tributária*. São Paulo: Resenha Tributária, 1975.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70029794021, Primeira Câmara Cível, Relator Des. Irineu Mariani, julgado em 12/08/2009.

SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. *Teoria e Prática das Isenções Tributárias*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1990.

TORRES, Heleno Taveira. RDE n. 3, 206, p.207-250.

MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA: O PREQUESTIONAMENTO À LUZ DO CPC DE 2015

MATTERS ABOUT PUBLIC ORDER: THE PREQUESTIONING ABOVE THE LIGHT OF 2015 CPC

Eric Cesar Marques Ferraz[1]
Recebido em: 08.9.2016
Aprovado em: 07.12.2016

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar brevemente a desnecessidade do prequestionamento nos recursos extraordinários e especiais quando se tratar de matéria de ordem pública que possa ser conhecida de ofício pelo juiz, desde que seja dado prévio conhecimento às partes cfr. art. 10 do CPC de 2015, em razão da sua importância para as garantias constitucionais do processo e de uma interpretação sistemática e ponderada sobre a questão. Para tanto nos dispusemos a analisar pensamentos de alguns professores de direito processual e jurisprudência no sentido de que seja ermitido

Abstract: This article aims to briefly analyze the unnecessary prequestioning the extraordinary and special features when it comes to matters of public order, it can be known *ex officio* by the judge, provided it is given prior notice to the parties cfr. art. 10 of 2015 CPC, because of their importance to the constitutional guarantees of the process and a systematic thoughtful interpretation of the question. For both set out to analyze the thoughts of some procedural law professors and jurisprudence in the sense that it allowed the knowledge

[1]Advogado. Procurador Legislativo de SBC-SP. Graduado e Pós-Graduado pela Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo.

o conhecimento das matérias sem necessidade de prequestionamento, perfazendo uma singela análise do CPC de 73 e do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15) fundamentando o presente texto nos princípios constitucionais do processo civil moderno e das novas tendências de um processo civil justo, eficiente e célere , pendente pela aplicação dos princípios da proporcionalidade e da ponderação, adotando desta feita uma interpretação mais neoconstitucional do que positivista, como encampado no novo *Codex*.

Palavras-chave: Prequestionamento; Matérias de Ordem Pública; Recurso Especial e Extraordinários; CPC/73 e Lei 13.105/15 Novo CPC.; Novas Tendências do Processo Civil.

of the subjects without prequestioning, making a simple analysis about the CPC 73 and the New Civil Procedure Code (Law 13.105/15) basing this on the constitutional principles of modern civil procedure and new trends of a just civil, efficient and speedy, pending the application of the principles of proportionality and balance, this time adopting a more neoconstitucional interpretation than the positivist, as well the new *Codex* has absorved.

Keywords: Prequestioning; Matters of Public Order. Special and Extraordinary Appeal; CPC / 73 and Law 13.105/ 15 New CPC; New Trends of Civil Procedure.

Sumário: 1 Introdução. 2 Considerações elementares sobre o tema. 2.1 Recurso especial e extraordinário e o prequestionamento das matérias de ordem pública. 2.2 Breve análise sobre o tema com o advento do novo CPC (Lei 13.105/15). 3 Síntese conclusiva. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Foi adotado no presente trabalho a linha de pesquisa científica, baseada na interpretação literal, teleológica, sistemática e histórica através do método de raciocínio lógico-indutivo, integrativo e criativo com vistas a contribuir modestamente para fomentar o debate e o conhecimento dentro da ciência processual civil.

A presente pesquisa teve como substrato a consulta, leitura e análise de livros, da legislação constitucional e infraconstitucional pertinentes ao tema, jurisprudência, bem como da doutrina cientifica e artigos especializados citados na bibliografia.

O objetivo do presente artigo é analisar sucintamente a desnecessidade do prequestionamento nos recursos extraordinários e especiais quando se tratar de matéria de ordem pública, que possa ser conhecida de ofício pelo juiz, desde que seja dado prévio conhecimento às partes cfr. art. 10 do CPC de 2015, em razão da sua importância para as garantias constitucionais do processo. Para tanto nos dispusemos a analisar pensamentos de alguns professores de direito processual e jurisprudência no sentido de que seja permitido o conhecimento das matérias sem necessidade de prequestionamento, perfazendo uma singela análise do CPC de 73 e do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15) fundamentando a presente posição nos princípios constitucionais do processo civil moderno e das novas tendências de um processo civil justo, eficiente e célere , pendente pela aplicação dos princípios da proporcionalidade e da ponderação, adotando desta feita uma interpretação mais neoconstitucional do que positivista, como a encampada pelo NCPC.

Apesar da celeuma doutrinária e jurisprudencial, pensamos ser contrário a lógica do sistema imaginar que o Supremo Tribunal Federal ou o Tribunal Superior de Justiça, apesar de seu diferenciado e relevante papel, pudessem conhecer de um recurso extraordinário

ou especial, se presentes os requisitos constitucionais para tanto e que passassem a julgar questão constitucional ou federal mesmo diante de óbice à existência ou validade do processo. Não nos parece razoável que estes Tribunais deixem de conhecer de matérias de ordem pública, apenas sob o argumento de que esta não teria sido alvo da devida apreciação pela instância inferior através do prequestionamento, visto que a presença dos pressupostos processuais e condições da ação é antecedente lógico do julgamento do mérito dos recursos pelo STF e STJ. Seria um contrassenso, respaldar-se única e exclusivamente no requisito do prequestionamento, sem levar em conta uma análise ponderativa sobre a repercussão geral e social do fato em julgamento, conforme art. 5°, incs. XXXV e LXXVIII ambos da C.F., que garantem a não exclusão do poder judiciário de lesão ou ameaça a direito e a duração razoável do processo, sob a onda renovatória de acesso à justiça cristalizada pelos Professores Mauro Cappelletti e Bryant Garth, ou nos dizeres do Professor Kazuo Watanabe "*o direito a uma ordem jurídica justa*", ademais com o advento do novo CPC em especial nos artigos 1.029 a 1.035 percebe-se que o mesmo é silente a respeito da matéria do prequestionamento, todavia o mesmo encampa alguns princípios e valores que devem ser sistematicamente e teleológicamente interpretados para afastar a obrigatoriedade do prequestionamento de matérias de ordem pública em especial com base nos art. 485 §3° do NCPC , que dispõe que o juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V, VI e IX, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado.

Mais uma vez, lembramos a crítica tão bem cabida do consagrado Professor Vicente Grego Filho, apesar do mesmo se autodenominar um fatalista, temos esperança que os sucedâneos recursais sejam vistos com olhos cautelosos pelo poder judiciário sob pena de desvirtuar o espírito mais moderno e célere do novo código previstos principiologicamente em seus artigos 1° a 12°, enquanto pensamos que talvez uma boa forma

de evitar sucedâneos procastinatórios seja acolher o posicionamento da desnecessidade de prequestionamento em matérias de ordem pública em determinados casos, que uma interpretação ponderativa opte por enfrentar a matéria sem necessidade de pré questionamento, haja vista que a repercussão geral tem neste caso maior importância do que o simples formalismo do prequestionamento.

Em atenção ao princípio da inércia da jurisdição (art. 2° do CPC/73 e do de 2015) e ao conceito de recurso, infere-se que o princípio dispositivo (art. 998 e 999 do novo CPC) aplicam-se aos recursos. Todavia faz se mister lembrar que o novo CPC traz muitas inovações sobre as normas fundamentais do processo civil , em especial os arts.1°, 6° e 8°, os quais ainda precisam chocar-se com a realidade dos fatos, para vermos a tendência jurisprudencial e doutrinária acerca deste tema.

2 CONSIDERAÇÕES ELEMENTARES SOBRE O TEMA

Iniciamos o singelo texto, emprestando-nos da conceituação de recurso de renomados doutrinadores[2] como sendo:

> Define Barbosa Moreira recurso como remédio voluntário e idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação ou a integração de decisão judicial que se impugna. Tal conceito atende às peculiaridades do instituto para o Direito Processual Civil brasileiro, podendo ter maior ou menor extensão segundo a política legislativa adotada em cada país. Analisando ainda o conceito, temos que recurso é um remédio. Remédio que segundo Carnelutti, é um instrumento, portanto de correção, em sentido amplo.

Segundo o consagrado Professor Moacyr Amaral dos Santos, em obra atualizada pela Professora Maria Beatriz Amaral Santos Kohnen[3],

[2] GRECO FILHO, Vicente, Direito Processual Civil Brasileiro, , vol. 2 , ed. Saraiva, ano 2.000, pag. 263.
[3] SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil vol. 3., 27 ed. 2011, Saraiva. Pag. 104.

recurso o poder de provocar o reexame de uma decisão pela mesma autoridade judiciária ou por outra hierarquicamente superior, visando a obter a sua reforma ou modificação.

De acordo com ilustres Professores Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina[4] recursos são os meios de impugnação às decisões judiciais previstos em Lei, que podem ser manejados pelas partes, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público, com o intuito de viabilizar, dentro da mesma relação jurídico-processual, a anulação, a reforma, a integração ou o aclaramento da decisão judicial impugnada.

Para um estudo mais aprofundado sobre a teoria geral dos recursos remetemos o leitor às Obras dos Professores Araken de Assis, Manual dos Recursos, 2.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. e do Professor Nelson Nery Junior, Teoria Geral dos Recursos**.** 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

O certo é que é inerente à natureza humana o inconformismo quanto a perda, seja ela material ou imaterial, como observamos na seara processual, o que leva as partes por meio dos recursos a tentarem obter a reforma da decisão à qual sucumbiram além de ser uma garantia constitucionalmente assegurada em razão do duplo grau de jurisdição. Conforme ensinamento dos consagrados Professores CINTRA, DINAMARCO e GRINOVER[5]:

> A fim de que eventuais erros dos juízes possam ser corrigidos e também para atender à natural inconformidade da parte vencida diante de julgamentos desfavoráveis, os ordenamentos jurídicos modernos consagram o princípio do duplo grau de jurisdição: o vencido tem, dentro de certos limites, a possibilidade de obter uma nova manifestação do Poder Judiciário. Para que isso ocorra é preciso que existam órgãos superiores e órgãos inferiores a exercer a jurisdição.

[4] MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recursos e ações autônomas de impugnação. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, págs. 36

[5] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 28ª ed., São Paulo, Malheiros, 2012.

> Fala-se, então, na terminologia brasileira, em juízos (órgãos de primeiro grau) e tribunais (órgãos de Segundo grau). Quer as justiças dos Estados, quer as organizadas e mantidas pela União, todas elas têm órgãos superiores ou inferiores. Acima de todos eles e sobrepairando a todas as justiças, estão o Supremo Tribunal Federal (cúpula do poder judiciário), e o Superior Tribunal de Justiça; a função de ambos é, entre outras, a de julgar recursos provenientes das Justiças que compõe o Poder Judiciário nacional.

Não podemos adentrar no tema objeto deste artigo sem remeter o leitor a excelente obra da Professora Kátia Aparecida Mangone, intitulada Prequestionamento e Questões de ordem pública no Recurso Extraordinário e Especial, Ed. Saraiva, 2013, sob orientação do renomado Professor Cassio Scarpinella Bueno. Nesta tese de mestrado a referida Professora vai com a devida profundidade no tema em questão, no primeiro Capítulo do livro imergi em ilustres doutrinadores na busca das origens do Recurso Extraordinário, passando por Carlos Maximiniano, Pontes de Miranda, José Afonso da Silva, Pedro Lessa, Alcides de Mendonça Lima e chega a tendências conclusivas que a origem do Recurso Extraordinário advém do *writ of error*[6] dos americanos.

Em seguida passa às origens do estudo do Recurso Especial passando por nomes como Carlos Mário da Silva Velloso, Rodolfo de Camargo Mancuso, Theotonio Negrão, Athos Gusmão Carneiro, José Carlos Barbosa Moreira, Nelson Luiz Pinto, Cássio Scarpinella Bueno e Maria Stella Villela Souto Lopes Rodrigues (pags. 34-39 da referida obra) quase que todos trazendo as origens do recurso especial na reestruturação constitucional de 1988, concluindo por fim a Professora[7]:

> Após a Leitura da doutrina, inferes-se a importância do estudo e do enquadramento histórico desde o surgimento do

[6] MANGONE, Kátia Aparecida, Coordenação Cassio Scarpinella Bueno, Prequestionamento e Questões de Ordem Pública no Recurso Extraordinário e no Recurso Especial, 2013, Ed. Saraiva. pags. 24 a 29

[7] Idem pag. 39 .

> recurso extraordinário, na Constituição de 1891, cujo nome se assentou no art. 102 do Regimento Interno de 1891 da Corte Suprema, observando-se o regime federativo do Brasil, assim como o surgimento do recurso especial na Carta de 1988. Nesse diapasão segue o estudo comparativo sobre as Cortes de Cassação de outros países e os Tribunais Superiores ora em análise.

Ao analisar algumas cortes de outros países a referida Professora Kátia Aparecida Mangnone[8] traz ensinamento de José Afonso da Silva às pag. 39 " *Direito é fenômeno de cultura, reflete , pois, o espírito nacional, Por isso , não há, em dois povos, normas jurídicas idênticas; ainda que a forma de expressão, as palavras sejam idênticas, traduzidas ipsis litteris*, *o substractum, o conteúdo, há de ter profundas diferenças*" (SILVA, Afonso. Op. Cit., pag. 46 e 47), que o lendário Professor Enrico Tullio Liebman com a devida experiência vivida em duas culturas, já fazia a mesma advertência na introdução de sua clássica obra Autoridade e Eficácia da Sentença.

No transcorrer de sua obra, supracitada Professora remete-nos ao Professor Mauro Cappelletti, discípulo do discípulo de Giuseppe Chiovenda, que leciona que a Cassação nasceu na França com a revolução. Analisa algumas cortes de cassação por via reflexa como a francesa, italiana, espanhola, portuguesa às paginas. 41 a 49, trazendo abalizadas lições de magistrados e doutrinados estrangeiros.

> No Recurso Especial e Extraordinário, há o rejulgamento da causa, quando presentes os requisitos para tanto. No Brasil, não há tribunal de Cassação, como existe na Itália e em outros países. O STF e o STJ, não se restringem a cassar a decisão recorrida, porém, eventualmente, podem anulá-la e determinar que outra seja proferida pela instância a quo (error in procedendo), o que será melhor analisado nos Capítulos III e V).

Nos capítulos subsequentes a Professora em tela, faz uma profunda análise sobre o prequestionamento e as matérias de ordem

[8] MANGNONE, Kátia Aparecida, Prequestionamento e Questões de ordem pública no Recurso Extradordimário e Especial, Ed. Saraiva, 2013, pag. 48.

pública, abrindo um capítulo para cada tema, por fim faz uma análise com técnica impecável acerca da jurisprudências do STF e do STJ, nas suas diferentes turmas sobre o assunto, e acaba por concluir com respeitáveis argumentos pela necessidade do prequestionamento das matérias de ordem pública assim como a maioria jurisprudência. Posição que respeitamos porém não concordamos como será demonstrado nas linhas abaixo.

2.1 Recurso Especial e Extraordinário e o Prequestionamento das Matérias de Ordem Pública

Iniciamos o segundo subitem discorrendo sobre norma[9] de ordem pública processual que é aquela que visa assegurar o correto exercício da Jurisdição, sem atenção destinada de modo direto aos interesses das partes da lide.

O Professor das arcadas Cândido Rangel Dinamarco [10]ensina que:

[9] O Professor Miguel Reale , em clássica obra ensina sobre a estrutura tridimensional do Direito, a demonstração de três aspectos básicos sobre diversos sentidos das palavra Direito: um aspecto normativo (o Direito como ordenamento e sua respectiva ciência); um fático (o Direito como fato, ou em sua efetividade histórica e social); e um sociológico (o Direito como valor de Justiça). O autor adverte que existe em toda regra um juízo de valor, cuja estrutura principal é esclarecer, estando no cerne da atividade do juiz ou do advogado. Fatos, valores e normas se implicam e se exigem reciprocamente, coexistindo em uma unidade concreta, refletindo na interpretação de uma norma para dar-lhe aplicação (Lições preliminares de Direito, 24 ed. 2.Tiragem. São Paulo, Saraiva. 1999, p. 34 e 64-66).

[10] Para Cândido Rangel Dinamarco,*"Há normas processuais sobre competência que se relacionam intimamente com a estrutura do Poder Judiciário e cujo cumprimento é reputado essencial para a manutenção da ordem idealizada pelo constituinte e pelo legislador; tais normas estabelecem a competência absoluta, que não deve ser violada em hipótese alguma (v.g., competência da justiça federal ou das estaduais comuns: Const. Art. 109). Mas há também normas sobre competência que correspondem a meros critérios pragmáticos, às vezes visando facilitar a defesa de uma das partes e que, se violadas, nem por isso se compromete a qualidade do serviço jurisprudencial ou a estrutura judiciária (v.g., a competência do foro em que o réu tem domicílio: CPC art. 94); é por isso que a competência nesses casos, diz-se relativa e em certas circunstâncias pode ser alterada pela vontade das partes. Outro exemplo são as nulidades, que se dividem em absolutas e relativas segundo critérios substancialmente coincidentes com esses descritos (CPC, arts. 84, 246, 398 etc.)"* (Instituições de direito processual civil. 4. Ed. ver. Atual. São Paulo: Malheiros. 2004, v. I, p. 69-70).

O consagrado Professor leciona ainda que *" Há sempre uma relação de legítima adequação entre as diversas situações jurídicas que levam o sujeito a valer-se do Poder Judiciário e as técnicas mediante as quais, segundo a ordem jurídico- processual, o serviço jurisdicional deve ser realizado. Essa relação tem forte conotação de*

> São de ordem pública (processuais ou substanciais) referentes a relações que transcendam a esfera de interesses dos sujeitos privados, disciplinando relações que os envolvam mas fazendo-o com atenção ao interesse da sociedade, como um todo, ou ao interesse público. Existem normas processuais de ordem pública e outras, também processuais que não o são.
> Não é possível traçar conceitos muitos rígidos ou critérios apriorísticos bem nítidos para a distinção entre uma e outras. Como critério geral, são de ordem pública, as normas processuais destinadas a assegurar o correto exercício da jurisdição (que é uma função pública, expressão do poder estatal), sem a atenção centrada de modo direto ou primário nos interesses das partes conflitantes. Não o são aquelas que tem em conta os interesses das partes em primeiro plano, sendo relativamente indiferente ao correto exercício da jurisdição a submissão destas ou eventual disposição que venham a fazer em sentido diferente.

Por sua vez o também Professor das arcadas Paulo Henrique dos Santos Lucon, leciona que as chamadas matérias de ordem pública estão relacionadas com o amplo espectro dos requisitos de admissibilidade da tutela jurisdicional. Podem e devem ser conhecidas de ofício pelo órgão jurisdicional, não se operando a preclusão (arts. 301, §4°, e 303, inc. II do CPC/73). Para o Professor a ocorrência de preclusão em determinadas situações é, em síntese, tutelar o resultado do processo. Na verdade, a razão de ser da possibilidade de o julgador conhecer das matérias de ordem pública nos diversos graus de jurisdição vai muito além do simples imperativo legal: diz respeito a uma diretiva superior, relacionada com o papel do juiz no processo civil moderno. Em função da importância que tais matérias representam, o Estado-juiz está autorizado a declarar não estar disposto a exercer função jurisdicional[11].

ordem pública, porque as inúmeras variáveis processuais são instituídas também com a finalidade de propiciar ao Estado- Juiz a possibilidade de exercer seu mister de modo eficiente e em benefício da comunidade em geral – e não somente para beneficiar o sujeito concretamente necessitado da tutela jurisdicional" (Instituições de direito processual civil. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros. 2004m v. II, p. 39).

[11] Paulo Henrique dos Santos Lucon afirma que *"exatamente para que isso não se torne regra e impeça a solução final do processo, para que o fenômeno da preclusão para as partes não ocorra é preciso que haja expressa previsão legal. Daí a razão, eminentemente de caráter metodológico, que justifica a existência do parágrafo 3° do art. 267 do Código de Processo Civil. Para o juiz, a preclusão não pode ser causa de perpetuação de injustiças.*

Transposto o que vem a ser matérias de ordem pública, cuja definição é mais fácil tanto na doutrina quanto na jurisprudência, passemos agora a analisar o prequestionamento, cujo caminho é bem mais sinuoso e espinhoso.

O recurso especial e o recurso extraordinário previstos respectivamente nos artigos 541 a 546 do CPC e com respaldo na Constituição Federal artigos 102, III e 105, III, respectivamente, possuem um pressuposto de admissibilidade bastante específico e de difícil superação na prática, que é o chamado prequestionamento. Somente quando houver na decisão recorrida manifestação a respeito de lei federal ou de artigos da Constituição é que restará preenchido o requisito do prequestionamento (Cfr. Sum. 282 e 356 do STF e Súmula 98 e 211 do STJ).

Assim, por exemplo, se o tribunal não se manifesta a respeito de uma determinada questão jurídica, a qual envolve a aplicação de um determinado artigo de lei federal ou da constituição não há prequestionamento do tema, salvo se houver a interposição de embargos de declaração, com fundamento na regra prevista do art. 535, II do CPC/73[12].

Vejamos o que renomados Professores arguem sobre o tema:

O *"prequestionamento"*, para o Professor Cássio Scarpinella Bueno, deve ser entendido para todos os fins, como sinônimo de *"causa decidida"*, a despeito de a expressão não ser empregada na Constituição Federal, desde 1967. Com o fim de que o *"Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça desempenhem adequadamente a sua missão constitucional , de uniformizar a interpretação e aplicação do direito federal em todo o território brasileiro, é mister que eles julguem, em sede de recurso extraordinário e em sede de recurso especial, o que já foi decidido"*. Diferentemente do que insinua seu nome, o prequestionamento, segundo o autor, caracteriza-se pelo

Em determinadas situações excepcionais, e dentro dos poderes que lhe são assim denominadas matérias de ordem pública, também conhecidas por objeções, autoriza-se a sua análise a qualquer tempo e grau de jurisdição ordinários" (Recurso especial: ordem pública e prequestionamento. Revista da Procuradoria Geral de São Paulo, n. especial: 30 anos do Código de Processo Civil. Jan-Dez. 2003, p. 315-318).

[12] Cfr. MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recursos e ações autônomas de impugnação. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, págs. 123 a 126.

enfrentamento de uma determinada tese de direito constitucional ou de direito infraconstitucional federal na decisão a ser recorrida e não pelo debate ou pela suscitação da questão antes de seu proferimento. A palavra deve ser compreendida como a necessidade de o tema objeto do recurso haver sido examinado, enfrentado, decidido, pela decisão atacada.[13]

Acerca do prequestionamento Teresa Arruda Alvim Wambier aduz que a noção de prequestionamento, como próprio vocábulo sugere, nasceu como sendo fenômeno que dizia respeito à atividade das partes. As partes é que "questionam", discutem ao longo do processo sobre a questão constitucional ou federal. A importância dessa atividade das partes sempre foi uma constante na evolução do instituto. Assim como ocorreu com as Constituições que lhe antecederam (a partir de 1946), a Constituição Federal de 1988 não mencionou expressamente o termo *"questionar"*.

> A noção de prequestionamento passou a referir-se, ao longo do tempo à necessidade de que constasse da decisão impugnada a questão federal ou constitucional". Prevaleceu o entendimento jurisprudencial de que o prequestionamento, como a presença da questão na decisão recorrida é imprescindível ao cabimento dos recursos extraordinário e especial. Segundo a autora, a postulação das partes perante o juízo a quo, embora não constitua requisito do recurso especial ou do recurso extraordinário é mecanismo muitas vezes imprescindível para viabilizar o cabimento dos referidos recursos para instâncias superiores.

A exigência do prequestionamento decorre da circunstância de que os recursos especial e extraordinário são recursos de revisão. Revisa-se o que já se decidiu. São recursos que reformam decisões impugnadas, em princípio, com base do que consta das próprias decisões impugnadas.[14]

[13] SCARPINELLA BUENO, Cassio. Curso sistematizado de direito processual civil: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais. 2. Ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2010. V. 5, p. 274 e 275.

[14] MANGONE, Kátia Aparecida, Coordenação Cassio Scarpinella Bueno, Prequestionamento e Questões de Ordem Pública no Recurso Extraordinário e no Recurso Especial, 2013, Ed. Saraiva. pags. 88.

Para o Professor Paulo Henrique dos Santos Lucon o prequestionamento insere-se nos pressupostos de admissibilidade dos recursos endereçados aos tribunais de superposição brasileiros. Aduz que, na seara dos recursos especial e extraordinário, não há espaço para aplicação dos brocardos da *mihi facto, dabo tibi jus* ou *iura novit curia*, próprios das instâncias ordinárias. Isso em razão de que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não representam terceiro ou quarto grau de jurisdição[15]

Já para o Professor Miguel Garcia Medina o prequestionamento é um dos institutos controversos e multifacetados, sobre o qual pendem divergências. Afirma ser importante a uniformização dos entendimentos jurisprudenciais existentes sobre os requisitos de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário e em especial a configuração do prequestionamento, em todos os seus aspectos:

> A persistência do desacordo jurisprudencial a respeito, segundo pensamos, constitui, para aqueles que pretendem interpor recurso extraordinário ou especial, obstáculo de mais difícil superação que os próprios requisitos constitucionais dos referidos recursos. Prejudica-se, com isto, a realização de tão relevante função desempenhada no sistema jurídico pelos recursos extraordinário e especial e, consequentemente, a razão de ser das Cortes Superiores.[16]

Entende José Miguel Garcia Medina que o prequestionamento seria ato privativo da parte, que deveria questionar previamente a matéria, isto é, invocá-la antes do julgamento. Já a questão federal ou constitucional decidida constituiria ato privativo do tribunal, prescindindo de atividade prévia da parte. Para o doutrinador, a Constituição Federal exige apenas, para os recursos extraordinário e

[15] LUCON, Paulo Henrique Santos. Repercussão Geral (ausência) Prequestionamento (ausência). Ofensa Indireta à Constituição Federal. Má-fé e ignorância. Danos decorrentes da demora do processo. Revista de Processo,. n. 157/345, março 2008, p. 2008, p. 357 e 358.

[16] MEDINA, José Miguel Garcia. Variações jurisprudenciais recentes sobre a dispensa do prequestionamento. in NERY jUNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outros Meios de Impugnação às Decisões Judiciais. São Paulo: RT. 2005. V.8, p. 281-287.

especial, que tenha havido questão federal ou constitucional decidida pelo tribunal, sendo desnecessário o prequestionamento, ou seja, sendo dispensável a discussão ou controvérsia prévia da matéria. José Miguel Garcia Medina aduz que, apesar de a Constituição Federal não mencionar, expressamente, o termo *"prequestionar"* como algumas das anteriores o faziam, isso não quer dizer que não há necessidade da presença da questão na decisão recorrida. O ilustre Professor conceitua o prequestionamento como sendo a atividade postulada das partes, decorrente da manifestação do órgão julgador (juiz ou tribunal) acerca da questão constitucional ou federal determinada em suas razões, em virtude do qual fica o órgão julgador vinculado, devendo manifestar-se sobre a questão prequestionada. Para o ilustre autor, o prequestionamento é constitucional porque não vai contra as normas constitucionais, servindo para instrumentalizar o conhecimento da questão constitucional ou federal pela decisão recorrida, decorrente da manifestação do princípio dispositivo e do efeito devolutivo perante a instância inferior[17].

Com o devido respeito às mais abalizadas opiniões a favor da necessidade do prequestionamento a respeito das matérias de ordem pública, tema central do presente artigo, posicionamo-nos pela desnecessidade do mesmo, haja vista: 1.) que em primeiro lugar há divergência com relação a própria conceituação do prequestionamento; 2.) em segundo não há previsão constitucional a respeito, o que via de regra não torna obrigatória o prequestionamento de matéria de ordem pública; 3.) em terceiro lugar entendemos que há sempre ao menos, decisão implícita sobre matérias cognoscíveis *ex ofício; 4.)* em quarto lugar nos casos de questões de ordem pública que, por sua natureza, não precluem e são suscetíveis em qualquer tempo e grau de jurisdição, além de serem cognoscíveis *ex offício*, o quesito do prequestionamento

[17] MEDINA, José Miguel Garcia. O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial: e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento. 3. Ed. São Paulo. RT. 2002, p. 200-210 e 407 a 409.

pode ter-se por inexigível, até em homenagem à lógica do processo e a ordem jurídica justa; 5.) em quinto lugar para fins de impugnação (efeito devolutivo), somente cabe recurso extraordinário/especial se for previamente questionada determinada questão jurídica pelo juízo recorrido. Para fins de julgamento com base no efeito efeito translativo, entretanto, uma vez conhecido o recurso extraordinário/especial, poderá o tribunal examinar todas as matérias que possam ser examinadas a qualquer tempo e por fim 6.) em sexto lugar temos o art. 485 §3 do Novo CPC que dispõe que o juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V, VI e IX, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado.

Por outro lado entendemos mais além, que o requisito de causa decidida, não necessita que a decisão enfrente neste caso a matéria de ordem pública, podendo esta ser conhecida de ofício desde que seja concedido contraditório prévio para as partes se manifestarem com fulcro no art. 10 do NCPC, para evitar ainda possíveis sucedâneos recursais ou ações autônomas de impugnação caso a matéria não seja conhecida, com o escopo de garantir um processo mais justo e eficaz, ao revés de formalista e burocrático, o que muitas vezes pode acontecer em razão da "jurisprudência defensiva dos tribunais", como podemos observar pelas Súmula 282 e 256 do STF, uma vez que há divergência jurisprudencial no STJ acerca do tema, bem como vozes doutrinária da melhor qualidade defendendo a não necessidade.

Como podemos perceber a seguir, os doutrinadores citados entendem pela possibilidade de conhecimento de questão de ordem pública, ainda que sem o prequestionamento da matéria. Parcela deles sustenta ser necessário que haja o conhecimento do recurso por outra matéria prequestionada para que se conheça da questão de ordem pública não prequestionada.

A renomada Professora Ada Pelegrini Grinover, em estudo sobre litisconsórcio necessário, leciona que, não tendo sido determinada a citação dos litisconsortes, a nulidade do processo é medida que

pode e deve ser pronunciada pelo Superior Tribunal de Justiça, independentemente de prequestionamento, quando do julgamento do recurso especial interposto. Aduz que seria contrário à lógica do sistema imaginar que o Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, apesar de seu diferenciado e relevante papel, pudessem conhecer de um recurso extraordinário ou especial, se presentes os requisitos constitucionais para tanto e que passem a julgar a questão constitucional ou federal mesmo diante do óbice à existência ou validade do processo. Não parece razoável à doutrinadora e no nosso entender também que, sendo o caso de conhecimento do recurso extraordinário ou especial, o STF ou o STJ deixem de conhecer de matéria de ordem pública, apenas sob o argumento de que esta não teria sido alvo da devida apreciação pela instância inferior. *"A presença dos pressupostos processuais é antecedente lógico do julgamento de mérito e, nessa medida tais pressupostos são também antecedente lógico do julgamento do mérito dos recursos pelo STF e STJ. Às condições da ação aplica-se o mesmo raciocínio"*[18].

Para o consagrado Professor Paulo Henrique dos Santos Lucon é dispensado o prequestionamento nas hipóteses em relação a matérias de ordem pública, que geram nulidade absoluta no processo, decretável até mesmo de ofício a qualquer tempo e grau de jurisdição, e às decisões proferidas nesses processos são nulas[19]. Em outra oportunidade, o autor leciona que matérias relacionadas com as nulidades absolutas, condições da ação e pressupostos de constituição e de desenvolvimento do

[18] Segundo Ada Pelegrini Grinover, o teor da Súmula 456 do STF *"aplicar o direito a espécie"* significa que sem qualquer margem de dúvida, passar pelo exame de matérias de ordem pública, observando não ser necessário o reexame de prova e não existindo qualquer óbice ao conhecimento do recurso especial. Quanto às Súmulas 528 e 292 do STF, entende que também são aplicáveis ao STJ e que reconhecem a nulidade do julgamento perante aqueles tribunais e autorizam que a admissão do extraordinário ou do especial por um fundamento, ou relativamente a uma parte autônoma do acórdão recorrido, enseje o exame do recurso pelos demais fundamentos ou com respeito aos demais capítulos do acórdão (Litisconsórcio necessário e efeito devolutivo do recurso especial, in O processo: estudos e pareceres. São Paulo: DPJ Editora. 2006, p. 100-104).

[19] LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Repercussão Geral (ausência). Prequestionamento (ausência). Ofensa Indireta à Constituição Federal. Má –fé e ignorância. Danos decorrentes da demora do processo. Revista de Processo, n. 157/345, março 2008, p. 359.

processo, em certos casos, vão muito mais além do que o requisito do prequestionamento. Conclui que a violação da norma jurídica em razão da inobservância de matéria de ordem pública é de suma importância e não pode ser simplesmente desconsiderada pelo julgador nas instâncias especial e extraordinária. Cita as súmulas 456 e 528 do STF. "*Por essa linha, estando comprovado o enfrentamento explícito dos dispositivos legais violados, nada impede que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, órgãos responsáveis pela preservação da ordem legal e constitucional, apreciem as demais violações*"[20]

O Ilustre Professor Nelson Luiz Pinto já se manifestou no sentido de que haveria sempre ao menos, decisão implícita sobre matérias cognoscíveis *ex ofício*[21]

Para o renomado Professor Rodolfo de Camargo Mancuso, nos casos de questões de ordem pública que, por sua natureza, não precluem e são suscetíveis em qualquer tempo e grau de jurisdição, além de serem cognoscíveis *ex offício*, o quesito do prequestionamento *"pode ter-se por inexigível, até em homenagem à lógica do processo e a ordem jurídica justa"*. Cita o binômio *"instrumentalidade do processo – efetividade da prestação jurisdicional"*, registrando que em algum modo se lhe agrega *"ao menos em espírito"*, o quanto vem disposto no art. 515, §3°, do CPC/73 que permite ao tribunal, nos casos do art. 267 *"julgar a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento"*[22]

De acordo com o ilustre Professor José Miguel de Garcia Medina, admitido o recurso, o Tribunal Superior deve se manifestar sobre a ausência das condições da ação, por exemplo, o direito à espécie. Ressalta

[20] LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Recurso especial: ordem pública e o prequestionamento. Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, n. especial: 30 anos do Código de Processo Civil, Jan-Dez. 2003, p. 326 e 237.

[21] PINTO, Nelson Luiz. Recurso Especial para o Superior Tribunal de Justiça (Teoria Geral e admissibilidade), 2. Ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros 1996, p. 182.

[22] MANCUSO, Recurso extraordinário e recurso especial. 10 ed. rev. ampl. E atual. São Paulo: RT. 2007, p. 311 e 312.

que tal orientação não dispensa a necessidade de prequestionamento para que o recurso seja conhecido. Exemplifica que não se admite recurso especial fundado em falta de condição da ação se esse tema não tiver sido enfrentado pela decisão recorrida. Entretanto, para o autor, interposto e conhecido o recurso especial com base em outro fundamento, a ausência da condição da ação poderá ser examinada de ofício pelo STJ[23].

Para o vanguardista Professor Fredie Didier Junior, se o recurso extraordinário ou especial for interposto por outro motivo e for conhecido (examinado ou admitido), poderá o STF ou STJ, ao julgá-lo, conhecer *ex officio* ou por provocação de todas as matérias que podem ser alegadas a qualquer tempo. Com o juízo positivo de admissibilidade do recurso extraordinário, a jurisdição do tribunal superior é aberta. É assim que se deve entender a menção a *"qualquer tempo ou grau de jurisdição"* (art. 267, §3° do Código de Processo Civil de 73). Entende que a solução do problema passa pelo correto entendimento sobre o Enunciado 456 da Súmula da jurisprudência predominante do STF. Poderá o STF/STJ analisar a matéria que não fora examinada na instância *a quo,* porque o prequestionamento refere-se apenas ao juízo de admissibilidade. Para fins de impugnação (efeito devolutivo), somente cabe recurso extraordinário/especial se for previamente questionada determinada questão jurídica pelo juízo recorrido. Para fins de julgamento (efeito translativo), entretanto, uma vez conhecido o recurso extraordinário/especial, poderá o tribunal examinar todas as matérias que possam ser examinadas a qualquer tempo.[24]

Há sérias divergências, no entanto, quanto à necessidade de prequestionamento das chamadas "matérias de ordem pública", como

[23] MEDINA, José Miguel Garcia. Prequestionamento e repercussão geral: e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário. 5° Ed. rev. e atual. São Paulo, RT 2009, p. 96-97.

[24] DIDIER JUNIOR, Fredie. Alegação de prescrição ou decadência em recurso extraordinário: notas ao Código Civil de 2002, in NERY JUNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e outros meios de impugnação às decisões judiciais. São Paulo. RT. 2005. v.8, p. 119 e 120.

por exemplo, as condições da ação e os pressupostos processuais já com o Código de Processo de 73[25]. Por um lado se tais matérias podem ser conhecidas de ofício pelo juiz a qualquer tempo ou grau de jurisdição (art. 267, par. 3 do CPC/73) nada impediria a interposição de recurso especial ou recurso extraordinário tratando, por exemplo, da legitimidade de alguma das partes mesmo que o acórdão recorrido nada houvesse mencionado a respeito[26] no mesmo escólio Rodolfo de Camargo Mancuso, admite nesse caso a aplicação da regra prevista no art. 515, parágrafo terceiro do CPC/73 (In Rec. Ext. e Rec. Esp, 10 ed. SP, RT, 2007, pag. 312). Sobre o tema ver também, Rogério Licastro Torres de Mello em R. Esp. e Matéria de Ordem pública[27]. Na Jurisprudência conferir o acórdão proferido pelo STJ, nos autos do RESP 734.904-CE, 1 ª Turma, rel Min. Teori Zavascky, D.J. 19/09/2005.

Porém, ao contrário do que tem afirmado a doutrina, a jurisprudência majoritária dos tribunais superiores, não admite a ausência de prequestionamento em hipótese alguma, mesmo que se trate de matéria de ordem pública (STJ. 1ª T. EARESP. 326.097-CE, rel. Min. Denise Arruda, j. 27/04/04, DJ. 24/05/04, STJ, 3ª T, ED. No AGA 377.285-PR, rel. Min. Ari Pargendler DJ. 02/09/02; STJ, RESP. 117.846 rel. Min. Adhemar Maciel, DJ. 01/09/97, STJ, Ag. Rg. no Ag 429.445 rel. Min. Menezes Direito, DJ. 26/08/02).

No entanto em razão de uma interpretação mais ponderada vem sendo admitido, que o tribunal de ofício possa tratar de matéria de ordem pública que não tenha sido prequestionada, no curso de um julgamento de um recurso especial ou recurso extraordinário que não trate de matérias de ordem pública em virtude do chamado efeito translativo que os recursos

[25] Cfr. BONICIO, Marcelo José Magalhães. Introdução ao processo civil moderno. 1 ª ed. São Paulo: Lex Editora, 2010, pag. 197

[26] Cfr. Tucci, José Rogério Cruz e, In Lineamentos da Nova Reforma do CPC/73, 2ª ed, SP, RT, 2002, pag. 100 a 102

[27] in: Rec. Exp. e Rec. Ext: Repercussão Geral e atualidades, Coord, de Rogério Licastro Torres de Mello, SP, método, 2007, p. 231.

em geral possuem[28] e STJ, 1ªT, Resp. 609.144 rel. min. Teori Zavascky, DJ. 24/05/04, STJ. Resp. 485.986, rel. Min. Eliana Calmon, j. 11/11/03, STJ. R. Esp. 655.479, rel. Min. Eliana Calmon, j. 04/05/2006.

