

# conceito jurídico

ano II | junho de 2018 | nº 18



**Cláudio Pereira de Souza Neto**

A política de preços da Petrobras:  
o que a Constituição tem a dizer? **Pág. 7**

[www.zkeditora.com/conceito](http://www.zkeditora.com/conceito)



zakarewicz  
editora

## Estudo sobre Contratos nas Estatais



### IN VOGA

**Rômulo de Andrade  
Moreira**

Atlas da violência no  
Brasil – 2018



### TENDÊNCIAS

**Marcelo Gurjão  
Silveira Aith**

O fim do cargo de juiz  
no Brasil está próximo?



### VISÃO JURÍDICA

**Eduardo Luiz Santos  
Cabette**

Dano qualificado e os  
carimbadores malucos

# ASSINE

# conceito jurídico

À frente dos grandes  
temas jurídicos



## APROVEITE NOSSAS PROMOÇÕES

LEITURA INDISPENSÁVEL  
PARA QUEM QUER ESTAR  
EM SINTONIA COM AS  
TENDÊNCIAS DO  
MUNDO JURÍDICO

## conceito jurídico

**EDITORA E DIRETORA RESPONSÁVEL:** Adriana Zakarewicz

**Conselho Editorial:** Almir Pazzianotto Pinto, Antônio Souza Prudente, Celso Bubeneck, Esdras Dantas de Souza, Habib Tamer Badião, José Augusto Delgado, José Janguê Bezerra Diniz, Kiyoshi Harada, Luiz Flávio Borges D'Urso, Luiz Otavio de O. Amaral, Otavio Brito Lopes, Palhares Moreira Reis, Sérgio Habib, Wálteno Marques da Silva

**Diretores para Assuntos Internacionais:** Edmundo Oliveira e Johannes Gerrit Cornelis van Aggelen

**Colaboradores:** Alexandre de Moraes, Álvaro Lazzarini, Antônio Carlos de Oliveira, Antônio José de Barros Levenhagen, Aramis Nassif, Arion Sayão Romita, Armand F. Pereira, Arnoldo Wald, Benedito Calheiros Bonfim, Benjamin Zymler, Cândido Furtado Maia Neto, Carlos Alberto Silveira Lenzi, Carlos Fernando Mathias de Souza, Carlos Pinto C. Motta, Damásio E. de Jesus, Décio de Oliveira Santos Júnior, Eliana Calmon, Fátima Nancy Andrighi, Fernando Tourinho Filho, Fernando da Costa Tourinho Neto, Georgenor de Souza Franco Filho, Geraldo Guedes, Gilmar Ferreira Mendes, Gina Copola, Gustavo Filipe B. Garcia, Humberto Theodoro Jr., Igor Tenório, Inocêncio Mártires Coelho, Ivan Barbosa Rigolin, Ives Gandra da Silva Martins, Ivo Dantas, Jessé Torres Pereira Junior, J. E. Carreira Alvim, João Batista Brito Pereira, João Oreste Dalazen, Joaquim de Campos Martins, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, José Alberto Couto Maciel, José Carlos Arouca, José Carlos Barbosa Moreira, José Luciano de Castilho Pereira, José Manuel de Arruda Alvim Neto, Lincoln Magalhães da Rocha, Luiz Flávio Gomes, Marco Aurélio Mello, Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Mário Antonio Lobato de Paiva, Marli Aparecida da Silva Siqueira, Néelson Nery Jr., Reis Friede, René Ariel Dotti, Ricardo Luiz Alves, Roberto Davis, Tereza Alvim, Tereza Rodrigues Vieira, Toshio Mukai, Vantuil Abdala, Vicente de Paulo Saraiva, William Douglas, Youssef S. Cahali.

**Arte e Diagramação:** Augusto Gomes

**Revisão:** Equipe ZK Editora

**Marketing:** Diego Zakarewicz

**Comercial:** André Luis Marques Viana

**CENTRAL DE ATENDIMENTO AO CLIENTE**

Tel. (61) 3225-6419

**Homepage**

[www.zkeditora.com/conceito](http://www.zkeditora.com/conceito)

**Redação e Correspondência**

[artigos@zkeditora.com.br](mailto:artigos@zkeditora.com.br)

**Revista Conceito Jurídico** é uma publicação da Zakarewicz Editora. As opiniões emitidas em artigos assinados são de inteira responsabilidade dos seus autores e não refletem, necessariamente, a posição desta Revista.

**ANÚNCIOS**

[publicidade@zkeditora.com.br](mailto:publicidade@zkeditora.com.br)

**TODOS OS DIREITOS RESERVADOS**

Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo.



zakarewicz  
editora

*Amadeu Garrido de Paula*

---



ARQUIVO PESSOAL

## Vulcão cíclico

**F**omos às ruas, no governo Dilma. O Brasil se quebrava, como ainda se estilhaça. A esquerda jamais vira a “massa” manifestar-se tão exuberantemente, por conta própria. Afinal, ela é a “guia universal dos povos”. Titubeou, inicialmente; ou se amalgamaria a tão gigantescas e continentais manifestações, ou se tornaria poeira. Optou por começar suas próprias aparições nas ruas, bem identificadas suas cores rubras. O verde-amarelo não fora conduzido pela direita, de resto politicamente incapaz de fazê-lo. O povo plantou as raízes grossas e profundas do impeachment.

A espontaneidade desse movimento, contudo, foi soterrada pelos “grupos conscientes”. Os políticos profissionais fizeram olhar de mercadores, sofreram e sublimaram-se, ignoraram as maiores expressões populares das ruas brasileiras. Afinal, tinham de tocar suas vidinhas, suas carreiras. Ao retornar as suas casas o povo brasileiro, o terreno ficou livre da esplêndida floresta que nascera: aos políticos de todo o gênero. A velha esquerda ocupou parte mínima da terra sobre a qual andara o povo, sobretudo num domingo mágico. Idem, a direita.

Desse modo, restaram três segmentos atuantes; a politicagem tradicional e ambos os grupos ideológicos. Os primeiros, sem dor, amor e cor; os segundos, com suas emoções descontroladas e desbussoladas para solucionar nossa crise com olhar contemporâneo, liberto dos velhos dogmas. E o povo, disseminada a possibilidade do Terror, não mais sai aos espaços públicos, acuado.

Daí estarmos a viver um momento ilusório, acampados sobre um vulcão. Envelhecidos, cansados.


O homem – tanto o comum como o neurótico ou quase-neurótico que procura os extremismos – tem seu inconsciente, não raro, entranhado em áreas misteriosas, das profundezas do ser, distanciado do limiar consciente. São, como disse Jung, áreas desconhecidas e ocultas. Tanto no plano pessoal como coletivo. Quando afloram à consciência, seus sentimentos são dissimulados, levam um chega para lá da suposta razão, do elemento apaziguador, do a ver como ficarão as coisas. Essa mordaca pelo povo que silenciou imposta sobre sua própria expressão decorreu do ódio que tomou conta os grupos ditos ideológicos. É melhor não atritar com os filhos e com os amigos. Aquietemo-nos, ainda que o vulcão fique cada vez mais incandescente. Nele hibernam os mais ousados.

Um governo tampão – bambo – não produziu as reformas esperadas. Jamais teve condições políticas a tanto.

A insegurança jurídica corroe os grampos das âncoras e da confiança na funcionalidade institucional.

Assim, temos que manter nossas crenças diurnas, cotidianas, e deixar nossos sonhos cobertos pelos mantos noturnos.

Se as próximas eleições – democracia e governo não se limitam a urnas – nada resolver, abrir-se-ão as comportas e o povo deixará as grutas em que considerou conveniente homiziar-se. A “nova república” implodirá. Virá à tona uma força juvenil irreprimível. Em termos politicamente conhecidos, uma revolução; do inconsciente fundo e febril virá novo maio de 1968. Macron já o experimenta. Nossos jovens em rebelião terrível mostrarão quais são as forças vivas da nação. Arrastarão trabalhadores e intelectuais. O restante será de zumbis conservadores, corruptos e apáticos. Tudo aparentemente sólido desmanchará no ar. Não será refundada somente a república. Depois de cinquenta anos, diz-se que há um antes e um após 1968. Teremos um após 2018. De cinquenta em cinquenta anos, a mudança de todos os valores será a larva dos vulcões do bem.

Vivamos um pouco mais. Não se vá, ante uma plantada revolução de novos jovens, raiz das árvores do século XXI. 

# SUMÁRIO

3

**Vulcão cíclico**

Amadeu Garrido de Paula

COM A PALAVRA

7

**A política de preços da Petrobras: o que a Constituição tem a dizer?**

Cláudio Pereira de Souza Neto

ENTREVISTA

10

**Impunidade coloca saúde em risco no Brasil**

Sandra Franco

PROPOSTAS E PROJETOS

12

**Quem é mais mãe?**

Eudes Quintino de Oliveira Júnior

DIREITO E BIOÉTICA

14

**2019, o ano do ajuste**

Roberto Castelo Branco

PAINEL ECONÔMICO

17

**As dificuldades na adesão às novas tecnologias em escritórios de advocacia**

José Paulo Graciotti

GESTÃO DE ESCRITÓRIO

20

**A penhora administrativa de bens e a inversão da boa-fé do contribuinte**

Mirian Teresa Pascon

PAINEL DO LEITOR

22

**Licenciamento ambiental de infraestrutura**

Alexandre Sion e Marcos Abreu Torres

DESTAQUE

24

**Estudo sobre contratos nas estatais**

Ivan Barbosa Rigolin

CAPA

52

**Atlas da violência no Brasil – 2018**

Rômulo de Andrade Moreira

IN VOGA

56

ENFOQUE

**Reforma da previdência em direção a sistemas multipilares**

Flávio Barreto e Carlos Manso

64

OBSERVATÓRIO JURÍDICO

**A ilegalidade e inconstitucionalidade da inscrição do nome do sujeito passivo tributário nos órgãos de proteção ao crédito**

Lucas Azevedo Rios Maldonado

74

PORTAL JURÍDICO

**A efetividade do direito humano à educação dos educando com superdotação ou altas habilidades no Brasil**

Alefe da Silva Pinho

92

CONJUNTURA

**O que mudou após julgamento do STJ sobre o conceito de essencialidade do PIS e COFINS?**

Daniela Lopes Marcellino

99

DIREITO EMPRESARIAL

**A cobrança judicial dos *royalties* nos contratos de franquia**

Francisco dos Santos Dias Bloch

126

PONTO DE VISTA

**A política tem muito que aprender com o futebol**

Luiz Augusto Filizzola D'Urso

58

CONTEXTO

**Ação popular que requer ressarcimento ao erário. Prescrição quinzenal. Lei Federal nº 4.717, de 1965, art. 21**

Gina Copola

71

TENDÊNCIAS

**O fim do cargo de juiz no Brasil está próximo?**

Marcelo Gurjão Silveira Aith

90

GESTÃO EMPRESARIAL

**A escassez do fornecedor diamante**

Ana Paula Lima

94

VISÃO JURÍDICA

**Dano qualificado e os carimbadores malucos**

Eduardo Luiz Santos Cabette

100

DOCTRINA

**“Impossibilidade de adoção de integração analógica para imposição do ISS de serviços não constantes da lista de serviços – produção audiovisual em todas as suas vertentes –, por vedação presidencial” – PARECER.**

Ives Gandra da Silva Martins e Marilene Talarico Martins Rodrigues



POR CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO

BRUNO GARCIA

## A política de preços da Petrobras: o que a Constituição tem a dizer?

Nesta edição, o advogado constitucionalista e professor da Universidade Federal Fluminense, Cláudio Pereira de Souza Neto, fala sobre a política de preços estabelecida pelo Governo Temer para a Petrobras, os motivos das oscilações que vem sofrendo o mercado e o que a Constituição Federal tem a dizer. Confira!

**CONCEITO JURÍDICO** – *O que o Sr. pode nos falar sobre a política de preços estabelecida pelo Governo Temer para a Petrobras?*

**CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO** – A política de preços estabelecida pelo Governo, acopla os preços dos combustíveis vendidos no Brasil à variação dos preços ocorrida no mercado internacional. Se esse valor aumenta no exterior,

o aumento se reflete de imediato no preço dos combustíveis no Brasil. Essas oscilações têm levado a reajustes subsequentes, quase diários, no preço do óleo diesel, rechaçados pelo movimento de caminhoneiros.

**CONCEITO JURÍDICO** – *A União é o acionista controlador?*

**CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO** – A Petrobras é uma sociedade de economia mista. Parte de seu capital é público, e parte, privado. Os investidores privados (acionistas minoritários) compram ações para obter ganhos econômicos, mas não controlam a companhia. O acionista controlador é sim a União.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Para prover combustível a preços baixos e estáveis à economia nacional, pode a União impor à Petrobras que pratique preços inferiores aos do mercado internacional, reduzindo, eventualmente, a lucratividade de suas operações, em detrimento dos interesses dos minoritários?*

**CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO** – A Constituição Federal, em seu artigo 173, prevê que a atuação do estado como empresário apenas pode ocorrer em face de “relevante interesse coletivo” ou “imperativo de segurança nacional”. A Petrobras foi criada para garantir a segurança energética do Brasil. As finalidades que justificaram a instituição da empresa não se dissipam no momento da criação: devem informar permanentemente as decisões empresariais, inclusive quanto à política de preços.

**CONCEITO JURÍDICO** – *A Constituição não se limita a autorizar a atuação estatal?*

**CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO** – Não. A Constituição não se limita a autorizar a atuação estatal, determina que a exploração das principais atividades envolvidas na indústria do petróleo ocorra de modo monopolista. Atividades econômicas como a pesquisa e a lavra, o refino, o transporte marítimo ou via oleoduto e a importação de derivados estão, a princípio, vedadas aos empreendedores privados, que só podem explorá-las por delegação do Governo Federal (CF, art. 177). O propósito de o Constituinte de 1988 ter mantido o monopólio estatal – que remonta, no Brasil à década de 1950 – é justamente reduzir a vinculação do mercado interno à volatilidade da geopolítica internacional do petróleo, responsável pela fixação dos preços.

**CONCEITO JURÍDICO** – *O que o Sr. pode nos falar sobre o fornecimento seguro e estável de petróleo, e por valores adequados?*

**CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO** – O fornecimento seguro e estável de petróleo, por valores adequados não pode ser garantido pelo mecanismo do mercado. O preço do barril de petróleo é fixado internacionalmente, em grande parte, por um cartel, integrado pelos países produtores – a OPEP. Interferem ainda na fixação dos preços internacionais as guerras e intervenções que frequentemente acometem os países produtores. A rigor, não há mercado internacional, mas geopolítica, dominada pelos estados nacionais. Acoplar a política



de preços da Petrobras aos preços praticados no exterior, em última análise, significa importar instabilidade política, que hoje caracteriza importantes centros produtores, como o Oriente Médio ou a Venezuela.

**CONCEITO JURÍDICO** – *O fato de a Petrobrás ser sociedade de economia mista, não empresa pública, não é, obviamente, irrelevante?*

**CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO** – A Petrobras se organiza como sociedade de economia mista, com ações negociadas na bolsa de valores, inclusive em bolsas estrangeiras, para ter acesso aos capitais privados. É legítima a expectativa dos investidores de que a gestão da companhia ocorra de modo eficiente. Acionistas tem razão ao reivindicarem a fixação dos preços de tal modo que, na maior parte do tempo, a empresa seja lucrativa e não se enrede em dificuldades financeiras de difícil superação.


**CONCEITO JURÍDICO** – *Uma gestão dissociada de preocupação com a eficiência e a lucratividade certamente produzirá o afastamento dos investidores privados?*

**CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO** – Atendidos, com prioridade, os “imperativos da segurança nacional” e o “relevante interesse coletivo”, a sociedade de economia mista deve ser gerida, de modo probo e eficiente, com vistas à produção de resultados econômicos positivos. E a história da Petrobras tem sido de lucratividade e valorização permanente, salvo em momentos pontuais de crise.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Porque a Petrobras possui diversos privilégios em relação às empresas privadas?*

**CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO** – Durante as décadas em que a Petrobras operou o monopólio da União sobre o Petróleo, desenvolveu tecnologia, com apoio do Estado Brasileiro, e reuniu conhecimento estratégico sobre o Brasil e seu subsolo. Ainda hoje possui diversos privilégios em relação às empresas privadas. Os principais estão previstos na Lei nº 12.351/2010, relativa à exploração do petróleo na camada pré-sal. A Petrobrás pode, por exemplo, ser contratada diretamente, ou seja, sem participar de processo licitatório, para as atividades de exploração e produção.

**CONCEITO JURÍDICO** – *As vantagens conferidas à Petrobras impactam positivamente no valor da empresa e produzem dividendos para os investidores?*

**CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO** – Só é legítimo que esses valores sejam apropriados pelos investidores privados na medida em que a Petrobras também se submeta às limitações inerentes a sua “estatalidade”. O regime jurídico a que se sujeita a Petrobras consubstancia uma constelação de direitos e obrigações, que devem ser considerados conjuntamente. As sociedades de economia mista são complexas não só na composição societária. O público e o privado devem se harmonizar também na forma peculiar de se comporem interesses que interagem permanentemente. 

# Impunidade coloca saúde em risco no Brasil

■ POR SANDRA FRANCO



**A** impunidade estimula a existência de delitos, vícios e corrupção. Não obstante, ainda que seja uma verdade inconteste, no Brasil falta a punição exemplar. Por consequência, vários setores no país, entre eles o da saúde, correm sério perigo.

A má gestão de recursos, fraudes constantemente anunciadas pela mídia e a atuação de criminosos de branco deixam a vida do brasileiro por um fio e comprometem a confiança do paciente no Sistema de Saúde. Além do agravamento da crise da febre amarela, que tem provocado filas quilométricas em postos de saúde e até a falsificação de vacinas, destaca-se um novo escândalo que alarmou os profissionais do setor: a reutilização de equipamentos e materiais médicos descartáveis.

Uma matéria especial do programa dominical Fantástico revelou que um quadrilha atuava(ou ainda atua) no estado do Espírito Santo. Empresas, funcionários de hospitais e médicos fazem parte da rede criminosa que colocava pacientes e profissionais em risco de vida diário. Na verdade, a maioria dos materiais deveria ser jogado no lixo. Outros, deveriam ser esterilizados e reprocessados dentro de normas rígidas.

Empresas estavam reutilizando produtos descartáveis, o que é proibido e inadmissível. A quadrilha usava esse expediente para ter um preço de mercado abaixo da concorrência. Um crime que pode ter tirado vidas e provocado uma série de problemas graves de saúde como infecções, cirurgias malsucedidas, entre outros.

A norma brasileira é clara em relação à proibição do reuso. Produtos de uso único (descartáveis) e produtos com rótulo “Proibido Reprocessar” não podem em nenhuma circunstância passar por qualquer processo de reutilização. Mas alguns criminosos insistem em atuar no mercado sem seguir essas recomendações e colocando vidas e até carreiras de profissionais da saúde em risco, ou seja, no Espírito Santo e possivelmente em outros estados do Brasil, vive-se uma roleta-russa em relação aos materiais e equipamentos utilizados em cirurgias.

O Senado está discutindo o projeto de Lei nº 299/2016 que estabelece que empresas que reprocessam materiais de uso único poderão ser até fechadas – a ideia é a de endurecer as penalidades. De acordo com o autor da proposta, senador Telmário Mota, a Resolução nº 156 de 2016, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), que trata do tema, já seria insuficiente.

Tal resolução que regulamenta o reaproveitamento de equipamentos, aparelhos, materiais, artigos ou sistemas de uso ou aplicação médica, odontológica ou laboratorial, determina quais produtos podem ser reprocessados e reutilizados e os procedimentos empregados após limpeza, desinfecção e esterilização. Mas, apesar da regra existir desde 2006, não vem sendo respeitada. O projeto pretende assegurar que a reutilização de produtos de uso único torne-se uma infração sanitária legalmente estabelecida, sendo passível das penalidades previstas na Lei nº 6.437/1977.

As sanções estabelecidas no PLS 299/2016 para esse tipo de infração são advertência, multa, interdição total ou parcial do estabelecimento e cancelamento de autorização para funcionamento da empresa. Vale ressaltar que, em paralelo, os envolvidos responderão criminalmente, pois neste caso se pratica um crime contra a saúde pública, além de danos morais, materiais e estéticos para os pacientes, possíveis de serem requeridos na esfera cível.

Ainda que haja a regulamentação da atividade e a previsão de penalidade, pessoas acham que jamais serão descobertas e estão há anos ganhando dinheiro de forma ilícita. Desta forma, fácil concluir que o problema não será resolvido com uma nova lei, mas sim com o aumento de fiscalização e com a punição efetiva naqueles casos em que tais práticas forem constatadas.

Não é o primeiro escândalo anunciado pela mídia, o que faz pensar que a sociedade e as autoridades sabem da prática dessas fraudes. Em 2017, o Hospital das Clínicas em São Paulo foi acusado de usar agulhas e fios sujos, usados e vencidos – não há notícias das efetivas punições dos envolvidos. Há época, falou-se no desvio de 18 milhões em 5 anos – dinheiro que deveria ser utilizado para compra de novos materiais.

Também não se afasta do manto da criminalidade, o uso de próteses em procedimentos cirúrgicos cardiológicos e ortopédicos, sem que haja indicação para tal. Materiais importados dos EUA e reutilizados em nosso país. Enfim, casos não faltam...

O apelo é para que as autoridades realizem um verdadeiro pente-fino para fiscalizar os materiais e equipamentos médicos que estão sendo utilizados nos hospitais e clínicas brasileiros. Não somente as autoridades, mas também os diretores clínicos, diretores técnicos, que não podem fechar os olhos. São necessárias medidas imediatas. Chega de assistir a esses relatos e denúncias de forma passiva. **C**



**SANDRA FRANCO** é consultora jurídica especializada em Direito Médico e da Saúde, presidente da Academia Brasileira de Direito Médico e da Saúde, presidente da Comissão de Direito da Saúde e Responsabilidade Médico-Hospitalar da OAB de São José dos Campos (SP), membro do Comitê de Ética da UNESP para pesquisa em seres humanos e Doutoranda em Saúde Pública.



# Quem é mais mãe?

■ POR EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR

A 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, em recente e interessante decisão de apelação interposta em Mandado de Segurança, manteve *in totum* decisão proferida em primeiro grau, na qual uma servidora pública municipal pleiteou a concessão da licença maternidade por cento e oitenta dias, pretensão essa que foi indeferida, com a concessão unicamente da licença paternidade, por seis dias. Insurge-se a impetrante contra o *decisum* do primeiro grau, alegando, dentre outros argumentos, que não é pai e sim mãe da criança e que as famílias homoafetivas não devem ser tratadas como as heteroafetivas, por não terem ainda uma consolidação social que permita a analogia. Assim, não se deve tratar os desiguais de forma igual, pois as consequências da interpretação podem acarretar decisão que se aproxima muito de uma punição.<sup>1</sup>

Em breve relato do caso, trata-se de um relacionamento homoafetivo formado por duas mulheres em que uma delas se submeteu à fertilização *in vitro*, com a conseqüente gestação e nascimento de um filho, sendo aquinhoadada com a licença maternidade e à mãe não parturiente foi conferida a licença paternidade.

A família, nos moldes da interpretação atual, apesar das variadas formas de constituição que permitem um alargamento em sua estrutura originária, conserva ainda a formatação de um núcleo doméstico, quer seja no relacionamento de casais heteroafetivos ou homoafetivos, cabendo, desta forma, na conceituação do art. 226 da

Constituição Federal, vez que já se solidificou o entendimento contrário a uma interpretação reducionista, estabelecendo restrições entre as entidades familiares.

Vale lembrar que a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ, ambas julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, reconheceram plena igualdade em direitos e deveres dos casais heteroafetivos e homoafetivos.


Desta forma, no caso apontado, em se tratando de convivência homoafetiva do gênero feminino, acentuando que a opção sexual é emanção do princípio da dignidade da pessoa humana, em caso de fertilização *in vitro*, com a consequente transferência do embrião para uma delas, que vem a gestar e dar à luz a uma criança, apesar de serem ambas mulheres, somente a que exerceu a maternidade em sua plenitude merecerá os benefícios da licença maternidade de longa duração. Seria, se ambas obtivessem a mesma licença, uma *contradictio in adjectu* afrontando o espírito legislativo que norteou tal benefício. Não só. Seria também um tratamento desigual com relação aos casais heteroafetivos, em que cabe somente à mulher a licença maternidade com o prazo dilatado e ao homem um período mais curto.

A convivente não vivenciou a gestação do filho. Pela regra da isonomia e não pelo fato de ser mulher, não tem como ser guindada ao *status* da companheira, que levou a cabo a gestação e o parto. Contempla-se, desta forma, a igualdade e paridade de tratamento entre as entidades familiares heteroafetivas e homoafetivas, no tocante à licença maternidade.

E mais. Seria o mesmo caminho a trilhar se se tratasse de doação compartilhada de óvulos em união homoafetiva feminina, em que não exista infertilidade. Referido procedimento, homologado pela Resolução nº 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina, ocorre no relacionamento feminino e consiste na implantação de um embrião gerado a partir do óvulo de uma das parceiras e a sua consequente transferência para o útero da outra. A dúvida que pairava a respeito era de se saber se o procedimento deveria ser feito com doação de óvulo de doadora anônima. Porém, como o relacionamento homoafetivo já recebeu a homologação legal, nada mais justo do que considerá-lo como uma das formas de constituição de família.

Mesmo diante de tal hipótese, deve prevalecer a regra preconizada pelo Tribunal. Assim, a conceituação de mãe para fins da referida licença, passa a ser aquela que gestou e deu à luz a um filho.

É de se pontuar, por outro lado, que no caso de maternidade de substituição, prevista também na referida Resolução, a mãe vem a ser a que cedeu os óvulos para a formação do embrião e, com o nascimento, seguindo rigorosamente os ditames legais, a doadora temporária do útero irá entregar a criança à mãe genética, que passará a gozar da plenitude da licença maternidade, com o filho registrado em seu nome, derrubando, desta forma, a até então inabalável regra do direito romano: *maternitas certa est*.

Novos tempos. Novas práxis. 

## NOTA

1 <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/5/art20180518-13.pdf>.



**EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR** é promotor de justiça aposentado/SP, mestre em direito público, pós-doutorado em ciências da saúde, reitor da Unorp, advogado.

# 2019, o ano do ajuste

■ POR ROBERTO CASTELLO BRANCO

**“O novo governo disporá de oportunidade histórica para transformar a economia brasileira, implementando reformas que substituam a presença do Estado por uma iniciativa privada vibrante e capaz de liderar uma longa fase de prosperidade. Disparar um poderoso ataque contra o desequilíbrio fiscal será um excelente começo.”**

**D**écadas de políticas públicas de governos de orientação social-democrata e socialista resultaram num Estado gigantesco e fraco, pois não consegue cumprir obrigações básicas como a segurança pública, mas cuja presença se faz sentir em várias dimensões. A coexistência no balanço de pagamentos do país de uma conta de capital aberta com o fechamento ao comércio internacional de bens e serviços é exemplo não muito percebido dessa onipresença.

As boas práticas globais recomendam que se faça primeiro a abertura ao comércio internacional e só depois a da conta capital. No Brasil, ficamos só na abertura da conta capital, exatamente porque é importante para o financiamento dos gastos públicos. Mantivemos a economia fechada à competição para proteger uma clientela beneficiária da intervenção do Estado, mesmo que isso implique custos significativos para o desenvolvimento econômico.

Estamos no quinto ano consecutivo de déficit primário, o endividamento público



é considerável, a razão dívida/PIB é crescente e a mais elevada entre as principais economias emergentes.

Neste ano de eleições presidenciais, temos visto várias propostas de reequilíbrio do orçamento do governo, e, com raras exceções, apontam, o que é bom, a necessidade de reformar a previdência. Algumas vão mais além e sugerem medidas para viabilizar um período de transição até que os efeitos dessa reforma sobre as contas públicas se materializem, como a flexibilização do teto de gastos ou da regra de ouro e o aumento temporário de impostos.

Propostas de suavização de restrições a gastos públicos não são definitivamente o que se poderia considerar como boa ideia. Primeiro, tais medidas tendem a produzir impacto negativo sobre as expectativas, ao sinalizar postergação de um ajuste inevitável, dada a necessidade de preservar a sustentabilidade intertemporal da dívida pública. Segundo, o foco é equivocado, ao mirar nos efeitos – riscos de paralisação do governo e/ou de prisão de policy makers – e não na causa, a indisciplina sistemática dos gastos públicos.

A proposta de alta temporária de tributos parece ingênua diante da experiência brasileira, onde nesse campo o que é transitório tende a se tornar permanente. Ademais, já temos muitas distorções provocadas por um sistema tributário assemelhado a uma colcha de retalhos. É hora de reformá-lo e não de colocar mais um retalho.

A opção por um ajuste fiscal gradualista tende a prolongar a ação dos efeitos do desequilíbrio orçamentário: a contaminação da política monetária, a fragilidade diante de choques externos, o “crowding out” dos gastos privados, taxas de juros reais elevadas e as distorções



na alocação de recursos que impactam a produtividade e o crescimento econômico. Ademais, o gradualismo dá oportunidade para os beneficiários do *status quo* se organizarem e pressionarem para bloquear o ajuste fiscal.

Um novo governo possui no início de seu mandato capital político suficiente para aprovar medidas que encontrariam forte oposição política em outro contexto, o que viabilizaria a aplicação de tratamento de choque para o desequilíbrio fiscal. Não há tempo a perder com soluções criativas, mas protelatórias. O ano de 2019 pode ser um divisor de águas na reestruturação do Estado brasileiro.

Simultaneamente à aprovação de uma profunda reforma da previdência, a nova administração deve endereçar imediatamente quatro questões: cortes significativos de subsídios de crédito e gastos tributários, reforma da administração pública, maior flexibilidade na gestão das despesas orçamentárias e amplo programa de privatização, com inclusão obrigatória de Petrobras, Eletrobras, BB, Caixa, Basa, BNB, Correios, Infraero, Casa da Moeda, CBTU e Companhias Docas.


A devolução adicional de recursos do BNDES e a venda da carteira de ações da BNDESPar podem gerar algo perto de R\$ 250 bilhões, o que daria algum alívio ao Tesouro no curto prazo.

Existe potencial para ajuste no corte dos gastos tributários da União, que somaram R\$ 270 bilhões em 2017, equivalentes a 4,1% do PIB. Boa parte dessas isenções fiscais criam regimes tributários diferenciados e, portanto, geradores de distorções em troca de quase nenhum benefício social.

O Simples (R\$ 76 bilhões) é um caso típico, pois a evidência empírica sugere a inexistência de efeitos significativos sobre a formalização de empresas nem tampouco sobre o emprego. O tratamento fiscal diferenciado concorre para garantir a sobrevivência de uma cauda de pequenas empresas muito pouco produtivas, travando a realocação de recursos e o crescimento da produtividade.

Os subsídios de crédito já estão em declínio após o pico de R\$ 145 bilhões em 2015, tendo alcançado R\$ 84 bilhões em 2017. Há, porém, espaço para cortes adicionais via diminuição do tamanho do BNDES e outras medidas, tais como o fim do Fundo de Marinha Mercante e a reformulação dos fundos constitucionais.

Simultaneamente à extinção de ministérios, outros órgãos da administração federal e cargos em comissão, a máquina pública precisa passar por profunda reestruturação. Isto deve compreender restrição da estabilidade no emprego a determinadas carreiras, avaliação sistemática de performance de funcionários, fim de privilégios, como os chamados “penduricalhos”, e o estabelecimento de critérios específicos para titulares de cargos de gestão – à semelhança da Lei das Estatais – para evitar a politização do serviço público, prática danosa intensificada nos últimos governos e em alta na administração Temer.

O novo governo disporá de oportunidade histórica para transformar a economia brasileira, implementando reformas que substituam a presença do Estado por uma iniciativa privada vibrante e capaz de liderar uma longa fase de prosperidade. Disparar um poderoso ataque contra o desequilíbrio fiscal será um excelente começo. 



ARQUIVO PESSOAL

**ROBERTO CASTELLO BRANCO** é diretor da FGV Crescimento e professor afiliado da FGV-EPGE.



# As dificuldades na adesão às novas tecnologias em escritórios de advocacia

■ POR JOSÉ PAULO GRACIOTTI

**A**ntes de mais nada, precisamos contextualizar o profissional do Direito (“aka” Advogado) que adotou a vertente profissional de trabalhar em Escritórios de advocacia e que são relativamente diferentes daqueles que optaram pelas vertentes da carreira acadêmica, pública ou corporativa e que não vamos discutir aqui.

Um ponto importantíssimo que temos que considerar é a psique profissional do Advogado e que é muito bem mostrada pelo estudo estatístico elaborado após anos de observação no mercado americano pela Caliper ([www.calipercorp.com](http://www.calipercorp.com)). Essa observação gerou o perfil profissional Caliper do advogado e seus desvios em relação à média da população americana, conforma abaixo e publicado no livro “GrowthisDead: Nowwhat?” de autoria de Bruce MacEwen da Consultoria Adam Smith, Esq.

Característica / traço da personalidade	Média da população americana	Média nos Advogados
Ceticismo	50%	90%
Autonomia	50%	89%
Raciocínio Abstrato	50%	81%
Urgência	50%	71%
Resiliência	50%	30%



“Com muita concorrência, pressão por preços e principalmente por eficiência e excelência na prestação de serviços. O mercado é definido hoje como “buyerspricing” e a adoção de tudo o que trouxer eficácia e competitividade (incluindo nisso a tecnologia) não mais opção e sim fator de sobrevivência.”

Apesar de ser um estudo realizado nos Estados Unidos, com meus trinta anos de experiência em lidar com esses profissionais, me arrisco a dizer que se não for idêntico aos nossos, está muito próximo da nossa realidade.

Para se adotar algo novo (seja o que for) são necessárias algumas características tais como: acreditar e confiar profissionalmente em outros profissionais (que estão trazendo as novidades), estar disposto a experimentar, ter espírito de equipe (para perceber que sua mudança pode ajudar o time), se programar ou planejar a forma de adoção das novidades e usar os feedbacks seus e da equipe e principalmente não ter postura reativa.

Se analisarmos detalhadamente as características elencadas acima, ficará muito claro o impacto dessas delas sobre o tema de nossa discussão. O novo, sempre gera

uma reação de desconfiança e medo na precisão (característica importantíssima para a profissão do Direito).

Outro ponto a ser considerado é a própria afinidade do profissional (que escolheu uma matéria humana) e a sua própria formação acadêmica que tem/teve um enfoque muito subjetivo e interpretativo na linguagem e muito pouco pragmático ou matemático, normalmente focados nas profissões exatas (pelas quais os sistemas e softwares são desenvolvidos).

Esse “gap” de formação traz uma dificuldade natural para o advogado absorver e entender a lógica sistêmica (que é “burra” para os olhos desses profissionais). Citando apenas como exemplo, todos os sistemas de busca usam os conectores lógicos (chamados de booleanos) e os advogado têm que absorver a diferença entre o conector “e” que na matemática que dizer “interseção” versus o significado da conjunção aditiva “e” usada na linguagem escrita e falada que significa “união”.

Além das dificuldades responsabilizadas aos advogados, há que se considerar também a “dureza” dos sistemas oferecidos a estes, que por terem sido desenvolvidos por profissionais das áreas de exatas, são muito pouco amigáveis para os “leigos”, não técnicos. Todos nós deveríamos agradecer diariamente (exagerando) aos Sr. Steve Jobs que introduziu no mundo da tecnologia o conceito da facilidade e da intuitividade nos seus produtos e que geraram uma revolução em todos os sistemas e aparelhos que forma desenvolvidos depois do iPhone.

Quem é mais “antigo” como eu, deve se lembrar da evolução dos aparelhos de video-cassete, nas décadas de 80/90 quando foram se tornando cada vez mais sofisticados até chegar a um ponto que não sabíamos mais operá-los! Atualmente tudo tem que ser fácil e intuitivo e os novos sistemas oferecidos aos advogados também devem ser! Isto se chama consumerização.

Muito mais importante que a adoção das novas tecnologias é a mudança do “mindset” de advogados e principalmente daqueles que dirigem escritórios de advocacia, pois a mudança é muito maior que a simples adoção de tecnologia. É a adoção de uma cultura revolucionária, como tem acontecido em quase todos os outros mercados e não simplesmente a evolucionária, pensando em fazer melhor o que sempre foi feito. O mercado em geral espera de todos os players a apresentação de opções diferentes e mais competitivas.

A história da evolução dos escritórios de advocacia nos remete às décadas de 70/80, quando existiam apenas uns poucos escritórios com qualidade e formação internacional, aliado ao fato de estarmos vivendo uma reserva de mercado. Naquela época praticamente não existia concorrência e logo após com a abertura do mercado brasileiro o setor viveu um boom de crescimento e o mercado jurídico passou a viver uma situação cômoda de “sellerspricing”. Atualmente a situação é exatamente oposta, com muita concorrência, pressão por preços e principalmente por eficiência e excelência na prestação de serviços. O mercado é definido hoje como “buyerspricing” e a adoção de tudo o que trazer eficácia e competitividade (incluindo nisso a tecnologia) não mais opção e sim fator de sobrevivência. **■**



**JOSÉ PAULO GRACIOTTI** é consultor, autor do livro “Governança Estratégica para escritórios de Advocacia”, sócio da Graciotti Assessoria Empresarial, membro da ILTA – International Legal Technology Association e da ALA – Association of Legal Administrators. Há mais de 30 anos implanta e gerencia escritórios de advocacia.

# A penhora administrativa de bens e a inversão da boa-fé do contribuinte



■ POR MIRIAN TERESA PASCON

**E**m janeiro de 2018, com a pressão da bancada ruralista para a aprovação do Programa Especial de Regularização Tributária Rural, foi promulgada a Lei nº 13.606/18, concedendo a mais robusta anistia fiscal das últimas décadas. Tendo o benefício fiscal como protagonista, a lei introduziu significativas alterações no procedimento fiscal administrativo federal. Os seus profundos impactos ainda não se fizeram sentir pelos contribuintes, em razão de terem o início de sua vigência prorrogada, mas pela gravidade já se encontram judicializadas por três Ações Direitas de Inconstitucionalidade (ADIs), entre elas, uma da Ordem dos Advogados do Brasil.

A Lei nº 13.606/18, além de autorizar o PRR, através de um único artigo, acresceu à Lei nº 10.522/02, que “dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências”, os arts. 20 B, C, D e E, trazendo impactantes modificações no que diz com os procedimentos e consequências da inscrição em dívida ativa de débitos tributários federais.

Dentre as inovações, encontra-se a possibilidade de penhora administrativa de bens, a denominada “averbação pré-executória”, que autoriza o órgão à adoção de medidas gravemente restritivas à atividade empresarial.

A lei foi regulada pela Portaria PGFN nº 33/2018, que, extrapolando as já preocupantes alterações legais, ampliou as inovações, decorrendo, na prática, no que tem sido chamado de nova fase contenciosa administrativa.


Em resumo, dentre as inovações normativas, após a inscrição em dívida, o contribuinte será intimado para pagar ou parcelar o débito em até cinco dias, realizar oferta antecipada de garantia, ou apresentar pedido de revisão em até 10 dias. Não sendo adotadas nenhuma destas medidas, ou não sendo a garantia aceita pela PGFN – que terá a faculdade de indeferimento, o órgão poderá adotar uma série de providências restritivas. Entre elas: representação à Receita Federal para aplicação de multa na distribuição de dividendos, solicitação do cancelamento de benefícios fiscais e de contratos com o Poder Público, e ainda, realização da averbação pré-executória, que, em verdade, é uma penhora de bens, vez que os torna indisponíveis.

Em resultados práticos, trata-se de autorização para que a PGFN proceda ao bloqueio de bens de contribuintes sem ordem ou autorização do Poder Judiciário e à revelia do devido processo legal.

Importante ressaltar que a inscrição em dívida ativa é ato unilateral da administração tributária, prerrogativa essa que faz da CDA – Certidão de Inscrição em Dívida – o único título judicial do qual o devedor não tem participação na constituição, quer mediante o exercício do contraditório judicial, quer por ato de sua vontade. Essa única razão já seria suficiente a caracterizar a inconstitucionalidade de qualquer restrição de bens e direitos do contribuinte fora do âmbito judicial, onde lhe será assegurada a ampla defesa.

Criou-se uma etapa administrativa na já combatida trajetória de defesa do contribuinte, que atualmente, tem demandado média de uma década para análise pelos órgãos administrativos, e cujos julgamentos desfavoráveis, como é notório, encontram-se hoje fortalecidos pelo instrumento do voto de qualidade. Isso para os casos em que fora possibilitada a defesa contenciosa ao contribuinte, o que não ocorre quando das inscrições que são diretamente procedidas em decorrência da entrega das obrigações acessórias, em que hoje se delega aos contribuintes o que seria o poder/dever de fiscalização da correção das apurações pelo Fisco.

Em alternativa ao bloqueio de seus bens, a averbação poderá ser impugnada pelo contribuinte, acrescentando-se à complexidade da *via crucis* administrativa do contribuinte nova etapa contenciosa para aferição de adequação ou suficiência de garantia, registre-se, sem que a exigibilidade do crédito tributário seja suspensa, e anteriormente ao ajuizamento do feito executivo pela PGFN, com o alijamento de participação do Poder Judiciário, tudo em atos antecipatórios que, a rigor, deveriam se desenvolver no âmbito da tramitação da Execução Fiscal, conforme assegurado pela Lei nº 6.830/80.

Tais inovações justificam-se em defesa o crédito tributário, com o intuito de prevenção de fraude às execuções, à medida em que, anteriormente à fase judicial, o contribuinte já estaria impedido de manejar a desconstituição de seu patrimônio. Embora a motivação seduza, denota expressamente que a premissa normativa é a da má-fé do contribuinte. Em nome dessa má-fé, a legislação autoriza a violação de direitos constitucionais de propriedade, ampla defesa, e livre iniciativa, entre outros. Trata-se de inversão de valores que demanda não somente enfrentamento judicial para seu afastamento, mas reflexão mais detida pela sociedade civil acerca das opções de valores que ela deseja amparados pela produção normativa do país. 



**MIRIAN TERESA PASCON** é coordenadora do Departamento Jurídico da DBC Consultoria Tributária.

# Licenciamento ambiental de infraestrutura

*Alexandre Sion e Marcos Abreu Torres*

**D**iferentemente dos projetos essencialmente particulares, cujo interesse principal pertence ao agente privado, os projetos de infraestrutura transcendem essa esfera e alcançam o setor público e a população em geral, pois geram externalidades positivas, como emprego, renda, tributos e bem-estar, além de preparar terreno para a atração de investimentos e o desenvolvimento socioeconômico.

