

**Ata da Rodada 2009.40**

Prezado Participante,

Você está recebendo a publicação das melhores respostas de questões, peças e pareceres da rodada.

Trata-se de material extremamente valioso, pois reúne informações provenientes das mais variadas doutrinas e pensamentos, decorrente de várias formas de pensar o Direito, permitindo, com isso, a construção de uma visão ampla, altamente necessária para uma preparação com excelência.

As opiniões manifestadas neste fórum de debates não refletem, necessariamente, o posicionamento dos mediadores e colaboradores do GEAGU.

Os autores das respostas transcritas são os únicos responsáveis por eventuais erros de ortografia.

Bons estudos!

**Equipe GEAGU**

*"Bem-aventurado os humildes  
de espírito, porque deles é o  
reino dos Céus"  
Mateus 5:3*

**Questão do Grupo 01 (Elaborada pelo Advogado da União Dr. Alexandre Colares)**

**Diferencie, com base na doutrina e na jurisprudência, taxa, tarifa e preço público.**

**NOTA GEAGU:** A maioria dos tributaristas não distingue as espécies taxa e preço público, adotando as expressões como sinônimas.

Contudo, deve-se observar que enquanto o preço público é receita originária do Estado, em razão da prestação direta de serviço público de utilização voluntária (alguns autores se referem a serviço público não essencial), a taxa é receita do particular que recebeu a delegação do serviço (contraprestação).

Assim esclarecido, passemos às melhores respostas.

**Juliana Freitas Cabeço Cassim (Jales/SP) escreveu:**

De acordo com Eduardo Sabbag, taxa é tributo imediatamente vinculado à ação estatal, atrelando-se à atividade pública, e não à ação do particular. É gravame com hipótese de incidência plasmada em atividade da Administração Pública. Assim, a taxa deverá ser exigida pelas entidades impositoras (União, Estados, Municípios e Distrito Federal, não se admitindo a exigência em face de atuação de empresa privada.

Desta forma, podemos resumir que taxa é para serviço público, específico e divisível, de utilização efetiva ou potencial.

Por outro lado, a tarifa ou preço público, é o preço de venda do bem, exigido por empresas prestacionistas de serviços públicos (concessionárias e permissionárias)

O traço marcante que deve diferir taxa de preço está na inerência ou não da atividade à função do Estado. Se houver evidente vinculação e nexo do serviço com o desempenho de função eminentemente estatal, teremos a taxa. Se presenciarmos uma desvinculação deste serviço com a ação estatal, inexistindo óbice ao desempenho da atividade por particulares, vislumbrar-se-á a tarifa.

Por conseguinte temos que a taxa é tributo, nasce por meio de lei, é exação compulsória, remunerando serviços públicos obrigatórios e essenciais. A tarifa, não é tributo, independentemente de lei, mas de contrato administrativo, é voluntária e remunera serviços públicos facultativos (essenciais ou não);

No que concerne ao regime jurídico adotado, no campo das taxas, prevalecem as normas de Direito Público, uma vez que o fenômeno tributacional é corolário do poder de império estatal, avocando os regramentos afetos ao próprio Direito Público. Ao contrário, as tarifas ou preços públicos têm o manto das regras do Direito Privado, por não serem tributos.

As tarifas são prestações pecuniárias não-compulsórias, uma vez que permitem a voluntariedade ao interessado, não lhe impondo consequências fiscais, caso não opte pelo contrato que lhe faria pagar tal gravame. Assim, evidencia-se o caráter da voluntariedade ou facultatividade nas tarifas ou nos preços públicos, o que os distingue das taxas, que são espécies tributárias inexoravelmente compulsórias.

Destaca-se ainda que, nas tarifas ou preços, há autonomia da vontade ou a liberdade de contratar; nas taxas, a compulsoriedade e a submissão aos efeitos tributários, quando houver a realização do fato gerador do tributo.

Não obstante, os serviços públicos, se específicos e divisíveis, podem ensejar a cobrança de taxas, pois são res extra commercium, o que não ocorre com as tarifas, que são aptas a remunerar serviços, mas não públicos, uma vez que abrangidas

pelas regras do direito privado. Caso o Estado pretenda desempenhar atividades econômicas com o fito de lucro, assemelhando-se à empresa integrante da iniciativa privada, o que nada obsta a que o faça, poderá ver-se remunerado por prestações pecuniárias que chamaremos de preços públicos.

Por fim, ressalta-se que os serviços essenciais do Estado, como saúde pública, justiça e vias de comunicação, devem ser remunerados por taxas, restando às tarifas a contraprestação dos serviços públicos inessenciais do Estado.

**Luiz Paulo Ramos Leão (Canoas/RS) escreveu:**

A doutrina considera as taxas como espécies de receitas derivadas, impostas pelo Estado, em razão de seu poder extroverso de coação, tendo sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu, o que configura ser uma obrigação ex lege, portanto adstrita ao princípio da legalidade.

Já os preços públicos, o que a doutrina denomina também como tarifas, são receitas originárias, não sendo estabelecidos em razão do poder coercitivo do Estado, mas em decorrência da exploração de seu próprio patrimônio, como uma empresa privada no intuito de auferir lucro.

Deste modo, a influência ou não de coação do Estado, na prática dos preços e das taxas, estabelece qual o regime jurídico aplicável aos institutos. Às taxas, reserva-se a aplicação do regime de direito público (direito tributário), enquanto que aos preços ou tarifas, a sujeição é sob a égide do direito privado.

O mestre Aliomar Baleeiro, ressalta outra distinção considerável. Diz respeito à procedência dos recursos que enxertam as receitas do Estado. Isto é, nas receitas derivadas (taxa), a fonte é o setor privado, onde o patrimônio e a renda dos particulares suportam o ônus. Nas receitas originárias (preço ou tarifa), a fonte é o próprio recurso do setor público.

Outro aspecto de distinção decorre do fato de que a taxa, além de ter origem na lei, terá como fato gerador o poder de polícia ou uma contraprestação, efetiva ou potencial, de serviços públicos, específicos e divisíveis, realizados pelo Estado. Pode-se afirmar, por isso, que a taxa é um tributo vinculado sempre à atuação estatal, derivada de uma obrigação legal.

Já o preço Público ou tarifa é informado pelo princípio da autonomia da vontade, e decorre sempre de um contrato, um acordo de vontades entre o Estado e outra pessoa, sem que aquele exerça qualquer poder impositivo sobre a vontade alheia.

Assim, em consonância com esse entendimento doutrinário, a jurisprudência tem compactuado com tais ensinamentos a ponto de se verificar em

súmula do Supremo Tribunal Federal que taxas e preços públicos são institutos distintos. Eis o enunciado da Súmula 545 do STF: “Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu”.

**Juliana de Almeida Lopes (Belo Horizonte/MG) escreveu:**

A Constituição Federal no art. 145, II define a taxa como sendo cobrada em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição. Assim, a taxa pode ser em razão do poder de polícia ou em razão da de serviço público.

A taxa decorrente do poder de polícia tem como fato gerador atividade administrativa pública que limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade do contribuinte, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos consume, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos, nos termos do art. 78 do CTN. Já em razão de serviço público abrange todas as atividades estatais específicas e divisíveis, prestadas potencialmente ou efetivamente, ao contribuinte.

Doutrinariamente, a taxa é tida com um tributo vinculado, pois tem como fato gerador uma prestação estatal direta e pessoal. A taxa é também compulsória, podendo ser cobrada ainda que não exista a utilização do serviço, bastando apenas que seja colocado à disposição. Por fim, a competência para a instituição das taxas é do ente federativo, entretanto pode ser delegada por meio de lei para ente diverso.

O preço público e a tarifa é a remuneração paga pela utilização de serviço público específico e divisível, regido pelo regime contratual de direito privado. **A principal diferença entre preço e tarifa é que esta é remuneração/receita do particular e aquele é a remuneração/receita do Estado.**

Assim, percebe-se que ao contrário da taxa que é compulsória e de regime jurídico tributário, o preço público e a tarifa são facultativas e possuem natureza jurídica contratual de direito privado.

Por fim, cabe lembrar que o STF em sua Súmula 545, assim diferencia preço público de taxa: “Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daquelas, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu”.

**Fernanda de Macedo Ballan Mendes (Curitiba/PR) escreveu:**

A taxa é um tributo que possui como fato gerador o exercício regular do poder de polícia ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição. A taxa é um tributo vinculado a uma atividade estatal específica, logo a taxa é um tributo bilateral, contraprestacional e sinalagmático.

O Prof. Sabbag leciona: "Quem efetua a ação ensejadora da taxa é o Estado (União, Estado, Município ou Distrito Federal), razão pela qual tal tributo refere-se à atividade pública, e não privada. Assim, quem age é o Estado, e não o particular". (Elementos do Direito. Direito Tributário. Sabbag, Eduardo de Moraes. 5 ed. pg. 68).

Vale destacar, que existem duas modalidades de taxas em nosso ordenamento jurídico: taxa de serviço ou de utilização referente à prestação de serviço público específico e divisível e taxa de polícia ou de fiscalização que tem como fato gerador o efetivo poder de polícia.

O Supremo Tribunal Federal entende que deve haver correspondência entre o valor exigido e o custo da atividade estatal, vez que a taxa, enquanto contraprestação a uma atividade do Poder Público, não pode superar a relação de razoável equivalência que deve existir entre o custo real da atuação estatal referida ao contribuinte e o valor que o Estado pode exigir de cada contribuinte. (ADI 2.551-MC-QO, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 2-4-03, DJ de 20-4-06)

A tarifa ou preço público não é tributo, nasce por meio de um contrato, é voluntário e possui caráter de inessencialidade sendo regida por regras do Direito Privado.

O Prof. Sabbag ensina: "Na verdade, as tarifas são prestações pecuniárias que não são compulsórias, uma vez que permitem a voluntariedade ao interessado, não lhe impondo consequências fiscais, caso não opte pelo contrato que lhe faria pagar tal gravame. Assim, evidencia-se o caráter da voluntariedade ou facultatividade nos preços públicos, o que distingue das taxas, que são espécies tributárias compulsórias". (Elementos do Direito. Direito Tributário. Sabbag, Eduardo de Moraes. 5 ed. pg. 75).

Atualmente, o critério relevante utilizado para diferenciar os institutos da taxa e preços públicos ou tarifas não é o de saber se o pagamento é voluntário ou compulsório, mas sim de verificar se a atividade concretamente executada pelo Poder Público configura um serviço público ou não. Sendo assim, o traço distintivo entre estes institutos é a inerência da atividade à função do Estado.

**Lorena Baptista (Recife/PE) escreveu:**

Primeiramente, faz-se necessário mencionar que tanto a taxa como a tarifa e o preço público são formas de pagamento decorrente da fruição de um serviço ou bem estatal.

A taxa se caracteriza por ser um das espécies de tributos que pode ser cobrada, segundo dispõe o art.145, inciso II da CF/88, pelo exercício do poder de polícia (taxa de polícia) ou pela prestação, efetiva ou potencial, de um serviço público específico e divisível (taxa de serviço).

Diferencia-se, das demais contraprestações em comento, pelo seu caráter compulsório em face da submissão ao regime jurídico de direito público. É cobrada pelos Entes Estatais cuja arrecadação (derivada) ingressa nos cofres do Poder Público, integrando, pois, o orçamento da entidade tributante.

Além do mais, tendo em vista o regime jurídico ao qual se subordina, não se admite a rescisão de sua instituição, dada sua natureza legal, e submete a todas as prerrogativas e restrições que permeia este regime público.

Por sua vez, a tarifa e preço público decorrem de uma relação contratual, ou seja, impera a facultatividade das partes (sejam elas de direito público ou privado) na contratação de um serviço ou utilização de determinado bem público. Disso decorre a admissibilidade de sua rescisão, bem como, a não sujeição aos princípios de direito tributário, tais como, o da anterioridade tributária, legalidade e noventena.

Podem ser cobrados tanto por pessoas jurídicas de direito público como de direito privado, em especial, as concessionárias e permissionárias de serviço público, de maneira que sua arrecadação (originária) advinda dos contribuintes não integra o orçamento público, e sim, o patrimônio privado dos entes que atuam por delegação Estatal.

Por fim, vale ressaltar julgado proferido pelo Ministro Carlos Velloso no RE 209.365-3/SP acerca da remuneração na prestação dos serviços públicos, fazendo a seguinte classificação: a) serviços públicos propriamente estatais: somente serão remunerados mediante taxa, dada a indelegabilidade de sua prestação por Ente Estatal, como por exemplo, serviço jurisdicional; b) serviços públicos essenciais ao interesse público: também serão financiados pelo pagamento de taxa, independentemente da utilização efetiva ou não (disponibilidade) da população, a exemplo, do serviço de coleta de lixo; c) serviços públicos não essenciais: geralmente delegáveis, possuem um grau de importância menor para a comunidade em relação aos acima mencionados, de modo que sua não utilização não incorre em prejuízo a comunidade, como é o caso do serviço telefônico.