Com relação ao posicionamento de consagrados doutrinadores destacamos que para o Professor Marcelo Magalhães Bonício:

> As matérias de ordem pública são muito valorizadas pelo sistema processual civil brasileiro, inclusive porque aumentam os poderes de atuação do juiz" (BONÍCIO, Marcelo José Magalhães, In. Proporcionalidade e Processo, SP, Atlas, 2006, pag. 75).
>
> No entanto paradoxalmente, o mesmo sistema deixa de dar importância a essas matérias quando de forma rigorosa, exige o prequestionamento desse tema para admissão de rec. Esp. e R. Extr., como se de repente o interesse público deixasse de existir" (Cfr. BONÍCIO, Marcelo J. M. Processo Civil Moderno, LEX editora, 2009, pag. 198).

De acordo com o Professor Rodolfo de Camargo Mancuso[29]:

> No modelo jurídico-político brasileiro nossos órgãos judiciais colegiados operam, em princípio, como cortes de revisão, podendo, em certos casos, atuar como instâncias de cassação: nesta última hipótese, agindo numa sorte de custos legis procedem a um contraste objetivo de legalidade acerca da estrutura formal do processo e da validade técnico jurídica do julgado, delibação essa que pode levar ao descarte da decisão recorrida, reenviando-se os autos ao juízo a quo. Aliás, bem por isso, os aspectos concernentes à existência e validade do processo, e à condições da ação, são cognoscíveis de ofício, a qualquer tempo e grau de jurisdição(CPC/73, arts. 243 a 250; 267, §3°, 475, §3°, 515§§ 3° e 4).

Com relação ao efeito translativo como nos ensinam os renomados professores Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina:

[28] MANCUSO, Rodolfo de Camargo; In. Rec. Ext. e Rec. Esp, 10 ed. SP, RT, 2007, pag. 314, MELLO, Rogério Licastro Torres de, Rec. Esp. E Matéria de Ordem Pública. In: Rec. Esp e Rec. Ext. Repercussão Geral e atualidades, Coord. Rogério Licastro Torres Mello, São Paulo, método, 2007, pag. 237.

[29] Divergência jurisprudencial e súmula vinculante, e Ed. Ver. Atul. Ampl. São Paulo: RT. 207, pags. 212 e 213.

> A possibilidade de o órgão ad quem examinar de ofício as questões de ordem pública não é decorrência do efeito devolutivo dos recursos em sentido estrito, nem da atuação do princípio dispositivo, mas do efeito translativo: o poder dado pela lei ao juiz para, na instância recursal, examinar de ofício as questões de ordem pública não arguidas pelas partes não se insere no conceito de efeito devolutivo em sentido estrito, já que isso se dá pela atuação do princípio inquisitório e não pela sua antítese, que é o princípio dispositivo, de que é corolário o efeito devolutivo dos recursos. Mesmo porque o feito devolutivo pressupõe ato comissivo de interposição do recurso, não podendo ser caracterizado quando há omissão da parte ou interessado sobre determinada questão não referida nas razões ou contrarrazões do recurso. Esta é a razão pela qual é perfeitamente lícito ao tribunal, por exemplo, extinguir o processo sem julgamento de mérito interposta apenas pelo autor, não ocorrendo aqui a reformatio in pejus proibida: há, em certa medida, reforma para pior, mas permitida pela lei, pois o exame das condições da ação é matéria de ordem pública a respeito da qual o tribunal deve pronunciar-se ex officio, independentemente de pedido ou requerimento da parte ou interessado (art. 267, VI e par. 3°, CPC). Dizemos em certa medida porque, na verdade, nem se poderia falar da reformatio in pejus, instituto que somente se coaduna com o princípio dispositivo, que nada tem a ver com as questões de ordem pública transferidas ao exame do tribunal destinatário por força do efeito translativo do recurso" (Cfr. MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recursos e ações autônomas de impugnação. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013 , págs. 151 e 152).

Sendo em síntese o efeito translativo como aquele que admite apesar do efeito devolutivo, que algumas matérias, poderão ser conhecidas de ofício, independentemente de requerimento ou arguição da parte, vide art. 267, par. 3° e 301 par. 4°, do CPC/73 e art. 10 c.c. art. 485 §3° do NCPC, o que entendemos se aplica com a devida coerência aos Recursos Extraordinário e Especial, para conhecer matéria de ordem pública sem que estas sejam prequestionadas, sendo em nosso sentir a interpretação mais ponderada e mais condizente com os princípios do processo civil moderno. Remetemos ainda ao leitor a clássica obra da professora Teresa Arruda Alvim Wambier, Nulidades

do Processo e da Sentença, onde o tema matérias de ordem pública é profundamente abordado.

Lembramos ainda que o efeito translativo não se confunde com o efeito expansivo ou extensivo, pois em decorrência deste efeito consideram-se sem efeito os atos ou decisões dependentes da decisão recorrida, naquilo em que forem incompatíveis com o julgamento do recurso. É decorrência do princípio da causalidade. Se o julgamento do recurso afetar outras decisões que não a recorrida, estar-se-á diante do efeito expansivo externo, se, porém o recurso fizer referência apenas a um dos capítulos da sentença, que examina questão preliminar ou prejudicial, e o acolhimento do recurso repercutir no capítulo relacionado à questão subordinada estar-se-á diante de efeito expansivo interno, como no julgamento de agravo pendente de apelação.

2.2 Breve Análise sobre o Tema com o Advento do Novo CPC (Lei 13.105/15)

Observa-se que o novo código de processo civil é silente com relação a necessidade de prequestionamento, sendo assim entendemos que o mesmo perdeu uma boa oportunidade de disciplinar a material e dar maior coerência ao sistema recursal, em especial com relação a necessidade do prequestionamento de matérias de ordem pública para conhecimento em Rexp e Resp.

Já na lei 13.105, do Novo Código Civil, o Recurso Extraordinário e Especial encontram-se previstos nos artigos 1.029 e seguintes. Percebemos ainda uma tendência do novo código de tentar descongestionar o STF e o STJ adotando o incidente de resolução de demandas repetitivas, conforme previsto do art. 1.029 do §4° que prevê a possibilidade considerando razões de segurança judicial ou excepcional interesse social, estender a suspensão a todo o território nacional, até ulterior decisão do recurso extraordinário ou do recurso especial interposto.

Observamos que o novo CPC absorveu bem novas tendências do direito processual que vêm sendo desenvolvidas em países da Europa e da América, em torno do que se convencionou chamar "acesso a justiça", sendo relevantes, a respeito, os sucessivos trabalhos publicados por Mauro Cappelletti, Bryant Garth, Luigi Paolo Comoglio e Vittorio Denti.com relação ao acesso a justiça.

A concepção individualista do processo ficou superada, mostrando-se insuficiente para atender às exigências dos tempos modernos, de uma sociedade de massa cada vez mais consciente dos seus direitos, embora a grande maioria de seus membros, na prática, impossibilitada de executá-los pela dificuldade de acesso aos órgãos componentes do sistema judiciários. Daí o surgimento do fenômeno da litigiosidade contida[30], ou, até mesmo, cada dia mais o descrédito do poder judiciário é o surgimento de revolta dos cidadãos, que optam muitas vezes por usos próprios da violência, próprio de sociedades primitivas, o que é forçoso nos fazer repensar os mecanismos processuais de efetividade do processo.

Em suma, o que pretende essa corrente de pensamento é a abertura da ordem processual aos menos favorecidos da fortuna e à defesa de direitos e interesses supra individuais, com a racionalização do processo, para que o mesmo seja um processo de resultados, não um processo de conceitos extremamente formal e burocratizado. O que se busca é a efetividade do processo, sendo indispensável para isso, pensar no processo como algo dotado de bem definidas destinações institucionais e que deve cumprir os seus objetivos sob pena de ser menos útil e tornar-se socialmente ilegítimo. Nesta revolução trazida a tona por esta recente doutrina, que foi bem digerida pelo NCPC, surge em tempos mais atuais em momento fértil para tanto, uma nova corrente de pensamento que está muito em discussão no meio acadêmico

[30] Ref. Prof. WATANABE, Kazuo, Acesso à justiça e sociedade moderna: In: Participação e processo. Coord. Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: RT, 1988.

denominado neoconstitucionalismo que reflete diretamente no direito processual, o que alguns já tem intitulado de neoprocessualismo ou formalismo valorativo, haja vista absorção literal dos princípios e normas constitucionais como podemos observar no NCPC em seu artigos. 1 a 12.

No capítulo VI, dentro do Título dos recursos do NCPC, são analisados os recursos para o Supremo Tribunal Federal e para o Superior Tribunal de Justiça. Sendo que o primeiro destes recursos é o recurso ordinário previsto no art. 1027 do novo *Codex*, com o advento da Constituição Federal de 1988 e a criação do Superior Tribunal de Justiça, alterações ocorreram para análise dos recursos ordinários tirados contra denegações de *writs* em processo de competência originária dos tribunais, como os previstos no art. 1.027, incisos I e II, a do novo diploma processual e também com previsão constitucional nos arts. art. 102, II (Hipóteses de julgamento de Recurso Ordinário pelo STF) e art. 10, II (hipóteses de julgamento do Recursos Ordinário Pelo STJ). Tem o recurso ordinário eminentemente finalidade de garantir o duplo grau de jurisdição nesses processos, diretamente ajuizados em instâncias superiores. Este recurso funciona também como uma apelação cível contra decisão proferida em processos existentes entre Estados estrangeiros ou Organismos internacionais e municípios ou pessoas domiciliadas ou residentes no Brasil (Cfr. art. 1.027, inc. II, letra b do novo CPC).

Aos recursos ordinários é aplicável a mesma disciplina da apelação, quanto ao procedimento e aos pressupostos de admissibilidade como se observam nos arts. 1027, § 2° e 1.028 do CPC/15. Diante de tal previsão, não podemos negar cabimento de recurso adesivo aos recursos ordinários, similares em cabimento, procedimento e pressupostos da apelação.

Já na sessão II do supracitado capítulo VI o novo diploma processual civil trata dos Recursos Extraordinário e Especial. Estabelecendo

Disposições gerais sobre os mesmos nos artigos 1.029 a 1.035, regulamentando o julgamento dos Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos nos artigos 1.036 a 1041 e na seção III, no art. 1.042 trata do Recurso de Agravo em Recurso Especial e em Extraordinário.

A definição das hipóteses de cabimento do Recurso Extraordinário e Especial, estão previstas respectivamente na Constituição Federal, nos artigos. 102, II e 105, III. A finalidade do Recurso Especial é manter a integridade da legislação infraconstitucional, já a do extraordinário é manter a integridade das normas constitucionais. O novo CPC tenta traçar disposições gerais sobre os mesmos, dispondo que estes recursos nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas que conterão: a exposição do fato e do direito; a demonstração do cabimento do recurso interposto; as razões do pedido de reforma ou de invalidação da decisão recorrida. O recorrido será intimado também para apresentar resposta em petição distinta. Estes recursos poderão ter efeito suspensivo, desde que requerido e concedido nos termos do art. 1.029 §5°. Recebida a petição do recurso pela secretaria do Tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 dias, findo o qual os autos serão remetidos ao Tribunal. A remessa ao Tribunal dar-se-á independentemente de juízo de admissibilidade. Na hipótese de interposição conjunta dos referidos recursos, os mesmos serão remetidos primeiramente para o STJ detentor de prioridade.

Nos artigos. 1.031 a 1.034 dispõe o NCPC sobre a interposição conjunta dos referidos recursos, e os possíveis conflitos de entendimento entre os respectivos tribunais no caso de julgamento e suas soluções. Por sua vez sendo admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial por um fundamento, devolve-se ao Tribunal Superior o conhecimento dos demais fundamentos para a solução do capítulo impugnado.

Para a interposição de ambos os recursos é necessário o prequestionamento, conforme podemos observar pelas súmulas 320 do STJ e 735 do STF, posicionamento que não concordamos em razão de todo o exposto acima. Com relação às turmas recursais dos juizados especiais, só é possível interposição de recurso extraordinário e não de especial, conforme Súmula 640 do STF.

Ou ponto interessante regulamentado pelo NCPC diz respeito a repercussão geral a ser reconhecida pelo STF, para conhecimento do Recurso Extraordinário, sendo que para o efeito da repercussão geral será considerado a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo (art. 1035 §1°). O recorrente deverá demonstrar a repercussão geral, para apreciação exclusiva do STF, lembrando que desta decisão não cabe qualquer recurso. De outro canto o próprio NCPC no art. 1.035, § 3°, menciona os casos em que sempre haverá repercussão geral que ocorrem quando o acórdão contrarie súmula ou jurisprudência dominante do STF ou tenha sido proferido em julgamento de casos repetitivos e por fim quando tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da C.F.

Sendo que reconhecida a repercussão geral, o relator do Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional. O recurso que tiver repercussão geral reconhecida deverá ser julgado no prazo de um ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e pedido de *habeas corpus*. Outra importante regulamentação trazida pelo CPC de 2015 diz respeito ao Julgamento de Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos previstos nos artigos 1.036 a 1.041, visto que sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de

direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições da Subseção II , que trata do julgamento dos Recursos Extraordinário e Especiais repetitivos, sobre os quais não nos alongaremos visto que perderíamos o foco do presente artigo, mas fica aqui novamente o comentário de que o novo CPC, vem acertadamente regulamentado tais questões o que mais uma vez prova a busca pela mais modernas tendências processuais civis com o escopo de um processo justo, eficiente e célere.

Nesse contexto segundo o ilustre Professor Humberto Dalla Bernardina de Pinho[31]:

> Ao dizer que o Código será disciplinado de acordo com os valores e princípios, o legislador está adotando, expressamente, a teoria do direito processual constitucional. Grandes expoentes do direito processual (Merecem destaque, entre tantos doutrinadores, os seguintes: Trocker (1974); Capelletti e Tallon (1973); Comoglio, Ferri e Taruffo (1998); Morello (1988), já sedimentaram a teoria segundo a qual o direito constitucional é tronco da árvore e o direito processual é um de seus ramos. (…)
>
> A edição de novos Códigos é um sinal de ruptura com a modernidade, reduzindo o abismo antes existente entre o direito constitucional (e a interpretação ativa que vem sendo feita de suas normas), e o direito infraconstitucional. (…)
>
> O texto do art. 8° do CPC/2015 (art. 8°: ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.) É o fim da hermenêutica tradicional, baseada no silogismo: a norma é a premissa maior e o fato a menor. Nessa concepção, caberia ao juiz fazer o exame deste, em acordo com aquela. Para tanto seriam usados métodos como a interpretação literal, sistêmica, teleológica e comparativa.
>
> Agora a hermenêutica passa a ser neoconstitucional, pressupondo que as normas podem assumir a feição de regras ou princípios. As regras devem ser interpretadas de acordo com os Princípios. Havendo colisão de regras, usa-se a hermenêutica tradicional.

[31] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de, Direito Processual Civil Contemporâneo, Teoria Geral do Processo, vol. 1, 6°ed. , São Paulo, editora Saraiva, 2015 , pags. 123 – 130.

Havendo uma contraposição de princípios, é preciso recorrer à técnica da ponderação, buscando ou uma composição destes ou a solução que melhor se adéqüe ao espírito constitucional.
É bem verdade que essa nova hermenêutica aumenta, e muito, os poderes do juiz. Os mais alarmistas falam em ditadura do juiz. Cria-se portanto a necessidade de uma fundamentação mais profunda nas decisões judiciais. Uma fundamentação analítica, como assevera Marinoni. É o que chamamos do "fundamento do fundamento": as partes têm o direito de saber quais as premissas que o juiz levou em consideração para tomar aquela decisão.
Igualmente, embora já constitua um grande avanço, não é por si só suficiente. Há enorme discussão sobre a natureza da atividade hermenêutica, sobretudo a dificuldade da separação das fases da interpretação da aplicação, bem como os preconceitos que influenciam internamente o juiz.
É sem dúvida, o sinal de uma nova era, que merece portanto, um novo Código. (…)
Pensar em uma medida de urgência de ofício, envolvendo menores, idosos, hipossuficientes, ou ainda em hipóteses com grande dano a direito indisponível ou da própria coletividade é perfeitamente aceitável.
Porém, em litígios que envolvam partes maiores e capazes, e direitos patrimoniais, parece-me que a postura ativa do magistrado é de todo, desaconselhável.
Pelo menos essa restrição poderia ter sido incluída no texto, adotando-se, assim, um critério híbrido (meio ope legis, meio ope iudicis).
Nunca é demais lembrar que o juiz que age de ofício deve ter um extremo cuidado para que, mesmo involuntariamente, não venha a se aproximar das partes, ferindo a imparcialidade que deve nortear sua conduta na condução do processo.
Vulnerada a imparcialidade, comprometida também estará a isonomia, salvo se o juiz fundamentar analiticamente sua decisão, de modo a demonstrar que está garantida a igualdade no sentido material. (…)
Por outro lado, o novo CPC vai abrir uma nova perspectiva de contraditório, como se observa no texto do art. 9°:
"Art. 9° Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.
Parágrafo único. O dispositivo no caput não se aplica:
I- à tutela provisória de urgência;
II- às hipóteses de tutela de evidência previstas no art. 311, incisos II e III

III- à decisão prevista no art. 701.

Importante observar que tal princípio terá aplicação específica e de grande importância em pelo menos duas situações reguladas pelo projeto.

A primeira diz respeito às decisões de inversão do ônus da prova que em hipótese alguma deve gerar surpresa para a parte atingida.

A segunda se refere aos provimentos de urgência solicitados, nos quais a efetividade depende exatamente da não comunicação à parte contrária. O juiz, num exame de ponderação de interesses entre acesso à Justiça e o contraditório, vai avaliar, no caso concreto, qual deles deve prestigiar. Em sendo deferida a media inautida altera pars, ocorrerá o fenômeno do contraditório diferido ou postergado, que só é admitido em casos excepcionais e acompanhado da devida fundamentação analítica, como lembra Marinoni.

Ainda sobre o princípio do contraditório, o art. 10 revela uma das grandes inovações do novo CPC:

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobrem a qual deva decidir de ofício.

No CPC de 1973, o art. 128 dispõe que o juiz deve decidir a ação "nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa das partes".

Diante da restrição do atual art. 128, que se refere apenas às questões, a doutrina clássica invoca aqui o adágio iura novit cúria, segundo o qual o juiz seria livre na escolha e na aplicação dos fundamentos jurídicos.

Nesse sentid , José Rogério Cruz e Tucci entende que não existe impedimento para que o juiz requalifique juridicamente a demanda, enquadrando-a em outros dispositivos legais. (…)

Leonardo Greco propõe uma orientação mais restritiva, atentando para a liberdade das partes e também ao princípio da demanda, que atribui ao autor o poder de fixar seus limites objetivos e subjetivos. Nesse sentido, não se pode negar que a vontade do autor é fator essencial na definição dos limites do objeto litigioso e, por isso mesmo tem que ser respeitada. (…)

Em nossa visão, entre duas possíveis soluções extremadas, ou seja :

(1) manter o sistema atual segundo o qual o juiz pode alterar a seu bel prazer os fundamentos jurídicos, ainda que sob o disfarce de modificar a norma aplicável; ou

> (2) exigir que o juiz fique absolutamente adstrito aos fundamentos invocados pelas parte, ainda que vislumbre outro, mais adequado andou muito bem a Comissão ao buscar uma solução intermediária ou salomônica.
> Pela leitura do dispositivo, vê-se que o juiz traz para os autos um fundamento que não havia sido alegado pelas partes, mas deve propiciar a manifestação destas antes de decidir.
> Nessa hipótese quando o juiz traz para os autos um fundamento que não havia sido alegado, não está muito claro ainda quando, até que momento e de que forma fará ele essa inserção.
> Por outro lado é preciso se atentar para a enorme mudança que será ocasionada pela parte final do novel dispositivo, quando determina que tal providência deverá ser tomada pelo juiz, ainda que a matéria possa ser examinada de ofício.
> Doutrina e jurisprudência vêm caminhando no sentido de que tais matérias, hoje a partir da interpretação do art. 267, §3°, do CPC/1973, seriam condições para o regular exercício do direito de ação, pressuposto processuais e as hipóteses de nulidade absoluta. São em verdade, os mesmos casos que autorizam a utilização da objeção de pré-executividade, na visão da orientação que prevalece no Superior Tribunal de Justiça.

Parece-nos que será um bom momento da jurisprudência e das súmulas dos Tribunais Superiores serem revistas em relação ao prequestionamento das matérias de ordem pública, haja vista o advento do novo CPC e as encampação de mudanças estruturais fundamentais no processo civil. Sendo assim vê-se no tema em discussão doutrinas em ambos os sentidos bem como posicionamento dos tribunais superiores a respeito do tema. Porém talvez seja hora de serem revistas Súmulas e Jurisprudências, para dar um pouco de coerência ao sistema, talvez uma solução híbrida possa ser adotada pelos Tribunais Superiores, para permitir o cabimento de Recursos para os Tribunais Superiores sem que haja sido realizado o prequestionamento de matérias de ordem pública do mesmo, podendo este prequestionamento por economia processual, ser diferido ou postergado para o próprio Tribunal Superior, desde que preenchidos os outros requisitos legais para a interposição do Recurso, com fulcro no art. 10 do novo CPC, trazendo assim uma solução mais

harmônica e híbrida, a qual poderá ser decidida caso a casa pelo Tribunal Superior, evitando-se também a jurisprudência defensiva dos Tribunais, e atendendo aos princípios de um processo justo e eficaz. Tais matérias de ordem pública deverão ser ponderadas pelo Tribunal, sob eterna dicotomia entre a segurança jurídica e a efetividade da justiça.

3 SÍNTESE CONCLUSIVA

Vem a luz o novo Código de Processo Civil, lei n° 13.105/15, observando os princípios e novas tendências do processo civil moderno, no almejar de um processo justo e eficaz conforme prelecionam os processualistas modernos, bem como mais célere como já previsto em nossa CF. art. 5°, LXXVIII.

A pesquisa deste arquivo foi realizada concebendo-se o Direito como um sistema de acordo com o modelo constitucional do Processo, enfocando o Novo Código de Processo Civil diante da Constituição Federal, com fulcro em abalizada doutrina e jurisprudência.

O prequestionamento, visto como a presença de causa decidida na decisão recorrida há de ser relativizado como demonstrado argumentativamente abaixo em relação a matérias de ordem pública, que é toda aquela questão, que embora não especificada em rol taxativo pelo legislador, apresenta característica de interesse público, visando a proteção do sistema e da coletividade, e não especificamente aos interesses individuais das partes. Deve ser analisada em qualquer tempo e grau de jurisdição, sendo sua observância um ditame imperativo irrenunciável.

A partir das colocações feitas, consta-se que não existe posição pacífica sobre o tema tratado, sequer na doutrina, sequer na jurisprudência, acerca do prequestionamento das questões de ordem pública, ressaltando-se a importância do estudo pela ausência de uniformidade, o que gera dificuldades aos operadores do Direito. Ainda

o conceito de prequestionamento não é o mesmo para o Supremo Tribunal Federal e para o Superior Tribunal de Justiça, em especial observando-se o enunciado das Súmulas 282 e 356 do STF e 98 e 211 do STJ, bem como há divergência doutrinária a respeito.

Defendeu-se neste texto a desnecessidade de prequestionamento de matérias de ordem pública em Recurso Extraordinário e Especial, podendo as mesmas serem decididas de ofício pelo STF ou STJ, desde seja concedido contraditório prévio entre as partes, ainda que a mesma não tenha sido decidida na decisão recorrida. Ressalta-se que existem respeitadíssimas posições doutrinárias em sentido contrário a este posicionamento, e que a jurisprudência majoritária do STF e do STJ é na posição contrária a defendida neste artigo. Sendo que existe posicionamento jurisprudencial mais recente relativizando a rigidez da observância do prequestionamento de matéria de ordem pública. Nesse sentido a primeira Seção do STJ, em julgamento de Ação Rescisória em maio/2009, por maioria, que se aplicou o direito a espécie (Súmula 456/STF, por analogia), reconhecendo a falta de interesse de agir da ré na ação indenizatória originária por tratar-se de imóvel adquirido após implementação da restrição administrativa. Considerando que em sede de recurso especial é admitido o conhecimento de matéria de ordem pública, desde que a instância tenha sido aberta por outra questão, entendeu-se que esse entendimento deve ser adotado mo julgamento da Ação Rescisória, na qual o âmbito cognitivo do STJ é muito mais amplo (R 2.075//PR, Rel. Denise Arruda, Rel. para Acórdão Humberto Martins, julgado em 27/05/2009).A segunda turma do STJ em 17/09/2009, Rel. Mauro Campbell Marques, Resp. 765.970/RS, entendeu que, apesar da ausência de prequestionamento, por se tratar a alegação de ilegitimidade passiva da matéria de ordem pública, considerando que a instância especial foi aberta por outros argumentos, haverá apreciação da controvérsia, ainda que para dela não conhecer.

O presente artigo teve como objetivo analisar sucintamente a

desnecessidade do pré-questionamento nos recursos extraordinários e especiais quando se tratar de matéria de ordem pública, e que possa ser conhecida de ofício pelo juiz, desde que seja dado prévio conhecimento às partes cfr. art. 10 do CPC de 2015, em razão da sua importância para as garantias constitucionais do processo. Para tanto nos dispusemos a analisar pensamentos de alguns professores de direito processual no sentido de que seja permitido o conhecimento das matérias sem necessidade de prequestionamento, perfazendo uma singela análise do e CPC de 73 e do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15) fundamentando o presente nos princípios constitucionais do processo civil moderno e das novas tendências de um processo civil justo, eficiente e célere , pendente pela aplicação dos princípios da proporcionalidade e da ponderação, adotando desta feita uma interpretação mais neoconstitucional do que positivista.

Com o devido respeito às mais abalizadas opiniões em favor da necessidade de prequestionamento a respeito das matérias de ordem pública, tema central do presente artigo, posicionamo-nos pela desnecessidade do mesmo, haja vista que : em primeiro lugar há divergência com relação a própria conceituação do prequestionamento ; em segundo não há previsão constitucional a respeito, o que via de regra não torna obrigatória o prequestionamento de matéria de ordem pública; em terceiro lugar entendemos que que há sempre ao menos, decisão implícita sobre matérias cognoscíveis *ex ofício;* em quarto lugar nos casos de questões de ordem pública que por sua natureza, não precluem e são suscetíveis em qualquer tempo e grau de jurisdição, além de serem cognoscíveis ex offício, o quesito do prequestionamento pode ter-se por inexigível, até em homenagem à lógica do processo e a ordem jurídica justa; em quinto lugar para fins de impugnação (efeito devolutivo), somente cabe recurso extraordinário/especial se for previamente questionada determinada questão jurídica pelo juízo recorrido já para fins de julgamento (efeito translativo), entretanto,

uma vez conhecido o recurso extraordinário/especial, poderá o tribunal examinar todas as matérias que possam ser examinadas a qualquer tempo; em sexto lugar o art. 485 §3° que dispõe que o juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V, VI e IX do caput, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado.

Por outro lado entendemos mais além , que o requisito de causa decidida, não necessita que a decisão enfrente neste caso a matéria de ordem pública, podendo esta ser conhecida de ofício desde que seja concedido contraditório prévio para as partes de manifestarem com fulcro no art. 10 d novo CPC, para evitar ainda possíveis sucedâneos recursais ou ações autônomas de impugnação caso a matéria não seja conhecida, com o escopo de garantir um processo mais justo e eficaz, ao revés de formalista e burocrático, o que muitas vezes pode acontecer em razão da "jurisprudência defensiva dos tribunais", como podemos observar pelas Súmula 282 e 256 do STF, uma vez que há divergência jurisprudencial no STJ acerca do tema, bem como doutrinária da melhor qualidade.

REFERÊNCIAS

BONICIO, Marcelo José Magalhães. Introdução ao processo civil moderno. 1 ª ed. São Paulo: Lex Editora, 2010.

BONICIO, Marcelo José Magalhães, Proporcionalidade e processo: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 28ª ed., São Paulo, Malheiros, 2012.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Alegação de prescrição ou decadência em recurso extraordinário: notas ap Código Civil de 2002, in NERY JUNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e outros meios de impugnação às decisões judiciais. São Paulo. RT. 2005. v.8,.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 4. Ed. ver. Atual. São Paulo: Malheiros. 2004, v. I.

GRECO FILHO, Vicente. Direito processual civil brasileiro. v. 1,2,3. São Paulo: ed. Saraiva, 2000.

GRINOVER , Ada Pelegrini .Litisconsórcio necessário e efeito devolutivo do recurso especial, in O processo: estudos e pareceres. São Paulo: DPJ Editora. 2006.

JUNIOR, Nelson Nery Junior e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, Coordenação, Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e Assuntos Afins, 2001, Ed. Revista dos Tribunais.

LUCON Paulo Henrique dos Santos. Recurso especial: ordem pública e prequestionamento. Revista da Procuradoria Geral de São Paulo, n. especial: 30 anos do Código de Processo Civil. Jan-Dez. 2003.

LUCON, Paulo Henrique Santos. Repercussão Geral (ausência) Prequestionamento (ausência). Ofensa Indireta à Constituição Federal. Má-fé e ignorância. Danos decorrentes da demora do processo. Revista de Processo, n. 157/345, março, 2008, , p. 357 e 358.

MANCUSO, Recurso extraordinário e recurso especial. 10 ed. rev. ampl. E atual. São Paulo: RT. 2007, p. 311 e 312.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo Divergência jurisprudencial e súmula vinculante, e Ed. rev. Atul. Ampl. São Paulo: RT. 207.

MANGONE, Kátia Aparecida, Coordenação Cassio Scarpinella Bueno, Prequestionamento e Questões de Ordem Pública no Recurso Extraordinário e no Recurso Especial, 2013, Ed. Saraiva.

MARINONI, Luiz Guilherme. A Transformação do civil Law e a oportunidade de um sistema precedentalista para o Brasil. Disponível em : www.professormarinoni.com.br.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recursos e ações autônomas de impugnação. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MEDINA, José Miguel Garcia. Variações jurisprudenciais recentes sobre a dispensa do prequestionamento. in NERY jUNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outros Meios de Impugnação às Decisões Judiciais. São Paulo: RT. 2005. V.8, p. 281-287.

MEDINA, José Miguel Garcia. O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial: e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento. 3. Ed. São Paulo. RT. 2002.

MELLO, Rogério Licastro Torres de, R. Esp e Matéria de Ordem pública, in: Rec. Exp. e Rec. Ext: Repercussão Geral e atualidades, Coord, de Rogério Licastro Torres de Mello, SP, método, 2007, p. 231

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de , Direito Processual Civil Contemporâneo, Teoria Geral do Processo, vol. 1, 6°ed. , São Paulo, editora Saraiva, 2015.

PINTO, Nelson Luiz. Recurso Especial para o Superior Tribunal de Justiça (Teoria Geral e admissibilidade), 2. Ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros 1996.

REALE, Miguel. Lições preliminares de Direito, 24 ed. 2. Tiragem. São Paulo, Saraiva. 1999.

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil vol. 1, 2 e 3., 27 ed. 2011, Saraiva.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. Curso sistematizado de direito processual civil: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais. 2. Ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2010. V. 5, p. 274 e 275

A NECESSIDADE DE VALORIZAÇÃO DOS PROTOCOLOS CLÍNICOS E DIRETRIZES TERAPÊUTICAS COMO EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO EM DEMANDAS DE SAÚDE

THE NECESSITY OF VALUATION OF THE CLINICAL PROTOCOLS AND THERAPEUTIC GUIDELINES LIKE THE EFFECTUATION OF THE ADVERSARIAL PRINCIPLE AT LAWSUIT OF HEALTH

Juliana dos Reis Santos[1]
Recebido em: 04.8.2016
Aprovado em: 31.8.2016

Resumo: Este artigo tem como objetivo descrever a dificuldade encontrada na prática diária, como Procuradora do Estado, de produção de provas em demandas de saúde. A violação do direito do Ente Público ao contraditório, praticada pelo Poder Judiciário, que não valoriza a prova produzida ou muitas vezes nem permite sua produção. Junto a isso, a necessidade de ampla divulgação e valorização dos

Abstract: This article was written with the objective of describing the difficulty in the daily practice, of one State Attorney, on the production of evidences at lawsuit of health. The violation of the Public Entity's right to the adversarial principle practiced by the Judiciary, which doesn't appreciate the evidences producted or in many times neither gives the opportunity of production. In addition, the necessity of large dissemination

[1] Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul.

Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) adotados pelo Sistema Único de Saúde como expressão da teoria da Medicina Baseada em Evidências, sendo ambos frutos de consenso científico, publicados após anos de estudos e pesquisas, os quais são simplesmente ignorados pelo Poder Judiciário que prioriza a opinião do médico da parte autora, em detrimento do consenso científico constante nos PCDTs.

Palavras-chave: Demandas judiciais de saúde; Princípio do contraditório; Dilação probatória; Protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas; Medicina baseada em evidências.

and valuation of the Clinical Protocols and Therapeutic Guidelines adopted by the Unified Health System like expression of the theory of the Evidence-Based Medicine, both fruits of scientific consensus, published after years of studies and researches, that are ignored by the Judiciary who prioritizes the opinion of the author party's doctor to the detriment of the scientific consensus that contents the Clinical Protocols.

Keywords: Lawsuit of health; Adversarial principle; Production of evidences; Clinical protocols and therapeutic guidelines; Evidence-based medicine.

Sumário: 1 Introdução. 2 Dilação probatória em demandas de saúde. 2.1 A dificuldade enfrentada na produção de provas em demandas de saúde. 2.2 O princípio do contraditório no Novo Código de Processo Civil (NCPC) e a nova perspectiva da dilação probatória. 3 A necessidade de valorização dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas (PCDTs). 3.1 Os protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas (PCDTs) e a adoção pelo SUS da medicina baseada em evidências (MBE). 3.2 A valorização dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas (PCDTs) e a inversão do ônus da prova diante da dimensão coletiva do direito à saúde. 4 Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A judicialização da saúde é um fenômeno consolidado, um fato consumado que a cada ano aumenta, movimentando o Poder Judiciário e a administração pública, trazendo consequências de proporções gigantescas de ordem administrativa, estrutural, logística e orçamentária acarretando uma grande realocação de recursos públicos.

Muito já se escreveu sobre a judicialização da saúde. Muitos temas já foram debatidos na tentativa de se estabelecer parâmetros para as decisões judiciais em demandas de saúde, mas poucos são observados. No entanto, é verdade que o aumento da demanda judicial na postulação de medicamentos e tratamentos médicos impôs uma alteração da conduta da administração pública. Se em um primeiro momento, a judicialização da saúde tornou-se necessária diante da omissão do poder público na prestação de uma verdadeira proteção ao direito à saúde, essa situação inicial foi bastante alterada. No entanto, a forma como o Poder Judiciário decide as demandas de saúde não sofreu substancial alteração, não acompanhando a evolução das políticas públicas de saúde estabelecidas sob fundamentos cientificamente comprovados, cujo desenvolvimento e execução demonstram que a omissão do Poder Público se tornou exceção, e não mais a regra.

O objetivo do presente artigo é trazer um viés processual para as demandas de saúde, de forma a demonstrar que as decisões judiciais nesses processos, ao ignorarem as políticas públicas existentes, comprovadas nos autos e postas à disposição do demandante, estão ignorando o próprio direito processual, esvaziando toda e qualquer garantia processual protegida pelo princípio do devido processo legal.

Observa-se que, na maioria dos processos nos quais são pleiteados medicamentos ou tratamentos de saúde, não é oportunizado um verdadeiro direito de defesa aos Entes Públicos. Há um desrespeito ao princípio constitucional do devido processo legal diante da inobservância

do direito ao contraditório, constitucionalmente garantido a qualquer réu em ação judicial ou administrativa.

Assim, pretende-se demonstrar que os argumentos de defesa trazidos pelos Entes Públicos são ignorados, não são valorizados pelos magistrados, que, em nome da dignidade da pessoa humana, tornam o direito à saúde, o qual se trata de um direito social, um direito individualmente absoluto, sendo que nenhum argumento do ente público réu será páreo para confrontar tal direito pleiteado.

Assim, o objetivo é apresentar a dificuldade enfrentada na prática diária, de um Procurador do Estado, de produção de provas em demandas de saúde. Pretende-se expor como os magistrados enfrentam a questão da dilação probatória nas demandas em que se pleiteiam medicamentos e outros tratamentos de saúde, evidenciando a violação do direito do Ente Público ao contraditório, praticada pelo Poder Judiciário, que não valoriza a prova produzida ou muitas vezes nem permite sua produção.

Após expor o cenário geral das dificuldades enfrentadas na produção de provas em processos dessa natureza, passaremos à análise do princípio do contraditório no Novo Código de Processo Civil, o qual eleva o referido princípio à condição de norma fundamental do processo civil, elencando-o como diretriz, trazendo-lhe contornos expressos que imporão uma nova conduta ao Judiciário. Diante da alteração e do grande destaque que o princípio do contraditório tem no Novo Código, far-se-á uma breve análise das novas perspectivas da dilação probatória, que passa a ser mais valorizada, devendo ser objeto de fundamentação nas sentenças a serem prolatadas.

Em um segundo momento, serão abordadas as questões que são o grande fundamento da defesa dos Entes Públicos: as políticas públicas existentes previstas nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDTs), elaborados para cada tipo de doença.

Verifica-se a necessidade de ampla divulgação e valorização dos PCDTs adotados pelo Sistema Único de Saúde (SUS) como expressão

da metodologia da Medicina Baseada em Evidências (MBE), sendo tais protocolos documentos elaborados após anos de estudos e pesquisas, fruto de consenso científico, nos quais estão expostas as alternativas disponíveis no SUS para tratamento da enfermidade apresentada. No entanto, os protocolos são simplesmente ignorados pelo Poder Judiciário que prioriza a opinião do médico da parte autora, em detrimento do consenso científico constante nos PCDTs.

Portanto, o objetivo seria dar maior divulgação e valorização aos protocolos clínicos que são documentos respaldados por consenso científico, os quais não recebem a devida valorização pelo Poder Judiciário que, por desconhecimento ou descaso, não avalia todos os argumentos científicos neles constantes que lastreiam a decisão administrativa do SUS em fornecer determinado tratamento ao invés do tratamento pleiteado no processo judicial.

E por último, pretende-se demonstrar que a valorização dos PCDTs levaria à concretização da dimensão coletiva do direito à saúde, em contrapartida às decisões judiciais que, ao concederem tratamentos diversos dos previstos nas políticas públicas, garantem apenas o direito à saúde individual do demandante, muitas vezes em detrimento do mesmo direito à saúde de toda a coletividade.

2 DILAÇÃO PROBATÓRIA EM DEMANDAS DE SAÚDE

2.1 A Dificuldade Enfrentada na Produção de Provas em Demandas de Saúde

A dilação probatória em processos judiciais em que se pleiteiam medicamentos ou outros tratamentos de saúde, as chamadas demandas de saúde, é bem restrita. Restrita porque a controvérsia estabelecida se resume a dois pontos centrais: a) se existe a obrigação jurídica do Ente Público réu em fornecer o medicamento/ tratamento pleiteado; b) se

o medicamento/ tratamento pleiteado é o mais eficaz para a doença em questão ou se há outras alternativas disponíveis no SUS de igual ou de superior eficácia.

Como o problema exposto no item "a" trata-se de questão de direito, não há produção de provas sobre esse ponto. Portanto, a dilação probatória se restringirá à controvérsia da eficácia do tratamento pleiteado para a enfermidade demonstrada pelo demandante, em comparativo com as alternativas de tratamento disponíveis no SUS.

E as espécies de provas a serem produzidas também não apresentam muita variedade, uma vez que, em se tratando de ação em que se pleiteia direito à saúde, a urgência da tutela sempre alegada impede uma ampla dilação probatória.