Em regra, tais projetos sujeitam-se ao licenciamento ambiental, um controle prévio realizado pelos órgãos ambientais competentes, que atesta a viabilidade de sua localização, concepção e operação.

Ocorre que o diagnóstico do licenciamento ambiental no Brasil vai muito mal: todos os atores envolvidos acreditam que o modelo precisa evoluir. Ainda que por motivos diversos, órgãos ambientais, Ministério Público, ONGs, órgãos intervenientes e, especialmente, a iniciativa privada, estão insatisfeitos. É senso comum que um licenciamento ambiental que demora 10, 12, 14 anos para ser concluído é inaceitável.

Infelizmente, não estamos falando de casos isolados. O Brasil tem enormes dificuldades de viabilizar a implantação desses projetos e isso precisa ser enfrentado.

É senso comum que um licenciamento que demora 10, 12, 14 anos para ser concluído é inaceitável. Infelizmente, não falamos de casos isolados.

Inúmeros são os fatores que agregam tempero agressivo e cumulativo a esse cenário. E eles vão do modelo estrutural do licenciamento que comporta a atuação de um sem-número de órgãos, ao medo justificado dos agentes públicos em conceder autorizações e licenças ambientais, passando, inclusive, pela inclinação ideológica de cada um dos “stakeholders” que orienta a forma de encarar o mundo e a economia de mercado.

Poucos discutiriam seriamente um modelo de desenvolvimento que não considere a variável ambiental. Seja pela consciência ecológica, cada vez mais presente na sociedade global, seja por força do que estabelece a nossa Constituição da República, que impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de proteger o meio ambiente ecologicamente equilibrado e defendê-lo para as presentes e futuras gerações.

Mas, talvez, como sociedade, tenhamos sido tragados pela necessária e importante consciência ecológica e estejamos com dificuldade de enxergar que, assim como tudo na vida, devemos ter a capacidade de ponderar, de atuar com equilíbrio. Nesse ponto, é importante lembrar que o Brasil se fundamenta nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e tem como objetivos declarados o desenvolvimento nacional e a erradicação da pobreza.

O grande desafio dos empreendedores e do Poder Público continua sendo, exatamente, equalizar a proteção ao meio ambiente com tais fundamentos e objetivos.

Ocorre que o modelo de licenciamento em vigor não garante a efetivação do desenvolvimento socioeconômico e tampouco a proteção ambiental. Dentre as causas da ineficácia, destaca-se a existência de uma estrutura hostil e insegura para os agentes públicos que, pressionados pelos diversos participantes desse processo, acabam receosos de acusações de improbidade administrativa ou mesmo incriminados com base na Lei de Crimes Ambientais, preferindo “cruzar os braços” em postura defensiva nos licenciamentos de grande complexidade (“dorme tranquilo quem indefere”).


Nesse sentido, a Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, recentemente alterada pela Lei 13.655/18, passou a exigir o dolo (vontade consciente de praticar um ato ou assumir o risco de produzi-lo) ou o erro grosseiro como pressupostos para a responsabilização pessoal dos agentes públicos pelos seus atos de natureza técnica em âmbito administrativo; inovação positiva que dará maior segurança ao servidor e, conseqüentemente, ao processo de licenciamento.

Na mesma linha, o Projeto de Lei nº 3.729/2004, batizado como Lei Geral do Licenciamento Ambiental, contempla em seu texto a revogação do parágrafo único do art. 67 da Lei nº 9.605/98, que tipifica a modalidade culposa do crime consistente na outorga de licença ou autorização em desacordo com as normas ambientais. Responsabilizar o agente público que concede uma licença de forma correta, mas não conhece, eventualmente, uma das milhares de normas em matéria ambiental (federais, estaduais e municipais), ou as interpreta de modo diferente dos membros dos órgãos de controle, milita em favor de um sistema paralisante.

Outro gargalo para os empreendimentos de grande porte é a cultura de ver o licenciamento ambiental como uma panaceia que resolverá todas as mazelas sociais e que acaba por envolver assuntos fundiários, históricos, arqueológicos, artísticos, indigenistas e diversas questões não necessariamente relacionadas ao licenciamento ambiental - 80% dos problemas identificados nos licenciamentos do Ibama estão ligados às questões sociais e econômicas, enquanto apenas 20% às questões ecológicas.

Na prática, a intervenção de terceiros no bojo do licenciamento ambiental (Funai, Fundação Cultural Palmares, IPHAN, ICMBio, entre outros), na forma como ocorre hoje, implica na paralisação da tramitação dos processos, tendo em vista a insegurança jurídica e a precariedade das estruturas vivenciadas diariamente pelos servidores das entidades intervenientes, que delongam excessivamente as suas manifestações.

A autonomia dos órgãos licenciadores é impactada, contribuindo para a ineficácia do sistema como um todo.

É evidente que o licenciamento ambiental precisa ser repensado. Hoje, a necessidade de um modelo mais célere, que viabilize os empreendimentos importantes para o país, sem olvidar a proteção ao meio ambiente, é o único caminho para garantir a concretização dos valores constitucionais da livre iniciativa, erradicação da pobreza e a busca do pleno emprego. 



**ALEXANDRE SION** é advogado, vice-presidente da União Brasileira da Advocacia Ambiental (UBAA) e professor de direito da PUC-MG;



**MARCOS ABREU TORRES** é advogado, membro da União Brasileira da Advocacia Ambiental UBAA e autor de “Conflito de normas ambientais na federação”.

# Estudo sobre Contratos nas Estatais

■ POR IVAN BARBOSA RIGOLIN

**“Augura-se que as autoridades dirigentes das estatais saibam distinguir entre o bom e o aproveitável, dentro desta lei, da escória imprestável em má hora colhida de outras leis, que nem cá nem lá jamais deveriam ter sido escritas.”**

**E**ste artigo completa os comentários a toda a matéria relativa a licitações e contratos existente na assim dita lei das estatais, a Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, tendo sido publicada a parte de licitações, compreendendo os arts. 28 a 67, em dez artigos, ou em dez partes. Seguem agora os comentários aos arts. 68 a 84.

Até pelo número de artigos já se denota que a parte sobre contratos da lei das estatais é sensivelmente menor que a sobre licitação, e, a par disso, se ateve de modo ainda mais apertado à lei de licitações, arts. 54 a 80.

Muita vez a LE apenas abreviou e resumiu aqueles artigos inspiradores integrantes da lei das licitações, quando não, acolhendo aquelas regras tradicionais e amplamente conhecidas, pura e simplesmente reproduziu alguns sem alteração.





A matéria, portanto, dentro do direito brasileiro, praticamente nada tem de original, representando, antes, uma muito importante simplificação do disciplinamento dos contratos com relação àquele constante da Lei nº 8.666/93 – cujos comentários em matéria de contratos servem em grande parte à LE.

O que resultou de mais importante em questão de contratos das estatais, entretanto, é a seguinte constatação, que se extrai já da primeira leitura: os contratos das estatais são civis, comuns, e não contratos administrativos.

Com efeito, todas as cláusulas e descritivos legais constantes da lei das licitações para os contratos da administração direta, autárquica e fundacional foram cuidadosamente evitados na lei das estatais.

A lei das estatais na sua parte de contratos cuidou atentamente de retirar toda e qualquer caracterização daqueles ajustes como contratos administrativos, excluindo mesmo alguma simples ou eventual menção a contratos administrativos.

Ou seja: qualquer matéria equivalente aos arts. 54; 57, § 1º, incisos I a VI; 58, 65, 78 e 79, todos da lei de licitações, na LE simplesmente inexistem, descaracterizando por completo qualquer mínima possibilidade de configuração de contrato administrativo. Apenas confirmou que, também em sede de contratos, não há mal que sempre dure.

Andou nesse passo muitíssimo bem a lei, e consagrou o que a melhor doutrina sempre defendeu, uma vez que não se imagina, em sã consciência do direito, que empresas possam celebrar contratos de uma natureza que apenas faz sentido quando o contratante é o próprio poder público, seja por entes do Executivo, do Legislativo, do Judiciário, do Ministério Público, dos Tribunais de Contas, das autarquias que não sejam corporativas especiais e das fundações públicas.

Empresas, constituídas como são sob a forma do direito privado – ainda que com participação de dinheiro público em percentual ou na totalidade do capital social -, não deixam de ser empresas e de se reger pelo direito empresarial e não pelo direito público. Não é o dinheiro público inicial que transforma uma empresa em outra coisa.

As empresas tradicionalmente não sabem, não querem saber e, possivelmente, têm muita raiva de quem saiba o que são contratos administrativos – afinal são empresas, e não Prefeituras, Tribunais ou autarquias.

Se o Estado, na sua incansável criatividade, inventa autarquias, depois fundações públicas, depois empresas públicas, depois sociedades de economia mista, depois organizações sociais, depois parcerias público-privadas, depois consórcios públicos, uma após a outra sem cessar, então precisa saber o que é e o que significa cada uma dessas entidades, e saber que são essencialmente diferentes entre si, e saber exatamente quais são essas diferenças institucionais, jurídicas, operacionais, técnicas, financeiras, contábeis e de quantas outras naturezas possam existir. Não se concebe ao inventor desconhecer as características do ser que inventou.

Se o poder público institui empresas, nesse passo abre mão do regime de direito público que seria aplicável caso fossem, por exemplo, autarquias. Se necessita agilidade, dinamismo empresarial, velocidade operacional, maior liberdade de negociação – ou em suma se precisa de gestão empresarial e não de letargia pública –, e se para isso cria empresas, então que doravante observe e respeite a natureza do ente que criou.

Se ingressou no, e avançou pelo, mundo empresarial quando não precisava fazê-lo, então que vista a camisa da realidade institucional da empresa, que em quase tudo, para seu gáudio, refoge ao regime do direito público. Condenar uma

empresa a ter regime de direito público seria o mesmo que negar a identidade da mesma empresa, como matar o boi para livrá-lo do berne.

Assim sendo a realidade, os contratos das estatais serão tudo menos, felizmente para todos os habitantes do universo, administrativos<sup>1</sup>.

## **Artigo 68.**

Confirmando o anunciado, a só leitura deste artigo, que só tem o caput, já evidencia que os contratos das estatais são civis ou privados, e não administrativos ou sob regime de direito público. Desfaz-se um mal-entendido que durou um quarto de século, desde a Lei nº 8.666/93 que arrojou as estatais no balaio das entidades do estado sem diferenciação com relação aos entes verdadeiramente públicos, integrantes da Administração direta e indireta. A LE, quanto aos contratos, repõe as coisas no lugar e na ordem jurídica adequada.

Reza que os contratos das estatais regulam-se pelas suas cláusulas, pelo disposto nesta lei e pelos preceitos de direito privado. Em momento algum tangenciou-se o regime administrativo dos contratos, uma vez que eles na melhor técnica jamais foram concebidos nem concebíveis para empresas públicas nem para sociedades de economia mista, nem muito menos para empresas que em dado momento passam a pertencer ao estado.

Se a lei das licitações tratou os contratos das empresas estatais com grosseria jurídica tal que as pareou com os entes públicos, fê-lo por incúria e desmazelo exemplares, que sempre foram combatidos com veemência pela doutrina toda uníssona desde o primeiro momento, em 1993. Parece que a partir desta LE o problema se resolve.

É evidente que em primeiro lugar se deve ter a lei como fundamento do contrato, seja a LE, seja principalmente a legislação civil, a começar pelo Código Civil. Depois da lei, e dentro da lei, a seguir entram em cena as cláusulas do contrato, as quais, repitam, devem conformidade apertada ao que a lei permite, sendo esse o limite – portanto legal – de discricionariedade imposto às partes. Dentro da lei em princípio os contratantes são livres para dispor e depois para negociar.

No mais, em surgindo demanda, prebenda ou disputa que não se possa resolver nem pela lei nem pelo contrato, então as partes deverão aplicar os princípios de direito civil, ou de outro direito privado como é o comercial quando for o caso, para tentar dirimi-la da melhor forma.

O direito público ficou de fora, o que resulta juridicamente perfeito em se tratando de negócios empresariais, ainda que com empresas do estado. Em direito como na vida, cada macaco em seu galho.

## **Artigo 69.**

Equivalente ao art. 55 da lei das licitações, porém convenientemente mais curto e objetivo, este dispositivo elenca os conteúdos necessários dos contratos celebráveis pelas estatais, nos seus incisos I a X. Os incisos I a IX são praticamente cópias dos equivalentes incisos do art. 55 da lei das licitações, e apenas o inciso X, obrigando que exista a matriz de riscos, é que inova.

O inciso I manda que o contrato contemple o objeto, com seus elementos característicos. É que mesmo o óbvio em direito geralmente precisa estar escrito com todas as letras, como aqui ocorre. Um contrato sem objeto será como um homem sem cabeça, ou um objeto sem corpo.

O objeto deve estar ao menos sinteticamente descrito no articulado do contrato, e tão minuciosamente quanto necessário nos anexos daquele instrumento. Os anexos se prestam muito mais adequadamente para detalhamentos e minudenciamentos que o corpo principal do contrato, ao qual se recomenda sobriedade e concisão.

Para completas descrições de objetos é que existem os anexos nos editais e, sendo o caso, nos contratos, recordando-se sempre que aqui, tal qual na lei das licitações, ao início o contrato integra o edital, e no segundo momento é o edital, completo, que integra o contrato.

Parece despidiendo enfatizar que qualquer objeto lícito e adequado ao direito é permitido aos contratantes, seja ou não licitado o contrato. A natureza e o escopo de cada estatal é que determinará a sua conformação e todas as suas características, dentro de cada ocasional necessidade e conveniência.

O inciso II prevê que o contrato indique o regime de execução (em se tratando de obras ou de serviços) ou a forma de fornecimento (caso seja de compras o objeto). Os regimes de execução das obras e dos serviços de engenharia são aqueles previstos nos incisos I a VI do art. 43, e quanto aos demais serviços a lei nada diz, porém nada impede a aplicação de algum daqueles seis regimes mesmo que o contrato seja de outros serviços que não de engenharia, porque em essência nada têm de incompatível uns com outros, exigindo-se apenas pequenas adaptações lógicas.

O art. 42 define os regimes, e norteadamente por aquelas definições o regime de cada contrato de obra ou de serviço haverá de ser o escolhido, conforme a conveniência de cada momento.

O inciso III reproduz o inciso III do art. 55 da lei de licitações. Deve o contrato prever preços e condições de pagamento, critérios, data-base e periodicidade de reajustamentos, e os fatores de atualização monetária entre a data do vencimento da obrigação e o seu efetivo pagamento. Naturalmente não poderia o contrato deixar de estabelecer preço e condições de pagamento, nem, se houver, data e fator de reajuste, já que essas são cláusulas essenciais.

Está, entretanto, desatualizada, tendo perdido toda importância, a previsão de atualização das parcelas pagas com atraso, em face da pouca inflação – oficial – que se verifica no país nos últimos anos. Se esse fator já era menosprezado mesmo com a inflação galopante ao início da lei de licitações, hoje em dia costuma ser desprezível, e simplesmente ignorado em editais e em contratos, sem reclamação de quem quer que seja.

O inciso IV também repete matéria da lei de licitações, e informa que o contrato deve conter previsão de todos os prazos a cumprir pelas partes, como os de início, de etapas distintas de execução, de observação, de entrega e de recebimento, sempre que cabíveis. Se ainda existirem outros prazos a observar, é também por força deste inciso que o contrato os deverá consignar expressamente – ou de outro modo simplesmente inexistirão, eis que o contrato é, como se sói afirmar, a lei entre as partes. A previsão é igualmente essencial à perfeição formal do contrato.

O inciso V cuida das garantias que a estatal contratante acaso exija, “observado o disposto no art. 68” - e confessamos não saber o que isso significa, já que nada tem o art. 68 com garantias. Então, parece que a menção àquele art. 68 constitui um simples erro, já que o dispositivo a ser corretamente observado é o art. 70, este, sim, a disciplinar a questão das garantias, e o fazendo semelhantemente ao que fez a lei de licitações.

O inciso VI também lida com matéria essencial, relativa aos direitos e as responsabilidades das partes contratantes, assim como alude às eventuais infrações na execução e suas correspondentes penalidades, sobretudo multas, tudo isso a ser obrigatoriamente estabelecido no contrato dentro do que contiver de previsível – pois que amiúde ocorrem infrações e irregularidades, inimagináveis com antecedência, na execução.

O tema não é muito fácil de disciplinar na lei senão deste modo genérico, uma vez que cada contrato terá conteúdos próprios e específicos, a ensejar penalidades equivalentemente específicas por eventuais infrações, e multas na mesma esteira, sendo tudo isso, muita vez, pontual e casuístico em grande medida, e com tanto intransferível de um para outro contrato.

O que se espera das autoridades elaboradoras dos contratos é moderação, bom-senso e equitatividade nestas fixações, que devem ser razoáveis e proporcionais em qualquer hipótese, jamais abusando a estatal de seus naturais poderes de parte forte na relação contratual – algo sempre repugnante seja qual for o ente público contratante.

O inciso VII manda que o contrato preveja os casos, ou as hipóteses, de rescisão. Perfeito e coerente, muito mais que a previsão idêntica que consta de lei de licitações, porque naquela lei existe um artigo que elenca as dezoito hipóteses de rescisão do contrato administrativo, e, se existe, não tem muito sentido que o contrato também as preveja, quando a lei já esgotou o assunto.

Como esta LE não contém nada parecido com o art. 78 da lei de licitações, então faz todo sentido este inciso VII, e as hipóteses de rescisão poderão ser livremente elaboradas para cada contrato, obviamente dentro de parâmetros usuais e praticados nas empresas – muito mais do que nos entes públicos, advirta-se, porque os contratos das estatais não são administrativos, mas privados. A inspiração para o conteúdo rescisório dos contratos das estatais é, portanto, civil, não administrativa – com a graça das potestades celestes.

O inciso VIII reproduz o inciso XI do art. 55 da lei das licitações, e é de muito boa qualidade. Manda que o contrato estabeleça – em outras palavras – que o edital da licitação se houve, ou o termo de dispensa ou inexigibilidade se foi o caso, e sempre a proposta do contratado, tudo isso integre o contrato como se nele estivesse inteiramente transcrito. Esta integração deve estar escrita no contrato, com todas as letras.

Ótimo, pois que não se admite nem se imagina como o edital poderia licitar uma coisa, e o contrato obrigar a outra. Esta regra impede formalmente e desde logo qualquer discrepância entre edital e contrato, e viabiliza impugnações a editais que as contenham, a tempo de serem corrigidas antes do certame.

O inciso IX é calcado no inciso XII do art. 55 da lei de licitações, é outra previsão tida como muito útil à Administração – ao menos à sua fazenda e aos órgãos de arrecadação. O INSS está na sua origem, pelos motivos mais compreensíveis: se não bem fornido de dotação o órgão da previdência nacional, rui o país inteiro, com suas dezenas de milhões de aposentados e pensionistas. Não se imagina catástrofe maior, nem semelhante.

Serve a licitação e o contrato para garantir que ao menos os licitantes e os contratados estejam em dia com suas obrigações providenciais, porém o escopo do inciso é maior, já que o edital pode estabelecer quais documentos habilitatórios deverão ser renovados a cada mês pelo contratado, como condição de regularidade do próprio contrato.

E dentro desse rol devem estar os documentos vencíveis no tempo e não outros, como atestados de desempenho anterior ou contrato social, que não vencem nem caducam. (Quem demonstrar ter construído as pirâmides do Egito ou as catedrais góticas francesas estará habilitado, em matéria de desempenho anterior, *per omnia saecula saeculorum*). Mas o edital deverá indicar expressamente quais são esses documentos, não podendo silenciar ante questão tão relevante para o contratado.

E o tema inspira a consideração de que com frequência os entes públicos apenas o contratado que não renova seus documentos vencidos com a sanção de não os pagar enquanto não os atualizarem.

É o jeitinho brasileiro, sem qualquer amparo na lei mas que no frígido dos ovos resulta muito mais razoável ao contratado do que seria aplicar-lhe a lei no seu rigor: sim, porque se a lei manda que o contratado mantenha durante a execução contratual todas as condições de habilitação que demonstrou deter na licitação, e se mesmo assim ele não as mantém, então simplesmente descumpriu o contrato e, com tanto, merece as penas da inadimplência de sua obrigação.

Tal seria imensamente mais gravoso e ‘serio ao contratado, que receberia, sim, pelo que fez e entregou, e que foi bem recebido pela Administração, porém (I) teria rescindido seu contrato; (II) seria provavelmente multado por inadimplemento de obrigação; (III) poderia sofrer outras penas como suspensão do direito de licitar e contratar com o seu contratante, sempre na forma dos arts. 82 a 84 desta LE.

E nesse panorama seja considerado que em boa hora esta LE não reproduziu a péssima penalidade da declaração de inidoneidade para licitar e contratar com o poder público, tão mal descrita na lei de licitações que constitui só em si uma inidoneidade contra o direito e a lógica jurídica. Trata-se de um tipo penal ignominioso, de algum autor que ouviu cantar o galo e não sabe onde.

Então, assim sendo, questiona-se: o que é materialmente pior para o contratado, segurar o pagamento enquanto o contratado não regulariza sua situação fiscal, ou aplicar a lei literalmente e rescindir o contrato, aplicar-lhe multas e outras penas? O jeitinho brasileiro é neste ponto, e contra tudo que formalmente se lhe contraponha, um passo adiante em matéria penal.<sup>2</sup>

O inciso X, por fim no elenco, obriga que o contrato contenha a matriz de riscos. Novidade desta LE como já se disse, a matriz de riscos vem definida no art. 42, inciso X, desta LE. Trata-se da “cláusula contratual definidora de riscos e responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à licitação, contendo no mínimo as seguintes informações” (e seguem as alíneas a a c, que as indicam).

Assunto marcadamente técnico e de boa inspiração, será concebido e elaborado a cada edital para contemplar parâmetros necessários a cada objeto em licitação com vista a desde logo tentar já equacionar, dentro do possível, os riscos econômicos e financeiros envolvidos na própria execução, ou a ela inerentes.

A idéia é elogiável sob qualquer aspecto, vez que procura minimizar os fatores de riscos econômicos dos futuros contratos, que tanto instabilizam o seu preço e que, de resto e por isso, costumam gerar escândalos sem conta que a imprensa noticia diariamente, e os sobre preços e superfaturamentos, e as mazelas de corrupção e de negociatas que em dado momento de nossa história quase passaram a ser a regra dos negócios públicos, degradando o país ao plano de um chiqueiro institucional.

Com efeito, antevendo-se os possíveis e prováveis riscos contratuais com antecedência, a vocação é reduzi-los ao mínimo previsível, o que todos na nação anseiam a mais não poder – exceto os delinquentes clássicos e tradicionais.

Tendo sido vetado o § 1º do artigo, o § 2º, que o encerra, obriga com todas as letras e às claras o procedimento de readequação das propostas vencedoras de licitações nas quais ocorreu o modo aberto de disputa. O pregão tornou-se hodiernamente a referência ou o exemplo clássico de modo de disputa aberto em certames licitatórios, e essa parece ser a sua grande vantagem para a Administração, além da excelente inversão das fases de habilitação e julgamento das propostas.

Se houve disputa aberta, na qual os proponentes puderam cobrir suas iniciais propostas escritas, então é natural que ao final da disputa, tendo sido alterada a composição dos preços internos da proposta vencedora, o seu autor precise readequá-los ao valor vencedor, sempre mais baixo que o de início, para que seja coerente com a legislação e com os fatores fixos de custos, como impostos e encargos sociais, e com fatores variáveis de custo, como é o BDI, tudo de molde a equacionar os novos valores vencedores ao novo valor final vencedor. Agora esta obrigação, mais de que lógica e necessária, consta expressa e claramente da lei das estatais.

## **Artigo 70.**

Agora o tema é o das garantias exigíveis pelas estatais dos seus contratados. Outra vez a inspiração é da lei das licitações, art. 56, em parte aqui reproduzido.

A garantia serve para indenizar o contratante por prejuízo ensejado pelo contratado que descumpra o contrato no todo ou em parte, e por qualquer modo, seja por deixar de executar, seja executando mal e de modo irreversível, seja ensejando dano ao contratante por má execução, seja por outro motivo, sempre ligado ao inadimplemento.

Não foi ainda desta vez que o direito brasileiro ganhou a figura da garantia que o direito alienígena denomina *bid bond*, ou seja a garantia da proposta, pela qual o ente contratante obtém uma indenização securitária, contratada pelo vencedor enquanto era ainda apenas um licitante, e que é devida em razão de que o vencedor, convocado para contratar, não comparece.

Aquela garantia pode abranger até mesmo 100% do valor do contrato, e em ocorrendo a hipótese não pode existir melhor negócio para a entidade licitadora, que sem gastar um centavo recebe tudo o que iria pagar ao contratado. Fica sem o objeto naquele momento, é certo, mas obtém uma indenização mais do que compensadora. Mas nada disso existe nesta LE, que permanece presa às nossas tradicionais espécies de garantias de execução (*performance bond*), alinhadas nos incisos I a III do § 1º deste art. 70.

Primeira consideração: não existe garantia obrigatoriamente exigível do licitante, nem do licitante vencedor. Todas as espécies de garantia são facultativamente exigíveis no edital, a estatal exigindo alguma delas ou não exigindo nenhuma. A idéia, que se observa ventilada vez que outra, de que as garantias são sempre necessárias nas licitações não tem pé nem cabeça.

Segunda: quem escolhe a espécie de garantia a prestar, se exigida no edital, é o licitante e não a estatal. Ela apenas a exige, e o licitante elege a modalidade que mais lhe convenha dentre as três opções dadas pelo § 1º.

Terceira: a jurisprudência de contas tem insistido em que a garantia não deve ser exigida aprioristicamente de todos os licitantes, mas apenas do vencedor e

como condição para este contratar. Filiamo-nos a esse entendimento, pois que se revela injusto obrigar simples concorrentes a despendere dinheiro contratando garantias não sabem do quê, para um negócio que ainda não saiu e nem sabem se sairá. Não tem propósito obrigar licitantes a uma despesa sem sentido como seria essa, e que eventualmente serviria apenas para um deles. O edital, assim, em boa técnica deve estabelecer com clareza o momento, o valor e a circunstância de prestação da garantia pelo vencedor, se a exigir.

As três modalidades de garantia das quais o prestador deve escolher uma são (I) caução em dinheiro; (II) seguro-garantia e (III) fiança bancária. São modalidades aqui conhecidas de todos os fornecedores da Administração, e a todo tempo exercitadas nos contratos públicos.

O edital que as exija deve disciplinar questões como a validade do seguro-garantia e da fiança bancária, e a prática é a de exigir que durante toda a execução o objeto esteja coberto pela garantia, sob pena de rescisão por descumprimento – o que faz todo sentido.

Repetindo a lei de licitações, e pelos §§ 2º e 3º deste art. 70 o valor da garantia não excederá 5% (cinco por cento) do valor do contrato, salvo em objetos de grande vulto e complexidade técnica, quando poderá atingir 10 % (dez por cento) do valor contratual.

A LE não estabelece o que seja aquele grande vulto, e a estatal poderá valer-se para tanto, se quiser, do inciso V do art. 6º da Lei nº 8.666/93, como poderá não se valer e entender grande vulto como bem quiser.

O que significa g complexidade técnica, por outro lado, é questão que jamais será resolvida, objetivada ou pacificada: tem grande vulto, e grande complexidade técnica, o que a estatal, justificadamente ou não, disser que tem, e o assunto está encerrado. Além de indeterminado esse conceito é indeterminável, como inumeráveis outros que a legislação produz aos borbotões, e de nada adianta o esforço que a lei de licitações faz no § 9º do seu art. 30 para aclará-lo, uma vez que esse último dispositivo acresce outras dúvidas ao que já não se sabe.

Se a garantia prestada foi em dinheiro, então a estatal deverá corrigir o seu valor antes de devolvê-la ao contratado após a execução, a lei não indicando por que fator, de modo que quaisquer índices usuais de correção monetária podem desincumbir esse papel, sempre na forma do que disse o edital. Não se devolve garantia parceladamente à medida da execução, mas apenas totalmente, após cumprida toda a obrigação pelo contratado.

Quanto às duas outras garantias, seguro-garantia e fiança bancária, ainda na forma dos §§ 2º e 3º serão atualizadas pelos mesmos índices de correção ou de reajuste dos contratos a que se vinculem, o que é medida absolutamente lógica e razoável. A cada alteração do valor do contrato, também a garantia deve ser correspondentemente alterada.

### **Artigo 71.**

Aqui a LE cuida da fundamental questão da duração dos contratos das estatais. Equivalente ao, ou inspirado no, art. 57 da lei de licitações, resultou, entretanto, muitíssimo mais sintético, objetivo e prático, tudo resultando do fato de que os contratos das estatais são civis e não administrativos. A matriz inspiradora, de sete cabeças, foi simplificada até o ponto de se extirparem seis, do que as estatais deverão ser gratas até o dia do juízo final.

Dotado tão-só do *caput* com dois incisos e de um só parágrafo, inicia estabelecendo que a duração dos contratos não excederá 5 (cinco) anos, exceto na hipótese dos incisos.

O inciso I permite que o contrato dure mais que o quinquênio se o seu objeto for projeto contemplado no plano de investimentos da estatal contratante. Natural, uma vez que os planos de investimentos em geral contemplam metas de longo prazo e dilatado alcance, com vista a viabilizar o retorno de pesadas inversões de capital, e cinco anos para esse efeito constituem prazo, conforme o caso, quase exíguo.

Semelhante ao inciso I, o inciso II contempla a possibilidade de contratos com duração além de cinco anos também no caso de que a pactuação muito dilatada no tempo seja prática comum e rotineira no mercado, se o quinquênio resultar insuficiente para a programação de longo prazo da estatal. Assemelham-se bastante, portanto, os dois incisos do artigo.

A lei não fixa prazo máximo para os contratos, mas apenas, no parágrafo único deste art. 71 se estabelece a regra de que não pode haver contratos por prazo indeterminado. Celebre-se o contrato por cinquenta anos se justificadamente for necessário, mas não por tempo indeterminado.

Uma importante observação: a lei não se refere neste caso a contratos de trabalho dos servidores das estatais, porque esses são regidos pela legislação trabalhista e por nenhuma outra, na sua regra geral e não nas exceções dos contratos por prazo certo, são celebrados por prazo indeterminado. A distinção precisa estar sempre presente e clara, o artigo apenas se referindo aos contratos civis da estatal e não aos de trabalho, que nada têm com os primeiros.

Mire-se como referência o art. 57, § 3º, da lei de licitações, o qual informa que os contratos não poderão ter duração indeterminada – porém o que não diz com todas as letras naquele momento mas que precisa ser sempre considerado é que são apenas os contratos administrativos a que se refere o dispositivo que precisam ter prazo prefixado, e não todos os contratos que o ente público celebra, como são os contratos civis e os contratos de trabalho dentre outros, que amiúde são por tempo indeterminado sem qualquer afronta à lei de licitação. Essa conclusão é propiciada pelo art. 54 da Lei nº 8.666/93, que permite separar as coisas.

Neste caso do art. 71 da LE os contratos que precisam ter tempo certo são os civis, não os trabalhistas. Então, mesmo contratos de locação civil, que em geral são sem prazo certo, no caso das estatais precisarão ter um prazo prefixado – que, repita-se, poderão ocasionalmente dar ensejo a prorrogações sem conta, porém cada qual delas terá prazo estabelecido.

## **Artigo 72.**

Dispositivo de uma concisão quase inacreditável no plano do direito público ou do “semipúblico” como é o direito regedor das estatais, prevê no seu singelo e isolado *caput* que os contratos regidos por esta lei apenas poderão ser alterados se por consenso das partes, “vedando-se ajuste que implique em violação da obrigação de licitar”.

É a própria teoria do contrato civil em sua plenitude exercitada, gloriosamente objetiva, simples e cristalina a mais não poder. Trata-se, pouco mais ou menos, do inverso da teoria do direito público e do regime da administrativo do contrato. Quem for adepto da complicação, do meandro jurídico e operacional, da complexidade



institucional por vezes sem maior sentido, da dificuldade artificial que só por si de nada serve, aqui não se dará bem.

Aqui o contrato valerá pelo seu objeto, e será operacionalizado pela sua substância e não pelos rebuscamentos que a lei empresta aos contratos administrativos, os quais, francamente, apenas prejudicam ambas as partes – salvo se se deseja tirar partido das mesmas complicações para fornecer contas na Suíça ou em paraísos fiscais.

No seu sintetismo lapidar – talvez até exagerado, porque do seu laconismo poderá redundar alguma alteração não muito condizente com a licitação que tenha havido – o dispositivo anuncia que só será alterado o contrato se por acordo das partes, exatamente como manda a teoria dos contratos civis, na qual as partes em tese estão em pé de igualdade entre direitos e deveres, não podendo prevalecer uma sobre a outra apenas porque é de direito público.

Então, em não convindo às partes manter a execução alguma regra contratual, acordam alterá-la e a alteram, sem que a estatal contratante possa impor a alteração só por sua vontade. Coerentemente, a LE não elenca hipóteses de alterações unilaterais.

O domínio de direitos da parte pública sobre a particular nos contratos administrativos, aliás, a cada dia que passa perde credibilidade e mesmo significado, quando se observa a miséria institucional e a degradação que o estado crescentemente impõe aos administrados. A generalizada falência dos entes estatais de todo nível, e o seu colapso absoluto em quase todo setor, que conduz milhares de famílias e de cidadãos à privação de até mesmo seus mais basilares direitos como vencimentos ou aposentadorias, em nada prestigia o regime administrativo de coisa alguma – contratos inclusive.

Assim, quanto menos contratos administrativos existirem no mundo, e em seu lugar quanto mais contratos civis e comuns existirem, provavelmente muito melhor resultará para todos os nacionais.

Seria, porém, ilimitado o poder de alterar o contrato? Seguramente não é, tendo sido ele licitado ou não, porque não se admitem alterações de tal monta ou de tal caráter que desnaturem a própria licitação realizada se houve, ou o próprio objeto contratado. A lei não dá parâmetro nenhum para delimitar aquela alterabilidade, e o bom-senso das partes, sobretudo da estatal, é que orientará o que a cada caso fazer e até onde ir, no entanto sem que se possa invocar qualquer diretriz da enxuta letra da lei.

A parte final do artigo, mudando o assunto de alteração do contrato para procedimento prévio à contratação, veda ajustes, ou sejam contratos, que só por si dirijam a contratação de maneira a driblar a necessidade de licitação. Compreende-se o teor isonomista e igualitarista dessa previsão, porém na sua aplicação e na sua prática muita subjetividade residirá, uma vez que é imensamente grande a variedade dos objetos contratáveis, e equivalentemente imensa a variabilidade das características daqueles objetos.

Até que ponto, então, um objeto deveria ser exatamente assim e não ligeiramente diferente? Como ter certeza do limite da concepção de um objeto, e da sua licitabilidade ou da sua ilicitabilidade, antes de ser contratado, de modo a não driblar uma licitação? Questão quase insolúvel, a preocupação da lei está moralmente correta, mas apresenta essa intrínseca dificuldade de objetivação, cujo equacionamento não se vislumbra.

## **Artigo 73.**

Resumo apertadíssimo do art. 62 da lei de licitações, em verdade antes uma breve alusão apenas inspirada naquele artigo tanto quanto o art. 71 desta LE o foi, o assunto agora é termo de contrato e sua substituibilidade por outros simplificados instrumentos. É tão ligeira a abordagem deste assunto na lei que chega a assustar os lidadores com contratos administrativos, para quem a complicação é uma regra inarredável...

Nada disso aqui, nem semelhante. A lei parte do pressuposto de que o termo de contrato será lavrado sempre, e então no *caput* excetua essa obrigação no caso de contratos de “pequenas compras de pronta entrega e pagamento das quais não resultem obrigações futuras” por parte da estatal. Não informa que outros instrumentos de contrato podem substituir o solene e tradicional termo, de modo que qualquer instrumento simplificado, de uso corrente na estatal contratante, tem esse condão.

O *caput* restringiu, entretanto, aquela possível simplificação apenas em caso de pequenas compras de pronta entrega e pagamento das quais não resultem obrigações futuras, de modo que precisa restar bastante claro o que é isso.

Pequenas compras são aquelas assim definidas nos atos organizacionais internos de cada estatal, que fixará valores compatíveis com seu porte e sua capacidade econômica, sem liame obrigatório a quaisquer equivalentes fixações alheias. É o valor que determina essa conceituação, e não outro fator.

Pronto pagamento é aquele realizado em até determinado prazo pela estatal, conforme estabelecido em seus atos internos, também sem necessário mapeamento a parâmetros estranhos ou a lei alguma.

Obrigações futuras são em geral as relativas a manutenções, substituição de peças, exames, testes obrigatórios e procedimentos do gênero, inerentes ao objeto e assim descritos no contrato, neste caso a cargo do contratado. Como a lei fala em “por parte da estatal”, então não se trata disso, porém, decerto, de atestações, demonstrativos, certificações de resultado, liberações ou algo assim, relativamente ao objeto contratado e procedido pela estatal. São, portanto, obrigações de fazer, como as qualifica o Código Civil.

A simples garantia de funcionamento, que determinados objetos carregam como importante atributo de qualidade, não constitui nenhuma dessas obrigações, eis que poderá nunca ser exercitada pela estatal contra o seu fornecedor, enquanto que aquelas obrigações acima descritas sempre o são.

O parágrafo único deste artigo, embaraçosamente óbvio, informa que a simplificação do instrumento de contrato não prejudicará o registro contábil exaustivo dos valores despendidos pela estatal e a exigência de recibo pelos destinatários.

Alguém imaginaria diferente? Desde quando um contrato simplificado exclui a necessidade de se contabilizarem os valores pagos, ou a necessidade de o contratado expedir recibo do valor que recebeu?

E essa genérica palavra recibo, por sua vez, não significa qualquer documento informal que ateste algum recebimento, porque o recibo não poderá ser menos nota fiscal ou outro documento fiscal idôneo, dentre os a que a lei atribui oficial valor probante da operação.

## **Artigo 74.**

Artigo que, se já não se justifica na sua matriz que é a lei de licitações, art. 63, muito menos é necessário na LE, moderna e atual como é. Diz o óbvio gritante,

que é o direito aberto a qualquer interessado de conhecer o contrato e dele obter cópia total ou parcial, pagando os custos da reprodução se assim disser o edital ou alguma regra organizacional interna da estatal respectiva.

Chega a ser constrangedor. A minuta do contrato é um anexo obrigatório do edital, e a LE com este dispositivo está permitindo ao interessado ler o anexo do edital!!

E impõe à estatal que forneça cópia de todo o contrato a quem a requisitar. Ora, para quê viria isto na lei, se a Constituição, art. 5º, incisos XXXIII e XXXIV, já assegura amplamente o direito do cidadão a certidões sobre atos e contratos do poder público?

E ainda menciona cópia autenticada, idéia, além de inteiramente superada na era da internet, absolutamente anacrônica quando a cópia é fornecida pela própria estatal, como se pudesse ser falsa ou inautêntica. E pior: os entes que autenticam documentos são os cartórios, não as repartições públicas, nem as estaduais. Estas fornecem documentos originais, mas não autenticados, na medida em que a ninguém faz sentido autenticar seus próprios atestados.

O artigo é uma tragédia jurídica, e há décadas já não faz sentido. Tem a mesma importância do caroço da azeitona nas iguarias que a contemplem.

### **Artigo 75.**

Resumo do art. 64 da lei de licitações, também chove em grande parte no molhado,. Informa (caput) que a estatal convocará o vencedor da licitação, ou o fornecedor escolhido sem licitação, para contratar, assinando-lhe prazo para isso – que pode e em boa técnica já deve constar no edital -, vencido o qual opera a decadência do direito à contratação para o fornecedor.

Aquele prazo (§ 1º) pode ser prorrogado por uma vez e por igual período, o que se dará – e isso a lei não reza – a pedido do fornecedor e mediante a sua justificativa, que a estatal aceite. É uma faculdade dada à estatal, e não uma obrigação.

Pelo § 2º se o convocado não assinar o contrato pode a estatal ou revogar a licitação por esse só motivo, ou convocar – se ainda se estiver dentro do prazo de validade das propostas caso o edital a tenha estabelecido, ou apenas convidar-se aquele prazo já se houver expirado – os demais licitantes pela ordem de classificação, e dentro do prazo e das condições que foram dadas ao primeiro, para contratar o objeto, ao preço do primeiro colocado, atualizado na forma do edital.

Aquí surge uma questão importante. Considerando-se que a LE não consigna prazo máximo de validade das propostas, então a boa técnica manda que essa informação conste do edital, ainda que a lei nada diga a respeito no art. 42, sobre os obrigatórios conteúdos do edital. Sim, porque não deve ficar sem previsão um prazo como este, que delimita campos de direito tanto da estatal quanto dos licitantes.

Se houver um prazo fixado, e se for superado sem contratação, então ninguém pode ser convocado para contratar coisa nenhuma. É simplesmente convidado, e contrata se quiser, mesmo em se corrigindo o valor do vencedor. Porém, se inexistir prazo de validade, então teoricamente vale o que a lei, de caso pensado ou não, determina, ou seja que pela ordem classificatória todos os licitantes, cada qual à sua vez, podem ser convocados para contratar, e precisarão vir como o primeiro precisou e não o fez.

Torna-se, portanto, fundamental definir a cada licitação se existirá ou não prazo de validade das propostas – e a enfática recomendação é a de que exista, porque, repita-se, não se pode negligenciar com tema que, como este, envolve importantes direitos da estatal e dos seus licitantes.

A lei, francamente, deveria exigir que o prazo viesse expressamente estabelecido no edital, dispensando-se a rigidez dos 60 dias máximos que consta da lei de licitações, que muita vez somente prejudica, mas se exigindo que algum prazo fosse estabelecido, como muito adequadamente fez a lei do pregão, a Lei nº 10.520/02, art. 6º.

## **Artigo 76.**

Este artigo, integrado apenas do *caput* e que se inspira em seu início no art. 69, e ao final no art. 70, ambos da lei de licitações, dá o que falar. Inova importantemente, inclusive em leitura da Constituição, art. 37, § 6º, item esse que dá a partida para a formulação de toda a teoria da responsabilidade objetiva do estado. Falemos antes da parte final do artigo, responsabilidade objetiva, e depois se abordará a parte inicial, que aparentemente é desprovida de qualquer controvérsia.

O art. 76 em sua parte final – sem nenhuma garantia de que será prestigiado pelo Poder Judiciário, mas muito interessadamente – parece ter pretendido reforçar a regra da responsabilidade objetiva do contratado na execução do contrato, estabelecida no art. 70 da lei de licitações, neste caso sob o pano de fundo dos contratos das empresas estatais.

