

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 582

(ano VIII)

(08/04/2016)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2016

# Conselho Editorial

**COORDENADOR GERAL (DF/GO/ESP) -  
VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:**  
*Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em  
Direito Penal Internacional Universidade  
Granda/Espanha.*

*Coordenador do Direito Internacional  
(AM/Montreal/Canadá):* **SERGIMAR  
MARTINS DE ARAÚJO** - *Advogado com  
mais de 10 anos de experiência. Especialista  
em Direito Processual Civil Internacional.  
Professor universitário*

*Coordenador de Dir. Administrativo:*  
**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA  
MAFRA FILHO (MT):** *Doutor em Direito  
Administrativo pela UFMG.*

*Coordenador de Direito Tributário e  
Financeiro -* **KIYOSHI HARADA (SP):**  
*Advogado em São Paulo (SP). Especialista  
em Direito Tributário e em Direito Financeiro  
pela FADUSP.*

*Coordenador de Direito Penal -* **RODRIGO  
LARIZZATTI (DF/Argentina):** *Doutor em  
Ciências Jurídicas e Sociais pela  
Universidad del Museo Social Argentino -  
UMSA.*

*País: Brasil. Cidade: Brasília – DF.*  
*Contato: [editorial@conteudojuridico.com.br](mailto:editorial@conteudojuridico.com.br)*  
*WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR*

## SUMÁRIO

### COLONISTA DO DIA



08/04/2016 Sérgio Henrique da Silva Pereira

» [Juiz condena ex-vereador a pagar R\\$ 1,00 ao PT por danos morais: A paixão do juiz, o sensacionalismo midiático e o fisiologismo partidário](#)

### ARTIGOS

08/04/2016 Rebeca Lima Aguiar

» [O princípio da anterioridade tributária e a revogação de isenções não onerosas](#)

08/04/2016 Waldir de Freitas Matias Júnior

» [Aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos Agentes Políticos](#)

08/04/2016 Lécio José de Oliveira Moraes Vasques

» [Mutação constitucional](#)

08/04/2016 Fernanda Isabela de Figueiredo

» [A Convenção nº 132 da OIT e as férias no Brasil](#)

08/04/2016 Filipe Alves de Lima Costa

» [Do Negativismo à ampla tutela dos Direitos da Personalidade: uma análise sobre a evolução histórica do reconhecimento dos danos morais](#)

08/04/2016 Emmanuelle de Carvalho Santiago

» [Considerações sobre penas alternativas à prisão](#)

### MONOGRAFIA

08/04/2016 Tiago Delácio de Oliveira

» [Aspecto material de incidência do imposto sobre serviço de qualquer natureza sobre os serviços notariais](#)

## JUIZ CONDENA EX-VEREADOR A PAGAR R\$ 1,00 AO PT POR DANOS MORAIS: A PAIXÃO DO JUIZ, O SENSACIONALISMO MIDIÁTICO E O FISIOLÓGISMO PARTIDÁRIO

**SÉRGIO HENRIQUE DA SILVA PEREIRA:** Jornalista, professor, produtor, articulista, palestrante, colunista. Articulista nos sites: Academia Brasileira de Direito (ABDIR), ABJ (Associação Brasileira dos Jornalistas), Âmbito Jurídico, Conteúdo Jurídico, Editora JC, Fenai/Faibra (Federação Nacional da Imprensa), Investidura - Portal Jurídico, JusBrasil, JusNavigandi, JurisWay, Observatório da Imprensa.

*“A paixão perverte os Magistrados e os melhores homens: a inteligência sem paixão – eis a lei” (ARISTÓTELES, 1993).*

*“Nada é mais inimigo da verdadeira justiça do que a paixão. E nada atropela mais do que a pressa. Os julgamentos apaixonados não são julgamentos, são libelos, são atos unilaterais eivados de nulidade” (MEIRA, 1992)*

No clamor de "justiça", sabe lá qual for, parece que "tudo se pode fazer em nome da 'democracia'". Pois bem, o [juiz Eduardo Velho Neto, da 1ª vara Cível de Piracicaba](#) "entendeu" — lê-se: "com paixão" — que o ex-vereador do município de Piracicaba deveria ser condenado por danos morais por dizer que o mau cheiro de um frigorífico se devia ao PT.