Observa-se que, na prática, a produção de provas por parte do Ente Público se resumirá em prova documental sobre a eficácia do tratamento pleiteado e o tratamento disponível no SUS, com a juntada de pareceres e laudos médicos, sobretudo fundamentados nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDTs), que são os documentos onde constam a política pública estabelecida e disponibilizada pelo SUS para tratamento de cada enfermidade. Os PCDTs serão objeto de ampla análise na segunda parte deste trabalho.

No caso de a controvérsia ser mantida com relação à eficácia dos tratamentos em discussão, temos a prova pericial, que se realizará através de exame médico do demandante, com a elaboração de um laudo médico analisando a específica condição de saúde do autor da ação, confrontando a necessidade do tratamento por ele pleiteado com o fornecido pelo SUS. Mas a perícia por ser uma prova mais demorada e custosa nem sempre é solicitada pelos Entes Públicos e, na maioria das vezes, é indeferida pelos juízes. No entanto, deve ser ressaltada sua imperiosa necessidade em casos de imposição de custeio de tratamentos extremamente onerosos e de duvidosa eficácia científica.

Mas o cerne do presente trabalho será discutir quem tem que fazer essa prova: se é o Ente Público Réu quem deve demonstrar

a eficácia do tratamento previsto na política pública do SUS ou o demandante é quem tem o ônus de provar a ineficácia do tratamento fornecido pelo SUS, bem como a superioridade do tratamento que está pleiteando.

A dilação probatória nos processos que envolvem o fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde, tem como paradigma o emblemático julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF) o Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/CE (Ag.Reg. STA nº 175)[2], de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, no qual após ampla discussão com a sociedade jurídica e científica, com realização até mesmo de audiência pública (Audiência Pública nº 4), tentou-se estabelecer parâmetros a serem seguidos pelos Tribunais no julgamento desses tipos de demandas.

Primeiramente, em seu julgamento o Ministro fez uma diferenciação de situações, traçando formas diversas de raciocínio para situações em que já existe uma política pública estabelecida pelo SUS para o tratamento da doença em questão (ou seja, não há que se falar em omissão do Poder Público) e situações em que não há ainda a política pública estabelecida (situação de omissão caracterizada). Diferencia também as situações em que o tratamento pleiteado já foi analisado pelos órgãos competentes e há uma decisão administrativa, lastreada em convicções médico-científicas, no sentido de não fornecer o tratamento. Vejamos o trecho do voto:

> Se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de (1) uma omissão legislativa ou administrativa, (2) de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou (3) de uma vedação legal a sua dispensação. […]
> O segundo dado a ser considerado é a existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS. Há casos em que se ajuíza ação com o objetivo de garantir prestação de saúde que o SUS decidiu não custear por entender

[2] BRASIL. STF. STA 175-AgR/CE, Tribunal Pleno, relator Min. Gilmar Mendes, julgado em 17/03/2010.

> que inexistem evidências científicas suficientes para autorizar sua inclusão.
> Nessa hipótese, podem ocorrer, ainda, duas situações: 1º) o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente; 2º) o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia.

No julgamento, ficou claro que a relevância da avaliação técnica, em se tratando de saúde pública, é inequívoca e deve ser considerada quando confrontada judicialmente, como bem destacou o Ministro:

> A princípio, pode-se inferir que a obrigação do Estado, à luz do disposto no artigo 196 da Constituição, restringe-se ao fornecimento das políticas sociais e econômicas por ele formuladas para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Isso porque o Sistema Único de Saúde filiou-se à corrente da "Medicina com base em evidências". Com isso, adotaram-se os "Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas", que consistem num conjunto de critérios que permitem determinar o diagnóstico de doenças e o tratamento correspondente com os medicamentos disponíveis e as respectivas doses. Assim, um medicamento ou tratamento em desconformidade com o Protocolo deve ser visto com cautela, pois tende a contrariar um consenso científico vigente.

Assim, ao ressaltar que o direito à saúde é assegurado mediante políticas sociais e econômicas, o STF afirma que não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde. E para reforçar essa defesa de preferência do tratamento já previsto em política pública, fundamentou o Ministro Relator assim em seu voto:

> Ademais, não se pode esquecer de que a gestão do Sistema Único de Saúde, obrigado a observar o princípio constitucional do acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde, só torna-se viável mediante a elaboração de políticas públicas que repartam os recursos (naturalmente escassos) da forma

> mais eficiente possível. Obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada.

E por último, quanto à necessidade de dilação probatória, Gilmar Mendes é taxativo:

> Portanto, independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, as premissas analisadas deixam clara a necessidade de instrução das demandas de saúde para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde. Esse é mais um dado incontestável, colhido na Audiência Pública – Saúde.

Ressalte-se que conclusão semelhante já havia sido proposta em 2003 pela Ministra do STJ, Eliana Calmon, que em voto vencido considerado divisor de águas na jurisprudência do STJ sobre o tema. A Ministra endossa a ponderação que o julgador deve promover entre princípios, valores e direitos, muitas vezes em rota de colisão, quando se trata de casos envolvendo o direito fundamental à saúde:

> [...] É muito fácil o discurso liberal de que o direito à vida e à saúde é absoluto e acima de qualquer interesse. Mas a verdade é que só o conhecimento médico-administrativo pode priorizar os tratamentos e autorizá-los ou não, o que não pode ficar ao saber das informações obtidas pela parte, ou chanceladas pelo Judiciário que, sem o conhecimento fático necessário, enxerta razões subjetivas como fundamentos das decisões da Justiça, o que me parece lamentável, em termos de segurança jurídica.[3]

Após o julgamento do Agravo Regimental na STA nº 175 pelo STF, o Conselho Nacional de Justiça publicou a Recomendação nº 31,

[3] BRASIL. STJ. REsp nº 353.147, relator Min.Franciulli Netto. DJ de 18 de agosto de 2003, voto vencido, Min. Eliana Calmon. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revista eletronica/ita.asp?registro=200100761900&dt_publicacao=18/08/2003>. Acesso em: 02/12/2015.

de 30/03/2010, cujo objetivo é orientar os Tribunais na adoção de medidas visando dar subsídios aos magistrados e demais operadores do direito, de forma a assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais de saúde.

Observa-se que a recomendação do CNJ também reflete as discussões e conclusões ocorridas durante a Audiência Pública nº 4, realizada pelo STF, na qual ficou constatada a carência de informações clínicas prestadas aos magistrados a respeito dos problemas de saúde enfrentados pelos autores das demandas de saúde.[4].

No entanto, em que pese a tentativa de estabelecimento de parâmetros pelo STF para o julgamento das ações que envolvem o direito à saúde, respaldado pelas orientações do CNJ, ambos deixando claro tanto a necessidade de instrução probatória das ações como a preferência aos tratamentos já constantes nas políticas públicas do SUS, infelizmente o que impera mesmo perante os magistrados é a ditadura da inquestionabilidade da prescrição médica.

A prática forense mostra que os Magistrados se apegam à prescrição médica apresentada pelo demandante como se fosse uma verdade absoluta, não exigindo do autor mais nenhuma prova. Pelo contrário, entende-se que o ônus da prova quanto à eficácia do tratamento fornecido pelo SUS é do Ente Público Réu. O Ente Público, por sua vez, traz aos autos a política pública estabelecida pelo SUS, juntando o PCDT estabelecido para o tratamento da doença em questão e, na maioria das vezes, laudos médicos de membros de suas Secretarias de Saúde. No entanto, em que pese a riqueza técnico-científica dos documentos acostados pelos Entes Públicos, os magistrados não valorizam tais documentos, preferindo agarrar-se na opinião de um único médico, o que prescreveu o medicamento pleiteado ao autor.

[4] BRASIL, 2010. CNJ, Recomendação nº 31, de 30/03/2010. Disponível em http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1195, acesso em 02/12/2015.

Com esse posicionamento dominante, o Poder Judiciário atesta total desconhecimento de toda a estrutura administrativa existente no Ministério da Saúde para estabelecer as políticas públicas.

A incorporação de novas tecnologias no âmbito do SUS segue uma série de procedimentos que visam analisar as consequências clínicas, econômicas e sociais que a disponibilização de um fármaco para toda a população pode acarretar.

Como se percebe, a ausência de um medicamento no SUS não representa, necessariamente, uma omissão dos entes públicos. Pelo contrário, em diversas ocasiões já houve um amplo debate técnico, culminando na não inclusão do fármaco na política pública.

Contudo, a despeito de toda essa estrutura administrativa que dá lastro à eleição dos tratamentos a serem fornecidos pelo SUS, parece não importar ao Judiciário os fatores essenciais para a racionalidade e efetividade do que está sendo prescrito e para a segurança do sujeito objeto dessa prescrição. Assim, com decisões judiciais que determinam o fornecimento de medicamentos diversos dos fornecidos pelo SUS e previstos no PCDT correspondente à doença, toda uma engrenagem se move a partir da prescrição de um único médico.

Como as ações judiciais implicam conteúdos técnicos e médicos diversos e abrangentes, cria-se um conflito entre várias discricionariedades: a médica, a da gestão da saúde e a do Juízo. E o que se assiste atualmente é a balança pendendo para o poder que, hoje, se afigura, por faculdade do Judiciário, como o maior de todos: o poder médico. E é a inquestionabilidade da prescrição médica como premissa adotada pelo Poder Judiciário que confere essa maior potência ao poder médico, fortalecendo-o além do próprio Poder Judiciário e em detrimento da discricionariedade, igualmente técnica e legítima, da gestão e administração dos sistemas de saúde.[5]

[5] GADELHA, Maria Inez Pordeus. Revista CEJ, Brasília : Centro de Estudos Judiciários, Ano XVIII, n. 62, p. 65-70, jan./abr. 2014, p. 66.

E o resultado de tudo isso sintetiza-se nas palavras da médica assessora do Ministério da Saúde, Maria Inez Pordeus Gadelha, que segue:

> E a "ditadura da ética do julgador", que desconsidera o contraditório (FIRMO, 2011), termina estabelecendo a "ditadura técnica do prescritor" e deixando como um subserviente expectador o ente executor da decisão judicial, ou seja, o gestor da saúde.
> Ao final, o que se tem passa a ser a imposição de um poder (o médico) a outro poder (o Executivo) intermediada pelo Judiciário, na maioria das vezes intempestivamente, pelo alegado caráter de urgência, e sem chance de obter o contraditório em tempo hábil.[6]

Portanto, o que se defende é que não se mostra razoável que o Poder Judiciário, diante de todo o exposto, substitua a análise realizada pela CONITEC, que é composta por representantes de treze entidades diferentes, inclusive do Conselho Federal de Medicina, pela opinião de apenas um médico (o do demandante), fundamentando essa escolha unicamente no direito à saúde previsto no artigo 196 da Constituição Federal, tomado por direito absoluto.

2.2 O Princípio do Contraditório no Novo Código de Processo Civil (NCPC) e a Nova Perspectiva da Dilação Probatória

Após anos de tramitação no Congresso Nacional, finalmente foi aprovado o tão esperado Novo Código de Processo Civil (NCPC), Lei nº 13.105/2015, o qual entrou em vigor em 18/03/2016. Apesar de ainda estarmos no início de sua vigência, o NCPC vem sendo objeto de estudo e muita discussão, sendo que muito se espera do resultado de sua aplicação nos tribunais, e de sua repercussão frente a todos os operadores do Direito diante das grandes alterações principiológicas e estruturais que trouxe ao processo civil brasileiro.

[6] GADELHA, Maria Inez Pordeus. Revista CEJ, Brasília : Centro de Estudos Judiciários, Ano XVIII, n. 62, p. 65-70, jan./abr. 2014, p. 66.

Uma das grandes inovações do NCPC, em comparação ao CPC de 1973, é que traz um capítulo inicial sobre as normas fundamentais do processo civil.

Essas normas fundamentais servem para densificar o direito ao processo justo previsto na Constituição Federal (Art. 5º, LIV), dando as linhas-mestras que o estruturam[7]. Dentre essas normas, destaca-se o art. 6º que traz o princípio da colaboração, *in verbis*: "Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva."

O princípio da colaboração traz ao processo civil o modelo de processo cooperativo, pautado pela colaboração do juiz para com as partes.

De acordo com o professor Daniel Mitidiero, a ideia de processo cooperativo está relacionada à organização justa do processo, de forma que seus participantes tenham posições jurídicas equilibradas ao longo do procedimento. Assim, a organização do processo cooperativo traz a necessidade de um novo dimensionamento de poderes no processo, o que implica necessidade de revisão da cota de participação que se defere a cada um de seus participantes ao longo do trâmite processual. Em outras palavras: a colaboração visa organizar a participação do juiz e das partes no processo de forma equilibrada. Deixando claro que, a colaboração no processo devida, é a colaboração do juiz para com as partes.[8]

A colaboração estrutura-se a partir da previsão de regras que devem ser seguidas pelo juiz na condução do processo. O juiz tem os deveres de esclarecimento, de diálogo, de prevenção e de auxílio para com os litigantes. Esses deveres consubstanciam as regras que estão sendo enunciadas quando se fala em colaboração no processo.[9]

[7] MITIDIERO, Daniel. A colaboração como norma fundamental do novo processo civil brasileiro. Revista do Advogado, São Paulo : AASP, v. 35, n. 126, p. 47-52, maio 2015, p. 48.
[8] MITIDIERO, Daniel. A colaboração como norma fundamental do novo processo civil brasileiro. Revista do Advogado, São Paulo : AASP, v. 35, n. 126, p. 47-52, maio 2015, p. 49.
[9] MITIDIERO, Daniel. A colaboração como norma fundamental do novo processo civil brasileiro. Revista do Advogado, São Paulo : AASP, v. 35, n. 126, p. 47-52, maio 2015, p. 50.

A compreensão da ideia da colaboração e do novo modelo cooperativo de processo que almeja o NCPC, é crucial para partir para a análise da nova perspectiva que se tem da concretização material e efetiva do princípio do contraditório.

Princípio o qual também foi elevado à categoria de norma fundamental no novo diploma, e que, em que pese se tratar de princípio processual constitucional, recebeu definição e contornos legais, na tentativa de se evidenciar sua amplitude e seu aspecto material. Vejamos os dispositivos que trazem sua previsão legal, evidenciando seu papel de destaque e sua importância para o novo modelo processual:

> Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.
> Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.
> [...]
> Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.[10]

De acordo com o processualista Fredie Didier Jr., um dos relatores do NCPC, o princípio do contraditório é formado por duas garantias: participação (que pode se realizar por meio de audiência, comunicação, ciência) e possibilidade de influência na decisão. O elemento formal do princípio é a participação, no entanto o elemento essencial da garantia é o poder de influência, de forma que a participação no processo se dê em condições de poder influenciar o magistrado.[11] Assim explica o processualista:

> Se não for conferida a possibilidade de a parte influenciar a decisão do Magistrado – e isso é poder de influência, poder

[10] BRASIL. Lei 13.105/2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm, acesso em 02/12/2015.
[11] DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Salvador : Juspodivm, 2009, v. 1, p. 57.

> de interferir na decisão do Magistrado, interferir com argumentos, interferir com ideias, com fatos novos, com argumentos jurídicos novos; se ela não puder fazer isso, a garantia do contraditório está ferida. É fundamental perceber isso: o contraditório não se implementa, pura e simplesmente, com a ouvida, com a participação; exige-se a participação com a possibilidade, conferida à parte, de influenciar no conteúdo da decisão.[12]

O Ministro Gilmar Mendes já discorreu sobre as três dimensões do contraditório, em seu voto proferido no julgamento do MS 24.268/MG:

> Há muito vem a doutrina constitucional enfatizando que o direito de defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo. Efetivamente, o que o constituinte pretende assegurar – como bem anota Pontes de Miranda – é uma pretensão à tutela jurídica (Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, 1969. t. V, p. 234).
> [...]
> Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5.º, LV, da CF, contém os seguintes direitos:
> 1. *Direito de informação* (Recht auf Information), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;
> 2. *Direito de manifestação* (Recht auf Äusserung), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo;
> 3. *Direito de ver seus argumentos considerados* (Recht auf Berücksichtigung), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft) para contemplar as razões apresentadas (cf. PIEROTH; SCHLINK. Grundrechte – Staatsrecht II. Heidelberg, 1988. p. 281; BATTIS; GUSY. Einführung in das Staatsrecht. Heidelberg, 1991. p. 363-364; Ver, também, DÜRIG/ASSMANN. In: MAUNZ-DÜRIG. Grundgesetz-Kommentar. Art. 103, vol. IV, n. 85-99).
> Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados

[12] DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Salvador : Juspodivm, 2009, v. 1, p. 57.

> pelo órgão julgador (Recht auf Berücksichtigung), que corresponde, obviamente, ao dever do juiz ou da Administração de a eles conferir atenção (Beachtenspflicht), pode-se afirmar que ele envolve não só o dever de tomar conhecimento (Kenntnisnahmepflicht), como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (Erwägungspflicht) (Cf. DÜRIG/ASSMANN. In: MAUNZ-DÜRIGI. Grundgesetz-Kommentar. Art. 103, vol. IV, n. 97). É da obrigação de considerar as razões apresentadas que deriva o dever de fundamentar as decisões" (Decisão da Corte Constitucional – BverfGE 11, 218 (218); Cf. DÜRIG/ASSMANN. In: MAUNZ-DÜRIG. Grundgesetz-Kommentar. Art. 103, vol. IV, n. 97).[13]

Essa é a ideia subjacente ao princípio do contraditório impregnada em vários dispositivos do novo diploma processual como, por exemplo, os arts. 371 e 489, *in verbis*:

> Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento."
> Art. 489. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
> I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
> II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
> III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
> IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
> V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
> VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

[13] BRASIL. STF. MS 24.268. Tribunal Pleno. j. 05.02.2004. Rel. Min. Ellen Gracie. Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes. DJe 17.09.2004. Trechos do voto do Min. Gilmar Mendes.

Esse é o espírito do NCPC! Um espírito de processo cooperativo em que as partes são verdadeiramente ouvidas pelo Juízo, e seus argumentos devem, sob pena de nulidade, serem analisados fundamentadamente. Retira-se o protagonismo do processo do magistrado para as partes, de forma que o Juiz deve colaborar com as partes e não representar um entrave ao direito das partes. Tudo isso com o principal objetivo de que se alcance um processo justo.

Trazendo as três dimensões do princípio do contraditório para a análise da condução da dilação probatória feita pelo Poder Judiciário às demandas em que se pleiteiam medicamentos, é evidente a grave violação a esse princípio praticada pelos magistrados quando indeferem os pedidos de provas feitos pelos Entes Públicos ou, pior ainda, quando sequer analisam as razões científicas constantes nos PCDTs e laudos médicos das Secretarias de Saúde.

Analisemos as decisões mais corriqueiras prolatadas no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, quando o Ente Público pleiteia produção de provas, para que, após possamos verificar se há de fato respeito ao princípio do contraditório, sobretudo no aspecto material do "poder de influência":

> Vistos. Indefiro o pleito de fl.105. Já há nos autos prova documental devidamente explicativa relatando a enfermidade que acomete a parte autora, bem como os medicamentos a serem utilizados para o combate à doença. Simples parecer genérico oferecido pela Secretaria da Saúde do Estado não prepondera sobre o conteúdo dos atestados, exames e prescrições do médico que assiste a parte, e, o deferimento do pleito tende apenas a protelar o andamento regular do feito cujo cerne da questão é a saúde do ser humano, devendo, por si só, ter a lide o seu deslinde de maneira célere e eficaz. APELAÇÃO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. Não há cerceamento de defesa quando o juiz indefere ou não aprecia expressamente requerimento de intimação da parte autora para manifestar-se acerca do Parecer Técnico elaborado pelos Consultores da

SES, contanto que a parte junte documentos (laudos, exames ou atestados idôneos) demonstrando a sua enfermidade, bem como a necessidade do medicamento específico, e a contestação não os infirme de forma específica e fundamentada. ACESSO À SAÚDE. PROTEÇÃO SUFICIENTE. O acesso à saúde é direito fundamental e as políticas públicas que o concretizam devem gerar proteção suficiente ao direito garantido, sendo passíveis de revisão judicial, sem que isso implique ofensa aos princípios da divisão de poderes, da reserva do possível ou da isonomia e impessoalidade. (Apelação Cível Nº 70063047401, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Denise Oliveira Cezar, Julgado em 09/01/2015) Outrossim, diante do receituário de fls. 89, no qual o médico da parte autora relata a necessidade de substituição da medicação prescrita, ante a intolerância apresentada pelo requerente, defiro a substituição dos medicamentos postulados na inicial pelo medicamento SOFOSBUVIR 400mg/dia. Intimem-se, o Estado, inclusive para fornecer o medicamento supramencionado, sob pena de bloqueio de valores. Após, ao Ministério Público. Dil. Legais.[14]

Ementa**:** APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO À SAÚDE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. DEVER CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA UNIÃO, DOS ESTADOS E DOS MUNICÍPIOS. SUBSTITUIÇÃO POR MEDICAMENTOS SEGUNDO LAUDO TÉCNICO ELABORADO PELA EQUIPE DE CONSULTORES DA SES. IMPOSSIBILIDADE. Não há cerceamento de defesa quando há nos autos documentação suficiente para comprovar a necessidade da utilização da medicação postulada pela parte autora. O fornecimento gratuito de medicamentos e demais serviços de saúde constitui responsabilidade solidária da União, dos Estados e dos Municípios, derivada do artigo 196 da Constituição Federal c/c o art. 241 da Constituição Estadual. Precedentes do STF e STJ. Não é possível a substituição dos fármacos solicitados na inicial, conforme Laudo elaborado pela Equipe de Consultores da Secretaria Estadual da Saúde, devendo prevalecer a prescrição do profissional que acompanha a paciente e a evolução do seu quadro de saúde.

[14] BRASIL TJRS, 3ª Vara Cível da Comarca de Bagé/RS., decisão interlocutória prolatada no processo nº 004/ 1.13.0008326-3, pelo Juiz Max Akira Senda de Brito, em 21/08/2015.

> Preliminar rejeitada. Apelo desprovido. Sentença mantida em reexame necessário. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70054652714, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio Heinz, j. em 24/07/2013)

Data maxima venia, nesses processos não houve contraditório. E isso se vislumbra da *ratio decidendi* expressa nas decisões, onde se verifica a indiscutibilidade da prescrição médica do demandante. Ou seja, sequer se avalia o rigor e valor científico dos documentos juntados pelo Ente Público que são fruto da opinião de vários outros médicos, lastreados em estudo de evidências médicas.

Ou seja, não há efetivação do contraditório. Ao dar legitimidade absoluta à prescrição do médico do autor da ação, o Magistrado deixa evidente que os argumentos do Ente Público não têm poder nenhum de influência sobre sua decisão.

Dessa forma, em processos como os que tiveram as decisões transcritas acima prolatadas, questiona-se o porquê da intimação do Ente Público para manifestação sobre provas se, ao revelar interesse, o Nobre Julgador afirma que "já há nos autos prova documental devidamente explicativa". Resta claro, pois, que a produção de provas não é oportunizada de modo efetivo, tornando a intimação para tal uma medida inócua e revestida por um contraditório ineficaz.

Ademais, é injusto e ilógico considerar protelatório o pleito do Ente Réu, principalmente porque na maioria dos processos em que pleiteiam medicamentos, a parte autora já começa a receber a prestação de saúde requerida desde o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela, de modo que a justificativa da demora do processo não pode ser aceita para fundamentar a rejeição de pedidos de produção de prova.

Assim, é notório que decisões interlocutórias como as transcritas evidenciam o pré-julgamento da ação, tornando a futura sentença uma mera "formalidade", pois, baseando-se em prova unilateralmente produzida pela parte autora, já se decretou que a prescrição do médico

que a assiste é suficiente para impor ao Ente Réu na ação o dever de fornecer o medicamento postulado.

Dessa forma, resta evidenciada a violação do princípio constitucional do direito ao contraditório, pois tais entendimentos impedem o Ente Público de produzir prova acerca da eficácia do tratamento para a doença em questão, o que implica claro cerceamento de seu direito de defesa.

O Ente Público possui o dever de prestar assistência médica aos necessitados. Todavia, tendo em vista que o direito à saúde decorrente da norma só pode ser resguardado quando preenchidos os requisitos médicos, técnicos e legais necessários e exigidos para o fornecimento da medicação pleiteada, não pode o Ente simplesmente fornecer medicamentos sem dita avaliação, podendo até mesmo vir a ser responsabilizado pela administração inadequada que venha a causar danos à saúde dos pacientes.

Assim, para que um medicamento seja fornecido pelo SUS, são necessários estudos científicos isentos que comprovem sua eficácia, acurácia, efetividade e segurança, não bastando a opinião de um único médico, conforme já foi demonstrado.

Portanto, a esperança é que com o advento do NCPC o posicionamento intransigente dos Magistrados seja alterado.

O NCPC traz como modelo o processo cooperativo, determinando a colaboração do Juiz com as partes. É evidente o fortalecimento e a importância conferida ao princípio do contraditório no novo diploma processual, portanto o que se aguarda é uma nova postura do Poder Judiciário.

O que se espera é uma efetivação do contraditório em seu aspecto substancial: o poder de influência. Uma maior valorização dos documentos e pareceres técnicos juntados pelos Entes Públicos para comprovar a existência e fornecimento da política pública para a enfermidade em questão.

Ressaltando que o NCPC traz maior exigência quanto às fundamentações das decisões (art. 489, NCPC), o que se aguarda nas demandas de saúde é uma maior atenção do Poder Judiciário aos argumentos e teses feitas em defesa das políticas públicas praticadas pelo SUS, de forma que se valorize o rigor técnico presente nas defesas processuais dos Entes Públicos.

3 A NECESSIDADE DE VALORIZAÇÃO DOS PROTOCOLOS CLÍNICOS E DIRETRIZES TERAPÊUTICAS (PCDTs)

3.1 Os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDTs) e a Adoção pelo SUS da Medicina Baseada em Evidências (MBE)

Na Constituição Federal (CF) de 1988, o direito à saúde restou consagrado no art. 6° como direito social, estando os demais princípios constitucionais estabelecidos nos artigos 196 a 200, concebendo um sistema único e organizado, orientado pelas seguintes diretrizes: descentralização, com direção única em cada esfera de governo; atendimento integral e participação comunitária.

No entanto, direito à saúde não significa direito ao que se apresenta como discricionariedade médica ou acesso ao que está disponibilizado no mercado. Quando um medicamento é pleiteado em um processo judicial, o Poder Judiciário não deve considerar somente as justificativas científicas que acompanham a prescrição médica, as quais podem ser incompletas ou indevidamente interpretadas, devendo-se ficar sempre atento à grande influência da indústria farmacêutica.

Isso porque, para uma boa prática médica e o uso racional de procedimentos e medicamentos, contam a sua seleção adequada, a melhor conduta para o caso em pauta e o porte tecnológico da instituição em que se dá o atendimento, bem como a observância às diretrizes e protocolos estabelecidos com base em rigorosa busca

da literatura científica especializada e resultante de criteriosa análise técnico-científica, que considera todas as alternativas disponíveis, em termos de resultado, segurança e custo-efetividade. [15]

Diante de todos esses fatores que envolvem a tomada de decisão para estabelecer a política pública de tratamento para cada doença, o gestor do SUS precisa dar uma resposta diante da demanda da população. Essa resposta é a elaboração e a implantação de Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDTs) no âmbito do SUS. Os PCDTs representam para o gestor um porto seguro de referência sobre a pertinência das demandas que recebe para o planejamento e a execução de suas ações e ainda para nortear a decisão acerca de que medicamentos devem integrar o rol de seus programas de Assistência Farmacêutica.[16]

A assistência terapêutica e a incorporação de tecnologias em saúde receberam com a Lei nº 12.401/2011 um capítulo próprio inserido na Lei 8.080/1990, estabelecendo-se o conceito de assistência terapêutica integral e consagrando-se a formulação de políticas públicas de saúde lastreadas na metodologia da Medicina Baseada em Evidências. Imprescindível a transcrição do referido capítulo:

> CAPÍTULO VIII - DA ASSISTÊNCIA TERAPÊUTICA E DA INCORPORAÇÃO DE TECNOLOGIA EM SAÚDE
> Art. 19-M. A assistência terapêutica integral a que se refere a alínea d do inciso I do art. 6o consiste em:
> I – dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P;
> II – oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, constantes de tabelas

[15] GADELHA, Maria Inez Pordeus. Revista CEJ, Brasília : Centro de Estudos Judiciários, Ano XVIII, n. 62, p. 65-70, jan./abr. 2014, p. 70.

[16] CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE (CONASS). **A Assistência Farmacêutica no SUS**, Coleção Para Entender a Gestão do SUS, Vol. 7, Brasília : CONASS, 2011, vol.7. Disponível em http://www.conass.org.br/index.php?option=com_content&id=51&Itemid=21, acesso em 02/12/2015, p. 113.

elaboradas pelo gestor federal do Sistema Único de Saúde – SUS, realizados no território nacional por serviço próprio, conveniado ou contratado.

Art. 19-N. Para os efeitos do disposto no art. 19-M, são adotadas as seguintes definições:

I – produtos de interesse para a saúde: órteses, próteses, bolsas coletoras e equipamentos médicos;

II – protocolo clínico e diretriz terapêutica: documento que estabelece critérios para o diagnóstico da doença ou do agravo à saúde; o tratamento preconizado, com os medicamentos e demais produtos apropriados, quando couber; as posologias recomendadas; os mecanismos de controle clínico; e o acompanhamento e a verificação dos resultados terapêuticos, a serem seguidos pelos gestores do SUS.

Art. 19-O. Os protocolos clínicos e as diretrizes terapêuticas deverão estabelecer os medicamentos ou produtos necessários nas diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde de que tratam, bem como aqueles indicados em casos de perda de eficácia e de surgimento de intolerância ou reação adversa relevante, provocadas pelo medicamento, produto ou procedimento de primeira escolha.

Parágrafo único. Em qualquer caso, os medicamentos ou produtos de que trata o caput deste artigo serão aqueles avaliados quanto à sua eficácia, segurança, efetividade e custo-efetividade para as diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde de que trata o protocolo.

Art. 19-P. Na falta de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, a dispensação será realizada:

I – com base nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS, observadas as competências estabelecidas nesta Lei, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Tripartite;

II – no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores estaduais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Bipartite;

III – no âmbito de cada Município, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores municipais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada no Conselho Municipal de Saúde.

Art. 19-Q. A incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos,

> bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS.
> § 1º A Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS, cuja composição e regimento são definidos em regulamento, contará com a participação de 1 (um) representante indicado pelo Conselho Nacional de Saúde e de 1 (um) representante, especialista na área, indicado pelo Conselho Federal de Medicina.
> § 2º O relatório da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS levará em consideração, necessariamente:
> I – as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso;
> II – a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível.
> Art. 19-R. A incorporação, a exclusão e a alteração a que se refere o art. 19-Q serão efetuadas mediante a instauração de processo administrativo, a ser concluído em prazo não superior a 180 (cento e oitenta) dias, contado da data em que foi protocolado o pedido, admitida a sua prorrogação por 90 (noventa) dias corridos, quando as circunstâncias exigirem.
> § 1º O processo de que trata o caput deste artigo observará, no que couber, o disposto na Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e as seguintes determinações especiais:
> I – apresentação pelo interessado dos documentos e, se cabível, das amostras de produtos, na forma do regulamento, com informações necessárias para o atendimento do disposto no § 2o do art. 19-Q;
> II - (VETADO);
> III – realização de consulta pública que inclua a divulgação do parecer emitido pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS;
> IV – realização de audiência pública, antes da tomada de decisão, se a relevância da matéria justificar o evento.

Extrai-se do art. 19-N, inciso II, os objetivos dos PCDTs de estabelecer claramente os critérios de diagnóstico de cada doença,

determinando o tratamento preconizado com os medicamentos disponíveis, as respectivas doses, os mecanismos de controle, o acompanhamento e a verificação de resultados.

No art. 19-Q, atribuiu-se a incorporação, exclusão ou alteração de tecnologias, no âmbito do SUS, ao Ministério da Saúde, função a ser desempenhada com assessoramento da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias – CONITEC. Trata-se de órgão colegiado e de composição variada (Decreto nº 7.646/2011, art. 7º), que avalia, de acordo com os ditames da Medicina Baseada em Evidências, quais tecnologias devem ser incorporadas ao SUS e quais não atendem aos critérios para inclusão na política pública de saúde.

Conforme expressamente disciplinado no art. 19-O, parágrafo único, tanto a elaboração dos Protocolos Clínicos quanto a incorporação de tecnologias no SUS devem ser feitas mediante a avaliação técnica lastreada na análise da eficácia, segurança, efetividade e custo-efetividade do medicamento, produto de interesse para a saúde ou procedimento.

Os PCDTs são recomendações, desenvolvidas por meio de revisão sistemática da literatura científica existente, para apoiar a decisão do profissional e do paciente sobre o cuidado médico mais apropriado, em relação às condutas preventivas, diagnósticas ou terapêuticas dirigidas para determinado agravo em saúde ou situação clínica. Assim, os protocolos buscam sistematizar o conhecimento disponível e oferecer um padrão de manejo clínico mais seguro e consistente do ponto de vista científico para determinado problema de saúde. Os atributos considerados essenciais para a elaboração de protocolos clínicos são:

> - validade – baseada em fortes evidências que associam recomendações com resultados;
> - reprodutibilidade – estudo desenvolvido usando-se regras nos procedimentos e decisões que levem diferentes especialistas às mesmas conclusões baseadas nas mesmas evidências;
> - aplicabilidade – ser útil em populações onde os usuários em potencial consideram relevante para sua prática;

> - flexibilidade – estar adaptado ao julgamento dos profissionais e às preferências dos pacientes;
> - clareza – apresentado em linguagem acessível e de fácil compreensão;
> - multidisciplinaridade – preparado com contribuições de disciplinas relevantes e consultores externos;
> - atualidade – refletir a evidência mais recente;
> - ser bem documentado – publicado com descrição detalhada dos critérios utilizados nas definições, nos processos, na racionalização, evidência e regras de decisão.[17]

Cabe salientar que os PCDTs não devem ser encarados como uma norma rígida e inflexível. Eles devem ser tomados como referência. Sua aplicação deve ter a necessária flexibilidade, pois não se trata de doenças e sim de doentes. O processo de tomada de decisão clínica é realizado com três componentes: o julgamento criterioso e imparcial dos resultados das pesquisas clínicas, representado pelo PCDTs; as preferências do doente devidamente esclarecidas; as circunstâncias em que o doente é atendido, o estágio da doença e os recursos disponíveis no local de atendimento. A vivência do profissional é que vai permitir o ajuste fino deste processo para que o doente tenha maior probabilidade de benefício que prejuízo.[18]

Diante dessas premissas, a seleção de medicamentos deve se fundamentar nas melhores evidências disponíveis e considerar morbidades prevalentes, eficácia, efetividade, segurança e qualidade do fármaco, apresentações farmacêuticas que atendam às necessidades, comodidade posológica, custo e disponibilidade no mercado.[19]

---

[17] CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE (CONASS). **A Assistência Farmacêutica no SUS**, Coleção Para Entender a Gestão do SUS, Vol. 7, Brasília : CONASS, 2011, vol.7. Disponível em http://www.conass.org.br/index.php?option=com_content&id=51&Itemid=21, acesso em 02/12/2015, p. 114-115.

[18] CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE (CONASS). **A Assistência Farmacêutica no SUS**, Coleção Para Entender a Gestão do SUS, Vol. 7, Brasília : CONASS, 2011, vol.7. Disponível em http://www.conass.org.br/index.php?option=com_content&id=51&Itemid=21, acesso em 02/12/2015, p. 115.

[19] PEPE, Vera Lúcia Edais et al. **A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica.** *Ciênc. saúde coletiva* [online]. 2010, vol.15, n.5, p. 2405-2414, p. 2408.

Porém, para que tenham credibilidade e aceitabilidade, os PCDTs precisam ser construídos sobre bases sólidas e éticas, de forma participativa e democrática. Nesse contexto se insere a Medicina Baseada em Evidências (MBE) como base metodológica da construção dos PCDTs.

Ressalte-se sempre que o SUS estabeleceu suas políticas públicas com base na metodologia da Medicina Baseada em Evidências (MBE), que se trata de um sistema construído com base em evidências cientificamente comprovadas que vê com cautela os medicamentos e tratamentos que estejam em desconformidade com os protocolos clínicos estabelecidos para cada enfermidade.

Mas o que vem a ser a Medicina Baseada em Evidências?

A MBE é uma abordagem que utiliza as ferramentas da epidemiologia clínica, da estatística, da metodologia científica e da informática para trabalhar a pesquisa, o conhecimento e a atuação em saúde, com o objetivo de oferecer a melhor informação disponível para a tomada de decisão. A prática da MBE busca promover a integração da experiência clínica às melhores evidências científicas disponíveis, considerando a segurança nas intervenções e a ética na totalidade das ações.[20]

A Medicina Baseada em Evidências nada mais é do que "o elo entre a boa ciência e a boa prática clínica", conforme as palavras do renomado professor e Doutor em Medicina, Álvaro Nagib Atallah, um dos maiores defensores da MBE no Brasil. Sobre a metodologia defendida, assim expõe o citado professor:

> A medicina, durante muito tempo, baseou-se nas experiências pessoais, nas opiniões dos indivíduos com maior autoridade e nas teorias fisiopatológicas. A Medicina Baseada em Evidências (MBE) (Sackett et al., 1996) - ou em provas científicas

[20] CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE (CONASS). **A Assistência Farmacêutica no SUS**, Coleção Para Entender a Gestão do SUS, Vol. 7, Brasília : CONASS, 2011, vol.7. Disponível em http://www.conass.org.br/index.php?option=com_content&id=51&Itemid=21, acesso em 02/12/2015, p. 116.

> rigorosas - tem por objetivo nortear as tomadas de decisões sobre os cuidados em saúde, ressaltando o compromisso da busca explícita e honesta das melhores evidências científicas da literatura médica, a experiência do médico e a concordância do paciente sem os riscos e com benefícios da conduta informada. De certa forma, essa concepção de medicina (EBM, 1992) tira a ênfase da prática com base apenas na intuição, na experiência clínica não sistematizada e nas teorias fisiopatológicas, para se concentrar na análise apurada dos métodos por meios dos quais as informações médicas foram ou serão obtidas. Dá especial atenção ao desenho da pesquisa, à sua condução e à análise estatística. No tocante ao método de pesquisa, baseia-se na associação de métodos epidemiológicos de base populacional à pesquisa clínica chamada epidemiologia clínica (Castelo Filho et aI., 1989). Esse conjunto se completa com métodos bem definidos para avaliação crítica e revisões sistemáticas da literatura médica e com o bom senso para adaptar tais conhecimentos às condições de cada paciente e ao contexto da realidade socioeconômica local.[21]

Embora o termo Medicina Baseada em Evidências tenha sido introduzido recentemente, os métodos didáticos que lhe servem de alicerce não são totalmente novos. O diferencial é que a MBE, caracteriza-se como um movimento voltado para a formação de médicos com espírito crítico aguçado e aptos a manter o processo de educação continuada, o que está ajudando a definir novas estratégias e métodos didático-pedagógicos e a divulgar outros anteriormente desenvolvidos.

> O que significa Medicina Baseada em Evidências? MBE se traduz pela prática da medicina em um contexto em que a experiência clínica é integrada com a capacidade de analisar criticamente e aplicar de forma racional a informação científica de forma a melhorar a qualidade da assistência médica. Na MBE, as dúvidas que surgem ao resolver problemas de pacientes são os principais estímulos para que se procure atualizar os conhecimentos. A filosofia da MBE guarda similaridades e pode ser integrada com a metodologia de

[21] ATALLAH, Alvaro Nagib; Castro, Aldemar Araujo Medicina Baseada em Evidências: o elo entre a boa ciência e a boa prática clínica. Disponível em: http://www.centrocochranedobrasil. org.br/cms/apl/artigos/artigo_516.pdf, acesso em 02/12/2015, p. 325.