Com efeito, a redação da LE neste momento suscita novas vertentes de análise do evidente contraste entre o § 6º do art. 37 da Constituição com o conjunto deste art. 76, parte final, da LE, e o art. 70 da lei de licitações, ambos a ditarem, com palavras um pouco diversas, o mesmo direito.

Explica-se: existe aberta contradição, às claras e da maneira mais explícita possível, entre a regra da responsabilidade objetiva do estado, consignada no § 6º do art. 37 da Constituição, com a previsão da responsabilidade subjetiva do contratado do poder público, que figura neste art. 76 da LE e, antes disso e quase com as mesmas palavras, também no art. 70 da Lei nº 8.666/93.

Uma contradiz frontal e irremediavelmente a outra, pois que a primeira e originária responsabilidade por danos, provocados pelo contratado a terceiros ou à Administração – se é sem se indagar o que acontecerá depois –, de duas uma: ou é do contratado, ou é da Administração contratante. Não há conciliação possível.

Repita-se: neste momento inicial não se leva em conta o que deverá seguir, com a parte que indenizou tentando recuperar seu dinheiro. Isso não interfere na fixação da responsabilidade objetiva inicial, que neste momento traduz a única preocupação teórica.

A Constituição, art. 37, § 6º, reza: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

E quando se compara esta direta, clássica e objetiva asserção constitucional com o que estabelece o art. 76 da LE o queixo do leitor tende a desabar, eis que a LE pretende o inverso, ou seja que “O contratado (...) responderá por danos

causados diretamente a terceiros ou à empresa pública ou sociedade de economia mista, independentemente da comprovação da sua culpa ou dolo na execução do contrato.”

Como técnica ou juridicamente conciliar duas ordens em sentido diametralmente oposto, como são estas?

Pela Constituição, em havendo dano ensejado pelo contratado do poder público a alguém é o poder público que em primeiro indeniza, e apenas depois, se conseguir demonstrar que o seu agente lesador atuou com dolo ou culpa ao causar aquele dano, então regressa contra ele, administrativa ou judicialmente, pleiteando ressarcir-se do prejuízo. Se não conseguir demonstrar dolo ou culpa, então o estado suporta o prejuízo e ponto final. Nisso consiste, em duas palavras, a responsabilidade objetiva do estado, contra se existir e depois for demonstrada, a responsabilidade subjetiva do seu agente.

Mas a LE, como de resto sua inspiradora lei de licitações, prevê que a responsabilidade pela reparação do dano é já diretamente do subjetiva do contratado, e não objetiva da estatal que o contratou. As empresas estatais se enquadram, naturalmente, na previsão constitucional de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, de modo que o § 6º do art. 37 constitucional a elas se aplica.

Assim estando escancarada a discrepância entre a LE – e também a lei das licitações – e a Constituição Federal, então se alguém for prejudicado por dano ensejado por algum contratado de alguma estatal no desempenho de contrato, em boa técnica deverá pleitear a reparação de seu prejuízo – por requerimento administrativo ou por ação judicial – junto à estatal e com base na Constituição, e não junto ao contratado com base na lei, pois que até onde se sabe a Constituição prevalece sobre a lei.

Não pode prevalecer a pretensão legal de que a responsabilidade em casos assim seja subjetiva do agente contratado pelo estado ou pela estatal, quando a Constituição determina que será objetiva do estado.

E quanto à parte inicial do *caput* deste art. 76, parece isenta de mistérios ou dificuldades de compreensão e aplicação.

O contratado responde pela qualidade da execução de seu trabalho, de modo que, por apontamento do gestor do contrato, estará obrigado a corrigir, reparar, substituir, remover ou substituir partes defeituosas do objeto que executou, caso esse defeito seja causado por sua técnica de execução ou por materiais que tenha utilizado. Se o defeito for do projeto ou das especificações que a estatal forneceu do objeto o executante não será responsabilizado pelo resultado da execução, como não poderia ser.

A estatal simplesmente não pode receber como boa a parte do objeto entregue pelo contratado na qual constate defeitos e irregularidades, devendo devolvê-la, ou rejeitá-la, e exigir aquela adequação ao que foi contratado, sob pena de o contrato precisar ser rescindido por inadimplemento. Este artigo evidencia a relevância incontornável de uma correta gestão do contrato, com adequados acompanhamento e fiscalização dos passos dados pelo contratado.

### **Artigo 77.**

Reduzido do art. 71 da lei das licitações, este sintético artigo estabelece no *caput* que o contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais

resultantes do contrato, desde logo excluindo a responsabilidade pelos encargos previdenciários.

O § 1º, único que restou com o veto ao § 2º, fixa que a inadimplência do contratado com relação àqueles encargos não transfere à estatal contratante a sua responsabilidade – e o que mais fala o parágrafo, haurido da lei das licitações, é melhor fingir que não está escrito já que recorda diálogo de ébrios às três horas da madrugada no mais inidôneo botequim portuário, não fazendo sentido nenhum.

Este assunto deu muitíssimo pano para manga até ao menos anos recentes, quando o e. Tribunal Superior do Trabalho, pela Resolução nº 174, de 24 de maio de 2011, modificou sua Súmula 331 para tentar equacionar a questão da responsabilidade trabalhista subsidiária que se pode dar entre, para este caso, a estatal contratante e o contratado pela empresa interposta, locadora de mão-de-obra.

Na prática, os empregados da empresa interposta ingressam com ação contra seu empregador e este invoca, logo a seguir no curso do processo, a responsabilidade subsidiária da estatal que o contratou, por denúncia da estatal à lide. Se acatada pelo Judiciário aquela denúncia à lide, transforma-se então a estatal em ré tanto quanto o réu originário, porém a estatal evidentemente sempre será o devedor escolhido pelo autor da ação para pagá-lo numa eventual execução de sentença. Com efeito, alguém hesitaria em preferir cobrar uma estatal a um pilantra, aventureiro e, provavelmente, cafajeste empresário?

A questão sempre foi convulsionada e pessimamente resolvida na prática, com jurisprudência vacilante de a a z, e instabilidade institucional absoluta, o que é sempre detrimetoso a entes públicos e empresas privadas admissoras de trabalhadores “terceirizados” ou “locados” – resultando sempre horríveis estes adjetivos.

Quanto à responsabilidade pelo recolhimento dos encargos previdenciários resultantes do contrato a LE nem sequer alude ao tema, dele fugindo como o diabo à cruz e dando a impressão de que mansamente aceita a regra do § 2º do art. 71 da lei das licitações, pela qual a Administração responde solidariamente com o seu contratado pelos encargos previdenciários oriundos dos contratos de trabalho dito terceirizado.

Solidária é responsabilidade diversa da subsidiária, e já é declarada inicialmente na ação, proposta contra o empregador e o ente contratante do empregador, logo ao início da lide.

Tanto no caso dos encargos trabalhistas quanto no dos previdenciários, a vacina que o poder público tem se ministrado para tentar prevenir os mais desastrosos resultados financeiros de ações judiciais que contra ele pululam aos milhares é exigir do contratado, como condição de pagamento da fatura do mês anterior<sup>3</sup>, e a cada novo mês até o último do contrato, a demonstração de cumprimento dos encargos trabalhistas (salários, adicionais, férias, etc.) e previdenciários (INSS, FGTS, seguros de acidentes de trabalho) decorrentes dos contratos de trabalho firmados pelo contratado com seus empregados.

Parece, malgrado a antijuridicidade dessa operação, que o resultado vem sendo bastante apreciável. É a denominada ilegalidade útil, instituto genuinamente nacional.

## **Artigo 78.**

Subcontratação. Inspirado no art. 73 da lei de licitações, saiu maior e melhor que o modelo. Resolveu algumas dúvidas e incongruências que a lei de licitações suscita no confronto entre seus arts. 72 e 78, inciso VI.

O edital pode admitir que o contratado subcontrate partes do objeto – apenas partes, não totalmente – a alguém que não tenha participado do certame, quer em consórcio, quer isoladamente. O edital deve dar o limite dessa subcontratação, quer em percentual do valor final do contrato, quer em percentual do objeto, quer nas partes indicadas do objeto, quer de alguma outra maneira se existir, e sem limite legal de percentual. Mas se não admitir a subcontratação desde logo o edital, então estará simplesmente proibida a subcontratação. Claríssimo e objetivo.

Não pode haver subcontratação de quem tenha participado do certame nem de quem tenha participado direta ou indiretamente da elaboração do projeto básico ou executivo do objeto licitado, o que a lei consigna – sem muita objetividade nem precisão, numa espécie de moralismo cego que está tão em moda – para coibir possível mancomunação de interesses entre os licitantes.

O objetivo dessa proibição, repita-se, não é muito compreensível, na medida em que, se o preço do contratado está bom para a estatal; se a responsabilidade pela execução é sempre do contratado, e se o subcontratado – participante ou não do certame – está tão habilitado quanto o contratado, então por que tanto cuidado com a pessoa do subcontratado? Que diferença faz para a estatal quem seja ele? Trata-se de uma espécie de caça às bruxas antecipada.

O subcontratado, ainda que não seja contratado da estatal, e como se disse acima, deverá ter a mesma habilitação, e entendemos que proporcional em quantitativos ou valores se for o caso, do contratado na licitação, pena de não poder ser deferida a subcontratação.

Subcontratação é a contratação de alguém pelo contratado, para que pelo contratado e em nome do contratado execute parte do objeto contratado, e não transfere ao contratado responsabilidade alguma, perante a estatal contratante, pela execução do que foi subcontratado. Essa responsabilidade sempre foi e permanece sendo do contratado, que por isso deve fiscalizar atentamente a atuação do subcontratado, eis que é o nome e a reputação do contratado que está sempre em jogo.

Diferencia-se a subcontratação administrativa da sub-rogação civil, instituto pelo qual alguém, sub-rogante, cede a sua parte no contrato a alguém, sub-rogado, e com isso desaparece do contrato. A LE não contempla cessão ou transferência de contrato, como a lei das licitações, art. 78, inciso VI, admite, se for autorizada pelo ente contratante. Nada disso na LE, o que parece bom por organizativo, uma vez que nada pode abrir tantas ensanchas às mais diversas confusões ou irregularidades que transferências contratuais.

Por fim, mesmo que o edital em gênero as admita, a estatal, no curso de um contrato, pode não autorizar subcontratações, ainda que obedecidas pelo postulante à subcontratação todas as condições legais e editalícias. Autorizar subcontratações é uma faculdade ou um direito que a estatal terá se o edital assim o previr, mas nunca uma obrigação. Não existe, portanto, direito subjetivo do contratado a subcontratar a execução de parte do objeto a ninguém, mesmo que o edital para tanto autorize a estatal.

Sobre isso, e nesse sentido, assim ensina Sidney Bittencourt:

A realidade, entretanto, tem jogado por terra essa máxima, notadamente nas grandes obras e serviços de engenharia mais complexos, nos quais é praticamente impossível que apenas uma empresa detenha todos os conhecimentos técnicos e profissionais de várias categorias para a execução de todo o empreendimento.

Ciente desse fato, o legislador da LE fez constar uma autorização para que a estatal contratante avalie a conveniência de permitir a subcontratação, devendo a expressão ser entendida como a possibilidade de repasse de parte da execução, sem prejuízo de responsabilidades da contratada.

Por outro lado, um edital mandar ao contratado subcontratar parte do objeto a alguém é hipótese que para nós não faz nenhum sentido, mesmo que a lei das micro e pequenas empresas, a LC 123/06, no art. 48, inciso II, autorize que o edital assim faça. Considerando-se a origem daquela lei, não é de estranhar que uma insânia como aquela dela faça parte. Seja como for, a subcontratação sempre decorre de um pedido do contratado, que a estatal contratante defere e autoriza, nunca outra coisa.

### **Artigo 79.**

Este artigo complementa a inovadora regra do art. 54, inciso VII e § 6º, que estabeleceram o critério de julgamento do maior retorno econômico. Por esse critério vence o licitante que propuser fazer a estatal licitadora obter, dentre todas as propostas no certame, a maior redução de seus custos ao longo da execução contratual.

Idéia bastante razoável, surge no cenário jurídico em momento absolutamente apropriado, no qual ainda assustam a consciência nacional os escândalos financeiros envolvendo estatais – como por excelência o chamado petrolão, que atingiu e quase arruinou a Petrobras por obra dos seus delinqüentes dirigentes do passado recente –, e representa um cuidado até então impensado para com o erário daquelas estatais.

Ocorre que – e agora entra o *caput* deste art. 89 –, se a geração de economia à estatal resultar menor que a que fora contratada, então o contratado terá descontada de sua remuneração a diferença entre a economia contratada e aquela efetivamente havida.

E, na forma do parágrafo único, caso aquela diferença seja tamanha que a remuneração do contratado não a cubra, então será aplicada a sanção que, pelo inciso VI do art. 69, deve estar prevista em contrato.

Algumas necessárias observações:

a) a lei não esclarece, mas para efeito de saber se a economia havida é menor do que a contratada é preciso considerar a remuneração devida no período em questão, ou de referência, ou de competência, pois que não se imagina que em dado momento, a certa altura do contrato e apenas nesse momento, uma eventual a economia inferior à contratada para toda a duração contrato possa ensejar apenamento ao contratado.

Não é nem seria justo nem razoável, de modo que esta questão de apurações parciais da efetiva consecução das metas de economia contratadas precisam estar muito precisa e adequadamente contempladas no contrato, pena de a própria regra, que em si é uma boa idéia, malograr por mal definida;

b) vista a observação anterior, se a remuneração do período que dor devida ao contratado não cobrir a diferença a menor da economia contratada e aquela realizada, de pouco valerá aplicar penalidades que não se destinem única e exclusivamente a cobrir a mesma diferença dentro do período em questão.

Pouco serve nesse caso uma advertência ou uma multa simplesmente punitiva, pois que a questão é puramente financeira, e, desse modo, financeiramente



deve ser resolvida. Quando assunto é dinheiro, a penalidade aplicável à parte faltosa deve ser a de complementar, devolver ou indenizar valor, e nada além disso.

Assim, o contrato deve atentar para esta questão e bem equacioná-la já no edital da licitação, de modo a permitir evitar que licitantes desavisados ou irresponsáveis participem no escuro, e eventualmente vençam e sejam contratados sem saber com suficiente precisão o que os espera nesta inovadora modalidade de contrato e de remuneração.

Não deve a elogiável idéia do inciso VII do art. 54 transformar-se em aventura para quem quer que seja, apenas por imprevisão da estatal licitadora. As cartas devem estar todas em cima da mesa, sem truques ou manobras de esperteza, uma vez sabido que o mais esperto costuma, de todos, ser o menos inteligente.

### **Artigo 80.**

Artigo parcialmente inspirado nas regras do concurso, ou concurso de projetos, que consta das sucessivas leis de licitações, discorre sobre os direitos autorais e patrimoniais dos projetos e dos serviços técnicos profissionais especializados que a estatal contrata, direitos esses que passam a pertencer às estatais contratantes – ou de outro modo não teria muito sentido a contratação.

Assim é também nos concursos, nos quais o vencedor apenas recebe o prêmio estabelecido no regulamento ou edital se transferir ao ente público os direitos patrimoniais do projeto, condição essa que consta da lei de licitações, art. 111 da Lei nº 8.666/93.

Obtidos os direitos autorais e patrimoniais do projeto, então a estatal o executará como e quando quiser, sem que a isso se possa opor o autor, pessoa física ou jurídica.

O que não se transfere à estatal são: a) a própria autoria, cuja identificação é garantida ao autor para sempre e a qualquer título, e para qualquer efeito, e b) a responsabilidade técnica profissional pela sua perfeita configuração, e pela sua adequação às regras informativas da sua elaboração, o que permanece vinculado exclusivamente ao autor.

A matéria envolve, como se observa, tanto proteção de direitos autorais quanto preservação da responsabilidade técnica pelo projeto, sendo a primeira um direito e a segunda uma obrigação do autor.

## Seção II

### Da alteração dos contratos

### **Artigo 81.**

Este longo artigo, cuja extensão contrasta com o mercado sintetismo dos dois anteriores, prevê que os contratos celebrados nos regimes previstos nos incisos I a V do art. 43 conterão cláusula possibilitando alteração consensual em algumas hipóteses, estabelecidas nos incisos I a VI.

Até aqui resulta um pouco estranha a técnica da lei, uma vez que se ela própria já determina que poderá ser pactuada a alteração nas hipóteses e nas condições que enuncia, então para quê obrigou o contrato a repetir a lei? Temos para nós que mesmo que o contrato silencie quanto a isso a possibilidade de alteração já existe, dada pela própria lei. Se o contrato não pode escapar à lei, e se essa já dá as regras, então o contrato quanto a isso deveria entrar mudo e sair calado.

As seis hipóteses de possível alteração, sempre consensual entre estatal contratante e particular contratado, e por provocação de qualquer um deles, são basicamente as mesmas constantes da lei de licitações, art. 57, inciso I, mas principalmente de momentos diversos do art. 65.

A primeira hipótese, constante do inciso I deste art. 81, diz respeito a modificação do projeto ou das especificações, para maior adequação aos seus objetivos., e nesse caso as partes podem acordar a alteração do contrato.

Observe-se a fundamental diferença com a lei de licitações, na qual é sempre a Administração contratante que determina a alteração do projeto, o que evidente e corolariamente obriga a que as partes alterem o contrato, para readequá-lo ao novo objeto. Não aqui na LE, porque os contratos não são administrativos, mas civis, e as partes se igualam em direitos e obrigações, sem nenhuma cláusula exorbitante em favor da estatal.

As alterações, portanto, dentro das hipóteses legais, precisam sempre ser consensuais, vale dizer: se um não quiser, o contrato não se altera. As forças e os poderes negociais das partes se equivalem, sem privilégio nem predomínio algum em favor da estatal.

É natural, por outro lado, que se as partes combinam alterar o objeto – e o § 3º do artigo indicará limites de valor para isso, de maneira estranhável entretanto –, natural que alterem o contrato em seu valor, parecendo excepcionais as hipóteses em que mesmo se alterando o objeto o valor pode permanecer inalterado. Em geral uma coisa implica a outra, desassombradamente.

E quanto ao prazo do contrato, é de esperar que, em se alterando o objeto para maior, também a duração do contrato seja ampliada de modo correspondente, como indica a lógica operacional mais primária – sendo possíveis também, no entanto, exceções, com mais objeto sendo realizado e entregue no mesmo prazo originário.

E o mesmo se afirme quanto a reduções de objeto, que se imagina implicarão redução de valor e de duração do contrato.

O inciso II decorre do inciso I, e o mesmo ocorre na lei de licitações. Se é preciso modificar o objeto para maior, é óbvio que sairá mais caro, e será preciso às partes, em consenso, alterar o valor. E se o objeto diminuir, o oposto necessariamente se dará. Poderia estar junto este inc. II com o anterior, pois que uma coisa conduz à outra. E outra vez se chama a atenção para os limites percentuais de valor, constantes do § 1º, reforçado pelo § 2º.

O inciso III, de mínima importância, permite às partes alterarem o contrato para substituir a garantia de execução. Se por exemplo foi prestada em dinheiro, e as partes entendem que melhor seria em títulos da dívida pública, então alteram o contrato. Inciso que, tanto quanto na lei de licitações, faz tanta falta ao direito quanto uma gripe ou uma colisão de automóveis. Cá e lá parece sobrar tempo ao legislador.

O inciso IV tem aproximadamente a mesma importância do anterior, detectável com microscópio eletrônico de varredura. Se o regime de execução é por exemplo e o de preço unitário de serviço ou de obra, e as partes em dado momento passam a entender que l melhor teria sido o preço global, então alteram, nesse sentido, o ajuste.

Ou, na outra hipótese, se o modo de fornecimento do objeto tornou-se inconveniente ou inadequado – por qualquer razão ponderável e justificada –, por exemplo em razão da localidade de entrega ou do acondicionamento do produto,

ou da periodicidade das entregas, então se altera por mútuo acordo o contrato para ajustar esse(s) pormenor(es).

O inciso V, que poderia estar “empacotado” com os incisos III e IV, permite que as partes alterem o contrato por outro detalhe de somenos: forma de pagamento. Se se combinaram pagamentos quinzenais, mas isso se tornou inconveniente após a assinatura do contrato, então justificadamente as partes alteram o ajustado nesse ponto.

O que não se admite, como a lei de licitações não admite, é a antecipação de pagamento, seja qual for o objeto contratado, do que ainda não foi entregue, pois que tal significa pagar despesa não liquidada, algo corretamente vedado há décadas na lei de orçamentos, balanços e contabilidade públicos.

O inciso VI corresponde à alínea *b* do inciso II do art. 65 da lei de licitações, e é possivelmente mais importante que o restante do artigo inteiro.

Trata-se da revisão do contrato para permitir o seu reequilíbrio econômico-financeiro, que as partes observam necessário devido a circunstâncias supervenientes à assinatura e que desajustaram aquela equação, em favor ou da estatal contratante ou do particular contratado. O suposto equilíbrio inicial do preço foi vulnerado, de modo que a revisão se impõe às partes.

Não é incondicional ou absolutamente aberta, entretanto, a viabilidade jurídica da revisão, porém condicionada à documental demonstração de que alguma das hipóteses da lei, que autorizam a revisão, aconteceu. São hipóteses já bastante conhecidas no meio da Administração pública, das estatais, dos fornecedores, dos doutrinadores e das autoridades operadoras das licitações e dos contratos. Advieram da Lei nº 8.883, de 8 de junho de 1994, que reformulou a lei das licitações e lhe deu feição bem diversa da redação original.

As hipóteses que autorizam as partes contratantes a pactuar a revisão do contrato por desequilíbrio econômico-financeiro são as seguintes: a) ocorrência de fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, ou, para ficar na mesma palavra, imprevisíveis, que sejam retardadores ou impeditivos do ajustado na origem; b) a ocorrência de força maior ou de caso fortuito; c) ocorrência de fato do príncipe; d) que, qualquer que seja a ocorrência dentre essas, configure álea econômica extraordinária e extracontratual. Assim, e na esteira de Jack Theripper, vamos por partes.

Fato imprevisível na execução de algum contrato é aquele que razoavelmente não se espera, que surpreende, que não era de esperar, que a probabilidade de ocorrer era escassa, ou dada por inexistente. Um terremoto em Brasília, um tsunami em Aracaju, a queda de um avião num imenso e lotado tanque da Petrobras, e mais infinitas conjeturas absolutamente improváveis, constituem exemplos de fatos imprevisíveis, os quais, inobstante a improbabilidade, se ocorrerem são suscetíveis de inviabilizar a seqüência da execução contratual nos termos originários.

Fato previsível, como infelizmente é a seca no Nordeste, entretanto se durar 10 anos a fio terá conseqüências imprevisíveis, e até então incalculáveis, a impedir a seqüência ordinária da execução de um contrato que ali se desenvolva.

Seguindo nas hipóteses, força maior e caso fortuito são expressões tradicionais em direito, sobretudo o do trabalho, ambas a significar na prática o mesmo: circunstâncias ou acontecimentos que não se podem atribuir à vontade ou ao trabalho das partes no contrato, e que, tendo ocorrido, dificultam ou mesmo impedem a seqüência da execução contratual como fora pactuada ao início. São ocorrências

da sorte ou do azar – palavras absolutamente sinônimas; já que sorte é bom azar, e azar é má sorte. São ocorrências ditadas pelo acaso, casuais ou ocasionais, aleatórias, ou randômicas para usar o anglicismo tão em moda, que ninguém preparou nem anteviu eficazmente.

Se o palco da execução do contrato é inundado por chuvas torrenciais, ou se é incendiado, ou o edifício-sede desaba, e se como se espera isso impede a natural continuidade da execução, aí temos presente o caso fortuito ou a força maior, nesta hipótese ensejado ou por fenômeno natural, ou por acidente, ou por imperícia humana, ou por crime, porém em qualquer hipótese se caracteriza a força maior ou o caso fortuito – independentemente de responsabilidades a apurar –, e o contrato em geral tem de ser revisado porque não mais pode continuar sendo executado como dantanho.

Fato do príncipe é diferente, pois significa o ato de governo, o ato emanado pela autoridade e que provoca consequência tão ampla que se torna impossível de delimitar ou de precisar, sobre um universo igualmente indefinido de pessoas. A palavra fato nesse caso significa roupa, vestimenta, hábito, e não outra coisa, e a origem da expressão remonta ao passado monárquico dos países, em cujas ocasiões o governante (o príncipe) – reza a lenda – aparecia em público ostentando uma roupa tão ornamentada e valiosa que provavelmente seria paga com novos tributos que seriam de esperar logo a seguir.

Então, fato do príncipe, dentro do jargão do direito público, passou a designar o ato de governo que alterava de modo amplo e indiscriminado as obrigações do cidadão de um para outro momento, sendo o exemplo típico o aumento dos impostos. Mas uma eventual redução de impostos também configura fato do príncipe, e nesse sentido será considerado para que o preço do contrato para a estatal, ao invés de ser aumentado, seja reduzido.

E álea econômica extraordinária e extracontratual, expressão que encerra o inciso, significa a zona de azar, que todo contrato tem pela sua própria natureza, quando excede os riscos calculados e naturais da execução contratual, e com isso se torna inimaginável, maior do que o exigível, insuportável ou dificilmente suportável, fora da probabilidade e da previsibilidade, além do risco ordinário, ou seja extraordinário, e com isso extracontratual porque contrato nenhum o admitiria – a não ser que se tratasse de contrato de risco, para o qual não cabem estas considerações.

Reiterando em outras palavras, uma álea ordinária – ou seja uma área de azar, fortuita, ditada pelo acaso – todo contrato tem, porque isso é natural dos pactos que se firmam. A revisão contratual com base neste inciso VI, entretanto, somente será jurídica se a) for apoiada em alguma das hipóteses do inciso, e b) além disso, quando o fato ocorrido extrapolar aquela álea contratual ordinária e a exceder, tendo escapado à razoável previsão de risco (álea extraordinária), e com isso tendo escapado ao próprio texto do contrato (álea extracontratual). Se algo disso não puder ser demonstrado, proibida estará a revisão com base neste dispositivo.

O § 1º deste art. 81 equivale ao § 1º do art. 65 da lei de licitações, e o § 2º corresponde ao § 2º, com seu inciso II, daquele artigo. São regras também arquiconhecidas, e visam conter as alterações majoradoras de valor nas revisões dos contratos. Não foi o limite inferior das alterações que preocupou o legislador, mas os acréscimos.

Podem as partes pactuar alteração do contrato, naturalmente com a do objeto, que implique majoração de até 25% do valor inicial atualizado do contrato, e sendo

reforma de edifício ou equipamento esse limite dobra, passando a 50%. Não importa a razão do acréscimo, porque a todas as hipóteses o limite se impõe.

O § 2º proíbe superar aquele limite, salvo para baixo, admitindo-se supressão do objeto de que resulte redução do valor do contrato para além dos 25% constantes do § 1º – como a se dizer que para baixo todo santo ajuda.

Parece simples a conta a fazer, porém curiosamente esta questão tem ensejado discussões sem conta entre os doutrinadores e os operadores de contratos, a nosso ver sem muito motivo para tanto.

A lei não menciona valor inicial do contrato, nem menciona valor atualizado do contrato, mas reza valor inicial atualizado do contrato, o que para nós significa e sempre significou, *sic et simpliciter*, o total pago pela contratante ao contratado até o momento de referência, que é quando se processa a alteração do contrato.

Se o valor inicial previsto do contrato era um milhão de reais, e se no momento da alteração se pagou apenas um sétimo disso, ou sejam setecentos mil reais, então será setecentos mil reais a base de cálculo para se saber a variação máxima que o preço do contrato poderá ter, ou seja o limite do acréscimo – ou da redução.

Não parecem razoáveis as leituras da lei que remetem a índices ou fatores de atualização monetária das parcelas, até porque esses índices podem simplesmente inexistir contemplados no contrato, e nunca índice nenhum ser aplicado até o encerramento do contrato. Não, em absoluto, porque nada na lei informa que a atualização será pelo índice tal, ou pelo fator qual.

Atualizar é e sempre foi simplesmente verificar, do valor previsto ao início, quanto foi pago até hoje, atualizando-se aquele valor estimativo portanto, ou seja trazendo-o até a atualidade, até o momento atual. Apenas isso é atualizar um valor, sem a mínima dificuldade de leitura ou de compreensão, e, pensamos, sem qualquer cabível interpretação do texto, porque in claris cessat interpretatio, ou seja, se a regra é clara, então não há lugar para interpretação. Interpreta-se o que não está claro nem explícito, mas nunca se interpreta uma ordem objetiva e que todos entendem sem dúvida nenhuma.

Quanto ao § 2º, uma curiosidade: o contratado pode aceitar suprimir até 100% da execução, quando por exemplo se convence de que não receberá um vintém – ou um tostão, se se preferir – sequer pelo que fizer, ante a demonstração de superveniente insolvabilidade pela estatal contratante.

Nessa hipótese a fracassada estatal deverá, em boa técnica e para que seu vexame não seja absoluto, fornecer ao contratado um atestado de execução formal, ou jurídica, do objeto, pois que não é justo privá-lo dessa recomendação, ele que culpa nenhuma teve pelo ocorrido.

Não se trata de mentir, mas de atestar alguma coisa para efeitos formais ou jurídicos, considerando-se que o direito é talvez a única atividade que considera duas verdades, uma real ou efetivamente ocorrida, e outra formal ou jurídica, que é aquela resumida ao que consta do respectivo processo, na medida em que o que e não está nos autos não está no mundo.

Há movimentos tentando fazer a lei voltar ao tempo do Decreto-lei nº 2.300 de 1.986, em que, se o ente contratante alterava o projeto para maior, não havia limite percentual de valor para contemplar aquele acréscimo, mas as autoridades em geral arripiam-se de genuíno pavor só de imaginar um tal retorno ao passado. Mantém-se inalterada na LE, portanto, a regra destes §§ 1º e 2º, copiada da lei de licitações.

O § 3º, em má hora copiado do § 3º do art. 65 da lei de licitações, é um atestado do primitivismo mental do legislador, de uma ingenuidade de fazer corar uma criança de sete anos. Sem repetir o seu constrangedor texto, o fato é que se o contrato não previu preços unitários para obras e para serviços, foi decerto porque deles não precisou nem precisaria, por exemplo porque se tratava de empreitada por preço global, em que os unitários não interessam.

Se não os previu porque não precisou prever, então por que raio em dado momento precisaria prever? E se essa necessidade porventura vier a acontecer como é muito pouco provável, é óbvio ululante que o contrato deve ser modificado pelas partes para fazê-lo – ou a alguém parecerá diferente?

O § 4º é cópia do § 4º do art. 65 da lei de licitações, e desta vez é oportuno. Resguarda o direito do previdente e responsável contratado a receber pelos materiais que já colocou no palco da execução do contrato, após contratado, em caso de a estatal romper o contrato por sua iniciativa e sem motivação dada pelo contratado.

O valor daqueles insumos deverá ser demonstrado por documentos fiscais idôneos, e será pago corrigido monetariamente. E, importante, essa indenização não substitui nem supre outras eventualmente devidas por quebra de contrato pela contratante – como por lucros cessantes e danos emergentes, e pagamento da desmobilização, estando previstas em lei ou não estando, porque em momentos assim, se preciso, o direito civil toma conta do assunto.

A indenização pelos materiais comprados e colocados na execução pelo contratado constitui, portanto, apenas uma dentre diversas outras possíveis indenizações por quebra de contrato pela estatal contratante – tudo o que está corretíssimo.

O § 5º, copiado do § 5º do art. 65 da lei das licitações, tinha relevância nos idos de 1.993 quando da publicação da Lei nº 8.666, porque foi vetada a al. d do inciso II do seu art. 65, referente à revisão do contrato para reequilíbrio econômico-financeiro, já que algum mecanismo de revisão contratual, por esse motivo, a lei precisava consignar em favor do contratado.

Mas seja observado que o dispositivo vai além da hipótese de alguém já ter sido contratado, porque autoriza – ou mesmo manda – que se revisem inclusive os valores das propostas já apresentadas e abertas em licitações, de modo a prevenir mal maior de desatualidade, e de conseqüente irrealidade econômico-financeira, em desfavor dos licitantes de boa-fé.

Quando em 1994 voltou a vigorar a revisão para reequilíbrio por força da Lei nº 8.883, então a revisão por aumento de encargos do contratado (tributos, impostos) perdeu muito de sua importância, já que praticamente todas as questões relativas a esse tema passaram a ser resolvidas por ali, e não mais pelo § 5º. A LE, portanto, na prática não precisaria ter copiado da lei de licitações este parágrafo, que francamente não mais está na moda.

Mas, inobstante tudo isso, sempre poderá servir para justificar tanto o pedido do contratado quanto o seu deferimento pela estatal, que recalculará quanto o aumento dos encargos, de qualquer natureza, sobre o objeto contratado impactou os custos do contratado, que nessa medida haverá de ser remunerado. Tudo dependerá, assim sendo, de demonstrações documentais.

O § 6º lembra o § 3º: inventou a roda e descobriu o fogo. É, como aquele, de uma bisonhice apta a envergonhar o conselheiro Acácio. Determina que se a estatal por aditamento altere o contrato para reparar sobrecarga de encargos que impôs ao contratado. Tudo isso já estava resolvido tanto no inciso VI quanto no § 5º, ambos

deste art. 81. De resto, acaso poderia ser diferente? Sigamos, porque nosso tempo é menor que o do legislador.

O § 7º copia o § 8º do art. 65 da lei de licitações<sup>4</sup>, com a correta previsão de que reajustes, atualizações monetárias, penalizações por atrasos e compensações financeiras não representam alteração contratual e por isso podem ser apenas apostiladas, ou averbadas, ou anotadas no próprio contrato, sem necessário aditamento – que de resto não faria sentido algum. É o mesmo que se dá numa certidão de casamento em que se averba o divórcio, ou a conversão do antigo desquite em divórcio, sem necessidade de nova certidão.

Essas operações são realizadas pelo próprio gestor do contrato, uma vez que não implicam decisão discricionária da autoridade, já que apenas cumprem regras jurídicas obrigatórias.

O derradeiro § 8º enfim consigna uma novidade ante a lei de licitações, prestigiando a matriz de riscos que esta LE instituiu.

Informa que são proibidos aditivos contratuais que tenham por objeto acudir a eventos supervenientes à assinatura, os quais estejam alocados na matriz de riscos como sendo de responsabilidade do contratado.

Sidney Martins reescreve aquela ordem com palavras mais didáticas e de modo mais compreensível:

O parágrafo veda a celebração de termos aditivos decorrentes de eventos supervenientes alocados na matriz de riscos como de responsabilidade do contratado.<sup>5</sup>

Correta e adequada ao melhor direito esta regra, que impede injustas sobre-nerações ao contratado, imprevistas originariamente no contrato e na expectativa do contratado, que sempre precisou estar vinculado e atento às suas obrigações já constantes da matriz de riscos.

Não cabe, em bom direito, aditar o contrato para alterar, para mais onerosas ao contratado, obrigações constantes de uma sólida, absolutamente solene e basilar matriz de riscos – que apenas existe na LE para nortear tão pesados deveres do contratado, aos quais este esteve necessariamente tão atento para calcular seus próprios riscos ao licitar e contratar.

A inspiração é nitidamente civilista a privatista, e por inteiro diferente das regras publicísticas que abundam na lei de licitações e na legislação de direito administrativo – as quais decaem da confiança do cidadão brasileiro mais a cada dia que passa, e cuja credibilidade despenca a olhos vistos até mesmo no panorama internacional. E isto é tudo o que conduz ao gracejo, também a cada dia mais unânime, de que o ideal para nós seria terceirizar o governo.

### Seção III Das Sanções Administrativas

#### **Artigo 82.**

Este artigo abre a Seção de sanções administrativas da lei das estatais, quanto aos contratos. Fá-lo com técnica estranha, entretanto, eis que no caput determina que os contratos deverão contemplar sanções por atraso injustificado na execução, e prossegue informando que o contratado ficará sujeito a multa de mora na forma do contrato ou do próprio edital.

De onde o legislador extraiu esta técnica? Se o contrato deve prever sanções por atraso, então a) não será o edital que o poderá fazer, e b) para quê informa o

*caput* que o contratado ficará sujeito a multa de mora? Não é o contrato que deve prever essa sanção? Terá querido dizer o *caput* que além da multa de mora o contrato deverá prever outra sanção, cumulável com a multa? O legislador consegue ser prodigiosamente confuso em espaço bastante apertado.

A nós parece que o contrato precisa prever multa de mora por atraso, sem necessariamente estabelecer outra penalidade, apenas podendo estabelecer outra, cumulável com a multa, se quiser a estatal.

O que não se admite é que apenas o edital estabeleça multa ou outra penalidade, ainda que eventualmente integre o contrato, porque a lei interna entre as partes é o contrato e não o edital. Dividir a matéria penal administrativa entre edital e contrato é de técnica indescritivelmente ruim, a se evitar a todo custo, ou de ouro modo em dada altura da execução o contratado poderá não saber se atende o contrato que celebrou ou o edital do qual aquele se originou.

O § 1º é de uma bisonhice equivalente à do *caput*, e informa a obviedade de que pode haver multa mais outra penalidade aplicada contra o contratado, e que a aplicação dessa penas não impede a rescisão do contrato. Espantoso! Alguém imaginaria que a estatal estaria impedida, dentro de qualquer circunstância imaginável durante a execução, de rescindir o contrato, caso para isso existisse motivo?

Rescisão não é penalidade, tenha-se sempre presente. Seja ela unilateral pela estatal, seja acordada entre as partes, seja judicialmente determinada por provocação de qualquer das partes, e contra tudo o que possa parecer, jamais constitui penalidade, mas tão-só uma providência que, ou a estatal isoladamente ou as partes em conjunto, entenderam necessária diante do quadro ocorrido ou gerado durante a execução.

É evidente, assim sendo, que essa possibilidade sempre está à disposição da estatal ou das partes, independentemente de ser caso de a estatal aplicar alguma penalidade ao contratado ou não.

Os §§ 2º e 3º vistos em conjunto, inspirados como são na lei das licitações, estabelecem que a multa será deduzida da garantia prestada pelo contratado, e em caso de insuficiência será deduzida dos pagamentos devidos pela execução, ou cobrada administrativamente, ou executada.

Isso pressupõe que o contratado prestou garantia, o que na prática e em verdade nem sempre acontece. Os demais dispositivos dos parágrafos são também mais ou menos óbvios, sabendo-se que em qualquer caso no mundo dos negócios o devedor paga por bem ou paga por mal.

Após esgotada sem sucesso a ampla defesa que deve ser deferida ao contratado acusado de ter incidido no tipo penal da multa, então a ordem legal das fontes de recurso para o pagamento é aquela: garantia, se prestada e suficiente; depois, dedução dos créditos contratuais, se existentes e suficientes; depois, cobrança amigável, e por fim, se todo o anterior malograr, ação judicial de cobrança, na qual o contratado, naturalmente, poderá exercer sua defesa com todos os meios aceitos em direito, podendo até mesmo obter a anulação da multa.

É natural, por fim, que o contratado, apenado e inconformado com a autuação e a cobrança, poderá ingressar com ação judicial a qualquer tempo ou tão logo notificado da autuação, pleiteando anular, ou mesmo reduzir, a penalidade.

### **Artigo 83.**

Artigo equivalente ao art. 87 da lei de licitações, contempla as três penalidades aplicáveis ao contratado pela estatal em caso de inexecução total ou parcial do



ajustado, após exercida a ampla defesa do contratado, e são (inciso I) advertência, (inciso II) multa na forma do edital ou do contrato, e (III) suspensão por até dois anos do direito de participar de licitações na respectiva estatal, com impedimento de com ela contratar nesse período.

A advertência é penalidade escrita e que comporta todo o ritual de defesa constitucional e legalmente assegurado a todo e qualquer acusado.

A multa de mora, como se viu, deve estar prevista no contrato, e quanto à péssima ideia de estar fixada apenas no edital leiam-se os comentários anteriores.

A pena mais grave é a suspensão de licitações e de contratações, apenas com a respectiva estatal, que na estatal pode aplicar a seu contratado por até dois anos. Parece pueril insistir sobre a imprescindível fase da ampla defesa e do contraditório antes da efetivação da pena, direito esse que, por evidente, cresce em relevância à medida em que a penalidade se agrava dentro da escala.

Essa pena não extrapola jamais os limites da estatal que a aplicou, a uma porque essa é regra geral e natural nas suspensões, tal qual prevista na lei de licitações, e a duas porque nada nem remotamente na lei das estatais pretendeu ampliar o alcance dessa pena para extramuros da entidade aplicadora.

A lamentável vacilação jurisprudencial que em dado lastimável momento da história de nossos tribunais pretendeu emprestar alcance nacional à suspensão do direito de licitar está hoje – como se a lei de licitações não existisse ou não fosse para ser cumprida –, e afortunadamente, sepultada sob sete palmos de cal.

Nada como a formalmente execrável pena da declaração de inidoneidade aqui foi pretendido pela lei das estatais. Entenda-se bem: essa pena é material e substantivamente necessária, imprescindível mesmo, em caso de a Administração por infelicidade acabar contratando um bandido, um crápula corrupto ou um meliante de qualquer natureza, já que não detém bola de cristal que lhe permita preveni-lo, uma vez que aquela criatura na licitação houve-se com absoluta regularidade.

O que resulta horripilante naquela pena é a sua descrição, o seu núcleo, a competência para sua aplicação e as conseqüências que a lei das licitações, art. 87, estabelece contra o apenado, que na maioria das vezes não fecham de modo algum e que apenas de vez em quando dão certo, que atiram em toda direção e que não foram concebidas com o mínimo laivo de tecnicismo – a ponto de a redação do inc. IV, e o § 4º, ambos do art. 87 da lei de licitações, constituírem para nós uma grave inidoneidade legislativa, um ponto negro daquela lei que de resto já é tão pródiga em obscuridades e em atecnias de toda ordem.

Na lei das estatais, nada de parecido com a declaração de inidoneidade como previsto na lei de licitações, e esse tipo até faz falta – vide petrolão e os outros múltiplos escândalos de corrupção nas estatais –, porém jamais como consta da Lei nº 8.666/93.

Os §§ 1º e 2º encerram o artigo. O § 1º repete o § 3º do art. 82, e se já era ligeiramente óbvio ali, aqui o é mais ainda.

O § 2º, em má técnica, deveria informar às claras que pode ser aplicada multa cumulativamente ou com advertência ou suspensão. Do pasticcio que ali está escrito, entretanto, alguém poderá inferir que pode ser aplicada multa junto com suspensão e junto com advertência, o que é juridicamente absurdo, pois que a advertência e a suspensão se excluem reciprocamente, e ou se aplica uma pena ou se aplica outra, jamais as duas em conjunto ao mesmo contratado pelo mesmo fato.