### O juramento

Todo cidadão que for empossado como juiz deve fazer juramento de cumprir a [Constituição](#) e as Leis do país. Trago aos leitores belíssimo juramento:

*"A prece de um Juiz de Direito*

*SENHOR! Eu sou o único ser na terra a quem Tu deste uma parcela de Tua onipotência: o poder de condenar ou absolver meus semelhantes.*

*Diante de mim as pessoas se inclinam; à minha voz acorrem, à minha palavra obedecem, ao meu mandado se entregam, ao meu gesto se unem, ou se separam, ou se despojam.*

*Ao meu aceno as portas das prisões se fecham as costas do condenado ou se lhe abrem, um dia, para a liberdade.*

*O meu veredicto pode transformar a pobreza em abundância, e a riqueza em miséria. Da minha decisão depende o destino de muitas vidas.*

*Sábios e ignorantes, ricos e pobres, homens e mulheres, os nascituros, as crianças, os jovens os loucos e até os moribundos, todos estão sujeitos, desde o nascimento até a morte, à LEI, que eu represento, e a JUSTIÇA, que eu simbolizo.*

*Quão pesado e terrível é o fardo que puseste nos meus ombros! Ajuda-me, Senhor! Faze com que seja digno desta excelsa missão! Que não me seduza a vaidade do cargo, não me invada o orgulho, não me atraia a tentação do Mal, não me fascinem as honrarias, não me exaltem as glórias vãs.*

*Unge as minhas mãos, cinge a minha fronte, bafeja o meu espírito, a fim de que eu seja um sacerdote do Direito, que Tu criaste para Sociedade Humana.*

*Faz da minha Toga um manto incorruptível. Da minha pena não o estilete que fere, mas a seta*

*que assinala a trajetória da Lei, no caminho da Justiça.*

*AJUDA-ME, SENHOR, a ser justo e firme, honesto e puro, cometido e magnânimo, sereno e humilde.*

*Que eu seja implacável com o erro, mas compreensivo com os que erraram. Amigo da Verdade e guia dos que a procuram. Aplicador da Lei, mas antes de tudo cumpridor da mesma.*

*Não permitas, jamais, que eu lave as mãos como Pilatos diante do inocente, nem atire, como Herodes, sobre os ombros do oprimido, a túnica do opróbrio.*

*Que eu não tema César e nem, por temor dele, pergunte ao poviléu, se ele prefere “Barrabás ou “Jesus”...*

*Que o meu veredito não seja o anátema candente e sim a mensagem que regenera, a voz que conforta, a luz que clareia, a água que purifica, a semente que germina, a flor que nasce no azedume do coração humano.*

*Que a minha sentença possa levar consolo ao atribulado e alento ao perseguido.*

*Que ela possa enxugar as lágrimas da viúva e o pranto dos órfãos.*

*E quando diante da cátedra em que me assento desfilarem os andrajosos, os miseráveis, os párias sem fé e sem esperança nos homens, espezinhados, escorraçados, pisoteados e cujas bocas salivam sem ter pão e cujos rostos são lavados nas lágrimas da dor, da humilhação e do desprezo.*

*AJUDA-ME, SENHOR, a saciar a sua fome e sede de justiça!*

*AJUDA-ME SENHOR Quando as minhas horas se povoarem de sombras; quando as urzes e os cardos do caminho me ferirem, os pés; quando for grande a maldade dos homens;*

*AJUDA-ME SENHOR quando as labaredas do ódio crepitarem e os punhos se erguerem; quando o maquiavelismo e a solércia se insinuarem nos caminhos do Bem e intervierem nas regras da Razão;*

*AJUDA-ME SENHOR quando as labaredas do ódio crepitarem e os punhos se erguerem; quando o maquiavelismo e a solércia se insinuarem nos caminhos do Bem e intervierem nas regras da Razão; quando o tentador ofuscar a minha mente e perturbar os meus sentidos, AJUDA-ME, SENHOR!*

*Quando me atormentar a dúvida, ilumina o meu espírito; quando eu vacilar, alenta a minha alma; quando eu esmorecer, conforta-me, ampara-me.*

*E QUANDO UM DIA, finalmente, eu sucumbir e já então como réu, comparecer à Tua Augusta Presença para o último Juízo, olha compassivo para mim. Dita, Senhor, a Tua sentença.*

*Julga-me como um Deus. Eu julguei como homem". [1]*

### **A decisão do juiz em multar o ex-vereador em R\$ 1,00 [um real]**

*"Ouso dizer", que também "não existe controvérsia de que"o PT sempre foi um partido que lutou pelos interesses dos trabalhadores."*

*" Ouso também dizer "que o" PT sempre esteve à frente dos interesses da nação em detrimento de outros escusos interesses ".*