> ensino-aprendizagem denominada Aprendizado Baseado em Problemas. A aquisição de conhecimentos de Epidemiologia Clínica, o desenvolvimento do raciocínio científico, atitudes de autoaprendizagem e capacidade de integrar conhecimentos de diversas áreas são fundamentais para a prática da MBE.
> Alguém pode ser considerado possuidor das competências necessárias para a prática da MBE quando for capaz de:
> 1. identificar os problemas relevantes do paciente;
> 2. converter os problemas em questões que conduzam às respostas necessárias;
> 3. pesquisar eficientemente as fontes de informação;
> 4. avaliar a qualidade da informação e a força da evidência, favorecendo ou negando o valor de uma determinada conduta;
> 5. chegar a uma conclusão correta quanto ao significado da informação;
> 6. aplicar as conclusões dessa avaliação na melhoria dos cuidados prestados aos pacientes.[22]

Assim, as políticas públicas praticadas pelo SUS para o tratamento de cada enfermidade estão previstas nos PCDTs. Portanto, devidamente exposto o que são os PCDTs e, principalmente a metodologia científica sob a qual são elaborados, observa-se a violação ao contraditório que o Poder Judiciário sacramentaliza quando não valoriza os argumentos técnicos neles contidos, uma vez que tais documentos são apresentados na defesa dos Entes Públicos.

O que se torna evidente é que a adoção de tecnologias pelo SUS não é feita sem critérios. Muito pelo contrário, é fruto de intenso estudo e debate científico.

E a discussão para incorporação de novas tecnologias em saúde impõe a investigação sobre três aspectos básicos: a) qual a sua eficácia, ou seja, se funciona; b) qual a sua efetividade, ou seja, o quão bem funciona; e c) qual a sua eficiência, ou seja, relação de custo.

[22] A.A. LOPES, Medicina Baseada em Evidências: a arte de aplicar o conhecimento científico na prática clínica. **Revista Associação Médica Brasileira**, São Paulo, vol. 46, nº 3, julho-set /2000, versão *on line*. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-42302000000300015&script=sci_arttext, acesso em 02/12/2015, p. 285.

Destaca-se a influência da pressão da indústria farmacêutica sob os médicos. Especialmente na prescrição de "novos" medicamentos e/ou "novas" indicações terapêuticas para os quais as evidências científicas ainda não se encontram bem estabelecidas. Tais fatos podem favorecer a introdução e utilização de novas tecnologias de forma acrítica, e, por vezes, sob forte influência da indústria farmacêutica. É importante destacar que parte dos medicamentos "novos" não representa real ganho em eficácia terapêutica, mas podem, inclusive, adicionar eventos adversos inesperados. O uso de medicamentos sem registro sanitário ou fora das indicações para as quais foram registrados (uso off label) pode também significar riscos à saúde.[23]

Novamente, volta-se a questão da absolutização do direito à saúde, no tocante ao acesso aos medicamentos. Assim, sendo o acesso a medicamentos uma questão central da assistência farmacêutica prestada pelo SUS, é preciso discutir e definir de que acesso se está falando. Deve esse acesso ser ilimitado, mesmo que envolva medicamentos experimentais, sem registro no Brasil, sem comprovação científica de eficácia e eficiência, ou deve ser um acesso tecnicamente parametrizado, considerando que, ao mesmo tempo em que o medicamento é importante insumo no processo de atenção à saúde, pode constituir-se em fator de risco quando utilizado de maneira inadequada. Não se trata, portanto, de promover o acesso a qualquer medicamento ou de qualquer forma, mas, sim, de selecionar aqueles que demonstrem ser seguros e eficazes, conforme estabelecem as diretrizes da Política Nacional de Medicamentos. [24]

E a questão é se a interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas dá a devida valorização para todas essas questões??

[23] PEPE, Vera Lúcia Edais et al. **A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica.** *Ciênc. saúde coletiva* [online]. 2010, vol.15, n.5, p. 2405-2414, p. 2406-2407.

[24] BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. O Sistema Único de Saúde e a qualificação do acesso. Brasília: Conass, 2009.

De acordo com o Mestre e Doutor em Direito Murilo Gaspardo, pode-se observar que muitas decisões judiciais desconsideram as alternativas terapêuticas disponíveis no SUS, estabelecidas nos PCDTs. Ao determinar o fornecimento de medicamento, sem possibilitar a manifestação do gestor de saúde ou sem buscar a opinião de profissionais que possam avaliar as evidências científicas e a segurança do medicamento, seu fornecimento pode, até mesmo, causar prejuízos à saúde do usuário, configurando-se como uso irracional dos recursos terapêuticos e financeiros. Ou seja, as decisões judiciais que determinam o fornecimento de medicamentos não previstos podem deixar de analisar fatores como: a adequação técnica da prescrição médica às necessidades do paciente; a existência de alternativas terapêuticas previstas na política pública; se as vantagens do tratamento pleiteado pelo paciente em relação ao fornecido pelo SUS justificam os custos adicionais para a Administração Pública; os impactos na decisão na coletividade; e as condições socioeconômicas do paciente.[25]

Portanto, se conclui que é certo que a interferência judiciária quando não observa os tratamentos definidos nos PCDTs, será quase sempre indevida, haja vista a desconsideração das evidências científicas, das avaliações econômicas comparativas e dos riscos que isso implica no sistema de saúde como um todo.

E para conclusão, deve-se ressaltar a flexibilidade do sistema.

Diante da discussão acerca da eficácia do direito à saúde e de sua fundamentalidade, o próprio sistema aceita que, certas pessoas, não possam receber apenas o medicamento, o produto ou o tratamento de primeira escolha. Seja pela fase evolutiva em que se encontra a doença ou o agravo à saúde, seja pela perda da eficácia, seja pelo surgimento de intolerância ou reação adversa relevante, algumas pessoas têm direito a outro medicamento, produto ou tratamento. Essa flexibilidade

[25] GASPARDO, Murilo. Judicialização do fornecimento de medicamentos: entre a concretização e a violação do direito à saúde. Boletim de Direito Administrativo, São Paulo: NDJ, v. 31, n. 4, p. 422-433, abril 2015, p. 425.

do sistema torna totalmente descabidas decisões judiciais que se fundamentam apenas na dignidade da pessoa humana, para deferir qualquer tratamento. Há direito a uma segunda opção de tratamento, mas, em se tratando de uma política pública, não pode ficar ao alvedrio do requerente. Há que existir uma boa justificativa para que se deixe de lado a regra, consistente no medicamento, produto ou tratamento comum, ou seja, há equidade no sistema, entendida esta como a "justiça do caso concreto".[26]

3.2 A Valorização dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDTs) e a Inversão do Ônus da Prova Diante da Dimensão Coletiva do Direito à Saúde

Ao explicar em que consistem os PCDTs, explicando como são elaborados, respaldados na moderna metodologia científica da Medicina Baseada em Evidências (MBE), o objetivo era demonstrar o quão legítimas e bem elaboradas são as políticas públicas existentes no SUS. É evidente que a implementação e execução das políticas públicas têm seus percalços, muitas vezes esbarrando em óbices como falta de verbas públicas e até mesmo desvio destas verbas (o pior dos males que assola nosso país), no entanto esse não é o cerne da questão.

O cerne da questão é que os PCDTs devem ser devidamente analisados e valorizados pelos magistrados no julgamento das demandas de saúde, como efetivação do direito do Ente Público ao contraditório. Por se tratarem de resultado de consenso científico, por serem elaborados com base em estudos lastreados nos mais altos níveis de evidências médicas, a eles deve ser dada mais credibilidade que qualquer prescrição médica feita por um único médico.

[26] NASCIMENTO, Fábio Calheiros do. Algumas ponderações acerca da eficácia jurídica das normas constitucionais de direito à saúde. Revista da Ajuris, Porto Alegre: AJURIS, v. 41, n. 134, p. 185-204, junho 2014, p. 201-202.

É óbvio que não existem PCDTs para todas as doenças. Mas para a imensa maioria das enfermidades há, e nesses casos, a existência dos PCDTs demonstra que há política pública para o seu tratamento, ou seja, não há omissão do Poder Público no caso. E havendo uma política pública que apresenta todo um estudo científico sobre a doença, expondo todas as alternativas de tratamento fornecidas pelo SUS, muitas vezes em níveis de escalonamento de acordo com o agravamento da enfermidade, a esse documento deveria ser emprestada a condição de inquestionabilidade pelos magistrados. Inquestionável por se tratar de um documento de conteúdo técnico elaborado por juntas médicas que com base em critérios de eficácia, acurácia, custo e efetividade, elegeram os melhores tratamentos a serem fornecidos para a população.

Deve ser ressaltado que todos os PCDTs estão normatizados em portarias do Ministério da Saúde. A CF em seu art. 87, parágrafo único, inciso II, determina que compete aos Ministros de Estado expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos. Portanto, estamos falando de uma portaria expedida pelo Ministério da Saúde. Portaria enquadra-se na categoria de ato normativo, que se trata de espécie de ato administrativo, assim conceituado pelo saudoso Hely Lopes Meirelles:

> *Atos administrativos normativos* são aqueles que contêm um comando geral do Executivo, visando à correta aplicação da lei. O objetivo imediato de tais atos é explicitar a norma legal a ser observada pela Administração e pelos administrados. Esses atos expressam em minúcia o mandamento abstrato da lei, e o fazem com a mesma normatividade da regra legislativa, embora sejam manifestações tipicamente administrativas. A essa categoria pertencem os *decretos regulamentares* e os *regimentos*, bem como as *resoluções, deliberações* e *portarias* de conteúdo geral.[27]

E por estarem os PCDTs todos previstos em portarias do Ministério da Saúde, por se tratarem de atos normativos (espécie de ato

[27] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30.ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2005, p. 178.

administrativo) elaborados pela administração pública, a eles deveriam ser conferidos os atributos intrínsecos a todos os atos administrativos, tais como: presunção de legitimidade e veracidade, imperatividade e autoexecutoriedade.

A presunção de legitimidade e veracidade decorre do princípio da legalidade, previsto no art. 37, *caput* da CF. Vejamos as principais consequências desse atributo, elencadas pelo consagrado administrativista:

> A presunção de legitimidade autoriza a imediata execução ou operatividade dos atos administrativos, mesmo que arguidos de vícios ou defeitos que os levem à invalidade. Enquanto, porém, não sobrevier o pronunciamento de nulidade os atos administrativos são tidos por válidos e operantes, quer para a Administração, quer para os particulares sujeitos ou beneficiários de seus efeitos.
> [...]
> Outra consequência da presunção de legitimidade e veracidade é a transferência do ônus da prova de invalidade do ato administrativo para quem a invoca. Cuide-se de arguição de nulidade do ato, por vício formal ou ideológico ou de motivo, a prova do defeito apontado ficará sempre a cargo do impugnante, e até sua anulação o ato terá plena eficácia.[28]

Portanto, deve ser conferido aos PCDTs o caráter de ato administrativo, por se tratarem de políticas públicas previstas em portarias do Ministério da Saúde. Sendo ato administrativo, possuem presunção de legitimidade e veracidade. Assim, o atributo da presunção de legitimidade e veracidade, conferido aos PCDTs, teria uma consequência arrebatadora na dilação probatória nas demandas de saúde: a inversão do ônus da prova.

Ou seja, quem tem que provar a eficácia do tratamento pleiteado ou a ineficácia da política pública prevista e fornecida é o demandante!!

[28] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30.ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2005, p. 158.

É o autor da ação quem tem o ônus de provar a eficácia de um medicamento não eleito pelo SUS na elaboração de sua política pública para tratamento da doença em questão, e não o Ente Público! Ou então, compete ao autor da demanda comprovar que o tratamento fornecido pelo SUS é ineficaz.

Não é o Ente Público réu quem precisa provar a eficácia da sua política pública, pois todos os fundamentos técnicos que a comprovam estão devidamente demonstrados nos PCDTs, uma vez que eles representam o consenso científico sobre o melhor tratamento para cada doença, não podendo ter sua autoridade científica questionada, abalada por uma simples prescrição médica de um único médico.

No entanto, é necessário que se dê cada vez mais divulgação à existência e, sobretudo, à importância dos PCDTs elaborados pelo Ministério da Saúde. E enquanto a sua superioridade técnica não for valorizada pelo Poder Judiciário, o problema da judicialização da saúde irá se agravar cada vez mais.

E o principal problema dessa judicialização é que ela privilegia o direito individual à saúde em detrimento do direito coletivo à saúde. Os PCDTs por apresentarem a política pública mais adequada ao tratamento de cada enfermidade, são o meio executor da dimensão coletiva do direito à saúde, uma vez que, jamais se deve esquecer que o direito à saúde é um direito social, devendo ser prestado sempre de forma que se maximize os indivíduos que dele se beneficiem, o que é um dos critérios utilizados pela administração pública ao eleger a política pública mais adequada.

Contudo, o Poder Judiciário ao atribuir a si mesmo o papel de concretizador dos direitos sociais, o faz a partir de um viés individualista, limitando o raio de avaliação jurisdicional às balizas do caso concreto, à microjustiça da lide submetida à sua apreciação.

Suas novas funções, no entanto, exigem-lhe outra formação, um novo olhar sobre as lides. A concretização dos direitos sociais,

como é o caso do direito à saúde, exige do julgador uma ampliação dos horizontes, uma capacidade de estimar também a macrojustiça, de modo que a justiça do caso concreto seja sempre aquela assegurada a todos os que estão ou possam vir a estar em situação similar. Não se pode olvidar que a implementação dos direitos sociais exige a alocação de recursos, que são, por natureza, limitados. Sendo assim, para que a isonomia seja assegurada é necessário que o magistrado desenvolva uma visão pragmática centrada na análise dos efeitos prospectivos e concretos operados por parte de cada decisão judicial sobre a realidade socioeconômica, sob pena de, com a multiplicação desordenada de demandas judiciais maximizadoras do espectro de proteção dos direitos, tornar impossível a realização do seu núcleo essencial para a coletividade.[29]

No entanto, o Poder Judiciário não pode continuar enfrentando as demandas judiciais como realidades insuladas, desconexas da realidade coletiva.

É necessário que seja dado às demandas de saúde um novo viés decisório, uma visão mais coletiva do problema, de forma a enfrentar a lide posta em julgamento não só como um pedido entre as partes, mas analisando a transcendência do pedido, uma vez que a prestação de saúde trata-se da exigência de um direito social, um direito de consequências sociais, de dimensão coletiva e não apenas individual.

Destaque-se que isso não implica o esvaziamento da força normativa da Constituição ou da eficácia positiva da lei. Antes as prestigia, reforça e garante, na medida em que direciona as escolhas e decisões alocativas à materialização dos mandamentos nucleares da vontade Constitucional e também legal, evitando que, mediante um alargamento *ad infinitum* do âmbito de proteção da norma, deixe-se

[29] ALCÂNTARA, Gisele Chaves Sampaio. Judicialização da saúde: uma reflexão à luz da teoria dos jogos. Revista CEJ, Brasília: Centro de Estudos Judiciários, v. 16, n. 57, p. 88-94, mai./ago. 2012, p. 91.

de tutelar direitos que compõem o seu núcleo, uma vez que não há recursos para atender a todas as demandas dos indivíduos. [30]

Assim, o que se critica são os riscos decorrentes das decisões dos Tribunais quanto ao fornecimento de medicamentos, quando não são considerados adequadamente os parâmetros estabelecidos pela Política Nacional de Assistência Farmacêutica e questões técnicas, socioeconômicas e orçamentárias, restringindo-se os critérios decisórios a elementos jurídico-formais e conferindo a este tipo de demanda, que, por sua natureza, envolve conflitos de natureza coletiva, o mesmo tipo de tratamento conferido a conflitos individuais. Isto porque a judicialização do fornecimento de medicamentos pode significar, conforme a maneira como é processada, tanto a concretização como a violação do direito constitucional à saúde em sua dimensão coletiva, por comprometer a racionalidade da política pública, os critérios democráticos de distribuição de recursos escassos e a realização da justiça social. [31]

A dominante interpretação do direito à saúde como um direito absoluto, que destoa da própria realidade econômica e social do país, aparenta mais ser um fruto de sentenças rasas do que por uma séria e fundamentada convicção dos magistrados, que não se alicerçam no instrumental técnico oferecido pelo Direito, sobretudo com total desdém quanto ao arcabouço probatório trazido aos autos pelos Entes Públicos. [32]

Por último, não se defende a vedação total da ingerência do Poder Judiciário no âmbito das políticas públicas de saúde, mas sim que haja uma revisão do critério atualmente utilizado, de dar total credibilidade

[30] ALCÂNTARA, Gisele Chaves Sampaio. Judicialização da saúde: uma reflexão à luz da teoria dos jogos. Revista CEJ, Brasília: Centro de Estudos Judiciários, v. 16, n. 57, p. 88-94, mai./ago. 2012, p. 93.

[31] GASPARDO, Murilo. Judicialização do fornecimento de medicamentos: entre a concretização e a violação do direito à saúde. Boletim de Direito Administrativo, São Paulo: NDJ, v. 31, n. 4, p. 422-433, abril 2015, p. 422.

[32] MELO, Luíza Viana. Os limites e possibilidades do controle judicial de políticas públicas: o caso da judicialização da saúde. Direito Público, Belo Horizonte: Imprensa Oficial MG, v. 11, n. 1/2, p. 77-103, jan./dez. 2014, p. 97.

à prescrição médica do médico do demandante, para que a credibilidade seja dada às políticas públicas estabelecidas pelo SUS, devidamente catalogadas em seus PCDTs, elaboradas sob a metodologia da Medicina Baseada em Evidências.

É isso que se defende: a substituição de critério do Poder Judiciário, de forma a dar preponderância à dimensão coletiva do direito à saúde, por meio da valorização das políticas públicas, cientificamente construídas, previstas nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do Ministério da Saúde.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a análise de todos os fatores trazidos sobre a questão da dilação probatória nas demandas de saúde, pode-se fazer as seguintes conclusões:

1) A dilação probatória nas demandas de saúde se restringe à controvérsia quanto à eficácia do tratamento pleiteado para a enfermidade demonstrada pelo demandante, em comparativo com as alternativas de tratamento disponíveis no SUS.
2) O cerne da questão da dilação probatória nesse tipo de demanda está na discussão sobre quem tem que fazer essa prova: se é o Ente Público Réu quem deve demonstrar a eficácia do tratamento previsto na política pública do SUS ou o demandante é quem tem o ônus de provar a ineficácia do tratamento fornecido pelo SUS, bem como a superioridade do tratamento que está pleiteando.
3) O NCPC traz como modelo o processo cooperativo, determinando a colaboração do Juiz com as partes. É evidente o fortalecimento do princípio do contraditório no novo diploma processual, portanto o que se aguarda é uma nova postura do Poder Judiciário, com a efetivação do contraditório em seu aspecto substancial: o poder de influência. E isso se realizaria com uma maior valorização dos

documentos e pareceres técnicos juntados pelos Entes Públicos para comprovar a existência, fornecimento e eficácia da política pública para a enfermidade em questão.

4) As políticas públicas praticadas pelo SUS para o tratamento de cada enfermidade estão previstas nos PCDTs. Portanto, devidamente exposto o que são os PCDTs e, principalmente a metodologia científica sob a qual são elaborados, observa-se a violação ao contraditório que o Poder Judiciário sacramentaliza quando não valoriza os argumentos técnicos neles contidos, uma vez que tais documentos são apresentados na defesa dos Entes Públicos.

5) Por estarem os PCDTs todos previstos em portarias do Ministério da Saúde, caracterizando-se assim como atos normativos elaborados pela administração pública, a eles deveriam ser conferidos os atributos intrínsecos a todos os atos administrativos, tais como: presunção de legitimidade e veracidade, imperatividade e autoexecutoriedade.

6) Diante do caráter de ato administrativo, por se tratarem os PCDTs de políticas públicas previstas em portarias do Ministério da Saúde, o atributo da presunção de legitimidade teria uma consequência arrebatadora na dilação probatória nas demandas de saúde: a inversão do ônus da prova. Ou seja, quem tem que provar a eficácia do tratamento pleiteado ou a ineficácia da política pública prevista e fornecida é o demandante.

7) O principal problema da judicialização da saúde é que ela privilegia o direito individual à saúde em detrimento do direito coletivo à saúde. Os PCDTs por apresentarem a política pública mais adequada ao tratamento de cada enfermidade, são o meio executor da dimensão coletiva do direito à saúde, uma vez que, jamais se deve esquecer que o direito à saúde é um direito social, devendo ser prestado sempre de forma que se maximize os indivíduos que dele se beneficiem, o que é um dos critérios utilizados pela administração pública ao eleger a política pública mais adequada.

REFERÊNCIAS

A.A. LOPES, Medicina Baseada em Evidências: a arte de aplicar o conhecimento científico na prática clínica. **Revista Associação Médica Brasileira**, São Paulo, vol. 46, nº 3, julho-set /2000, versão *on line*. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-42302000000300015 &script=sci_arttext, acesso em 02/12/2015.

ALCÂNTARA, Gisele Chaves Sampaio. Judicialização da saúde: uma reflexão à luz da teoria dos jogos. Revista CEJ, Brasília: Centro de Estudos Judiciários, v. 16, n. 57, p. 88-94, mai./ago. 2012.

ATALLAH, Alvaro Nagib; Castro, Aldemar Araujo Medicina Baseada em Evidências: o elo entre a boa ciência e a boa prática clínica. Disponível em: http://www.centrocochranedobrasil. org.br/cms/apl/artigos/artigo_516.pdf, acesso em 02/12/2015.

BRASIL, 2010. CNJ, Recomendação nº 31, de 30/03/2010. Disponível em http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1195, acesso em 02/12/2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. O Sistema Único de Saúde e a qualificação do acesso. Brasília: Conass, 2009.

BRASIL. STJ. REsp nº 353.147, relator Min.Franciulli Netto. DJ de 18 de agosto de 2003, voto vencido, Min. Eliana Calmon. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revista eletronica/ita.asp?registro=200100761900&dt_publicacao=18/08/2003>. Acesso em: 02/12/2015.

BRASIL. STF. MS 24.268. Tribunal Pleno. j. 05.02.2004. Rel. Min. Ellen Gracie. Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes. DJe 17.09.2004. Trechos do voto do Min. Gilmar Mendes.

BRASIL. STF. STA 175-AgR/CE, Tribunal Pleno, relator Min. Gilmar Mendes, julgado em 17/03/2010.

BRASIL TJRS, 3ª Vara Cível da Comarca de Bagé/RS., decisão interlocutória prolatada no processo nº 004/ 1.13.0008326-3, pelo Juiz Max Akira Senda de Brito, em 21/08/2015.

BRASIL .TJRS, 3ª Vara Cível da Comarca de Bagé/RS., decisão interlocutória prolatada no processo nº 004/1.15.0002458-9, pelo Juiz Max Akira Senda de Brito, em 22/10/2015.

BRASIL. Lei 13.105/2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm, acesso em 02/12/2015.

CARDOSO, Oscar Valente. Normas fundamentais do Novo Código de Processo Civil: o novo princípio do contraditório. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo: Dialética, v. 151, p. 83-93, outubro 2015.

CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE (CONASS). **A Assistência Farmacêutica no SUS**, Coleção Para Entender a Gestão do SUS, Vol. 7, Brasília : CONASS, 2011, vol.7. Disponível em http://www.conass.org.br/index.php?option=com_content&id=51&Itemid=21, acesso em 02/12/2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Salvador : Juspodivm, 2009, v. 1, 600 p.

FRANCO, Marcelo Veiga. Dimensão dinâmica do contraditório, fundamentação decisória e conotação ética do processo justo: breve reflexão sobre o art. 489, § 1º, IV, do novo CPC**. Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 40, n. 247, p. 105-136, setembro 2015.

GADELHA, Maria Inez Pordeus. Revista CEJ, Brasília, Ano XVIII, n. 62, p. 65-70, jan./abr. 2014.

GASPARDO, Murilo. Judicialização do fornecimento de medicamentos: entre a concretização e a violação do direito à saúde. Boletim de Direito Administrativo, São Paulo: NDJ, v. 31, n. 4, p. 422-433, abril 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30.ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2005, 808 p.

MELO, Luíza Viana. Os limites e possibilidades do controle judicial de políticas públicas: o caso da judicialização da saúde. Direito Público, Belo Horizonte: Imprensa Oficial MG, v. 11, n. 1/2, p. 77-103, jan./dez. 2014.

MITIDIERO, Daniel. A colaboração como norma fundamental do novo processo civil brasileiro. Revista do Advogado, São Paulo : AASP, v. 35, n. 126, p. 47-52, maio 2015.

NASCIMENTO, Fábio Calheiros do. Algumas ponderações acerca da eficácia jurídica das normas constitucionais de direito à saúde. Revista da Ajuris, Porto Alegre: AJURIS, v. 41, n. 134, p. 185-204, junho 2014.

PEPE, Vera Lúcia Edais et al. **A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica.** *Ciênc. saúde coletiva* [online]. 2010, vol.15, n.5, p. 2405-2414.

DA ATUAÇÃO PREVENTIVA DO PROCURADOR DO ESTADO E DO DEVER DE ORIENTAR A ADMINISTRAÇÃO A APLICAR O PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE EM FUNÇÃO DA ESSENCIALIDADE DO BEM NO ICMS

THE PREVENTIVE ACTION OF THE STATE ATTORNEY AND THE DUTY TO DIRECT THE ADMINISTRATION TO APPLY THE PRINCIPLE OF SELECTIVITY IN ICMS

Roberta Costa Rabello[1]
Recebido em: 20.6.2016
Aprovado em: 31.8.2016

Resumo: O presente trabalho abordará a inexorável imbricação dos princípios da seletividade, da capacidade contributiva e da isonomia (sendo este a origem dos dois primeiros). Demonstrará a imperatividade do princípio da seletividade em função da essencialidade na tributação do ICMS, a partir dos mais variados fundamentos. Isso estabelecido, tratar-se-á da atuação preventiva do Procurador do Estado e da sua função institucional de orientar a Administração conforme

Abstract: This article discusses the close relation between these principles: selectivity, ability to pay, equality. Passing by the doctrinal views, it will show the both positions: selectivity as an option or as a duty. Anyway, once exerted, it will be mandatory as a result of the brazilian legal system. Established the cogency of the selectivity and the relation between other principles, cases will be studied, showing the results, as the need to

[1] Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul.

os preceitos constitucionais e legais. Nessa linha, abordar-se-á a necessidade de que o Procurador, no exercício de tais deveres, oriente, por ocasião da regulamentação da tributação do ICMS, a necessidade de observância da seletividade, a fim de evitar judicialização de demandas que poderiam implicar, além de significativo impacto na arrecadação, prejuízo decorrente de eventual procedência.

graduate the rates from essenciality, focusing on fair tax relationship. Besides, it will show the duty of the State Attorney to prevent demands, and as a result of it, the need to guide the government, when it does the Law, to observe the selectivity, to avoid to demand the judge, because of the risk of the results.

Palavras-chave: Capacidade Contributiva; Seletividade; Essencialidade; Imposto.

Keywords: Ability to Pay; Equality; Selectivity; Essenciality; Tax.

Sumário: 1 Notas introdutórias e colocação do problema. 2 Proposta de enfrentamento do problema colocado. 2.1 Capacidade contributiva: imposição decorrente do princípio da igualdade. 2.2 Aplicação integral do princípio da capacidade contributiva no sistema: inclusive nos impostos sobre o consumo. 2.3 Da relação/integração entre princípios da isonomia, capacidade contributiva e seletividade em função da essencialidade. 2.4 Da seletividade e da essencialidade. 2.5 Da eeletividade em função da essencialidade do objeto tributável e do seu caráter cogente. 3 Análise de casos concretos em que se discute a seletividade do icms em função da essencialidade do objeto tributável nos tribunais. 4 Das funções institucionais da advocacia de estado: da atuação preventiva e do dever de orientação jurídica da administração pública. 5 Proposições objetivas e conclusão geral. Referências.

1 NOTAS INTRODUTÓRIAS E COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

A Constituição Federal de 1988, porque constituiu uma República, ao aniquilar toda a sorte de privilégios, por decorrência lógica, estabeleceu a previsão expressa da igualdade no seu sentido material, como aquela que só permite distinções justificadas.

No mesmo passo, garantiu aos seus cidadãos um Estado Democrático de Direito, provendo o seu custeio, observadas as garantias necessárias ao contribuinte que pretende se inserir em um Estado que promova justiça fiscal.

Tais premissas conduzem a um sistema que, dentre outras nuances e comandos inarredáveis, estipula a igualdade como comando geral de todas as relações, a igualdade na relação Fisco – contribuinte, tida como a igualdade tributária, e outros princípios que a ela se ligam e dela decorrem.

Dentre estes, sobressai a capacidade contributiva (método de igualar a contribuição dos cidadãos) e a seletividade em função da essencialidade do objeto a ser tributado. Registre-se que, tendo em vista o objeto do presente trabalho, a análise restringir-se-á a tais postulados, embora muitos outros se extraiam das referidas premissas.

Não é demais dizer que tais primados são cogentes e, por sua natureza de princípios, informam todo o sistema jurídico tributário, que deve ser coerente e apresentar unidade.

Adentrando especificamente na seara da tributação e dos tributos em espécie, visualiza-se, dentre os impostos, o ICMS, incidente sobre circulação de mercadorias, de que trata esse trabalho: atribuído aos Estados e Distrito Federal, tem sua matriz constitucional no art. 155, II, estabelecendo, no § 2º, III, desse mesmo dispositivo, que "poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços". Aí reside, de forma expressa, o postulado da seletividade em função da essencialidade do bem.

A discussão inicial que se trava a partir de sua análise é se essa seletividade é impositiva ou facultativa. Esta hipótese é inferida em função do termo "poderá", ao passo que aquela decorre de outros princípios cogentes a informar o Direito Tributário, cuja análise será detalhada no decorrer do trabalho.

Aprofundada a reflexão sobre os princípios da isonomia, capacidade contributiva e seletividade, a forma como se relacionam entre si e outras repercussões, passa-se à análise de casos concretos, por meio dos quais se consegue compreender a aplicação da seletividade na tributação do ICMS, viabilizando inclusive juízo acerca da constitucionalidade e da adequação deste na legislação de regência. Especificamente quanto a isso, debruçar-se-á, dentre outros, sobre um precedente ao qual foi atribuído repercussão geral e que, conforme for o seu resultado, poderá gerar significativo – e negativo – impacto à arrecadação dos Fiscos estaduais.

Repelindo eventuais atuações constitutivas do ato antidemocrático de excessivo ativismo judicial, e aspirando à melhor interpretação do sistema tributário como um todo e dos princípios envolvidos nessa temática, além do necessário bom senso da Corte Constitucional em tempos de crise e natural queda de arrecadação (que, caso mais agravada por outros fatores, inviabilizaria as unidades federativas), voltam-se os olhares à problemática instaurada por meio do Recurso Extraordinário de repercussão geral, com expectativa de que o melhor Direito seja o aplicado, promovendo todos aqueles valores que a Constituição escolheu salvaguardar.

Paralelamente a isso, demonstrar-se-á o papel institucional da Advocacia de Estado: personificada na instituição Procuradoria-Geral do Estado e nas figuras dos Procuradores de Estado, tem, como função primordial, além da representação judicial do Estado, a orientação jurídica da Administração, devendo servir-se, preferencialmente, da atuação preventiva, orientando de modo a *prevenir* litígios e toda a sorte de prejuízos que dele advenham.

Portanto, o presente trabalho pretende demonstrar que se deve prezar pela atuação preventiva do Procurador do Estado, como orientador jurídico e controlador da legalidade que é, devendo, no específico caso posto sob exame, antecipar-se à regulamentação, para que esta observe, por ocasião de sua edição, a adequada seletividade em função da essencialidade do bem, evitando-se, com isso, que ao fim se tente discutir judicialmente a tributação, reformando-a e, o que é pior, criando situações de repetição de valores em face dos cofres públicos, que podem sofrer negativo impacto na arrecadação, além dos custos que envolveria a restituição ao estado anterior.

2 PROPOSTA DE ENFRENTAMENTO DO PROBLEMA COLOCADO

2.1 Capacidade Contributiva: imposição decorrente do princípio da igualdade

Constituído o Estado Democrático de Direito em 1988, a Constituição Republicana fixou no seu texto, além do comando geral da igualdade (art. 5º, *caput),* o primado da igualdade tributária no art. 150, II[2].

Por conseguinte, o texto também impõe, no art. 145, a inafastável observância da capacidade contributiva[3]. No que tange às

[2] Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, **é vedado** à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
(...)
II – **instituir tratamento desigual entre os contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção** em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos; (grifou-se)

[3] Art. 145. (...)
§ 1º. Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

elucubrações decorrentes do termo "sempre que possível", impõe que se leia, segundo Klaus Tipke e Douglas Yamashita, que os impostos terão, obrigatoriamente, caráter pessoal e graduação segundo a capacidade econômica do contribuinte, salvo se, por natureza, isso for impossível.[4]

Configurando a igualdade posta na Carta Maior como igualdade material, tendente a atingir a justiça, Leandro Paulsen orienta: "Justifica-se a diferenciação tributária quando haja situações efetivamente distintas, se tenha em vista uma finalidade constitucionalmente amparada e o tratamento diferenciado seja apto a alcançar o fim colimado".[5]

Ensinam Tipke e Joachim Lang que a justiça tributária é deduzida pela regra geral da igualdade[6] e esta, por sua vez, consiste na proibição do arbítrio[7], do que decorre a imposição de que os ônus fiscais sejam distribuídos aos sujeitos passivos proporcionalmente à capacidade contributiva econômica[8].

Inserindo a questão num contexto histórico global, reporta-se à "equality of taxation", uma das primeiras máximas tributárias de Adam Smith, em 1776. Posteriormente, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, ao determinar o custeio da coisa pública, mediante "contribuição coletiva", impôs a necessidade de observância da repartição proporcional à situação financeira.

Atualmente, ainda que um Estado não consigne expressamente a capacidade contributiva como pressuposto de tributação em seu texto constitucional, há de se inferi-lo, a partir do comando geral da

[4] TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. *Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 59.

[5] PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 13a. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 186.

[6] LANG, Joachim; TIPKE, Klaus. *Direito tributário.* Vol. I. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008. p. 191.

[7] *Op. cit*. p. 193.

[8] LANG, Joachim; TIPKE, Klaus. *Direito tributário.* Vol. I. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008. p. 199.

igualdade[9], já que este é mundialmente reconhecido como "principio fundamental da imposição justa".

Sacha Calmon Navarro Coelho, por seu turno, refere que princípios como este, que se fundam na "ability to pay" (habilidade para pagar), calcados, portanto, na igualdade, prescindem de qualquer previsão legal ou constitucional, pois são princípios gerais, de modo que "é da constituição real dos povos medianamente cultos" e "será sempre possível surpreendê-lo aqui e acolá, nas dobras do sistema".[10]

Portanto, ainda que historicamente não estivesse expressa nos textos constitucionais anteriores, é intrínseca aos Estados de Direito[11], a Estados que visam à promoção de justiça fiscal, da mesma forma como, se fosse omisso o texto maior atual, ainda assim tal princípio haveria de ser invocado.

Reportando-se à norma que carrega a característica de seu antecedente histórico no sistema jurídico brasileiro, oportuna a remissão feita por Douglas Yamashita e Klaus Tipke ao art. 15, § 1º da Constituição de 1946 que, em que pese não tenha logrado prever expressamente a capacidade contributiva, consignou imunizar "do

[9] *Op. cit*. p. 200.

[10] COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988 Sistema Tributário.* 3A ed. Forense, 1991. *Apud* PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 13a. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 45.

[11] "Com a falência do Estado Socialista Empresário ficou categoricamente comprovada a incompetência do Estado para financiar até mesmo sua própria existência. A única alternativa a esse modelo estatal seria um Estado que se retira da atividade econômica, deixando-a para a iniciativa privada, da qual, mediante tributos, obtém os recursos financeiros para o cumprimento de suas atribuições. É o que se convencionou chamar de "Estado Tributário" (*Steuerstaat*. Os arts. 145 a 162 da Constituição Federal/1988 não deixam dúvidas de que a República Federativa do Brasil é um 'Estado Tributário'. Nisso reside a finalidade *primeira* de todo tributo: obtenção de recursos financeiros para cobrir as despesas gerais do Estado ou mais especificamente, por exemplo, da Seguridade Social. É o que se chama de tributo ou norma com *finalidade fiscal*. Neste caso, se a finalidade precípua de determinados tributos é a arrecadação de recursos financeiros, já vimos que a justiça tributária realiza-se pela distribuição isonômica da carga tributária segundo a capacidade contributiva, ou seja, pela aplicação do princípio da capacidade contributiva". (TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. *Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 61/62).

imposto sobre consumos os artigos que a lei classificasse como *mínimo indispensável* à habitação, vestuário, alimentação e tratamento médico das pessoas de restrita capacidade econômica"[12]. Tal previsão aproxima-se muito, também, do conceito de essencialidade, que é a baliza da seletividade, conforme a seguir se verá.[13]

Como bem consignou Fábio Canazaro, a capacidade contributiva constitui instrumento de justiça tributária, pois considera as características dos contribuintes, impondo o dever geral de concorrer ao interesse comum, pagando tributos, tanto pelo fato de ter capacidade, quanto de acordo com essa capacidade[14], estabelecendo tratamento equitativo e não discriminatório na repartição dos encargos e sacrifícios públicos.

Para esse mesmo autor, contudo, a capacidade contributiva é apenas um viés da igualdade, que se desmembra em outros princípios para atingir seu fim, sob o fundamento de que a capacidade contributiva não seria materializável em todas as relações tributárias, a exemplo dos impostos sobre o consumo, tais como o ICMS. Para estes, entende o autor que o sistema se vale de outros princípios para promover a igualdade, tal como o da essencialidade.

Entretanto, não parece ser essa a melhor orientação. Tendo em conta que a capacidade contributiva é uma das formas de especificação da igualdade no Direito Tributário, critério de comparação que integra a estrutura da igualdade, critério-guia para a promoção da igualdade

[12] TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. *Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 113.

[13] Desde já se assevera que é certo que a seletividade ultrapassa a análise reduzida ao mínimo indispensável ou mínimo existencial, pois abrange tanto as isenções quanto a diferença de alíquotas conforme a essencialidade/superfluidade, inclusive daqueles bens que não se restringem ao mínimo, ou seja, mesmo aqueles não essenciais serão objeto de comparação em relação a outros, estabelecendo-se os mais e os menos essenciais, a fim de que a escala de tributação gradue-se conforme esse critério.

[14] CANAZARO, Fábio. *Essencialidade tributária: igualdade, capacidade contributiva e extrafiscalidade na tributação sobre o consumo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 95

tributária[15], liga-se diretamente à aferição da essencialidade, inclusive nos impostos sobre o consumo, pois quanto menor a capacidade contributiva, mais restrito estará o indivíduo ao *estritamente* essencial.

2.2 Aplicação Integral do Princípio da Capacidade Contributiva no Sistema: inclusive nos impostos sobre o consumo

Inicialmente, deve se estabelecer que, em que pese existam posições no sentido de que não se poderia considerar o princípio da capacidade contributiva para fins de tributação sobre o consumo, esse não parece ser o entendimento mais adequado, pois, como visto, calca-se na própria isonomia.