A multa pode ser aplicada, portanto, junto ou com suspensão ou junto com advertência, mas a suspensão jamais convive com a advertência, se pelo mesmo fato, que em princípio se for leve ensejará advertência, e se for grave suspensão, carecendo de sentido cumular ambas essas penalidades.

A defesa prévia do contratado acusado a lei fixa em 10 (dez) dias úteis, porém sem qualquer embargo de juridicidade ante o princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório a estatal pode deferir pedido de prorrogação desse prazo, se convencida da complexidade ou da dificuldade probatória a cargo do contratado, devendo nesse caso estabelecer o novo prazo de modo expresso.

## **Artigo 84.**

Lamenta-se encerrar este estudo com um dispositivo como este art. 84.

O legislador perdeu outra excelente oportunidade de ir pescar, colocar o sono em dia, fazer compras na rua 25 de Março, em São Paulo, ou viajar em turismo gastronômico. Tudo seria preferível a escrever, inspirada como foi no art. 88 da lei de licitações, esta miserável lição de analfabetismo jurídico, institucional, penal e legislativo.

O legislador, no seu invariável abandono técnico, órfão de qualquer domínio do direito, deve ter imaginado estar plenamente seguro ao copiar regra de uma importantíssima lei nacional. É um retrato do Brasil: este país, sendo o que é e estando como está no mais fundo do poço desde o descobrimento em 1.500, possivelmente não poderia esperar legisladores melhores.

Nem uma só palavra do artigo faz nenhum sentido jurídico. O dispositivo é um descabro de envergonhar estagiário de engenharia nuclear, ou de tecnologia de alimentos.

Imaginará acaso o legislador que se um dia ficar sabendo que um seu contratado fraudou dez anos antes o imposto de renda, ou um dia tentou frustrar uma licitação, não se sabe realizada por que ente público, ou ainda, a juízo da estatal ou de quem quer que seja pois que a lei não o esclarece, “não possuir idoneidade para contratar” com a estatal, então poderá aplicar-lhe a pena de suspensão do direito de licitar e contratar com a mesma estatal, de duas uma: ou não está sóbrio, ou é desprovido do mais remoto senso de institucionalidade.

O artigo dá a idéia de que se a estatal desconfiar de um seu contratado – quer já tenha sofrido pena, quer ainda não o tenha, pois que o artigo não esclarece –, então somente por isso já estará autorizada a suspender esse contratado.

Escrito como está, o artigo permite que fatos em nada relacionados com esta licitação atual, e este contrato atual, possam ensejar apenamento do contratado envolvido!

E também não menciona acusação, nem procedimento contraditório, nem defesa, nem instituto outro algum, imprescindível à punição de alguém pela Administração.

É a mendicância jurídica ao lado da indignância técnica, de braços dados, numa vergonhosa exibição de desqualificação do legislador brasileiro – que não precisava rebaixar-se até esse ponto.

Não merece, o artigo, que alguém sequer se lembre que existe. Constitui uma faca sem lâmina da qual se extraiu o cabo, e um de todo indesejável final de comentário. Trata-se do que se poderia denominar moralismo imbecil.


Um contratado que sofra ou que seja ameaçado de sofrer alguma penalidade com base neste artigo deverá obter liminar suspensiva em mandado de segurança por telefone, e derrubar a estulta pretensão punitiva da estatal com sobejante facilidade.

Sidney Bittencourt, citando Ribeiro Pontes e ambos com o proverbial cavalheirismo que falta a este escriba, assim comenta o dispositivo:

Sem muita inspiração, o legislador da LE copiou dispositivo de difícil aplicação da Lei Geral de Licitações. (...)

Na prática entendemos que o preceptivo carece de elementos que possibilitem a sua correta aplicação. Como leciona Ribeiro Pontes, “em toda lei sancionadora considera-se o dispositivo em si e a sanção. No âmbito do dispositivo em si, o legislador formula as condições de existência dos atos ilícitos. Na esfera da sanção, a pena deve ser aplicada ao que age ou se abstém nas condições pela lei determinadas.” Logo, as condições devem estabelecer os pressupostos para o ato a ser sancionado. No caso, é patente a indefinição dos pressupostos da ação. (In *A nova lei das estatais*, citada, p. 367/8)

O dispositivo não vale nada, nem a tinta e o papel gastos com a sua impressão.

Augura-se que as autoridades dirigentes das estatais saibam distinguir entre o bom e o aproveitável, dentro desta lei, da escória imprestável em má hora colhida de outras leis, que nem cá nem lá jamais deveriam ter sido escritas. 

## NOTAS

- 1 Com grande desolação e consternação parece se confirmar mais a cada novo dia que poucas realidades institucionais se acham tão falidas quanto a do estado, nesta quadra atual em que o poder público vive de épocas passadas, imprevidentes em grande medida e absolutamente ultrapassadas. Se o contrato administrativo vincula-se a algo assim, e se haure seus fundamentos nos cânones da Administração pública, então deve ser o que de pior existe na matéria. Além de ilógico seria injusto que a nova LE submetesse as estatais a um tal retrocesso – esse mesmo que ainda em 2017 para elas é imposto pela lei das licitações, a qual grosseiramente não diferencia, para esse efeito contratual, uma Prefeitura de uma sociedade de economia mista.
- 2 Algo com a fala que se atribui a Getúlio Vargas, para quem aos amigos tudo, e aos inimigos a lei.
- 3 O que juridicamente é incorreto e inadmissível, pois que se o contratado, obrigado como é pela lei e pelo contrato a manter atualizadas suas condições de habilitação por toda a execução contratual, caso descumpra essa obrigação *deve ter o seu contrato rescindido* com base n’algum dos incisos iniciais do art. 78 da lei de licitações, e não apenas ter o seu pagamento atrasado até cumprir sua obrigação. A rescisão é muito mais grave, pra o contratado, que a simples e injurídica retenção do pagamento do mês – típico *jeitinho brasileiro* de não atrapalhar muito a vida de seu contratado, apenas um pouco... Tudo completamente errado, pois que se o contratado serviu para entregar o objeto ou a parte dele, e se o contratante recebeu regularmente o que foi entregue, então inquestionavelmente deve pagar pelo que recebeu – ou de outro modo que já não receba. Receber como bom um objeto e depois não pagar o que recebeu constitui prática de *enriquecimento sem causa, ou locupletamento ilícito* – o poder público não sabe disso?
- 4 Sendo este artigo uma cópia quase que inalterada do art. 65 da lei de licitações, e considerando que naquele art. 65 o § 7º foi e está vetado, surpreende a acuidade do autor da LE, que não inseriu um parágrafo nesta lista do art. 81, apondo-lhe o adjetivo “vetado”.
- 5 In *A nova lei das estatais*, citada, p. 354.



IVAN BARBOSA RIGOLIN é advogado em São Paulo.

# Atlas da violência no Brasil - 2018

■ POR RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA

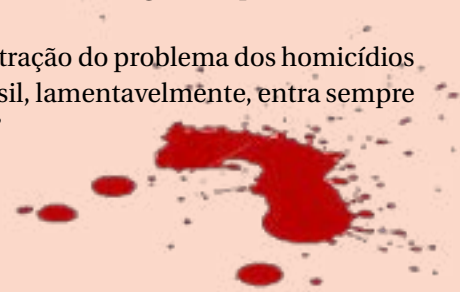
**“É preciso que estejamos atentos para que os oportunistas não se aproveitem da insegurança na qual vivemos no cotidiano e possam pautar as suas bandeiras totalitárias e fascistas. Estudos como esse devem servir de base para que a sociedade discuta com racionalidade uma questão tão séria como a violência, sem demagogia e sem tergiversações.”**

**O** Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública – FBSP, lançaram no mês de junho, sob a coordenação do pesquisador Daniel Cerqueira, o Atlas da Violência 2018, “analisando inúmeros indicadores para melhor compreender o processo de acentuada violência no país.”

A pesquisa inicia com uma comparação com o número de homicídios registrados no mundo entre os anos de 2000 e 2013, a partir de dados fornecidos pela Organização das Nações Unidas – ONU e a Organização Mundial da Saúde – OMS.

Observou-se que os países da América do Sul apresentam entre si “taxas similares, variando aproximadamente na mesma margem”, sendo que o Brasil e a Colômbia lideram os números, ao passo que o Uruguai, o Chile e a Argentina possuem taxas abaixo da média mundial.

Segundo a investigação, existe uma “concentração do problema dos homicídios nos países latino-americanos, sendo que o Brasil, lamentavelmente, entra sempre na lista das nações mais violentas do planeta.”



Em seguida, os pesquisadores debruçam-se sobre os números brasileiros, coletados a partir do Sistema de Informações sobre Mortalidade, do Ministério da Saúde (SIM/MS). A partir da análise dos dados coletados – com gráficos e tabelas – chega-se à conclusão que o País superou o patamar de 30 mortes por 100.000 habitantes (taxa igual a 30,3), revelando um elevado aumento em relação à pesquisa anterior.

Este crescimento não se deu de maneira homogênea, mas de forma diferenciada entre as regiões: “nos últimos quatro anos, enquanto houve uma virtual estabilidade nas regiões Sudeste e Centro-Oeste, observa-se um crescimento nas demais regiões e, de forma mais acentuada, na região Norte”, sendo que todos os Estados com crescimento superior a 80% nas taxas de homicídios pertenciam ao Norte e ao Nordeste.

A tragédia revela-se ainda mais assustadora quando o homicídio representa como causa de mortalidade da juventude masculina (homens entre 15 a 19 anos) 56,5% do total de óbitos, “fenômeno denunciado ao longo das últimas décadas, mas que permanece sem a devida resposta em termos de políticas públicas que efetivamente venham a enfrentar o problema. Os dados de 2016 indicam o agravamento do quadro em boa parte do país: os jovens, sobretudo os homens, seguem prematuramente perdendo as suas vidas.”

Em 2016, 94,6% dos jovens assassinados eram do sexo masculino, um acréscimo de 8% em relação ao ano anterior. Os Estados do Acre e do Amapá lideraram este aumento.

A violência contra os negros está fartamente demonstrada no estudo, sendo muito acentuada “*a concentração de homicídios na população negra*”, uma das mais cruéis “*facetas da desigualdade racial no Brasil*”, conforme já havia sido descrito em outras publicações, como no Índice de Vulnerabilidade Juvenil à Violência – ano base de 2015 – “que demonstrou que o risco de um jovem negro ser vítima de homicídio no Brasil é 2,7 vezes maior que o de um jovem branco.”

Com efeito, as taxas de homicídio entre pretos e pardos (grupos populacionais de negros) “revelam a magnitude da desigualdade”, quando comparados com os não negros. Segundo os investigadores, os números são tão discrepantes que é “como se, em relação à violência letal, negros e não negros vivessem em países completamente distintos.” Os Estados de Sergipe e do Rio Grande do Norte lideram entre os que têm as maiores taxas. Sete dos Estados pesquisados, por exemplo, registraram taxas de homicídios entre não negros de apenas um dígito, “o que, para o caso brasileiro, é extremamente raro.”

Vejam, por exemplo: “Em um período de uma década, entre 2006 e 2016, a taxa de homicídios de negros cresceu 23,1%. No mesmo período, a taxa entre os não negros teve uma redução de 6,8%. *Cabe também comentar que a taxa de homicídios de mulheres negras foi 71% superior à de mulheres não negras.*” (grifei).

O estudo conclui, com absoluto acerto e incontestável correção, “que a desigualdade racial no Brasil se expressa de modo cristalino no que se refere à violência letal e às políticas de segurança. Os negros, especialmente os homens jovens negros, são o perfil mais frequente do homicídio no Brasil, sendo muito mais vulneráveis à violência do que os jovens não negros”, razão pela qual “políticas eficientes de prevenção da violência devem ser desenhadas e focalizadas, garantindo o efetivo direito à vida e à segurança da população negra no Brasil.”

Na pesquisa há um tópico dedicado às mortes decorrentes de intervenções policiais. Neste item, os pesquisadores advertem que os dados registrados no Sistema de Informações sobre Mortalidade (SIM) sobre intervenções legais e operações de

guerra “permanecem – como demonstrado nas edições anteriores – com subnotificação significativa quando comparados aos dados policiais”, sendo que a diferença entre as duas fontes supera 67,5%.

Assim, enquanto o Sistema de Informações sobre Mortalidade (SIM) registrou 1.374 casos de pessoas mortas em funções de intervenções policiais, o Anuário Brasileiro de Segurança Pública, feito com base nos registros policiais, apontou, no mínimo, 4.222 vítimas (ano de 2016).

Esta discrepância de dados, evidentemente, é lamentável, pois “o uso da força pelos agentes estatais é um tema central para a democracia brasileira, já que frequentemente as polícias brasileiras têm sido acusadas de violações de direitos e de serem violentas, o que reforça a necessidade de registros fidedignos para mensuração do fenômeno.”

Nota-se que “os negros são as principais vítimas da ação letal das polícias e no perfil predominante da população prisional do Brasil. “Neste sentido, os pesquisadores observam que o Anuário Brasileiro de Segurança Pública identificou que 76,2% das vítimas de atuação da polícia são negras.

E em relação aos homicídios contra as mulheres? Certamente, “os dados apresentados no relatório devem contribuir para destacar e denunciar a morte de mulheres, assim como a necessidade do aprimoramento dos mecanismos de enfrentamento”, especialmente no ano que foi tristemente marcado pelo assassinato da vereadora do Rio de Janeiro Marielle Franco, no dia 14 de março. Uma mulher negra, mãe e moradora da favela da Maré.

Pela pesquisa, em 2016, foram assassinadas no País 4.645 mulheres, o que representa cerca de 4,5 homicídios para cada 100 mil brasileiras. Em dez anos, este número aumentou em 6,4%. Destaca-se, negativamente, óbvio! O Estado de Roraima, cuja taxa de homicídios contra as mulheres foi superior à taxa de todo o Brasil.

Ademais, “considerando-se os dados de 2016, a taxa de homicídios é maior entre as mulheres negras (5,3) que entre as não negras (3,1) – a diferença é de 71%. Em relação aos dez anos da série, a taxa de homicídios para cada 100 mil mulheres negras aumentou 15,4%, enquanto que entre as não negras houve queda de 8%.”

Aqui, os Estados de Goiás e Pará lideram o topo do *ranking* das maiores taxas quando se trata de homicídio de mulheres negras, sendo que estes Estados não estão entre aqueles com maiores taxas de homicídios de mulheres brancas. Relativamente às mulheres não negras, o Estado de Roraima lidera, cujo índice é “muito superior a qualquer outra taxa, em qualquer outro estado”, fato que confirma os relatórios Human Rights Watch (2017) “que apontaram o estado de Roraima como o mais letal para mulheres e meninas no Brasil, e do Conselho Indigenista Missionário (Cimi, 2017), que descreveu Roraima como a UF que teve o maior número de vítimas indígenas assassinadas.”

O uso de armas de fogo também foi objeto da pesquisa. Com efeito, “entre 1980 e 2016, cerca de 910 mil pessoas foram mortas com o uso de armas de fogo.” O ano de 1980, segundo os pesquisadores, marca “uma verdadeira corrida armamentista no país só interrompida em 2003, por conta do Estatuto do Desarmamento.” Eles concluíram, com base nos dados coletados, que o “crescimento dos homicídios no país ao longo dessas três décadas e meia foi basicamente devido às mortes com o uso das armas de fogo, ao passo que as mortes por outros meios permaneceram constantes desde o início dos anos 1990.” O Estado de Sergipe lidera a lista daqueles que apresentam mais homicídios por armas de fogo (85,9% do total).

Para eles, sem dúvidas, “não fosse o Estatuto do Desarmamento que impôs um controle responsável das armas de fogo, a taxa de homicídios seria ainda maior que a observada.”

A pesquisa também fez um levantamento sobre os casos de crimes contra a dignidade sexual, especialmente o estupro, mostrando que, em 2016, foram registrados pela polícia brasileira vergonhosos 49.497 casos de estupro, segundo informações do 11º. Anuário Brasileiro de Segurança Pública. Já no Sistema Único de Saúde, foram registrados 22.918 casos de estupro (quase metade, portanto, daquele fornecido pela Polícia).

Notam os pesquisadores que ambas as bases de informações são subnotificadas e, portanto, não podem dar uma ideia precisa do gravíssimo problema. Eles atentam, com absoluta razão, que “o tabu engendrado pela ideologia patriarcal faz com que as vítimas, em sua grande maioria, não reportem a qualquer autoridade o crime sofrido.” Comparando-nos com os Estados Unidos, os autores lembram que naquele País apenas 15% do total dos estupros são informados à Polícia. Assim, concluem que “caso a nossa taxa de subnotificação fosse igual à americana, ou, mais crível, girasse em torno de 90%, estaríamos falando de uma prevalência de estupro no Brasil entre 300 mil a 500 mil a cada ano”. Note-se, outrossim, que aqui também as mulheres negras são as vítimas mais numerosas. Além disso, o estudo concluiu que na maioria das vezes (54,9%) em que a ofendida conhece o seu agressor, ela já havia sido vítima antes.

Outro dado também impressionantemente assustador revela que a violência de gênero vem acompanhada da “vulnerabilidade por deficiências física e/ou psicológica.” Assim, “cerca de 10,3% das vítimas de estupro possuíam alguma deficiência, sendo 31,1% desses casos contra indivíduos que apresentam deficiência mental e 29,6% contra indivíduos com transtorno mental. Além disso, 12,2% do total de casos de estupros coletivos foram contra vítimas com alguma deficiência.”

Em relação ao estupro de crianças, “é estarrecedor notar que quase 30% dos casos de estupro contra crianças são perpetrados por familiares próximos, como pais, irmãos e padrastos.”

Eis um resumo do trabalho realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública – FBSP. A pesquisa é muito longa e os números são os mais variados. É uma investigação que deve ser levada em consideração quando se tratar de violência no Brasil, especialmente em um período eleitoral. Ela mostra, à saciedade, a nossa estúpida desigualdade racial, gênese de vários dos problemas brasileiros. Também demonstra que a liberalização do uso das armas de fogo será desastrosa para a nossa sociedade: as mortes multiplicar-se-ão!

É preciso que estejamos atentos para que os oportunistas não se aproveitem da insegurança na qual vivemos no cotidiano e possam pautar as suas bandeiras totalitárias e fascistas. Estudos como esse devem servir de base para que a sociedade discuta com racionalidade uma questão tão séria como a violência, sem demagogia e sem tergiversações. **■**



**RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA** é Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia e Professor de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade Salvador - UNIFACS.

# Reforma da previdência em direção a sistemas multipilares

■ POR FLÁVIO BARRETO E CARLOS MANSO

O país tem procurado corrigir, nas últimas décadas, a sua matriz de financiamento previdenciário alterando constantemente os parâmetros, especialmente aqueles referentes à idade de aposentadoria, contribuições e benefícios. Isso, porém, além de não ter produzido uma solução permanente para o problema, tem gerado maiores distorções. A causa, para tanto, está na natureza do sistema de repartição. Nesse modelo, os trabalhadores ativos contribuem para os atuais aposentados com a certeza de que, quando se tornarem inativos, outras gerações financiarão seus benefícios. Como esse contrato social entre gerações deve ser garantido pelo Estado, sua sustentabilidade financeira é profundamente desafiadora.

Relacionadas à dificuldade de se manter esse mecanismo no Brasil, ao menos três fortes ameaças podem ser citadas. Em primeiro lugar, o processo contínuo de redução da taxa de natalidade e envelhecimento da população tem determinado um número cada vez menor de ativos para financiar os inativos. Em segundo, os trabalhadores mais qualificados e de mais alta renda vêm reduzindo sua participação na base de contribuição do Regime Geral da Previdência Social (RGPS), pelo fenômeno conhecido por “pejotização”. O terceiro ponto se refere às mudanças estruturais que estão ocorrendo no mercado de trabalho, especialmente devido à revolução tecnológica digital, com a conseqüente troca da relação de trabalho assalariada formal por novos empregos no setor de serviços. Assim, com menos trabalhadores formais e retração na base de contribuição salarial, o sistema apresentará problemas permanentes no seu financiamento, exigindo, portanto, uma mudança estrutural e definitiva.

O caminho sugerido, para tanto, é a migração parcial do atual sistema - majoritariamente de repartição - para um sistema multipilar com parte capitalizada, o qual é bastante comum em vários países, inclusive nos nossos vizinhos na América Latina. Nessa direção, ter-se-ia um primeiro pilar não contributivo, que garantisse, com recursos explícitos do Tesouro, uma renda mínima para o idoso em situação de vulnerabilidade social. O segundo pilar seria composto por um sistema contributivo de repartição, mas com o estabelecimento de um teto máximo inferior aos atuais R\$ 5.645,80 do RGPS. Por fim, o terceiro seria capitalizado em poupanças individuais, com contribuições acima desse novo teto. Ao se separar os pilares, os objetivos que os sistemas de previdência devem atender ficam mais explícitos. Além disso, outras vantagens do regime multipilar capitalizado, comparado ao de repartição puro, podem ser citadas:






# PREVIDÊNCIA SOCIAL

Regras mais estáveis no tempo. Na medida em que se reduz o pilar de repartição do novo sistema, menos ajustes serão necessários no futuro, possibilitando, assim, um maior horizonte de decisões dos agentes econômicos, o que contribui para a melhoria do ambiente de negócios. O avanço, nesse caso, é que se possa perseguir regras e não discricionariedades.

Menor dependência dos ciclos econômicos. Como o sistema de repartição tem seu financiamento baseado principalmente sobre a folha de salários e o emprego, as flutuações econômicas afetam com mais intensidade esse desenho, comparativamente a sistemas multipilares, no qual os riscos são mais divididos.

Fortalecimento dos incentivos. Uma importante premissa para um sistema previdenciário é que o vínculo entre contribuições e benefícios seja o mais forte possível. Quanto mais estreita essa relação, mais as pessoas se sentem motivadas a participar do sistema. O inverso disso ocorre quando as contribuições são frequentemente elevadas e os benefícios permanentemente reduzidos. Por outro lado, quando se aumenta a porção capitalizada do sistema, a tendência é a de fortalecimento desse vínculo, já que há uma correspondência direta entre a contribuição, o saldo de recursos acumulados e o horizonte de recebimentos futuros.

Efeito positivo sobre a poupança agregada. Os sistemas de repartição tendem a deprimir a taxa de poupança, na medida em que a propensão média a consumir aumenta quando há transferência de renda entre jovens que poupam para idosos que não poupam. Os sistemas capitalizados, por sua vez, tendem a ser mais atraentes, por apresentarem uma taxa de retorno (taxa real de juros) superior à do sistema de repartição (crescimento populacional + produtividade), estimulando, assim, o desenvolvimento do mercado de capitais e uma base de financiamento mais consistente para os investimentos de longo prazo.

Entretanto, é importante ressaltar que sistemas mais capitalizados possuem também ameaças, especialmente relacionadas às decisões de investimentos dos fundos acumulados. Dessa forma, é necessário um eficiente desenho regulatório para minimizar esses riscos envolvidos. Noutro aspecto, a maior dificuldade, porém, é como financiar a transição entre os dois sistemas. Os passivos que surgem são representados pelas devoluções daquelas contribuições feitas a maior sobre o teto mais elevado, de pessoas que ainda não estão aposentadas, e do esforço fiscal adicional que se necessita para financiar os benefícios das pessoas que recebem o valor máximo, mas que terão contribuições menores. A discussão em torno da viabilidade da transição para o regime multipilar com capitalização será apresentada num próximo artigo. 

**FLÁVIO ATALIBA F. D. BARRETO** é professor do CAEN da Universidade Federal do Ceará e diretor-geral do Instituto de Pesquisa e Estratégia Econômica do Ceará.

**CARLOS ALBERTO MANSO** é doutor em Economia e Consultor.



# Ação popular que requer ressarcimento ao erário. Prescrição quinquenal. Lei Federal nº 4.717, de 1965, art. 21

■ POR GINA COPOLA

**“A prescrição para as ações populares é de cinco anos, mesmo que tratem de pedido de ressarcimento ao erário.”**

**A** prescrição de ações de ressarcimento ao erário é tema que tem sido debatido com frequência no e. Poder Judiciário, em razão do disposto no art. 37, § 5º, da Constituição Federal.

Conforme é cediço em direito tramita perante o e. Supremo Tribunal Federal o Tema nº 897, que versa sobre a prescrição da pretensão de ressarcimento ao erário por ato de improbidade administrativa, com *leading case* 852475, com voto do eminente relator, o saudoso Ministro Teori Zavascki, e que está atualmente sob relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, e concluso desde o dia 15 de março de 2018.

Mas o que não se pode admitir – e isto se conclui desde já – é que a tese da imprescritibilidade de ações de ressarcimento ao erário seja adotada também em ações populares, cuja prescrição quinquenal está expressamente prevista pelo art. 21, da Lei Federal nº 4.717, de 1965.

Reza o art. 21, da Lei Federal nº 4.717/65:

“Art. 21 A ação prevista nesta lei prescreve em 5 (cinco) anos”

Com todo efeito, a imprescritibilidade em ações de ressarcimento ao erário pode ser conferida apenas ao ente público lesado – *e mesmo assim há divergência sobre tal entendimento, conforme se lê do Tema nº 897, do e. STF* – conforme ensina Mauro Roberto Gomes de Mattos<sup>1</sup>. Vejamos:

“Por outro lado, no caso das ações de ressarcimento ao erário, consideradas pelo art. 37, § 5º, da CF, como imprescritíveis não se pode deixar de observar que mesmo elas não se vinculando ao lapso do tempo, o Ministério Público por possuir a legitimação extraordinária terá a contagem de prazo para exercer o seu *múnus* público nos cinco anos legais. *Após o transcurso deste prazo, somente o ente público lesado é que terá a legitimidade ativa, em tese, para ingressar perante o Poder Judiciário, vindicando que retorne ao erário o que lhe foi subtraído de maneira ilegal e imoralmente*” (com itálicos nossos)

E conclui o mestre, com seu habitual acerto:

“Entender a regra constitucional inserta no art. 37, § 5º, como a consagração de uma imprescritibilidade, por mais relevante que seja coibir a lesão ao erário, é subtrair o Estado de Direito em que vivemos”

Está aí a perfeita conclusão sobre o tema desde já.

Sobre o tema, traz-se à colação irrepreensível estudo do professor George Louis Hage Humbert<sup>2</sup>, intitulado *A prescrição na ação de ressarcimento ao erário nas ações de improbidade administrativa: comentário à jurisprudência do STJ*, cuja conclusão que é também perfeitamente aplicável às ações populares, pedimos vênua para transcrever em sua íntegra, por ser deveras elucidativa:

“A matéria em debate é controvertida na doutrina e na jurisprudência pátria. Apontamos que a ação de ressarcimento ao Erário é prescritível, ao menos por cinco fundamentos desenvolvidos *supra* e abaixo sintetizados:

(i) a Constituição, quando declara a imprescritibilidade de ações, sempre o faz de forma expressa, o que não é o caso das ações de ressarcimento ao Erário;

(ii) a ressalva contida na parte final do art. 37, § 5º, da Constituição se refere à lei aplicável à espécie. Não previu nesta hipótese – porque necessário o fazer de forma expressa e clara – a imprescritibilidade;

(iii) se lesões ao Erário, como o não pagamento de tributo, além do próprio ato de improbidade administrativa e ofensas dele decorrentes são prescritíveis, a lesão ao Erário (uma das possíveis decorrências do ato de improbidade) também deve ser, sob pena de se violar o princípio da igualdade;

(iv) uma ação de natureza indenizatória e de efeitos exclusivamente patrimoniais não pode ser imprescritível sem ofensa ao princípio basilar da segurança jurídica e da garantia da ampla defesa;

(v) a questão possui natureza essencialmente constitucional e deve ser decidida através da manifestação do órgão juridicamente competente, para em última análise, interpretar a Carta Magna: o Supremo Tribunal Federal”

Com todo efeito, a ilação no sentido de que ações de ressarcimento ao erário de um modo geral são imprescritíveis atenta contra a segurança jurídica de forma mortal.

IV – Mais relevante, porém, é o fato de que o e. Superior Tribunal de Justiça já se manifestou de forma expressa e decisiva sobre o tema nos autos do Recurso Especial nº 910.625-RJ, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 4/12/2008, para determinar que é reconhecida a prescrição quinquenal em ações populares e ações civis públicas de ressarcimento de danos ao patrimônio público.

Vejamos a ementa do r. acórdão:

“EMENTA. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DOAÇÃO DE IMÓVEL REALIZADA PELA MUNICIPALIDADE. RESSARCIMENTO DE DANOS AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. PRAZO PRESCRICIONAL DA AÇÃO POPULAR. ANALOGIA (UBI EADEM RATIO IBI EADEM LEGIS DISPOSITIVO). PRESCRIÇÃO RECONHECIDA.

1. A Ação Civil Pública e a Ação Popular veiculam pretensões relevantes para a coletividade.

2. Destarte, hodiernamente ambas as ações fazem parte de um microsistema de tutela dos direitos difusos onde se encartam a moralidade administrativa sob seus vários ângulos e facetas. Assim, à míngua de previsão do prazo prescricional para a propositura da Ação Civil Pública, inafastável a incidência da *analogia legis*, recomendando o prazo quinquenal para a prescrição das Ações Civis Públicas, tal como ocorre com a prescritibilidade da Ação Popular, porquanto *uni eadem ratio ibi eadem legis dispositivo*. Precedentes do STJ: REsp 890552/MG, Relator Ministro José Delgado, DJ de 22.03.2007 e REsp 406.545/SP, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 09.12.2002.”

É prescritível, portanto, a ação popular de ressarcimento de danos ao erário, e o prazo prescricional é quinquenal, nos termos do art. 21, da Lei nº 4.717, de 1.965, conforme já decidiu o e. Superior Tribunal de Justiça.

Com todo efeito, a observância da prescrição trata-se de observância do princípio da segurança jurídica, sendo que a estabilidade das relações jurídicas prevalece até mesmo sobre o princípio da legalidade estrita no *balancing test* entre esses dois princípios, conforme já decidiu o e. STJ, no MS nº 22357, rel. Ministro Gilmar Mendes, Pleno, DJ de 05/11/2004.

V – No mesmo exato sentido, já decidiu o e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para, com transcrição de doutrina de Geraldo Ataliba e Canotilho, decretar que a prescrição é um dos garantidores da segurança jurídica. É o que se lê do r. acórdão proferido na Apelação Cível nº 799.475-5/8-00-Colina, rel. Des. Francisco Vicente Rossi, 11ª Câmara de Direito Público, julgado em 17/11/2008.

VI – Ainda sobre o tema da absoluta prescritibilidade das ações populares e civis públicas de ressarcimento de danos ao erário, o egrégio Superior Tribunal de Justiça, decidiu em sede do Recurso Especial nº 911.961-SP, Rel. Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, julgado em 4/12/2008 exatamente no mesmo diapasão supratranscrito, ou seja, para decretar de forma fundamentada que nas ações civis públicas e nas ações populares de ressarcimento de danos ao erário é reconhecida a prescrição quinquenal.

Cite-se ainda no mesmo sentido, o Recurso Especial nº 1.084.916-RS, rel. Ministro Rel. Luiz Fux, 1ª Turma, julgado em 21/05/2009.

VII – Cite-se, ainda, no mesmo sentido, o r. acórdão do e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação Cível nº 89.119-5/2-Bauru, rel. Des. Vanderci Alvares, 2ª Câmara de Direito Público, julgado em 24 de agosto de 1999, de onde se lê o seguinte:

“2.D. A ação civil pública visando recomposição do patrimônio público, é imprescritível (art. 37, § 5º da Carta Magna), ao contrário da ação popular, que prescreve em cinco anos (art. 21 da Lei nº 4.717/65).”

Tal r. acórdão foi citado em art. de autoria de Clito Fornaciari Júnior, intitulado Prescrição das ações de ressarcimento de danos causados por ato de improbidade administrativa, publicado na Revista de Informação Legislativa de Brasília, ano 42, nº 165, jan./mar.2005, p. 33/38.

VIII – Ainda sobre a imperiosa prescrição quinquenal que deve incidir nas ações populares é o r. acórdão proferido pelo e. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul na Apelação Civil nº 70054887542-RS, relator Des. Carlos Roberto Lofego Canibal, 1ª Câmara Cível, julgado em 11/06/2014:

“EMENTA. APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO. AÇÃO POPULAR. PRETENSÃO RESARCITÓRIA. PRESCRIÇÃO. ATO LESIVO QUE NÃO TEM NATUREZA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

Na ação popular, a pretensão de invalidade/nulidade de ato/contrato ilegal ou lesivo ao Erário prescreve em cinco anos, a contar da sua efetivação, nos termos do que disciplina o art. 21 da Lei nº 4.717/65. A pretensão ressarcitória, quando o ato lesivo tiver natureza de improbidade administrativa, e somente nestes casos, é imprescritível, a teor do que disciplina o § 5º do art. 37 da Constituição Federal.

Caso concreto em que a ação popular ajuizada busca o ressarcimento ao Erário dos danos causados em razão de contrato firmado entre o Estado do Rio Grande do Sul e banco privado, em face de suposta ilegalidade da taxa Anbid, encargos moratórios e capitalização de juros, sem qualquer conotação de improbidade administrativa. Pretensão fulminada pela prescrição, que no caso é quinquenal. Sentença confirmada.”

O r. acórdão versa exatamente sobre o caso em tela, em que a pretensão do apelante resta fulminada pelo instituto da prescrição, de modo a dar efetividade ao princípio da segurança jurídica.

IX – É também do e. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul o r. acórdão proferido na Apelação Cível nº 70056978240, rel. Des. Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil, 11ª Câmara Cível, julgado em 23/-7/2014, com a seguinte ementa:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO POPULAR. PRESCRIÇÃO. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO DE DANOS AO ERÁRIO.

A regra, em um Ordenamento Jurídico de um Estado Democrático de Direito, é a prescritibilidade das pretensões condenatórias, sob pena de se vulnerar o princípio da segurança jurídica e a estabilidade das relações sociais.

A norma prevista no art. 37, § 5º, da Constituição Federal não prevê expressamente a imprescritibilidade das ações que visem o ressarcimento de danos causados ao erário.

Ainda, o art. 37 da Constituição da República trata dos princípios que regem a Administração Pública e as consequências de sua inobservância, logo, mesmo que se entenda que o seu § 5º estabeleceu uma exceção à regra da prescritibilidade das pretensões condenatórias, sua interpretação deve ser restritiva, de modo que apenas os danos decorrentes de atos de improbidade administrativa é que seriam alcançados pelo dispositivo constitucional.

Aplicável, portanto, ao caso dos autos, a prescrição quinquenal prevista no art. 21 da Lei nº 4.717/65 para o ajuizamento da ação popular.

Apelação desprovida.”

O r. acórdão acima decide de forma irrepreensível e cristalina que em um Estado Democrático de Direito a regra é a prescritibilidade das pretensões, de modo a preservar a segurança jurídica e a estabilidade das relações sociais.

E mais: o art. 37, § 5º, da Constituição Federal, não prevê expressamente a imprescritibilidade das ações que visem o ressarcimento de danos causados ao erário. A sua redação não diz exatamente isso, mas apenas “ressalva as ações de ressarcimento”, o que não permite fechar questão sobre esse tema do modo como pretendem alguns aplicadores do direito. Daí a extrair a conclusão da imprescritibilidade é um grande passo, um abismo, sobretudo para o efeito de modificar a prescrição expressa da ação popular, constata da lei regedora dessa ação. É uma ginástica extraordinária, que nada tem de jurídico.

Tais ilações estão absolutamente de acordo com o que reza a Constituição Federal, e os princípios de direito, sobretudo o da segurança jurídica, que deve sempre prevalecer sobre qualquer outro.

X – Cite-se, ainda, o venerando acórdão proferido pelo e. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, na Apelação/Reexame Necessário nº 12779883, rel. Des. Edison de Oliveira Macedo Filho, 5ª Câmara Cível, julgado em 27/01/2015, com a seguinte ementa:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO POPULAR. CONTRATO BANCÁRIO. ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA. TAXA BÁSICA FINANCEIRA. ILEGALIDADE. CONTRATO FIRMADO EM 1997. AÇÃO PROMOVIDA EM 2013. PRESCRIÇÃO RECONHECIDA. AÇÃO QUE VISA ANULAR ATO ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO COMO CONSEQUÊNCIA DA ILEGALIDADE DO CONTRATO. CONSOLIDAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL POSTERIOR AO VENCIMENTO DO CONTRATO. PROCESSO EXTINTO COM RESOLUÇÃO DE MÉRITO.

1. A Ação Popular deve ter por objeto, sempre, a anulação de um ato ou contrato administrativo, lesivo ao patrimônio público, seja ele pecuniário ou não. 2. O ressarcimento buscado em ação popular deve decorrer, diretamente, do ato que se busca anular, este sujeito ao prazo prescricional quinquenal. SENTENÇA REFORMADA, EM REEXAME NECESSÁRIO. PRESCRIÇÃO RECONHECIDA. AGRAVO RETIDO PREJUDICADO. APELAÇÃO PREJUDICADA.” (Grifamos)

A jurisprudência dos mais variados Tribunais é farta, portanto, no sentido de que deve ser reconhecida a prescrição quinquenal em ações populares que visam o ressarcimento de supostos danos ao erário, em perfeito atendimento à segurança jurídica e à estabilidade das relações sociais.

XI – Mas a jurisprudência não para aí.

O e. Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1569439/MG, rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, julgado em 9/6/2016, decidiu de forma cristalina que:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO POPULAR. NATUREZA DECADENCIAL DO PRAZO PREVISTO NO ART. 21 DA LEI Nº 4.717/65. PRECEDENTES DO STJ. DECADENCIA CONFIGURADA.

1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é pacífica no sentido de que a aplicação da regra inserta no art. 542, § 3º, do CPC/1973, pode ser relativizada quando a decisão interlocutória recorrida gerar danos permanentes e irreversíveis ao interessado, como restou demonstrado no caso ora em análise.

2. Há entendimento consolidado nesta Corte Superior a respeito da natureza decadencial do prazo estipulado para o exercício da Ação Popular, haja vista a natureza constitutiva da sentença. Precedentes do STJ.

3. Agravo regimental não provido.

E, por fim, cite-se, no mesmo sentido, v. acórdão do e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos da Apelação nº 1024602-02.2014.8.26.0405, relator Des. Paulo Galizia, 10ª Câmara de Direito Público, julgada em 12 de março de 2.018, com a seguinte ementa:

“AÇÃO POPULAR. Município de Osasco. Impugnação de resoluções da Câmara Municipal que instituíram o “Auxílio-Encargos Gerais de Gabinete de Vereador”, denominado de ‘verba de gabinete’. Último pagamento realizado em janeiro de 2009. Ajuizamento da ação popular em novembro de 2014. Decadência caracterizada. Inteligência do art. 21 da Lei nº 4717/65. Entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça. Sentença que julgou improcedentes os pedidos. Manutenção. Recurso não provido”

E o v. voto condutor transcreveu excerto da r. sentença de primeiro grau:

“Conforme destacado na r. sentença:

“Há que se distinguir a alegação de imprescritibilidade do dano ao erário mediante o exercício da ação civil pública e da ação popular. Naquela, o tema da imprescritibilidade está em análise pelo Colendo STF em regime de Repercussão Geral, aguardando julgamento.

Quanto à ação popular o Egrégio Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento segundo o qual a ação popular sujeita-se, na verdade, a prazo decadencial de 5 anos.”

Diante de todo o aqui demonstrado, portanto, observa-se de forma cristalina, que a prescrição para as ações populares é de cinco anos, mesmo que tratem de pedido de ressarcimento ao erário.

É o que a jurisprudência determina. 

## NOTAS

- 1 MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 714/715.
- 2 HUMBERT, George Louis Hage, São Paulo: *IOB de Direito Administrativo*, maio/2010, p. 184.



ARQUIVO PESSOAL

**GINA COPOLA** é Advogada militante em Direito Administrativo. Pós-graduada em Direito Administrativo pela FMU. Ex-Professora de Direito Administrativo na FMU. Autora dos livros *Elementos de Direito Ambiental*, Rio de Janeiro: Temas e Idéias, 2003; *Desestatização e terceirização*, São Paulo: NDJ – Nova Dimensão Jurídica, 2006; *A lei dos crimes ambientais comentada art. por artigo*, Minas Gerais: Editora Fórum, 2008, e 2. ed. em 2012, *A improbidade administrativa no Direito Brasileiro*, Minas Gerais: Editora Fórum, 2011, e co-autora do livro *Comentários ao Sistema Legal Brasileiro de Licitações e Contratos Administrativos*, coautora, pela ed. NDJ – Nova Dimensão Jurídica, São Paulo, 2016, e, ainda, autora de mais de uma centena de artigos sobre temas de direito administrativo e ambiental, todos publicados em periódicos especializados.



## A ilegalidade e inconstitucionalidade da inscrição do nome do sujeito passivo tributário nos órgãos de proteção ao crédito

■ POR LUCAS AZEVEDO RIOS MALDONADO

### COMPETÊNCIA E CAPACIDADE TRIBUTÁRIA ATIVA

**A**s pessoas políticas que compõe a Federação recebem diretamente da Constituição – e só dela – as suas parcelas do poder fiscal. A Constituição é que define a competência tributária de cada uma. No Código Tributário Nacional<sup>1</sup>, a matéria atinente à competência está regulamentada no título II, arts. 6º a 8º.

Art. 6º A atribuição constitucional de competência tributária compreende a competência legislativa plena, ressalvadas as limitações contidas na Constituição Federal, nas Constituições dos Estados e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e dos Municípios, e observado o disposto nesta Lei.

Parágrafo único. Os tributos cuja receita seja distribuída, no todo ou em parte, a outras pessoas jurídicas de direito público pertencerá à competência legislativa daquela a que tenham sido atribuídos.

Art. 7º A competência tributária é indelegável, salvo atribuição das funções de arrecadar ou fiscalizar tributos, ou de executar leis, serviços, atos ou decisões administrativas em matéria tributária, conferida por uma pessoa jurídica de direito público a outra, nos termos do § 3º do art. 18 da Constituição.



§ 1º A atribuição compreende as garantias e os privilégios processuais que competem à pessoa jurídica de direito público que a conferir.

§ 2º A atribuição pode ser revogada, a qualquer tempo, por ato unilateral da pessoa jurídica de direito público que a tenha conferido.

§ 3º Não constitui delegação de competência o cometimento, a pessoas de direito privado, do encargo ou da função de arrecadar tributos.

Art. 8º O não-exercício da competência tributária não a defere a pessoa jurídica de direito público diversa daquela a que a Constituição a tenha atribuído.