*" Ouso também dizer "que o"PT em momento algum foi notícia ou motivo de comentários, reportagens, alusões, fofoca, boatos, etc... Relacionados a fatos escusos, escabrosos... Etc..."*

*" Ouso também dizer "que o" PT em momento algum participou de tratativas criminosas e abusivas, quer por si, quer por seus mesmos ou filiados, acrescentando que, em momento algum, o Partido dos Trabalhadores teve qualquer membro de sua tesouraria, cargos de direção, ou qualquer tipo de filiado, preso ou conduzido coercitivamente por Autoridade Policial Nacional ".*

*" Ouso também dizer "que o" Partido dos Trabalhadores é o único partido, quer em âmbito Nacional ou mesmo Internacional, que tem, dentro seus filiados, a "única alma pura existente na face da terra".*

### **A ditadura nos olhos dos outros é refresco**

Desde adolescente, já que nasci após quatro anos do Golpe Militar [1964 a 1985], sempre escutei, e mesmo em 2016 ainda escuto, que o comunismo é déspota. Comunismo é isso, é aquilo. O Capitalismo sempre é endeusado. Pois bem, segurem-se os desavisados, a Guerra Fria acabou e o Muro de Berlim não existe mais. E a internet existe.

Comunista são maus, violam os direitos humanos. Bom, pelo que me recordo, muito antes de o Comunismo "tomar" o poder, com a eleição de Luiz Inácio Lula da Silva, já existia:

- As mulheres não tinham tratamento isonômico;



- Os negros não tinham tratamento isonômico;
- Os portadores de necessidades especiais não tinham tratamento isonômico;
- A Administração Pública era burocrática, fisiológica [toma lá, dá cá], o nepotismo era prática corriqueira, os funcionários públicos faziam negociatas com empresários;
- As instituições policiais agiam conforme o desejo das elites e dos parlamentares, tanto que os presídios [minha eterna moradia] só "abrigavam" negros, na sua maioria;
- Inflação sempre existiu e causou milhares de doenças físicas e psíquicas;
- A frase "Roubou, mas fez!", não é invenção da esquerda, pois ela só ingressou no poder Republicano [cadeira da Presidência da República] com a eleição de Lula;
- O Congresso Nacional sempre teve, não todos, mas maioria, patifes. As desigualdades sociais persiste desde a primeira [Constituição](#) Democrática, a de 1891.
- Outra, no Capitalismo jamais teve escravidão, guerras. A história dos EUA, o centro do Capitalismo, fala por si, e nos contempla com gravíssimas violações à vida. Cito a eugenia institucionalizada no início do século XXI, centenas de mulheres norte-americanas foram obrigadas a se submeterem à cirurgia, para serem esterilizá-las.
- No Comunismo há pobreza e imensas desigualdades sociais. E no Capitalismo? No livro O Espírito da Igualdade [The Spirit Level], por exemplo, os EUA, apesar de serem um dos países mais ricos do planeta, possuem imensas desigualdades sociais. Ora, se riqueza é garantia de qualidade de vida,

como há extrema desigualdade? E não para por aqui, gravidez precoces, toxicodependência, corrupção, aumento da população carcerária, má qualidade do ar etc. Ah! O Comunismo mantém pequenos grupos de pessoas no poder, enquanto a maioria do povo tem que obedecer ao ditames dos déspotas. Bom, retornemos ao país com complexo de vira-lata — Alfred Adler explica —, o Brasil.

Muito antes do Golpe Militar [1964 a 1986] — tenho que ser justo, pois estão crucificando os militares, que agiram barbaramente, como os únicos personagens históricos de violência [violação dos direitos humanos] no Brasil —, a violência já era contumaz:

- Negros acorrentados e esquartejados, pelos senhores;
- Mulheres sendo mortas pelos seus maridos, em nome da honra;
- Os administradores públicos, pelo "interesse social", expulsavam moradores, pelo simples fato de não serem de "sangue azul", ou por que não tinham dinheiro suficientemente para morar nos bairros urbanizados, os quais só morariam quem tivesse dinheiro — e os removidos iam morar nos morros ou periferias, ambas sem quaisquer infraestruturas [ o "Deus dará!"];
- Os empregados, antes da [CLT](#), e mesmo após a Lei Trabalhista, sempre foram explorados pelos empresários;
- O Estado "democrático" [Constituições promulgadas: 1988, 1946, 1934 e 1891; alguns doutrinadores constitucionais dizem que a de 1891 não é totalmente promulgada], através de sua ação coercitiva, mandava os funcionários públicos, que cuidavam da

segurança pública, sentar os cassetetes nos “desordeiros”, “vândalos” e “vagabundos” manifestantes. Assim como o manifestante de junho de 2013 [2] foram estigmatizados de “desordeiros”, “vândalos” e “vagabundos”, os manifestantes nas Constituições promulgadas também foram chancelados de “subversivos”.