Nesse sentido é a doutrina de Klaus Tipke:

> [...] vale o princípio da capacidade contributiva para todos os impostos, inclusive os impostos indiretos sobre o consumo, que também [...] é indício de capacidade contributiva econômica. [...] A tributação indireta do consumo também necessita de justificação; ela precisa ser harmonizada dentro do sistema interno do ordenamento jurídico-tributário com a tributação da renda. O princípio da capacidade contributiva deve como princípio tutelar ser tornado eficaz: também impostos indiretos não devem violar o mínimo para a sobrevivência.[16]

Com efeito, a capacidade contributiva vincula-se à ideia de justiça distributiva, servindo a materializar seu comando: *suum cuique tribuere,* relacionando-se diretamente com a ideia de igualdade. Nesse sentido, como bem ressaltado por Ricardo Lobo Torres[17], tal comando ordena

[15] *Op. cit*. p. 97/98.

[16] LANG, Joachim; TIPKE, Klaus. *Direito tributário.* Vol. I. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008. p. 203.

[17] TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário.* 3a. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. *Apud* CANAZARO, Fábio. *Essencialidade tributária: igualdade, capacidade contributiva e extrafiscalidade na tributação sobre o consumo.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 39-40.

que cada um pague o imposto de acordo com sua riqueza. Para esse autor, a essencialidade seria a forma de manifestação da capacidade contributiva nos impostos indiretos, vinculando-se ao subprincípio da seletividade em função da essencialidade, na medida em que os produtos de luxo – menos úteis e, portanto, não essenciais ao consumo do povo – estariam restritos às classes mais abastadas.

Também corolário da isonomia – princípio vetor de uma Constituição Republicana, em um Estado Democrático de Direito – é o princípio (para alguns, regra; para outros, ainda, técnica de tributação) da seletividade em função da essencialidade. Este destina-se mais diretamente aos impostos de consumo, o que não impede, como se verá adiante, que sobre eles também se debruce a capacidade contributiva.

Nessa toada, leciona Leandro Paulsen[18]:

> Certo é, em regra, que os produtos essenciais são consumidos por toda a população, e que os produtos supérfluos *são consumidos* apenas por aqueles que, já tendo satisfeito suas necessidades essenciais, dispõem de recursos adicionais para tanto. A essencialidade do produto, assim, realmente constitui critério para diferenciação das alíquotas que acaba implicando homenagem ao princípio da capacidade contributiva. (grifou-se)

Em sentido oposto, porém, discorre Fábio Canazaro[19]:

> é correto afirmar que, no mesmo plano da capacidade contributiva – porém com incidência sobre tributos de natureza diversa – encontra-se a essencialidade, princípio que visa à busca de um estado ideal de igualdade no que tange à distribuição do ônus tributário nos impostos sobre o consumo.

Situando-se no contexto constitucional, além do postulado geral contido no *caput* do art. 5º, a promoção da igualdade, destinada especificamente às relações Fisco – contribuinte, é garantida pelos

[18] MELO, José Eduardo Soares; PAULSEN, Leandro. *Impostos federais, estaduais e municipais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado. p. 96.

[19] CANAZARO, Fábio. *Essencialidade tributária: igualdade, capacidade contributiva e extrafiscalidade na tributação sobre o consumo.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 116.

princípios da igualdade tributária (art. 150, II), da capacidade contribuitiva (art. 145, parágrafo único) e da essencialidade, inclusive no que toca aos impostos sobre o consumo.

2.3 Da Relação/Integração entre Princípios da Isonomia, Capacidade Contributiva e Seletividade em Função da Essencialidade

A respeito da isonomia, Fábio Canazaro[20], reportando-se a clássicos da doutrina, refere que Bobbio aponta que a igualdade não é uma fórmula fechada e que seu significado sempre depende da resposta à assertiva-pergunta "todos são iguais, sim; mas em quê?" e Pontes de Miranda afirma ser a igualdade "coisa a realizar-se".

Com efeito, apropriando-se e trazendo à baila as lições desses dois ícones, responder-se-ia ao questionamento de Bobbio: iguais na noção de pagar tributo, de contribuir com o Fisco em prol do custeio coletivo. E para que esses contribuintes do custeio coletivo se equalizem (tornando realidade a igualdade, a *coisa a se realizar*), o mais rico deve contribuir com mais do que o pobre - ou o menos rico - de modo a concretizar a igualdade material, atingida pela capacidade contributiva. E a essencialidade, ao fim, imbrica-se com ela, pois o pobre – quem tem menos – só vai adquirir o que for estritamente essencial.

Reitera-se que a igualdade a que se alude nesse trabalho é sempre a material. Parte-se dessa noção, da igualdade que efetivamente equaliza, daquela que trata desigualmente os desiguais na medida das suas desigualdades, tal como o inverso, pois é a que se busca por meio de todos esses postulados: a igualdade efetiva, realizada, e não a igualdade formal, aquela apenas *perante a lei*.

Roque Antonio Carrazza assevera que "por trás destas ideias está presente, em última análise, a louvável diretriz pela qual quem, em

[20] *Op.cit*. p. 62.

termos econômicos, tem mais, há de ser mais onerado do que quem tem menos".[21] Nas palavras de Luciano Amaro, "hão de ser tratados, pois, com igualdade, aqueles que tiverem igual capacidade contributiva, e com desigualdade os que revelem riquezas diferentes e, portanto, diferentes capacidades de contribuir"[22].

A corroborar, estabelecendo ligação entre a essencialidade e a capacidade contributiva, como instrumentos realizadores da igualdade material na área da tributação, Paulsen[23] atenta para a "finalidade específica". Apenas a título de esclarecimento, refira-se que a alíquota mencionada refere-se ao IPI:

> A essencialidade do produto, por vezes, não é revelada pela sua natureza, mas pela sua finalidade específica. O STJ assim decidiu ao justificar a alíquota de 10% sobre alimentos para animais de estimação, presumindo maiores condições financeiras de quem pode dedicar parcela da sua renda para a compra de alimentação diferenciada para seus animais.

O mesmo autor prossegue remetendo ao voto do Ministro Teori Zavaski no Resp 1087925, segundo o qual, para fins de essencialidade, deve se averiguar a destinação da mercadoria, o fim a que se presta, visando a identificar se um material de consumo serve "à própria manutenção da vida de seres humanos ou ao simples prazer e satisfação individual".

No precedente citado, foi feito cotejo entre a tributação incidente sobre alimentos para cães e gatos e a alimentação destinada à produção de bovinos, equinos, aves. Esta promove atividade econômica, que gera emprego e se destina, ao fim, à alimentação da população, ao passo que o sustento dos primeiros serve ao deleite de seus donos, que geralmente possuem destacada condição financeira. Justificável, portanto, tratamento tributário distinto.

---

[21] CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*. 14a ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 459.

[22] AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2010. 16a ed. p. 159.

[23] MELO, José Eduardo Soares; PAULSEN, Leandro. *Impostos federais, estaduais e municipais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. p. 97.

Nesse sentido, Fábio Canazaro[24] assevera que

> nos casos em que se torna impossível a atenção à capacidade de contribuir do cidadão para a graduação do ônus fiscal por parte do detentor da competência tributária, a promoção da igualdade deve ocorrer com base na concretização de outras normas – a exemplo, na tributação sobre o consumo, da norma da essencialidade. (...) a essencialidade (...) é norma que deve ser concretizada pelo legislador ordinário ao graduar a tributação sobre o consumo. É princípio constitucional fundamental de tributação, que visa à promoção da igualdade na divisão do ônus fiscal que recai sobre mercadorias e serviços.

A respeito, discorda-se no que toca à alegação de que quando não for possível valer-se da capacidade contributiva caberia a utilização de outro princípios. Isso porque, em verdade, a essencialidade também decorre, ainda que de forma reflexa, da própria capacidade contributiva, pois, como dito, aquele que não tem capacidade contributiva (ou a tem reduzida) só compra o que é estritamente *essencial*.

Sob essa mesma orientação, propõe Luciano Amaro[25]:

> Aliás, é precisamente em atenção ao contribuinte "de fato" que se põe outra das vertentes da capacidade contributiva no campo dos impostos indiretos, ou seja, o princípio da *seletividade*, segundo o qual o gravame deve ser inversamente proporcional à *essencialidade* do bem.

Mais adiante, prossegue o mesmo autor[26]:

> No campo dos impostos indiretos, que se caracterizam por sua regressividade, esta pode ser atenuada pela *aplicação da seletividade* em função da essencialidade dos bens, que referimos linhas acima. A seletividade apresenta-se aí como uma técnica de implementação da justiça fiscal.
> A medida da capacidade contributiva se apresenta sob diferentes aspectos, de acordo com o tipo de imposto; ora se afere a

[24] CANAZARO, Fábio. *Essencialidade tributária: igualdade, capacidade contributiva e extrafiscalidade na tributação sobre o consumo.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 22.
[25] AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 2010. 16a ed. p. 164.
[26] *Op. cit*. p. 165.

> capacidade contributiva por meio da renda, ora do patrimônio, ora do consumo de bens ou serviços.

2.4 Da Seletividade e da Essencialidade

No que tange à assertiva de que a essencialidade é *princípio constitucional fundamental de tributação,* com efeito, ainda que o dispositivo que a estabelece utilize a terminologia "*poderá*", ver-se-á que se trata de comando, com cunho impositivo.

Não se trata, como se demonstrará adiante, de mera "sugestão" ou "orientação" ao legislador, mas de princípio constitucional fundamental de tributação, de modo a constituir-se norma cogente.

Inicialmente, porque a imposição da seletividade em função da essencialidade decorre da própria noção de igualdade (e estabelece um comparativo a partir dela) e a vedação da discriminação entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente não consubstancia apenas um direito fundamental, mas também uma limitação constitucional ao poder de tributar, segundo a Corte Suprema (ADI 3105/DF[27]).

A fim de bem compreender a essencialidade (que é o que determinará a seletividade), oportuno esclarecer, ainda, que não se deve confundi-la com a extrafiscalidade. Ora, aquela é, além de princípio, técnica de tributação, pois orienta quais devem ser os produtos menos ou mais tributados em razão da essencialidade, ou seja, da necessidade de seu uso pelos indivíduos, de modo que tal produto, por ser mais essencial que outro, merece sofrer menor exação.

A extrafiscalidade vai mais adiante: *penaliza* a mercadoria cuja circulação se quer desestimular ou, nas palavras de Canazaro, "não se está tributando de forma mais gravosa determinada mercadoria porque ela não é essencial; está-se tributando porque seu consumo deve ser

[27] http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=363310&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203105. Acesso em 19/08/2015.

obstado, por destoar dos objetivos do sistema"[28]. Por exemplo, o cigarro, porque destoa da promoção à saúde, deve ser, numa finalidade extrafiscal – ou seja, sem objetivo arrecadatório – mais tributado, a fim de desestimular o consumo. Além disso, também no sentido fiscal, deve ser mais tributado, pois, em comparação com outras mercadorias, denota-se não ser essencial. Ao passo em que a essencialidade gradua a tributação do bem conforme sua necessidade; a extrafiscalidade "penaliza" o consumo de bens indesejados, utilizando-se da exação como forma de desestimular o consumo.

Poder-se-ia, assim, caracterizar a extrafiscalidade como um *plus* em relação à essencialidade: não só se desestimula o supérfluo, como o onera (sem finalidade lucrativa imediata), a fim de impedir sua circulação.

Ainda a respeito da linha tênue que separa a seletividade da noção de extrafiscalidade, reporta-se a trecho do voto do Ministro Ilmar Galvão, no RE 370.682-9[29]: *"A seletividade, na linha do mandamento constitucional, atrela-se à essencialidade do produto. A ideia básica é a de que o Fisco dispõe de discricionariedade para estabelecer cargas tributárias diferenciadas para os diferentes produtos industriais, tendo em vista objetivos extrafiscais*".

Contudo, impositivo discordar-se, pois a seletividade não se restringe a isso, é mais abrangente, por isso referida acima como um *plus*. Ora, não se pode dizer que à seletividade imprima-se apenas objetivos extrafiscais. Possui, sim, finalidade também fiscal: pretende tributar, mas de maneira isonômica, ou seja, tributar mais o bem conforme sua essencialidade (pois, como já disse, quanto menor a capacidade contributiva, mais se restringe ao consumo do estritamente essencial). Logo, todos os princípios que visam à concretização da igualdade

[28] CANAZARO, Fábio. *Essencialidade tributária: igualdade, capacidade contributiva e extrafiscalidade na tributação sobre o consumo.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 53.

[29] http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=503002 Acesso em 19/08/2015.

estão umbilicalmente ligados entre si. Portanto, a finalidade é fiscal: arrecadar dos desiguais nas medidas das suas desigualdades, visando ao financiamento do Fisco de maneira igualitária.

No que toca à relação entre seletividade e essencialidade, Canazaro qualifica a seletividade da seguinte forma: *tributar em atenção à seletividade implica a utilização de um critério de comparação entre sujeitos (grupos de pessoas, mercadorias ou serviços) com vista à promoção de uma finalidade*[30]. Certo é que, para ser seletivo, é preciso que se estabeleça comparativo entre os objetos tributáveis.

Veja-se:

> Seletivos não são apenas os impostos sobre consumo. Seletivos são todos os impostos em que o legislador vale-se de um critério de comparação entre sujeitos (pessoas, mercadorias ou serviços), em sintonia com uma finalidade constitucional. A seletividade, portanto, não é princípio (...) é uma forma (ou um meio) imposta pelo Texto Constitucional, a ser adotada na tributação de natureza fiscal, para a concretização de alguns princípios: o princípio da essencialidade e o princípio da capacidade contributiva, por exemplo, ambos como garantia da igualdade geral no Direito Tributário.[31]

A essencialidade, por seu turno, é tida, por Baleeiro[32] como aquilo que é essencial, indispensável, algo vinculado a um padrão mínimo de vida e à garantia de bem-estar da sociedade. Nesse sentido, reporta-se à lição inicial do "mínimo existencial" ou "mínimo indispensável", lembrando-se que mesmo ao ultrapassar a esfera do "mínimo", o exame da essencialidade se mantém necessário, como se fosse a balança da tributação: quanto mais essencial (em comparação com os demais objetos tributáveis), menos tributado deve ser. *Seleciona-se,* gradua-se a escala de tributação conforme a essencialidade.

[30] CANAZARO, Fábio. *Essencialidade tributária: igualdade, capacidade contributiva e extrafiscalidade na tributação sobre o consumo.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 103.

[31] *Op. cit*. p. 104.

[32] BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro.* 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 206 *Apud Op*. p. 103.

José Eduardo Soares de Mello assevera que a seletividade abebera-se de valores colhidos pelo constituinte, tomando em consideração as necessidades vitais básicas, como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência. No mesmo passo, Roque Antonio Carrazza, elencando expressamente diversos vetores que o texto constitucional estatuiu e os dispositivos a que correspondem – tais como "o bem de todos", a saúde, assistência aos desamparados, saúde, dentre outros – refere que implicitamente se exige que "os tributos – aí compreendido o ICMS – venham ajustados a estes louváveis objetivos, que interessam à presente e às futuras gerações.[33]

Como referido, balizando-se pelos valores constitucionais, é que a seletividade graduará a tributação, mediante os seguintes instrumentos: redução da alíquota ou da base de cálculo, ou mesmo conferindo isenção à mercadoria. Nessa linha, aliás, Roque Antônio Carraza entende que os produtos de primeira necessidade (referidos acima como as "necessidades vitais básicas") deveriam ser isentos de ICMS[34], uma vez que o contribuinte não tem liberdade de escolha[35]:

> A seletividade em função da essencialidade exige que o ônus econômico do ICMS recaia sobre mercadorias ou serviços, na razão direta de sua superfluidade e na razão inversa de sua necessidade, tomando-se como parâmetro o consumo popular. Daí que, a nosso sentir, as operações com gêneros de primeira necessidade e as prestações de serviços (de transporte transmunicipal ou de comunicação) de massa deveriam ser completamente desoneradas do tributo, já que, em relação a eles, o contribuinte não tem liberdade de escolha.

A realidade mostra a materialização da seletividade nas situações referidas.

[33] CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*. 14a ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 460.
[34] *Op. cit*. p. 461.
[35] *Op. cit*. p. 459.

No Estado do Rio Grande do Sul, por exemplo, os produtos da cesta básica não são isentos, mas sofrem redução na base de cálculo, consoante previsão contida no § 10 do art. 10 da Lei 8820/89, que também decorre do imperativo consignado no art. 145, § 4º, CE.

Outrossim, demonstrando a seletividade na forma de graduação de alíquotas, tem-se também no Estado do Rio Grande do Sul o exemplo da tributação do ICMS na energia elétrica, que estabelece alíquotas progressivas, conforme o consumo e a finalidade. A teleologia dessa norma reside no fato de que cidadãos que suportam maior encargo econômico, consumindo mais energia, retratam maior capacidade contributiva.

Outra situação que merece registro a título de exemplo, embora hoje já superada, é que houve um tempo em que o Estado do Rio Grande Sul estabelecia, em evidente afronta à seletividade em função da essencialidade do bem, uma alíquota de ICMS para bebidas à base de soja (alimentos) em percentual de 25%, ao passo em que os refrigerantes sofriam incidência de 18% - art. 27, I e III do Regulamento do ICMS, Decreto 37699/97.

A pergunta que se deveria fazer, que de pronto constatava a inadequação, para dizer o mínimo, era: afinal, o refrigerante é mais essencial que o alimento? Evidente que não. E não só não é essencial o refrigerante (devendo ser mais tributo em relação aos bens essenciais, tais como alimentos) como também deveria sofrer a *penalização* da extrafiscalidade, sendo taxado de modo a obstaculizar o seu consumo.

Por fim, a inconstitucionalidade foi suprimida, mediante a alteração promovida pelo Decreto 49.388/12, que reduziu a base de cálculo do imposto para as bebidas à base de soja resultando em carga equivalente a 17%. Relativamente à análise deste caso, tem-se que a adequação aos critérios constitucionais se averigua dessa forma, estabelecendo-se o comparativo da essencialidade, que determinará a seletividade. Não se faz análise de capacidade contributiva.

Por outro lado, há casos em que se agregam a essa análise a de outros princípios, como o da capacidade contributiva, que traz em seu bojo a noção de promoção da igualdade, como nas discussões das empresas a respeito da carga tributária na energia elétrica, brevemente referido e será detalhado a seguir.

Assim, além da isenção, demonstrou-se hipóteses em que a seletividade em função da essencialidade pode se manifestar pela redução da base de cálculo ou graduação de alíquotas. Oportuno registrar que, quanto a enquadrar a concessão de incentivos também como forma de sua concretização, em que pese existam entendimentos diversos, em ambos os sentidos, pensa-se que o mais adequado seja não compreendê-la como tal, pois os incentivos por vezes não resultam em proveito econômico ao adquirente da mercadoria, não realizando, dessa forma, a essencialidade, que visa ao favorecimento direto dos contribuintes.

Relevante, ainda, destacar que a atribuição da qualidade da essencialidade não fica sob encargo arbitrário do legislador, não será ele quem listará as mercadorias essenciais para fins de incidência tributária. A essencialidade é norteada pela idéia da indispensabilidade à subsistência e conforma-se aos valores constitucionais. Tudo aquilo que estiver englobado no texto maior como necessário e indispensável, será considerado essencial[36]. Conveniente referir também que tal qualidade não implicará necessariamente a desoneração do produto, mas a gradação da sua tributação, conforme explicitado acima, mediante exemplos.

[36] Convém referir desde já que, se já não é adequada a atribuição de seletividade ao critério discricionário ou até arbitrário do legislador (que deve se nortear pelos valores constitucionais) mais grave ainda é a possibilidade – que vem se desenhando na jurisprudência – da atuação excessiva do Poder Judiciário, de modo a permitir o controle judicial da seletividade em função da essencialidade, inclusive fixando, na prática, as alíquotas (em frontal rompimento ao sistema de freios e contrapesos), quando entende que, a seu juízo, aquele princípio não foi bem atendido.

2.5 Da Seletividade em Função da Essencialidade do Objeto Tributável e do seu Caráter Cogente

Estabelecidos, assim, os contornos da seletividade e essencialidade, foca-se na questão que muito se discute, sobre a compulsoriedade ou facultatividade da regra da seletividade em função da essencialidade do bem no que tange ao ICMS.

Isso porque o texto constitucional, ao mencionar o IPI, determina que referido imposto "será seletivo, em função da essencialidade do produto" (art. 153, § 3º, I, CF). Por outro lado, a norma quanto ao ICMS estabelece que ele "poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços".

Há quem doutrine que o constituinte pretendeu justamente estabelecer diferença entre o IPI e o ICMS, sendo a seletividade em razão da essencialidade em relação àquele imperativa e, em relação a este, potestativa. Fundam-se, ainda, no fato de o precursor do ICMS ser o ICM, que possuía alíquotas uniformes. Ora, tal fundamento não prospera, uma vez que o ICMS pretendeu, desde o seu nascedouro, distinguir-se de seu antecedente histórico. Não fosse assim, a própria Constituição teria cuidado de referir a uniformidade de alíquotas, já que tratou de tantas outras normas gerais e que nem são materialmente constitucionais. Além disso, se uniformidade houvesse, fosse ou não expressamente estipulada, afastaria por completo qualquer seletividade, contrariando inclusive eventual possibilidade prevista no dispositivo.

No sentido de conferir caráter potestativo à seletividade em função da essencialidade, é o magistério de Hugo de Brito Machado[37], que parece reduzir a norma a um mero caráter de extrafiscalidade. Contudo, já se viu, são dois conceitos que merecem distinção. Provavelmente por partir dessa equivocada premissa, o tributarista restringiu a normativa às hipóteses de mero exercício de extrafiscalidade do ICMS (que é tributo de função predominantemente fiscal).

[37] MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário. 18 ed.* São Paulo: Malheiros, 2000. p. 291

Muitos julgados parecem se manter nesse entendimento, a nosso ver já superado, conforme se verá na melhor doutrina a seguir exposta. Nesse contexto, transcreve-se excerto da Apelação Cível 2011.017834-5, julgada pela 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, em acórdão assim ementado[38]:

> APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA. ALÍQUOTA DE ICMS (25%). ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SELETIVIDADE, EM FUNÇÃO DA ESSENCIALIDADE DO PRODUTO (ART. 155 § 2º, III). INOCORRÊNCIA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA QUE DENEGOU A SEGURANÇA. PRECEDENTES. RECURSO DESPROVIDO. "A Constituição Federal dispõe que o ICMS "poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços" (art. 155, § 2º, III – grifei). Diferentemente, no caso do IPI a CF determina que "será seletivo, em função da essencialidade do produto" (art. 153, § 3º, I, da CF – grifei).
>
> Não há dúvida de que o legislador estadual não pode simplesmente desconsiderar a norma prevista no art. 155, § 2º, III, da CF, por conta da potestividade inerente à expressão "poderá ser seletivo".
>
> No entanto, há que reconhecer que é determinação que dá ao legislador margem mais ampla de decisão que a expressão "deverá ser seletivo", reservada apenas ao IPI. Essa constatação restringe a atuação do Judiciário a hipóteses inequívocas de violação do Princípio da Seletividade, que não é o caso dos autos.
>
> Para que o pleito formulado pelo impetrante pudesse ser apreciado pelo Judiciário, seria necessário que, por algum meio de prova, o interessado demonstrasse peremptoriamente a incompatibilidade da norma estadual com a determinação constitucional. Mais: essa prova, no caso do Mandado de Segurança, deveria ser pré-constituída.
>
> A seletividade conforme a essencialidade do bem somente poderia ser aferida pelo critério de comparação. Embora seja inequívoca a importância da energia elétrica e dos serviços de comunicação, a violação da seletividade não ficou

[38] http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoQuestConvPDFframeset.jsp?cdProcesso=01000ICN10000&nuSeqProcessoMv=24&tipoDocumento=D&nuDocumento=4249812
Acesso em 17/08/2015.

> demonstrada (RMS 28.227/GO, Rel. Ministro Herman Benjamin)." (grifou-se)

Poder-se-ia argumentar na defesa do Estado que o exercício da seletividade é facultativo e, em razão disso, não caberia aqui a prática do ativismo judicial em reparar o que o legislador, no seu exercício discricionário, estabeleceu. Todavia, essa não parece ser a melhor interpretação do texto constitucional, se visto como um sistema integrado de normas, como deve ser, ao menos no que toca ao caráter facultativo/compulsório da norma em questão.

Em sentido inverso, com fundamentos mais profundamente alicerçados, tem-se posições defendendo a imperatividade da seletividade do ICMS em razão da essencialidade do bem, nos mesmos moldes do disposto em relação ao IPI.

Nessa esteira, oportuno mencionar o princípio da unidade da Constituição, que impõe que o intérprete, ao aplicar, no caso, o Direito Tributário, não considere as normas constitucionais isolada e dispersamente, mas como preceitos integrados, num sistema unitário de normas e princípios[39].

Assim, partindo-se da unidade da Constituição, não se concebe que impostos sobre o consumo sejam tratados distintamente sem um fator justificativo de *discrímen*. Destarte, da mesma forma como ao IPI se impõe a análise da essencialidade como forma de graduação da tributação, também se servem o legislador e o intérprete dessa orientação para o ICMS.

Insta referir que, em que pese entendimentos contrários, enquadra-se a essencialidade na espécie normativa de princípio, e não de regra, mais uma razão para que o sistema tributário seja analisado contextualmente, de forma harmoniosa, de modo que – repita-se – impostos sobre o consumo sejam norteados pela mesma axiologia.

[39] CANOTILHO, J J Gomes. *Direito constitucional.* 5A ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 162.

A corroborar essa vertente, tem-se a doutrina de Fábio Canazaro[40], segundo a qual atribuir caráter facultativo à referida norma torná-la-ia inócua:

> não haveria necessidade alguma de o legislador constitucional "facultar" ou simplesmente permitir que o legislador atente (ou não) para a essencialidade. E isso porque a permissão de utilização da essencialidade para a fixação das alíquotas do ICMS, mesmo existindo aquele dispositivo, revelar-se-ia lógica (i) ante a ausência de qualquer outra norma que proibisse a adoção da essencialidade, bem como (ii) ante a presença de norma que determinasse a promoção de seu fundamento – o princípio geral da igualdade.

A ratificar a imperatividade da norma, também disserta José Eduardo Soares de Melo:

> Embora a facultatividade constitua o elemento impulsionador da edição do ICMS seletivo, não poderá haver mero critério de conveniência e oportunidade, porque impõe-se obediência a inúmeros postulados constitucionais. Não podem ser cometidas arbitrariedades, como é o caso de serem estabelecidas alíquotas mais elevadas com o propósito precípuo de incrementar a arrecadação do ICMS, concernente a mercadorias que sejam de primeira necessidades.

Da mesma forma, a abalizada lição de Roque Antônio Carrazza:

> Antes de avançarmos em nosso raciocínio, vamos logo consignando que este singelo "poderá" equivale juridicamente a um peremptório "deverá". Não se está, aqui, diante de mera faculdade do legislador, mas de norma cogente – de observância, pois, obrigatória.[41]

Portanto, tem-se segurança em afirmar que a norma em questão é, sim, cogente, em decorrência do postulado da igualdade, previsto e reiterado no texto constitucional, como primado geral, inerente ao

[40] CANAZARO, Fábio. *Essencialidade tributária: igualdade, capacidade contributiva e extrafiscalidade na tributação sobre o consumo.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 120.

[41] CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS.* 14a ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 458.

Estado Democrático de Direito e específico no sistema tributário. Em outras palavras, poder-se-ia dizer que, em decorrência da impositiva necessidade de se materializar a igualdade, compulsória é a concretização da essencialidade, pois esta pressupõe aquela[42].

Invocando mais uma vez Fábio Canazaro, que leciona que a não utilização da seletividade implica a violação da igualdade e que, portanto, a seletividade não é uma opção, tem-se que "selecionar os fatos econômicos que serão objeto de tributação em grupos é dever do legislador" (grifou-se).

Especificamente no Estado do Rio Grande do Sul, assevera-se que o ICMS é, inequivocamente, seletivo, por força de disposição contida na Constituição Estadual[43]. Entrementes, ilações à parte quanto à faculdade/imperatividade da norma contida na Constituição Federal, essa discussão não encontra espaço em nosso contexto estadual.

[42] Sem alcançar os casos em que se deve considerar também a capacidade contributiva, fazendo-se, por ora, apenas o comparativo entre os bens para fins de estabelecer a essencialidade, faz-se o seguinte exercício: retomando o exemplo anterior dos refrigerantes x bebidas à base de soja, é evidente que eventual adoção de alíquota de ICMS para alimentos correspondente (ou maior) que a incidente sobre refrigerantes significaria ferimento à igualdade. Tais mercadorias – porquanto possuem grau de essencialidade abissalmente diverso (um essencial, outro supérfluo) – devem ser tratados de forma diferente. Dito de outro modo, tributar mais o bem menos essencial é cercear o acesso a este. Além disso, agora sim agregando à discussão a análise da capacidade contributiva, com mais razão vê-se a disparidade: o menos abastado não terá acesso ao essencial – alimento – ao passo que ser-lhe-á franqueado o consumo de refrigerantes ou bebidas alcoolicas, afrontando-se a promoção à saúde disposta no texto constitucional. Agravando ainda mais o contraste, o mais abastado não só terá acesso a ambos (por óbvio) como pagará menos pelo menos essencial. Ao abastado, alcançam-se os dois; ao carente, priva-se do essencial, viabilizando-lhe apenas o supérfluo em detrimento do necessário.

[43] Art. 145. Compete ao Estado instituir:

I – impostos sobre:

(…)

b) operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(…)

§ 4º. O imposto de que trata o inciso I, alínea b, **será seletivo, em função da essencialidade** das mercadorias e dos serviços, preferencialmente com base nas cestas de consumo familiar, conforme dispuser a lei, que também fixará as alíquotas, respeitado o disposto na Constituição Federal. (grifou-se)

Não fosse por essa peculiaridade, convém ressaltar que, ainda que se pudesse entender como potestativa a norma insculpida na Constituição Federal, nas unidades federadas em que foi exercida a seletividade, não há como retomar a condição anterior, anulando-a, haja vista os princípios da vedação do retrocesso e da proteção da confiança. Ora, estabelecido o regime seletivo, avançando em favor do contribuinte, o Estado não pode retroceder, traindo a confiança inclusive daquele que optou por investir naquela unidade federativa.

Ainda, oportuno asseverar que, adotada a seletividade, compulsória torna-se a observância da essencialidade, não cabendo utilização de critério diverso, porquanto o texto constitucional condicionou que será seletivo (ou, *ipsis litteris:* "poderá ser seletivo") *em função da essencialidade das mercadorias e serviços.*

3 ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS EM QUE SE DISCUTE A SELETIVIDADE DO ICMS EM FUNÇÃO DA ESSENCIALIDADE DO OBJETO TRIBUTÁVEL NOS TRIBUNAIS

Ainda que haja entendimento no sentido da faculdade, tem-se por mais adequada a posição segundo a qual a norma de seletividade é cogente, pois corolário dos princípios da igualdade e capacidade contributiva.

Outrossim, em que pese se tente afastar a aplicação e imbricação de todos esses princípios na tributação do ICMS, a orientação mais conforme a teleologia constitucional é diversa. Somente cotejando-se todos esses princípios pode-se obter legislação mais afeta ao Estado Tributário que a Constituição de 1988 parece querer estabelecer. Exemplo disso é a tributação feita no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul que alcança, com êxito, todos esses valores constitucionais: ao estabelecer graduação de alíquotas (por ex., como se verá a seguir, na tributação da energia elétrica) variando conforme diversas situações,

evidencia a necessidade de se considerar a essencialidade do bem, ao mesmo tempo em que presume a análise da capacidade contributiva[44]. Mediante a aplicação conjunta dessas duas "fórmulas" é que se atinge, ao fim, a igualdade material na tributação do ICMS.

Sob esse fundamento, só se pode esperar que o posicionamento que está por vir da Corte Constitucional, nas hipóteses adiante mencionadas, se dê nesse sentido.

A ilustrar, portanto, invoca-se o RE 714139, que está *sub judice* no STF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio. Nesse recurso, houve reconhecimento de repercussão geral pela Corte, e diversos Estados da federação ingressaram como *amicus curiae*.[45]

Discute-se, no caso, a constitucionalidade da legislação estadual de Santa Catarina, que estabelece alíquotas diversas de ICMS. Na hipótese, o contribuinte Lojas Americanas questiona as alíquotas maiores do imposto para o fornecimento de energia elétrica e serviços de telecomunicações, asseverando que a graduação, na forma como posta, fere os princípios da isonomia tributária e da seletividade.

A lei impugnada (Lei estadual 10.297/1996) estabeleceu alíquota geral de 17% e, para o caso específico, de 25% (art. 19, I, *a*). Registre-se que semelhante graduação se dá no Estado do Rio Grande do Sul.

A empresa recorrente sustenta que a lei impugnada ofende os princípios da isonomia tributária e da seletividade do imposto estadual, previstos nos artigos 150, inciso II, e 155, parágrafo 2º, inciso III, da Constituição, em função da essencialidade dos bens e

[44] Na situação que será a seguir examinada, ver-se-á, por exemplo, que é presumida a menor capacidade contributiva daquele que consome, por exemplo, quantidade reduzida (até 50 kw/mês) em relação, por exemplo, a um consumidor industrial.

[45] Por meio de petição única, alegaram que a seletividade não tem aplicação obrigatória no que tange ao ICMS, que é tributo marcadamente arrecadatório, e não possui caráter extrafiscal; que o STF não deve atuar como legislador positivo para instituir alíquota diversa da fixada nas leis estaduais em decorrência da separação de poderes; e, por fim, que a acolhida da pretensão representará concessão de desoneração tributária em frontal colisão com a exigência de lei específica prevista no art. 150, § 6º, CF, dispositivo responsável por conferir transparência, previsibilidade e equilíbrio às finanças públicas.

dos serviços tributados e que o constituinte teria estabelecido uma determinação ao legislador estadual quanto à seletividade, e não mera recomendação, de modo que previsões de extrafiscalidade envolvendo o ICMS devem ser condicionadas ao caráter essencial do bem ou do serviço tributado.

Com efeito, como já definido aqui, a norma constitucional em questão não se reduz a mera recomendação, trata-se de norma imperativa, sim, impondo que se condicione a tributação do ICMS ao caráter essencial do bem/serviço.

Contudo, mais do que isso: há de se resguardar tanto a seletividade/essencialidade, quanto a capacidade contributiva, norma que se irradia para todas as relações tributárias firmadas sob a égide desse texto constitucional que se discute, o que permite ao legislador graduar progressivamente (presumindo capacidade contributiva conforme o consumo) alíquotas na exata forma feita pela legislação em discussão no recurso versado, bem como na legislação vigente no Estado do Rio Grande do Sul.

Dessa forma, no sentido oposto ao alegado pela recorrente, afirma-se que a lei hostilizada não só não fere a isonomia e a seletividade, como a materializa. Nesse sentido, no feito em questão, o juízo de primeiro grau afastou a alegação de ferimento da isonomia, reputando como justificado o tratamento diferenciado, mantendo as alíquotas geral e específicas, entendimento que foi mantido em segundo grau.

Discussão semelhante foi travada nos pedidos de Suspensão de Segurança SS 4270 e SS 3473, ajuizados no STF pelo Estado do Rio de Janeiro e do Amazonas, respectivamente. A primeira se opõe a decisões judiciais que limitaram em 18% a alíquota do ICMS para determinados estabelecimentos do Estado, que defenderam que não devem se submeter às alíquotas previstas na legislação estadual do ICMS, sob o argumento de sua abusividade em razão de suposto ferimento da seletividade.

Da leitura das razões veiculadas pelo Estado do Rio de Janeiro, sobressai estudo demonstrando o grave impacto na arrecadação dos Estados, caso a pretensão dos contribuintes nesse sentido prospere. Tal hipótese, além de não refletir o melhor Direito, conforme já se demonstrou, também não considera a grave crise que vem sendo enfrentada pelas unidades federativas, que se veriam, diante de um julgamento dessa natureza, ainda mais inviabilizadas.

Não bastasse a inadequação de uma decisão nesse sentido quanto ao mérito, a gravidade também reside na caracterização de exacerbado – e injustificado – ativismo judicial: um dos três poderes do Estado, o Judiciário, estaria atuando como legislador positivo, usurpando a competência dos demais Poderes, desbordando dos limites de sua atuação.

A ratificar o exposto, evidencia-se do parecer do Ministério Público, no referido RE 714139, de lavra do Exmo. Sr. Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, recomendação no sentido de que, devidamente modulados os efeitos da declaração, nos termos do art. 27 da Lei 9868/1999, deva se determinar ao Estado de Santa Catarina que adapte sua legislação ao que o STF entender ser o princípio da seletividade, admitindo-se a fixação de alíquotas pela própria Corte!

Tal permissão, que beira uma ditadura do Poder Judiciário, fere princípios da legalidade e da segurança jurídica: imagine-se uma situação de caos, em que cada relação tributária terá sua alíquota ou mesmo base de cálculo determinada conforme deliberado pelo Poder Judiciário. A admitir-se o que se estava cogitando, não se está longe de trilhar esse caminho.

De se mencionar que não há, contudo, decisão da Suprema Corte nesse sentido, em que pese a mencionada manifestação do Ministério Público. Ao contrário, ao que se tem conhecimento, o STF vem atuando em sentido contrário, de não admitir substituir-se ao legislador, como

se depreende do julgado que segue:

> Agravo regimental no recurso extraordinário. Tributário. Imposto de renda. Isenção. Alcance do benefício. Necessidade de reexame da legislação infraconstitucional. Impossibilidade de atuação do judiciário como legislador positivo. Efeito confiscatório da exação. Súmula nº279/STF.
> 1. A suposta ofensa à Constituição somente poderia ser constatada a partir da análise e da reinterpretação da legislação infraconstitucional, o que torna oblíqua e reflexa eventual ofensa, a qual é insuscetível, portanto, de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário.
> 2. **Impossibilidade de o Poder Judiciário atuar como legislador positivo para estabelecer isenções de tributos não previstas em lei**.
> 3. O caráter confiscatório da exação, no caso em exame, somente seria aferível mediante reexame do quadro fático-probatório. Incidência da Súmula nº 279/STF.
> 4. Agravo regimental não provido. (RE 852409 AgR, Relator Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 07/04/2015) (grifou-se).

Nutrindo-se expectativas de coerência, é legítimo que se espere que, tal como entendeu a Corte, como não poderia atuar como legislador positivo para *estabelecer isenções,* também – e com ainda mais razão – não lhe cabe atuar como legislador positivo para fixar alíquotas. Ainda, não caberia aqui falar em controle da seletividade em razão da essencialidade pelo Judiciário, pois, nos casos versados, a seletividade é irrefutável.

Ainda no que toca ao precedente sobre o qual acima se discorreu, RE 714139, ressalta-se que, quanto à manifestação do Ministério Público Federal, em que pese busque exacerbado ativismo judicial, como já se viu, bem como conduza a uma equivocada conclusão, é de se aproveitar algumas premissas ali postas.

Por exemplo, ao examinar a alegação da empresa recorrente de incompatibilidade da lei estadual em exame com o princípio da isonomia tributária, sob o fundamento de que diferencia consumidores

industriais e comerciais de consumidores domiciliares e produtores rurais das cooperativas redistribuidoras, enunciou: "Concretiza o princípio da igualdade tributária a instituição, a partir de níveis reduzidos de consumo, de alíquotas progressivas na energia fornecida à população economicamente mais vulnerável, ao contrário do que sugere o recorrente, não havendo falar em ofensa ao art. 150, II, da Constituição."