Competência tributária é então a parcela de poder conferida pela Constituição a cada ente político (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) para a instituição de tributos. (Leandro Paulsen)

Não pode o ente político delegar a competência tributária que recebeu por meio da Constituição. Somente o ente político destinatário poderá ou não exercer esta competência para instituição de tributos, valendo-se aqui de juízo discricionário, sendo que, o não exercício da competência tributária não implica em perda do direito ou deferimento à pessoa jurídica de direito público diversa.

Contudo, pela leitura do art. 7º do Código Tributário Nacional é possível verificar que algumas atribuições se dissociam da competência tributária, está indelegável.

Poderão ser delegadas por uma pessoa jurídica de direito público a outra, as funções de arrecadar ou fiscalizar tributos, executar leis, serviços, atos ou decisões administrativas em matéria tributária.

Nesse momento cumpre esclarecer o conceito de capacidade tributária ativa, atributo inerente à competência tributária, mas que deste poder ser dissociada.

A capacidade tributária ativa, de acordo com Leandro Paulsen<sup>2</sup>

“é a aptidão para ser colocado, por lei, na posição de credor, com as prerrogativas que lhe são inerentes de fiscalizar o cumprimento das obrigações pelos contribuintes, lançar e cobrar os respectivos créditos tributários.”

Na medida em que o destinatário da delegação da capacidade tributária ativa poderá se valer de todas as prerrogativas que teria o credor tributário, forçoso concluir que somente uma pessoa jurídica de direito público poderá receber tal delegação.

É o que se pode extrair também da leitura do art. 119 do CTN<sup>3</sup>

Art. 119. Sujeito ativo da obrigação é a pessoa jurídica de direito público, titular da competência para exigir o seu cumprimento.

Logo, em hipótese alguma seria possível conferir a uma pessoa jurídica de direito privado a capacidade tributária ativa.

O disposto no § 3º do art. 7º do CTN não se confunde com capacidade tributária ativa.

Diz o § 3º do art. 7º do CTN<sup>4</sup>

§ 3º Não constitui delegação de competência o cometimento, a pessoas de direito privado, do encargo ou da função de arrecadar tributos.

O cometimento, a pessoas de direito privado, do encargo ou da função de arrecadar tributos não constitui delegação de capacidade tributária ativa e muito menos de competência tributária.

Não se pode confundir função de arrecadação com capacidade tributária.

O que o § 3º do art. 7º do CTN pretende jamais é conferir capacidade tributária à uma pessoa privada.

Referido dispositivo legal apenas permite que uma pessoa jurídica privada faça a arrecadação do tributo, como por exemplo, a retenção do imposto de renda na fonte pagadora, e posterior repasse ao fisco.

Em hipótese alguma a autorização concedida para que se proceda com a arrecadação pode ser entendida ou estendida como aptidão de fiscalização, lançamento e cobrança, estes inerentes à capacidade tributária ativa.

Não se pode cogitar, por exemplo, que quem uma pessoa jurídica privada efetue cobrança de tributos.

Isso porque a cobrança de tributos é feita mediante atividade administrativa plenamente vinculada, conforme disposto no art. 3º do CTN.

Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Leandro Paulsen<sup>5</sup> ensina que:

“A referência feita pelo art. 3º do CTN à cobrança mediante atividade administrativa plenamente vinculada é consentânea com o art. 119 do CTN que dispõe inequivocamente que apenas pessoas jurídicas de direito público podem figurar como sujeito ativo de obrigação tributária”.

Conclui-se, portanto, que a competência tributária não pode ser delegada e só pode ser exercida pelo Ente Público a quem referida competência foi atribuída pela Constituição Federal; que a capacidade tributária ativa consiste na aptidão para ser colocado, por lei, na posição de credor, com as prerrogativas que lhe são inerentes de fiscalizar o cumprimento das obrigações pelos contribuintes, lançar e cobrar os respectivos créditos tributários; que somente a pessoa jurídica de direito público poderá receber a delegação da capacidade tributária ativa, que se efetua mediante lei; que a pessoa jurídica de direito privado apesar de estar autorizada a proceder à arrecadação de tributo em alguns casos, jamais poderá ter capacidade tributária ativa e auxiliar na cobrança de tributo.

## ORGÃOS DE PROTEÇÃO AO CREDITO

Os órgãos de proteção ao crédito são pessoas jurídicas de direito privado, instituídas e mantidas com o fim de proteger as empresas e auxiliá-las na cobrança de créditos não recebidos.

As principais empresas de proteção ao crédito que operam no Brasil são SPC Brasil, Serasa Experian e Boa Vista SCPC.

Todas, além do viés informativo, destinado à prevenção das empresas, que se manifesta por meio de inscrições dos devedores no banco de dados desses órgãos de proteção, possibilitando que as empresas previamente saibam se há dívidas não pagas em nome das pessoas que pretendam comprar a crédito, exercem atividade de cobrança, visando efetivamente recuperar os créditos das empresas que procuram seus serviços.

Basta uma simples análise dos serviços oferecidos nos respectivos sítios virtuais das maiores empresas citadas alhures.

Sobre o SPC Brasil<sup>6</sup>, existem as seguintes propostas no sítio virtual:

“O SPC lhe ajuda a receber: você inclui os dados do inadimplente na nossa lista de devedores e enviamos uma carta para ele informando sobre a dívida e como quitá-la”.

Categoria do Produto: Cobrança e Recuperação

Benefícios:

- Localização e comunicação com clientes acerca de dívidas em aberto de maneira mais prática e segura.
- Economia de tempo e custos em cobranças de débitos.
- Otimização dos processos de cobrança, o que resulta em significativo aumento de lucratividade.
- Média de 50% de crescimento na recuperação de crédito.
- Possibilidade de negociação com clientes através de carta-boleto.
- Processo seguro de cobrança.
- Utilização de processos como diferenciação de propostas de descontos, o que potencializa o fechamento de acordos.
- Grande parte das empresas associadas ao SPC nega crédito ao inadimplente enquanto ele não paga o que deve

Sobre o Serasa Experian<sup>7</sup>, existem as seguintes propostas no sítio virtual:

Carta de Cobrança

Serviço exclusivo de regularização ou de inclusão de dívidas no banco de dados da Serasa Experian.

Recupere as dívidas de sua empresa

Com a carta de cobrança da Serasa Experian sua empresa pode localizar e cobrar pessoas ou empresas que estão em atraso.

Em média, empresas que utilizam o serviço recuperam 40% das dívidas.

Média de recuperação em até 2 meses

Serviço mais confiável no Brasil

O pagamento da dívida é realizado diretamente a empresa, sem intermediários ou qualquer custo com cartórios.

Sobre o SCPC Boa Vista<sup>8</sup>, existem as seguintes propostas no sítio virtual:

Negativação

Inclua uma dívida em atraso de consumidor ou empresa no banco de dados do SCPC pelo Cobrança Web.

Benefícios

- Estimula o devedor a buscar alternativas para pagar a dívida e limpar o nome;
- Evita que outros empresários, comerciantes, varejistas ou atacadistas ofereçam crédito para quem não tem condições ou intenção de pagar.

Percebe-se claramente que o intuito dos órgãos de proteção ao crédito não é meramente informativo-protetivo.

Tais órgãos buscam de fato recuperar os créditos através de atos diretos de cobrança ou por via oblíqua, possibilitando que outras empresas neguem crédito

ao inadimplente, forçando-o a pagar suas dívidas caso queira gozar das facilidades do crédito novamente.

## **A INSCRIÇÃO DO NOME DO DEVEDOR DE TRIBUTOS NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO**

Questão que surge é acerca da possibilidade da inscrição do nome do devedor tributário nos órgãos de proteção ao crédito.

O Fisco, na ânsia de receber seus créditos tributários inscritos em dívida ativa e objetos de Execuções Fiscais, tem pretendido a inscrição do nome do sujeito passivo nos órgãos de proteção ao crédito.

Existem decisões, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, que entendem como possível a inscrição do nome do devedor tributário nos órgãos de proteção ao crédito, com base no § 3º do art. 198 do CTN.

Diz o § 3º do art. 198 do CTN:

Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

§ 3º Não é vedada a divulgação de informações relativas a:

- I – representações fiscais para fins penais;
- II – inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública;
- III – parcelamento ou moratória.

Com base no art. acima disposto, decidiu o STJ:

TRIBUTÁRIO. PROCESSO CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. AUSÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. DÍVIDA FISCAL. INSCRIÇÃO DO DEVEDOR NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO DE CRÉDITO. SERASA. POSSIBILIDADE. SÚMULA 83/STJ. 4. “É possível a inclusão de débitos de natureza tributária inscritos em dívida ativa nos cadastros de proteção ao crédito, independentemente de sua cobrança mediante Execução Fiscal” (RMS 31.859/GO, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 1/7/2010). (AgRg no AREsp 800.895/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 05/02/2016)

Apesar de existirem decisões judiciais que sustentam as pretensões do Fisco, autorizando a inscrição do nome do devedor tributário nos órgãos de proteção ao crédito, e do § 3º do art. 198 do CTN que autoriza divulgação de certas informações como visto acima, não se traduzem, contudo, no melhor entendimento.

Eduardo Sabbag<sup>9</sup>, a respeito de mencionado dispositivo, ensina que “que tal comando veicula prática fiscal um tanto vexatória e irrazoável para o contribuinte, traduzindo-se, muitas vezes, em cobrança indireta de tributo”.

Na verdade, a inscrição do nome do devedor tributário nos órgãos de proteção ao crédito, prática autorizada pelo Superior Tribunal de Justiça, é muito mais do que vexatória e irrazoável.

Trata-se na verdade de prática ilegal e inconstitucional.

O art. 198 e seu § 3º estão insertos no título IV do Código Tributário Nacional, que trata da Administração Tributária.

Diz o inciso XXII do art. 37 da Constituição Federal:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

XXII – as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio.

Somente servidores públicos de carreiras específicas poderão exercer as administrações tributárias dos respectivos entes a que pertencam.

Paulo de Barros Carvalho<sup>10</sup> traz lição que se aplica ao caso em comento:

“De outra parte, o princípio da vinculabilidade da tributação, recortado do Texto Supremo e inserido no art. 142 do Código Tributário Nacional (CTN), traduz uma conquista no campo da segurança dos administrados, em face dos poderes do Estado moderno, de tal forma que o exercício da Administração Tributária encontra-se tolhido, em qualquer de seus movimentos, pela necessidade de aderência total aos termos inequívocos da lei, não podendo abrigar qualquer resíduo de subjetividade própria dos atos de competência discricionária”.

“Por isso é que, no procedimento administrativo de gestão tributária, não se permite ao funcionário da Fazenda o emprego de recursos imaginativos. Para tanto, a mesma lei reguladora do gravame, juntamente com outros diplomas que regem a atividade administrativa, oferece um quadro expressivo de providências, com expedientes das mais variadas espécies, tudo com o escopo de possibilitar a correta fiscalização do cumprimento das obrigações e dos deveres estatuídos”.

Logo, não se pode pretender autorizar que pessoa jurídica de direito privado exerça ato de administração tributária, com fundamento no § 3º do art. 198 do CTN, por afrontar claramente o inciso XXII do art. 37 da Constituição Federal.

## CONCLUSÃO

Como visto, referidos órgãos de proteção tem viés eminentemente de cobrança, seja por via direta, seja por via oblíqua, afinal, qual seria a intenção de incluir o nome do sujeito na lista de devedores se não a de cobrança para recuperar o crédito?

Logo, forçoso concluir que os órgãos de proteção ao crédito, pessoas jurídicas de direito privado, dentre outras atividades, operam como empresas de cobrança e recuperação de crédito, e, pretendendo o Fisco a inscrição do nome do sujeito passivo nesses órgãos de proteção, acaba por delegá-los parcela da capacidade ativa, qual seja, a de cobrança do crédito tributário.

Todavia, somente pessoa jurídica de direito público pode receber delegação da capacidade tributária.

Em hipótese alguma poderia uma pessoa jurídica de direito privado, por vedação legal e constitucional, receber a atribuição e exercer atos de cobrança de tributos, ainda que se diga serem meramente informativos.

O único meio de cobrança do crédito tributário, constituído pelo lançamento, caso o pagamento não seja efetuado espontaneamente pelo contribuinte na data do vencimento da exação, é através da execução fiscal.


Diz o art. 1º da Lei nº 6.830 de 1980 – Lei de Execução Fiscal<sup>11</sup>

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

As cobranças extrajudiciais e a judiciais, portanto, somente se operam mediante atos plenamente vinculados e exercidos exclusivamente por pessoas de direito público.

A cobrança judicial poderá ser feita observando os procedimentos e os limites estabelecidos pela Lei nº 6.830/1980, e subsidiariamente aplicando-se o código de processo civil, contudo, jamais podendo afrontar o que está estabelecido no Código Tributário Nacional, legislação recepcionada pela ordem Constitucional vigente com o status de Lei Complementar.

Portanto, jamais poderá o Fisco se valer dos atos de cobrança exercidos pelos órgãos de proteção ao crédito e requerer a inscrição do nome do devedor tributário na lista de inadimplentes, por afrontar claramente os dispositivos legais e constitucionais, na medida em que somente pessoa de direito público poderá exercer a capacidade tributária ativa, plena ou parcial, bem como os atos de administração tributária, dentre eles o previsto no § 3º do art. 198 do CTN.

Caso queira inscrever o nome do sujeito passivo em listas de inadimplentes, o Fisco deverá utilizar o CADIN, instituído pela Lei nº 10.522/2002, mas nunca órgãos privados cujo intuito maior de existência é a cobrança dos créditos não pagos. 

## NOTAS

- 1 [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5172Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm)
- 2 PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência/ Leandro Paulsen*. 11. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora ESMAFE, 2009. p. 638.
- 3 [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5172Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm).
- 4 idem.
- 5 PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência/ Leandro Paulsen*. 11. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora ESMAFE, 2009. p. 633.
- 6 <https://www.spcbrazil.org.br/produtos/produto/33-registroavisodenotificacao>
- 7 <https://www.serasaexperian.com.br/para-recuperar/carta-de-cobranca/>.
- 8 <http://www.boavistaservicos.com.br/negativacao/>.
- 9 SABBAG, Eduardo. *Manual de direito tributário/Eduardo Sabbag*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 855.
- 10 CARVALHO, Paulo de Barros. Planejamento tributário e doutrina da prevalência da substância sobre a forma na definição dos efeitos tributários de um negócio jurídico. In: Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, et al. (Org.). *PRODIREITO: Direito Tributário: Programa de Atualização em Direito: Ciclo 2*. Porto Alegre: Artmed Panamericana; 2017. p. 9-44. (Sistema de Educação Continuada a Distância, v. 4).
- 11 [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6830.htm).



**LUCAS AZEVEDO RIOS MALDONADO** é pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina (UEL/2013) e pós-graduado em Direito Tributário pela Rede LFG – Universidade Anhanguera/Uniderp (2010).

# O fim do cargo de juiz no Brasil está próximo?

■ POR MARCELO GURJÃO SILVEIRA AITH



**“O texto pode ser um tanto quanto futurologista, mas os jurisdicionados e em especial os advogados atuantes no âmbito criminal, vêm presenciando cada vez mais decisões pasteurizadas, típicas da automação (robotização) do Poder Judiciário, a qual será acentuada com a inevitável expansão de “VICTOR” para todas instâncias em nome de um judiciário mais célere.”**

**R**ecente anúncio da ministra presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Carmen Lucia, sobre a criação de “VICTOR”, uma inteligência artificial desenvolvida em parceria com a Universidade Federal de Brasília (UNB) nos leva a questionar sobre o futuro dos tribunais brasileiros. Será que estamos diante do fim do Poder Judiciário formado por seres humanos? Máquinas irão superar os Magistrados?

Tal inovação, que contou com a participação de cientistas renomados, tem por objetivo inicial examinar se os requisitos para admissão dos recursos extraordinários estão preenchidos, ou seja, ao invés de um servidor do gabinete examinar, a máquina fará o seu papel. Além disso, o projeto “VICTOR”, posteriormente, passará a “julgar” nos lugares dos Senhores Ministros nos casos de repercussão geral ou que haja súmula vinculante.

À primeira vista, nos parece uma ótima alternativa de inovação no combate a morosidade no Poder Judiciário, especialmente, na Suprema Corte, conhecida pela lentidão de seus julgamentos. Porém, ao analisar a questão de maneira mais ampla, devemos avaliar que a ciência jurídica, além de ser puramente humana é eminentemente interpretativa, portanto, há inequivocamente uma nuance de subjetividade, em que a bagagem de conhecimento e experiência do julgador são relevantes para à formação de seu juízo valorativo sobre a causa a ser decidida. “VICTOR” será capaz de superar isso?

Outra questão que deve ser mensurada com extrema cautela pelos defensores do Estado Democrático de Direito: a inovação se restringirá ao STF?

Considerando a prática instituída com a criação do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, em que são impostas metas exageradas e desumanas de produtividade aos magistrados, a tendência é que o “VICTOR” se estenda para todos os tribunais e juízos de primeira instância. Isso será bom para os jurisdicionados que terão suas ações julgadas com celeridade? Ou um grande risco por ser julgado por um sistema de computador?

Muitas áreas do direito serão beneficiadas com o mencionado mecanismo, em especial, na hipótese de questões puramente processuais, por exemplo, questões envolvendo termos inicial dos juros moratórios, correção monetária, etc. Todavia, em situações que dependem da análise detida dos fatos e avaliação das provas produzidos durante a instrução processual, a máquina será capaz de suplantar o homem? Quando houver contradição nos depoimentos de testemunhas a acareação será feita pelo “VICTOR”?

O caminhar do Judiciário será para a automação dos julgadores? Serão eles substituídos pelos computadores com inteligência artificial? Não se pode olvidar que a ciência jurídica, conforme já salientado, é puramente interpretativa. Assim, com “VICTOR” teremos o fim da hermenêutica? Será que estão criando um Frankenstein ou o Moderno Prometeu, em que a criatura se descontrola e ataca o criador?

A ciência jurídica, em especial, nas sendas criminais, além dos preenchimentos dos elementos objetivos constantes do texto legal, há a presença, inafastável, dos elementos subjetivos (dolo ou culpa). A Inteligência Artificial – AI, será capaz de verificar se a pessoa agiu com vontade deliberada de cometer um crime? Para ficarmos em exemplos mezinhas, uma pessoa atropela e mata um andarilho, ela agiu com dolo ou culpa? “VICTOR” será capaz de se imiscuir na mente do condutor do veículo para extrair a verdade?



Fazendo um exercício dialético imaginemos o Tribunal do Júri, responsável para julgar os crimes contra a vida. Com a extensão da inteligência artificial para todas os tribunais, acabariam os conselhos de sentença formados por cidadãos do povo? Em seus lugares seriam disponibilizados sete “VICTORES” para julgar o suposto homicida?

A tecnologia é fundamental para a aceleração do processo, porém, corremos o risco, com a introdução da Inteligência Artificial para “desvelar” os fatos deduzidos nos autos, de termos “processos sem alma”, “processos sem vida”, melhor dizendo, criaremos processo puramente “artificiais”.


Hodiernamente, nos procedimentos criminais os magistrados deferem as medidas constritivas contra a liberdade das pessoas, com a imposição de prisões temporárias e preventivas sem qualquer critério, como se fossem parte integrante e necessária de um processo. Uma aberração para dizer o menos! Agem, data maxima venia como verdadeiro robôs.

Com efeito, nas prisões preventivas, como regra geral, tristemente, não são respeitados os regramentos previstos nos arts. 312 e 313 do Código de Processo Penal, uma vez que os magistrados, de forma ordinária, não apontam com precisão o perigo de deixar em liberdade os investigados e os denunciados, restringindo em apontar genericamente o texto de lei em que supostamente se enquadraria suas decisões. No que tange as prisões temporárias, os juízes, invariavelmente, mesmo tendo outras formas para obter os elementos de prova durante as averiguações preliminares, abusam do encarceramento com a falaciosa fundamentação da imprescindibilidade para as investigações, dando-se a nítida impressão que o “VICTOR” já está em plena aplicação em todas as esferas do judiciário brasileiro. Consistindo em uma verdadeira banalização das prisões processuais!

O texto pode ser um tanto quanto futurologista, mas os jurisdicionados e em especial os advogados atuantes no âmbito criminal, vêm presenciando cada vez mais decisões pasteurizadas, típicas da automação (robotização) do Poder Judiciário, a qual será acentuada com a inevitável expansão de “VICTOR” para todas instâncias em nome de um judiciário mais célere.

Filósofo Grego Sócrates, com maestria e precisão aponta “Três coisas devem ser feitas por um juiz: Ouvir atentamente, considerar sobriamente e decidir imparcialmente.” Seria possível ao Dr. “VICTOR” julgar dessa forma.

Há que se questionar, a quem interessa a celeridade processual tal como proposta pela Ministra Presidente da Suprema Corte? Aqui não se olvidar da lição do mestre gaúcho Aury Lopes Junior que aponta: “Já advertimos do grave problema que constitui o atropelo das garantias fundamentais pelas equivocadas políticas de aceleração do tempo do direito.”

Por fim, será que com tal inovação está respaldada pela Constituição da República? O Estado Democrático de Direito, que prima pela aplicação da lei com a efetiva e ampla possibilidade de defesa será respeitado? O Poder Judiciário pode ser substituído pela inteligência artificial? No futuro seremos julgados não por seres humanos, mas por máquinas programadas? Quem fará mais justiça o homem ou a máquina? Com a palavra a Ministra Presidente do Supremo Tribunal Federal Carmen Lúcia. 



**MARCELO GURJÃO SILVEIRA AITH** é advogado especialista em Direito Criminal e Público.

# A efetividade do direito humano à educação dos educandos com superdotação ou altas habilidades no Brasil

■ POR ALEFE DA SILVA PINHO

**“A inclusão escolar, consectário da inclusão social dos alto habilitados só será possível com o desfazimento dos mitos existentes na população, por meio de esclarecimento, sensibilização e conscientização da sociedade em geral, precipua-mente na preparação de novos acadêmicos.”**

O presente artigo tem como escopo precípuo contribuir para a pesquisa no campo da educação especial sob a perspectiva da Educação Inclusiva, analisando especificamente a eficácia e efetividade do direito humano à educação dos educandos com altas habilidades ou superdotação no Brasil.

*A priori*, deve-se elucidar que a análise do tema é demasiadamente relevante e objetivará a elucidação, a conscientização e orientação dos pais e/ou responsáveis, educadores e outros profissionais envolvidos no desenvolvimento do educando em estudo. Abordar-se-á os avanços ocorridos em sede de políticas públicas com a criação de instituições especializadas de atendimento aos educandos em questão suscitando, entretanto, a precariedade ainda persistente mesmo diante do aparente progresso registrado.

Não obstante a relevância do tema no Brasil e no mundo, ainda há desconhecimento e patente despreparo dos profissionais nos mais variados contextos, inclusive o escolar, por sua vez, os pais e/ou responsáveis sofrem com a angústia e ansiedade em compreender e atender as necessidades da criança superdotada ou alto habilitada, que clamam por socorro em todos os aspectos, sejam emocional, educacional e/ou intelectual.

Por isso, a perscrutação inclina-se a contribuir consideravelmente com as pesquisas no tema proposto, haja vista que há uma grande mobilização político-social em relação ao direito humano à educação dos demais educandos com necessidades educacionais especiais, além de vasta literatura em defesa dos seus direitos em detrimento desse grupo notoriamente negligenciado.

Com base no exposto, buscar-se-á a desmitificação do tema, abordando as características psico-sociais do indivíduo em estudo e suas respectivas necessidades educacionais específicas, o desfazimento de mitos e a quebra de paradigmas



equivocados, bem como o rompimento de preconceitos com base na metodologia de pesquisa bibliográfica endossada por profundo conhecimento empírico e pesquisas em áreas correlatas.

Com a perseguição de tais ideias, demonstrar-se-á que a efetividade e eficácia do direito à educação desses indivíduos no âmbito da Educação Especial sob a perspectiva da Educação Inclusiva somente serão alcançadas com o empenho engenhoso, compromissado e por vezes, árduo de todos envolvidos direta ou indiretamente nessa missão surpreendente e desafiadora.

## O DIREITO HUMANO À EDUCAÇÃO DO SUPERDOTADO NO BRASIL

### CONCEITO E LEGISLAÇÃO

A educação é um direito fundamental, sendo imperiosa sua construção saudável desde a mais tenra idade.

Educar, ser educado, implícita ou explicitamente é uma constante na vida de todo ser humano em toda sua existência. Não há como ignorar a educação ou fugir de sua influência.

Destarte, pode-se afirmar que a educação é um elemento, indiscutivelmente, indispensável ao desenvolvimento pleno de qualquer ser humano. Corroborando essa afirmação, suscita-se o art. 205 da Carta Magna de 1988, destaca-se:

“A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”

Nesse mesmo viés, o art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 reverbera a essência da Lei Maior:

“Art. 2º A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”

Em harmonia com os dispositivos supracitados, têm-se o art. 53 da Lei de Diretrizes e Bases do Ministério da Educação Nacional de 1996 que corrobora:

“Art. 53. A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho [...]”

Dada sua imprescindibilidade, esse direito basilar foi reconhecido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em seu art. XXVI quando proclamou que “A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais.”

Importa aludir que a educação pode ser concebida de maneira formal, informal e não formal, conforme preconiza Gohn (2010, p. 15 e 16):

“A educação formal é aquela desenvolvida nas escolas, com conteúdos previamente demarcados; a educação não formal é aquela que se aprende “no mundo da vida”, via os processos de compartilhamento de experiências, principalmente em espaços e ações coletivas cotidianas; e a informal como aquela na qual os indivíduos aprendem durante seu processo de socialização gerada nas relações e relacionamentos intra e extrafamiliares (amigos, escola, religião, clube etc.)”

Sendo assim, pode-se afirmar que a educação formal acontece no âmbito escolar, enquanto as outras, nos demais ambientes. Contudo, pode-se asseverar que, independentemente de suas raízes, a educação é considerada um requisito essencial ao próprio ser, imprescindível a uma existência digna.

Pode-se, portanto, seguramente inferir que a educação é um pré-requisito indispensável à habilitação do indivíduo ao exercício dos demais direitos, tais como os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, etc. Logo, a garantia do direito à educação pressupõe a asseguuração do princípio da isonomia.

Nesse contexto, torna-se oportuno suscitar-se, com a devida primazia, outro dispositivo da Carta Magna para corroborar esse entendimento. Eis o art. 5º, *ipsis litteris*:

“Art. 5º *Todos são iguais perante a lei*, (grifo nosso) **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 [...]”

Ressalta-se também o tratamento conferido à educação no art. 6º do mesmo Diploma legal, inserindo-o na seara dos Direitos Sociais, fundamentais à essência de um Estado Democrático de Direito. Analisemos:

“Art. 6º *São direitos sociais a educação*, (grifo nosso) a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

Nesse diapasão, o art. XXVI da Declaração supracitada preconiza que *todo ser humano tem direito à instrução* [...] (grifo nosso).

Destarte, não é demais afirmar que a negação do direito à educação, bem como seu atendimento e/ou oferecimento ineficaz e/ou ineficiente compromete,

indubitavelmente, o desenvolvimento salutar e equilibrado de qualquer indivíduo, afrontando-lhe a dignidade.

A própria Declaração suscitada fundamenta-se no respeito à dignidade humana, rechaçando qualquer violação aos princípios nela enunciados e reza que Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos e, dotados que são de razão e consciência, devem comportar-se fraternalmente uns com os outros.

Em vista disso, todos os atos internos do Estado estão sujeitos à supervisão e ao controle dos órgãos internacionais de proteção, sendo repudiada qualquer violação aos direitos humanos, conforme elucida Piovesan (2008, p. 299).

No Brasil, o princípio magno aqui tratado revela-nos a magnitude desse essencial princípio e está previsto no dispositivo a seguir. Vejamos:

*“Art. 1º A República Federativa do Brasil, “grifo nosso” formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: “grifo nosso”*

[...]

*III – a dignidade da pessoa humana.” “grifo nosso”*

[...] (BRASIL, CRFB/1988, 2017, p. 18).

Ressalta-se, por imperioso, que não há que se falar em dignidade da pessoa humana devidamente respeitada e protegida se não há o exercício pleno dos direitos que lhe são pertinentes; se inexistem condições mínimas de educação.

Arrazoa-se, portanto, que a garantia do direito humano à educação habilita o indivíduo ao exercício dos demais direitos, assegurando-lhe e/ou preservando-lhe a dignidade.

À luz da análise da jurista Piovesan (2008, p.142), reitera-se:

*“[...] sem a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias formais, enquanto, sem a realização dos direitos civis e políticos, ou seja, sem a efetividade da liberdade entendida em seu mais amplo sentido, os direitos econômicos, sociais e culturais carecem de verdadeira significação. Não há mais como cogitar da liberdade divorciada da justiça social, como também infrutífero pensar na justiça social divorciada da liberdade.”*

Outrossim, pode-se ultimar que todos os direitos humanos se complementam e, portanto, são indivisíveis e universais, não subsistindo isoladamente. Nesse sentido, a autora (2008, p. 142) conclui que todos os direitos humanos constituem um complexo integral, único e indivisível, no qual os diferentes direitos estão necessariamente inter-relacionados e são interdependentes entre si .

Por conseguinte, para que seja consubstanciado o direito à educação, ainda é preciso socorrer-se, inevitavelmente, ao direito da igualdade elencado em vários artigos da declaração suscitada, além do Diploma Nacional.

É nesse contexto que o direito à educação especial urge por sua eficácia e efetividade, dado o conflito patente entre a igualdade e a diferença nos dias atuais. Para Candau (2012, 718), é possível afirmar que a luta pelos direitos humanos tem estado protagonizada pela busca da igualdade entre todos os seres humanos.

Dessa maneira, pode-se concluir que é impossível conceber igualdade de direitos a todo ser humano, ignorando-se a diversidade e a diferença. Ambos

precisam de acolhimento pela consciência popular; não basta o aparato legal para sua efetividade.

Advoga-se, então, conforme Piovesan (2006, p. 22) “que ao lado do direito à igualdade, surge, também, como direito fundamental, o direito à diferença. Importa, portanto, o respeito à diferença e à diversidade, o que lhes assegura um tratamento especial.”

Reitere-se o entendimento da autora na perspectiva de Santos (2006, p. 462) de que “temos o direito a ser iguais, sempre que a diferença nos inferioriza; temos o direito de ser diferentes sempre que a igualdade nos descaracteriza”.

Portanto, é importante que se compreenda o cerne da igualdade em atendimento à diversidade e à diferença que encontra respaldo no âmago das especificidades e características de cada pessoa.

Para tanto, faz-se mister trazer à baila que ainda que todo sustentáculo legal de espectro universal tenha reflexos significativos na mobilização do Estado pela fomentação de políticas públicas no tema proposto, não haverá implicações efetivas no âmbito escolar, ou ainda nos demais contextos sociais se não ocorrer uma desconstrução de sofismas, mitos e preconceitos no seio da sociedade. Nesse sentido, Alencar (2013) corrobora:

“[...] a existência de antigos mitos e preconceitos tem constituído significativos obstáculos para a assistência educacional adequada ao seu perfil de necessidades.”

Para o médico e pesquisador Cláudio Naranjo, em entrevista concedida à Revista Época em 2015, a educação é a única forma de mudar o mundo, mas acrescenta que a educação atual está corrompida e deve ser mudada, reconsiderando o papel do educador que deveria estimular no educando o autoconhecimento, respeitando as características de cada um.

Nessa concepção, deve-se asseverar que o respeito às diferenças em sede de educação escolar transcende os conceitos tradicionais e desafia modelos ulteriores à persecução incessante de ideais comprometidos com o progresso mundial que, atentando-se à necessidade específica de cada educando, primem pela formação de pessoas autônomas e saudáveis.

Ainda para o autor (2005, p. 123) em seu livro “Mudar a educação para mudar o mundo: O desafio mais significativo do milênio”, o desenvolvimento humano é muito mais que informação. Corajosamente, adverti-nos, diagnosticando a catástrofe da educação atual:

“Aquele que compreende a fundo o que se passa não pode deixar de comover-se e de sentir que existe uma tragédia implícita na disfunção do nosso sistema educacional.”

Para tanto, propõe uma educação integral que acolha as especificidades de cada educando:

“A educação holística se propõe a reunir todas essas vozes dispersas como projeto que pretenderia abarcar a totalidade do indivíduo: corpo, emoções, intelecto e espírito.” (2005, p. 136)

Percebe-se que para a consecução da educação como direito fundamental é preciso atender às demandas do indivíduo num contexto holístico, considerando

suas especificidades para o atendimento de suas necessidades. Esse entendimento coaduna-se com a inevitável reeducação de si mesmo.

É indispensável alcançar a maneira como cada aprendiz vislumbra o mundo a sua volta, como o visual-espacial, portadores do TEA (Transtorno do Espectro Autista), dentre outros com necessidades educacionais específicas.

Nessa conjuntura, o primor pela conscientização sistematicamente pertinaz tendente a clarificar, reforçar ou repelir conceitos ou crenças antagônicas à concepção da educação como direito fundamental deve ser uma atividade constante desempenhada tanto pelo Estado como pela sociedade.

Nesse ínterim, não se pode olvidar que a magna Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 foi um grito silencioso ensurdecedor das nações celebrando um direito basilar, indispensável à formação de um ser humano capaz de exercer suas faculdades natural ou legal, para alcançar sua liberdade intrínseca e, conseqüentemente, torná-lo apto a exteriorizar suas habilidades e contribuir, indubitavelmente, para o desenvolvimento salutar de uma sociedade harmônica.

É nesse cenário que inclina-se a examinar o campo da educação especial, precipuamente, no efetivo atendimento das necessidades peculiares dos educandos superdotados no Brasil.

Entretanto, *ab initio*, é imprescindível a elucidação do conceito de altas habilidades ou superdotação (AH/SD). Dessa forma, apresenta-se, preliminarmente, o posicionamento da renomada autora Érika Landau (2002, p.35), referência internacional no estudo das altas habilidades ou superdotação, a saber:

“Em muitas línguas, a palavra talento é sinônimo de presente, dom.” Em hebraico, significa ser favorecido com: [...] porque Deus favoreceu-me e eu tenho tudo.” (Gênesis). Na língua inglesa, “gifted” quer dizer talentoso, e assim por diante.

Nos países de língua latina, o termo equivale a superdotação (“surdoué”), o que possibilita dizer que os superdotados são realmente mais talentosos [...]”

Para a autora existem três níveis distintos da capacidade humana, sejam talento, superdotação e genialidade. Destarte, conclui o seguinte:

O talento manifesta-se num campo específico de interesse do indivíduo. A superdotação constitui um aspecto básico da personalidade da pessoa talentosa, que lhe propicia revelar seu talento num nível superior, de maior abrangência, tanto cultural quanto social. A genialidade é um fenômeno raro na humanidade que abriga um grande número de manifestações, incluindo o talento do superdotado, cuja compreensão e/ou realização se observa em âmbito mundial. (Landau, 2002, p. 36)

Nessa acepção, a autora afirma que se não houver incentivo ao talentoso, a superdotação não se revelará e a genialidade não será realizada.

Pode-se inferir, modestamente, que o indivíduo em estudo é dotado de habilidades ou potencialidades notadamente diferenciadas, afastando-se da inteligência notoriamente conhecida como padrão ou normal.

Guenther (2012, p. 4), entretanto, prefere o termo “Dotação” e o conceitua como “a presença de notável capacidade natural em pelo menos um domínio”. Explica ainda que, “em analogia ao dote, que é um presente aos noivos para o casamento, dotação, ou dom, lembra um presente dado ao indivíduo para a vida”.

Segundo a autora, a capacidade humana existe em vários domínios e há dotação quando o grau de capacidade é notavelmente superior em relação à população comparável.

Renzulli *apud* Alencar (2013, p.69) conceituou as altas habilidades/superdotação com base na interação de três elementos, quais sejam, as habilidades/capacidade acima da média, o envolvimento na tarefa e a criatividade, ficando essa teoria conhecida como o Modelo dos Três Anéis.

Já Feldman (1979) citado por Landau (2002, p. 35), afirma que cada criança tem seu próprio talento e que o objetivo da educação é estimulá-lo de todas as maneiras possíveis.

Gardner (1995, p. 15 e 18) se baseia na pluralidade intelectual e acredita que todas as inteligências e suas combinações devem ser reconhecidas e estimuladas.

Percebe-se que há ainda inúmeras definições nos âmbitos nacional e internacional, inexistindo consenso entre os estudiosos, mas, contextualizadamente, a maioria converge para a essência do assunto em estudo.

No Brasil, entretanto, não obstante a não unanimidade entre os pesquisadores, foi adotada, majoritariamente, a conceituação oficial descrita nas Diretrizes da Educação Especial do Ministério da Educação para a área das Altas Habilidades. Destaca-se:

“A Política Nacional de Educação Especial (1994) define como portadores de altas habilidades/superdotados os educandos que apresentam notável desempenho e elevada potencialidade em qualquer dos seguintes aspectos, isolados ou combinados: capacidade intelectual geral; aptidão acadêmica específica; pensamento criativo ou produtivo; capacidade de liderança; talento especial para artes e capacidade psicomotora.” (BRASIL, 2006, p. 12)

Elucida-se que nesse artigo, optou-se pelo uso frequente dos termos “superdotação ou altas habilidades” por serem mais conhecidos e utilizados no Brasil, porém, é sabido que há um esforço de importantes estudiosos em suprimir o primeiro por sugerir autossuficiência do educando em estudo e gerar resistência social ao acolhimento imprescindível de suas necessidades específicas.

## **A IDENTIFICAÇÃO E AS CARACTERÍSTICAS PSICO-SOCIAIS DO SUPERDOTADO**

A identificação do superdotado nem sempre constitui uma tarefa fácil; há inúmeras características que podem sinalizar para o perfil desses indivíduos.

No âmbito escolar, essas crianças nem sempre são as mais comportadas ou ostensivamente estudiosas, ou aquelas que se destacam em todas as disciplinas.

Paradoxalmente, os superdotados podem ser agitados ou agitadores, aparentemente desconcentrados ou desinteressados, expressivos ou tímidos, colaboradores ou postamente indisciplinados.

Essas particularidades trazem a lume o quanto enigmático e desafiador é identificar e auxiliar esse belo ser em sua jornada na vida, projetando em seu futuro promissor o legado que, consideravelmente, impactará toda uma sociedade.

É importante compreender as peculiaridades de cada educando identificado para desvendar o tesouro escondido em seu ser. Deve-se entender que nem sempre o comportamento que culturalmente é interpretado como negativo corresponde à realidade no contexto de superdotação.



A princípio, debrucemos em analisar a assincronia, que conforme Alencar (2007) *apud* Silverman (2002) representa o descompasso entre o desenvolvimento intelectual e o emocional, sendo, portanto, fonte de tensões e origem de desajustamento.

Para Silverman (1997) citada por Webb [et. al.] (2005, p. 24), o desenvolvimento assíncrono é uma característica definidora do talento.

Para Alencar (2007), quanto maior o grau de assincronia, maior a probabilidade de problemas de ajustamento de ordem social e emocional.

Jackson & Moyle (2008, p. 61) afirmam que não é incomum uma criança superdotada ter o corpo físico em desenvolvimento atrasado ou avançado com uma maturidade mental elevada, além da dificultosa imaturidade emocional. Analisemos os exemplos:

“A gifted child may have the cognitive capability of a person many years older— enclosed in a exceptional, typical, or delayed physical development and augmented by exceptional, average, or stutend social/emotional functioning. This enormous variance and aynchrony of function can feel overwhelming for sensitive and intense goftedadolescente.

It is not uncommon, for instance, for a highly gifted eight-year-old to be extraordinarily cognitively advanced, while his physical body lags considerably behind. It is an enormous challenge to be chronologically eight years old with the physical capacity of a five-year-old, the mental maturity of a 16-year-old, and the emotional maturity that is at yet a different age.”

Algumas evidências interessantes das implicações da assincronia no desenvolvimento do superdotado são a leitura e a escrita em idades distintas, haja vista o abismo existente entre a idade cronológica e o nível mental; outro exemplo é a inabilidade das mãos em acompanhar a frenética celeridade do cérebro, ocasionando, dentre outros, ansiedade e frustração que incidirão em possível desinteresse pela escrita ou imperfeições na grafia.

Esse desenvolvimento assíncrono também nos revela outras especificidades inatas desse ser que também merecem destaque, pois sua incompreensão e desprezo comprometem, indubitavelmente, o desenvolvimento saudável e equilibrado desse indivíduo.

As singulares sensibilidade e intensidade emocionais fazem o superdotado enfrentar disparidades externa e interna, pois além de sentir-se diferente de seus pares, confronta-se com seus próprios conflitos interiores.

Ademais, um superdotado pode experimentar os extremos das sensações e emoções, exteriorizando abruptamente comportamentos incompreensíveis aos que lhe cercam, gerando tensão e ansiedade.

Daniels & Meckstroth (2008, p. 33) explica que uma “gifted children tend to be more intense, more sensitive, and more prone to experiencing emotional extremes – whether exuberance or despair.”

No entanto, é inegável, conforme embasamento consubstanciado pelos renomados autores citados que esses comportamentos são perfeitamente aceitáveis e naturais.

Landau (2002, p. 24) alerta quanto à necessidade de o superdotado ser compreendido com relação a este aspecto, destacando:

“Em algumas situações, vejo a criança superdotada como o atleta que corre longas distâncias. À frente de outras crianças, no entanto, apenas intelectualmente ou em campos especí-

ficos. Se não nos mantivermos a seu lado, para ensiná-la a vencer o intervalo entre o desenvolvimento emocional cronológico e o intelectual, mais adiantado, ela se sentirá dividida, solitária e usará toda a sua energia para tentar equilibrar esses extremos de sua personalidade.”

É obvio que todos esses comportamentos devem ser analisados de maneira cautelosa, considerando o educando como um todo, em diversos contextos e situações, realizando ainda uma anamnese minuciosa com os pais e/ou responsáveis, o que poderá ajudar significativamente na identificação precisa e correta.

É de suma importância atentar-se a todos as características e comportamentos aparentemente negativos ou desagradáveis para não desperdiçar um possível talento, perpetuando o anonimato e desatendimento especializado, pois o superdotado pode ser cruelmente rotulado como indisciplinado ou mal-educado em alguns contextos, inclusive o escolar.

Nesse sentido, Alencar (2005) afirma que “[...] os superdotados representam um grupo que é pouco compreendido e negligenciado [...]”.

Compreenda-se, portanto, que ignorar as características psicossociais do superdotado é fechar-lhe as portas para o desenvolvimento de suas potencialidades.