**Anna Licasalio (Rio de Janeiro/RJ) escreveu com objetividade:**

A diferenciação entre taxa, tarifa e preço público é tema bastante polêmico dentro do Direito Tributário e Financeiro nacional, na medida em que todas essas expressões representam modalidades de ingressos públicos.

Taxa consiste no ingresso tributário devido ao Estado em razão do oferecimento (efetiva prestação ou mera disponibilização) de um serviço público essencial e divisível ou em razão do exercício do poder de polícia. Como consiste em expressão da soberania Estatal, somente podem ser credores dessa espécie tributária pessoas jurídicas de direito público (entes políticos ou autarquias).

Ao contrário, as tarifas e preços públicos referem-se à prestação de serviços públicos que, embora indivisíveis, são inessenciais. Em outros termos, a tarifa e o preço público remuneram serviços públicos delegáveis à iniciativa privada, constituindo ingressos não-tributários, consoante definição da Lei nº 4.320/64.

Vale ressaltar que a doutrina majoritária nega a existência de qualquer distinção entre tarifas e preços públicos. Com efeito, Ricardo Lobo Torres, em sua obra “Curso de Direito Financeiro e Tributário”, nega qualquer diferenciação, aduzindo que esses termos são usados indistintamente como sinônimos.

No entanto, parte da doutrina aponta uma diferença subjetiva entre esses termos – a tarifa seria devida ao Estado, enquanto prestador direto de um serviço público inessencial, enquanto que o preço público seria decorrente da prestação desse serviço por uma particular, delegatário.

**Pablo Bezerra Luciano (Campina Grande/PB) escreveu:**

Em matéria de taxa e preço público, a doutrina e a jurisprudência são concordes em apenas alguns aspectos: enquanto a taxa representa uma receita derivada de caráter tributário e prevista em lei, o preço público é uma receita originária patrimonial, possuindo conteúdo contratual/privatístico. Fora daí, reina a mais completa indefinição.

Quanto à tarifa, igualmente, não há concórdia. Para Kiyoshi Harada é sinônimo de preço público. Outros, como Regis Fernandes de Oliveira, sustentam que “tarifa” não possui conteúdo semântico próprio, significando “tabela” na qual os preços dos serviços ou bens são discriminados. De um jeito ou de outro, não se trata de conceito que desperte interesse, quer no Direito Tributário, quer no Direito Financeiro.

Pode-se dizer que as diferentes concepções a respeito de taxa e preço público advêm da imensa dificuldade de se conceituar “serviços públicos”. Em rigor, de acordo com o art. 145, II da CF, as taxas são instituídas em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição. Por outro lado, os

preços públicos se apóiam na exploração do patrimônio público, que pode se dar pela utilização dos bens públicos ou pela fruição de alguma atividade desempenhada pelo estado ou por concessionários ou permissionários de serviços públicos.

Assim, sendo o caso de exercício de poder de polícia, não há dúvidas que o valor cobrado será taxa. No entanto, em se tratando de “serviço público”, a divergência absoluta impera. Caio Tácito, por exemplo, associa a taxa aos serviços públicos de prestação obrigatória e o preço aos serviços públicos facultativos. Já Eros Grau afirma categoricamente que os serviços públicos, “não importa se facultativos ou compulsórios, desde que específicos e divisíveis devem e só podem ser remunerados através da arrecadação de taxas”.

Entretanto, é bom ter em mente que não existe, na Constituição, um serviço público qualificável como “facultativo”. Nos termos do art. 175 da CF, não pode o Estado optar em prestar ou não um serviço público. Nesse sentido, a razão está com Regis Fernandes de Oliveira que afirma: “cuidando-se de serviço público específico e divisível, somente é possível a cobrança de taxas, ressalvada a hipótese de ser ele prestado mediante permissão ou concessão, casos em que a retribuição será mediante preço”.

O percuciente Ricardo Alexandre, com base em decisão proferida em 1999 pelo STF no RE 209.365-3/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, reporta-se a noções de serviços públicos essenciais e não essenciais, indelegáveis ou delegáveis, para, a partir daí, submeter a cobrança de tais serviços a taxa ou preço, respectivamente. No entanto, deve-se ter em mente que a essencialidade de um serviço público é um dado altanto arbitrário e, como tal, incapaz para a definição do regime jurídico da contraprestação.

Vozes muito recorrentes também sustentam que haverá taxa se o serviço for obrigatório para o indivíduo, todavia, essa intelecção não está autorizada pelo art. 145, II da CF, que não se reporta a qualquer obrigatoriedade. Como bem destacado por Regis Fernandes de Oliveira, o argumento da obrigatoriedade é falho e hipócrita, no entanto, vez por outra é sufragado pelos tribunais nacionais.

### **Juliana Cecon Leite Costella (Passo Fundo/RS) escreveu:**

A diferenciação entre os institutos jurídicos denominados de taxa, tarifa e preço público é um tema muito tormentoso na doutrina e na jurisprudência.

Os referidos institutos encontram um ponto de semelhança por estarem relacionados ao conceito de serviço público, ou seja, servem para remunerar uma contraprestação pública.

A principal diferença os institutos reside na distinção entre serviços públicos essenciais (leia-se obrigatórios) e os não essenciais (facultativos) do Estado, os

quais podem ser delegados aos particulares. Assim, para diferenciação é importante verificar se a prestação é inerente ao Estado e se dele não pode ser desvinculada, consistirá em um serviço público remunerado mediante taxa. Caso contrário, se o serviço público pode ser prestado por um particular, face a delegação do serviço pelo Estado, o mesmo será remunerado mediante uma tarifa ou taxa.

A Constituição Federal de 1988 dispõe que a União, Estado, Distrito Federal e os Municípios poderão instituir taxas em razão do exercício regular de poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição.

A partir do texto constitucional a doutrina define a taxa como um tributo vinculado a uma atividade estatal, possuindo assim natureza bilateral e como fato gerador o regular poder de polícia ou a utilização efetiva ou potencia de serviço público específico e divisível.

A taxa por ser considerada um tributo possui caráter pecuniário compulsório, a sua tributação é decorre da lei, trata-se de uma obrigação ex lege, e se sujeita ao regime jurídico de direito público, bem como aos limites definidos pela CF/88 ao poder de tributar (princípio da legalidade, anterioridade etc).

Ainda, verifica-se que a taxa pode ser cobrada pela a disposição potencial do serviço público, ou seja, serviço público fruível pelo contribuinte, ou pelo exercício regular do poder de polícia.

Diferentemente a tarifa e o preço público não são tributos, trata-se de uma prestação pecuniária facultativa, sujeita ao regime jurídico de direito privado e a autonomia da vontade, a obrigação é ex voluntate. Decorre de um contrato administrativo, de rescisão admissível, sendo então regida pelas normas de direito administrativo.

As tarifas e preços públicos somente serão devidos se houver a efetiva prestação do serviço, e não existirão em razão de poder de polícia.

Verifica-se que a matéria foi objeto da Súmula 545 do STF. A referida súmula de maneira sucinta dispõe que preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm a sua cobrança condicionada a prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu.

O tema se apresenta tão complexo, que a citada súmula não foi suficiente para dirimir as dúvidas a cerca do tema. Encontra-se na jurisprudência do STF decisões que consideram o serviço de água e esgoto como serviço público essencial, logo sujeito

a taxa, e julgados em sentido inverso considerando como serviços sujeitos à tarifa. A divergência no âmbito do Superior Tribunal de Justiça também não é diferente.

No entanto, em recentes julgados o Superior Tribunal de Justiça perfilhando a linha de entendimento dos últimos julgados do Supremo Tribunal Federal, vem considerando que a taxa serve para remunerar serviços públicos prestados pelo o Estado estando sujeitas ao regime de direito tributário. As tarifas, estão relacionadas aos serviços prestados pela concessionárias e permissionárias de serviços, as quais prestam serviços delegados pelo o Estado, sujeitas assim ao regime de direito administrativo.

Por fim, ressalta-se que apesar da jurisprudência e de alguns doutrinadores considerarem tarifas e preço público como expressões sinônimas, parte da doutrina reconhece que são institutos com conceitos diversos apesar de terem as mesmas características. As tarifas são destinadas a remunerar serviços efetivamente prestados por particulares, as receitas provenientes são das concessionárias e permissionárias. Já os preços públicos são decorrentes de uma atividade do Estado, que este desempenha na qualidade de pessoa jurídica de direito privado, para executar atividades com fito de lucro, as quais serão remuneradas por uma prestação pecuniária chamada de preço público, ou seja, a receita é do Estado.

**Questão do Grupo 02 (Elaborada pelo Dr. Victor Guedes Trigueiro, aprovado para Advogado da União em 2009)**

**Conceitue a boa-fé objetiva, manifestando-se sobre os deveres anexos aos negócios jurídicos.**

**Patricia Candemil (Florianópolis/SC) escreveu:**

O conceito da boa-fé objetiva é fruto de uma evolução do conceito da boa-fé subjetiva, que dizia respeito apenas aos elementos internos das condutas humanas, baseada na intenção do sujeito.

*A boa-fé objetiva trata de elementos externos à norma de conduta e determina como se deve agir. Seria um dever de agir de acordo com determinados padrões socialmente recomendados de correção, lisura, honestidade e ética.*

A boa-fé objetiva é um princípio jurídico de conteúdo normativo e sua juridicidade é oriunda do fato de remeter a solução do caso concreto à estrutura do próprio ordenamento jurídico. Apesar de a lei não trazer o conteúdo da cláusula geral de boa-fé, esta se baseia em critérios objetivos na apreciação da conduta contratual.

Na concretização desse princípio o juiz irá analisar a retidão de caráter, honradez e honestidade, que expressam a probidade que todo cidadão deve portar no trato de seus negócios, seria um mínimo ético.

O princípio da boa-fé objetiva é uma cláusula geral que compõe a técnica legislativa e é dotada de abertura semântica para melhor se adequar às mutações sociais.

*A boa-fé objetiva como manifestação dos deveres anexos é uma regra de conduta a ser seguida pelos contratantes, independente de previsão contratual.* Permite que o Direito seja permeado de uma noção ética, sendo vedada a malícia e a intenção de prejudicar, incluindo a necessidade da proteção da confiança para efetivar o princípio da boa-fé objetiva.

*O vínculo e os deveres recíprocos entre os contratantes vão desde as negociações preliminares, passando pela execução propriamente dita e mesmo após o cumprimento das prestações pelos contratantes.*

Com isso, há os deveres paralelos na esfera contratual, que são os deveres anexos (deveres laterais) estabelecidos por força da lei e que convivem com as obrigações estabelecidas mutuamente pelas partes. Essa função de criar deveres secundários de conduta é a função integrativa do princípio da boa-fé objetiva.

*O Código Civil trata de três funções relacionadas ao conceito de boa-fé objetiva: 1) função interpretativa (art. 112); 2) função de controle dos limites do exercício de um direito (art. 186) e 3) função de integração do negócio jurídico (art. 421).*

*A função integrativa é elemento de complementação dos contratos e traz ao contrato deveres implícitos e anexos que as partes não precisam estabelecer, que são os deveres de honestidade, probidade, honradez e informação, dentre outros.*

Portanto, os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

*A cláusula de boa-fé traz aos contratos e aos negócios jurídicos deveres anexos para as partes: de comportarem-se com a mais estrita lealdade, de agirem com probidade, de informarem o outro contratante sobre todo o conteúdo do negócio, que seria o dever de colaboração.*

*O desrespeito dos deveres anexos gera a violação positiva do contrato, que é uma espécie de inadimplemento a imputar responsabilidade contratual objetiva.*

*Os deveres anexos são divididos em: a) deveres de proteção, b) lealdade e cooperação e c) de esclarecimento e informação.*

Mesmo que não expressamente previstos em documento escrito, há esses deveres atribuídos às partes de comunicar a outra parte determinado acontecimento, fornecer informações, esclarecer circunstâncias, cuja omissão pode causar dano ao outro contratante.

Já os deveres de informação e de esclarecimento são aqueles que obrigam as partes a se informarem mutuamente de todos os aspectos que dizem respeito ao vínculo e de todos os efeitos da execução do contrato que poderão advir.

O dever de boa-fé objetiva cria o dever bilateral de proteção que é o dever que impede que uma das partes cause dano à outra.

O dever de informação estabelece uma obrigação de prestar informações necessárias ao conhecimento da outra parte e ainda proíbe a omissão de elementos essenciais ao pleno andamento do contrato.

Há ainda o dever de lealdade, que determina que os contratantes ajam de forma honesta e evitem comportamentos que destoem do vínculo de cooperação contratual.

Assim, o juiz deve interpretar as cláusulas contratuais de modo a desconsiderar malícia da parte que se valeu de cláusulas evasivas para criar dúvida para obter vantagens incomuns e nas cláusulas com lacunas ou imprecisas devem ser interpretadas de acordo com o que usualmente são entendidas pelos indivíduos.

Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração, conforme o CC/02.

Com relação à função limitativa, caracteriza-se pela limitação e restrição do exercício do direito subjetivo contratual para impedir ou sancionar o abuso de direito. Não se pode exercer um direito implicando no aniquilamento da parte contrária.

Assim, também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

A responsabilidade decorrente do abuso de direito independe de culpa (responsabilidade objetiva).

O princípio da eticidade foi adotado pelo CC/02 e valoriza as condutas guiadas pela boa-fé, principalmente no campo obrigacional.

*Por derradeiro, o princípio da boa-fé objetiva denota os deveres anexos decorrentes da boa-fé que são: a) lealdade; b) confiança; c) equidade; d) razoabilidade; e) cooperação e f) colaboração.*

**Marcela Guerra (Recife/PE) escreveu:**

Uma das grandes críticas que se fazia ao Código Civil de 1916 era que ele não previa a boa-fé objetiva como uma cláusula geral, essa como sendo uma fonte de direitos e obrigações. No entanto, o Código Civil de 2002 corrigiu a falha e introduziu a boa-fé objetiva como uma cláusula geral. Essa já havia sido consagrada pelo Código de Defesa do Consumidor em 1990.

O nosso ordenamento, antes do advento do CC de 2002, entendia que deveria existir nas relações jurídicas a boa-fé, mas essa como uma boa-fé subjetiva que esta ligada a intenção do sujeito de direito, com sua vontade de agir dentro da ética e da moral.

Para chegarmos a um conceito de boa-fé objetiva é preciso diferenciá-la da boa-fé subjetiva. Mas antes, também, é necessário que se compreenda que a boa-fé objetiva não surgiu no ordenamento brasileiro, ela teve origem nos postulados romanos e foi reformulada pela doutrina alemã que foi a que influenciou os legisladores brasileiros.

A boa-fé subjetiva pode ser entendida como um estado psicológico do sujeito de direito que compreende seus atos como lícitos, justos e ignoram nele qualquer fator antijurídico. É a intenção, a vontade que tem o sujeito de direito de agir de acordo com os preceitos de justiça e licitude.

*Já a boa-fé objetiva é relacionada à conduta das partes. Esta relacionada com a lealdade, confiança, equidade, cooperação, razoabilidade, colaboração e honestidade com as quais a parte mantém suas relações. É a boa-fé objetiva que conduz a parte a agir dentro da ética e da razão.*

A doutrina identifica três funções para a boa-fé objetiva dentro do ordenamento brasileiro. A primeira função seria a Interpretativa prevista no art. 113 do CC/2002.

“Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé os usos do lugar de sua celebração”

Em função dela a boa-fé objetiva funciona com um referencial de interpretação para se extrair o que for mais recomendado e útil dos contratos e negócios jurídicos. Em razão de ambigüidades que possam existir o magistrado deve ponderar de acordo com o princípio da boa-fé objetiva para se chegar a solução mais

justa, ética e moral. Em virtude dele o “pacta sunt servanda” sucumbe, uma vez que nem tudo que for acordado pelas partes subsistirá se for contrário a esta cláusula geral.

A segunda função seria a criadora de deveres anexos ao negócio jurídico. Além de servir à interpretação a boa-fé objetiva é, também, uma fonte de deveres jurídicos para as partes, ainda que não estejam previstos no documento contratual. *Tanto antes, quanto durante e depois as partes devem agir de acordo com ela na realização de contratos e negócios jurídicos, isso é que se pode concluir do art. 422 do CC/2002. É essa cláusula que trás para as partes do negócio jurídico os deveres anexos de comportarem-se com a mais estrita lealdade, de agirem com probidade, de informarem a outra parte contratante tudo sobre o conteúdo do negócio jurídico. Enfim, são esses deveres anexos decorrentes da boa-fé objetiva, que foram expostos de forma exemplificativa, que impedem que uma parte cause dano a outra.*

E por fim temos a função delimitadora do exercício de direitos subjetivos que evita o exercício abusivo desses direitos. E em virtude dela que não mais são aceitas cláusulas leoninas ou abusivas.

Portanto, a boa-fé objetiva é uma cláusula geral, que parte da doutrina entende como um pressuposto de validade implícito ao Art.104 do CC/2002, que esta ligada ao interesse social de segurança nas relações jurídicas

#### **Ana Valeska Estevão Valentim (Fortaleza/CE) escreveu:**

Cumpra, inicialmente, anotar que a boa-fé objetiva está situada na dimensão intrínseca da função social dos contratos. *É, pois, uma norma geral de conduta relacionada à lealdade e à confiança que devem estar insertas em qualquer negócio jurídico.* Possui conteúdo ético. A boa-fé objetiva é diversa da boa-fé subjetiva, pois enquanto esta se relaciona ao estado psicológico de inocência dos sujeitos envolvidos no negócio jurídico, a boa-fé objetiva está relacionada à conduta dos negociantes.

A boa-fé objetiva é na verdade uma cláusula geral inerente a todos os negócios jurídicos. O fato de ser uma cláusula geral permite concluir que a boa-fé objetiva é dotada de exigibilidade jurídica, ou seja, é um preceito normativo cogente.

*A boa-fé objetiva apresenta três funções expressamente verificadas no Código Civil de 2002 (CC/02), quais sejam: a) função interpretativa, orientando o juiz na interpretação das cláusulas contratuais; b) função delimitativa da autonomia da vontade ou de controle, podendo as cláusulas incompatíveis com a boa-fé; e c) função integrativa, que impõe certos deveres às partes do contrato ainda que eles não estejam escritos.*

Nessa última função que se encontram os chamados deveres anexos ou colaterais ou de proteção. É com base nessa função que se consagra a obrigatoriedade de observância da boa-fé em todas as fases do contrato, inclusive pré-contratual e pós-contratual. *Por essa função a boa-fé objetiva impõe a observância de certos deveres, ainda que não estejam escritos no contrato. Dentre os deveres pode-se citar: dever de assistência, dever de sigilo, dever de informação, dever de lealdade, dever de colaboração e dever de respeito*

Alguns conceitos utilizados para suprir as lacunas dos contratos merecem ser anotados, vejamos: a) “venire contra factum proprium”, que estabelece a proibição de comportamento contraditório. Tem a função de proteger a confiança depositada pelas partes. Está relacionada com a “supressio” e a “surrectio”, ou seja, o não exercício de um direito gera, com o passar do tempo, um direito ou a expectativa de uso daquele direito para outrem. Dessa forma, não pode o titular do direito querer exercê-lo, surpreendendo a expectativa de direito de terceiro.; b) “tu quoque”, que proíbe que a parte aproveite-se de sua própria tropeza, ou seja, aquele que violou uma norma jurídica não pode dela se aproveitar. A “exceptio non adimpleti contractus” é um meio de defesa para esse tipo de ação dolosa; c) “Exceptio doli”, são meios de defesas que visam combater o comportamento malicioso da outra parte; e d) “duty the mitigate the loss”, que traduz o dever do credor de mitigar o próprio prejuízo, de modo a minorar a repercussão para o devedor. Decorre do dever da boa conduta.

#### **Fabiana Baptista de Bastos Lopes (Belo Horizonte/MG) escreveu:**

Diferentemente de seu antecessor, o Código Civil brasileiro de 2002 foi elaborado a partir de uma compreensão do ordenamento jurídico como um sistema aberto, consagrando, destarte, um grande número de cláusulas gerais, "disposições normativas que utilizam uma linguagem de tessitura intencionalmente 'aberta', 'fluida' ou 'vaga', com ampla extensão de conteúdo semântico" (Judith Martins-Costa) e que se caracterizam como fonte de obrigações. Em conformidade com o princípio da eticidade, um dos três paradigmas do novo Código Civil, juntamente com a operabilidade e a socialidade, previu expressamente o diploma civilista a cláusula geral da boa-fé objetiva.

Em primeiro lugar, é de se dizer que existem duas clássicas concepções jurídicas de boa-fé: a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva. A boa-fé subjetiva é um estado psicológico, correspondendo à crença de ser titular de um direito que, na verdade, só existe em aparência, em virtude de um vício relacionado à pessoa, bem ou negócio. *A boa-fé objetiva, por sua vez, é um modelo ético de conduta caracterizado, na lição de Rosenvald e Chaves, "por uma atuação de acordo com determinados padrões de lisura, honestidade e correção, de modo a não se frustrar a legítima confiança da outra parte"*. Percebe-se, portanto, que, enquanto a boa-fé subjetiva relaciona-se com a intenção do sujeito, a boa-fé objetiva é examinada externamente, dirigindo-se à correção da conduta.

É importante anotar que a fundamentação constitucional do princípio da boa-fé objetiva é o princípio da dignidade da pessoa humana previsto no art. 1º, inciso III, da Constituição de 1988.

Consoante a doutrina de Judith Martins-Costa, possui a boa-fé objetiva três distintas funções no Código Civil brasileiro: a) o papel de paradigma interpretativo na teoria dos negócios jurídicos, consoante o disposto no art. 113 do CCB, que dispõe que "os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos e lugares de sua celebração" (função interpretativa); b) o caráter de controle, impedindo o abuso do direito subjetivo, qualificando-o, inclusive, como ato ilícito, nos termos do art. 187 do CCB (função limitadora ou restritiva); c) atribuição integrativa, impondo deveres anexos ou laterais de conduta que estão presentes nos mais diversos contratos, independentemente de previsão expressa das partes, consoante se pode extrair do art. 422 do CCB, in verbis: "os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé". **São exemplos os deveres de proteção, de informação ou esclarecimento e de lealdade ou cooperação (função integrativa).**

Especificamente no tocante à função integrativa, é importante salientar que, em virtude dela, devem as partes guardar, tanto nas tratativas que antecedem o contrato, quanto durante a sua execução, quanto após a sua vigência, uma série de deveres éticos, cuja violação implica responsabilidade civil objetiva. Neste sentido é o Enunciado nº 24 da I Jornada de Direito Civil: "em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa".

#### **Questão do Grupo 03 (CESPE UNB – Procurador Federal 2007)**

**Maria, que completou 60 anos de idade em fevereiro de 2007, trabalhou em uma escola estadual durante o período de 10/4/1980 a 12/12/1993 e, desde que deixou a escola, não mais desenvolveu atividade laborativa. Em março de 2007, Maria requereu ao Instituto Nacional de Seguro Social (INSS) a sua aposentadoria por idade, a qual lhe foi negada sob o único argumento de que houvera perda da qualidade de segurada.**

**Com base nessa situação hipotética, discorra, de forma objetiva e fundamentada, acerca do acerto, ou não, do ato da autarquia previdenciária.**

**NOTA GEAGU:** Observe-se que, a princípio, Maria estivera vinculada durante o período laborativo a um RPPS (Regime Próprio de Previdência Social), tendo em vista que as escolas estaduais possui geralmente a natureza jurídico de autarquias. Contudo, considerando que o único argumento do INSS foi de que Maria perdera a qualidade de segurada, presume-se as contribuições foram revertidas ao RGPS (Regime Geral de

Previdência Social) – o que poderia ocorrer, por exemplo, em razão da inexistência de um RPPS no período laborativo.

**Juliana Freitas Cabeço Cassim (Jales/SP) escreveu:**

A Previdência Social destaca-se dos demais campos da Seguridade Social pela exigência da contraprestatividade.

Assim, para fins de auferimento de benefício previdenciário impõe-se:

a) seja o requerente segurado da previdência;

b) a comprovação do recolhimento de um número mínimo de contribuições. Essa exigência denomina-se carência;

c) o preenchimento de requisitos específicos que se diferenciam conforme o benefício pleiteado.

Destarte, segundo Hermes Arrais, a Previdência Social é a seguradora pública responsável pela cobertura dos riscos sociais previstos na apólice constitucional (artigo 201, CF/88).

Não obstante, a qualidade de segurado é mantida enquanto exista contribuição para a Previdência, bem como durante o período de graça – sem contribuição.

Por outro lado, a carência revela-se como o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício.

No caso em tela, Maria pleiteou aposentadoria por idade, cujos requisitos são, para mulher, 60 anos e, *carência de 156 meses para o ano de 2007 (data do requerimento), já que estava filiada antes de 24/07/1991, seguindo a regra do artigo 142 da Lei 8213/91.*

*Por conseguinte, o ato da Autarquia está incorreto, já que a Lei 10.666/2003 eliminou o requisito “qualidade de segurado”, especialmente na concessão de aposentadoria por idade, confirmando entendimento defendido pelo STJ.*

Assim, como em 2007 Maria já contava com os 13 anos de contribuição exigidos como carência (ou 156 meses), e completou o requisito etário, é de rigor o deferimento do benefício pleiteado.

**Pablo Bezerra Luciano (Campina Grande/PB) escreveu:**

A autarquia previdenciária não agiu corretamente ao indeferir o requerimento de concessão de aposentadoria por idade a Maria com base unicamente na perda da qualidade de segurada.