Com efeito, a conclusão deve se dar justamente no sentido contrário ao alegado pela recorrente. Ora, a forma escalonada no texto visa exatamente a garantir o tratamento isonômico, porque trata de forma desigual os desiguais (o consumidor industrial tem certamente maior capacidade contributiva do que o consumidor domiciliar, na forma progressiva posta na legislação). Prossegue, nessa linha, a orientação do *parquet* federal:

> (...) De mais a mais, ainda que fosse o caso de considerar-se facultativa a aplicação da seletividade ao ICMS, uma vez feita a opção do legislador estadual pelo princípio da seletividade, passará, por lógica, a ser obrigatória a utilização do critério de comparação em virtude da essencialidade dos bens e serviços. Os mais essenciais deverão ser submetidos a alíquotas menores do que as destinadas aos supérfluos. As alíquotas devem ser inversamente proporcionais à essencialidade, para impedir que sua definição seja permeada de subjetivismo. (...) Sem embargo, no caso do ICMS – Eletricidade, as concessionárias repassam aos particulares a integralidade do valor do imposto, devidamente anotado na conta. Desse modo, embora haja a substituição tributária, é facilmente identificável o perfil do consumidor a partir de seu consumo. Com isso, é viável instituir, a partir de níveis reduzidos de consumo, alíquotas não apenas seletivas, mas também progressivas na energia fornecida à população economicamente mais vulnerável. Inexiste aí ofensa ao art. 150, II, da Constituição, mas verdadeiro intuito concretizador do princípio da igualdade.

Em que pesem as bem lançadas premissas, ao final entendeu a Procuradoria-Geral da República que, no caso vertente teria havido

fator de discrímen injustificado, porquanto constatou que, ao lado de produtos essenciais, estavam sendo tributados, por meio da mesma alíquota, produtos supérfluos. Considerou que, na situação sob exame, haveria inadequado escalonamento que, estabelecida a relação de comparatividade, evidenciaria ferimento à isonomia e essencialidade.

A par do específico caso analisado, é de se insistir que, bem norteados pelos alicerces constitucionais, ao Executivo e Legislativo cabem o impositivo exercício da seletividade, que pode ser estabelecida, dentre outros mecanismos, mediante alíquotas do ICMS variáveis e escalonadas conforme a essencialidade do objeto tributável. É o que se colhe de decisões exaradas em outros feitos e em outras instâncias, cuja análise segue.

Oportuno mencionar decisões que ainda não alcançaram o STF, mas que versam sobre idêntico tema, e no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul. Para ilustrar, cita-se o Mandado de Segurança 001/1150075491-0, em que imponente empresa do ramo de supermercado discute a variação da alíquota do ICMS na energia elétrica.

Em complementação às informações prestadas pela autoridade coatora, o Estado demonstrou o escalonamento das alíquotas na forma da legislação aplicável (Lei 8820/89 e Regulamento do ICMS – Decreto 37699/97), que leva em conta diversos graus de essencialidade, conforme a natureza da atividade econômica, a destinação do bem e a qualidade do destinatário: tal graduação varia de 12 a 25% para energia elétrica[46].

A empresa, por sua vez, pugnou pela consideração dos princípios da seletividade, da capacidade contributiva e da isonomia, alegando mácula a tais normas constitucionais. Ora, justamente partindo desses princípios é que se chega a uma conclusão (todavia, absolutamente

[46] 12% para energia elétrica rural e até 50kw por mês; 17% para energia elétrica industrial; 20% para energia elétrica de iluminação de vias públicas; e 25% para energia elétrica em geral, com exceção das hipóteses anteriores.

diversa da que pretendia a requerente): considerando o conjunto desses princípios, numa visão sistemática que o Direito exige, tem-se que, efetivamente, não há qualquer reparo a ser feito em uma regra de tributação que onera em menor escala um pequeno consumidor residencial de energia. Diversamente, na hipótese, tratava-se de um grande usuário, dotado de imensa capacidade econômica e contributiva, de modo que a redução pretendida, além de destruir o equilíbrio promovido pelo escalonamento, ao fim culminaria no ferimento à isonomia.

No caso em comento, a sentença proferida acolheu as alegações estatais, denegando a segurança. Contudo, tal decisão, porquanto recentemente publicada, ainda é passível de recurso. No entanto, tendo em vista a jurisprudência do Tribunal gaúcho, espelhada na ementa que segue, a expectativa é de que a sentença seja confirmada:

> TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. SELETIVIDADE. ESSENCIALIDADE. ALÍQUOTA. 1. O ICMS poderá ser seletivo em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços. Art. 155, § 2º, III, da CR. 2. No Estado do Rio Grande do Sul, o ICMS é seletivo, variando as alíquotas do imposto de acordo com a essencialidade das mercadorias e dos serviços. Em relação à energia elétrica, as alíquotas são de 12% e 25%, de acordo com a natureza do consumo (rural, residencial e industrial). Lei Estadual 8.820/89. O fato de o serviço de energia elétrica ser essencial não impede o legislador dentro da sua liberdade conformadora de fixar em 25% a alíquota para os demais usuários. Os princípios da seletividade e da essencialidade invocados não impõem a limitação pretendida pela parte. Recurso desprovido. (Apelação Cível Nº 70059908293, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 26/06/2014).

No concernente à inclinação do STJ, submetida a questão à sua análise por meio de mandados de segurança, a Corte entendeu que "a violação da seletividade não ficou demonstrada", pois 'não há como aferir ofensa ao Princípio da Seletividade sem ampla e criteriosa análise das

demais incidências e alíquotas previstas na legislação estadual", sendo que "esse estudo não foi apresentado com a inicial e, mesmo que fosse, a controvérsia a respeito demandaria dilação probatória adicional, o que é incompatível com o rito do mandamus" (RMS 28.227/GO, RMS 34.007/SC).

Estabeleceu-se, ao menos, que a aferição da ofensa à seletividade exige detida análise comparativa, conforme já dito. Disso se pode inferir provável tendência à manutenção do entendimento até agora consolidado no âmbito do Tribunal gaúcho, porquanto o escalonamento na forma da legislação pressupõe comparativo tendente a equalizar, mediante tributação diversa, as diferentes situações.

4 DAS FUNÇÕES INSTITUCIONAIS DA ADVOCACIA DE ESTADO: DA ATUAÇÃO PREVENTIVA E DO DEVER DE ORIENTAÇÃO JURÍDICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Insta salientar que a Advocacia de Estado foi erigida, a partir da nova ordem estabelecida em 1988, como função essencial à Justiça, tendo o texto constitucional instituído, no seu art. 132, o que segue: "Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas".

Situando-se no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, tem-se o teor do art. 114 da Constituição Estadual: "A Advocacia do Estado é atividade inerente ao regime de legalidade na administração pública e será organizada, mediante lei complementar, em regime jurídico especial, sob a forma de sistema, tendo como órgão central a Procuradoria-Geral do Estado, vinculada diretamente ao Governador do Estado e integrante de seu Gabinete".

O artigo seguinte, 115, por sua vez, dispõe que compete à Procuradoria-Geral do Estado a representação judicial e a consultoria jurídica do Estado, cabendo-lhe propor a orientação jurídico-normativa para a administração pública, direta e indireta (I); e pronunciar-se sobre a legalidade de atos da administração estadual (II).

Ainda restrito ao âmbito do regramento estadual, tem-se a Lei Orgânica da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, LC 11742/2002, que, dentre outras funções institucionais, consigna, no seu art. 2º: prestar consultoria jurídica à administração pública estadual direta e indireta (II); zelar pelo cumprimento da Constituição da República Federativa do Brasil e da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, bem como pelos preceitos fundamentais delas decorrentes (III); zelar pela constitucionalidade dos atos de governo e pela observância dos princípios inerentes à administração pública (IV); desenvolver a advocacia preventiva tendente a evitar demandas judiciais e contribuir para o aprimoramento institucional da administração pública, inclusive mediante a elaboração de projetos de lei e de outros diplomas normativos (VII); propor orientação jurídico-normativa para a administração pública estadual direta e indireta (X);

É, portanto, indiscutível, mediante o regramento constitucional e específico, decorrente da Lei Orgânica, que o Procurador do Estado deve ter atuação preferencialmente preventiva (até porque indiscutível que esta gera infinitamente redução de custos, além de maior efetividade) e deve orientar juridicamente a atuação da Administração Pública, observando a Constituição e legislação pertinente.

Desse modo, só se pode concluir que, sendo a seletividade em função da essencialidade do bem norma constitucional decorrente da CF 88 (e sua cogência foi devidamente comprovada), cabe ao Procurador do Estado, em atuação preventiva, orientar o Governo Estadual a observar, por ocasião da edição da regulamentação da tributação do ICMS, que este observe inequivocamente o princípio da seletividade.

Nessa orientação, deve o Procurador alertar tanto para a prevenção dos litígios que poderiam advir da discussão em eventual judicialização da questão e, mais ainda, para a possibilidade de grave lesão ao Erário em eventual procedência de uma pretensão do contribuinte assim veiculada.

No ponto, a exemplificar, oportuno detalhar a atuação da Procuradoria-Geral do Rio de Janeiro, por ocasião da proposição do anteriormente mencionado pedido de Suspensão de Segurança 4270. Esse caso originou-se de mandado de segurança impetrado sob a discussão do alegado direito de não recolher ICMS incidente sobre energia elétrica com alíquota de 25% (art. 14, VI, Decreto 27427/2000), mas de 18%, sob pena de violação à seletividade. O Tribunal de Justiça reconheceu a inconstitucionalidade do dispositivo impugnado, sob o argumento de violação à seletividade e essencialidade, reduzindo a alíquota na forma postulada. Essa decisão motivou o pedido de Suspensão de Segurança pela PGE/RJ, no bojo da qual se alegou risco de grave lesão à economia, à segurança e à ordem públicas, e de ocorrência do denominado *"efeito multiplicador"*, apto a gerar densos prejuízos às finanças estaduais, nos seguintes termos:

> "12. Uma vez publicadas as r. decisões concessivas das seguranças, os impetrantes não hesitaram em postular pela expedição de ofícios às empresas distribuidoras que lhes fornecem energia elétrica e serviços de comunicação, para deixarem de pagar o ICMS nos termos da legislação em vigor.
> 13. Inspiradas em tal medida, outras empresas já impetraram mandados de segurança visando à obtenção de ordens similares."[47]

Nos autos, foi apresentado estudo elaborado pela Secretaria de Fazenda do Rio de Janeiro, em que se analisa eventual redução generalizada da alíquota de 25% para 18% sobre os setores de energia elétrica e de telecomunicações, tendo como base o ano de 2006.

[47] Extraído de: http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3952095 Acesso em 30/08/2015.

Conforme tal levantamento, caso estendida a todos os contribuintes, a redução de alíquota geraria perda anual de "*R$ 1.451.439,00 (um bilhão, quatrocentos e cinqüenta e um milhões, quatrocentos e trinta e nove mil reais), sendo R$ 695.969.000,00 (seiscentos e noventa e cinco milhões, novecentos e sessenta e nove mil reais) para o primeiro e R$ 755.470.000,00 (setecentos e cinqüenta e cinco milhões, quatrocentos e setenta mil reais) para o segundo.*"

Para sustentar o suposto efeito multiplicador, o Estado alegou que as decisões que pretende ver suspensas "(...) *dirigem-se, na verdade, contra a lei 'em tese'. Fica mais do que evidenciado, portanto, o chamado efeito multiplicador, pois se os impetrantes podem obter a liminar, quem mais impetrar segurança também terá o mesmo direito.*"

Tal situação demonstra a necessidade de que sejam evitadas as judicializações dessa natureza, de modo a impedir impacto negativo na arrecadação do ente estadual. Para tanto, mostra-se absolutamente pertinente e essencial a atuação do Procurador do Estado, orientando a Administração a observar o princípio constitucional, de modo a não ferir norma que poderia gerar repetição de indébito inviabilizadora das finanças públicas.

Nessa linha, reporta-se à doutrina de Canazaro, segundo o qual: "o Executivo, ao estabelecer instrumentos normativos secundários – como o decreto, e as normas complementares (portarias, instruções normativas, etc) -, deve atentar e, em última análise, promover com a máxima efetividade possível, o princípio da essencialidade"[48]. Portanto, cabe ao Procurador do Estado orientar juridicamente o Executivo nesse sentido.

5 PROPOSIÇÕES OBJETIVAS E CONCLUSÃO GERAL

O presente trabalho demonstrou, por meio da análise dos princípios basilares que regem o sistema tributário brasileiro, como da isonomia e da capacidade contributiva, e o da seletividade (que,

[48] CANAZARO, Fábio. *Essencialidade tributária: igualdade, capacidade contributiva e extrafiscalidade na tributação sobre o consumo.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 143.

especificamente, aplica-se o imposto aqui versado), a imbricação entre eles, de modo a gerar consequências jurídicas práticas.

Paralelamente a isso, situando-se nos regramentos constitucionais e legais pertinentes, demonstrou-se a necessidade de atuação preventiva do Procurador do Estado, orientando a Administração a observar os regramentos constitucionais e legais e, especificamente quanto ao caso, a seletividade em função da essencialidade na tributação do ICMS.

Assim, foram estabelecidas premissas determinantes: de que a capacidade contributiva poderia sim informar impostos sobre o consumo, atuando paralelamente à seletividade, bem como de que a seletividade em função da essencialidade é cogente, devendo ser observada na fixação das alíquotas (ou em outras formas, também demonstradas, de materialização da seletividade, tais como isenção ou redução da base de cálculo); e, por fim, de que o Procurador do Estado deve atuar preventivamente na orientação da Administração quanto à adequada tributação do ICMS.

Restou claro que, independentemente da discussão a respeito da faculdade/cogência, uma vez que a seletividade fosse exercida, estaria tal norma vinculando o sistema tributário no qual se inseriu, haja vista a vedação do retrocesso e a proteção da confiança. Além disso, expôs-se que, no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, há norma específica consignada na Constituição Estadual, cristalizando a norma da seletividade, obstaculizando tal discussão.

Isso superado, demonstrou-se que a materialização da seletividade decorre do escorreito exercício das funções na seara dos poderes Executivo e Legislativo, sob a orientação jurídica da Procuradoria-Geral do Estado, conformados aos valores constitucionais.

Em que pese se entenda vedada (por inconcebível!) ao Poder Judiciário a fixação de alíquotas (que consubstanciaria exacerbado, injustificado e inconstitucional ativismo judicial, usurpando a atividade legislativa), tendo em vista a possibilidade que isso ocorra, conforme os

precedentes que têm sido editados na jurisprudência pátria, tal atuação preventiva não só é pertinente, como necessária, a fim de se evitar não só a exposição da legislação tributária como inconstitucional, mas os prejuízos financeiros que daí adviriam: seja na quebra da expectativa gerada pela previsão da arrecadação (segundo estudo referido no curso do trabalho, haveria situações em que a arrecadação poderia sofrer decréscimo na ordem de trinta por cento); seja no efetivo prejuízo financeiro, que acarretaria necessário desembolso em eventuais procedências de pedidos como os aqui versados, que gerariam repetições de indébito vultosíssimas, e talvez inviáveis, precipuamente consideradas as crises financeiras enfrentadas pelas unidades federativas no momento atual.

Nesse ponto, nas discussões já postas, a expectativa que se deposita no Poder Judiciário é de que não se arvore nas funções legislativas e, além disso, que proceda ao cotejo dos princípios constitucionais envolvidos, levando em consideração, inclusive, o da capacidade contributiva (já que, no mais das vezes, os casos exemplificados envolvem empresas de altíssimo poder aquisitivo). Aliado a isso – e precipuamente considerando que as decisões do STF são tradicionalmente políticas – aspira-se que também seja levada em conta, juntamente com a capacidade contributiva das grandes empresas envolvidas, a delicada situação financeira em que se encontram os Estados, de modo que tais fatores – e não só a essencialidade do bem ou mercadoria que está sendo tributada – sejam também considerados, sob pena de, agindo em contrário, ferir-se a igualdade.

Por fim, para as situações jurídicas vindouras, consubstanciadas pelas relações tributárias futuras, impõe-se que as Procuradorias-Gerais dos Estados desempenhem seu papel de atuação preventiva, analisando casuisticamente as hipóteses de incidência postas na legislação tributária local, a fim de bem analisar se elas cumprem a seletividade em função da essencialidade na forma posta no sistema, para que isso não venha a ser submetido à análise do Poder Judiciário, gerando toda a sorte de possíveis riscos acima examinados.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 2010. 16a ed.

CANAZARO, Fábio. *Essencialidade tributária: igualdade, capacidade contributiva e extrafiscalidade na tributação sobre o consumo.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS.* 14a ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

LANG, Joachim; TIPKE, Klaus. *Direito tributário.* Vol. I. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário. 18 ed.* São Paulo: Malheiros, 2000.

MELO, José Eduardo Soares; PAULSEN, Leandro. *Impostos federais, estaduais e municipais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado.

PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência.* 13a. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. *Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva.* São Paulo: Malheiros, 2002.

PARECERES

PARECER Nº 16.721/16

DETRAN. LIBERDADE SINDICAL. ART. 37, VI, CF. CONVENÇÃO 151 DA OIT. PARTICIPAÇÃO DE SERVIDORES EM ASSEMBLEIAS E ATIVIDADES SINDICAIS. ART. 64, INCISO XVI, LC Nº 10.098/94. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ABSOLUTO. DEVER DE PRÉVIA COMUNICAÇÃO PELA ENTIDADE SINDICAL À DIREÇÃO SUPERIOR DO ÓRGÃO, COM ANTECEDÊNCIA MÍNIMA DE 72 HORAS, JUSTIFICANDO A NECESSIDADE DE COMPARECIMENTO DE SERVIDORES OUTROS QUE NÃO SEJAM OS LICENCIADOS PARA DESEMPENHO DE MANDATO CLASSISTA. PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS.

Trata-se de expediente originado a partir de memorando da Direção-Geral do Departamento Estadual de Trânsito - DETRAN, em que solicita à sua assessoria jurídica manifestação acerca da liberação de servidores para participação em assembleias e atividades sindicais, notadamente quanto à necessidade de comunicação prévia; se há necessidade de manutenção das atividades nos setores; como deve ser registrado o ponto; se há previsão legal para a participação de servidores não sindicalizados; se existe limitação do número de atividades ou de participação em assembleias; se existe limitação de tempo para as atividades sindicais.

Instrumenta a solicitação com cópia de ofícios enviados pela presidente do Sindicato dos Servidores do DETRAN/RS, comunicando diversas atividades sindicais ou assembleias de classe entre os meses de maio e dezembro de 2015. Ainda, anexa ao expediente o Parecer 14.483/06.

A assessoria jurídica, analisando o Parecer 14.483/06, conclui ser necessária a comunicação prévia à Direção da Autarquia pelo sindicato, a fim de que se possa conhecer a natureza do afastamento, referindo que o exercício dos direitos sindicais tem sua extensão restrita à participação no próprio órgão sindical, sem abranger a participação em outros eventos sociais, políticos ou culturais. Acrescenta que, a par da comunicação prévia à Direção-Geral pelo Sindicato, o servidor também deverá comunicar antecipadamente a chefia imediata, nos termos do art. 178 da LC nº 10.098/94.

Aduz que, adotando-se os parâmetros da Lei Federal 7.783/89 (Lei de Greve), entende-se razoável que a comunicação seja dada com antecedência mínima de 72 horas, podendo ser por meio eletrônico.

Invocando, ainda, o art. 9º da Lei 7.783/89, posiciona-se pela continuidade da prestação do serviço durante as atividades sindicais.

Refere, porém, que, sendo legítimo o afastamento, conforme o art. 64, XVI, da LC nº 10.098/94, a Administração não disporá de meios de coibir a participação dos servidores nas assembleias e atividades sindicais, ainda que não sindicalizados. Quanto ao registro no ponto do servidor, deverá constar a menção à participação em assembleia ou atividade sindical.

Menciona não haver fundamento jurídico para embasar manifestação a respeito da limitação de tempo para as atividades sindicais, sugerindo, porém, a partir do Parecer 14.483/2006, que o período contínuo de 04 dias descaracteriza o evento como assembleia ou atividade sindical.

Por fim, por entender que não há manifestação expressa quanto à correta forma de concessão dos afastamentos aos servidores para participação em assembleias e atividades sindicais, bem como no que diz com a forma de registro desses afastamentos na folha do servidor, sugere a remessa do expediente a esta PGE para análise.

O Diretor-Geral do DETRAN encaminha o feito ao Secretário da Modernização Administrativa e dos Recursos Humanos, solicitando o envio a este Órgão Consultivo, haja vista a inexistência de norma a respeito dos procedimentos relativos à participação de servidores em assembleias e atividades sindicais. Refere ser necessário abalizar a extensão do alcance do disposto no art. 64, XVI, da LC nº 10.098/94, em especial quanto aos procedimentos necessários à concessão desses afastamentos legais, questionando, ainda, se há justificativa legal para abonar a ausência de servidores não sindicalizados para participação em assembleias e atividades sindicais, bem como se existe limitação de tempo para tais atividades, reportando-se, por fim, à manifestação de fl. 02.

O Titular da Pasta encaminha, então, o expediente a esta Procuradoria-Geral do Estado, onde, após os trâmites de praxe, é a mim distribuído.

É o relatório.

De início, cabe lembrar que o direito à liberdade sindical, a par de assegurado aos servidores públicos no inciso VI do art. 37 da Constituição Federal, encontra-se reafirmado mediante a aprovação da Convenção nº 151 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre as Relações de Trabalho na Administração Pública, conforme Decreto Legislativo nº 206/2010 do Congresso Nacional, tendo sido, ainda, publicado o Decreto Federal nº 7.944/2013, com o seguinte teor:

> Art. 1º Ficam promulgadas a Convenção nº 151 e a Recomendação nº 159 da Organização Internacional do Trabalho sobre as Relações de Trabalho na Administração Pública, firmadas em 1978, anexas a este Decreto, com as seguintes declarações interpretativas:
> I - a expressão "pessoas empregadas pelas autoridades públicas", constante do item 1 do Artigo 1 da Convenção nº 151, abrange tanto os empregados públicos, ingressos na Administração Pública mediante concurso público, regidos pela Consolidação

> das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, quanto os servidores públicos no plano federal, regidos pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e os servidores públicos nos âmbitos estadual e municipal, regidos pela legislação específica de cada um desses entes federativos; e
> II - consideram-se "organizações de trabalhadores" abrangidas pela Convenção apenas as organizações constituídas nos termos do art. 8º da Constituição.
> Art. 2º São sujeitos à aprovação do Congresso Nacional atos que possam resultar em revisão das referidas Convenção e Recomendação e ajustes complementares que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional, nos termos do inciso I do **caput** do art. 49 da Constituição.
> Art. 3º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

E, da Convenção nº 151 Sobre as Relações de Trabalho na Administração Pública, extrai-se:

> PARTE II - PROTEÇÃO DO DIREITO DE ORGANIZAÇÃO
> Artigo 4
>
> 1. Os trabalhadores da Administração Pública devem usufruir de uma proteção adequada contra todos os atos de discriminação que acarretem violação da liberdade sindical em matéria de trabalho.
> 2. Essa proteção deve aplicar-se, particularmente, em relação aos atos que tenham por fim:
> a) Subordinar o emprego de um trabalhador da Administração Pública à condição de este não se filiar a uma organização de trabalhadores da Administração Pública ou deixar de fazer parte dessa organização;
> b) Demitir um trabalhador da Administração Pública ou prejudicá-lo por quaisquer outros meios, devido à sua filiação a uma organização de trabalhadores da Administração Pública ou à sua participação nas atividades normais dessa organização.
>
> Artigo 5
>
> 1. As organizações de trabalhadores da Administração Pública devem usufruir de completa independência das autoridades públicas.

2. As organizações de trabalhadores da Administração Pública devem usufruir de uma proteção adequada contra todos os atos de ingerência das autoridades públicas em sua formação, funcionamento e administração.
3. São particularmente considerados atos de ingerência, no sentido do presente Artigo, todas as medidas tendentes a promover a criação de organizações de trabalhadores da Administração Pública dominadas por uma autoridade pública ou a apoiar organizações de trabalhadores da Administração Pública por meios financeiros ou quaisquer outros, com o objetivo de submeter essas organizações ao controle de uma autoridade pública.

PARTE III - GARANTIAS A SEREM CONCEDIDAS ÀS ORGANIZAÇÕES DE TRABALHADORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
Artigo 6

1. **Devem ser concedidas garantias aos representantes das organizações reconhecidas de trabalhadores da Administração Pública, de modo a permitir-lhes cumprir rápida e eficientemente as suas funções, quer durante as suas horas de trabalho, quer fora delas.**
2. **A concessão dessas garantias não deve prejudicar o funcionamento eficiente da Administração ou do serviço interessado.**
3. **A natureza e a amplitude dessas garantias devem ser fixadas de acordo com os métodos mencionados no Artigo 7 da presente Convenção ou por quaisquer outros meios adequados.**

PARTE IV - PROCEDIMENTOS PARA FIXAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE TRABALHO
Artigo 7

Devem ser tomadas, quando necessário, medidas adequadas às condições nacionais para encorajar e promover o desenvolvimento e utilização plenos de mecanismos que permitam a negociação das condições de trabalho entre as autoridades públicas interessadas e as organizações de trabalhadores da Administração Pública ou de qualquer outro meio que permita aos representantes dos trabalhadores da Administração Pública participarem na fixação das referidas condições.

PARTE V - SOLUÇÃO DE CONFLITOS
Artigo 8

A solução de conflitos surgidos em razão da fixação das condições de trabalho será buscada de maneira adequada às condições nacionais, por meio da negociação entre as partes interessadas ou por mecanismos que dêem garantias de independência e imparcialidade, tais como a mediação, a conciliação ou a arbitragem, instituídos de modo que inspirem confiança às partes interessadas.

PARTE VI - DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS
Artigo 9

Os trabalhadores da Administração Pública devem usufruir, como os outros trabalhadores, dos direitos civis e políticos que são essenciais ao exercício normal da liberdade sindical, com a única reserva das obrigações referentes ao seu estatuto e à natureza das funções que exercem.

(grifei)

A par disso, a liberdade sindical assegurada na Constituição Federal e reforçada pela incorporação da Convenção 151 da OIT ao direito pátrio se encontra, no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, igualmente garantida pela Carta Estadual, cujo art. 27, inciso II, prevê o afastamento remunerado para desempenho de mandato em confederação, federação, sindicato e associação de servidores públicos.

Já a LC nº 10.098/94 tratou de garantir o direito à liberdade sindical de uma forma mais específica ao considerar, no art. 64, inciso XVI, como de efetivo exercício o afastamento do serviço em virtude de participação em assembleia e atividades sindicais.

Ocorre que não há disciplina legal quanto aos limites para o exercício do direito assegurado no inciso XVI do art. 64 do Estatuto dos Servidores Públicos Civis, isto é, não há definição normativa quanto aos eventos que podem ser considerados como assembleias e atividades sindicais, nem quanto à periodicidade ou duração da sua ocorrência,

tampouco quanto ao procedimento a ser adotado para a autorização do afastamento do servidor.

Dos exemplos trazidos pela autarquia de trânsito, verifica-se que, no mês de maio de 2015, o Sindicato dos Servidores do Detran - SINDET comunicou que iria *passar nos setores para encaminhar uma rápida votação sobre alteração estatutária*; comunicou *a participação dos servidores do Ato Público Unitário*; solicitou a liberação de determinados servidores para participar da comissão eleitoral que iria coordenar o processo eleitoral do SINDET. Já no mês de junho de 2015, o Sindicato solicitou *a liberação dos servidores para participarem do Seminário Sindical sobre a Situação Financeira do Estado*, bem como postulou a liberação de alguns servidores nominados para participarem da Reunião do Conselho Deliberativo do SINDET. Em agosto, comunicou *a participação dos servidores na mobilização do funcionalismo público;* solicitou a *liberação dos servidores do Detran/RS para acompanharem o debate entre os componentes das chapas que estão participando do processo eleitoral;* solicitou a *liberação dos servidores para a participação na Assembleia Geral da categoria;* solicitou a *liberação dos servidores componentes das chapas participantes do processo eleitoral em andamento deste Sindicato, bem como dos membros da Comissão Eleitoral, para a participação na reunião;* solicitou a liberação de nominados servidores *para participarem da reunião do Conselho Deliberativo do SINDET.* Em setembro, *comunicou a participação dos servidores do Detran/RS nas mobilizações que ocorrerão no dia 15, terça-feira, visando à retirada dos Projetos de Lei que trazem prejuízos às carreiras dos servidores públicos;* comunicou *a participação dos servidores do Detran/RS nas mobilizações que ocorrerão no dia 22 de setembro de 2015, terça-feira, visando à retirada dos Projetos de Lei que trazem prejuízos às carreiras dos servidores públicos.* Em outubro, solicitou *a liberação dos servidores para a participação na Assembleia Geral da categoria*. Em novembro, solicitou *a liberação dos servidores para a participação na Assembleia Geral Extraordinária da categoria;* pediu a liberação dos servidores relacionados para participarem da reunião

do Conselho Deliberativo do SINDET; postulou nova liberação dos servidores para a participação na Assembleia Geral da categoria. Em dezembro, houve mais uma solicitação de liberação dos servidores *para a participação na Assembleia Geral da categoria,* bem como nova solicitação de liberação de servidores para participação na reunião do Conselho Deliberativo; houve mais uma solicitação de liberação dos servidores *para participação na Assembleia Geral Extraordinária da categoria*, além de pedido de liberação de servidores para a reunião do Conselho Deliberativo.

Do quanto narrado, constata-se a frequência com que o Sindicato postula a liberação dos servidores para a participação de reuniões e assembleias, sendo que, em alguns casos, há a mera comunicação da participação dos servidores em determinados eventos, sem qualquer referência quanto à forma da prestação do serviço pela categoria.

Não se pode perder de vista que, no caso do Estado do Rio Grande do Sul, há a peculiaridade do direito à licença remunerada para exercício de mandato classista, assegurado na Constituição Estadual (art. 27. II) e regulamentado pela Lei 9.073/90, que prevê o afastamento de até onze servidores para desempenho de mandato em entidades sindicais.

A toda a evidência, em havendo servidores em licença remunerada para exercício de mandato classista, que estão dedicados em regime integral às questões da categoria funcional que representam, não será toda e qualquer atividade sindical que autorizará a liberação dos demais servidores sem que haja o devido cumprimento da carga horária e a prestação do serviço.

Com efeito, o direito à participação em assembleias e atividades sindicais não se sobrepõe ao dever de realização do trabalho, de maneira que o seu exercício deve respeitar a continuidade da prestação do serviço público, como aliás afirmado no art. 6º da Convenção 151 da OIT: ***A concessão dessas garantias não deve prejudicar o funcionamento eficiente da Administração ou do serviço interessado.***

Cabe lembrar que o Supremo Tribunal Federal, ao analisar o direito de greve dos servidores públicos, frisou que sua regulamentação deve atentar para as especificidades do serviço público:

> (...)2. **Servidores públicos que exercem atividades relacionadas à manutenção da ordem pública e à segurança pública, à administração da Justiça --- aí os integrados nas chamadas carreiras de Estado, que exercem atividades indelegáveis, inclusive as de exação tributária --- e à saúde pública. A conservação do bem comum exige que certas categorias de servidores públicos sejam privadas do exercício do direito de greve. Defesa dessa conservação e efetiva proteção de outros direitos igualmente salvaguardados pela Constituição do Brasil.** 3. **Doutrina do duplo efeito, segundo Tomás de Aquino, na Suma Teológica (II Seção da II Parte, Questão 64, Artigo 7). Não há dúvida quanto a serem, os servidores públicos, titulares do direito de greve. Porém, tal e qual é lícito matar a outrem em vista do bem comum, não será ilícita a recusa do direito de greve a tais e quais servidores públicos em benefício do bem comum. Não há mesmo dúvida quanto a serem eles titulares do direito de greve. A Constituição é, contudo, uma totalidade. Não um conjunto de enunciados que se possa ler palavra por palavra, em experiência de leitura bem comportada ou esteticamente ordenada. Dela são extraídos, pelo intérprete, sentidos normativos, outras coisas que não somente textos. A força normativa da Constituição é desprendida da totalidade, totalidade normativa, que a Constituição é. Os servidores públicos são, seguramente, titulares do direito de greve. Essa é a regra. Ocorre, contudo, que entre os serviços públicos há alguns que a coesão social impõe sejam prestados plenamente, em sua totalidade. Atividades das quais dependam a manutenção da ordem pública e a segurança pública, a administração da Justiça --- onde as carreiras de Estado, cujos membros exercem atividades indelegáveis, inclusive as de exação tributária --- e a saúde pública não estão inseridos no elenco dos servidores alcançados por esse direito. Serviços públicos desenvolvidos por grupos armados:**

as atividades desenvolvidas pela polícia civil são análogas, para esse efeito, às dos militares, em relação aos quais a Constituição expressamente proíbe a greve [art. 142, § 3º, IV]. (…)
(Rcl 6568, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 21/05/2009, DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009 EMENT VOL-02375-02 PP-00736)

(…)**8. Na relação estatutária do emprego público não se manifesta tensão entre trabalho e capital, tal como se realiza no campo da exploração da atividade econômica pelos particulares. Neste, o exercício do poder de fato, a greve, coloca em risco os interesses egoísticos do sujeito detentor de capital --- indivíduo ou empresa --- que, em face dela, suporta, em tese, potencial ou efetivamente redução de sua capacidade de acumulação de capital. Verifica-se, então, oposição direta entre os interesses dos trabalhadores e os interesses dos capitalistas. Como a greve pode conduzir à diminuição de ganhos do titular de capital, os trabalhadores podem em tese vir a obter, efetiva ou potencialmente, algumas vantagens mercê do seu exercício. O mesmo não se dá na relação estatutária, no âmbito da qual, em tese, aos interesses dos trabalhadores não correspondem, antagonicamente, interesses individuais, senão o interesse social. A greve no serviço público não compromete, diretamente, interesses egoísticos do detentor de capital, mas sim os interesses dos cidadãos que necessitam da prestação do serviço público. 9. A norma veiculada pelo artigo 37, VII, da Constituição do Brasil reclama regulamentação, a fim de que seja adequadamente assegurada a coesão social. 10. A regulamentação do exercício do direito de greve pelos servidores públicos há de ser peculiar, mesmo porque "serviços ou atividades essenciais" e "necessidades inadiáveis da coletividade" não se superpõem a "serviços públicos"; e vice-versa. 11. Daí porque não deve ser aplicado ao exercício do direito de greve no âmbito da Administração tão-somente o disposto na Lei n. 7.783/89. A esta Corte impõe-se traçar os parâmetros atinentes a esse exercício. 12. O que deve ser regulado, na hipótese dos autos, é a**

coerência entre o exercício do direito de greve pelo servidor público e as condições necessárias à coesão e interdependência social, que a prestação continuada dos serviços públicos assegura. (…)
(MI 712, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-03 PP-00384)

(…) **Em razão dos imperativos da continuidade dos serviços públicos, contudo, não se pode afastar que, de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto e mediante solicitação de entidade ou órgão legítimo, seja facultado ao tribunal competente impor a observância a regime de greve mais severo em razão de tratar-se de "serviços ou atividades essenciais", nos termos do regime fixado pelos arts. 9o a 11 da Lei no 7.783/1989. Isso ocorre porque não se pode deixar de cogitar dos riscos decorrentes das possibilidades de que a regulação dos serviços públicos que tenham características afins a esses "serviços ou atividades essenciais" seja menos severa que a disciplina dispensada aos serviços privados ditos "essenciais". 4.4. O sistema de judicialização do direito de greve dos servidores públicos civis está aberto para que outras atividades sejam submetidas a idêntico regime. Pela complexidade e variedade dos serviços públicos e atividades estratégicas típicas do Estado, há outros serviços públicos, cuja essencialidade não está contemplada pelo rol dos arts. 9o a 11 da Lei no 7.783/1989. Para os fins desta decisão, a enunciação do regime fixado pelos arts. 9o a 11 da Lei no 7.783/1989 é apenas exemplificativa (numerus apertus).**
(…)
Ao adotar essa medida, este Tribunal passa a assegurar o direito de greve constitucionalmente garantido no art. 37, VII, da Constituição Federal, sem desconsiderar a garantia da continuidade de prestação de serviços públicos - um elemento fundamental para a preservação do interesse público em áreas que são extremamente demandadas pela sociedade.
(MI 708, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-02 PP-00207 RTJ VOL-00207-02 PP-00471)

Cumpre, então, transcrever os artigos 9º a 14 da Lei Federal 7.783/89:

> Art. 9º **Durante a greve, o sindicato ou a comissão de negociação, mediante acordo com a entidade patronal ou diretamente com o empregador, manterá em atividade equipes de empregados com o propósito de assegurar os serviços cuja paralisação resultem em prejuízo irreparável, pela deterioração irreversível de bens, máquinas e equipamentos, bem como a manutenção daqueles essenciais à retomada das atividades da empresa quando da cessação do movimento.**
> Parágrafo único. **Não havendo acordo, é assegurado ao empregador, enquanto perdurar a greve, o direito de contratar diretamente os serviços necessários a que se refere este artigo.**
> **Art. 10 São considerados serviços ou atividades essenciais:**
> **I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis;**
> **II - assistência médica e hospitalar;**
> **III - distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos;**
> **IV - funerários;**
> **V - transporte coletivo;**
> **VI - captação e tratamento de esgoto e lixo;**
> **VII - telecomunicações;**
> **VIII - guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares;**
> **IX - processamento de dados ligados a serviços essenciais;**
> **X - controle de tráfego aéreo;**
> **XI compensação bancária.**
> **Art. 11. Nos serviços ou atividades essenciais, os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.**
> **Parágrafo único. São necessidades inadiáveis, da comunidade aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população.**

> Art. 12. No caso de inobservância do disposto no artigo anterior, o Poder Público assegurará a prestação dos serviços indispensáveis.
> **Art. 13 Na greve, em serviços ou atividades essenciais, ficam as entidades sindicais ou os trabalhadores, conforme o caso, obrigados a comunicar a decisão aos empregadores e aos usuários com antecedência mínima de 72 (setenta e duas) horas da paralisação.**
> **Art. 14 Constitui abuso do direito de greve a inobservância das normas contidas na presente Lei, bem como a manutenção da paralisação após a celebração de acordo, convenção ou decisão da Justiça do Trabalho.**

Com efeito, se, na esteira da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, para o exercício do direito de greve no serviço público, há limites que podem ir além das disposições da Lei Federal 7.783/89, entendo que, no exercício do direito à participação em assembleias e atividades sindicais, também devem ser observadas determinadas balizas, de modo a se garantir a continuidade da prestação dos serviços públicos.

Como já afirmado pelo STJ, *"se é certo que o direito de livre associação sindical está assegurado expressamente na Constituição Federal, conforme previsto em seu artigo 8º, e que não é dado às autoridades públicas intervir de modo a entravar o seu exercício, também o é que não se mostra razoável aceitar a prática irrestrita e descompromissada desse direito"* (RMS 19.703-SC, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 14/03/2006).

Desse modo, a participação dos servidores em assembleias e atividades sindicais, para fins do disposto no inciso XVI do art. 64 do Estatuto dos Servidores Públicos, vale dizer, com a dispensa do cumprimento da carga horária, deve ser autorizada quando efetivamente exigir a presença de integrantes outros da categoria que não sejam os representantes sindicais. Como dito, em se considerando haver diversos servidores afastados para desempenho de mandato classista, com a percepção da remuneração pelos cofres públicos, dedicando-se integralmente aos interesses da categoria que representam, somente as

atividades sindicais que não possam ser exclusivamente pelos líderes classistas exercidas é que justificam a liberação de servidores nos termos do aludido dispositivo legal.

Assim é que não cabe ao sindicato simplesmente comunicar à Administração Superior do órgão que os servidores participarão de tal ou qual ato, mas, sim, deve, com antecedência, justificar a necessidade da presença de servidores outros que não sejam os licenciados para exercício de mandato classista, como ocorre quando a categoria precisa aprovar em assembleia o encaminhamento de determinados projetos de lei (de reajuste, de condições de trabalho, de plano de carreira, etc), negociados entre os representantes sindicais e o Governo.