Para clarificar ainda mais, poder-se-ia citar muitos exemplos para ajudar o leitor a compreender a pertinência do assunto para concatenar com a necessidade premente da aplicabilidade eficaz e eficiente dos direitos garantidos a esse indivíduo.

Porém, sem delongas, o art. exporá de maneira sucinta e panorâmica alguns comportamentos que sinalizem para a descoberta desse ser incrível.

Um bom exemplo é quando uma criança, sem solicitar autorização ou pedir licença retira-se de sala de aula enquanto o docente explica o conteúdo; e ainda que seja advertido, não se sujeita à regra imposta.

O que provavelmente, pode explicar essa atitude é o desinteresse pelo que esteja sendo ensinado, considerando-o fácil ou pouco interessante; já sua aparente desurbanidade, simplesmente denuncia sua imaturidade.

Outro exemplo de comportamento equivocadamente interpretado é a conversa em sala de aula ou aparente algazarra quando da exposição do assunto pelo docente. Novamente, pode-se conceber o desinteresse ou desprezo por aquilo que não o desafia ou não lhe desperta curiosidade.

Muitas vezes, em ocasiões como essas, os educadores acabam expondo esses educandos na tentativa de envergonhá-los ou inibi-los. O que acabam descobrindo é que sabem mais que os demais da sala, mas desconhecem sua condição e necessidades específicas ou não buscam compreendê-las e saciá-las.

Alguns comportamentos comuns em outras crianças são vistos em superdotados como insubordinação ou desobediência excessivas. É fato que a repetição elevada e intensa de determinadas atitudes acabam levando o adulto a acreditar que está diante de uma criança extremamente teimosa, indisciplinada, desobediente ou mal educada. Porém, não se pode ignorar a sobre excitabilidade, promotora da alta motivação em realizar ou experimentar algo.

Webb [et. tal] (1994, p. 65) corrobora esse entendimento, elucidando que é muito importante manter a atitude ansiosa da criança superdotada, cultivando sua assertividade e independência].

Lamentavelmente, muitos desses talentos promissores são perdidos e sufocados pela baixa autoestima, pelo isolamento e desenvolvimento de vários transtornos como a depressão, pois sentem, dolorosamente, a exclusão.

A falta de incentivo ao educando superdotado, lança-o em um abismo solitário, amputando-lhe o talento.

O ostracismo social parece condená-lo por ser diferente, extraíndo-lhe o talento e sentenciando-lhe à solidão, indeferindo-lhe o socorro. Julgando-o autossuficiente, nega-lhe mais que o direito à educação, que o atendimento de suas necessidades específicas, de sua inclusão, nega-lhe a própria existência.

Conforme a teoria da desintegração positiva desenvolvida por Dabrowski na obra editada por Sal Mendaglio (2008, p. 159) em pesquisa realizada pela Ph.D. Silverman, Diretora do Institute for the Study of Advanced Development and the Gifted Development Center, Denver, no Colorado, os superdotados apresentam altos níveis de excitabilidade, que podem manifestar-se em distintas dimensões da vida psíquica sejam psicomotora, sensorial, intelectual, emocional e imaginativa, destaca-se:

“Dabrowski categorized these reactions as psychomotor, imaginal, emotional, intellectual, and sensual. The five OEs are innate strengths. They have been considered variables of temperamento (Nixon, 1996b) and relate most closely to the temperamental qualities of activity level, intensity of reaction, and threshold of responsiveness (Gottfried, Bathurst, & Guerin, 1994; Silverman, 1998; Thomas, Chess, & Birch, 1968).”

Mendaglio (2008, pp. 24 e 25) destrincha cada uma delas. Vejamos:

“*Psychomotorically overexcitable* (grifo nosso) individuals tend to be high-energy, curious, have difficulty sitting still, need constant change of scenery, and are generally restless. *Sensually overexcitable* (grifo nosso) individuals are generally highly sensitive to sensory perceptions such as sights, smells, tastes, and tactile stimulation. *Imaginationaly overexcitable* (grifo nosso) individuals are inclined to be daydreamers, have a rich fantasy life, and are often creative. *Intellectually overexcitable* (grifo nosso) individuals manifest abilities of analysis and synthesis, ask probing questions, and love learning for its own sake. *Emotionally overexcitable* (grifo nosso) individuals are sensitive individuals who experience emotions intensely, tending to take things to heart.”

A superexcitabilidade ou sobre excitabilidade (SE) ou *overexcitability* ou *overexcitabilities* (OE) apresentada pela teoria dabrowskiana concentra-se em destrinchar essa elevada habilidade inata para perceber estímulos e respondê-los.

Mendaglio (2008, p. 24) esclarece que essa particularidade é inata ao sistema nervoso central do superdotado, salienta-se:

“Some individuals” central nervous systems will be excitable, but not overly so. Overexcitability, then, influences how individuals experience internal and external reality. Individuals who are endowed with overexcitability perceive reality in a different, more intense, multifaceted manner than those not so endowed. They are likely to experience surprise and puzzlement at events in their daily lives.”

É possível que uma criança de determinada idade, cuja fase não lhe permita ter um ataque de birra, comporte-se como um bebê, gritando e chorando, inconsolavelmente, pela recusa dos pais em lhe comprar uma bala.

Reações agressivas e desesperadas à estímulos insignificantes para a maioria são respostas inacabadas de alguém que busca ajuda para a regulação de suas

emoções e encorajamento para a experimentação e descobertas de novas experiências para o desabrochar de seu estúpido potencial.

É preciso enfatizar que para o superdotado, um pequeno estímulo pode desencadear uma explosão de emoções incontroláveis, gerando comportamentos que muitas vezes são mal interpretados e patologizados por inúmeros profissionais.

Nesse caso, Webb [et. Al.] (2005, p. 8) alerta para os erros de diagnósticos e a dupla comorbidade em superdotados:

“[...] we frequently have seen gifted children and adults with such presenting complaints end up with misdiagnoses including Attention-Deficit/Hiperactivity Disorder (ADD/ADHD), Asperger’s Disorder, Oppositional Defiant Disorder, Conduct Disorder, Obsessive-Compulsive Disorder, Sleep Terror Disorder, Narcissistic Personality Disorder, and even Bipolar Disorder.”

Os superdotados bem como aqueles que apresentam dupla comorbidade, isto é, superdotação e uma deficiência ou patologia são comumente diagnosticados erroneamente.

Esses seres especiais carregam um tesouro, cujo brilho é ofuscado por erros de diagnóstico como o TDAH (Transtorno do Déficit de Atenção e Hiperatividade), o TOD (Transtorno Opositivo Desafiador), o Transtorno da Ansiedade, a Bipolaridade, a Depressão, entre outros.

É importante clarificar que o educando em questão não possui imunidade em relação ao que foi apresentado, porém, torna-se refém de um número elevado de profissionais de saúde e educação que perpetuam suas carências, desencadeando uma catastrófica existência.

Há, portanto, grandes equívocos cometidos em diagnósticos e avaliações realizadas, respectivamente, por profissionais de saúde e educação.

Ademais, mesmo que os laudos não sejam aplicados acabam culminando em rótulos estigmatizantes e preconceituosos; o inevitável vilipêndio, inflige ao superdotado ainda mais sofrimento, perpetuando o desatendimento de suas reais necessidades.

Nesse viés, os autores supracitados (2005, p. 8) reiteram:

“Even if diagnoses of behavior disorders are not applied, there is still a strong tendency for parentes, educators, and health care professional to label behavior patterns of gifted children and adults as problems of discipline, immaturity, socialization, or occasionally simply as inborn temperamento difficulties.”

Salienta-se, portanto, que essa característica deve receber grande atenção e cuidado, haja vista as gravíssimas consequências danosas ao indivíduo negligenciado e, conseqüentemente, à sociedade receptora desse futuro adulto.

Oferecer acolhimento e apoio adequado aos pais também é algo primordial para um atendimento integral e assertivo. Nesse sentido, Alencar (2007, p. 7) preconiza:

“A fim de prevenir ou minorar o desajuste emocional de crianças e jovens superdotados, seria desejável que pais e professores fossem orientados a respeito das características pessoais, desenvolvimento cognitivo, necessidades sociais e emocionais e habilidades desses indivíduos.”

Poder-se-ia tecer um tratado que guardasse as devidas minúcias desse grupo de educandos, mas o art. não persegue o exaurimento do tema que é por demais extenso e complexo.

Todavia, pretende trazer à lume um esclarecimento panorâmico, sucinto e convincente que acolha as mais diversas indagações e incompreensões atinentes ao assunto.

## **A EDUCAÇÃO DO SUPERDOTADO SOB A PERSPECTIVA DA EDUCAÇÃO INCLUSIVA**

Com o progresso no campo da Educação Especial, surge um novo processo inovador tendente a respeitar e atender à diversidade, a Educação Inclusiva. Dessa forma, assegura-se a educação a todos os educandos, indistintamente, em escolas comuns, porém, com a implementação da educação especializada.

O assunto tem recebido atenção dos estudiosos e alcançado prestígio internacional, mas, ironicamente, ainda que o País tenha se mobilizado nesse sentido, caminha paulatinamente para a efetivação do atendimento educacional especializado desses educandos, bem como na preparação e/ou aperfeiçoamento dos educadores e orientação dos pais e /ou responsáveis.

A Lei federal de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – Lei nº 9394, de 20 de dezembro de 1996 trata do assunto pormenorizadamente. Vejamos:

“Art. 58. Entende-se por educação especial, para os efeitos desta Lei, a modalidade de educação escolar oferecida preferencialmente na rede regular de ensino, para educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e *altas habilidades ou superdotação*, “grifo nosso”.

Art. 59. Os sistemas de ensino assegurarão aos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e *altas habilidades ou superdotação*: “grifo nosso”

I – *currículos, métodos, técnicas, recursos educativos e organização específicos*, “grifo nosso” para atender às suas necessidades;

II – terminalidade específica para aqueles que não puderem atingir o nível exigido para a conclusão do ensino fundamental, em virtude de suas deficiências, e *aceleração para concluir em menor tempo o programa escolar para os superdotados*; “grifo nosso”

III – *professores com especialização adequada* “grifo nosso” em nível médio ou superior, para atendimento especializado, bem como professores do ensino regular capacitados para a integração desses educandos nas classes comuns;

IV – *educação especial* “grifo nosso” para o trabalho, visando a sua efetiva integração na vida em sociedade, inclusive condições adequadas para os que não revelarem capacidade de inserção no trabalho competitivo, mediante articulação com os órgãos oficiais afins, bem como *para aqueles que apresentam uma habilidade superior nas áreas artística, intelectual ou psicomotora*; “grifo nosso”

V – acesso igualitário aos benefícios dos *programas sociais suplementares* “grifo nosso” disponíveis para o respectivo nível do ensino regular.”

Analisando-se os artigos supracitados, verifica-se o tratamento especial conferido ao superdotado. Além de currículos específicos, inserção em programas suplementares, a aceleração também constitui um dos direitos do educando em estudo.

Possibilitar a promoção para as séries seguintes, observadas as diretivas regulamentares, com o devido acompanhamento de sua adaptação e evolução por

profissionais competentes, é um direito garantido ao superdotado pelo art. 208, V da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a saber:

“Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:  
V – acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;”

Para a efetivação do direito à inclusão explícito na legislação, em 2005 foram criados os Núcleos de Atividades de Altas Habilidades ou Superdotação (NAAH/S) em todos os estados e no Distrito Federal.

Organizados como centros de referência na área das Altas habilidades ou Superdotação para o atendimento educacional especializado, para a orientação às famílias e a formação continuada dos professores, constituem a organização da política de educação inclusiva de forma a garantir esse atendimento aos alunos da rede pública de ensino.

Porém, conforme pesquisa realizada pelas autoras Mori e Brandão (2009), que objetivou conhecer o atendimento educacional realizado em Salas de Recursos para alunos com Altas Habilidades ou Superdotação (AH/SD) no Estado do Paraná, esse serviço de apoio especializado ainda está longe dos objetivos primitivos, especialmente quanto à formação de professores e à escassez de recursos materiais.

Acrescente-se ainda o fatídico desamparo dos órgãos fiscalizadores administrativos (Secretarias e Conselhos Educacionais), bem como do Ministério Público.

Em sede escolar, é descomedido o despreparo dos educadores e a fiscalização realizada por técnicos das secretarias denotam ainda mais incompetência.

Há ainda a equivocada exigência de laudo diagnóstico pelas instituições escolares, o que é repellido pelo Ministério da Educação (MEC), conforme Nota Técnica nº 04/2014/MEC/SECADI/DPEE emitido pelo órgão em 23 de janeiro de 2014, pois constitui óbice ao atendimento devido ao educando superdotado, configurando, certamente, o cerceamento de um direito irrenunciável e imprescindível ao desenvolvimento pleno de suas potencialidades.

A despeito da atuação do Órgão ministerial, defensor dos direitos da criança e do adolescente, responsável por fiscalizar o cumprimento da lei, infortunadamente, há patente desinteresse e capacitação nessa seara, haja vista a rotineira e mecânica militância contra a violação de outros direitos coletivos, não menos importantes.

Porém, a jurisprudência tem-se mostrado unânime em conferir provimento aos pleitos analisados, como o do direito à aceleração previamente invocado.

É sabido pelos profissionais especializados que a aceleração, não obstante ser um direito garantido pela Constituição Federal, em seu art. 208, V e pela Lei Federal 9496/96, em seu art. 59, II, deve ser realizado com cautela, mas sua negativa, incontestavelmente, pode gerar vários percalços ao desenvolvimento salutar do educando.

É preciso suscitar com ênfase a Declaração erigida pela Organização das Nações Unidas (ONU), em 10 de dezembro de 1948 que elevou o Direito à Educação a uma posição privilegiada, reconhecendo-o como Direitos Humanos internacional e a inegável e significativa influência da Declaração de Salamanca (1994), que influenciou a formulação das políticas públicas da educação inclusiva no Brasil. Em seus termos:

“... cada criança tem características, interesses, capacidades necessidades de aprendizagem que lhe são próprios”;

“os sistemas educativos devem ser projetados e os programas ampliados de modo que tenham em vista toda gama dessas diferentes características e necessidades”;

“os programas de estudo devem ser adaptados às necessidades das crianças e não o contrário, sendo que as que apresentam necessidades educativas especiais devem receber apoio adicional no programa regular de estudos, ao invés de seguir um programa de estudo diferente”;

“os administradores e os orientadores de estabelecimentos escolares devem ser convidados a criar procedimentos mais flexíveis de gestão, a remanejar recursos pedagógicos, diversificar as ações educativas, estabelecer relações com pais e a comunidade”;

“o corpo docente, e não cada professor, deverá partilhar a responsabilidade do ensino ministrado à criança com necessidades especiais”.

Também não se pode olvidar a inovação trazida pela Lei Federal com as recentes alterações ocorridas em dezembro de 2015 que revela um grande avanço ao reconhecimento dos direitos dos educandos com altas habilidades ou superdotação, reservando-lhe tratamento especial.

Entretantes, salienta-se que ainda não é possível vislumbrar um reflexo eficaz nas práticas educativas.

Vale ressaltar que há ainda inúmeros percalços para o atendimento especializado efetivo do superdotado. Na verdade, a própria identificação desse educando parece um desafio inalcançável, conforme análise anterior.

Outros mitos e crenças equivocadas como a de que o superdotado é um ser privilegiado intelectualmente, não necessitando de atendimento especializado ou, o estereótipo de comportamento excepcional e notas excelentes em todas as disciplinas são perpetuadores de ideias que maculam e engessam o sistema educacional e consolidam o preconceito no âmbito da sociedade, ocasionando consequências devastadoras para o desenvolvimento do aludido aprendiz.

A desinformação da população sobre o tema, o despreparo dos educadores, a falta de orientação aos pais que também se angustiam com as dificuldades e incapacidade em lidar com as características e comportamentos peculiares do educando com de Altas habilidades ou Superdotação são alguns fatores que cerceiam o exercício de seus direitos.

Diante do exposto, percebe-se, incontestavelmente, que a efetividade dos direitos dos superdotados está comprometida, revelando patente violação à Constituição vigente e diplomas internacionais, dos quais o Brasil é signatário.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

É inquestionável a mobilização do Poder Público em direção à inclusão da diversidade por meio da criação de leis, recepção de declarações internacionais e da fomentação de políticas públicas, que viabilizem o atendimento aos educandos que necessitam de educação especializada.

Diante da patente ineficácia legal, demonstrou-se a relevância do assunto em alusão, vez que esses educandos necessitam, indubitavelmente, de atendimento educacional especializado, bem como usufruir dos direitos erigidos pela LDB, sob pena de desperdiçarem seu potencial, além de desenvolverem alterações psicossociais relevantes.


Também se observou que não obstante a criação dos Núcleos de Atividades de Altas Habilidades/Superdotação (NAAH/S) em 2005, sua notória ineficácia em relação ao aprendiz em comento é uma nefasta realidade.

Ocorre que, mesmo com os avanços apontados, tanto na legislação quanto da efetivação de políticas públicas para o atendimento desse grupo, não podemos observar ainda mudanças notórias. Ademais, é importante ressaltar que os educandos da rede privada não foram socorridos, tendo seus direitos abruptamente violentados.

É impensável conceber o respeito à dignidade da pessoa humana, princípio soberano previsto na Carta Magna, em detrimento do Direito à Educação, alicerce que suporta eficazmente os demais direitos.

Outrossim, é inimaginável uma sociedade saudável equilibrada capaz de exercer sua individualidade e contribuir, consideravelmente para o desenvolvimento saudável de um País sem o exercício efetivo do Direito à Educação.

Dessa forma, pode-se concluir que a inclusão escolar, consectário da inclusão social dos alto habilidosos só será possível com o desfazimento dos mitos existentes na população, por meio de esclarecimento, sensibilização e conscientização da sociedade em geral, precipuamente na preparação de novos acadêmicos, aprimoramento/aperfeiçoamento constante dos educadores, criação de instituições apoiadoras dos pais e/ou responsáveis do educando, planejamento contínuo e avaliações e supervisão/fiscalização do trabalho desenvolvido em ambientes preparados com recursos que propiciem o devido desenvolvimento da potencialidade e criatividade dos educandos em todo País.

A mobilização ostensiva e preventiva dos órgãos competentes dos três Poderes, bem como do Ministério Público e a fomentação exaustiva por meio de todos os meios de comunicação como a mídia, rádio, criação de cartilhas, entre outros para a propagação do tema deve ser o alvo de todos os brasileiros que buscam o bem-estar comum e o real progresso, investindo nos talentos do Brasil. 

## REFERÊNCIAS

- ANGHER, Anne Joyce (Org.). *Vade mecum acadêmico de direito Rideel*. 24. ed. São Paulo: Rideel, 2017. ISBN 978-85-339-4186-1.
- ALENCAR, E. L. S. (2007). *Características sócio-emocionais do superdotado*. *Psicologia em estudo*, Maringá, v. 12, n. 2, mai/ago. 2007. Disponível em: <[www.scielo.br/pdf/pe/v12n2/v12n2a18.pdf](http://www.scielo.br/pdf/pe/v12n2/v12n2a18.pdf)> Acesso em 29 fev de 2016.
- ALENCAR, E.L.S e Fleith, D.S. (2005). *A atenção ao aluno que se destaca por um Potencial Superior*. *Revista do Centro de Educação, UFSM*, nº 27. Disponível em: <<http://coralx.ufsm.br/revce/ce-esp/2006/01/a4.htm>> Acesso em 09 mai de 2018.
- ALENCAR, M. L., & Araújo, M. R. (2013 p. 67-77). *A criatividade no ensino de atenção às diferenças: reflexões acerca da educação de alunos com altas habilidades/superdotação*. *Revista Brasileira de Altas Habilidades/Superdotação*, v. 1, n. 1, jan./jun. 2013. Disponível em: <<http://www.revista-conbrasd.org/wp/?p=67>> Acesso em: 29 fev 2016.
- Brasil, Ministério da Educação. Secretaria de Educação Especial (1994) Declaração de Salamanca: <<http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/salamanca.pdf>> Acesso em 17 mar 2018.
- Brasil, Ministério da Educação. Secretaria de Educação Especial (2006) Saberes e práticas da inclusão: desenvolvendo competências para o atendimento às necessidades educacionais especiais de alunos com altas habilidades/superdotação. [2. ed.] Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/altashabilidades.pdf>> Acesso em: 14 ago 2017.



- Brasil, Ministério da Educação. Secretaria de Educação Especial (2008) Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/politicaeducespecial.pdf>> Acesso em 17 mar 2018.
- CANDAUI, V. M. F. Educ. Soc., Campinas, v. 33, n. 120, p. 715-726, jul.-set. 2012. Disponível em: <<http://www.cedes.unicamp.br>>. Acesso em 02 jun. 2016.
- DANIELS, S. & Meckstroth, E. (2008). Nurturing the sensitivity, intensity, and developmental potential of young gifted children. In S. Daniels & M. M. Piechowski (Eds.), *Living with intensity* (p. 33-56). Scottsdale, AZ: Great Potential.
- GOHN, M. G. (2010). *Educação não-formal e o educador social: atuação no desenvolvimento de projetos sociais*. São Paulo: Cortez.
- GUENTHER, Z. C. (2012). *Crianças dotadas e talentosas... Não as deixem esperar mais!* Rio de Janeiro: LTC.
- JACKSON, P. S., & Moyle, V. F. (2008). *Inner awakening outward journey: the intense gifted child in adolescence*. In S. Daniels & M. M. Piechowski (Eds.), *Living with intensity* (pp. 57-72). Scottsdale, AZ: Great Potential.
- RENZULLI, J. S. & Reis, S. M. (2004). *Identification of Students for Gifted and Talented Programs* (Essential Readings in Gifted Education Series) The Fast Free Shipping. Thousand Oaks: SAGE Publications Inc.
- LANDAU, E. (2002). A coragem de ser superdotado. São Paulo: Arte & Ciência.
- MEDINA, J.M.G. (2013). "A existência de condições mínimas de educação é imprescindível para que se exerça, em plenitude, outros direitos protegidos pela Constituição". Disponível em: <<https://professormedina.com/2013/04/08/a-existencia-de-condicoes-minimas-de-educacao-e-imprescindivel-para-que-se-exerca-em-plenitude-outros-direitos-protegidos-pela-constituicao-escreve-jose-miguel-garcia-medina/#more-7487>>. Acesso em 17 de out de 2017.
- MENDAGLIO, S. (2008). *Dabrowski's theory of positive disintegration: A personality theory for the 21st century*. In S. Mendaglio (Ed.), *Dabrowski's theory of positive disintegration* (p. 13-40). Scottsdale, AZ: Great Potential Press.
- MORI e BRANDÃO. (2009) O atendimento em salas de recursos para alunos com Altas Habilidades/ Superdotação: o caso do Paraná. Disponível em: <[www.scielo.br/pdf/rbee/v15n3/a11v15n3.pdf](http://www.scielo.br/pdf/rbee/v15n3/a11v15n3.pdf)> Acesso em 15 ago. 2017.
- NARANJO, C. (2005). Mudar a educação para mudar o mundo: o desafio mais significativo do milênio. São Paulo: Esfera.
- \_\_\_\_\_ (2015). A educação atual produz zumbis. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/ideias/noticia/2015/05/claudio-naranjo-educacao-atual-produz-zumbis.html>> Acesso em 17 de out de 2017.
- ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <[http://www.onu-brasil.org.br/documentos\\_direitoshumanos.php](http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php)>. Acesso em 02 jun. 2016.
- PIOVESAN, F. (2006). Caderno de Direito Constitucional. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan\\_dh\\_direito\\_constitucional.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_dh_direito_constitucional.pdf)> Acesso em 25 de out de 2017.
- PIOVESAN, F. (2008). *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva.
- SANTOS, B. S. (2010). *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez.
- SILVERMAN, L. K. (2002). *Upside-Down Brilliance: o Visual-Spatial Learner*. Denver, De Leon Publishing.
- WEBB, J. T... [et. Al.] (1994). *Guiding the Gifted Child: A Practical Source for Parents and Teachers*. Scottsdale, AZ: Great Potential Press.
- \_\_\_\_\_ (2005). Misdiagnoses and dual diagnoses of gifted childrens and adults: ADHD, Bipolar, OCD, Asperger's, depression, and other disorders. Scottsdale, AZ: Great Potential Press.



**ALEFE DA SILVA PINHO** é Militar da Marinha do Brasil, Bacharel em Direito, Pós-graduada em Direito Público, Pós-graduada em Altas Habilidades ou Superdotação, Pós-graduada em Neuropsicopedagogia, Graduada em Pedagogia, Graduada em Psicologia e Mestranda em Derechos Humanos – Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales.



# A Escassez do Fornecedor Diamante

■ POR ANA PAULA LIMA

**“Que existem fornecedores com qualidade, isso é fato. O que você precisa fazer é achar esse diamante.”**

**N**os dias atuais, temos muita dificuldade em encontrar bons fornecedores e prestadores de serviços, em especial na esfera jurídica. Só nos damos conta disso quando precisamos realizar uma compra ou até mesmo um serviço de simples manutenção no escritório.

Ao procurar um prestador de serviço na internet iremos nos deparar com uma chuva de empresas que fazem o que estamos querendo. O problema começa aí. Quem escolher? Aqui entra a primeira dica que muita gente não usa (mesmo sendo gratuita): uma simples busca em sites de reclamações na internet nos mostra que mais da metade destes fornecedores listados pelo nosso conhecido “Google” estão com inúmeras reclamações realizadas por quem os contratou.

Diante disso, já eliminamos mais de 50% das empresas encontradas nesta pesquisa. Muitas vezes as reclamações poderiam ser evitadas com simples acordos entre cliente X fornecedores, mas no Brasil fornecedores parecem não estar muito preocupados em manter seus clientes, ter excelência nos trabalhos ou limpar seus nomes.

Trabalhando na área administrativa de um escritório, vivencio diariamente esta dificuldade, onde muitas vezes realizamos esta busca na internet (ou até mesmo verificamos uma empresa indicada por alguém) e, no início dos contatos, vemos que a empresa não tem a vontade de fazer um bom trabalho. Ou você nunca passou pelo fato de pedir um orçamento para uma empresa e ela nem sequer responde? Esse é o absurdo do absurdo em um país que diz que “o mercado está difícil”. Quando solicitamos um orçamento em que sequer obtemos uma resposta, você pensa: “se a empresa não tem preparo nem para responder um orçamento, imagina para a execução do trabalho”.

Não é fácil administrar um escritório tendo tão poucos fornecedores em que podemos confiar.

Um simples serviço pode nos demandar muito tempo e aborrecimento.

Listamos aqui algumas medidas às quais podemos tomar antes de efetuar uma compra ou a contratação de um serviço:

Dica 1: Busque na internet informações sobre a empresa ou até mesmo sobre o produto/serviço desejado. Veja alguns sites que podem te ajudar:

[www.reclameaqui.com.br](http://www.reclameaqui.com.br)

[www.consumidor.gov.br](http://www.consumidor.gov.br)

[www.denuncio.com.br](http://www.denuncio.com.br)

[www.proteste.org.br](http://www.proteste.org.br)

[www.procononline.com.br](http://www.procononline.com.br)

Dica 2: Solicite para empresa que você está investigando uma lista de clientes aos quais você poderá entrar em contato para pedir referências. E não esqueça de ligar.

Dica 3: Tenha contrato para tudo, incluindo cronograma, prazos dos serviços e extras.

Dica 4: Verifique a pontualidade no cumprimento dos prazos. Não fez o combinado, reclame na empresa, em especial se existir um ombudsman (indivíduo encarregado pela criação e manutenção de um canal de comunicação entre consumidores, empregados e diretores).

Com a ajuda da internet, fornecedor e proatividade conseguimos realizar estes passos acima.

Com estas informações em mãos conseguiremos tomar melhores decisões, o que pode nos ajudar na “busca por um prestador de serviço ideal”.

Analise, compare, seja crítico. Só assim, com todos os consumidores não aceitando qualquer fornecedor “meia boca”, que o mercado pode forçar as empresas a evoluir e se elevarem ao patamar mínimo desejado.

Que existem fornecedores com qualidade, isso é fato. O que você precisa fazer é achar esse diamante. 🇧🇷



**ANA PAULA LIMA** é analista financeira graduada em Ciências Econômicas e atua como controller das áreas administrativa e financeira do Grupo Inrise.

# O que mudou após julgamento do STJ sobre o conceito de essencialidade do PIS e COFINS?

■ POR DANIELA LOPES MARCELLINO

“A recomendação é que o creditamento na apuração mensal seja feito de acordo com a análise dos itens essenciais para geração das receitas, com a produção de provas, que poderá ser apresentada em uma possível discussão.”



**A**pós dois meses da decisão da maioria dos ministros da 1ª Seção do STJ (Superior Tribunal de Justiça), em Recurso Repetitivo, que entenderam pela ampliação do conceito de insumos para fins de crédito no regime não cumulativo do PIS e da COFINS, os Auditores da Receita Federal do Brasil estão resistentes.

No julgamento do Recurso Repetitivo, o entendimento do STJ é que as Instruções Normativas nº 247/2004 e 404/2004 restringiram o direito a tomada de créditos no regime não cumulativo, permitindo apenas o creditamento de

matéria-prima, materiais de embalagem, intermediários e outros bens que sofrem alteração na produção.

Entretanto, se estamos dentro do conceito da não cumulatividade e tendo como regra matriz da incidência do PIS e a COFINS a tributação das receitas, é claro que para se ter uma base de cálculo correta é necessário se deduzir os bens e serviços que foram tributados na operação anterior e que estão ligados a geração desta receita, ou seja, aqueles que tem relevância e são essenciais para obtê-la.

Para isso, as empresas precisam fazer a avaliação dos bens e serviços que atendam estas características (custos e despesas) e se creditar, para que a base de cálculo a ser tributada seja a mais próxima da realidade. Esta análise é individual e será baseada na realidade de cada empresa. Conhecer bem a atividade é essencial para identificação dos créditos!

Mas na prática, o que mudou na RFB (Receita Federal do Brasil) após esse julgamento? Será que os Auditores da Receita Federal estão observando esse posicionamento, que vai ao encontro das decisões administrativas do CARF (Conselho Administrativo de Recursos Fiscais)?

Infelizmente, observamos que a RFB mantém o entendimento muito próximo ao conceito de creditamento do IPI, restringindo a tomada de créditos que fujam dos itens e serviços que estão vinculados ao processo produtivo.

Nos últimos atendimentos à intimação e contato direto com Auditores Fiscais, verificamos que ainda estamos longe de ter esse reconhecimento pelo Fisco, mesmo tendo o órgão do Ministério da Fazenda – CARF – julgamentos com a extensão do direito ao creditamento. A alegação dos auditores é simples, estão sempre baseados nas Instruções Normativas e não abrem mão do conceito de “contato com processo produtivo”.

Poderiam ao menos estarem atentos a situação de cada empresa, pois a lista não pode ser taxativa, pois cada caso é um caso!

Os Despachos Decisórios recentes, seguem o mesmo discurso e embasamento legal - conceito restritivo. Neste momento, para a Receita Federal do Brasil é melhor autuar o contribuinte e ter um possível pagamento de contingência, que irá contribuir para aumento da arrecadação, do que ampliar seus horizontes em uma análise mais técnica.

Vejamos que até a Reforma Tributária do PIS e COFINS já está “desenhada” no sentido de direito a creditamento de todos os insumos utilizados na geração de receita...,mas não podemos nos enganar, possivelmente teremos aumento das alíquotas aplicáveis.

Diante deste cenário, os contribuintes não podem se intimidar, pois as discussões administrativas e judiciais estão levando a mudança do conceito de creditamento. Uma postura mais conservadora pode levar a empresa a pagar mais PIS e COFINS, com impacto direto no caixa. A recomendação é que o creditamento na apuração mensal seja feito de acordo com a análise dos itens essenciais para geração das receitas, com a produção de provas, que poderá ser apresentada em uma possível discussão. **■**



**DANIELA LOPES MARCELLINO** é gerente da DBC Consultoria Tributária.

# Dano qualificado e os carimbadores malucos

■ POR EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE

**“Fica a cada um a tarefa de decidir sobre sua conduta no exercício da cidadania e direitos políticos, de expressão etc., mas realmente parece ser de uma estultice muito grande perder tempo defendendo ou fazendo propaganda para qualquer político brasileiro.”**

**C**om a prisão do ex-presidente Luiz Inácio da Silva, conhecido como “Lula”, surgiu um movimento em que pessoas vêm carimbando cédulas de dinheiro nacional com um rosto simbolizando o mencionado político e os dizeres “Lula Livre”.

Doutra banda, em reação, opositores já sugerem a aposição de um carimbo sobreposto com uma grade e também, para determinados grupos, a inscrição de “Bolsonaro 2018”, em alusão a candidato à presidência.

Tem sido questionado se tais condutas não configurariam o crime de “Dano Qualificado”, nos estritos termos do art. 163, parágrafo único, III, CP, já que o papel moeda seria pertencente ao Banco Central e, portanto, configuraria patrimônio da União, na medida em que cédulas rabiscadas, alteradas etc. teriam de ser trocadas com despesas ao erário público.

De acordo com Botelho:

“A moeda pertence à União e o seu valor intrínseco ao particular, nos exatos termos dos artigos 98 e 99 do Novo Código Civil. Assim, se a própria pessoa rasga, suja, destrói, inutiliza, papel-moeda ou metálica, ainda que seja de sua propriedade estará configurado o crime de dano qualificado, previsto no art. 163, parágrafo único, inciso III, do Código Penal Brasileiro”<sup>1</sup>

No mesmo sentido se pronuncia Alcântara, valendo-se ainda das lições de Heleno Fragoso:

“Rasgar dinheiro é crime (destruição, inutilização), riscar dinheiro ou escrever em nota também é crime (deterioração). Se o próprio agente (particular), rasga, suja, inutiliza ou destrói (uma cédula de dinheiro pode ser destruída literalmente pondo fogo sobre ela, por exemplo), papel-moeda ou metálico, ainda que seja de sua propriedade, configura-se o crime de dano qualificado, previsto no art. 163, parágrafo único, inciso III, do Código Penal, segundo a doutrina majoritária. A pena para o delito é de detenção, de seis meses a três anos, e multa, além da pena correspondente à violência. Na lição de Heleno Fragoso, “dano



é a alteração prejudicial de um bem; a destruição ou diminuição de um bem; o sacrifício ou restrição de um interesse jurídico” (Lições de direito penal: a nova parte geral, 1985, p. 173)”<sup>2</sup>

Entretanto, segundo notícias veiculadas na imprensa, recentemente o Banco Central informou que as notas carimbadas podem ser recebidas e circular como outras quaisquer. O órgão informou que o ato de rabiscar ou carimbar notas não é recomendável, mas não invalida o papel moeda, nem ocasiona perda de seu valor nominal.<sup>3</sup>

Outra afirmação corrente é a de que os comércios e a rede bancária poderiam simplesmente se negar a receber tais cédulas carimbadas. Isso, não somente devido à informação já exposta pelo Banco Central, mas também por causa da legislação brasileira da economia popular e do consumo, não é viável. As notas carimbadas têm de ser aceitas normalmente, sendo ilícita a sua recusa por quem quer que seja.

A recusa de recebimento de moeda em curso legal no país constitui Contravenção Penal prevista no art. 43, LCP.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), em seu art. 39, IX, impede a recusa de venda de bens ou prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los, mediante pronto pagamento. E ainda constitui crime contra a economia popular, previsto no art. 2º, I, da Lei nº 1.521/51 a recusa individual, em estabelecimento comercial, à prestação de serviços essenciais à subsistência, a sonegação ou recusa de venda de mercadoria a quem esteja em condições de comprar a pronto pagamento. Não bastasse tudo isso, também pode haver crime contra as relações de consumo, conforme consta do art. 7º, VI, da Lei nº 8.137/90, na conduta da negação de insumos ou bens, com recusa de venda a quem pretenda fazer a compra em condições ofertadas publicamente.<sup>4</sup>

Não obstante, as cédulas adulteradas por rabiscos, carimbos ou outras modificações deverão ser recolhidas pela rede bancária quando do depósito e encaminhadas ao Banco Central para destruição.<sup>5</sup> Isso é determinado conforme art. 10 da Lei nº 8.697/93:

“Toda cédula que contiver marcas, rabiscos, símbolos, desenhos ou quaisquer caracteres a ela estranhos perderá o poder liberatório e o curso legal, valendo apenas para ser depositada ou trocada em estabelecimento bancário, que a recolherá ao Banco Central do Brasil para destruição”.

Em complemento, a Carta – Circular nº 3.235/06, classifica como “cédulas dilaceradas” aquelas “inadequadas à circulação que apresentarem”: “caracteres estranhos (marcas, desenhos, rabiscos, *carimbos* etc.)” (grifo nosso – itens 2 e 5). Em seu item 10 a citada Carta Circular dispõe:

“Quando da apresentação de cédulas dilaceradas pelo público, as instituições financeiras bancárias deverão considerá-las inadequadas para a circulação e substituí-las por seu valor integral ou acatá-las em pagamentos ou depósitos e, posteriormente, encaminhá-las - separadas das demais – para troca junto à Instituição Custodiante”.

Importa ainda destacar que o anexo à Carta – Circular nº 3.235/06, que foi atualizado pelo novo anexo da Carta – Circular nº 3.373/09, indica que as cédulas “dilaceradas” possuem valor para troca, ou seja, conforme informado pelo Banco Central, podem ser usadas e devem ser aceitas no comércio, somente devendo ser recolhidas para destruição pelo Banco Central e substituição quando apresentadas às instituições financeiras.

De acordo com o exposto, é possível concluir que as notas carimbadas não perdem seu valor e podem circular até o momento em que cheguem a uma instituição bancária, quando deverão ser recolhidas e encaminhadas para destruição pelo Banco Central, que as substituirá. Assim sendo, não podem ser recusadas pelo comércio nem por ninguém, de acordo com as normas já mencionadas anteriormente, podendo configurar, inclusive, infrações penais, tal recusa injustificada.

É claro que a alegação de que quem apresentar tais notas no banco estará sujeito até mesmo a uma prisão em flagrante por dano qualificado não procede, pois é mais que óbvio que o fato de portar a nota não significa ter sido quem a rabiscou, carimbou, adulterou etc.

Entretanto, realmente, a conduta de apor carimbo, rabiscar, adulterar notas de dinheiro constitui dano qualificado, mesmo que isso seja feito por quem é o dono do dinheiro, isso porque o que pertence ao particular é o valor representado pela cédula, não a cédula em si, a qual, com a classificação de “dilacerada”, acabará sendo encaminhada a destruição e substituição com evidente dano ao patrimônio público. Portanto, se alguém for flagrado carimbando, riscando, rasgando cédulas monetárias, aí sim poderá ser preso em flagrante, ou, se for identificado como autor dessas adulterações no papel moeda, poderá responder a processo criminal pelo mesmo ilícito penal. A avaliação do dano não será aquele valor da cédula, mas o gasto, a ser pesquisado junto ao Banco Central, para a emissão das cédulas prejudicadas que deverão ser substituídas.

Note-se que havendo a aposição do carimbo de “Lula Livre” já estará consumado o crime, mas também haverá novo crime quando for aposto novo carimbo, por exemplo, com uma grade e, eventualmente, a inscrição “Bolsonaro 2018”, pois é evidente que o fato de que um bem já tenha um dano, não impede que esse dano seja agravado ou intensificado.

O dano estará caracterizado no verbo “inutilizar”, que significa tornar a coisa “inútil, imprestável, inidônea total ou parcialmente, ainda que por tempo determinado”.<sup>6</sup> Observe-se que a cédula poderá circular temporariamente, conforme instrui o Banco Central, mas acabará sendo recolhida e considerada imprestável, submetida à destruição e substituição com prejuízo ao erário público, de acordo com as normas que regulam a circulação do papel moeda no Brasil. No mesmo sentido, indica Mehmeri que “inutilizar” significa “tirar da coisa a utilidade a que ela se destina, torná-la imprestável”.<sup>7</sup> A verdade é que o agente “inutiliza” a cédula de acordo com as normas ao torná-la classificável como “dilacerada” e, depois, acaba ocasionando sua “destruição” pelo próprio Banco Central, também de acordo com as normas legais e regulamentares que disciplinam a circulação do papel moeda no país.

Anote-se ainda que se alguém, depois de devidamente recolhida uma ou várias cédulas pelas instituições financeiras, de alguma forma, as recolocar em circulação, incidirá no crime previsto no art. 290, CP (“Crimes assimilados ao de moeda falsa”).<sup>8</sup>

Tudo isso está a indicar que a conduta de apor carimbos, rabiscar ou adulterar de qualquer forma com caracteres estranhos, nota ou cédula monetária constitui crime de dano qualificado.




Há ainda que indagar, no caso do ex – presidente “Lula”, se não estaria incorrendo também o infrator em crime de “apologia de criminoso”, conforme consta do art. 287, CP. Afinal, há condenação criminal e está o político em cumprimento de pena.

Neste caso, a resposta nos parece ser necessariamente negativa. Ainda que o político tenha sido condenado e esteja em cumprimento de pena, não se vislumbra no militante político o dolo necessário à configuração do crime de apologia de criminoso, mas claramente o exercício democrático de expressão do pensamento e convicção, bem como exercício de crítica. O único problema é o meio escolhido, que seria um limite a essa liberdade de expressão que, obviamente, não permite que se perfaça mediante danos ao patrimônio público e à custa de toda a população brasileira. O mesmo se pode dizer daqueles que ali apõem as grades e, eventualmente, a inscrição “Bolsonaro 2018”. Nesse caso, tal pessoa não está condenada e nem cumprindo pena, portanto inviável sequer a formulação da hipótese de infração ao art. 287, CP. Mas, novamente, embora se trate de uma conduta que é abrangida pela liberdade política e de expressão do pensamento e crítica, sequer podendo se pensar em eventual crime contra a honra, padece do mesmo óbice limitativo, pois que essa expressão não se pode dar, da mesma forma, com dano patrimonial público e oneração de toda a população brasileira.