Com efeito, de acordo com o art. 48 da Lei n. 8.213/91, o benefício de aposentadoria por idade para as mulheres depende do cumprimento de dois requisitos: carência e idade de 60 anos. A carência vem a ser o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício (art. 24), e, no caso do benefício de aposentadoria por idade, são exigidas 180 contribuições mensais (art. 25, II).

*Todavia, no caso em análise, como Maria foi inscrita na Previdência Social antes de 24 de julho de 1991, a carência para ela será diferenciada, por meio da incidência da regra do art. 142 da Lei n. 8.213/91. Dessa forma, considerando que somente em 2007 ela veio a cumprir todos os requisitos para a percepção do benefício, o prazo de carência ser-lhe-á de 156 meses.*

Reconheça-se que em 2007 Maria já não ostentava a qualidade de segurada, pois a perdera por ter deixado de desenvolver qualquer atividade laborativa desde 1993. Porém, a Lei n. 10.666/03 estipula que a perda da qualidade de segurado não será empecilho à concessão de aposentadoria por idade, desde, é claro, que o requerente tenha cumprido com as contribuições suficientes referentes à carência e tenha alcançado a idade reclamada.

Desse modo, conclui-se que a perda da qualidade de segurado é dado irrelevante para a consecução da aposentadoria por idade, de tal forma que a fundamentação externada pela autarquia previdenciária para denegação do benefício a Maria não encontra suporte normativo. ~~Entretanto, esclareça-se que não se está a dizer que o benefício deveria ser concedido, haja vista que Maria, tendo trabalhado unicamente de 1980 a 1993, não cumprira a carência reclamada de 156 contribuições mensais, não fazendo jus, por esse motivo específico, ao benefício pleiteado. (NOTA GEAGU: Maria possui, na verdade, 164 contribuições mensais, fazendo jus ao benefício).~~

**Sandra Oliveira (Rio de Janeiro/RJ) escreveu:**

A aposentadoria por idade no RGPS está regulada nos artigos 48 a 51 da Lei 8.213 e artigos 51 a 55 do Decreto 3.048/99, este regulamenta a previdência social.

Cabe frisar que apesar de a questão afirmar que Maria trabalhou em escola estadual, não há dados suficientes para concluir que ela pertencia ao regime próprio, ademais há informação de que o INSS afirmou que ela perdera a qualidade de segurado, logo é sinal de que possuía tal qualidade.

No caso Maria perdeu a qualidade de segurada ao deixar de exercer atividade remunerada e contribuir para a previdência. Ressalte-se que não se pode, mas falar em período de graça em virtude do longo tempo fora do sistema previdenciário.

Como houve a perda da qualidade de segurada e segundo as regras do artigo 24 e parágrafo único da Lei 8.213 para efeitos de carência pode ser computado o período anterior, desde que haja nova filiação ao sistema e seja efetuado 1/3 do número de contribuições exigidas para carência do benefício.

Para o benefício da aposentadoria por idade a lei exige o mínimo de 180 contribuições e Maria possui apenas 156. Todavia, para os segurados inscritos na Previdência Social até 24/07/1991, bem como para os trabalhadores e empregadores rurais antes amparados pela Previdência Social Rural, observa-se a regra de transição prevista no art. 142 da Lei nº 8.213/91. A regra de transição levará em conta o ano em que o segurado implementar todas as condições necessárias à obtenção do benefício e traz uma tabela.

Na questão ora examinada, Maria inscreveu-se na Previdência Social em 10/04/80 e requereu a aposentadoria por idade em fevereiro de 2007. De acordo com a regra de transição prevista no art. 142 da Lei nº 8.213/91, para quem implementar as condições necessárias à obtenção do benefício no ano de 2007, a carência exigida é de 156 meses.

Maria trabalhou em uma escola durante o período de 10/04/1980 a 12/12/1993. Assim, Maria conta com o tempo de contribuição necessário para a concessão do benefício da aposentadoria por idade e, portanto, houve erro do INSS ao negar a aposentadoria.

**Mariana Braga Pereira (Belo Horizonte/MG) escreveu:**

A Autarquia Previdenciária se equivocou na decisão tomada.

Em primeiro lugar cumpre ressaltar que a aposentadoria por idade exige, além da idade, um número mínimo de contribuições para que seja possível o gozo do benefício. Assim, é preciso verificar se Maria cumpriu a carência exigida para o benefício requerido e se não houve a perda da qualidade de segurada.

Nos termos do artigo 48 da Lei 8.213/91, a aposentadoria por idade será devida ao segurado que, cumprida a carência exigida na lei, completar 65 anos de idade, se homem, e 60 anos de idade, se mulher.

Período de carência é o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus a um benefício. Nos termos do artigo 25, inciso II da Lei nº 8.213/91, a carência da aposentadoria por idade é de 180

contribuições mensais. Assim, pela regra geral exige-se no mínimo 180 contribuições mensais para a aposentadoria por idade. Ocorre que existem exceções para esta regra. As exceções são para as pessoas que tenham iniciado suas atividades antes de 24/07/91, caso em que será aplicada a regra de transição do artigo 142 da Lei 8.213/91. Para o segurado inscrito na Previdência até 24 de julho de 1991, a carência da aposentadoria por idade obedecerá a tabela do artigo 142, levando-se em conta o ano em que o segurado implementou todas as condições necessárias à obtenção do benefício.

Maria completou 60 anos em 2007, idade exigida para a aposentadoria requerida, e pela tabela do artigo 142 são necessárias 156 contribuições mensais neste caso. Assim, verifica-se que Maria cumpriu a carência exigida pela lei, qual seja, 156 contribuições mensais ou 13 anos.

Além da carência, é preciso averiguar se Maria não perdeu a qualidade de segurada. A filiação ao regime Geral de Previdência Social decorre do exercício da atividade remunerada. Em virtude desta condição, caso o segurado deixasse de exercer esta atividade, como em virtude de desemprego, deveria perder sua filiação ao RGPS. Entretanto, em virtude da natureza protetiva do sistema previdenciário, a lei prevê determinado lapso temporal em que o segurado mantenha essa condição com cobertura plena, mesmo após a interrupção da atividade remunerada. É o conhecido período de graça, que está regulado no artigo 15 da Lei 8.213/91.

O artigo 15 dispõe que mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições, nas situações expressas nos seus incisos. Apesar de Maria não se enquadrar em nenhuma das hipóteses deste artigo, de acordo com a Lei nº 10.666/03, artigo 3º §1º, a perda da qualidade de segurado não será considerada para a concessão da aposentadoria por idade. Desde que o segurado conte com o tempo de contribuição correspondente ao exigido para efeito de carência na data do requerimento do benefício, fará jus à aposentadoria por idade. Assim, mesmo que Maria não tenha voltado ao trabalho após 1993, ainda assim poderá aposentar-se por idade, pois por esta regra, ao preencher a carência, terá adquirido o direito, bastando aguardar a idade.

Conclui-se, portanto, que o INSS errou na decisão tomada, pois Maria tem direito à aposentadoria por idade.

**Dissertação (Elaborada pelo Dr. Victor Guedes Trigueiro, aprovado para Advogado da União em 2009)**

**Disserte sobre a origem e em que consistem as teorias interpretativista e não-interpretativista da Constituição, ressaltando a sua relação com a teoria do ativismo judicial.**

**Juliana Freitas Cabeço Cassim (Jales/SP) escreveu:**

Hermenêutica, segundo a mitologia grega, vem de Hermes, o qual intermediava a comunicação entre os homens e os deuses.

Cada vez mais é imprescindível a interpretação constitucional, conforme ensina Canotilho: “toda norma é significativa, mas o significado não constitui um dado prévio; é, sim, o resultado da tarefa interpretativa”.

Mesmo assim, há quem negue a existência de uma hermenêutica constitucional, como Uadi Lammego Bulos, o qual entende que aplicam-se os mesmo critérios dos outros ramos do Direito.

Já para Celso Bastos e Konrad Hesse há hermenêutica constitucional em razão da supremacia da Constituição (as demais normas precisam se compatibilizar com a norma superior – a Constituição, não), bem como o maior grau de abstração das normas constitucionais e maior número de dispositivos de cunho político.

*Os Estados Unidos se valem de duas correntes para interpretação consitucional: o interpretativismo e o não interpretativismo.*

De acordo com Canotilho, *“as corrente interpretativista considera que os juízes, ao interpretarem a constituição, devem limitar-se a captar o sentido dos preceitos expressos na Constituição, ou pelo menos, nela claramente implícitos”*. Segundo o autor português, o interpretativismo, embora não seja um mero literalismo, fixa dois parâmetros básicos a serem levados em conta na aplicação da constituição: “a textura semântica e a vontade do legislador” .

Por meio do interpretativismo, procura-se que evitar que os magistrados, a pretexto de defenderem a constituição, suprimam a vontade do poder político democrático. Assim, observa Jane Reis Gonçalves Pereira que a essência desse método hermenêutico consiste na idéia de que “as leis só podem ser declaradas inválidas mediante um processo dedutivo que tenha como premissa norma claramente identificável na Constituição” (págs. 64/65).

Por sua vez, *“as correntes não-interpretativistas defendem a possibilidade e a necessidade de os juízes invocarem e aplicarem ‘valores e princípios substantivos’ – princípios da liberdade e da justiça – contra atos de responsabilidade do legislativo em conformidade com o ‘projecto’ da constituição”* (Canotilho).

Assim, por meio dessa postura hermenêutica, busca-se o sentido substancial da constituição a fim de permitir uma atuação judicial embasada em valores,

como a justiça, a igualdade e a liberdade e não apenas no respeito ao princípio democrático.

Para certos juristas americanos, essa corrente é denominada de “não-interpretativista”, pois os resultados obtidos por ela não advêm da interpretação direta do texto constitucional, mas de uma retórica que busca criar a imagem de que, ao se recorrer a certos valores, está-se aplicando a constituição.

Não obstante a estes métodos fala-se hoje em judicialização de todos os assuntos, surgindo ao lado a teoria do ativismo judicial,

Não é fácil imaginar atualmente alguma questão política, moral, econômica, científica ou ambiental que não possa ser levada à apreciação pelo Supremo Tribunal Federal.

A judicialização é um fenômeno bastante complexo e possui diferentes dimensões. De um ponto de vista institucional, a judicialização da política define-se como um processo de transferência decisória dos Poderes Executivo e Legislativo para os magistrados e tribunais, que passam, dentre outros temas controversos, a revisar e implementar políticas públicas e rever as regras do jogo democrático.

A partir de um enfoque mais sociológico, a judicialização das relações sociais ressalta o surgimento do Judiciário como uma alternativa para a resolução de conflitos coletivos, para a agregação do tecido social e mesmo para a adjudicação da cidadania. Por último, segundo uma perspectiva lógico-argumentativa, a judicialização também significa a difusão das formas de argumentação e decisão tipicamente jurídicas para fóruns políticos, institucionais ou não, representando, assim, a completa domesticação da política e das relações sociais pela “linguagem dos direitos” e, sobretudo, pelo discurso constitucional.

Outro conceito igualmente importante para a compreensão do protagonismo institucional do Supremo Tribunal Federal na atualidade é o de ativismo judicial. Assim como o fenômeno da judicialização, o ativismo judicial é igualmente complexo por conter uma pluralidade de dimensões. Preliminarmente, o ativismo judicial pode ser praticado tanto no exercício da prestação jurisdicional (por meio dos autos do processo) quanto de forma externa aos autos pelos magistrados como, por exemplo, em entrevistas, discursos de posse e pronunciamentos fora dos autos dos processos. O ativismo extrajurisdicional torna explícita uma dimensão de “politização do Judiciário”, aproximando-o do modo de atuação dos demais poderes de Estado, os quais são legitimados democraticamente para tanto.

Apesar de muito próximos, os fenômenos da judicialização e do ativismo judicial não se confundem. O ativismo judicial pode ser descrito como uma atitude, decisão ou comportamento dos magistrados no sentido de revisar temas e questões -

prima facie - de competência de outras instituições. Por sua vez, a judicialização da política, mais ampla e estrutural, cuidaria de macro-condições jurídicas, políticas e institucionais que favoreceriam a transferência decisória do eixo Poder Legislativo - Poder Executivo para o Poder Judiciário.

**Jaime Sarinho (Recife/PE) escreveu:**

*Existe uma disputa teórica entre os hermenutas norte-americanos quanto à metodologia a ser adotada no que se refere à interpretação da Constituição. São duas as posições em debate: o interpretativismo e o não-interpretativismo.*

Inicialmente, de forma sintética, afirma-se que *o interpretativismo é o método hermenêutico que encontra como principal limite o próprio texto constitucional, ou seja, basta uma mera leitura da norma para que as barreiras do processo de interpretação sejam determinadas e instauradas. Em sentido oposto, encontra-se o método não-interpretativista que defende a possibilidade e a necessidade de os juízes e tribunais aplicarem juízos e valores no processo de interpretação das normas.*

Aprofundando o tema, pode-se dizer que a corrente *interpretativista defende que os juízes, intérpretes que são das normas constitucionais, devem se limitar a captar o sentido originário dos preceitos expressos na Lei Maior, ou ao menos, os princípios claramente implícitos.* Por meio desse método, procura-se evitar que os julgadores, a pretexto de defenderem a Constituição, excluam a vontade originária do Poder Constituinte.