Gize-se que a comunicação prévia à Administração pela entidade classista acerca da natureza do evento, de modo a que possa a Direção Superior do órgão avaliar se se trata efetivamente de atividade sindical para poder, então, autorizar a liberação de servidores em número conveniente à manutenção do serviço, não representa interferência do Poder Público nos órgãos de classe, mas, sim, propicia a harmonização do exercício da liberdade sindical com as necessidades administrativas, preservando-se, assim, o interesse público.

De qualquer forma, válido lembrar que o exercício da liberdade sindical, na forma de reuniões e assembleias classistas, não precisa ser necessariamente realizado durante o horário de expediente.

De outra banda, impõe-se garantir a continuidade da prestação do serviço, de modo que deverá ser ajustado o número mínimo, em cada setor dos órgãos públicos, de servidores que permanecerão no exercício das suas atribuições quando da ocorrência de assembleias ou atividades sindicais que exijam, conforme prévia justificativa apresentada à Administração, a presença de servidores outros que não sejam os líderes sindicais.

Como apontado pela assessoria jurídica da autarquia, este Órgão Consultivo já se posicionou no Parecer 14.483/06 no sentido de que

não é qualquer evento que pode ser considerado como de natureza sindical a ensejar o afastamento com a dispensa do ponto, *verbis:*

> **"**Quanto ao seu objeto o pedido deve ser analisado em confronto com as disposições concernentes aos afastamentos considerados como de efetivo exercício, previstos pelo art. 64 da LC nº 10.098/94. Porém ali ausente hipótese que albergue o afastamento para o fim declinado, ressaltando, à evidência, que o comparecimento de representantes do CPERS/Sindicato no XIV Encontro Nacional Feminista não se enquadra como "participação em assembléia e atividades sindicais", que se constituiria no permissivo mais próximo ao abono de faltas pretendido. (…)
> **Desse forma, evidencia-se que o exercício dos direitos sindicais tem extensão restrita à participação no próprio órgão sindical ou classista, com a finalidade de garantir sua existência e funcionamento, sem abranger a participação em eventos outros: sociais, políticos ou culturais.**
> Ademais, além da falta da devida identificação das nominadas como filiadas ao requerente - certa a ausência dessa condição relativamente àquelas que não integram o Magistério Estadual, conforme salientado pela Assessoria Jurídica da SE e a distinção estabelecida no Parecer PGE nº 11.672/97 -, a natureza do encontro, sua promoção e seu público não tiveram a natureza ou o caráter de atividade sindical ou de classe. E a duração do afastamento, pelo período contínuo de 4 (quatro) dias, flagrantemente o descaracterizaria como assembléia ou atividade sindical, não estando qualquer das participantes no exercício de mandato classista.
> **Cumpre ainda observar que, no caso, a irregularidade do afastamento se afigura de maior gravidade porque, sem a necessária previsão, foi assumida por expressivo número de servidoras. Circunstâncias em que a substituição às faltosas pode ter resultado impraticável, submetendo a Administração e os administrados, beneficiários dos serviços públicos, a falhas que comprometem o princípio de continuidade da prestação assegurada pelo Estado.**
> **Isso posto, resulta evidenciado que, sendo o pedido totalmente desprovido de fundamento legal, seu deferimento ensejaria pagamento indevido, além**

> **de o afastamento sem autorização de um número expressivo de servidores se constituir em prática que atenta gravemente contra a regularidade dos serviços, devendo ser coibida, sob pena de estimular ocorrências similares.**
> De resto, cumpre observar que as situações análogas sujeitam-se ao mesmo deslinde, embora este não abranja as decisões já adotadas anteriormente à presente orientação." - grifei

E o entendimento exarado por este Órgão Consultivo no supracitado Parecer foi acolhido tanto pela Corte local quanto pelo STJ, como se vê dos seguintes precedentes:

> SERVIDOR PÚBLICO. DIREITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PLEITO DE DISPENSA DE SERVIDORES DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO PARA PARTICIPAÇÃO DE ASSEMBLEIA DO SINDICATO DOS SERVIDORES DA PGE EM 1°AGO14 SEM REGISTRO DE FALTA. INDEFERIMENTO DA LIMINAR. HIPÓTESE PREVISTA NO ART. 64, XVI, DA LC-RS nº 10.098/94 QUE NÃO SE VERIFICA NOS AUTOS. ASSEMBLEIA DIRIGIDA AO DEBATE ENTRE OS CANDIDATOS A GOVERNADOR DO ESTADO. ELEIÇÕES 2014. REQUISITOS DO *FUMUS BONI IURIS* E *PERICULUM IN MORA* NÃO DEMONSTRADOS.
> 1. Preliminar de ausência de interesse processual superveniente afastada. Em que pese tenha fluído a data aprazada para a Assembleia Geral Extraordinária, ainda remanesce interesse processual do Sindicato em relação ao pedido de liberação do ponto dos servidores e registro de efetividade.
> 2. Mérito: Embora o direito dos servidores de livre associação sindical previsto no art. 64 da LC-RS nº 10.098/94, na hipótese dos autos não se verifica que a Assembleia aprazada para 1°AGO14 sob a ordem do dia "Debate entre Candidatos ao Governo do Estado" esteja incluída como atividade sindical, inclusive porque o acesso não foi restrito aos servidores da PGE, tendo o Procurador-Geral do Estado recebido convite para tanto, não justificando por isso, o registro de efetividade dos servidores que decidissem se ausentar do trabalho para participar do evento.
> 3. Consoante o próprio Parecer da PGE-RS nº 14.483, "o exercício dos direitos sindicais tem extensão restrita à participação no próprio órgão sindical ou classista, com a

finalidade de garantir sua existência e funcionamento, sem abranger a participação em eventos outros: sociais, políticos ou culturais", de modo que eventual liberação para fins sindicais devem estar estritamente ligados a este, sob pena de burla ao objetivo do sindicato e ao estatuto dos servidores.
PRELIMINAR REJEITADA.
SEGURANÇA DENEGADA.
(MS 70060930237, Segundo Grupo Cível, TJRS, julgado em 13 de março de 2015)

DIREITO SINDICAL. ORDEM DE SERVIÇO 3/2008 DA SECRETARIA DE ESTADO DA EDUCAÇÃO. REGRAMENTO DA PARTICIPAÇÃO DE PROFESSORES E SERVIDORES DA ÁREA EDUCACIONAL EM EVENTOS SINDICAIS, SOCIAIS E CULTURAIS. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DA LIBERDADE SINDICAL. INEXISTÊNCIA. RAZOABILIDADE DA MEDIDA PARA REPOSIÇÃO DOS DIAS LETIVOS E DA CARGA HORÁRIA. CUMPRIMENTO DA LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL.
1. Na origem, o Sindicato dos Trabalhadores em Educação impetrou Mandado de Segurança contra a Ordem de Serviço 3/2008, da Secretaria de Estado da Educação, que dispõe sobre afastamento de membros do magistério e servidores ligados à pasta da Educação estadual para participarem de atividades de capacitação profissional e de eventos de cunho educacional ou sindical. Em síntese, o Sindicato afirma que a medida restringe a liberdade sindical constitucionalmente assegurada.
2. O Tribunal de origem denegou a segurança por entender que o cumprimento das disposições da Ordem de Serviço não implica "esvaziamento do direito de participação dos membros do magistério e dos servidores de escola na entidade sindical, tratando-se de medidas que visam, tão-somente, a regulamentar o afastamento dos servidores de seu posto de trabalho para participar das atividades promovidas pelo CPERS/Sindicato, não se caracterizando a suposta afronta ao artigo 64, inciso XVI, da LC-RS 10098/1994". Consignou, ainda, que "as normas transcritas não impedem a participação dos professores estaduais ou dos servidores de escola

nas assembléias e demais eventos, destinando-se tão-somente a garantir o regular funcionamento das escolas em tais situações."
3. A hipótese evidencia suposta tensão entre normas constitucionais: de um lado o direito social à educação, de outro, a garantia de liberdade sindical.
4. Da leitura conjunta dos arts. 4º e 6º da Ordem de Serviço 4/2008 e do Parecer 14.483/2006, da PGE-RS, conclui-se que, para as atividades definidas como sindicais e classistas, realizadas durante o horário de trabalho dos professores, exige-se mera comunicação aos órgãos superiores, para que garantida a reposição da carga horária dos alunos.
5. Da mesma forma, os limites estabelecidos para a participação dos professores em eventos sociais e culturais são legítimos, pois servem para concretizar o direito à educação, regulamentado na Lei de Diretrizes e Bases preceitua que os alunos dos níveis fundamental e médio têm direito a um ano, com no mínimo 200 (duzentos) dias letivos e 800 (oitocentas) horas-aula. A medida garante, em última análise, a reposição dos dias letivos e da carga horária.
6. É assente que nenhum direito é absoluto ou insuscetível de restrição. O importante é garantir que o núcleo de cada um dos direitos previstos na ordem jurídica não seja atingido, restringindo-se o mínimo possível seu âmbito de incidência, a fim de que sua identidade seja respeitada. A ordem de serviço em apreço é materialização desse ajuste decorrente do "diálogo das fontes e entre direitos", pois concilia, na hipótese, os dois interesses em jogo, com o mínimo de restrição a cada um deles.
7. Assim, a OS 3/2008, da Secretaria de Estado da Educação, deve ser interpretada de acordo com os exatos termos do Parecer 14.483/2006 da PGE-RS, como, aliás, já consta de seu texto.
8. Recurso Ordinário não provido.
(RMS Nº 29.183 - RS, Rel. Min. MINISTRO HERMAN BENJAMIN)

Nada impede, porém, que o gestor faculte a participação de servidores em atividades que não sejam sindicais propriamente ditas,

mas de cunho político ou social, desde que garantida a continuidade da prestação do serviço, condicionada a liberação ao cumprimento, mediante compensação, da carga horária e de seus afazeres.

Por oportuno, cabe citar a regulamentação do inciso XVI do art. 64 da LC º 10.098/94 conferida pelo Ministério Público:

> Instrução Normativa 04/2005
> Afastamento de servidores do Ministério Público para participação em assembléia e atividades sindicais ou associativas.
> O SUBPROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA PARA ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo parágrafo 2º do artigo 17 da Lei Estadual nº 7.669, de 17 de junho de 1982 – Lei Orgânica do Ministério Público do Rio Grande do Sul, com a redação que lhe foi dada pela Lei Estadual nº 11.003, de 19 de agosto de 1997,
> Considerando a necessidade de disciplinar o afastamento de servidores do Ministério Público para participação em assembléia e atividades sindicais ou associativas, na forma do art. 64, inciso XVI, da Lei Complementar Estadual nº 10.098/94,
> Resolve editar a seguinte Instrução Normativa:
> Art.1º O afastamento das funções do servidor do Ministério Público, na forma do art. 64, inciso XVI, da Lei Complementar Estadual nº 10.098/94, tendo em conta critérios relacionados à constatação de relevante interesse dos servidores, à necessidade de serviço e ao não-prejuízo do bom andamento das funções institucionais, poderá ser autorizado mediante manifestação prévia da Administração, com anuência das chefias imediatas.
> Art. 2º A entidade sindical ou associativa deverá requerer ao Subprocurador-Geral de Justiça para Assuntos Administrativos o afastamento de servidores para a participação em assembléia ou atividade sindical ou associativa, ressaltando que este se dê sem prejuízo remuneratório e/ou relacionado ao registro de efetividade.
> Art. 3º O requerimento deverá ser protocolado com antecedência mínima de 05 (cinco) dias da data aprazada para a realização do evento.
> § 1º O documento protocolado deverá conter informações quanto à natureza, fundamentação e finalidade do evento e definição expressa da abrangência de toda a categoria ou tão-somente de servidores de determinado cargo ou função.
> § 2º A critério da administração poderá ser revisto o prazo previsto no "caput" deste artigo.

E o Conselho Nacional de Justiça assim se manifestou no Pedido de Providências nº 0000664-70.2014.2.00.0000, oferecido pelo SINDJUS contra a Direção do Foro de Porto Alegre em função do Ofício Circular nº 01/2014-DF:

> "O presente pedido de providências objetiva, em suma, a cassação do Ofício Circular nº 01/2014, do Exmo. Juiz Diretor do Fôro Central da Comarca de Porto Alegre (TJ-RS), que tem o seguinte teor:
> *"Senhores Magistrados, Escrivães e Servidores:*
> *Informamos que a eventual participação em atividade sindical dos servidores que não detêm cargo eletivo deverá ser precedida de autorização do magistrado titular da unidade na qual estiver lotado o servidor."*
>
> Posteriormente, em 27 de fevereiro de 2014, o ato administrativo foi alterado e novamente publicado com os seguintes termos:
> *"Senhores Magistrados, Escrivães e Servidores:*
> *Em retificando, em parte, os termos do Ofício-Circular n.01/2014 DF, datado de 08/01/2014, o comparecimento dos servidores lotados nesta Comarca de Porto Alegre, nas assembleias convocadas pelas suas entidades de classe, ficará condicionada, para eventual abono de falta, apenas, e tão somente, à comprovação por parte do interessado do seu comparecimento, através de documento firmado e fornecido pelo sindicato ou associação pertinente."*
>
> **Depreende-se da leitura dos atos editados e das informações prestadas pelo Tribunal local, a preocupação em manter a ordem dos trabalhos desenvolvidos pelos serviços judiciários e evitar abusos. Isso porque a ausência de servidor(es) sindicalizado(s) do ambiente regular de trabalho, sem que haja qualquer controle, pode gerar prejuízo ao andamento dos serviços, em detrimento dos seus usuários e destinatários finais.**
> **Não se divisa, no ato impugnado, qualquer intento de obstaculizar a atividade sindical. Observo que esse ato é inclusive destinado apenas a regular a "*participação em atividade sindical dos servidores que não detêm cargo eletivo*" - (sublinhei), isto é, dos servidores em geral, não ocupantes de funções diretivas na entidade sindical que lhes representa.** Quanto aos servidores detentores de cargo eletivo, são eles usualmente dispensados

de suas atividades para dedicação exclusiva à atividade sindical, independentemente de autorização.
De outra parte, destaque-se que o tribunal requerido admitiu o abono de falta ao trabalho de servidor não ocupante de cargo eletivo para participação em assembleias, mediante comprovação de comparecimento, por meio de "documento firmado e fornecido pelo sindicato ou associação pertinente".
Verifica-se, assim, que a disciplina imposta pelo juiz diretor do foro com relação aos servidores não ocupantes de cargos eletivos tão somente privilegia a organização e a hierarquia funcionais, de modo a garantir a regular prestação dos serviços públicos nos quais envolvidos os servidores representados pelo sindicato requerente. Ressalte-se que não foi proibida a participação de tais servidores em atividade sindical, tendo sido apenas condicionada essa participação à autorização do magistrado a que subordinados os interessados. Não há, no caso, ao contrário do que sustenta o requerente, a violação às disposições da Lei Complementar Estadual nº 10.098/94, que dispõe sobre o estatuto e regime jurídico único dos servidores públicos civis do Estado do Rio Grande do Sul, sendo cabível notar que nem mesmo o direito de participação em assembleias e atividades sindicais, previsto no artigo 64 daquela lei, restou tolhido por meio do ato impugnado. É, assim, legítimo e integra o rol de atribuições do juiz diretor de fôro o ato de gestão das atividades dos servidores e do ambiente de trabalho, orientando e ordenando as atividades desenvolvidas e estabelecendo, inclusive, regras relativas ao cumprimento da jornada de trabalho, sempre dentro dos limites legais. Trata-se, aqui, da adoção de boas práticas em prol do bom andamento do serviço público.
Desse modo, não se mostram presentes as ilegalidades apontadas pela entidade requerente nos ofícios circulares impugnados, ausente, portanto, qualquer razão para a atuação de controle ou a tomada de providências por deste Conselho Nacional de Justiça no caso concreto." - grifei

Destarte, a participação em assembleias e atividades sindicais não pode ocorrer sem qualquer tipo de restrição. Com efeito, "*não se nega que os arts. 8º, caput, e 37, VI, combinados, da Constituição Federal,*

asseguram a livre associação sindical. No entanto, referido direito não é absoluto na medida em que, quando aparentemente conflita com outro direito, também constitucional, qual seja, a continuidade e eficiência do serviço público, deve ser com este compatibilizado." (Apelação Cível 2001.34.00.008748-7/DF, TRF- 1ª Região, Rel. Juiz Federal Mark Yshida Brandão, julgado em 24/11/2011).

Tem-se, então, ser imprescindível a comunicação prévia do Sindicato à Administração Superior do órgão, com antecedência mínima de 72 horas, aplicando-se, aqui, analogicamente, a Lei de Greve, com a devida justificativa da necessidade de participação de servidores outros que não os líderes sindicais licenciados.

Em caso de autorização de participação de servidores em assembleias ou atividades sindicais, com fundamento no inciso XVI do art. 64, da LC nº 10.098/94, deverá ser assegurada a continuidade da prestação do serviço público, conforme ajuste entre os servidores e a chefia do setor, devendo ser registrado no ponto a falta justificada e apresentado comprovante de comparecimento fornecido pelo sindicato ou associação, em que certificada, ainda, a duração do evento.

Poderá o gestor, eventualmente, autorizar a participação de servidores em atividades outras que não se enquadrem nas hipóteses do inciso XVI do art. 64 do Estatuto, mediante o devido cumprimento da carga horária e sem prejuízo de suas atribuições.

Gize-se que o direito à participação em assembleias e atividades sindicais não se restringe aos servidores filiados às entidades. Contudo, quanto aos servidores não filiados, o afastamento deve ser restrito aos eventos que não exijam tal condição.

Embora não haja previsão legal quanto ao número ou à periodicidade das atividades ou assembleias sindicais, deve-se observar o princípio da razoabilidade e as circunstâncias históricas e sociais, a fim de que não se configure o abuso do exercício da liberdade sindical em detrimento do cumprimento dos deveres funcionais.

EM CONCLUSÃO, para que os servidores sejam liberados do exercício das suas funções para participarem de assembleias e atividades sindicais, nos termos do art. 64, inciso XVI, da LC nº 10.098/94:

A) Deverá o Sindicato ou a Associação de classe comunicar, com antecedência mínima de 72 horas, a Direção Superior do órgão sobre a natureza do evento, justificando a necessidade de participação de servidores que não sejam os que estão no desempenho de mandato classista;
B) A liberação de servidores para participar de assembleia ou atividade sindical deve ser compatível com o princípio da continuidade do serviço público, cabendo a cada setor ajustar o número necessário à manutenção do serviço;
C) O afastamento do servidor deve ser registrado no ponto como falta justificada, desde que apresentado comprovante fornecido pelo sindicato ou associação, em que certificada a duração do evento;
D) Pode o gestor autorizar a participação de servidores em atividades de natureza social, política ou cultural, condicionada ao cumprimento, mediante compensação, da carga horária e das atribuições;
E) O servidor que não seja filiado pode ser liberado para participar de assembleias e atividades sindicais que não exijam o vínculo com a entidade organizadora do evento.

É o parecer.

Porto Alegre, 17 de março de 2016.

Marília Vieira Bueno
Procuradora do Estado
Equipe de Consultoria da Procuradoria de Pessoal
Expediente Administrativo 8785-2444/15-5

PROCESSO Nº 008785-24.44/15-5

Acolho as conclusões do PARECER nº 16.721/16, da Procuradoria de Pessoal, de autoria da Procuradora do Estado Doutora MARÍLIA VIEIRA BUENO.

Restitua-se o expediente à Secretaria da Modernização Administrativa e dos Recursos Humanos, com vista prévia ao Agente Setorial.

Em 17 de maio de 2016.

Euzébio Fernando Ruschel,
Procurador-Geral do Estado.

PARECER Nº 16.970/17

MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE. PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÕES PARA OBRAS E SERVIÇOS TÉCNICOS DE ENGENHARIA. RESTRIÇÃO DO ART. 6º DA LEI ESTADUAL Nº 13.706/11. ANÁLISE À LUZ DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E DA LEI COMPLEMENTAR Nº 147/2014, CONCLUINDO-SE POR SUA INCOMPATIBILIDADE. RECOMENDAÇÃO DE ENVIO DE PROJETO DE LEI VISANDO À REVOGAÇÃO EXPRESSA DA NORMA.

Trata-se de expediente encaminhado pela Secretaria de Obras, Saneamento e Habitação, em interesse da Companhia Riograndense de Saneamento – CORSAN, versando consulta sobre a aplicabilidade do disposto no art. 6º da Lei Estadual nº 13.706/11, a qual dispõe sobre a concessão de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações públicas, no âmbito da Administração Pública Estadual.

Transcreve-se, a seguir, o Memorando n 007/206-SUPEJ/DELCO, lançado pela Assessoria Jurídica da CORSAN, o qual inaugura o expediente e explicita o teor da consulta (fls. 02/04):

> "A partir do final do ano de 2014, os editais para obras e serviços de engenharia lançados por esta Companhia passaram a observar a vedação contida no art. 6° da Lei Estadual n°. 13.706/11 (Anexo I), *in verbis*:
> **Art. 6º** As microempresas e empresas de pequeno porte, nas licitações destinadas à execução de obras e serviços técnicos de engenharia, só poderão participar de processos licitatórios, cujos valores estimados da contratação, não excedam às receitas brutas anuais previstas no art. 3º da Lei Complementar Federal nº 123/2006.

Em respeito a tal dispositivo legal, os editais desta empresa passaram a ter a seguinte redação, sugerida através do Parecer n°. 227/2014-DELCO/SUPEJ (Anexo II), que analisou a questão:

2.1.1.1 Não poderá participar direta ou indiretamente desta licitação:

(...)

I) Em cumprimento ao estabelecido no art. 6° da Lei 13.706/11, as microempresas e empresas de pequeno porte não poderão participar deste certame, de forma isolada ou em consórcio, tendo em vista que o valor estimado da contratação decorrente desta licitação excede o limite previsto no art. 3°. da Lei Complementar Federal n.° 123/2006.

I.1) Considera-se Microempresa a licitante que se enquadre no inciso I, do art. 3° da Lei Complementar Federal n.° 123/2006;

I.2) Considera-se Empresa de Pequeno Porte a licitante que se enquadre no inciso II, do art. 3°, da Lei Complementar Federal n.° 123/2006.

m) Caso constatada alguma das situações referidas acima, ainda que a posteriori, a empresa licitante será excluída da licitação.

Entretanto, a vedação referida tem causado transtornos para a Companhia, principalmente para a Comissão Permanente de Licitações e para os Pregoeiros, tendo em vista a considerável quantidade de impugnações e recursos administrativos contrários à limitação exposta.

Além disso, trata-se de uma vedação cujos benefícios para o interesse público são difíceis de sustentar, pois contraria a evolução legislativa que cada vez mais amplia a inserção das micro e pequenas empresas no mercado nacional, a exemplo das últimas modificações realizadas na Lei Complementar n°. 123/06, por intermédio da Lei Complementar n°. 147/14, que impôs a exclusividade da participação dessas empresas em determinados casos citados na norma (art. 48, incisos I e III).

Saliente-se que os editais desta Companhia já impõem a comprovação de capacidade das licitantes para a execução do objeto, como critério de habilitação técnica e econômico-financeira, sendo que neste último caso a comprovação é feita através do certificado de Capacidade Financeira Relativa de Licitante (Decreto Estadual n°.36.601/96) e através da exigência de capital social ou patrimônio líquido mínimos ou, ainda, de garantia da proposta (art. 31, §§ 2° e 3°, da Lei n°. 8.666/93).

Ainda, tal vedação tem sofrido diversas demandas judiciais que a contestam, tendo havido divergência jurisprudencial sobre o

assunto, o que tem acarretado a suspensão de certames, com a iminência de anulação dos mesmos, trazendo prejuízos às atividades da CORSAN.

Como exemplo mais emblemático, cite-se o processo n°. 001/1.15.0000077-0 (Anexo III – copia da petição inicial e Anexo IV – cópia da contestação), referente à Concorrência n° 078/14, do qual se originaram diversas decisões em grau de recurso (Anexo V – cópia da petição de agravo de instrumento; Anexo VI – cópia das contrarrazões; Anexo VII – acórdão que julgou procedente o agravo de instrumento; Anexo VIII – cópia do recurso especial; Anexo IX – cópia do recurso extraordinário; Anexo X – decisão denegatória do RE e do Resp.; Anexo XI – cópia dos agravos contra a decisão denegatória do RE e do REsp).

Atualmente, o referido processo segue em tramitação no primeiro grau, não tendo sido proferida sentença, enquanto que a decisão que concedeu a liminar suspendendo a licitação aguarda julgamento perante o Superior Tribunal de Justiça (AREsp. n°. 845266/RS). Entretanto, o relator do referido AREsp, ao negar seguimento ao recurso interposto pela corré CLS GARCIA, já sinalizou que também não conhecerá do recurso interposto pela CORSAN, em virtude da suposta ausência de pressupostos recursais, já levantadas pelo TJRS ao negar seguimento ao recurso especial e ao recurso extraordinário. Assim, possivelmente não teremos uma resposta sobre o aso por parte das Cortes Superiores.

Os argumentos favoráveis e contrários à vedação podem ser encontrados nas petições e decisões acima referias, sendo que há precedentes jurisprudenciais favoráveis à limitação, inclusive em ações judiciais em que a própria CORSAN atuou como parte.

Além disso, a CPL e os pregoeiros enfrentam dificuldades na aplicação do referido dispositivo quando as empresas possuem receita bruta acima dos limites dispostos no art. 3° da LC n°. 123/06, mas não se desenquadram como ME/EPP perante a Junta Comercial. Também ocorre o inverso, empresas com receita bruta abaixo dos limites referidos, mas não enquadradas como ME/EPP perante o órgão mencionado.

Sobre a limitação ora debatida, pesquisando os editais lançados pela Administração Pública Estadual, não encontramos a mesma vedação, ou seja, ao que parece, o art. 6° da Lei Estadual n°. 13.706/11 não tem sido aplicado.

Diante do exposto, tendo em vista a atribuição da Procuradoria-Geral do Estado de prestar consultoria

> **jurídica à Administração Pública, com vista a assegurar a unidade de orientação, coordenação e o controle das atividades, solicitamos que o expediente seja encaminhado àquele órgão, na forma do Of. CIRC. GAB. N°. 001/15 e do OF. CIRC. GAB. N°. 004/15 (Anexo XII), para que seja emitido parecer jurídico sobre os seguintes questionamentos:**
> 1. O art. 6° da Lei Estadual n.° 13.706/11 deve ser aplicado para toda a Administração Pública Estadual, devendo os editais de licitações destinados à contratação de obras e serviços técnicos de engenharia vedar a participação de microempresas e empresas de pequeno porte quando os valores estimados da contração excederem às receitas brutas anuais previstas no art. 3° da Lei Complementar Federal n.° 123/2006?
> 2. Sendo afirmativa a resposta acima, para a análise da condição da licitante atinente à vedação referida, deve ser considerada apenas a sua receita bruta anual ou também o seu enquadramento perante a Junta Comercial, de forma cumulativa?" (grifos do original)

O expediente está instruído com cópia das peças processuais referidas no Memorando acima transcrito. Acolhida a manifestação pelo Sr. Secretário Adjunto de Obras, Saneamento e Habitação, a consulta é remetida a esta Casa para parecer.

É o Relatório.

Primeiramente, entende-se pertinente trazer à baila os dispositivos constitucionais que tratam das microempresas e empresas de pequeno porte, já que se trata das normas que fundamentam as normas infraconstitucionais que regulam a matéria. Transcrevem-se, portanto, os artigos 170 e 179, inseridos no Título VII, que trata da ordem econômica e financeira, no capítulo I, relativo aos princípios gerais da atividade econômica.

> **"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:**

> I - soberania nacional;
> II - propriedade privada;
> III - função social da propriedade;
> IV - livre concorrência;
> V - defesa do consumidor;
> VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)
> VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
> VIII - busca do pleno emprego;
> **IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País**. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)
> 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." (grifou-se)
> **"Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei."** (grifou-se)

Dissertando acerca do princípio constitucional insculpido no inciso IX do art. 170 da CF/88, assevera Eros Grau:

> **"O último dos chamados princípios da ordem econômica é o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País** (art. 170, IX, na redação que lhe foi conferida pela Emenda Constitucional nº 6/95). O preceito originariamente referia tratamento favorecido para empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte. **Trata-se, formalmente, de princípio constitucional impositivo (Canotilho), já que a Constituição como princípio o tomou**; daí o seu caráter constitucional conformador. Não consubstancia,

> no entanto, como os demais princípios da ordem econômica, uma diretriz (Dworkin) ou norma-objetivo. Ainda assim, fundamenta a reivindicação, por tais empresas, pela realização de políticas públicas. De resto, está parcialmente reproduzido no preceito inscrito no art. 179". (A ordem Econômica na Constituição de 1988, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 278) (grifou-se)

Dando concreção ao princípio constitucional do tratamento favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte, foi editada a Lei Complementar nº 123/2006, recentemente alterada pela Lei Complementar nº 147/14. No que respeita às contratações públicas, a LC 123/2006 tratou do tema no Capítulo V – Do Acesso aos Mercados, na Seção I – das Aquisições Públicas, nos artigos 42 a 49.

As normas que estabelecem tratamento diferenciado e favorecido às MEs e EPPs traduzem a utilização da contratação administrativa como instrumento de fomento econômico, visando ao alcance da redução das desigualdades sociais e regionais.

Sobre o tema, cita-se o elucidativo magistério de MARÇAL JUSTEN FILHO:

> "III.1.1. – As funções estatais clássicas e a função promocional
> Em termos muito simples, cabem ao Estado não apenas as competências repressivas e delimitadoras da autonomia privada e o fornecimento de utilidades destinadas à satisfação de necessidades coletivas. Também lhe incumbe uma função promocional orientada a incentivar o desenvolvimento econômico e social.
> Aliás, essa intervenção orientada a alterar ocenário socioeconômico é consagrada constitucionalmente como uma das finalidades primordiais do Estado brasileiro. **Assim, o art. 3º da CF/88 determina que 'Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I- constituir uma sociedade livre, justa e solidária; II – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.'**
> **Esse é o contexto necessário ao exame das preferências outorgadas em favor das ME e EPP, especialmente**

porque a LC nº 123 introduziu uma inovação marcante em face as concepções tradicionalmente adotadas relativamente às licitações e contratações administrativas.

III.1.2 – O enfoque tradicional sobre a função do contrato administrativo

No enfoque até então prevalente (que caracteriza a própria Lei nº 8666), a licitação e a contratação administrativa são disciplinadas sob o exclusivo enfoque do aprovisionamento de bens e serviços necessários ao desempenho das funções estatais. Trata-se, portanto, de atuação administrativa norteada exclusivamente pela concepção da vantajosidade. Nesse âmbito, a licitação é orientada à obtenção da proposta de menor valor e de maior qualidade, mediante a mais ampla competição entre os possíveis interessados.

III.1.3 – Contratação administrativa e promoção de outros valores

Ocorre que a promoção das finalidades contempladas nos incs. I, II e III do art. 3º da CF/88 pode impor ao Estado brasileiro a adoção de providências de outra ordem. A redução das desigualdades e o incentivo às regiões menos desenvolvidas podem exigir tratamento diferenciado, destinada a favorecer os setores mais carentes. O Estado poderá adotar uma pluralidade de medidas de distinta natureza e em setores variados. Assim, poderão ser adotadas medidas de fomento econômico direto, inclusive com a transferência de recursos financeiros para a instauração de atividades empresariais e não empresariais. Pode ser utilizada a competência tributária, gerando a figura da tributação extrafiscal. Mas também se pode conceber uma solução que, até o presente, não merecia maior atenção. Trata-se da utilização da contratação administrativa para promover fins sociais e econômicos, além da mera e simples obtenção dos bens e serviços necessários ao desempenho das atividades materiais do Estado.

III.1.4 – A função social do contrato administrativo

Utilizei, no passado, a expressão função social do contrato administrativo para indicar essa forma de instrumentalização da contratação administrativa. **Adota-se função social para o contrato administrativo quando a finalidade buscada**

> **por meio da contratação consiste não apenas na obtenção de bens e serviços necessários à satisfação de necessidades estatais mas também a obtenção de outras finalidades de cunho social. Nesses casos, a contratação administrativa é utilizada para incentivar o desenvolvimento econômico e social, eliminar desigualdades individuais e coletivas e promover a realização de fins constitucionalmente protegidos.**
> O Estado desembolsa valores eventualmente superiores aos necessários para obter uma determinada utilidade e tal se legitima em vista dos benefícios sociais propiciados de modo indireto. **Ou, para ser mais preciso, o Estado se vale da contratação administrativa para cumprir certas funções de assistência social e de intervenção no domínio econômico que a ele são impostas pela ordem jurídica**. Se o Estado não produzisse essas contratações, possivelmente permaneceria uma situação de exclusão social e econômica insuperável por outras vias. Mais precisamente, pode-se reconhecer que as contratações administrativas, nas hipóteses de dispensa de licitação citadas, apresentam uma natureza jurídica de fomento". (O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas, 2ª ed., 2007. São Paulo: Dialética, pp. 27/29) (grifou-se)

Também o Tribunal de Contas da União teve a oportunidade de se manifestar sobre o conteúdo principiológico da LC 123/06, no Acórdão 1231/2008 – Plenário. Em dito aresto, colhe-se interessante manifestação do Ministério Público, acolhida pelo Ministro Relator, a qual se transcreve a seguir:

> "No presente caso, para a correta análise da igualdade garantida constitucionalmente, é necessária uma interpretação sistemática da Lei Maior, desse modo, além de se considerar o art. 37, inciso XXI, é importante que sejam observados os seguintes dispositivos:
> 'Art. 5ºTodos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade'
> '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:
(…)
IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.' (grifei)

'Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.' (grifei)
Nesse contexto é importante lembrar que não existe hierarquia entre as normas constitucionais, tampouco há dispositivos incluídos no texto constitucional, pelo Poder Constituinte Originário, a exemplo do art. 179 supra, que sejam inconstitucionais.
Sendo assim, o princípio da igualdade entre as pessoas, incluindo-se aí os licitantes, não deve necessariamente prevalecer em relação ao princípio do tratamento favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte, ambos devem estar em harmonia.
Nesse sentido, o art. 179 estabelece o tratamento diferenciado às citadas empresas, visando a igualar os desiguais, de forma a atender o mandamento constitucional estabelecido no art. 5º. Como já explanado, tal tratamento não pode ser considerado inconstitucional. No que se refere a tal questão, segue a posição do Supremo Tribunal Federal:
'Por disposição constitucional (CF, artigo 179), as microempresas e as empresas de pequeno porte devem ser beneficiadas, nos termos da lei, pela 'simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas' (CF, artigo 179). Não há ofensa ao princípio da isonomia tributária se a lei, por motivos extrafiscais, imprime tratamento desigual a microempresas e empresas de pequeno porte de capacidade contributiva distinta, afastando do regime do Simples aquelas cujos sócios têm condição de disputar o mercado de trabalho sem assistência do Estado.' (ADI 1.643, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 14/03/03)

Ainda, no que tange ao princípio da igualdade, é oportuno transcrever o ensinamento de Hely Lopes Meirelles, reproduzido pela representante, em sua peça inaugural:

'Igualdade entre os licitantes: a igualdade entre os licitantes é princípio impeditivo da discriminação entre os participantes do certame, quer através de cláusulas que, no edital ou convite, favoreçam uns em detrimento de outros, quer mediante julgamento faccioso, que desiguale os iguais ou iguale os desiguais (art. 3º, § 1º)'

Segundo a doutrina, existiria ofensa ao princípio da igualdade caso fosse dispensado tratamento idêntico a licitantes em situações diversas.

É incontroverso que as pequenas empresas, em um mercado de livre concorrência, estão em situação de desvantagem em relação às empresas de maior porte, dessa forma, caso não houvesse o tratamento diferenciado, previsto na Lei Complementar 123/2006, amparado no art. 179 da Constituição Federal, as pequenas empresas dificilmente conseguiriam oferecer a melhor proposta em uma licitação, o que diminuiria a possibilidade de contratar com a Administração Pública, maculando, assim, o princípio da igualdade, pois as contratações se dariam, em sua maioria, com as grandes empresas.

Nessa hipótese, as maiores empresas teriam oportunidade de crescer ainda mais, enquanto as pequenas teriam que contar apenas com as relações privadas para o seu desenvolvimento, o que é assaz difícil no mercado competitivo. Segundo informações retiradas do sítio do Sebrae Nacional, em 27.3.2008, 22% das micro e pequenas empresas que iniciaram suas atividades em 2005 já tinham encerrado sua existência no ano de 2008.

É importante lembrar que as pequenas empresas geram a maior parcela dos empregos do país, contribuindo para reduzir as desigualdades sociais e regionais, preceitos também estabelecidos na Carta Magna (art. 3º, III, art. 43 e art. 170, V e VII), ou seja, a Lei Complementar 123/2006, ao estimular as pequenas empresas, busca a igualdade plena garantida na Constituição. Ademais, embora se trate de **intervenção do Estado na economia, os privilégios concedidos pela lei em questão incentivam a livre iniciativa, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV, CF), estimulando surgimento de concorrentes, assim, impedindo a concentração do mercado.**

Não é demais observar que o princípio da isonomia está previstono § 1º, inciso II, do art. 3º da Lei 8.666/1993, contudo,

a própria lei já traz exceções ao criar os critérios de desempate contidos no § 2º do mesmo artigo. A Lei Complementar 123/2006 apenas acrescentou mais um critério de desempate, sendo que os percentuais estabelecidos para que as propostas sejam consideradas empatadas, até 5% ou 10%, dependendo do caso, estão em consonância com a razoabilidade, não havendo, portanto, ilegalidade alguma.

Sobre a questão, Maria Sylvia Zanella di Pietro escreveu:

'As exceções mencionadas não conflitam com o princípio da isonomia, uma vez que o art. 5º da Constituição somente assegura igualdade entre os brasileiros e estrangeiros em matéria de direitos fundamentais. Além disso, no caso das microempresas e empresas de pequeno porte, o tratamento diferenciado resulta da própria situação desigual dessas empresas em relação a outras que não têm a mesma natureza; por outras palavras, trata-se de tratar desigualmente os desiguais'.

Pelo até aqui exposto, é possível afirmar que a Lei Complementar 123/2006 está dispensando o tratamento diferenciado assegurado pela Constituição (art. 179), quando permite que as microempresas e as empresas de pequeno porte, ao contratar com a Administração Pública, apresentem comprovação da regularidade fiscal somente na assinatura do contrato e quando dá prazo para a regularização desta documentação. Ressalte-se que a Lei Maior possibilita que, por meio de lei, ocorra a redução ou até mesmo a eliminação de obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias.

Quanto à contratação, nos moldes do art. 44 da Lei Complementar 123/2006, não ser a mais vantajosa para a Administração, contrariando o interesse público, não é possível concordar com tal alegação.

Os baixos percentuais estabelecidos para que as propostas sejam consideradas empatadas, como já visto, são razoáveis, portanto, não se pode asseverar que a contratação com microempresa ou empresa de pequeno porte, mesmo com preço um pouco acima do ofertado por empresa que não se inclua nessas categorias, não seja a mais vantajosa para a Administração.