Retornando ao caso do político “Lula”, é preciso ter em mente que a apologia se configura com manifestação elogiosa “de um fato criminoso ou do seu autor”. O intento do agente deve ser a aprovação do fato ou do autor, a exaltação do crime ou de seu praticante ou de ambos. Não havendo referência elogiosa à prática criminosa ou à pessoa na condição de criminosa, não é possível cogitar da configuração do art. 287, CP.<sup>9</sup> É importante reconhecer que aqueles que criticam a condenação de “Lula”, criticam a condenação, em seu entendimento, de um inocente, não fazem a exaltação de um criminoso, ao menos em seu entendimento. Justo ao contrário, afirmam sua inocência e a injustiça de sua prisão. Não importa aqui discutir se estão certos ou errados, o que releva é o fato de que não fazem, em momento algum, apologia do crime ou de criminoso. Subjetivamente atuam com a convicção de defender um inocente injustiçado, estejam certos ou enganados. Lembrando Heleno Fragoso, Delmanto esclarece que “a simples manifestação de solidariedade, defesa ou apreciação favorável, ainda que veemente”, não configura apologia, “não sendo punível a mera opinião”.<sup>10</sup>

Como visto, o problema não está no conteúdo de uma ou outra manifestação, seja a favorável a “Lula”, seja a contrária, seja a favorável ao candidato “Bolsonaro”. O problema se acha no meio escolhido para essa manifestação, o qual extrapola os limites a que se submete todo direito individual que, em geral, é relativo. No caso, como visto, a liberdade de expressão, a liberdade política, a liberdade de pensamento e manifestação, não podem se concretizar mediante o prejuízo causado ao erário público que, aliás, não é sustentado somente por afiliados a um ou outro político brasileiro, mas por toda a população.

Por fim, não se pode deixar de consignar que, embora não seja crime nem se considere imoral ou ilegal de qualquer forma a defesa dos cidadãos a políticos nacionais (dentro de certos limites, conforme exposto), essas e outras condutas, para além das questões criminais implicadas, são altamente desaconselháveis, especialmente considerando o nível de praticamente todos os envolvidos na política nacional. Fica a cada um a tarefa de decidir sobre sua conduta no exercício da cidadania e direitos políticos, de expressão etc., mas realmente parece ser de uma estultice muito grande perder tempo defendendo ou fazendo propaganda

para qualquer político brasileiro. Será que homens e mulheres deste país não têm uma louça na pia para lavar ou um terreno com mato para capinar? Garante-se que essas seriam ações bem mais úteis do que perder tempo precioso, defendendo este ou aquele político, seja ele quem for. Aliás, eles, ao contrário de muitos brasileiros que neste momento estão sendo processados, têm muitos recursos para contratarem as melhores assistências jurídicas imagináveis a preços que a imensa maioria dos brasileiros jamais angariará em toda uma vida de trabalho honesto. 

## NOTAS

- 1 BOTELHO, Jéferson. *Rasgar papel moeda é crime ou apenas um ato de loucura?* Disponível em [www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br), acesso em 05.05.2018.
- 2 ALCÂNTARA, Jesseir Coelho de. *Rasgar ou escrever em dinheiro é crime?* Disponível em [www.policiaivil.go.gov.br](http://www.policiaivil.go.gov.br), acesso em 05.05.2018.
- 3 BANCO Central derruba “fake News”: notas com “Lula Livre” não perdem a validade. Disponível em [www.revistaforum.com.br](http://www.revistaforum.com.br), acesso em 05.05.2018.
- 4 CAMARGO, Thayla. *É proibido recusar atendimento ao consumidor.* Disponível em [www.jusbrasil.com.br](http://www.jusbrasil.com.br), acesso em 05.05.2018.
- 5 BANCO Central derruba “fake News”: notas com “Lula Livre” não perdem a validade. Disponível em [www.revistaforum.com.br](http://www.revistaforum.com.br), acesso em 05.05.2018.
- 6 COSTA JÚNIOR, Paulo José da. COSTA, Fernando José. *Curso de Direito Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 480.
- 7 MEHMERI, Adilson. *Noções Básicas de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 553.
- 8 “Art. 290. Formar cédula, nota ou bilhete representativo de moeda com fragmento de cédulas, notas ou bilhetes verdadeiros; suprimir, em nota, cédula ou bilhete recolhidos, para o fim de restituí-los à circulação, sinal indicativo de sua inutilização; restituir à circulação cédula, nota ou bilhete em tais condições, ou já recolhidos para fins de inutilização. Pena – reclusão, de 2 a 8 anos, e multa.
- 9 GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 12. ed. Niterói: Impetus, 2018, p. 1004.
- 10 DELMANTO, Celso, DELMANTO, Roberto, DELMANTO JÚNIOR, Roberto, DELMANTO, Fabio M. de Almeida. *Código Penal Comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 819.

## REFERÊNCIAS

- ALCÂNTARA, Jesseir Coelho de. *Rasgar ou escrever em dinheiro é crime?* Disponível em [www.policiaivil.go.gov.br](http://www.policiaivil.go.gov.br), acesso em 05.05.2018.
- BANCO Central derruba “fake News”: notas com “Lula Livre” não perdem a validade. Disponível em [www.revistaforum.com.br](http://www.revistaforum.com.br), acesso em 05.05.2018.
- BOTELHO, Jéferson. *Rasgar papel moeda é crime ou apenas um ato de loucura?* Disponível em [www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br), acesso em 05.05.2018.
- CAMARGO, Thayla. *É proibido recusar atendimento ao consumidor.* Disponível em [www.jusbrasil.com.br](http://www.jusbrasil.com.br), acesso em 05.05.2018.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. COSTA, Fernando José. *Curso de Direito Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DELMANTO, Celso, DELMANTO, Roberto, DELMANTO JÚNIOR, Roberto, DELMANTO, Fabio M. de Almeida. *Código Penal Comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 12. ed. Niterói: Impetus, 2018.
- MEHMERI, Adilson. *Noções Básicas de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2000.



ARQUIVO PESSOAL

**EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE** é Delegado de Polícia, Mestre em Direito Social, pós-graduado em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Legislação Penal e Processual Penal Especial, Medicina Legal e Criminologia nos cursos de graduação e pós-graduação do Unisal e Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado do Unisal.

# A cobrança judicial dos *royalties* nos contratos de franquia

■ POR FRANCISCO DOS SANTOS DIAS BLOCH

Os contratos de franquia empresarial, ou *franchising*, costumam estabelecer a obrigação de o franqueado pagar um valor mensal pelo uso da marca, dos produtos e do suporte oferecidos pelo franqueador. Esta remuneração, denominada *royalties* na Lei de Franquias, é normalmente estipulada com base em um percentual incidente sobre as vendas realizadas pelo franqueado, ou sobre os produtos adquiridos para revenda.

Ocorre que este meio de remuneração pode resultar em problemas significativos quando de uma eventual cobrança judicial. E isto porque, quando o contrato de franquia é redigido desta forma, não é possível executar diretamente os valores de *royalties* em aberto.


A lei processual determina que documentos assinados por duas testemunhas podem ser objeto de execução direta, e os contratos de franquia atendem a este requisito, conforme norma legal específica. Mas não é possível calcular o valor em aberto com base na simples leitura do contrato, sendo necessário verificar os montantes de venda ou de compra do franqueado para estabelecer a quantia devida ao franqueador.

Nestas situações os Tribunais entendem que o franqueador não pode simplesmente apresentar em juízo as planilhas de compras ou de vendas para executar as quantias. É necessário mover um processo judicial complexo para discutir os valores em aberto e ao final, por meio de sentença, o juiz condenará o franqueado a pagar os *royalties*.

Isto significa que, na prática, o franqueador terá de discutir em juízo com o franqueado por anos antes de executar o valor em aberto e realizar a penhora de valores em conta corrente, a penhora e venda de imóveis, e outros atos capazes de resultar no pagamento.

Existem diversas maneiras de evitar esta demora, porém a mais simples, e mais eficaz, é a estipulação de um valor mensal fixo de *royalties* ou, quando isto não for possível, é interessante estipular um valor mensal mínimo a este título.

O que importa, para fins de execução direta dos valores previstos no contrato de franquia, é que duas condições sejam atendidas: o contrato precisa ser assinado por duas testemunhas, e deve ser possível calcular o valor em aberto por meio de simples cálculo aritmético, de forma já prevista no documento.

Uma vez estabelecida uma remuneração mensal fixa, ou um valor mínimo mensal a título de *royalties*, será possível exigir esta quantia diretamente em juízo, iniciando os procedimentos de penhora e execução de forma imediata, sem precisar discutir os valores previamente. Tais cuidados na elaboração do contrato de franquia podem evitar anos de demora na cobrança da remuneração devida ao franqueador. 



ARQUIVO PESSOAL

**FRANCISCO DOS SANTOS DIAS BLOCH** é mestre e pós-graduado em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). É advogado formado pela PUC/SP e atua em São Paulo, no escritório Cerveira Advogados Associados, nas áreas de Direito Contencioso Cível e Direito Imobiliário.

## “Impossibilidade de adoção de integração analógica para imposição do ISS de serviços não constantes da lista de serviços – produção audiovisual em todas as suas vertentes –, por vedação presidencial” – PARECER

■ POR IVES GANDRA DA SILVA MARTINS E MARILENE TALARICO MARTINS RODRIGUES



### CONSULTA

**C**onsulta-nos a Associação Brasileira da Produção de Obras Audiovisuais – APRO, por intermédio de seus advogados, sobre diversos questionamentos de interesse de seus Associados, relacionados à incidência do ISS – Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza e pede a nossa opinião sobre a constitucionalidade e/ou legalidade da incidência do imposto, em relação às atividades a que se dedicam suas Associadas, consistentes na “produção audiovisual em todas as suas vertentes”.

**“O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS não incide sobre cessão de direito autoral, porquanto não se trata de hipótese contemplada na Lista Anexa à Lei Complementar nº 116/2003. (...) Se o serviço prestado, não se encontra ali contemplado, não constitui fato gerador do tributo e, por conseguinte, não há que falar em interpretação extensiva. É a natureza do serviço prestado que determina a incidência do tributo”.**”

A Consulta está assim formulada:

“A Consulente é uma Associação, sem fins lucrativos, que se dedica à defesa e promoção dos melhores interesses das produtoras audiovisuais que pertencem ao seu quadro de Associadas, fundada em 1973 com essa missão, conforme seu Estatuto Social. Angariou através dos anos notável destaque no setor audiovisual, sendo considerada uma referência de qualidade e seriedade na busca de um ambiente de negócios mais transparente e profissional.

Informa que as Associadas da Autora se dedicam à “produção audiovisual em todas as suas vertentes, incluindo produções de conteúdo – filmes, séries, animações, conteúdo para internet, entre outros, como também, produções publicitárias”.

Nesse sentido, a Consulente se revestiu com uma vocação natural para participação ativa e representativa de suas Associadas dentro do seguimento de produção audiovisual publicitária.

Em razão da natureza jurídica de tais serviços, um grande número de Associadas da Consulente tem suas sedes e seus serviços prestados no Município de São Paulo, o que se justifica pela concentração histórica do setor audiovisual no eixo Rio-São Paulo, e pela maior proximidade com os clientes contratantes nas produções publicitárias.

Em relação às atividades dos serviços desenvolvidos por suas Associadas, a Consulente exemplifica, nos seguintes termos:

1 – Uma determinada empresa contrata uma agência de publicidade para que esta elabore um filme sobre as festividades de Ano Novo. A empresa contratante informa para a agência exatamente qual conteúdo deseja que este filme contenha. Ato seguinte, a agência faz contato com uma das Associadas da Consulente, solicitando que esta cuide da elaboração deste filme.

A Associada da Consulente, portanto, cuidará de contratar todo o elenco (atores, modelos e diretores) e reunir todos os técnicos e meios necessários para a elaboração deste filme. Em resumo: as Associadas da Consulente cuidarão da pré-produção e da pós-produção.

Esclarece que a contratação dos profissionais que participarão do filme, as Associadas da Consulente tomam serviços, por exemplo, do diretor e do ator do filme, onde estes emitirão todos os documentos fiscais relativos à prestação dos serviços tomados. Ou seja, na produção audiovisual, as Associadas da Consulente são verdadeiras tomadoras de serviços.

2 – Uma vez produzida a versão final do filme, a Associada da Consulente, após o registro da obra na ANCINE e pagamento da CONDECINE, faz verdadeira cessão de direitos da obra à empresa que contratou a agência, a fim de que aquele filme seja reproduzido ao longe de determinado período (lembrando que esta cessão pode ser prorrogada, ensejando novo registro na ANCINE e novo recolhimento de CONDECINE).

3 – A Associada da Consulente entrega para a agência a versão final da obra solicitada. Ou seja, a Associada da Consulente, entrega o pedido pronto, não se tratando de mercadorias (filme de prateleira), razão pela qual não há incidência de ICMS.

Entende a Consulente que, tampouco há incidência de ISS, uma vez que a Jurisprudência equipara a cessão de direitos à locação de bens móveis, o que afasta o imposto municipal.

### **Da Consulta Administrativa**

Incentivada pelo grande número de Associadas sediadas na Capital Paulista, a Consulente, em fevereiro de 2004, ingressou com Consulta formal ao Diretor do Departamento de Rendas Mobiliárias do Município de São Paulo, questionando, resumidamente, se a produção de filmes publicitários não estaria mais sujeita ao recolhimento do ISS. Referida Consulta deu origem ao Processo Administrativo nº 2004-0.033.925-7, perante a Municipalidade de São Paulo, e se justificava pela publicação da Lei Complementar nº 116, de 01 de agosto de 2003, que estabeleceu nova Lista de Serviços, ocasião em que se confirmou o veto presidencial ao item 13.01, extinguindo-o do rol de serviços sujeitos à incidência do ISS, que continha a seguinte redação:

“13.01 – Produção, gravação, edição, legendagem e distribuição de filmes, video-tapes, discos, fitas cassete, compact disc, digital video disc e congêneres.”

Para maior segurança jurídica, a ora Consulente, ao consultar formalmente a Repartição Administrativa, foi também motivada pela publicação da Portaria SF nº 74, publicada no Diário Oficial da Cidade de São Paulo, que excluiu o código de serviço sujeito ao ISS – “05797 – Elaboração de filmes publicitários pelas produtoras cinematográficas”. Na sua consulta formal, a ora Consulente ainda cuidou de dirimir eventual dúvida sobre – caso o imposto não fosse devido –, a partir de qual momento se fundava tal desobrigação: se da data da publicação da LC nº 116/2003 (01.08.2003) ou se da publicação da Portaria nº 74/2003 (21.10.2003).

Em resposta à Consulta Administrativa, foi expedida a Solução de Consulta SF/DEJUG nº 2.280, publicada no Diário Oficial da Cidade de São Paulo de 09 de junho de 2006, em que há expressa afirmação que a extinção do Código de Serviço 05797 se deu em razão da vedação do item 13.01 da LC nº 116/2003, e que, “4.1. Assim sendo, os serviços que são objeto desta Consulta estão fora do campo de incidência do ISS”. Foi ainda assinalada a data da publicação da LC nº 116/2003 como termo inicial da obrigação tributária, corroborando a argumentação que foi a vedação presidencial do item 13.01 que fazia inexistir a pretensa relação jurídico-tributária na produção publicitária ao ISS.

### **A Nova Solução de Consulta**

Passados 10 (dez) anos, a Consulente foi surpreendida pela Solução de Consulta SF/DEJUG nº 14, publicada no Diário Oficial da Cidade de São Paulo, de 15 de junho de 2016, a qual foi retificada a Solução antiga (S.C. SF/DEJUG nº 2280/2006) para agora invocar o Código de Serviço 06807, com seu item correlato na LC nº 116/2003, o **13.03**, com a seguinte redação:

“13.03 – Fotografia e cinematografia, inclusive revelação, ampliação, cópia, reprodução, trucagem e congêneres.”

A partir dessa releitura, entende a Municipalidade de São Paulo, que a incidência da ordem de serviço 06807, pelo enquadramento no termo **Cinematografia**.

Essa equivocada interpretação extensiva dada pela Municipalidade de São Paulo, emprestando um conceito semântico diverso ao termo Cinematografia, para alcançar os serviços prestados pelas Associadas da Consulente, para fins tributários, fez com que a Consulente procurasse uma composição extrajudicial, que se mostrou infrutífera, não restando outra alternativa a não ser o ajuizamento de Ação Anulatória de Débito, Cumulada com Declaratória de Inexistência de Relação Jurídico Tributária com Pedido de Tutela Antecipada em Caráter Incidental, em face do Município de São Paulo, perante a 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo – Processo nº 1037538-77.2016.8.26.0053, pendente de decisão.

Cabe ressaltar que a questão da cessão de direito não foi aventada na ação judicial, pois esta visa a anulação de decisão administrativa da Prefeitura do Município de São Paulo que trata exclusivamente da incidência do ISS pela confusão feita em relação à produção de filmes (13.01 da LC nº 116/2003) e cinematografia (13.03 da LC nº 116/2003).

4 – A Prefeitura tenta tributar as atividades de produção audiovisual como se cinematografia fosse, o que não merece prosperar, já que a cinematografia é uma das etapas da produção audiovisual, seja ela publicitária ou não (a diferenciação das atividades pode ser extraída do Acórdão do RESP nº 1.308.628/RS).

5 – Neste contexto, temos que a atividade de produção audiovisual desenvolvidas pelas Associadas da Consulente enquadrar-se-ia, como o próprio laudo pericial referendou, no item 13.01, vetado pelo então Presidente da República. Aliás, a Lei Complementar nº 157/2016, sancionada no final daquele ano, excluiu de seu texto o item 13.06 que previa a tributação, pelo ISS, dos serviços de produção audiovisual.”

Dentro desse contexto indaga a Consulente:

1) É possível afirmar que as Associadas da Consulente se dedicam à atividade de produção de filmes?

2) Considerando que o item 13.01 da Lista de Serviços Anexa à LC nº 116/2003, vetado pelo então Presidente na redação final da referida lei, é possível afirmar que as atividades empenhadas pelas Associadas da Consulente se enquadrariam neste item?

3) Através de interpretação do quanto disposto pelo item 13.06 da Lista de Serviços Anexa do PLP 366/2013, retirado da redação final que resultou na Lei Complementar nº 157/2016 sancionada, seria possível enquadrar as atividades exercidas pelas Associadas da Consulente?

4) Considerando que as respostas às perguntas 2 e 3 sejam negativas, é possível afirmar que a Municipalidade de São Paulo tenta tributar atividade que não possui fato gerador?

## RESPOSTA

Antes de responder as indagações formuladas pela Consulente, algumas considerações serão necessárias, sobre o perfil do ISS, à luz da Constituição Federal, da Competência Tributária atribuída aos Municípios para instituir o imposto e da Lei Complementar nº 116/2003, que estabeleceu as normas gerais de direito tributário, com a Lista de Serviços passíveis de incidência desse imposto Municipal, para melhor compreensão dessa exação.

### O ISS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição Federal de 1988, ao atribuir competência aos Municípios para instituir o ISS, estabelece:

“Art. 156 – Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

.....

III – Serviços de qualquer natureza não compreendidos no art. 155, I, “b”, definidos em lei complementar.

§ 3º Em relação ao Imposto previsto no inciso III, cabe à lei complementar:

I – fixar alíquotas máximas;

II – excluir de sua incidência exportações de serviços para o exterior.”

O que vale dizer, os Municípios poderão exigir o ISS somente sobre serviços **não** compreendidos na competência dos Estados, na forma do art. 155, I, “b” da CF, assim disposto:

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir:

I – impostos sobre:

.....

II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.”

ou seja: a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, estão fora da competência tributária, dos Municípios, por serem de competência dos Estados. Em relação ao ISS cabe à lei complementar fixar as suas alíquotas máximas e excluir da sua incidência exportações de serviços para o Exterior.

O termo “serviço” significa trabalhos ou atividades economicamente mensuráveis, que uma pessoa presta à outra. A expressão “de qualquer natureza” quer dizer de toda origem, de toda espécie, o que amplia o campo dos serviços tributáveis, constantes de lei complementar.

Aires F. Barreto, após examinar os princípios e normas do ISS, conclui que “serviço é a prestação de esforço humano a terceiros, com conteúdo econômico, em caráter negocial, sob regime de direito privado, mas sem subordinação, tendente à obtenção de um bem material ou imaterial”.<sup>1</sup>

O Código de Defesa do Consumidor, no § 2º do seu art. 3º, define serviço como “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações trabalhistas”.

O ISS é, portanto, imposto que recai sobre a prestação de serviços, com conteúdo econômico. Trata-se de tributo que onera determinado bem econômico imaterial (prestação de serviço), que incide sobre os serviços de qualquer natureza (art. 156, III da CF).

O conceito do que seja serviço para efeitos do ISS, considerando-se a classificação econômica dos impostos adotada pelo sistema tributário nacional, não pode ser confundido com o objeto de “contrato de trabalho” regido pelo Direito do Trabalho, nem com a prestação de serviço público.

Para haver prestação de serviço para efeitos do ISS, é necessário que a atividade seja realizada para terceiro, e não para si próprio e que haja conteúdo econômico. O serviço sem conotação econômica, quando prestado a instituições filantrópicas, por exemplo, não é alcançado pelo imposto.



Sérgio Pinto Martins, sobre a prestação de serviços para efeitos de tributação do ISS, escreve:

“Prestação de serviços é a operação pela qual uma pessoa, em troca de pagamento de um preço (preço do serviço), realiza em favor de outra a transmissão de um bem imaterial (serviço). Prestar serviços é vender bem imaterial, que pode consistir no fornecimento de trabalho, (...) a prestação de serviços (...) presume um vendedor (prestador do serviço), um comprador (tomador do serviço) e um preço (preço do serviço). O que interessa, no conceito de serviço, é a existência de transferência onerosa, por parte de uma pessoa a outra, de bem imaterial que se acha na movimentação econômica.”<sup>2</sup>

O ISS tributa a “prestação de serviços de qualquer natureza, definidos em lei complementar, em que ocorre a circulação de um bem imaterial, na etapa de circulação econômica, que se considera serviço de qualquer natureza”.<sup>3</sup>

A Lei Complementar nº 116/2003, estabeleceu as normas gerais de direito tributário e disciplinou a matéria, definindo a Lista de Serviços passíveis de incidência do ISS. Posteriormente, a Lei Complementar nº 157, de 29 de dezembro de 2016, alterou dispositivos da Lei Complementar nº 116/2003 e da respectiva Lista de Serviços, acrescentando alguns itens passíveis de serem tributados pelo ISS.

## **CARÁTER TAXATIVO DA LISTA**

A questão da taxatividade da Lista de Serviços, sempre foi objeto de grandes divergências na doutrina, desde o início da instituição do imposto, com duas correntes doutrinárias, envolvendo opiniões de respeitáveis juristas e estudiosos da matéria: uma corrente defendia a taxatividade da Lista de Serviços. A outra corrente defendia que a lista era exemplificativa.

A primeira corrente, defendida por Rubens Gomes de Souza, Ruy Barbosa Nogueira, Gilberto de Ulhôa Canto e por um dos subscritores deste parecer, Ives Gandra da Silva Martins, entre outros, entendia que a vedação do emprego da analogia no campo do direito material (artigo 108, § 1º do CTN), impunha a taxatividade da lista.

A segunda corrente, defendida por Geraldo Ataliba, José Souto Maior Borges e Aires F. Barreto, aliados a outros tributaristas, sustentava a impossibilidade de a legislação infraconstitucional limitar competência tributária que a Constituição Federal outorgou aos Municípios.

As duas correntes doutrinárias apresentavam argumentos jurídicos sólidos para interpretação da matéria.

O Supremo Tribunal Federal, ao examinar o RE nº 69.780, entendeu, entretanto, ser taxativa a Lista de Serviços, ao decidir:

“IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS – DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

- O depósito bancário não constitui serviço capaz de surgir como fato gerador do tributo municipal.

(...) E, examinando-se os serviços constantes dessa lista, força é convir que nela não se encontra o depósito bancário, aliás, não constitui serviço, em si, capaz de surgir como fato gerador do tributo municipal.”

(Publicado na RDA 105/109)

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal entendeu que, embora taxativa a lista, não exclui a admissibilidade do processo interpretativo de cada um de seus itens, não podendo, porém, servir de pretexto à aplicação analógica, como será demonstrado na sequência.

A Lista de Serviços é *taxativa*, não podendo ser ampliada por analogia, a teor do princípio da legalidade estabelecido pela Constituição Federal, art. 150, I (“exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”) e art. 97 do CTN (“somente a lei pode estabelecer a instituição de tributos, ou a sua extinção”), que, no seu art. 108, § 1º, preceitua:

“O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei”.

A obrigação tributária é *ex lege* e de caráter compulsório. A competência tributária dos Municípios, atribuída pela Constituição Federal, para instituir e cobrar o ISS, está limitada à Lista de Serviços que, em lei complementar, define quais as hipóteses, taxativamente, sujeitas ao imposto.

O princípio da legalidade estrita, colorário da tipicidade, não permite a interpretação analógica para estabelecer obrigação tributária e definir fato gerador.

A Lista de Serviços definida pela LC nº 116/2003, com as alterações da LC nº 157/2016, a exemplo da anterior (LC nº 56/87), em diversos itens utilizou as expressões “*congêneres*” e “*de qualquer natureza*”, o que resultou em controvérsias na interpretação, no sentido de que outros serviços poderiam ser tributados, desde que fossem semelhantes, àqueles contidos no mesmo item, porém, dando margem a interpretações e incertezas, restando violado o princípio da Segurança Jurídica.

A propósito, o Supremo Tribunal Federal decidiu que não cabe interpretação analógica para estabelecer obrigação tributária e definir fato gerador, embora em cada item se possa utilizar a interpretação, com o fim de aclarar a norma tributária, em relação à lista, conforme se lê da ementa do seguinte julgado:

“RE 114.354-1/RJ. D.J. 04.12.87 – Rel. Min. Carlos Madeira, que em seu voto destacou:

‘A questão foi decidida em embargos infringentes, em acórdão cuja ementa assevera (fls. 172):

ISS – Taxatividade da lista geral. Admissibilidade do processo interpretativo, vedando-se, entretanto, o recurso à analogia. Admissível embora o uso da interpretação, com o fim de aclarar a norma tributária emissora da lista de serviços, não é legítimo dar-lhe utilização de tal modo extensiva que acabe por servir de pretexto à aplicação da analogia, valendo aí o eufemismo como estratégia para a administração considerar hipótese de incidência do ISS atividade não compreendida na legislação própria. Nesse caso, a violação ao princípio da taxatividade da lista afigura-se evidente. Improvimento dos embargos.”

Portanto, a Lista de Serviços, a que se referem a Constituição Federal (art. 156, IV) e a LC nº 116/2003, é TAXATIVA.<sup>4</sup> O Município não pode fazer incidir o ISS sobre serviços dela não constantes. Os serviços tributados pelo ISS são os que integram a lista. Não estão no campo de incidência os serviços que estejam compreendidos na competência tributária dos Estados.

Não se trata de cercear ou impossibilitar a receita dos Municípios, mas retirar da competência Municipal a discricionariedade na escolha dos serviços ou na

alíquota aplicável. Em outras palavras, o que há de ser onerado não obedecerá ao “peculiar interesse local”, mas ao interesse geral da nação, definido em lei complementar, que estabelece normas gerais de direito tributário, arrolando os serviços que podem ser objeto de exigência do ISS, na forma aprovada pelo Congresso, exigindo-se quórum de maioria absoluta (art. 69, CF).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, como foi conferida maior autonomia aos Municípios, que passaram a fazer parte da Federação, corrente doutrinária passou a defender a não exaustividade da Lista de Serviços, reabrindo a discussão. A Lista de Serviços seria apenas exemplificativa, não podendo os serviços serem relacionados de forma taxativa, pois isso implicaria em violação à autonomia dos Municípios.<sup>5</sup>

Hugo de Brito Machado sustenta a taxatividade da Lista de Serviços, ao argumento de que “a Constituição Federal atribui aos Municípios competência para tributar somente os serviços de qualquer natureza que a lei complementar defina. Não se trata, portanto, de uma limitação imposta pela lei complementar. Na verdade, a competência que a Constituição atribui aos Municípios tem, desde logo, o seu desenho a depender de lei complementar”.<sup>6</sup>

Assim, se, de um lado, a Constituição atribui competência aos Municípios para legislar sobre assuntos locais (art. 30) e para instituir o ISS (art. 156, III); de outro lado, determinou que cabe à lei complementar definir os serviços para efeitos de incidência do ISS, não podendo, portanto, ser exemplificativa referida lista.

A Jurisprudência de nossos Tribunais, ao examinar a questão, mesmo após a Constituição de 1988, acolheu o entendimento, segundo o qual a lista é taxativa.

Como observa Misabel Derzi:

“... prevaleceu, na Jurisprudência de nossos tribunais superiores, a posição restritiva à autonomia dos Municípios, que qualificou a lista de serviços de taxativa, abrigando os únicos e específicos serviços tributáveis pelo ISS. Mesmo após o advento da Constituição de 1988, a maior parte da doutrina e a Jurisprudência dos tribunais superiores posicionaram-se em favor da taxatividade da lista de serviços. Defenderam esse último ponto de vista, Rubens Gomes de Sousa, Ruy Barbosa Nogueira, Aliomar Baleeiro, José Afonso da Silva, Ives Gandra da Silva Martins, Gilberto Ulhôa Canto e outros (...)

Jurisprudência recente do STJ tem confirmado esse entendimento da taxatividade da lista de serviços e da tendência do ICMS sobre operações de circulação de mercadorias, ainda que acompanhadas de prestações de serviços, não relacionados naquela lista.”<sup>7</sup>

A ausência de um determinado serviço na Lista Anexa à Lei Complementar nº 116/2003, portanto, resulta na impossibilidade de tributação desse serviço pelos Municípios, mediante incidência do ISS.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo pela taxatividade da Lista de Serviços e pela impossibilidade de ampliação, mediante integração analógica da referida lista, conforme RESP nº 514.675 – 2ª Turma.

O certo, todavia, é que a nova Lei Complementar nº 116/2003, com as alterações introduzidas pela LC nº 157/2016, a exemplo da anterior, não conferiu ao legislador local a faculdade de preencher as lacunas da lei, completando o rol dos serviços “congêneres”, por analogia, com serviços não constantes expressamente na lista.

## NATUREZA DO TRIBUTO

O Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) é um tributo de competência MUNICIPAL, embora a sua estrutura esteja disciplinada em legislação complementar federal de âmbito nacional. Assim, cada Município brasileiro estabelece normas legais relativas ao ISS com base na legislação complementar, que estabelece normas gerais, ou seja, de modo que não conflite com esta, a teor do art. 146, I e III da CF/88, assim disposto:

“Art. 146 – Cabe à lei complementar:

I – dispor sobre conflitos de competência em matéria tributária entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

(...)

III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos referidos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários.”

A lei complementar é o instrumento necessário para evitar conflito de competências na instituição do referido imposto sobre serviços de qualquer natureza, eis que o ISS é imposto que pode ter reflexos em outros Municípios.

Desta forma, a Constituição atribuiu competência aos Municípios para instituir o ISS (art. 156, III); mas, determinou que os serviços deveriam estar definidos em lei complementar; além disso, determinou que cabe a lei complementar dispor sobre conflitos de competências em matéria tributária e estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária (art. 146, I e III).

## O ISS E A LEI COMPLEMENTAR Nº 116/2003

A Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003, publicada no D.O.U. de 01/08/2003, trouxe nova disciplina para o ISS – Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, estabelecendo as normas gerais de direito tributário, a partir das quais cada Município brasileiro instituiu a sua legislação ordinária.

Ao estabelecer as normas gerais de regência do ISS, a Lei Complementar nº 116/2003 ampliou a Lista de Serviços tributáveis pelo ISS, praticamente dobrando o número de itens, com o acréscimo de serviços antes não alcançados pelo ISS. Também, adotou nova técnica para a Lista de Serviços, pois, consignou, em cada item o gênero, seguido dos subitens em espécies.

Cada Município, portanto, adotou a técnica que julgou a melhor para a cobrança do ISS, limitado apenas, pelos textos da Lei Suprema e da Lei Complementar, sendo que os itens do gênero dos serviços são apenas indicativo dos mesmos e os subitens são realmente os serviços tributáveis pelo imposto municipal, não podendo os Municípios acrescentarem serviços não constantes da Lista Anexa à Lei Complementar nº 116/2003.

Feitas essas considerações sobre o perfil do ISS à luz da Constituição Federal e na Lei Complementar nº 116/2003, que estabelece as normas gerais de Direito

Tributário, a partir das quais cada Município passou a legislar sobre o ISS e expedir normas de sua competência para disciplinar o imposto, passamos a examinar, especificamente, a questão objeto da Consulta.

## **DAS ATIVIDADES EXERCIDAS PELAS ASSOCIADAS DA CONSULENTE**

Do exame dos documentos que nos foram enviados e das informações complementares da Consulente, em relação às atividades das suas Associadas, constatase que:

As Associadas da Autora se dedicam à produção audiovisual em todas as suas vertentes, incluindo produções de conteúdo – filmes, séries, animações, conteúdo para internet, entre outros, como também, produções publicitárias.

Essas atividades das Associadas compreendem a pré-produção, a produção e a pós-produção e são assim descritas pela Consulente:

1 – Uma determinada empresa contrata uma agência de publicidade para que esta elabore um filme sobre as festividades de Ano Novo. A empresa contratante informa para a agência exatamente qual conteúdo deseja que este filme contenha. Ato seguinte, a agência faz contato com uma das Associadas da Consulente, solicitando que esta cuide da elaboração deste filme.

A Associada da Consulente, portanto, cuidará de contratar todo o elenco (atores, modelos e diretores) e reunir todos os técnicos e meios necessários para a elaboração deste filme. Em resumo: as Associadas da Consulente cuidarão da pré-produção, produção e da pós-produção.

Esclarece que a contratação dos profissionais que participarão do filme, as Associadas da Consulente tomam serviços, por exemplo, do diretor e do ator do filme, onde estes emitirão todos os documentos fiscais relativos à prestação dos serviços tomados. Ou seja, na produção audiovisual, as Associadas da Consulente são verdadeiras tomadoras de serviços.

2 – Uma vez produzida a versão final do filme, a Associada da Consulente, após o registro da obra na ANCINE e pagamento da CONDECINE, faz verdadeira cessão de direitos da obra à empresa que contratou a agência, a fim de que aquele filme seja reproduzido ao longo de determinado período (lembrando que esta cessão pode ser prorrogada, ensejando novo registro na ANCINE e novo recolhimento de CONDECINE).

3 – A Associada da Consulente entrega para a agência a versão final da obra solicitada. Ou seja, a Associada da Consulente, entrega o pedido pronto, não se tratando de mercadoria (filme de prateleira), razão pela qual não há incidência de ICMS.

Referidas atividades praticadas pelas Associadas da Consulente, estavam inicialmente no rol da Lista de Serviços Anexa à Lei Complementar nº 116/2003, que mencionava:

“13.01 – Produção, gravação, edição, legendagem e distribuição de filmes, video-tapes, discos, fitas cassette, compact disc, digital video disc e congêneres.”

Esse item foi VETADO pelo Presidente da República, conforme Mensagem nº 362, de 31 de julho de 2003, pelos seguintes motivos:

Razões do veto

“Verifica-se que alguns itens da relação de serviços sujeitos à incidência do imposto merecem reparo, tendo em vista decisões recentes do Supremo Tribunal Federal. São eles:  
(...)

O item 13.01 da mesma Lista de serviços mencionada no item anterior coloca no campo de incidência do imposto gravação e distribuição de filmes. Ocorre que o STF, no julgamento dos RREE 179.560-SP, 194.705-SP e 196.856-SP, cujo relator foi o Ministro Ilmar Galvão, decidiu que é legítima a incidência do ICMS sobre comercialização de filmes para videocassete, porquanto, nessa hipótese, a operação se qualifica como de circulação de mercadoria. Como consequência dessa decisão foram reformados acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que consideraram a operação de gravação de videoteipes como sujeita tão-somente ao ISS. Deve-se esclarecer que, na espécie, tratava-se de empresas que se dedicam à comercialização de fitas por elas próprias gravadas, com a finalidade de entrega ao comércio em geral, operação que se distingue da hipótese de prestação individualizada do serviço de gravação de filmes com o fornecimento de mercadorias, isto é, quando feita por solicitação de outrem ou por encomenda, prevalecendo, nesse caso a incidência do ISS (retirado do Informativo do STF nº 144).

Assim, pelas razões expostas, entendemos indevida a inclusão destes itens na Lista de serviços.”

“Em razão dos vetos lançados, determinei à equipe de Governo empreender estudos com vistas à elaboração de projeto de lei complementar cumprindo eventuais adequações. Em breve espaço de tempo, encaminharei proposição neste sentido ao elevado crivo dos Senhores Congressistas.

Estas, Senhor Presidente, as razões que me levaram a vetar os dispositivos acima mencionados do projeto em causa, as quais ora submeto à elevada apreciação dos Senhores Membros do Congresso Nacional.”

(DOU I, de 01.08.2003, pp. 7/8)

Ora, uma vez vetado o item 13.01 da Lista de Serviços, tornou-se inexistente para efeitos de incidência do ISS, referidos serviços.

Tanto que a ora Consulente, em fevereiro de 2004, ingressou com Consulta formal ao Diretor do Departamento de Rendas Mobiliárias do Município de São Paulo, questionando, se a produção de filmes publicitários não estaria mais sujeita ao recolhimento do ISS. Referida Consulta deu origem ao Processo Administrativo nº 2004-0.033.925-7, perante a Municipalidade de São Paulo, e se justificava pela publicação da Lei Complementar nº 116, de 01/08/2003, que estabeleceu nova Lista de Serviços, ocasião em que se confirmou o veto presidencial ao item 13.01, extinguindo o mesmo do rol de serviços sujeitos à incidência do ISS.

Ao consultar formalmente a Repartição Administrativa Municipal, esclareceu a Consulente que referida Consulta, foi também motivada pela publicação da Portaria SF nº 74, publicada no Diário Oficial da Cidade de São Paulo, que excluiu o código de serviço sujeito ao ISS – “05797 – Elaboração de filmes publicitários pelas produtoras cinematográficas”. Na sua consulta formal, a ora Consulente ainda cuidou de dirimir eventual dúvida sobre – caso o imposto não fosse devido –, a partir de qual momento se fundava tal desobrigação: se da data da publicação da LC nº 116/2003 (01.08.2003) ou se da publicação da Portaria nº 74/2003 (21.10.2003).

Em resposta à Consulta Administrativa, foi expedida a Solução de Consulta SF/DEJUG nº 2.280, publicada no Diário Oficial da Cidade de São Paulo de 09 de

junho de 2006, em que há expressa afirmação que a extinção do Código de Serviço 05797 se deu em razão da vedação do item 13.01 da LC nº 116/2003, e que, “4.1. Assim sendo, os serviços que são objeto desta Consulta estão fora do campo de incidência do ISS”. Foi ainda assinalada a data da publicação da LC nº 116/2003 como termo inicial da obrigação tributária, confirmando a argumentação que foi a vedação presidencial do item 13.01 que fez inexistir a pretensa relação jurídico-tributária na produção publicitária ao ISS.

Não resta dúvida, portanto, que uma vez vetado o item 13.01, do rol dos serviços constantes da Lista Anexa à LC 116/2003, inexistente obrigação tributária de recolher o ISS para os serviços mencionados.

Ocorre que passados 10 (dez) anos, a Consulente foi surpreendida pela Solução de Consulta SF/DEJUG nº 14, publicada no Diário Oficial da Cidade de São Paulo, de 15 de junho de 2016, a qual foi retificada a Solução de Consulta (S.C. SF/DEJUG nº 2280/2006), para agora mencionar o Código de Serviço 06807, entendendo que o seu item correlato na LC nº 116/2003, é o 13.03, com a seguinte redação:

“13.03 – Fotografia e cinematografia, inclusive revelação, ampliação, cópia, reprodução, trucagem e congêneres.”

A partir dessa releitura, entende a Municipalidade de São Paulo, que a incidência da ordem de serviço 06807, é pelo enquadramento no termo Cinematografia.

Ou seja, a partir de errôneo entendimento da Repartição Fiscal, a Municipalidade de São Paulo pretende exigir ISS das Associadas da Consulente, de forma ampla e genérica, em item que não corresponde às atividades por elas realizadas e, portanto, de nenhum modo pode autorizar ao legislador ou ao agente da Administração Municipal, distanciar-se de exigência do ISS, para serviços não constantes da lista.

A tipicidade é uma garantia constitucional. Se os Municípios pudessem ter liberdade para dizerem o que é serviço, caso a caso, ter-se-ia aberta a porta da discriminação. Por essa razão, o constituinte atribuiu competência para instituir o ISS, porém, limitada aos serviços constantes da lista. Sendo a Lista de Serviços taxativa, não poderá ser alargada para abranger serviços não constantes do seu rol.

Desta forma, não há qualquer autorização constitucional para os Municípios, de ampla liberdade de atuação na qualificação dos serviços, pois, não são aqueles termos vagos (congêneres, afins, similares ou aqueles não constantes de outros itens da lista), suficientes para promoverem alargamentos das hipóteses de incidência, em razão de ser taxativa a Lista de Serviços.

Ora, sendo a Lista de Serviços taxativa, não pode ser ampliada por analogia, em razão do princípio da legalidade, na forma do art. 97 do CTN, que estabelece: “Somente a lei pode estabelecer instituição de tributos ou sua extinção”.

A equivocada interpretação extensiva dada pela Municipalidade de São Paulo, emprestando um conceito semântico diverso ao termo Cinematografia, para alcançar, por integração analógica, as atividades prestadas pelas Associadas da Consulente, para fins tributários, violar o art. 108, § 1º do Código Tributário Nacional, que estabelece:

“**Art. 108** – Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada:

I – a analogia;

II – os princípios gerais de direito tributário;

III – os princípios gerais de direito público;

IV – a equidade.

§ 1º – O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei.”

A obrigação tributária é “ex lege” e de caráter compulsório. A competência tributária dos Municípios, atribuída pela Constituição, para instituir e cobrar o ISS está limitada à Lista de Serviços que, em lei complementar, define as hipóteses sujeitas ao imposto, não podendo tributar atividade não constante da Lista de Serviços.

Não cabe, portanto, interpretação analógica para estabelecer obrigação tributária e definir fato gerador.

A propósito, o Supremo Tribunal Federal decidiu que não cabe interpretação analógica para estabelecer obrigação tributária e definir fato gerador, conforme se lê da Ementa do seguinte julgado:

“RE 114.354-1/RJ. D.J. 04.12.87 – Rel. Min. Carlos Madeira, que em seu voto destacou:

‘A questão foi decidida em embargos infringentes, em acórdão cuja ementa assevera (fls. 172):

ISS – Taxatividade da lista geral. Admissibilidade do processo interpretativo, vedando-se, entretanto, o recurso à analogia. Admissível embora o uso da interpretação, com o fim de aclarar a norma tributária emissora da lista de serviços, não é legítimo dar-lhe utilização de tal modo extensiva que acabe por servir de pretexto à aplicação da analogia, valendo aí o eufemismo como estratégia para a administração considerar hipótese de incidência do ISS atividade não compreendida na legislação própria. Nesse caso, a violação ao princípio da taxatividade da lista afigura-se evidente. Improvimento dos embargos.”