Destarte, com base na teoria interpretativista, pode-se afirmar que as leis só podem ser declaradas inconstitucionais diante de uma insustentável afronta a norma expressamente contida na Constituição.

Por outro lado, em sentido diametralmente oposto, a *corrente não-interpretativista defende que os juízes devem invocar e aplicar valores outros que não apenas os encontrados no texto expresso da Constituição.* Os julgadores devem procurar soluções em valores e princípios substantivos para retirarem da lei ou da norma constitucional o sentido ideal, esperado pela sociedade. Com isso, por meio dessa corrente hermenêutica, busca-se o sentido material da norma constitucional, possibilitando uma atuação judicial amparada em valores substanciais, como a igualdade, a dignidade humana e a justiça.

*Denomina-se não-interpretativista porque os resultados encontrados com a aplicação deste método não advêm de uma interpretação literal ou direta das normas constitucionais, mas de uma busca pela defesa de valores substanciais defendidos pela Lei Maior.*

*É justamente esta última corrente, a não-interpretativista, que abre espaço para uma atuação positiva do Poder Judiciário, fenômeno denominado pela doutrina de ativismo judicial.*

O tema é bastante atual na jurisprudência pátria, podem ser citar diversos casos recentes onde o Supremo Tribunal Federal optou por adotar uma atuação judicial positiva, como, por exemplo, no julgamento do caso Raposa Serra do Sol (demarcação de terras indígenas), visto que foram impostas diversas medidas para implantação da demarcação contínua. Além desse, diversos outros casos podem ser lembrados como: a imposição da fidelidade partidária, o direito de greve no serviço público, a vedação ao nepotismo nos três poderes.

Ressalta-se que, não é só o Pretório Excelso que está adotando o chamado ativismo judicial. As instâncias inferiores, regularmente, adotam o método de decisão como razão de decidir.

No entanto, a prática, embora comum, ainda é bastante controversa. Parte dos pensadores constitucionais apóia a atuação positiva do Poder Judiciário, outros entendem que os juízes não podem criar normas, devendo limitar-se a aplicação das normas e princípios consagrados no ordenamento posto.

Mesmo a corrente contrária ao ativismo judicial, admite que o texto constitucional existe para ser interpretado. No entanto, essa interpretação encontra limites no próprio texto e nos princípios expressos por ele. Assim, quando o juiz resolve transcender a norma para valorizar princípios constitucionais, invade a competência e desprestigia o Poder Legislativo.

Importante esclarecer que o fundamento do ativismo judicial está associado a uma participação positiva e ampla do Poder Judiciário na concretização dos valores e princípios constitucionais, interferindo no espaço de atuação dos outros Poderes do Estado.

Algumas condutas adotadas pelos Juízes e Tribunais denotam a adoção ao modelo positivo de atuação deste Poder. Neste sentido, pode-se destacar que a principal forma de consagração do ativismo judicial é encontrada na aplicação direta das normas constitucionais a situações não contempladas expressamente no seu texto. Outras podem ser lembradas como, por exemplo, a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

A doutrina aponta que o oposto do ativismo judicial é auto-contenção judicial, posição pela qual o Poder Judiciário procura reduzir a sua interferência na maneira de atuar dos outros Poderes. Com isso, pode-se dizer que a auto-contenção restringe o espaço de incidência das normas constitucionais em favor da predominância da estrita separação dos poderes.

Rafaela Queiroz (Recife/PE) escreveu:

*A origem das teorias interpretativista e não-interpretativista estão nos Estados Unidos e, se contrapõem essas duas correntes em torno da discussão dos problemas da interpretação constitucional.*

A corrente *interpretativista nega qualquer possibilidade de o juiz, na interpretação constitucional, criar o Direito, indo além do que o texto lhe permitir.* Para esta corrente, que se fundamenta no princípio democrático, o juiz tem por limite a textura semântica e a vontade do legislador, devendo apenas captar e declarar o sentido dos preceitos expressos no texto constitucional, sem se valer de valores substantivos, sob pena de se substituir as decisões políticas pelas decisões judiciais.

Já a corrente não-*interpretativista defende um ativismo judicial na interpretação da Constituição, proclamando a possibilidade e até a necessidade de os juizes invocarem e aplicarem valores substantivos, como justiça, igualdade e liberdade.* Para esta corrente, cumpre ao juiz concretizar todos esses valores constitucionais, por meio de uma interpretação substancial da Constituição composta por inúmeros princípios jurídicos abertos.

A corrente não-interpretativista prega, com razão, uma postura substancial concretista da interpretação constitucional, voltada à realização dos valores cardeais que permeiam a Constituição, uma vez que, por detrás de seus preceitos e suas palavras, há uma ordem de valores esperando densificação. Possibilitando assim, uma criação judicial do Direito, exigindo-se uma posição pró-ativa dos juizes.

O ativismo nada mais é do que uma ferramenta através da qual se expressam ideologias, não possuindo um conteúdo verdadeiro, mas antes permitindo que o debate político se dê, de forma exclusiva e irreversível, dentro do Judiciário e não no Congresso Nacional. Assim, mais do que um co-participante do processo de criação do Direito, o juiz passa a desempenhar, por meio de interpretação constitucional, uma atividade de atualização da Constituição, operando uma verdadeira mutação constitucional ou mudança informal do texto constitucional.

Ao juiz é concedida a capacidade de criatividade, isto é, a criação do Direito, que se acentua consideravelmente no domínio da interpretação constitucional, sobretudo em razão da estrutura normativo-material da Constituição, que é composta de princípios e regras que apresenta maior abertura, maior abstração, maior indeterminação e, em conseqüência, menor densidade normativa, circunstância que atribui ao interprete um notável exemplo de conformação.

Os juizes são freqüentemente convocados a interpretar e, em conseqüência, inevitavelmente a esclarecer, integrar, confirmar, confrontar,

transformar, constituir e, não raro, a criar ex novo o Direito, isto não significa que sejam legisladores, pois há significativa diferença, pelo menos sob o ponto de vista formal ou procedimental, entre jurisdição e legislação. Deveras, sob o prisma substancial, inexistem qualquer diferença entre jurisdição e legislação haja vista que ambos os processos, o jurisdicional e o legislativo, constituem processos de criação do Direito, ou seja, são law-making processes. Habermas nas suas lições aponta que o legislativo e o judiciário concorrem na construção e conformação do Direito, assim, a função do legislativo é reduzida a legislar originalmente, para a de concretizador, e a do judiciário a aplicação interpretativa do Direito, para sua concretização criativa, de tal modo que a diferença qualitativa precedente, entre o legislar e a jurisdição, são anuladas. Ambos, legislativo e o judiciário desenvolvem o Direito, sob a forma de sua concretização, e competem entre si ao fazê-lo. Conclui este mesmo autor que, nessa competição, embora o Legislativo tenha a liderança, é o Judiciário que tem a prioridade, pois lhe cabe a última palavra.

Mas sob o prisma formal ou procedimental, distam essencialmente, esses dois modos de criação do Direito. Assim, enquanto o processo jurisdicional, que se desenvolve em direta conexão com as partes interessadas, deve ser, necessariamente imparcial, independente, inicialmente inerte e garantidor do contraditório, constituindo essas características o que Cappelletti chama de “virtudes passivas” do processo jurisdicional, o processo legislativo não precisa sê-lo. Essas “virtudes passivas”, segundo o autor, determinam o conteúdo ou a substância, em relação aos quais não se pode falar em “passividade” do juiz, mas o modo como deve se desenvolver a função jurisdicional.

O judiciário, em suma, se legitima pela função que exerce em compor os conflitos de interesses, pacificando os litígios e confrontando tensões das partes, dentro de um clima de respeito mútuo, igualdade, equilíbrio, transparência e independência, livre, portanto, das pressões políticas.

Nessa perspectiva, podemos até vislumbrar que o velho dogma da separação dos três poderes está fadado a perder o seu lugar de destaque na teoria constitucional, de tal modo que, no constitucionalismo contemporâneo, não se fala mais em separação dos três poderes, mas em equilíbrio entre os Poderes.

O Supremo Tribunal brasileiro, ao contrário do que muitos (a maioria) sustentam, não está dividido, do ponto de vista ideológico, acerca do papel e importância da atribuição judicial. Todos concordam que o ativismo judicial se revela importante para preservar o núcleo da Constituição de 1988, mesmo que aceitas teorias acerca da mutação constitucional, ou seja, de que o Supremo pode alterar o texto expresso da Constituição sob o argumento de estar atuando em uma zona de “mera” interpretação. Assim decidiu, em data recente quando se admitiu o chamado efeito transcendente das decisões tomadas pela corte no controle difuso, a qual dispensaria decisão do Senado da República visando suspender a eficácia de lei declarada

(incidentalmente) inconstitucional pelo Supremo Tribunal ou mesmo quando alterou toda a jurisprudência da corte acerca dos limites do mandado de injunção.

Existe hoje uma certeza no sentido de que a corte mudou sua abordagem ao longo dos últimos anos, avançando sobre território até então reservado aos demais poderes da República. O ativismo é aceito e por vezes até mesmo confessado pelos juízes do Supremo Tribunal.

**Cecília Kelly (Teresina/PI) escreveu:**

A interpretação jurídica e a hermenêutica compartilham o mesmo objetivo, que é promover a melhor interpretação/compreensão do Direito. Para Carlos Maximiliano a hermenêutica é a “teoria científica da arte de interpretar”.

A hermenêutica preocupa-se em fornecer as diretrizes ao intérprete na busca da compreensão das normas. Já a interpretação jurídica ocupa-se com a atividade prática de revelar/atribuir o sentido e o alcance das normas, sempre objetivando aplicá-las ao caso concreto.

Apesar dos dois institutos não se confundirem, existe uma relação de mútua dependência entre a hermenêutica e a interpretação jurídica, tendo em vista que, sem a hermenêutica não há interpretação e sem a interpretação a hermenêutica se torna inútil e desnecessária.

Dentro deste contexto podemos identificar a interpretação jurídica e a interpretação constitucional.

A interpretação constitucional é espécie do gênero interpretação jurídica. Pela própria nomenclatura é fácil percebermos que a interpretação constitucional tem como finalidade a compreensão e aplicação das normas constitucionais. Tendo como objeto a Constituição é natural que se necessite de uma interpretação mais específica, voltada para as normas constitucionais, cercada de métodos e princípios específicos e adequados ao texto constitucional, haja vista que, as normas constitucionais veiculam conceitos abertos, vagos e indeterminados que possibilitam ao exegeta um amplo “espaço de conformação” que não se verifica entre as normas legais.

Por apresentar essa peculiaridade a Constituição para ser compreendida exige uma interpretação específica, orientada por princípios e métodos particulares e adequados ao seu objeto.

*Dentre esses princípios e métodos voltados para a interpretação das normas constitucionais podemos destacar duas correntes, que tiveram sua origem nos Estados Unidos, são elas: as correntes interpretativista e não-interpretativista.*

*Para a primeira corrente – a interpretativista – o juiz, em hipótese alguma, poderá interpretar as normas constitucionais indo além do que o texto lhe permitia, ou seja, para essa corrente é vedado ao magistrado criar o Direito, devendo o juiz se manter fiel a estrutura semântica e a vontade do legislador, sem se valer de valores substantivos.*

A aludida corrente se fundamenta no princípio democrático, sob o argumento de que as decisões políticas (legislador) não podem ser substituídas pelas decisões judiciais.

*Para a corrente não-interpretativista, o magistrado é livre para interpretar a Constituição invocando e aplicando valores substantivos, tais como, justiça, igualdade e liberdade. Essa corrente defende uma postura substancial-concretista da interpretação constitucional, voltada para a concretização desse princípios/valores jurídicos abertos e a partir deles, busca construir a solução mais adequada para o caso concreto.*

*Essa corrente possibilita uma criação judicial do Direito, pois, exige do juiz uma postura pró ativa, isto é, defendendo um ativismo judicial na interpretação da Constituição.*

Atualmente existe uma exigência da sociedade contemporânea por um magistrado mais dinâmico e até mesmo mais ativo na efetivação dos preceitos constitucionais em geral. Essa exigência fica mais evidente quando se trata da defesa dos direitos fundamentais e valores substanciais.

Nesse sentido, podemos concluir que o Judiciário também cria o Direito, e sua capacidade de criar o Direito se acentua no domínio da interpretação constitucional e especialmente na interpretação do extenso catálogo de direitos fundamentais.