No que tange ao interesse público, este deve ser considerado em sentido vasto, não podendo ficar restrito ao menor preço a ser contratado pela Administração. Na situação em análise, também

> **há de ser considerado como interesse público a fomentação de um mercado mais competitivo e menos concentrado, além da geração de empregos. Uma forma de alcançar tais objetivos é incentivando o surgimento e a permanência de microempresas e empresas de pequeno porte, nos moldes da Lei Complementar em comento. Destarte, o Estado, ao estimular a contratação da Administração Pública com pequenas empresas, está resguardando o interesse público em seu conceito mais amplo.**
> Por todo o exposto, tem-se que a Lei Complementar 123/2006, em seus arts. 42 a 44, não apresenta inconstitucionalidade alguma.
> Assim sendo, o edital do Pregão Eletrônico 38/2007 não pode ser considerado ilegal ou inconstitucional, pois simplesmente reproduz o disposto na Lei Complementar." (grifou-se)

E, no mesmo acórdão, há importante estudo elaborado pela área técnica, relatando os precedentes históricos de tratamento favorecido a empresas de pequeno porte, que teria tido origem nos Estados Unidos*, verbis:*

> **"2.HISTÓRICO**
> 2.1. **Não obstante toda a controvérsia em torno do assunto, é necessário observar que a idéia de oferecer condições privilegiadas para a participação de pequenas empresas em concorrências públicas como política de desenvolvimento econômico não é novidade.**
> 2.2. A necessidade de apoiar pequenas empresas foi percebida pelos Estados Unidos durante a Segunda Guerra Mundial (1939-1945). Para inserir as pequenas empresas no mercado da guerra, foi criada em 1942 a 'Smaller War Plants Corporation – SWPC', que já tratava da obtenção de contratos governamentais pelas pequenas empresas. Com o fim da guerra e a extinção da SWPC, foi criado o 'Office of Small Business – OSB', do Departamento de Comércio. Durante a Guerra da Coréia (1950-1953), foi criada a 'Small Defense Plants Administration – SDPA', que também incluía atividades relacionadas a contratos governamentais com as pequenas empresas. Enfim, o Presidente Eisenhower decide propor a criação de uma agência independente para as pequenas empresas, o que foi aprovado

pelo Congresso em 30 de julho de 1953, com a 'Small Business Act - Public Law 83-163, 67 Stat. 232'. Nasce assim a agência 'The U.S. Small Business Administration – SBA'. Essa norma legal é vigente até hoje, com alterações sofridas ao longo dos anos, e serviu como inspiração para a Lei Complementar n.º 123/2006.

2.3. Outros países como: Japão (1948); França (1980); Alemanha e Itália (anos 80); Canadá (1995); e Inglaterra (2003) também estabeleceram leis criando condições favoráveis à obtenção de contratos governamentais como forma de fomentar o desenvolvimento da economia nacional, a redução da concentração do poder econômico e a criação de emprego.

2.4. **Como já mencionado, a Lei Complementar n.º 123/2006 é inspirada no 'Small Business Act'. Jonas Lima resume as normas adotadas nos Estados Unidos com o 'Small Business Act' da seguinte maneira:**

'1ª) a 'meta' (com feição de patamar mínimo) de 23% dos contratos governamentais serem destinados às pequenas empresas; 2ª) o incentivo à participação das pequenas empresas como contratantes principais ou subcontratadas, inclusive fornecedoras; 3ª) a inserção de pequenas empresas nas oportunidades de contratações governamentais das agências na máxima extensão praticável; 4ª) a estruturação das exigências dos contratantes de modo a facilitar competição "por e entre" pequenas empresas, procurando eliminar obstáculos à participação delas; 5ª) o cuidado para evitar exigências desnecessárias e injustificadas para os contratos, que pudessem impedir a participação das pequenas empresas; 6ª) a possibilidade de separação ou divisão de contratações para dar oportunidade a mais de uma empresa; 7ª) a recomendação a todas as agências federais para que fosse assegurada uma participação em proporção justa das pequenas empresas nas compras e serviços do governo; 8ª) a pesquisa de mercado para se estabelecer exigências necessárias e justificadas nas licitações; 9ª) a avaliação das pequenas empresas subcontratadas; 10ª) a previsão de metas percentuais adicionais de licitações destinadas a empresas de veteranos de guerra (incluindo inválidos), indivíduos economicamente desfavorecidos e mulheres; 11ª) a realização de licitações destinadas exclusivamente à

participação das pequenas empresas para contratos de bens e serviços com valor acima de U$ 2.500 (dois mil e quinhentos dólares), porque abaixo disso as 'micro-compras' são feitas diretamente, e não superior a U$ 100.000 (cem mil dólares), a menos que não possam ser obtidas 2 (duas) ou mais ofertas de pequenas empresas com preços competitivos com os de mercado, qualidade e entrega dos bens ou serviços; 12ª) a obrigação de apresentação de relatório anual sobre a aplicação da lei à Câmara dos Representantes e ao Senado; 13ª) o estabelecimento de pena de multa de até U$ 500.000 (quinhentos mil dólares) e prisão de até 10 (dez) anos, ou ambos, além da perda dos contratos vigentes e impedimento de novos contratos por até 3 (três) anos, para quem falsear a verdade sobre o estado da empresa, pretendendo enquadrá-la dissimuladamente como "pequena empresa", visando obter contratos do governo; 14ª) a determinação de que todas as pequenas empresas recebam certificação da agência independente, 'The U.S. Small Business Administration', com efeito de uma pré-qualificação antecipada e permanente, para que possam usufruir os benefícios da lei, evitando complicações ou delongas sobre documentos durante a licitação; 15ª) a criação de uma 'Ouvidoria' ('Ombudsman'), semelhante a um 'Fórum Permanente', para promover discussões pelo País quanto à aplicação da Lei, à necessidade de sua atualização, além de receber reclamações de desvios; e 16ª) o estabelecimento de preferência, como se fosse uma espécie de critério de "desempate", nas licitações abertas a todas as empresas, pelo preço ofertado pela pequena empresa que não exceda 10% (dez) por cento do preço ofertado por outra empresa não beneficiada pela lei, ressalvadas situações especificadas.'

2.5.Mencione-se que a Lei Complementar n.º 123/2006 é considerada evolução em relação ao 'Small Business Act'. Entre diversos aspectos comparáveis, é possível observar: avanço quanto aos conceitos para enquadramento das empresas (o Brasil define os limites de enquadramento de acordo com a receita bruta da empresa, enquanto outros países estabeleceram o enquadramento pela quantidade de empregados); avanço no sentido de evitar desvios nas licitações (consubstanciado nos critérios de exclusão de empresas do regime privilegiado, estabelecidos no § 4º do artigo 3º da Lei); avanço quanto

> à questão do direito de preferência (com a obrigação de apresentação de proposta mais vantajosa para a Administração por parte da pequena empresa que deseja obter o contrato); entre outros." (grifou-se)

Nesse diapasão, seguindo esse vetor axiológico, no que pertine às licitações e contratações administrativas, a LC 123/2006 assegurou benefícios às microempresas e empresas de pequeno porte, conferindo-lhes, portanto, tratamento favorecido. Dentre esses benefícios, alguns afiguravam-se autoaplicáveis – como a regularização fiscal tardia e a preferência em caso de empate ficto, de que tratam os artigos 42 a 45, enquanto outros dependiam da edição de lei específica – a licitação diferenciada, prevista nos artigos 47 e 48.

Explicitando o tema, traz-se o magistério de Marçal Justen Filho:

> "24.2) Os benefícios genéricos
> A LC 123/2006 assegura dois benefícios genéricos às ME e EPP. São a regularização fiscal tardia e a preferência em caso de empate ficto.
> A regularização fiscal tardia significa que a ME ou a EPP pode participar da licitação, mesmo sem dispor dos documentos comprobatórios de sua regularidade fiscal. Se vier a obter a vitória, ser-lhe-á assegurada oportunidade para apresentar a documentação necessária em momento anterior à contratação.
> A preferência em empate ficto se verifica quando a propostade uma ME ou EPP superar em até 10% o valor daquela de menor valor (desde que tenha essa sido apresentada por um licitante que não se qualifique como ME ou EPP). Essa margem é reduzida para 5% quando se tratar de pregão. Nesse caso, a LC 123/2006 considera existir um empate e assegura à ME ou EPP a faculdade de formular um lance de desempate.
> Esse dois benefícios incidem em qualquer licitação de tipo menor preço, independentemente de previsão explícita no ato convocatório.
> (...)
> 24.3) As licitações diferenciadas
> A LC 123/2006 prevê a realização de licitações diferenciadas, em que se consagre tratamento discriminatório favorável às ME ou EPP. Foram previstas três categorias de licitações diferenciadas. A primeira consiste na licitação destinada à participação

exclusiva de ME ou EPP, quando o objeto apresentar valor de até R$ 80.000,00. A segunda envolve o fracionamento do objeto da licitação, assegurando-se que uma parcela do objeto seja disputada exclusivamente por ME ou EPP. A terceira refere-se à subcontratação compulsória de parte do objeto licitado, de modo que os licitantes sejam constrangidos a recorrer a ME ou EPP para executar parte da prestação objeto do contrato.

O art. 48, § 3º, da LC 123/2006 prevê que, mediante justificativa adequada, admite-se a adoção de 'prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido'.

Existem diversas condições e restrições relativamente à adoção dessas licitações diferenciadas.

24.4) A questão da regulamentação da LC 123/2006

Existem dispositivos da LC 123/2006 que são autoaplicáveis e independem de regulamentação. Assim se passa com o disposto nos arts. 42 a 45, que asseguram os benefícios da regularização fiscal tardia e da preferência em caso de empate ficto. Isso não impede a edição de atos regulamentares para detalhar praticamente o modo de execução das regras.

Já as contratações e licitações diferenciadas, previstas nos arts. 47 e 48 da LC 123/2006, somente poderão ser implementadas mediante regulamentação por meio de lei específica. A exigência de lei deriva da insuficiência da LC 123/2006 para dispor sobre as condições de efetivação dos benefícios.

No âmbito federal, o tratamento preferencial em contratações públicas, previsto na LC 123/2006 encontra-se regulamentado pelo Dec. 8.538/2015. O Dec. 7.174/2010 regulamentou a questão no âmbito de contratações versando sobre bens e serviços de informática e automação.

O parágrafo único do art. 47 da LC 123/2006 estabelece 'No que concerne às compras públicas, enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, aplica-se a legislação federal'. A regra se afigura inconstitucional. Os entes federais são titulares de competência para produzir as normas regulamentares aplicáveis no seu âmbito próprio. "(Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 17ª ed., 2016. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 137-138) (grifou-se)

Portanto, a Lei Complementar 123/2006, recentemente alterada pela LC 147/14, estabelece, no que diz respeito às licitações e contratações públicas, normas gerais, editadas pela União no exercício da competência definida no art. 22, XXVII da Constituição Federal. Estados e Municípios têm competência para edição de normas que regulem suas especificidades, guardando, logicamente, observância aos ditames da Lei Complementar**.**

Veja-se que com a edição da LC 147/14, foi alterado o artigo 47, cujo caput passou a determinar como impositiva a concessão de tratamento favorecido a ME e EPP, mediante a utilização da licitação diferenciada prevista no art. 48, e não mais como faculdade, como previsto na anterior redação da norma. Além disso, foi acrescentado o parágrafo único ao art. 47, segundo o qual, "no que diz respeito às compras públicas, enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão **mais favorável** à microempresa e empresa de pequeno porte, aplica-se a legislação federal". O parágrafo acrescentado, portanto, deixou extreme de dúvidas que a regulamentação a ser editada pelos entes federados não poderá ter conteúdomenos favorável do que aquele veiculado na Lei Complementar.

A respeito de tal alteração procedida pela LC 147/14, traz-se à colação o magistério de Jair Santana:

> "3.1. Plenitude da LC 147/2014.
> O sistema legal brasileiro deve irrestrita observância – é óbvio – aos pilares constitucionais que o fundamentam. Nosso modelo, no entanto, abriga diversas fontes legislativas correlatas ao federalismo dentre nós instituído. De tal sorte, temos normas nacionais gravitando numa imensa constelação composta, também, por regras federais, estaduais, distritais e municipais. Há espaço para todas elas porque as competências legislativas (para falar só destas) são objeto de uma complexa operação feita pelos constituintes de 1988**. Importa para o presente momento que a LC 147/2014 é fruto do exercício da**

competência legislativa da União (art. 22, XXVII, CRFB/88) para dispor sobre o assunto, circunstância que não inibe – ao reverso, exige – esforço das unidades federativas para que as normas gerais ganhem corpo diante das especificidades existentes em cada Estado, Município ou Distrito Federal.

É ponto forte na LC 147/2014 estabelecer expressamente ponto sensível que havia ficado subentendido na Lei Complementar de 2006 no tocante à plenitude das regras então vigentes. O sistema normativo nunca possibilitou entendimento diverso. Não obstante, a renúncia legislativa de muitas Unidades da Federação talvez fosse um engodo ao não-cumprimento das regras vigentes. De qualquer modo, no interior de um novo cenário, sabe-se que a força normativa da União (normas gerais) é plena naquilo que puder ser regulado por outras Unidades Federativas (normas específicas) e não o for. Por outras palavras, "no que diz respeito às compras públicas, enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, aplica-se a legislação federal" (parágrafo único do artigo 47, conforme redação dada pela LC 147/2014). Essa é, aliás, a sistemática constitucional no tocante à partilha de competências que se torna iluminada pelo presente caso.

3.2. Obrigatoriedade de materializar os benefícios previstos em favor da ME e EPP. Visão do Novo Estatuto da ME e EPP e da Lei n° 8.666/93.

Os benefícios materiais do Estatuto da microempresa e empresa de pequeno porte estavam encapsulados pela legislação anterior quando esta utilizou expressão dúbia aos olhos leigos e a maior parte do Setor relutava em entender que "poderá" significava "deverá". Ou seja, para aqueles que entendiam haver uma mera faculdade em se aplicar os benefícios da Lei Complementar 123/06, não há mais como sustentar tal posição. A nova LC 147/2014 é assertiva e direta, estabelecendo em suas passagens uma expressão mandamental sem opção. Enfim, basta percorrer os olhos na literalidade dos dispositivos introduzidos pela LC 147/2014 para confirmar a premissa. De outra parte, ajunta-se a isso que a Lei Nacional n° 8.666/93 (modificado pela LC 147/2014) reforça a ideia." (grifou-se) (Novo Estatuto da ME e EPP – LC 147 de 07/08/2014 – Compras Públicas e Pequenos Negócios – Essencialidades e Orientações – acesso pela internet em 27/01/2017)

Para além dessa alteração pontual no artigo 47 – já enfrentada à saciedade por esta Procuradoria-Geral no Parecer nº 16.481 -, a LC 147/14 trouxe alterações à Lei Geral de Licitações – Lei 8666/93, alterando-lhe o artigo 3º e acrescentando-lhe o artigo 5-A. Veja-se o teor das normas:

> "Art. 3º **A licitação destina-se** a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a **promoção do desenvolvimento nacional sustentável** e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010) (Regulamento) (Regulamento) (Regulamento)
>
> (…)
>
> § 14. As preferências definidas neste artigo e nas demais normas de licitação e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei." **(Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014) (grifou-se)**
>
> **"Art. 5º-A. As normas de licitações e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei." (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014) (grifou-se)**

Com efeito. Foi acrescentado no caput do artigo 3º, como princípio a ser garantido pela licitação, a promoção do desenvolvimento sustentável. O parágrafo 14 assegurou preferência ao tratamento diferenciado e favorecido às ME e EPP e o art. 5-A deixou claro que as normas de licitação e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às ME e EPP.

Comentando tais alterações, invoca-se, novamente, o magistério de Jair Santana:

> "(...) De outra parte, ajunta-se a isso que a Lei Nacional n° 8.666/93 (modificado pela LC 147/2014) reforça a ideia.**O art. 3o da Lei n° 8.666/93 tem índole principiológica e, por isso, contém vetores indicativos dos rumos que devem obrigatoriamente perseguir as aquisições públicas.**
> São eles (os vetores): (a) vantajosidade para a Administração Pública; (b) isonomia entre os licitantes e (c) desenvolvimento nacional sustentável. O terceiro vetor é novo dentre nós. Foi introduzido por Medida Provisória que se converteu na Lei 12.349, de 15.12.2010. Dissemos, na ocasião, a propósito da mudança de rumos: "Nota-se – desde a motivação da Medida Provisória no 459 – um esforço governamental em seguir padrões internacionais já experimentados. É que as principais alterações efetivadas no art. 3o da Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos tiveram como paradigmas, por exemplo, políticas como o Buy American Act, de 1933, revitalizado em 2009 pelo American Recovery and Reinvestment Act, nos Estados Unidos, além de regras existentes na China (Lei no 68/2002), na Colômbia (Lei n° 816/2003) e na Argentina (Lei n° 25.551/2001)".
> **O art. 3o passou a imantar inúmeros valores e princípios constitucionais que, no resumo prático, induz e permite a realização de várias políticas públicas a partir do poder de compra governamental. De modo mais rasteiro, significa dizer que através das aquisições públicas se promove, por exemplo, o desenvolvimento econômico e social**. Não nos custa reproduzir o seguinte, com propósito explicativo do que venha a ser o desenvolvimento nacional sustentável e o seu paralelo com as aquisições governamentais: "O desenvolvimento nacional é, assim, o alicerce para o progresso do Estado brasileiro. Por isso, deve estar presente em cada diretriz de cada agente público. **A inserção formal desse princípio na Lei Geral de Licitações é, portanto, auspiciosa, pois lembra aos aplicadores desta que, inclusive nas aquisições públicas, se deve utilizar de práticas que fomentem o crescimento do País, o que se consegue com atos de estímulo à indústria, ao comércio, ao**

> **emprego formal, ao desenvolvimento tecnológico e científico, além de outros**..."
> 3.3. Prevalência dos benefícios da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte sobre outros benefícios da Lei n° 8.666/93
> A Lei que alterou o artigo 3º da 8.666/93 buscou sedimentar os valores relativos ao Desenvolvimento Nacional Sustentável, como destacamos. Foi assim que – a partir dos conceitos introduzidos inicialmente pela citada Medida Provisória – instituímos dentre nós o mecanismo da margem de preferência interna e externa (para o Mercosul). Não deixa de ser uma espécie de blindagem (não tolerada por alguns) para produtos, bens e serviços nacionais (vestuário, maquinário, etc.). **Nesse ímpeto, os §§ 14 e 15 do artigo 3o da Lei n° 8.666/93 (introduzidos pela LC 147/2014) preservam a mecânica da margem de preferência, mas estabelece que tais benefícios são posteriores àqueles dados às microempresas e empresas de pequeno porte**. **Ou seja, os benefícios das microempresas e empresas de pequeno porte precedem a margem de preferência**. Tudo a fim de sedimentar o desenvolvimento nacional sustentável. Ainda pertencendo à porção principiológica da Lei Nacional de Licitações (Lei n° 8.666/93), há um novo comando posto na Seção I do Capítulo I que tem grandioso valor para as políticas públicas induzidas pelo poder de compra governamental. **O preceito alfanumérico (art. 5o - A) está imbricado com os desígnios constitucionais aqui já referidos. E, por ser assim, não deixa margem para qualquer interpretação diversa da (con) textual. Dizemos de outro modo: as aquisições governamentais viabilizadas por licitações (por certo a expressão está em sentido amplíssimo) devem privilegiar o tratamento diferenciado já dado por Lei Complementar às microempresas e empresas de pequeno porte.** Na realidade**,** o ciclo das aquisições públicas entremostra que a norma em referência agita e sugere o desencadeamento de política, estratégia e de diretrizes para os suprimentos, prestigiando os vetores por aquela veiculados." (grifou-se)

É à luz das normas constitucionais e da legislação federal que lhes dá concreção que deve ser interpretada a legislação estadual. Se antes

da edição da LC 147/14 já pairavam dúvidas em relação ao artigo 6º da Lei Estadual nº 13.706/2011 – conforme verifica-se de acórdãos do Tribunal de Justiça - , agora, com a introdução desse diploma legal e as alterações por ele perpetradas na LC 123/06 e na Lei 8666/93, a controvérsia adquire maior vulto.

A bem da clareza, transcreve-se o mencionado art. 6º:

> "Art. 6º As microempresas e empresas de pequeno porte, nas licitações destinadas à execução de obras e serviços técnicos de engenharia, só poderão participar de processos licitatórios, cujos valores estimados da contratação, não excedam às receitas brutas anuais previstas no art. 3.º da Lei Complementar Federal n.º 123/2006."

Contrastando a citada norma com as normas constitucionais que regulam a ordem econômica, bem como com aquelas normas nacionais insertas no Estatuto da Microempresa e EPP e na Lei Geral de Licitações, como acima explanado, parece correto afirmar que o art. 6º não guarda com elas congruência e pode ser considerado derrogado pela LC 147/14.

Nesse diapasão é o entendimento esposado pela Zênite Informação e Consultoria, na seção Perguntas e Respostas, *verbis*:

> **"PERGUNTAS E RESPOSTAS – 697/257/JUL/2015**
> **PERGUNTA 10 – MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE**
> **O Decreto nº 6.204/07 e as legislações estaduais e municipais regulamentadoras da LC nº 123/06 permanecem vigentes mesmo depois das alterações da LC nº 147/14? Como aplicar tais decretos e legislações diante dessas alterações?**
> Com a entrada em vigor da Lei Complementar nº 147, de 07 de agosto de 2014, diversas alterações foram promovidas na Lei Complementar nº 123/06, especificamente no que diz respeito às disposições sobre os benefícios e o tratamento simplificado e favorecido a ser concedido às microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações públicas.

> **Com isso, uma questão que não raras vezes surge diz respeito à validade dos decretos que regulamentam a Lei Complementar nº 123/06 e que foram editados antes de essa lei sofrer tais alterações. Ou seja, com a entrada em vigor das modificações promovidas pela Lei Complementar nº 147/14, os decretos que disciplinavam o assunto foram revogados?** Se negativo, como aplicá-los quando suas medidas conflitarem com as atuais disposições da Lei Complementar nº 123/06?
> **Nesse contexto, é preciso avaliar se as regras estabelecidas pelos decretos editados em momento anterior às alterações promovidas pela Lei Complementar nº 147/14 são compatíveis com essa nova disciplina, aplicando-se a lógica da teoria da recepção, pela qual se busca preservar os normativos anteriores que não afrontem a nova ordem jurídica.**
> Sobre o assunto, Joel de Menezes Niebuhr leciona:
> Trata-se do fenômeno denominado recepção, bastante conhecido no âmbito do Direito Constitucional, prestante a preservar a vigência das normas anteriores a novo texto constitucional que a ele não sejam contrárias, obrando a favor da segurança jurídica. O mesmo deve ocorrer em relação aos decretos, cujas partes não contraditórias à nova Lei, sucessora da Medida Provisória, são recepcionadas por ela, e, conseqüentemente, preservadas. (NIEBUHR, 2008, p. 38.)
> **Sob esse enfoque, para a Consultoria Zênite, é preciso reconhecer que algumas disposições do Decreto nº 6.204/07, que regulamenta o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações públicas de bens, serviços e obras, no âmbito da Administração Pública federal, foram derrogadas, demandando agora uma leitura conforme a nova ordem legal**. Nesse sentido, passa-se a apontar esses dispositivos:" (grifou-se) (Acesso pelo site www.revistazenite.com.br. em 26/01/2017)

Aliás, tal posicionamento foi adotado, em relação ao art. 6º da Lei 13706/11, pelo Tribunal de Contas do Estado na Concorrência nº 03/2014, pelo Tribunal realizada, para contratação da prestação de serviços de engenharia para construção de prédio, embora a tese não tenha sido vencedora no Tribunal de Justiça. Transcreve-se, a seguir,

despacho do Diretor-Geral proferido nos autos do exp. nº 7473-0200/14-4:

> "Vem a exame no âmbito desta Direção-Geral o Recurso Administrativo interposto pela Empresa PORTONOVO EMPREENDIMENTOS & CONSTRUÇÕES LTDA., o qual ataca a decisão que habilitou a Empresa R.S. FORNAZIERI ENGENHARIA-ME, por entender que a referida empresa estaria impedida de participar na licitação em função de seu enquadramento como microempresa, frente a regra do artigo 6° da Lei Estadual n° 13.706, de 06 de abril de 2011 (fls. 422/430), protocolado sob n° 19770-02.00/14-8.
> (...)
> Na sequência, a fim de preservar a ampla defesa e o contraditório, ao abordar o tratamento diferenciado às MEP's e, também, os demais aspectos do recurso interposto, em cotejo com as contrarrazões apresentadas, aquele Setor, em resumo, diz:
> "*Os textos atuais da Lei Complementar n° 123/2006, o Estatuto das Micro e Pequenas Empresas e a Lei Federal n° 8.666/1993, ambos alterados pela recente edição da Lei Complementar n° 147/2014, tornaram ineficaz o artigo 6° da já referida Lei Estadual n° 13.706/2011, entendendo como correta sua decisão inicial de habilitar a empresa R.S. FORNAZIERI ENGENHARIA – ME.*"
> E, portanto, ainda que tempestivo o Recurso Administrativo interposto pela Empresa PORTONOVO MPREENDIMENTOS & CONSTRUÇÕES LTDA., a Comissão mantém seu entendimento anterior.
> Devidamente analisadas a peça recursal, as contrarrazões, bem como o informe técnico elaborado pela Comissão, entende-se que o procedimento licitatório deva ter continuidade com ambas as empresas licitantes, nos termos por ela sugeridos.
> Isso porque a Lei Complementar n° 123 de 2006, ao cumprir mandamento constitucional, criou condições especialíssimas para que as micro e pequenas empresas participem do vultoso mercado das Compras Públicas.
> Importante dizer que a Lei Complementar n° 123/2006, do ponto de vista técnico-jurídico, é norma nacional que veicula normas gerais de licitações e contratos (art. 22, XXVII, da Constituição Federal de 1988) e, por isso, demanda esforço normativo dos demais entes políticos (Estados, Distrito Federal e Municípios;), assim como consonância dessas normas ordinárias locais aos comandos da norma nacional, em atenção ao princípio inarredável da hierarquia das leis.
> O que se observou ao longo dos anos foi que a Lei Complementar n° 123/2006 se mostrou carente de efetividade consideradas as

dimensões continentais do Brasil, salvo raras exceções.
Assim, com a edição recente da Lei Complementar n° 147/2014, o cenário de inefetividade normativa sofreu um revés.
A Lei Complementar n° 147/2014, repita-se de caráter nacional, acabou com qualquer dúvida em relação à imperatividade de se materializar os benefícios dados às microempresas e empresas de pequeno porte quando estas participam de procedimentos licitatórios.
De modo prático, antes da edição da Lei Complementar n° 147/2014, estava vencendo (sem qualquer fundamento jurídico) a ideia de que as Unidades Administrativas tinham opção entre "dar" e "não dar" às microempresas e empresas de pequeno porte os benefícios do tratamento diferenciado.
A Lei Complementar n° 147/2014 acabou com a possibilidade de interpretação desse gênero na medida em que – **alinhando-se ao texto constitucional** – impõe, manda, determina e ordena o cumprimento de certas condutas em relação à política, às estratégias e procedimentos que se relacionam às Aquisições Governamentais.
Vale-se, no particular, da expressão induvidosa ''deverá", que veio substituir a palavra ''poderá" utilizada pelos dispositivos originais da Lei Complementar n° 123/2006.
Se o Estatuto das micro e pequenas empresas foi tímido ou equivocado em estabelecer que certos benefícios outorgados às MEP's "poderiam" ser concedidos, a Lei de 2014 é enfática em obrigar a sua aplicação irrestrita.
E como se trata de norma geral de caráter nacional afeta a edição de novos normativos locais (estaduais e municipais), assim como enseja a revisão de normativos locais já existentes e que com ela não se coadunam, como é o caso da Lei Estadual n° 13.706/2011, do Estado do Rio Grande do Sul, uma vez que a norma complementar federal é de hierarquia superior às normas ordinárias locais.
Assim diz o Decreto-Lei n° 4.657/1942, com a redação dada pela Lei 12.376/2010:
"(...)
Art. 2° Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. (vide Lei n° 3.991, de 1961) (vide Lei n° 5.144, de 1966)
§ 1° A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior".
Verifica-se que o artigo 6° da Lei Estadual n° 13.706/2011 não mais se compatibiliza com a Lei Complementar n° 123/2006,

> profundamente alterada pela Lei Complementar n° 147/2014. É o que se pode chamar de revogação implícita e, portanto, não pode ser mais invocada em regular procedimento licitatório realizado após 30 de julho de 2014.
> Então, no presente caso é de se acolher o entendimento fixado pela Comissão de Licitação na Concorrência n° 03/2014 quando da fase de habilitação e corroborado mais adiante no exame acurado da peça recursal."

O Tribunal de Justiça do Estado, contudo, tem entendido que a norma do art. 6º da Lei 13.706/2011 é aplicável, como se verifica dos arestos abaixo citados:

> **"AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA NA ORIGEM. MANUTENÇÃO, EM RAZÃO DA VEROSSIMILHANÇA DO DIREITO ALEGADO.**
> Para a concessão da tutela antecipada é necessário que haja prova inequívoca a dar respaldo ao julgador na convicção da verossimilhança das alegações da parte autora, bem como que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, consoante preconiza o artigo 273, *caput* e inciso I, do CPC.
> No caso, a antecipação da tutela deferida na origem deve ser mantida, porquanto o artigo 6º da Lei Estadual nº 13.706/2011 determina, de forma expressa, que as microempresas e empresas de pequeno porte só poderão participar de processos licitatórios destinados à execução de obras e serviços técnicos de engenharia cujos valores estimados da contratação, não excedam às receitas brutas anuais previstas no artigo 3º da Lei Complementar Federal nº 123/2006, requisitos estes não observados pela parte agravante. AGRAVO DESPROVIDO. UNÂNIME."(Agravo de Instrumento Nº 70062749734, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Barcelos de Souza Junior, Julgado em 25/02/2015)

> "LICITAÇÃO. ART. 6º, LEI ESTADUAL Nº 13.706/11. MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE. FATURAMENTO E QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA. ART. 31, § 1º, LEI Nº 8.666/93. SENTIDO DA NORMA ESTADUAL. ART. 44, LC Nº 123/06.
> A regra do art. 6º, Lei Estadual nº 13.706/11, não pode ser

lida como estabelecendo limite à participação concorrencial, baseada exclusivamente no faturamento bruto anterior, por evidente contraste com o § 1º do art. 31, Lei nº 8.666/93, mais se ajustando sua razão de ser a impedir distorção decorrente do emprego do art. 44, LC nº 123/06.
Inconfundível a hipótese com o banimento legal à participação em licitações, quanto a empresas infratoras, não se podendo conceber incidir menor faturamento em causa de sancionamento."(Agravo de Instrumento Nº 70063174197, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 01/04/2015)

"AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO COMO AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIÇO DE ENGENHARIA. MICROEMPRESA. RECEITA BRUTA. CRITÉRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NÃO ATENDIDO. DESCUMPRIMENTO DE EXIGÊNCIAS DO EDITAL. INABILITAÇÃO. CORREÇÃO.
Tratando-se de licitações destinadas à execução de obras e serviços técnicos de engenharia, é vedada a participação de microempresas e empresas de pequeno porte que não possuem receita bruta anual prevista no art. 3º da LC nº 123/2006 em valor superior ao estimado na contratação objeto do certame.
Inteligência do art. 6º da Lei Estadual nº 13.706/2011.
A finalidade da norma em epígrafe é no sentido de equacionar o resguardo do patrimônio público com as vantagens promovidas às microempresas e às empresas de pequeno porte em contratações promovidas pela Administração quando estas possuírem maior complexidade técnica, exigindo, portanto, quociente de capacidade econômico-financeira correspondente ao valor contratado, para assegurar o seu cumprimento e garantir o adimplemento de penalidades advindas de eventual inexecução.
Não atendendo a licitante às exigências para sua participação no certame, tampouco exigências contidas no edital, que se mostram válidas, correta sua inabilitação.
Precedentes do TJRGS e STJ.
Agravo regimental conhecido como agravo, desprovido." (Agravo Regimental Nº 70047678529, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Julgado em 29/03/2012)

Dos acórdãos acima transcritos, vê-se que a norma do art. 6º da Lei 13706/2011 gera controvérsias desde antes da edição da LC 147/14 que produziu alterações na LC 123/06. Apesar disso, o Tribunal de Justiça do Estado vem mantendo sua aplicação, não tendo sido analisada, em nenhum momento, a constitucionalidade da norma, nem sua possível derrogação em razão da entrada em vigor da LC 147/14.

É sustentável o entendimento de que o art. 6º da Lei 13.706/11 restou revogado em razão dos novos comandos insertos pela LC 147/14 na LC 123/06 e na Lei 8666/93, como antes explanado. Todavia, por razões de segurança jurídica, não se afigura recomendável que a norma tenha sua aplicação afastada pela Administração Pública sob tal fundamento.

Com efeito. Esse procedimento pode causar ainda mais tumulto, ocasionando o ingresso de demandas judiciais por aquelas empresas que se julgarem prejudicadas com o afastamento da norma legal.

Sendo assim, concluindo-se que o art. 6º da Lei 13.706/11 não guarda compatibilidade com as normas introduzidas pela LC 147/14 e por razões de segurança jurídica, entende-se recomendável que seja encaminhado projeto de lei visando à revogação expressa do indigitado dispositivo legal.

Entretanto, até que seja o indigitado artigo 6º expressamente revogado, recomenda-se à CORSAN que permaneça mantendo a vedação nele contida em seus editais. Considerando que a norma estipula como condição para a participação de ME e EPP naslicitações de obras e serviços técnicos de engenharia que o valor da contratação não exceda às receitas brutas anuais previstas no art. 3º da LC 123/2006, e que o mencionado art. 3º exige, para qualificação como ME e EPP, além dos valores de receita bruta anual previstos nos incisos I e II, também o registro no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, entende-se que o parâmetro para verificar a condição da licitante englobe a sua receita bruta anual e o seu enquadramento na Junta Comercial.

É o Parecer.

Porto Alegre, 30 de janeiro de 2017.

Helena Beatriz Cesarino Mendes Coelho
Procuradora do Estado
Ref. Exp. nº 001725-22.87/15-5

PROCESSO Nº 001725-22.87/15-5

Acolho as conclusões do PARECER nº 16.970/17, da Procuradoria do Domínio Público Estadual, de autoria da Procuradora do Estado HELENA BEATRIZ CESARINO MENDES COELHO.

Oficie-se à Casa Civil, com vistas à Subchefia Legislativa, com cópia do presente parecer, para ciência da necessidade de encaminhamento de projeto de lei para revogação do art. 6º da Lei 13.706/11.

Oficie-se, outrossim, com cópia do presente parecer ao Senhor Secretário da Modernização Administrativa e dos Recursos Humanos e ao Agente Setorial desta Procuradoria-Geral junto à referida Secretaria.

Após, restitua-se à Secretaria de Obras, Saneamento e Habitação.

Em 13 de abril de 2017.

Eduardo Cunha da Costa,
Procurador-Geral do Estado, em exercício.

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO

1 - Os trabalhos encaminhados para apreciação deverão estar de acordo com a linha editorial da RPGE "**Direito Público e Advocacia de Estado**" bem como, respeitar as normas de apresentação da ABNT, dentre as quais destacamos: NBR 6022 (Informação e documentação – Artigos em publicação periódica impressa – Apresentação); NBR 6023 (Informação e documentação – Referências – Elaboração); NBR 6028 (Informação e documentação – Resumo – Apresentação); e NBR 10520 (Informação e documentação – Índice – Apresentação).

1.1 - Os artigos deverão ter sua extensão ditada pela necessidade de clareza na explicitação dos argumentos, respeitado o limite de 13 (treze) a 30 (trinta) laudas (20 linhas com 60 caracteres cada), incluindo quadros, tabelas, ilustrações, notas e referências, observando:

a) espaço 1½ e fonte Arial 11, exceto: resumo, que deve aparecer com fonte tamanho 10 e espaço entre linhas e legendas, que devem ser inseridas com fonte tamanho 10 e espaço entre linhas simples;

b) devem ser elaboradas em folha A4 (210mm x 397mm);

c) devem respeitar as seguintes margens: superior = 3cm; inferior = 2cm; esquerda = 3cm; e direita = 2cm;

d) os itens e subitens devem aparecer em letras maiúsculas e em negrito, e devem sempre ser iniciados na mesma página, não deixando espaços em branco entre um e outro, utilizando-se numeração para os itens (1, 2, 3 etc.) e sub-numeração para os subitens (1.1., 1.2., 2.1., 2.2. etc.), estes apenas com as letras iniciais em maiúsculo;

e) as notas de rodapé devem adotar um dos sistemas previstos pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (alfabético ou numérico) para fazer citações de obras consultadas. Se a opção for pelo alfabético, as referências devem ser ordenadas no final do artigo em uma única ordem alfabética. Mas caso a opção tenha sido pelo sistema numérico, as referências finais aparecem na mesma ordem numérica crescente;

f) a fonte das notas de rodapé devem vir no tipo Arial, estilo normal, tamanho 9, utilizando espaço simples entre linhas e alinhamento justificado e deverão ser colocadas ao pé da página de ocorrência;
g) as citações podem ser transcrições literais (citação direta) ou uma síntese do trecho que se quer citar (citação indireta). Tanto num caso como no outro, as fontes devem estar indicadas, não se admitindo transcrições sem a devida referência;
h) as citações diretas que ultrapassarem 5 linhas devem vir em um parágrafo especial, dispensando-se as aspas, separada do parágrafo anterior e posterior por uma linha a mais, fonte do tipo Arial, estilo normal, tamanho 11 e com recuo da margem esquerda igual ao dos parágrafos;
i) as referências bibliográficas seguirão, obrigatoriamente, as normas da ABNT vigentes.

Todos(as) os(as) autores(as) citados(as) no texto, e somente estes(as), devem compor uma lista de referências, no final do texto. A exatidão e adequação destas referências são de exclusiva responsabilidade do(a)(s) autor(a)(es).

1.2 - Os artigos em formato .doc devem obrigatoriamente apresentar títulos, resumos (máximo 250 palavras) e palavras-chave/ descritores (contendo cinco palavras) em português e inglês. O resumo deve explicar, em um único parágrafo, o(s) objetivos(s) pretendido(s), procurando justificar sua importância (sem incluir referências bibliográficas), os principais procedimentos adotados, os resultados mais expressivos e conclusões.

1.3 – Os artigos devem ser enviados para o seguinte e-mail conselho-editorial@pge.rs.gov.br

Os trabalhos não devem apresentar identificação de autoria no corpo do texto. O nome completo do(s) autor(es) devem constar somente no corpo do e-mail bem como, titulação completa, instituição à qual está vinculado, cargo, e-mail, endereço e telefone para contato.

1.4 - Resenhas, pontos de vista, assim como relatos, comentários e discussão de jurisprudências devem ter no máximo 10 (dez) laudas de igual formatação ao descrito no item 1.1.

1.5 - Resumos de teses, dissertações e monografias – relacionados com a linha editorial da revista – não devem exceder o espaço de uma lauda.

DISPOSIÇÕES GERAIS

Os trabalhos a serem publicados observarão os seguintes critérios: concordância com as finalidades da revista; atualidade, originalidade e/ou ineditismo do tema abordado; profundidade da análise; correção e coerência da linguagem; clareza e consistência dos conceitos e da abordagem; importância científica do tema; coerência das reflexões/conclusões com a sequência do texto; correção e atualidade das citações e autores(as) referenciados(as).

Os trabalhos aceitos poderão sê-lo "sem restrições" ou "devolvidos para reformulações". Quando as reformulações tratarem apenas de aspectos formais ou outras que não modifiquem as ideias dos(as) autores(as), serão efetuadas pelo Conselho Editorial; nos demais casos, o trabalho será reenviado ao(à) autor(a).

Os autores que tiverem seus trabalhos aprovados receberão a autorização de publicação que deverá ser assinada e enviada para o e-mail do conselho editorial, aceitando os colaboradores a cessão dos seus direitos autorais para a Revista da PGE e não farão jus a qualquer remuneração.

Os autores, cujas contribuições forem aprovadas para publicação, receberão três exemplares da Revista onde constar a publicação.

As regras e critérios para publicação poderão ser excepcionadas a critério do Conselho quando o assunto for de especial interesse ou o autor tiver reconhecimento pela excelência da sua obra.