No mesmo sentido são os seguintes julgados da Suprema Corte, sobre a taxatividade da lista de serviços:

“RE 75952-SP, STF, 2ª Turma, Relator: Min. THOMPSON FLORES, Julgamento: 29/10/1973. E hoje a taxatividade continua a ser matéria de jurisprudência confirmada do STF, como se pode atestar do seguinte acórdão: “Ementa: EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS. NÃO-INCIDÊNCIA SOBRE OPERAÇÕES BANCÁRIAS. A lista de serviços anexa à lei complementar nº 56/87 é taxativa. Não incide ISS sobre serviços expressamente excluídos desta. Precedente: RE nº 361.829, Segunda Turma, DJ de 24.02.2006. Agravo regimental a que se nega provimento.”

“AI-AgR 590329-MG, STF, 1ª Turma, Relator: Min. EROS GRAU, Julgamento: 08/08/2006. “CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ISS. LEI COMPLEMENTAR: LISTA DE SERVIÇOS: CARÁTER TAXATIVO. LEI COMPLEMENTAR 56, DE 1987: SERVIÇOS EXECUTADOS POR INSTITUIÇÕES AUTORIZADAS A FUNCIONAR PELO BANCO CENTRAL: EXCLUSÃO. I. – *É taxativa, e não simplesmente exemplificativa, a lista de serviços anexa à lei complementar, embora comportem interpretação ampla os seus tópicos.* Cuida-se, no caso, da lista anexa à Lei Complementar nº 56/87. II. – Precedentes do Supremo Tribunal Federal. III. – *Illegitimidade da exigência do ISS sobre serviços expressamente excluídos da lista anexa à Lei Complementar nº 56/87.* IV. – RE conhecido e provido”. RE 361829-RJ, Relator: Min. CARLOS VELLOSO, Julgamento: 13/12/2005.”



O emprego da analogia, portanto, não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei e muito menos em atividade que não corresponde a serviço para efeitos do ISS, por não constar expressamente da Lista de Serviços.

O princípio da estrita legalidade em direito tributário não admite “flexibilidades”, para tipificação dos fatos jurídicos tributários, para imposição tributária, alcançando aquilo que não constitui serviços, de forma a alterar a sua definição e conteúdo.

Tanto que o art. 110 do CTN, estabelece:

“Art. 110 – A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.”

Essa é a razão pela qual o conceito de “serviço” não pode ser alterado pelos Municípios à guisa de simples utilização de termos genéricos como “congêneres”, “similares”, “serviços não constantes em outros itens”, etc.

Tanto é assim, que o Projeto de Lei do Senado nº 386, de 2012, para alterar a Lei Complementar nº 116, de 31/07/2003, que dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, entre outros assuntos, propôs a inclusão do item 13.06 na Lista de Serviços, assim redigido:

“13.06 – Produção, gravação, edição, legendagem e distribuição de filmes, video-tapes, discos, fitas cassete, compact disc, digital video disc e congêneres, quando feita por solicitação de outrem ou por encomenda, ressalvado o disposto no art. 150, inciso VI, alínea “e”, da Constituição Federal.”

A ressalva feita ao disposto no art. 150, inciso VI, alínea “e”, foi feita em razão a imunidade tributária concedida pela Constituição Federal, que veda a instituição de impostos sobre:

“e) fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil contendo obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros bem como os suportes materiais ou arquivos digitais que os contenham, salvo na etapa de replicação industrial de mídias ópticas de leitura a laser” (acrescentada pela Emenda Constitucional nº 75, de 15-10-2013),

que está fora da competência tributária e, portanto, como limitação ao poder de tributar, razão pela qual foi feita a ressalva no Projeto de Lei do Senado nº 386/2012. O item 13.06, foi suprimido, pelas seguintes razões:

“A supressão proposta ao item 13.06 se fundamenta em uma questão, talvez uma falha, mais profunda de nosso sistema tributário. A natureza cumulativa do ISS onera de forma particularmente perversa o setor de produção audiovisual, que conta com serviços em todas as suas etapas de produção. A tributação cumulativa inviabiliza a atividade em nosso País. Assim, até que possamos apresentar um modelo de tributação que permita a produção audiovisual nacional, tão importante para o fomento da cultura e, até mesmo

para o estabelecimento da identidade nacional, considere mais adequado postergar sua inclusão na Lista de Serviços da Lei do ISS.”

Referido PLS nº 386/2012, resultou na Lei Complementar nº 157, de 29 de dezembro de 2016, não tendo sido aprovado o item 13.06, no processo de revisão, do referido projeto de lei, os serviços relacionados deixaram de constar da LC 157/2016 e, portanto, não integram a Lista de Serviços Anexa à LC 116/2003, como constou do PLCS nº 386/2012.

Assim, os serviços prestados pelas Associadas da Consulente, continuam a não constar da Lista de Serviços Anexa à LC 116/2003 e, portanto, não são passíveis de incidência do ISS.

Diante disso, não resiste a algum esforço de análise mais detida a imputação dos efeitos relativos ao item 13.03 da Lista de Serviços, constante da LC nº 116/2003, pretendida pela Municipalidade, para exigir das Associadas da Consulente, o ISS.

Com efeito, as atividades das Associadas da Consulente, consistem em:

“produção audiovisual em todas as suas vertentes, incluindo produções de conteúdo – filmes, séries, animações, conteúdo para internet, entre outros, como também, produções publicitárias.”

O seguimento de produção audiovisual publicitária, não se confunde com a Cinematografia, a que faz menção o item 13.03 da Lista de Serviços Anexa à LC 116/2003, para efeitos de incidência do ISS.

A produção Cinematográfica é atividade mais ampla, que compreende a atividade de cinema como um todo, que é realizada.

Cinematografia é a atividade que engloba (Houaiss) “o conjunto de princípios, processos e técnicas utilizados para captar e projetar numa tela imagens estáticas sequenciais (fotogramas) obtidas com uma câmera especial, dando a impressão ao espectador de estarem em movimento. (...) Realização de obras cujo suporte físico é o filme de cinema e cujo objeto é a expressão artística de subjetividade humana, ou a criação de material documental, educacional ou de entretenimento, na forma de produtos de cunha semicomercial ou fundamentalmente comercial. (...) Conjunto de atividades relacionadas com a produção de filmes cinematográficos, indústria cinematográfica”.

“É o processo de filmar e expor imagens” (Caldas Aulete), é o “conjunto de métodos e processos empregados para registrar e projetar fotograficamente cenas animadas ou em movimento” (Aurélio).

Em inglês, por exemplo, o vocábulo equivalente, cinematography, é definido como “The art or tecniqui od movie photography, including both the shooting and development of the film”, ou seja, a arte ou a técnica de filmagem, incluindo a captação e o desenvolvimento do filme.

No art. Princípios da Cinematografia, de Felipe Salles, consta: “O termo cinematografia em de “cinematógrafo”, aparelho desenvolvido pelos irmãos Auguste e Luís Lumière na França para projeção de imagens em movimento, e que coincidentemente ficou conhecido como cinema. O termo é usado nos EUA como sinônimo de “fotografia para cinema”, uma vez que a cinematografia subentende a captação de uma imagem cinematográfica, cuja técnica é de responsabilidade da equipe

de fotografia. Entretanto, o termo no Brasil tende a ser mais amplo, envolvendo todas as funções do cinema”.<sup>8</sup>

Enquanto que as atividades praticadas pelas Associadas da Consulente consistem na “produção, gravação, edição, legendagem e distribuição de filmes, video-tapes, discos, fitas cassete, compact disc, digital video disc e congêneres”, que haviam sido mencionadas no item 13.01, e que sofreu veto presidencial, deixando de constar na Lista de Serviços Anexa à Lei Complementar nº 116/2003 e, portanto, deixou de existir, não podendo ser aplicado.

O item 13.03 da Lista Anexa à LC 116/2003, não autoriza a tributação pelo ISS, do serviço de “produção de filmes/vídeos por encomenda”, portanto tais atividades não se equiparam aos serviços de cinematografia. Também não comporta interpretação extensiva para efeitos de tributação para alcançar outro item da Lista de Serviços para enquadramento de serviço correlato, por integração analógica, vedada pelo art. 108, § 1º do CTN. O enquadramento do serviço correlato em outro item, equivaleria à derrubada do veto presidencial, competência exclusiva do Congresso Nacional, o qual, caso assim entendesse, deveria ter agido a tempo próprio, impugnando o veto (§ 4º, art. 66, CF).

Assim, é impossível o uso de interpretação extensiva, para alcançar atividade específica que foi expressamente excluída da Lista Anexa à LC 116/2003, em face de veto presidencial e, portanto, não poderá ser enquadrada em outro item da lista.

Nesse sentido é a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme os seguintes julgados:

RESP nº 1.308.628-RS (2011/0020537-8)

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ISS. LC 116/03. PRODUÇÃO DE FITAS E FILMES SOB ENCOMENDA. NÃO INCIDÊNCIA, EM FACE DE VETO DO ITEM 13.01 DA LISTA QUE PREVIA A TRIBUTAÇÃO DESSE SERVIÇO. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA PARA ENQUADRAMENTO COMO ATIVIDADE DE CINEMATOGRAFIA, PREVISTA NO ITEM 13.03. IMPOSSIBILIDADE. ATIVIDADES QUE, EMBORA RELACIONADAS, NÃO CORRESPONDEM À MESMA OBRIGAÇÃO DE FAZER.

1. Recurso especial que discute a incidência do ISS sobre a atividade de produção de filmes realizados sob encomenda à luz da LC 116/03. O acórdão recorrido, embora tenha afastado a incidência do tributo em face do item 13/01 (que previa expressamente tal atividade, mas foi vetado pela Presidência da República), manteve a tributação, mediante interpretação extensiva, com base no conceito de cinematografia, atividade prevista no item 13.03.

2. A partir da vigência da Lei Complementar 116/03, em face de veto presidencial em relação ao item 13.01, não mais existe previsão legal que ampare a incidência do ISS sobre a atividade de produção, gravação e distribuição de filmes, seja destinada ao comércio em geral ou ao atendimento de encomenda específica de terceiro, até mesmo porque o item vetado não fazia tal distinção.

3. Ademais, não é possível, para fins de tributação, enquadrar a atividade em questão em hipótese diversa, de cinematografia, pois:

i) “Existindo veto presidencial quanto à inclusão de serviço na Lista de Serviços Anexa ao Decreto-lei 406/68, com redação da Lei Complementar 56/87, é vedada a utilização da interpretação extensiva” (REsp 1.027.267/ES, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 29/04/2009);

ii) Historicamente, a cinematografia já estava contida na lista anexa ao DL 406/68 (item 65) e nem por isso justificava a incidência do tributo sobre a gravação (produção) e distribuição de filmes, que estava amparada em hipótese autônoma (item 63);

iii) A atividade de cinematografia não equivale à produção de filmes. A produção cinematográfica é uma atividade mais ampla que compreende, entre outras, o planejamento do filme a ser produzido, a contratação de elenco, a locação de espaços para filmagem e, é claro, a própria cinematografia.

4. Afasta-se, portanto, a incidência do ISS sobre a atividade exercida pela empresa recorrente.

5. Recuso especial provido.”

AgInt no RESP nº 1.627.818-DF (2016/0250557-8)

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA. PRODUÇÃO DE VÍDEOS POR ENCOMENDA. VETO PRESIDENCIAL. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. PROIBIÇÃO.

1. O item 13.03 da lista anexa à LC nº 116/2003 não autoriza a tributação pelo ISSQN do serviço de produção de filmes/vídeos por encomenda, porquanto essa atividade não se equipara aos serviços de cinematografia.

2. Não é adequada a interpretação extensiva de item da referida lista, tendo em vista a existência de veto presidencial ao item 13.01, referente especificamente à “produção, gravação, edição, legendagem e distribuição de filmes, *videotapes*, discos, fitas cassete, *compact disc*, *digital video disc* e congêneres”, de modo que não mais é adequado o raciocínio segundo o qual a encomenda do serviço de produção de vídeos atrairia a incidência do ISSQN (em vez do ICMS).

3. Ressalvada a situação em que o próprio veto é objeto de questionamento judicial, haveria atuação indevida do Poder Judiciário caso de decidisse pela incidência tributária em hipótese vetada pelo Presidente da República.

4. Caso em que o Tribunal de Justiça procedeu à interpretação extensiva de dispositivo que não a permite, porquanto, vetada a hipótese de incidência, o enquadramento do serviço correlato em outro item equivaleria à derrubada do veto, competência exclusiva do Congresso Nacional, o qual, caso assim entendesse, deveria ter agido em tempo próprio.

5. Agravo interno desprovido.”

## DA CESSÃO DE DIREITOS

Conforme descrito pela Consulente, uma vez “produzida a versão final do filme, a Associada da Consulente, após o registro da obra na ANCINE faz verdadeira cessão de direito da obra à empresa que contratou a agência, a fim de que aquele filme seja reproduzido ao longo de determinado período (lembrando que esta cessão pode ser prorrogada, ensejando novo registro na ANCINE e novo recolhimento de CONDECINE)”.

A Associada da Consulente entrega para a agência a versão final da obra solicitada. Ou seja, a Associada da Consulente entrega o pedido pronto, não se tratando de mercadoria (filme de prateleira), razão pela qual não há incidência do ICMS.

Com efeito, o exame de qualquer texto de lei complementar em matéria tributária, deve ser efetuado em conformidade com as normas constitucionais de competência.

A Constituição Federal, conforme antes mencionado, atribui competência aos Municípios para instituir o ISS, nos termos do seu art. 156, III.

E a lei complementar nº 116/2003, estabeleceu as normas gerais de direito tributário, a teor do art. 146, III da CF, juntamente com a Lista Anexa dos serviços tributáveis pelo ISS.

Dispõe a Lei Complementar nº 116/2003:

“Art. 1º O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.

(...)

Art. 7º A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.”

Assim, somente serão considerados serviços para efeito de tributação do ISS, aqueles expressamente definidos em lei complementar. Pela interpretação sistemática, não se mostra aceitável, que o tributo incida sobre outros fatos geradores, não constante dos serviços estabelecidos pela Lista de Serviços, expressamente constantes da Lei Complementar nº 116/2003.

No caso da cessão de direitos, não pode ser considerado serviço, por não estar contemplado na Lista de Serviços, para efeitos de incidência do ISS, em razão da taxatividade da lista.

Pelos princípios da legalidade e tipicidade que regem toda tributação não é possível tributar atividade não constante da Lista de Serviços.

A Constituição Federal, no Capítulo dedicado às Limitações ao Poder de Tributar, estabelece:

“Art. 150 – Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça.”

E o art. 97 do Código Tributário Nacional, preceitua:

“Art. 97 – Somente a lei pode estabelecer:

I – a instituição de tributos, ou a sua extinção.”

As normas do art. 150 da CF e 97 do CTN, colocam sob o princípio da legalidade a exigência de tributos.

O princípio da legalidade tributária não se resume, apenas na vedação da cobrança ou majoração do tributo sem prévia previsão legal. A legalidade passa a reger as mais diferentes situações relacionadas com a tributação, objetivando a formulação de uma ordem jurídico-tributária cada vez mais justa.

Alberto Xavier, sobre o tema, escreve:

“O princípio da legalidade no Estado de Direito não é já, pois, mera emanção de uma ideia de autotributação, de livre consentimento dos impostos, antes passa a ser encarado por uma nova perspectiva, segundo a qual a lei formal é o único meio possível de expressa da Justiça material. Dito em outras palavras, o princípio da legalidade tributária é o instrumento – único válido para o Estado de Direito – de revelação e garantia da Justiça tributária.”<sup>9</sup>

E Luciano Amaro a respeito do princípio da legalidade, observa que:

“Não tem a autoridade administrativa o poder de decidir, no caso concreto, se o tributo é devido ou quanto é devido. A obrigação tributária é uma decorrência da incidência necessária da norma sobre o fato gerador, cuja existência é suficiente para o nascimento daquela obrigação.”<sup>10</sup>

O Código Tributário Nacional em seu art. 114 do CTN, sobre o fato gerador da obrigação tributária, preceitua:

“**Art. 114** – Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.”

E sobre a obrigação tributária, o art. 113, § 1º do CTN, estabelece:

“**Art. 113** – A obrigação tributária é principal ou acessória.

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

O elemento objetivo, ou o núcleo do fato gerador é sempre a descrição abstrata de ato ou fato, que uma vez concretizada faz nascer a obrigação tributária, que pressupõe uma relação jurídica, necessária a presença de demais elementos desse fato gerador para que nasça concretamente a obrigação. São os elementos ou aspectos subjetivos, quantitativo, espacial e temporal.

Quando não ocorrer esses elementos, não há que se falar em obrigação tributária.

E no caso de cessão de direitos não ocorre o fato gerador da obrigação tributária em relação ao ISS, por não constar sua materialidade da Lista de Serviços Anexa à Lei Complementar nº 116/2003.

Quanto a natureza da obrigação, não se trata, portanto, de obrigação de fazer, mas obrigação de dar.

A Teoria Geral do Direito das Obrigações, deixa claro que há duas espécies de obrigações: a) obrigações em que a prestação consiste em dar alguma coisa (obrigação de dar); e b) obrigações nas quais a prestação consiste em fazer ou não fazer algo em prol ou contra outrem (obrigação de fazer ou não fazer).

Washington de Barros Monteiro ensina:

“(…) a obrigação de dar coisa certa, que consiste no vínculo jurídico pelo qual o devedor fica adstrito a fornecer ao credor determinado bem, perfeitamente individualizado, que tanto pode ser móvel como imóvel. A coisa certa há de constar de objeto preciso, que se possa distinguir, por características próprias, de outros da mesma espécie; a ser entregue pelo devedor ao credor; no tempo certo e pelo motivo devidos.

(…)

Nas obrigações de fazer, a prestação consiste num ato do devedor, ou num serviço deste. Qualquer forma de atividade humana, lícita e possível, pode constituir objeto da obrigação. Os atos ou serviços, que se compreendem nas obrigações de fazer, se apresentam sob as mais diversas roupagens: trabalhos manuais, intelectuais, científicos, artísticos.”<sup>11</sup>

Como se observa, as obrigações de dar e de fazer são institutos distintos, que não se confundem.

As obrigações de dar estão definidas no art. 233 do Código Civil e, conforme ensina Maria Helena Diniz: “Na obrigação de dar, a prestação do obrigado é essencial a constituição ou transferência do direito real sobre a coisa”<sup>12</sup>. Já nas obrigações de fazer são concretizadas mediante prestações de serviços (art. 593 e seg. do CC).

Mais adiante, observa a autora que: “O objeto da prestação de serviços é uma obrigação de fazer, ou seja, a prestação de uma atividade lícita, não vedada pela lei e pelos bons costumes, oriunda da energia humana aproveitada por outrem, e que pode ser material ou imaterial”<sup>13</sup>.

Assim, temos que:

A obrigação de fazer vincula o devedor à prestação de um serviço ou ato positivo material ou imaterial, em benefício do credor.

A obrigação de dar, a prestação do obrigado é essencial à constituição ou transferência do direito real sobre a coisa.

O direito de uso, portanto, em sua acepção ampla, tem sua disciplina no Código Civil, regime jurídico absolutamente distinto. Não se confunde com o direito autoral regulado pela lei específica, Lei nº 9.610/98, que inexistente correlação entre ambos, assim como não há como aproximar a cessão de direitos autorais à locação de bem móvel, como pretendeu a Municipalidade, a fim de viabilizar a tributação, além de incabível pelas mesmas razões expostas em relação ao direito de uso, é absolutamente despropositada.

A locação, portanto, é igualmente regida pelo Código Civil (art. 2.036) e por leis especiais (Lei nº 8.245/91) e consiste na obrigação de dar que não se confunde com a prestação de serviços que consiste na obrigação de fazer.

Assim, as obrigações que se estabelecem entre as partes é que quantificam o serviço.

Aires F. Barreto, observa que “o cabimento do ISS decorre de prestação de serviço efetuada e não de utilidade recebida. O que é objeto da tributação é o esforço humano (fazer para terceiros), independentemente da utilidade que ele possa proporcionar. A guisa de exemplo, é irrelevante se o tomador do serviço de diversão pública a tem por útil ou inútil: se diante de uma sessão de cinema, ri, chora ou dorme: se o desfecho de atuação médica conduz à cura ou a morte do paciente. O que sobreleva é apenas a existência do fazer em que o serviço consiste”<sup>14</sup>.

Ora, se o serviço é “esforço humano prestado a outrem, em caráter negocial, sob regime de direito privado”, tendente a produzir uma utilidade material ou imaterial, resta claro que desse conceito fica excluída a locação de coisas.

A locação configura obrigação de dar, enquanto a prestação de serviços configura obrigação de fazer, sendo duas espécies inconfundíveis, razão pela qual torna-se inconstitucional pretender ampliar o conceito de serviço de modo a atingir a locação.

Se a locação de coisa dá origem a aluguel ou renda, o Município não pode tributar esse fato, pois implica invasão de competência expressa da União para instituir o imposto sobre a renda (art. 153, III).

Nem se alegue que a locação foi definida pela lei complementar como serviço tributável pelo Município, atendendo a previsão constitucional da parte final do art. 156, inciso III, da CF. Primeiro porque a Constituição Federal é rígida, não

podendo ser modificada pela lei complementar. É a lei complementar que deve obediência à Constituição e não a Constituição que deve subordinar-se a lei infra-constitucional. Segundo porque a lei complementar não pode definir como serviço o que serviço não é.

A lei complementar ao estabelecer as normas gerais de direito tributário, juntamente com a lista de serviços passíveis de tributação, não pode definir serviços que não tem essa natureza como é o caso da locação. A sua função é de disciplinar e explicitar a matéria definida pela Constituição, sem, contudo, de alguma forma, pretender alterá-la.

Aliomar Baleeiro, adverte que:

“A lei tributária supre a Constituição mas não a substitui. Se esta institui um tributo, elegendo para fato gerador dele um contrato, ato ou negócio jurídico, o legislador não pode restringir, por via complementar, o campo de alcance de tal ato ou negócio nem dilatá-lo a outras situações. A menção constitucional fixa rígidos limites. Ato de transmissão de propriedade imóvel, p. ex., são os de direito privado. Todos eles. Nenhum outro senão eles.

As tentações mais frequentes, a julgar pela experiência no regime das Constituições anteriores, provisão dos legisladores estaduais e municipais para alargamento das respectivas competências.”<sup>15</sup>

Não cabe, portanto, aos Municípios, pretender alargar os serviços constantes da lista para tributar a locação de bens móveis ou imóveis, que são institutos regidos pelo direito privado.

Com efeito, o art. 110 do CTN, de forma clara, determina:

“Art. 110 – A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.”

A Constituição Federal impede a exigência de ISS sobre algo que não se configura serviço e o art. 110 do CTN, impede que o legislador tributário altere a definição, o conteúdo e o alcance dos institutos de direito privado, para efeitos de tributação.

Em outras palavras: o direito tributário quando se utiliza de conceitos do direito privado não pode alterar seu conteúdo ou significado, para efeitos de ensejar eventual tributação de ISS, nos termos do art. 110 do CTN.

Prestar serviço significa ato ou efeito de servir. É o mesmo que prestar trabalho ou atividade a terceiro, mediante remuneração, que resulta na obrigação de fazer, portanto, não poderá ser confundido com simples “locação de serviços” do Direito Civil.

Em relação a locação de bens móveis, já existe firme posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que, em sessão plenária, decidiu no sentido de impossibilidade jurídica de cobrança do ISS, conforme se verifica da seguinte ementa:

“Recurso Extraordinário nº 116.121-3-São Paulo

Relator: Min. Octávio Gallotti

Relator do Acórdão: Min. Marco Aurélio de Mello



Tributo – Figurino Constitucional. A supremacia da Carta Federal é conducente a glossar-se a cobrança de tributo discrepante daqueles nela previstos.

Impostos sobre Serviços – Contrato de Locação. A terminologia constitucional do imposto sobre Serviço revela o objeto da tributação. Conflita com a Lei Maior dispositivo que imponha o tributo considerado contrato de locação de bem móvel. Em Direito, os institutos, as expressões e os vocábulos têm sentido próprio, descabendo confundir a locação de serviços com a de móveis, práticas diversas regidas pelo Código Civil, cujas definições são de observância inafastável – art. 110 do Código Tributário Nacional.”

Nesse julgado, merece destaque, o seguinte trecho do voto do Ministro Marco Aurélio de Mello:

“Em face do texto da Constituição Federal e da legislação complementar de regência, não tenho como assentar a incidência do tributo, porque falta o núcleo dessa incidência, que são os serviços. Observem-se os institutos em vigor tal como se contêm na legislação de regência. As definições de locação de serviços e locação de móveis vêm-nos do Código Civil e, aí, o legislador complementar, embora de forma desnecessária e que somente pode ser tomada como pedagógica, fez constar no Código Tributário o seguinte preceito:

‘Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de instituto, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.’

O preceito veio ao mundo jurídico como um verdadeiro alerta ao legislador comum, sempre a defrontar-se com a premência do Estado na busca de acréscimo de receita.

Relembrem-se as noções dos referidos contratos, de que cuidam os artigos 1.188 e 1.216 do Código Civil:

‘Art. 1.188. Na locação de coisas, uma das partes se obriga a ceder a outra por tempo determinado, ou não, o uso e gozo de coisa fungível, mediante certa retribuição.

Art. 1.216. Toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição.’

(...)

O conteúdo político de uma Constituição não é conducente ao desprezo do sentido vernacular das palavras, muito menos ao do técnico, considerados institutos consagrados pelo Direito.

(...)

Em síntese, há de prevalecer a definição de cada instituto, e somente a prestação de serviços, envolvido na via direta o esforço humano, é fato gerador do tributo em comento, prevalece a ordem natural das coisas cuja força surge insuplantável; prevalecem as balizas constitucionais e legais, a conferirem segurança às relações Estado-contribuinte; prevalece, afim, a organicidade do próprio Direito, sem a qual tudo será possível no agasalho de interesses do Estado, embora não enquadráveis como primários.”

Assim, o simples fato de constar na lista de serviços, locação de bens móveis não poderá ser objeto de exigência do ISS, na interpretação da Suprema Corte.

Referido julgado da Suprema Corte no RE nº 116.121-3-SP, resultou na Súmula Vinculante nº 31, do STF, com o seguinte enunciado:

“Súmula Vinculante 31/STF:

É inconstitucional a incidência do imposto sobre serviços de qualquer natureza – ISS sobre operações de locação de bens móveis.”

A exigência de ISS sobre locação ou cessão de direitos, acaba por violar o art. 108, § 1º do CTN, por pretensão de exigência de tributo por integração analógica, o que é vedado pelo CTN.

A questão foi examinada pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que “não pode haver incidência do ISS, por ausência de previsão legal”, conforme o seguinte julgado, cuja ementa prescreve:

“RESP nº 1.183.210-RJ (2010/0039753-7)

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA – ISSQN. CESSÃO DE DIREITO AUTORAL. NÃO INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. “O exame de qualquer texto de lei complementar em matéria tributária há de ser efetuado de acordo com as regras constitucionais de competência. É o que ocorre com o Decreto-lei nº 406/68 (com a redação dada pela Lei Complementar nº 56/87) e com a Lei Complementar nº 116/2003, do mesmo modo, com as legislações municipais, cujos termos só podem ser compreendidos se considerada a totalidade sistêmica de ordenamento, respeitando-se os limites impostos pela Constituição à disciplina do ISS” (Paulo de Barros Carvalho. *Direito tributário, linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2008, p. 682/683).

2. O Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN não incide sobre a cessão de direito autoral, porquanto não se trata de hipótese contemplada na lista anexa à Lei Complementar 116/03.

3. A interpretação extensiva é admitida pela jurisprudência quando a lei complementar preconiza a hipótese de incidência do ISS sobre serviços congêneres, correlatos, àqueles expressamente previstos na lista anexa, independentemente da denominação dada pelo contribuinte. Se o serviço prestado, não se encontra ali contemplado, não constitui fato gerador do tributo e, por conseguinte, não há falar em interpretação extensiva. É natureza do serviço prestado que determina a incidência do tributo.

4. O direito de uso, em sua acepção ampla, tem sua disciplina no Código Civil, regime jurídico absolutamente distinto. Não se confunde com o direito autoral, regulado por lei específica, qual seja, a Lei 9.610/98. Inexiste correlação entre ambos. Nesse contexto, não há falar que a cessão de direito autoral é congênera à de direito de uso, hábil a constituir fato gerador do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN.

5. A tentativa de aproximar a cessão de direitos autorais da locação de bem móvel, a fim de viabilizar a tributação, além de incabível pelas mesmas razões expostas em relação ao direito de uso, é absolutamente despropositada, tendo em vista a não incidência do ISSQN na hipótese, nos termos do enunciado da Súmula Vinculante 31/STF, que dispõe: “É inconstitucional a incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS sobre operações de locação de bens móveis”.

6. Recurso especial conhecido e não provido.”

Não há, pois, como exigir imposto de cessão de direitos e/ou de locação de bens móveis, por faltar o núcleo essencial para a incidência do ISS, que são os serviços, ou seja: não se trata de hipóteses contempladas na Lista de Serviços Anexa à Lei Complementar nº 116/03.

Feitas essas considerações, passamos a responder as indagações formuladas pela Consulente:

1) É possível afirmar que as Associadas da Consulente se dedicam à atividade de produção de filmes?

Não. A produção Cinematográfica é atividade mais ampla que compreende a atividade de cinema como um todo, que é realizada, mediante um conjunto de princípios, processos e técnicas utilizadas para captar e projetar numa tela imagens estáticas sequenciais (fotogramas) obtidas com uma câmera especial, dando a impressão ao espectador de estarem em movimento. Trata-se de realização de obra cujo suporte físico é o filme de cinema e cujo objeto é a expressão artística de subjetividade humana, ou a criação de material documental, educacional ou de entretenimento, na forma de produtos de cunho semicomercial ou comercial. São atividades relacionadas com a produção de filmes para a indústria cinematográfica, com métodos e processos empregados para registrar e projetar fotograficamente cenas animadas ou em movimento, envolvendo todas as funções do cinema.

Enquanto que as atividades praticadas pelas Associadas da Consulente, de produção audiovisual publicitária, consistem na:

“produção, gravação, edição, legendagem e distribuição de filmes, video-tapes, discos e congêneres.”

Referidas atividades estavam mencionadas no item 13.01 da Lista de Serviços Anexa à LC nº 116/2003, que sofreu veto do Presidente da República, deixando de constar tais serviços na referida lista, não poderá ser aplicado para efeitos de incidência do ISS, por inexistente.

Por outro lado, o item 13.03 da Lista Anexa à LC nº 116/2003, não autoriza a tributação pelo ISS do serviço de audiovisual e de produção de filmes/vídeos por encomenda, que não se equiparam aos serviços de cinematografia. Também não comporta interpretação extensiva para efeitos de tributação, para alcançar outro item da Lista de Serviços, para enquadramento de serviços correlatos, por integração analógica, vedada pelo art. 108, § 1º do CTN. A pretensão de enquadramento de serviço correlato em outro item, equivaleria à derrubada do veto presidencial, cuja competência é exclusiva do Congresso Nacional.

Embora a produção de audiovisual possa incluir filmes e vídeos por encomenda, não pode ser caracterizada como cinematografia, que possa ser assemelhado a produção de cinema, para efeitos de exigência do ISS.

Impossível, portanto, o uso de interpretação extensiva, para alcançar atividade específica que expressamente excluída da Lista de Serviços Anexa à LC nº 116/2003, para enquadramento de serviços correlatos em outro item da Lista de Serviços.

Nesse sentido é a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme antes mencionado, no Recurso Especial nº 1.308.628-RS (2011/0020537-8), Relator Min. Benedito Gonçalves e AgInt no Recurso Especial nº 1.627.818-DF (2016/0250557-8), Relator Min. Gurgel de Faria, ambos da 1ª Turma do STJ.

2) Considerando o item 13.01 da Lista Anexa de Serviços da LC 116/2003, vetado pelo então Presidente na redação final da referida lei, é possível afirmar que as atividades empenhadas pelas Associadas da Consulente se enquadrariam neste item?

A nossa resposta é negativa. O item 13.01 mencionava para efeitos de tributação do ISS: “13.01 – Produção, gravação, edição, legendagem e distribuição de filmes, video-tapes, discos, fitas cassete, compact disc, digital video disc e congêneres”.

Ocorre que, tendo sido vetado referido item, deixou de existir na Lista de Serviços e, portanto, não poderá ser objeto de exigência do ISS, pela Municipalidade de São Paulo.

3) Através da interpretação do quanto disposto pelo item 13.06 da Lista Anexa de Serviços do PLP 366/2013, retirado da redação final que resultou na Lei Complementar 157/2016 sancionada, seria possível enquadrar as atividades exercidas pelas Associadas da Consulente?

A nossa resposta é negativa. O item 13.06 da Lista de Serviços mencionada no PLP nº 366/2013, retirado da redação final que resultou na Lei Complementar nº 157/2016, sancionada – introduziu diversas alterações na LC nº 116/2013 – estava assim redigido:

“13.06 – Produção, gravação, edição, legendagem e distribuição de filmes, video-tapes, discos, fitas cassete, compact disc, digital video disc e congêneres, quando feita por solicitação de outrem ou por encomenda, ressalvado o disposto no art. 150, inciso VI, alínea “e”, da Constituição Federal.”

Referido item 13.06, que constava do PLP nº 366/2013 reproduziu o item 13.01 da LC nº 116/2003, que foi vetado pelo Presidente da República e o item 13.06 foi retirado da redação final que resultou na LC nº 157/2016.

Portanto, ambos os itens (13.01 e 13.06) NÃO constam da Lista de Serviços e, portanto, não poderão ser passíveis de exigência do ISS.

4) Considerando que as respostas às perguntas 2 e 3 sejam negativas, é possível afirmar que a Municipalidade de São Paulo tenta tributar atividade que não possui fato gerador?

Pelos princípios da legalidade e tipicidade que regem toda tributação não é possível.

Em relação ao ISS, conforme restou demonstrado na presente resposta à presente Consulta, a Constituição Federal atribuiu competência aos Municípios brasileiros, para instituir o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS, definidos em lei complementar (art. 156, III, CF).

E a LC nº 116/2003, estabeleceu as normas gerais de direito tributário, na forma do art. 146, III, letras “a” e “b” e disciplinou o ISS, e sua exigência, dos serviços constantes da Lista Anexa à referida LC nº 116/2003.

Assim, se o serviço não constar da Lista de Serviços, não poderá ser exigido o ISS, em razão de sua taxatividade, não podendo ser exigido imposto por integração analógica, em razão de ser vedado pelo art. 108, § 1º do CTN.

Por outro lado, a obrigação tributária surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento do tributo (§ 1º, art. 113 do CTN).

E o fato gerador da obrigação tributária é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência (art. 114 do CTN).

No caso da cessão de direito autoral, por ausência de previsão legal, não pode haver incidência do ISS.

Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.183.210-RJ, em que foi Relator o Min. Arnaldo Esteves de Lima, ao mencionar que: “O exame de qualquer texto de lei complementar em matéria tributária há

de ser efetuado de acordo com as regras de competência. É o que ocorre com a LC nº 116/2003”.

“O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS não incide sobre cessão de direito autoral, porquanto não se trata de hipótese contemplada na Lista Anexa à Lei Complementar nº 116/2003. (...) Se o serviço prestado, não se encontra ali contemplado, não constitui fato gerador do tributo e, por conseguinte, não há que falar em interpretação extensiva. É a natureza do serviço prestado que determina a incidência do tributo”.

Este é nosso entendimento, S.M.J.

São Paulo, 06 de abril de 2018.

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS  
MARILENE TALARICO MARTINS RODRIGUES

## NOTAS

- 1 *Curso de Direito Tributário Municipal*. Saraiva. São Paulo, 2009, p. 317.
- 2 *Manual do ISS*. Malheiros Editores. 1995, p. 40.
- 3 Bernardo Ribeiro de Moraes – *Doutrina e Prática do ISS*. 1. ed. 3ª tiragem, Ed. Revista dos Tribunais. 1984, p. 84.
- 4 ALIOMAR BALEEIRO, in *Direito Tributário*, atualizado por Misabel Derzi. 11. ed. Forense. 1999. p. 500, escreve:  
“A LISTA É TAXATIVA. O CTN, no art. 71, já revogado, depois de referir-se especialmente a algumas categorias de serviços, abrangia, de modo genérico, todos os demais numa cláusula bastante compreensiva: “demais formas de fornecimento de trabalho com ou sem utilização de máquinas, ferramentas e veículos” (art. 71, § 1º, VI).  
Assim, a regra geral e clara era a de que todo serviço, menos o de transportes e comunicações da União, ou os reservados por lei complementar aos Estados, poderia ser tributado pelos Municípios, desde que prestado por empresa ou trabalhador autônomo.  
São inconstitucionais os dispositivos municipais que tributam todo e qualquer serviço não previsto na lista do Decreto-Lei nº 834 (atualmente LC nº 116/2003).”
- 5 Sacha Calmon Navarro Coelho – *Comentários à Constituição de 1988. Sistema Tributário*. 6. ed. Forense. Rio de Janeiro. 1994. p. 263/266.
- 6 *Curso de Direito Tributário*. 30. ed. Malheiros Editores. São Paulo. 2009. p. 391/392.
- 7 Misabel Derzi, em notas de atualização à obra *Direito Tributário Brasileiro*, de Aliomar Baleeiro. 11. ed. Forense. Rio de Janeiro. 1999. p. 502/203.
- 8 Sítio <http://www.mnemocine.art.br> (RESP nº 1.308.628-RS (2011/0020537-8). p. 4.
- 9 *Os Princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação*. São Paulo. RT. 1978. p. 11.
- 10 *Direito Tributário Brasileiro*. 11. ed. São Paulo. Saraiva. 2005. p. 112.
- 11 *Curso de Direito Civil*. São Paulo. Saraiva. 1970. p. 120.
- 12 *Código Civil Anotado*. São Paulo. Saraiva. 2003. p. 220.
- 13 *Ob. citada* – p. 415/416.
- 14 *ISS na Constituição e na Lei*. 3. ed. Dialética, 2009, p. 165.
- 15 *Direito Tributário Brasileiro*. 10. ed. São Paulo, Forense, 1993, p. 444.



ARQUIVO PESSOAL

**IVES GANDRA DA SILVA MARTINS** é Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército – ECEME, Superior de Guerra – ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e das PUCs-Paraná e Rio Grande do Sul e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMÉRCIO – SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária – CEU/ Instituto Internacional de Ciências Sociais – IICS.



ARQUIVO PESSOAL

**MARILENE TALARICO MARTINS RODRIGUES** é Advogada em São Paulo, sócia da Advocacia Gandra Martins, Membro do Conselho Superior de Direito da Federação do Comércio do Estado de São Paulo, Membro do IASP e Professora do Instituto Internacional de Ciências Sociais – Centro de Extensão Universitária.



*Luiz Augusto Filizzola D'Urso*

DIVULGAÇÃO

## A política tem muito que aprender com o futebol

**Q**uando tratamos sobre política ou sobre futebol, sabemos que estamos lidando com duas paixões. Da mesma forma que o torcedor ama o seu time de futebol favorito, também o militante defende, incondicionalmente, seu partido político escolhido. Em ambos os casos vemos paixões que movem multidões, que lotam estádios e avenidas, tanto para assistir um jogo, como para acompanhar um ato político ou alguma manifestação pública.



DIVULGAÇÃO

Constata-se, infelizmente, que estas duas paixões estão cada vez mais radicais, e verifica-se que atos de violência relacionados com o futebol e com política estão cada vez mais comuns. Em que pese a semelhança, existe uma diferença fundamental.

Uma luz de aprendizado pode ser notada no comportamento dos torcedores de futebol, pois sua paixão não é cega, podendo ser até incondicional, mas sempre muito crítica. Por óbvio que aqui não tratamos dos torcedores que se utilizam da violência para seu protesto.

Observa-se que, quando um time de futebol não está em boa fase, nota-se uma reação imediata vindo das arquibancadas, como forma de cobrança dos próprios torcedores. Mesmo aqueles torcedores mais apaixonados pelos seus times de futebol, utilizam seu amor como justificativa para reclamar dos jogadores e dirigentes, cobrando-os melhor desempenho.

Quanto mais fanático o torcedor, maior a cobrança por bons resultados de seus clubes, sendo que isto produz um efeito, qual seja, a grande rotatividade de técnicos e jogadores nos clubes, vale dizer, caso o jogador ou técnico não esteja realizando um bom trabalho, será rapidamente cortado e substituído.

Isto é uma grande lição, que deveria servir de exemplo para os filiados e militantes de um partido, todavia, infelizmente, não é o que se verifica na política.

Nota-se que, muitas vezes, a paixão política está acima de tudo, e mesmo que o partido não esteja realizando um bom trabalho, ou até nos casos em que os políticos do partido estejam envolvidos em escândalos, a devida cobrança não é realizada. A reação verificada são os ataques à oposição, sempre em defesa de suas escolhas políticas, justificando os defeitos e erros cometidos. Os políticos e filiados, ao invés de fazerem um mea culpa, sempre justificam seus insucessos, atribuindo a responsabilidade a terceiros, geralmente adversários e opositores.

Tais apontamentos prestam-se a uma reflexão, pois, a política pode aprender com o futebol, que reconhece seus erros e sofre a cobrança internamente, não elegendo culpados de fora, fato ainda não verificado com frequência na política. Os apaixonados por política defendem cegamente seus partidos e respectivos líderes, e, ao invés de cobrarem mudanças internas, cobram uma mudança na conduta da oposição, aliás, muitas vezes justificam a fortuita má conduta de seus representantes pela eventual perseguição feita pelos outros partidos.

Portanto, nota-se a necessária e urgente reformulação, na busca por novos tempos e novos costumes na política, aprendendo com os bons exemplos do próprio futebol, sempre com o objetivo de evoluir e ocasionar uma grande renovação no cenário político brasileiro. **C**

---

**LUIZ AUGUSTO FILIZZOLA D'URSO** é Advogado Criminalista, Presidente da Comissão Nacional de Estudos dos Crimes da Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (ABRACRIM), Pós-Graduado pela Universidade de Castilla-La Mancha (Espanha), integra o Conselho de Política Criminal e Penitenciária do Estado de São Paulo, Auditor no Tribunal de Justiça Desportiva (TJD) do Futebol do Estado de São Paulo.

# Com a ZK Editora, a informação jurídica chega mais rápido até você!



(61) **3225-6419**

[www.zkeditora.com](http://www.zkeditora.com)

**conceito  
jurídico**

**trabalhista, sindical  
& previdenciário**

**prática  
forense**

**administrativo  
& político**