**Parecer (Elaborado pelo Dr. Victor Guedes Trigueiro, aprovado para Advogado da União em 2009)**

**Considere a seguinte situação hipotética: Um servidor público federal, regido pelo estatuto do servidor público federal (Lei 8.112/90) estatutário, com 2 anos de efetivo exercício no Ministério da Saúde, apresenta um requerimento à Secretaria de Recursos Humanos, solicitando manifestação a respeito do resultado final de sua avaliação no estágio probatório. O Secretário despachou o pedido do servidor encaminhando-o à consultoria jurídica do Ministério para manifestação prévia a respeito do pleito do servidor. Com base nessas informações, redija, na condição de Advogado da União, um parecer, manifestando-se a respeito da situação, abordando necessariamente os fundamentos constitucionais, infra-constitucionais e jurisprudenciais sobre o tema.**

**Juliana de Almeida Lopes (Belo Horizonte/MG) escreveu:**

PARECER

Parecer nº: xxxxxxxxxxxx

Referência: Processo nº:xxxxxxxxxx

Interessado: Secretário de Recursos Humanos do Ministério da Saúde.

Ementa: SERVIDOR PÚBLICO – ESTÁGIO PROBATÓRIO – 3 ANOS DE EFETIVO EXERCÍCIO.

Relatório:

Trata-se de consulta encaminhada pelo Secretário de Recursos Humanos do Ministério da Saúde sobre requerimento apresentado por servidor público federal efetivo, em exercício no Ministério da Saúde, que pretende que a Secretária de Recursos Humanos se manifeste a respeito de sua avaliação em estágio probatório.

É o relatório.

Fundamentos:

Previa a Constituição Federal de 1988 em sua redação original que “são estáveis após 2 (dois) anos de efetivo exercício, os servidores nomeados em virtude de concurso público (art. 41 da CF). Quase idêntica era a redação da lei 8112/90 que em seu art. 21 determina que “o servidor habilitado em concurso público e empossado em cargo de provimento efetivo adquirirá estabilidade no serviço público ao completar 2 (dois) anos de efetivo exercício” e ainda no art. 20 previa um estágio probatório de 24 meses durante o qual a aptidão do servidor e sua capacidade seriam avaliadas.

Ocorre que com a Emenda Constitucional nº 19/98 foi alterada a redação do art. 41 da Constituição Federal passando a prever a estabilidade do servidor nomeado após 3 (três) anos de efetivo exercício. Além disso, a referida emenda acrescentou o §4º prevendo como condição para a estabilidade, a avaliação especial de desempenho. Apesar da nova redação dada ao art. 41 da Constituição, a Lei Federal nº 8112/90 não sofreu qualquer alteração em seus artigos 20 e 21, o que criou uma grande celeuma na doutrina quanto os efeitos do alargamento do período de estabilidade em face do estágio probatório.

*Até pouco tempo atrás o STJ entendia que o estágio probatório e estabilidade eram institutos diversos e, portanto, não teriam necessariamente o mesmo prazo. O prazo para aquisição de estabilidade no serviço público não estaria vinculado ao prazo do estágio probatório o qual tem por finalidade avaliar a aptidão do servidor para o exercício do cargo. A*

*matéria também chegou ao STF que proferiu o entendimento de ser o prazo do estágio probatório de 2 (dois) anos.*

*Já em decisão no corrente ano, tanto o STF quanto o STJ mudaram o entendimento em relação ao tema e firmaram o entendimento no sentido de que o prazo de estágio probatório deve observar a alteração da Emenda Constitucional nº 19/98 não sendo a norma contida no art. 20 da Lei 8112/90 recepcionada por aquela emenda. Ademais, afirmam que apesar de serem a estabilidade e o estágio probatório institutos diversos, não há como dissociá-los estando ambos ligados.*

*Diante do entendimento dos Tribunais Superiores ficou estabelecido, portanto, que o prazo de estágio probatório deverá ser de 3 (três) anos como o é o prazo para a estabilidade.*

Conclusão:

Ante o exposto, esta Consultoria Jurídica é no sentido de que o servidor público federal em exercício no Ministério da Saúde, ainda se encontra em período de estágio probatório que é de 3 (três) anos.

À consideração superior.

Local, data.

Advogado da União.

**Fernando Higino (Recife/PE) escreveu:**

MINISTÉRIO DA SAÚDE

Consultoria Jurídica

Parecer nº XXX/XXXX

Solicitante: Secretaria de Recursos Humanos

Assunto: Consulta acerca de requerimento a respeito de resultado final em avaliação de estágio probatório.

EMENTA: Constitucional. Administrativo. Estabilidade no serviço público federal. Art. 41, da CF (EC nº 19/98). Período de estágio probatório a ser cumprido pelo servidor. Art. 21, caput, da Lei nº 8.112/90. MP 431/08. Lei de conversão nº 11.784/08.

1. Estágio probatório e estabilidade são institutos jurídicos distintos, mas pragmaticamente associados.
2. Parecer pela não conclusão do estágio probatório pelo servidor que ainda não completou 36 (trinta e seis) meses de exercício.

Senhor Secretário,

Trata-se de consulta formulada pela Secretaria de Recursos Humanos acerca de requerimento administrativo interposto por servidor público federal com 2 (dois) anos de efetivo exercício no Ministério da Saúde em que solicita manifestação a respeito do resultado final de sua avaliação em estágio probatório.

É o breve relatório. Passo a opinar.

Inicialmente, convém asseverar que estágio probatório e estabilidade são institutos jurídicos distintos, mas pragmaticamente associados, consoante esclarece o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Felix Fischer em didático voto proferido nos autos do MS 12.523-DF.

O estágio probatório constitui uma obrigação a que deve se submeter o servidor público, em homenagem ao princípio da eficiência, para demonstrar, na prática, que tem aptidão para o cargo ao qual foi selecionado em concurso público, enquanto a estabilidade se caracteriza por ser um direito do servidor público, i.e., uma garantia que adquire contra a ingerência de terceiros em seu mister, com vistas ao desenvolvimento dos seus trabalhos de forma independente e permanente.

A Constituição Federal de 1988, quando da sua promulgação, asseverava em seu art. 41, caput, que a estabilidade no serviço público era alcançada após dois anos de efetivo exercício.

Por seu turno, quando da edição da Lei nº 8.112/90, seu art. 20 dispôs que o servidor nomeado para provimento de cargo efetivo, ao entrar em exercício, ficará sujeito a estágio probatório por período de 24 (vinte e quatro) meses, durante o qual a sua aptidão e capacidade serão objeto de avaliação para o desempenho do cargo, observados fatores de assiduidade, disciplina, capacidade de iniciativa, produtividade e responsabilidade.

Todavia, com a reforma administrativa implementada pela Emenda Constitucional nº 19/98, o art. 41, caput, da Carta Magna passou a disciplinar que a estabilidade no serviço público será adquirida após 3 (três) anos de efetivo exercício.

*Diante da alteração constitucional, que alargou o período de aquisição da estabilidade, não tendo o mesmo ocorrido no âmbito legal (infraconstitucional), que manteve o período de duração do estágio probatório, intenso debate se formou na doutrina e na*

*jurisprudência, prevalecendo o entendimento de que o art. 20, da Lei nº 8.112/90, estaria em descompasso com a nova ordem constitucional reformadora. Dessa forma, a duração do estágio probatório deveria observar o interstício de 36 (trinta e seis) meses.*

*A Medida Provisória nº 431/08 parecia resolver a questão, quando, em seu art. 172, conferia nova redação ao art. 20 da Lei nº 8.112/90, estabelecendo um período de 36 (trinta e seis) meses para cumprimento de estágio probatório pelo servidor federal.*

*Sob a égide deste diploma legal, o Supremo Tribunal Federal deferiu pedidos de suspensão de tutela antecipada requeridos pela União, a fim de sustar decisões judiciais que haviam conferido benefícios inerentes de servidores estáveis a servidores que ainda contavam com 2 (dois) anos de carreira.*

No entanto, tal disposição não foi encampada pela Lei de conversão nº 11.784/08, de modo que as discussões sobre o tema foram renovadas. Como afirmado acima, estágio probatório e estabilidade são institutos jurídicos distintos, mas pragmaticamente associados. Aquele, segundo leciona Cavalcante Filho, deve se desenvolver no período compreendido entre o início do efetivo exercício do servidor no cargo e a aquisição desta, uma vez que a finalidade do estágio probatório é justamente fornecer subsídios para a estabilização ou não do servidor.

Hely Lopes Meirelles ensina que, quando a Constituição Federal fala que os servidores são estáveis após três anos, esse prazo só pode ser de estágio probatório – até porque, tendo por finalidade avaliar aptidão, eficiência e capacidade para o cargo, não seria razoável dar essa avaliação como positiva no prazo de dois anos e mais tarde, antes dos três anos, não lhe reconhecer o direito à estabilidade porque não se revelou apto, eficiente ou capaz para o mesmo cargo.

Portanto, podemos afirmar que o estágio probatório é o período compreendido entre o início do exercício do cargo e a aquisição da estabilidade decorridos os três anos estabelecidos pela Constituição Federal.

*Desse entendimento compartilha a jurisprudência. No Supremo Tribunal Federal, o Ministro Gilmar Mendes asseverou que a nova ordem constitucional é imediatamente aplicável. Logo, as legislações estatutárias que previam prazo inferior a três anos para o estágio probatório restaram em desconformidade com o comando constitucional. Isso porque não há como dissociar o prazo do estágio probatório do prazo da estabilidade.*

*No mesmo sentido entende o Superior Tribunal de Justiça, consoante julgamento do MS 12.523-DF, inclusive modificando entendimento anterior.*

Em sendo assim, por meio de presente parecer, opino no sentido de que o período de estágio probatório do servidor público federal lotado no Ministério da Saúde

ainda não fora concluído, uma vez que ainda não alcançado o prazo necessário para aquisição da estabilidade, qual seja, três anos.

É o parecer, s.j.m.

À consideração da autoridade superior.

Cidade, data.

Advogado da União

**Juliana Cecon Leite Costella (Passo Fundo/RS) escreveu:**

Parecer nº

Solicitante: Secretário de Recursos Humanos do Ministério da Saúde

Assunto: Estágio probatório

Emenda: Prazo de Estágio probatório dos servidores públicos federais. Prazo para Estabilidade. Três anos.

#### 1. Relatório:

O servidor público federal, com 2 (dois) anos de efetivo exercício no Ministério da Saúde, apresentou requerimento à Secretaria de Recursos Humanos a respeito do resultado final da avaliação do estágio probatório.

Diante do requerimento do servidor, o Secretário requer parecer jurídico referente ao prazo do estágio probatório.

É o breve relatório.

#### 2. Fundamentação:

A solicitação do parecer jurídico é entorno ao prazo do estágio probatório, tendo em vista que a Emenda Constitucional n.19/98 alterou o prazo para a aquisição de estabilidade do servidores públicos.

A atual redação do art. 41 da Constituição Federal de 1988, estabelece que os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo, em virtude de concurso público, adquiriram estabilidade após três anos de efetivo exercício.

Antes da modificação do texto constitucional pela EC 19/98, o prazo para aquisição de estabilidade era de 2 (dois) anos, o qual era o mesmo prazo estabelecido como estágio probatório (24 meses) estabelecido no caso dos servidores públicos federais pela a Lei 8.112/90.

O estágio probatório é o período pelo o qual o servidor aprovado em concurso público para prover cargo efetivo, é avaliado para verificar se o mesmo é apto e capaz para o desempenho do cargo. Ressalta-se que conforme a Lei 8.112/90, no período que o servidor está em estágio probatório, não será concedidas determinadas licenças e afastamentos.

A Lei 8.112/90, a qual estabelece o período de estágio probatório, deve ser interpretada a luz do art. 41 da CF/88, que estabelece que a estabilidade será adquirida após 3 (três) de efetivo exercício.

A alteração do prazo de estabilidade na Carta Constitucional, o qual não foi acompanhado pela a legislação infraconstitucional, é foco de várias discussões no que concerne a alteração também do período do estágio probatório.

*Verifica-se que o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso de constitucionalidade, assentara que estágio probatório e estabilidade cuidam de categorias inseparáveis, conferindo-lhes idêntico lapso temporal.*

*No entanto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça por muito tempo perfilhou o entendimento que não obstante a alteração do prazo para aquisição de estabilidade no cargo, o estágio probatório continuava a ser de 24 (vinte quatro) meses.*

*Todavia, em recente julgamento, MS 12523, o Superior Tribunal de Justiça reviu o seu posicionamento, entendendo que o estágio probatório dos servidores públicos é de três anos. Em consonância com a doutrina majoritária, os ministros entenderam que a mudança no texto do artigo 41 da Constituição Federal, que instituiu o prazo de três anos para o alcance da estabilidade, não pode ser dissociado do período de estágio probatório.*

Verifica-se que alteração do prazo de estabilidade para três anos repercute no prazo do estágio probatório, sob o fundamento que o período de estágio serve para avaliar a viabilidade ou não da estabilização do servidor público mediante critérios de aptidão, eficiência e capacidade.

Dessa forma, em consonância com o novo panorama da jurisprudência do STJ, a qual acompanha o entendimento majoritário da doutrina, os dispositivos legais que fixem prazo inferior a 3 (três) anos para o estágio probatório, não foram recepcionados pela nova redação do texto constitucional. Desse modo, a duração do estágio probatório deve observar o período de 36 meses de efetivo exercício, tendo em vista que o instituto jurídico do estágio probatório está intimamente ligado ao prazo para a aquisição de estabilidade, e dele não pode ser dissociado.

*Ainda, ressalta-se, que em 2004, a questão foi submetida ao parecer da Advocacia Geral da União, a qual conforme o Parecer AC – 17, entendeu que a lei constitucional ao dilatar o prazo para adquirir estabilidade, de dois para três, importou conseqüentemente na alteração do prazo de que trata o art. 20 da Lei 8.112/90. Verifica-se que o referido parecer atendeu ao disposto no art. 40 da Lei Complementar n. 73/93, e dessa forma o parecer adquiriu força normativa e vinculando os demais órgãos da Administração Pública Federal.*

### 3. Conclusão:

Face o exposto, conclui-se que o servidor público federal, ainda encontra-se em período de estágio probatório, bem como no período aquisitivo de estabilidade previsto no art. 41 da Constituição Federal de 1988. Logo, não há resultado a ser cientificado ao referido servidor.

À consideração superior.

Advogado da União

Local e data

#### **Peça (Elaborada pelo Advogado da União Dr. Ubirajara Casado)**

**A Receita Federal encaminhou à PFN/RN ofício solicitando providencias acerca dos seguintes fatos:**

- a) No dia 17 de abril de 2009, o Superintendente da Receita Federal recebeu o carnê proveniente da Prefeitura Municipal de Natal informando o valor do IPTU do imóvel onde funciona a sede da SRF/RN referente ao ano em curso bem como estipulando as hipóteses de pagamento do mesmo;**
- b) No dia 18 de abril de 2009, o Superintendente, por ofício, remeteu à Prefeitura Municipal o carnê enviado informando não ter responsabilidade sobre o pagamento do referido imposto.**
- c) No dia 25 de setembro de 2009, chegou à SRF/RN intimação judicial proveniente da Justiça Estadual para pagar o valor de R\$ 300.000,00 em 24 horas ou nomear bens a penhora, tudo em razão da execução fiscal movida por Procurador Municipal (Natal) face a Receita Federal no RN para cobrança de valores devidos a título de IPTU em razão do mesmo imóvel referido no carnê supracitado.**

Na qualidade de Procurador da Fazenda Nacional a quem o feito foi distribuído, maneje instituto processual cabível alegando toda matéria jurídica que reputar necessária a fim de proteger o interesse público federal envolvido na lide.

**NOTA GEAGU:** Para resolução da peça da 40ª rodada, o participante deve ter conhecimento da exceção de pré-executividade que, a medida é cabível sempre que, sem sede de execução, atendidos simultaneamente dois requisitos: que a matéria invocada seja suscetível de conhecimento de ofício pelo juiz (requisito material); que a decisão possa ser tomada sem necessidade de dilação probatória (requisito formal). Nos termos da Súmula 363 do STJ: “exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória”.

AgRg nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO Nº 826.015 – MG (2009/0099234-4)

**EMENTA. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. MATÉRIAS PASSÍVEIS DE CONHECIMENTO NESTA VIA: AQUELAS PASSÍVEIS DE CONHECIMENTO DE OFÍCIO PELO JUIZ E QUE NÃO DEMANDEM DILAÇÃO PROBATÓRIA.**

QUESTÃO DECIDIDA PELA 1ª SEÇÃO NO RESP 1.110.925/SP – STJ - (DJe DE 04/05/2009), JULGADO SOB O REGIME DO ART. 543-C DO CPC. ESPECIAL EFICÁCIA VINCULATIVA DESSE PRECEDENTE (CPC, ART. 543-C, § 7º), QUE IMPÕE SUA ADOÇÃO EM CASOS ANÁLOGOS. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

Como vimos, apenas matérias de ordem pública devem ser levantadas na exceção. Assim, após um breve tópico acerca do **cabimento da exceção**, é suficiente que o participante desenvolva bem apenas três tópicos, nessa ordem: a) **incompetência absoluta em razão da pessoa** (art. 109, I, CF); b) **imunidade recíproca** (art. 150, VI, a, CF) e c) **do regime de precatórios** (art. 100, CF).

Acerca da imunidade recíproca, para reforço de argumento, como observa Alexandre Rossato da Silva Ávila, (Curso de Direito Tributário, 4ª edição. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, pág. 151) "**se fosse permitida a tributação mútua entre as pessoas políticas, o equilíbrio federativo e a autonomia destas entidades restariam comprometidos, aniquilando seus objetivos fundamentais**", vale dizer, a imunidade recíproca é uma garantia da Federação.

Nos termos do Ministro Celso de Mello no julgamento da ADI 939:

A Constituição do Brasil, ao institucionalizar o modelo federal de Estado, perfilhou, a partir das múltiplas tendências já positivadas na experiência constitucional comparada, o sistema do federalismo de equilíbrio, cujas bases repousam na necessária igualdade político-jurídica entre as unidades que compõe o Estado Federal. *Desse vínculo isonômico, que pacifica as pessoas estatais dotadas de capacidade política, deriva, como uma de suas conseqüências mais expressivas, a vedação dirigida a cada um dos entes federados de instituição de imposto sobre o patrimônio, a renda e os serviços uns dos outros. A imunidade tributária recíproca consagrada pelas sucessivas Constituições republicanas brasileiras representa um fator indispensável à preservação institucional das próprias unidades integrantes da federação.* (grifos apócrifos)

As matérias de ordem pública levantadas devem conduzir o pedido de extinção da execução, por óbvio.

Outra questão extremamente interessante que pode, dentro do mesmo contexto, ser cobrada em concursos públicos é a abrangência da imunidade recíproca para os imóveis da União ocupados por concessionárias de serviço público, vejamos:

AI 695636 / RJ - RIO DE JANEIRO

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA

Julgamento: 27/03/2009

Publicação DJe-068 DIVULG 13/04/2009 PUBLIC  
14/04/2009Partes

DECISÃO AGRAVO DE INSTRUMENTO.  
CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO PREDIAL E  
TERRITORIAL URBANO - IPTU. IMÓVEL DA UNIÃO  
OCUPADO POR CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO  
PÚBLICO. POSSE PRECÁRIA. IMUNIDADE RECÍPROCA:  
ABRANGÊNCIA. PRECEDENTES. AGRAVO AO QUAL SE

NEGA SEGUIMENTO. Relatório 1. Agravo de instrumento contra decisão que não admitiu recurso extraordinário, interposto com base no art. 102, inc. III, alínea a, da Constituição da República. 2. O recurso inadmitido tem como objeto o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: 'Apelação cível. Direito tributário. Execução fiscal proposta em face de concessionária de serviço público de transporte ferroviário, objetivando a cobrança do IPTU de imóvel de propriedade da União. Sentença julgando extinta a execução, acolhendo a exceção de pré-executividade, em que se pleiteou a incidência da imunidade recíproca. Apelação do Município. A concessionária não é contribuinte do IPTU, por não deter o domínio útil nem a propriedade do imóvel gerador da tributação. Ocupação do bem efetivada em razão do contrato de concessão administrativa, mediante prévia licitação. Sentença confirmada em sede de duplo grau obrigatório de jurisdição e recurso voluntário desprovido.' (fl. 66). Tem-se no voto condutor do julgado recorrido: '(...) A concessionária de serviço público não pode ser considerada contribuinte do IPTU, afinal, não é proprietária do imóvel, sendo ocupado em razão de contrato de concessão administrativa, detendo a posse a título precário' (fl. 68). 3. No recurso extraordinário, o Agravante afirma que o julgado recorrido teria contrariado os arts. 150, § 3º, e 173, § 1º, inc. II, e § 2º, da Constituição da República. 4. A decisão agravada teve como fundamentos para a inadmissibilidade do recurso extraordinário a harmonia do julgado recorrido com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a incidência da Súmula 286 desse Tribunal (fls. 135-139). O Agravante afirma que essa súmula seria inaplicável. Examinada a matéria posta à apreciação, DECIDO. 5. Razão jurídica não assiste ao Agravante. 6. Conforme assentado na decisão agravada, o julgado recorrido está em harmonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Confirmam-se os seguintes julgados: 'EMENTA: Tributário. IPTU. Acervo patrimonial do porto de Santos. Impossibilidade de cobrança pela Municipalidade. Precedentes. Regimental não provido' (RE 318.185-AgR, Rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 7.5.2004). **'EMENTA: TRIBUTÁRIO. IPTU. IMÓVEIS QUE COMPÕEM O**

**ACERVO PATRIMONIAL DO PORTO DE SANTOS, INTEGRANTES DO DOMÍNIO DA UNIÃO. Impossibilidade de tributação pela Municipalidade, independentemente de encontrarem-se tais bens ocupados pela empresa delegatária dos serviços portuários, em face da imunidade prevista no art. 150, VI, a, da Constituição Federal. Dispositivo, todavia, restrito aos impostos, não se estendendo às taxas. Recurso parcialmente provido'** (RE 253.394, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 11.4.2003) 7. Em caso análogo, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 451.152, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJ 27.4.2007, o Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento no sentido da impossibilidade de o detentor de posse precária e desdobrada, decorrente de contrato de concessão de uso, figurar no polo passivo da relação jurídico-tributária: "Recurso Extraordinário. IPTU. Imóvel da União destinado à exploração comercial. Contrato de concessão de uso. Posse precária e desdobrada. Impossibilidade de a recorrida figurar no pólo passivo da obrigação tributária. Precedente. Recurso extraordinário a que se nega provimento." No mesmo sentido, a decisão monocrática no Agravo de Instrumento n. 677.406, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJ 1º.10.2007. 8. Nada há, pois, a prover quanto às alegações da parte agravante. 9. Pelo exposto, nego seguimento a este agravo (art. 557, caput, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Supremo Tribunal Federal). Publique-se. Brasília, 27 de março de 2009. Ministra CÁRMEN LÚCIA Relatora.( grifos apócrifos)

Seguem publicadas as exceções que mais se aproximaram do modelo

**Lorena Baptista (Recife/PE) escreveu:**

EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ DE DIRETO DA \_ VARA ESTADUAL DO RIO GRANDE DO NORTE.

Autor: Município de Natal

Réu: Receita Federal do RN

Processo nº

A UNIÃO, pessoa jurídica de direito público interno, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, através de seu Procurador da Fazenda Nacional abaixo-assinado, mandato ex lege, apresentar exceção de pré-executividade à execução fiscal promovida pelo representante legal do Município de Natal, processo em epígrafe, pelas razões jurídicas abaixo mencionadas:

#### I) DO BREVE RESUMO DOS FATOS:

Em data de 17 de abril do corrente ano, o Superintendente da Receita Federal foi surpreendido com o recebimento de um carnê emitido pela Prefeitura Municipal de Natal na qual constavam débitos de valores de IPTU a serem pagos tendo em vista a utilização de imóvel onde funciona a sua sede.

No dia seguinte, a autoridade que recebeu o dito documento, remeteu um ofício à Prefeitura Municipal alegando a irresponsabilidade no pagamento do referido imposto, o que não foi acatado pelo representante legal do referido Município.

Nesse sentido, foi proposta execução fiscal pelo Município de Natal contra a Receita Federal do RN para a cobrança de ditos valores de IPTU, sendo este órgão, no dia 25 de setembro de 2009, intimado por este MM Juízo para proceder ao pagamento de trezentos mil reais em vinte e quatro horas ou nomear bens à penhora.

#### II) PRELIMINARMENTE:

A pretensão do Autor não deve prosperar por ferir preceito constitucional e normas de ordem pública, conforme abaixo será demonstrado.

##### **II.1) DO CABIMENTO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE:**

*Fruto de uma criação doutrinária e jurisprudencial, a exceção de pré-executividade destina-se como meio de defesa àqueles que diante de uma questão de ordem pública possa vir aos autos e pleitear sua extinção sem necessidade de garantir o juízo.*

Perceba-se que, como será esclarecido ao longo desta defesa, o pleito Autoral esbarra em uma norma constitucional que impede a cobrança de impostos entre os entes que compõe a federação.

Tal limitação constitucional ao poder de tributar incorre em norma cogente devendo ser observada por todos os Entes Políticos. A imunidade subjetiva presente nos autos é cláusula pétrea (ADI 939) e como tal implica em questão de ordem pública apta a ensejar a nulidade da presente execução de plano, sem necessidade de oferecimento de embargos.

Assim, não há dúvidas quanto ao cabimento da presente exceção, inclusive quando manejada pela Fazenda Pública, guardiã máxima do interesse coletivo.

#### II.2) DA ILEGITIMIDADE PASSIVA:

Sabe-se que os entes públicos sequer estão autorizados constitucionalmente a proceder a cobrança de qualquer tipo de impostos entre eles, ocorrendo o que a doutrina chama de imunidade recíproca subjetiva.

Conseqüentemente não pode figurar no pólo passivo de uma execução fiscal um outro ente público, mas tão somente aqueles expressamente determinados na lei 6.830/80, precisamente em seu art.4º, quais sejam: o devedor, o fiador, o espólio, a massa, o responsável nos termos da lei, por dívidas tributárias ou não, de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado e, por fim, os sucessores a qualquer título.

Assim, não constando qualquer referência a ora Ré em tal dispositivo, requer a União a imediata exclusão da lide, por inexistência de relação fático-jurídico apto a ensejar a pretensão Autoral, de maneira a extinguir o processo sem resolução do mérito por carência de ação, de acordo com o art.267, inciso VI do CPC.

#### II.3) DA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO:

Tendo em vista a mencionada imunidade de impostos sobre o patrimônio, renda e serviços dos entes públicos, não há embasamento legal que sustente o pleito Autoral, conforme se percebe da leitura do art.150, inciso VI, alínea “a” da CF/88, sendo verdadeira norma de eficácia plena apta a proteger o pacto federativo.

Diante disso, não se pode sustentar a cobrança de IPTU à União, via execução fiscal, pelo Município de Natal referente ao imóvel onde se localiza a sede da Receita Federal, razão pela qual deve a presente execução ser extinta nos moldes requeridos acima (art.267, inciso VI do CPC).

#### II.4) DA INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA:

*Cogitando por mera argumentação não seja extinta a presente ação e excluída a União da lide, o que não se acredita, o processo não pode tramitar na justiça estadual.*

*É que, consoante dispõe o art.109 da CF/88, as causas em que a União, suas autarquias e empresas públicas federais forem interessadas seja na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, deverão ser aforadas na Justiça Federal.*

*Dessa forma, como a ação foi proposta na Justiça Estadual do RN, requer a União a imediata remessa ao juízo competente para o seu devido processamento, devendo ser declarado nulo o ato decisório, nos termos do art.113, §2º do CPC.*

### III) DO MÉRITO:

Em respeito ao princípio da eventualidade, senão vejamos os motivos da improcedência da execução fiscal.

#### III.1) DO PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO:

Tendo em vista a proteção do interesse público, requer a União desde logo, em face de relevante fundamentação jurídica trazida aos autos, a suspensão da presente execução fiscal (art.558 do CPC de aplicação subsidiária da lei 6.830/80), sob pena de causar a Ré lesão grave e de difícil reparação, assim como, comprometimento do orçamento anual, e conseqüentemente, prejuízo na efetivação das políticas públicas já em andamento.

Em sendo assim, mostra-se desarrazoado o pagamento da quantia de trezentos mil ou mesmo a nomeação de bens à penhora, quando sequer tal pretensão encontra fundamento legal, sendo vedada pelo ordenamento jurídico vigente a cobrança de impostos, seja de que natureza for, entre os Entes Federativos.

#### III.2) DA IMUNIDADE RECÍPROCA:

*A imunidade é caracterizada como limitação constitucional ao poder de tributar, sendo tal prerrogativa conferida aos Entes Públicos.*

*A doutrina costuma diferenciá-la da isenção para melhor elucidar os institutos. A isenção é considerada como dispensa legal de tributo devido. Ou seja, enquanto a imunidade atua na própria delimitação da competência, esta age no âmbito do exercício da competência. Acrescenta-se ainda o fato de que a imunidade sempre está prevista na Constituição e a isenção em lei.*

*A norma constitucional que garante a imunidade aos Entes Políticos é considerada subjetiva e refere-se tão somente aos impostos, conforme se verifica pela leitura do art.150, inciso VI, alínea "a" da CF/88. Nesse sentido, nada impede a cobrança entre eles dos demais tributos, a exemplo da taxa pela coleta domiciliar de lixo.*

*In casu, a cobrança decorreu de IPTU em imóvel onde funciona a sede da Receita Federal do RN. Ora, mesmo cogitando não ser o imóvel bem dominical da União e se destinasse a finalidade diversa de sua função institucional, mesmo assim não haveria a possibilidade de cobrança de tal imposto municipal. É que, tal imunidade*

*difere-se daquela extensível a autarquias e fundações instituídas pelo Poder Público, já que vinculada obrigatoriamente as suas finalidades essenciais.*

*Note-se ainda, conforme já mencionado, que a imunidade tributária recíproca constitui cláusula pétrea, com vista a proteção do pacto federativo e o equilíbrio entre os Entes Políticos. Assim sendo, torna-se de extrema importância o respeito ao seu comando, sob pena de futuras ingerências promovidas pela União aptas a ensejar ações de cunho constitucional com o resguardo do conteúdo normativo.*

### **III.3) OBEDIÊNCIA A REGRA DO ART.100 CF/88:**

Não bastasse todo o arcabouço jurídico trazido aos autos, ainda há violação de outro comando constitucional referente aos pagamentos efetuados pela Fazenda Pública constante no art.100 da CF/88.

No caso em tela, supondo por mera argumentação, ser admitida e legal a cobrança pelo Município de Natal de IPTU à União, não se poderia intimá-la, em processo de execução (e ainda fiscal), para garantir o juízo, nem muito menos para pagar, independentemente de qual seja a natureza do crédito e quem seja seu exequente, tendo em vista a indisponibilidade do interesse público.

*Qualquer execução contra a Fazenda Pública não está sujeita a expropriação, constrição, depósito ou penhora de seus bens. Todo o trâmite dos processos contra ela movidos dar-se sem qualquer necessidade de garantia do juízo.*

*Os pagamentos devidos pela União, assim como em relação aos demais Entes Públicos, devem obedecer sempre o regime de precatórios disposto no art.100 da CF/88. Assim, por força de determinação constitucional, faz-se necessária decisão transitada em julgado com a inclusão de pagamento no orçamento da entidade de direito público e pagamento até o final do exercício seguinte para os precatórios judiciais apresentados até 1º de julho, salvo se consideradas dívidas de pequeno valor, o que não é a hipótese dos autos.*

#### **IV) DO PEDIDO:**

Por todo o exposto requer inicialmente a União o acolhimento das preliminares argüidas. Caso contrário, requer a imediata extinção da execução fiscal, tendo em vista a presença de elementos que ensejam a total nulidade da certidão de dívida ativa.

Termos em que,

Pede e espera deferimento

Local e data

Procurador da Fazenda Nacional

**Isaque Lopes de Lima Pacheco (Governador Valadares/MG) escreveu:**

EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR (A) JUIZ (A) DA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE NATAL/MG

Processo: XXX/09 - Execução Fiscal

Exequente: Fazenda Pública Municipal de Natal/RN

Executada: União (Fazenda Nacional)

A União (Fazenda Nacional), por seu procurado infra-assinado, mandato "ex lege", vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, nos autos da execução fiscal epígrafe, apresentar EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE, com fulcro nas razões a seguir deduzidas.

#### I - Dos fatos

No dia 17 de abril de 2009, o Superintendente da Receita Federal recebeu carnê oriundo da Prefeitura Municipal de Natal, informando o valor do IPTU do imóvel onde funciona a sede da SRF/RN referente ao ano em curso, e estipulando as formas de pagamento.

Posteriormente, em 18 de abril de 2009, o Superintendente da Receita Federal oficiou à Prefeitura Municipal desta cidade, remetendo o carnê enviado, e informando sobre a não responsabilidade sobre o pagamento do referido imposto, em virtude da imunidade recíproca prevista no Texto Magno.

Contudo, dia 25 de setembro de 2009, a SRF/RN tomou conhecimento de execução fiscal ajuizada pelo município de Natal perante este juízo, cuja citação determinava o pagamento de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) em 24 (vinte e quatro horas) ou a nomeação de bens à penhora, em virtude do não pagamento do referido imposto.

Entretanto, como se passará a demonstrar, a cobrança se mostra totalmente ilegítima, tanto do ponto de vista processual, quanto do ponto de vista formal.

#### II - Do Direito

### *Da Utilização da Exceção de Pré-Executividade no Direito Brasileiro*

A despeito da inexistência de previsão legal, a utilização do instrumento da exceção de pré-executividade, ou, para alguns, objeção de pré-executividade, é doutrinariamente e jurisprudencialmente incontestada.

*O instituto processual em comento parte do pressuposto de que não se pode iniciar ou prosseguir uma ação executiva que não preenche os requisitos legais. Destarte, consiste num instrumento utilizado pelo executado para questionar matérias de ordem pública que deveriam ter sido examinadas de ofício pelo juiz, impedindo o prosseguimento de uma execução ilegítima.*

### *Da Incompetência Absoluta*

*A Constituição Federal, no capítulo que trata do Poder Judiciário, assenta que compete aos juízes federais processar e julgar as causas em que a União for interessada na condição de autora, ré assistente ou oponente.*

*Logo, verifica-se a incompetência absoluta deste juízo para este feito, tendo em vista a determinação da competência em razão da matéria, o que, segundo a dogmática processual civil, sequer pode ser prorrogada.*

Assim, pugna-se que V. Ex<sup>a</sup> decline de sua competência, determinando a remessa dos à Justiça Federal desta cidade, juízo competente para julgar a causa

### *Da Sistemática Prevista para Execução contra a Fazenda Pública*

É consabido que o Estado, enquanto defensor do interesse público, é dotado de certas prerrogativas, a fim de melhor alcançar seus objetivos. Uma dessas prerrogativas consiste exatamente na não sujeição do Fisco ao procedimento executório ordinário previsto no Código de Processo Civil (CPC).

A esse respeito, o artigo 730 do CPC disciplina o assunto, determinando que, na execução contra a Fazenda Pública, a devedora deverá ser citada para opor embargos no prazo de 10 (dez) dias, e se estes não forem opostos, o juiz requisitará, através do presidente do Tribunal competente, o pagamento através de precatório.

Dessume-se claramente do Diploma legal que, uma vez executada, a Fazenda Pública não é citada para pagar a dívida, e sim para, se quiser, opor embargos. Isso porque a forma prevista para a efetiva satisfação do crédito, nestes casos, é a expedição de precatório.

Com menor razão ainda a possibilidade de penhora de bens. Ora, lição comezinha de Direito Administrativo ensina que os bens públicos não podem ser penhorados, em razão do atributo da inalienabilidade.

Assim, o procedimento adotado pela Fazenda exequente é manifestamente impróprio, do ponto de vista técnico-processual, caracterizando impossibilidade jurídica do pedido. Logo, afere-se que a exequente é carecedora de ação.

### *Da Imunidade Recíproca*

*Mesmo se desprezados todos os argumentos expostos acima, há de se notar afronta direta à dispositivo da Lei Maior que constitui cláusula pétrea. Trata-se da indigitada imunidade tributária recíproca, que, pela importância para o modelo federal de equilíbrio adotado pela República Federativa do Brasil, sequer pode ser objeto de emenda constitucional em a enfraqueça.*

*A imunidade tributária recíproca representa um fator indispensável à preservação institucional das próprias unidades integrantes da Federação. Desta forma, por ser princípio garantidor da Federação, é, imutável, não podendo ser restringido.*

*Não obstante a clareza do Texto Constitucional, a jurisprudência pacificada, e a doutrina uniforme sobre o assunto, a cobrança impugnada tenta fazer letra morta do postulado constitucional.*

*É que, consoante disposição constitucional, é defeso a qualquer ente político instituir Impostos sobre o patrimônio, a renda ou o serviços uns dos outros. Assim, conclui-se pela ausência de competência tributária para a cobrança do referido imposto, haja vista limitação constituição em comento.*

Dos pedidos

"Ex Positis", a União requer:

a) seja reconhecida a incompetência absoluta deste juízo, remetendo-se os autos ao juízo competente;

b) eventualmente, caso ultrapassada a preliminar acima, seja extinto o processo, declarando a exequente carecedora de ação, tendo em vista a impossibilidade jurídica do pedido, na medida em que a tutela pretendida não pode ser prestada, por não ser a via eleita a adequada à espécie;

c) não se acolhendo a segunda preliminar, seja extinta a presente execução, com fundamento constitucional na imunidade recíproca, condenando-se a exequente nos honorários advocatícios, fixados nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

Nestes termos,

pede deferimento.

~~Natal, 30 de setembro de 2009.~~ **(NOTA GEAGU: recomenda-se não informar cidade ou data específica, alguns examinadores entendem como forma de identificação e excluem o candidato do certame. Embora se reconheça ser conduta exagerada de algumas organizadoras, é melhor evitar a dor de cabeça. Basta, ao final, citar: Local, data).**

Procurador da Fazenda Nacional.