Enfim, antes da “dominação” comunista, a partir de Lula, já que representa o ingresso da esquerda no poder, o que o Brasil era?

- Um berço esplêndido, onde todos viviam felizes?
- Sem desigualdades sociais?
- Sem inflação?
- Sem abusos de autoridade e de poder?
- Sem as arbitrariedades dos funcionários públicos?
- Sem presídios medievais?
- Com redes sanitárias de norte a sul e de leste a oeste?
- Sem conluos entre agentes públicos e empresários?
- Sem dinheiro desviados para bancos internacionais fora do Brasil?
- Com o rigor da lei mandando os empresários e agentes públicos para as cadeias?

Não quero com isto defender o Comunismo, como sendo "perfeito", muito menos qualquer ato que viole os direitos humanos.

Por que não se fala em “direitos humanos Capitalista” e “direitos humanos Comunista”? Simples, ambos, apesar de suas aplicabilidades desastrosas, de alguma forma, contribuíram para o aperfeiçoamento dos direitos humanos. Como exemplo, dois Tratados Internacionais de Direitos Humanos [TIDH], cada qual defendido por dois blocos políticos, da direita [Capitalista - EUA] e da esquerda [Comunista - Rússia], respectivamente:

- Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos; e

- Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

O impacto negativo da “banalidade do mal” da Segunda Guerra Mundial exigiu esforços concomitantes dos países, do bloco Capitalista e Comunista, para se materializar os direitos humanos na humanidade na pós-guerra mundial [1939 a 1945]. E tamanha a relevância dos “Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”, que em 17 de Novembro de 1988, no Décimo Oitavo Período Ordinário de Sessões da Assembleia Geral, foi adicionada à Convenção Americana o Protocolo de San Salvador.

No preâmbulo do Protocolo é possível constatar a essência da necessidade de coesão entre “entre a vigência dos direitos econômicos, sociais e culturais e a dos direitos civis e políticos”.

*“Considerando a estreita relação que existe entre a vigência dos direitos econômicos, sociais e culturais e a dos direitos civis e políticos, porquanto as diferentes categorias de direito constituem um todo indissolúvel que encontra sua base no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, pelo qual exigem uma tutela e promoção permanente, com o objectivo de conseguir sua vigência plena, sem que jamais possa justificar-se a violação de uns a pretexto da realização de outros;*

*(...)*

*Levando em conta que, embora os direitos econômicos, sociais e culturais fundamentais tenham sido reconhecidos em instrumentos internacionais anteriores, tanto de âmbito universal como regional, é muito importante que esses direitos sejam reafirmados, desenvolvidos, aperfeiçoados e protegidos, a fim de consolidar na*

*América, com base no respeito pleno dos direitos da pessoa, o regime democrático representativo de governo, bem como o direito de seus povos ao desenvolvimento,   livre determina o e a dispor livremente de suas riquezas e recursos naturais”.*

No entanto, existem cidadãos, ou são totalmente desconhecedores dos TIDH, ou se fazem de ignorantes, por que são darwinistas sociais, ou eugenistas, acham que desde 1995 o Brasil está nas mãos dos “comunistas” por “favorecerem” os negros, os nordestinos, as mulheres. Estarrecidamente, esses mesmos grupos — neodarwinistas, neonazistas ou neo klu kus kan — defendem o Capitalismo aos moldes da Revolu o Francesa, sem que se apercebam que a própria direita, na CF/88, através do sociólogo Fernando Henrique Cardoso, então, na época, presidente da República, materializou os direitos sociais no Brasil. Ora,   muito **chá de cogumelo** para dizer que os direitos sociais são atos de comunistas a dominar, com martelo e foice, a escravizar os brasileiros e a humanidade —. Sim, os direitos sociais   uma filosofia "comunista", pois o Pacto Internacional sobre os Direitos Econ micos, Sociais e Culturais   inven o comunista, mas não, como apregoam, uma domina o déspota aos cidadãos. Vai explicar isso para os neodarwinistas sociais, os neonazistas e os neo klu kus kan.

Piormente, a média do tempo “ponta de baioneta”, “mercantilista” [sensacionalista e lucro certo] e “darwinista social” não perde tempo em noticiar matérias em primeira mão. A liberdade de imprensa no Brasil segue os moldes do jornalismo marrom: criar histeria coletiva; quanto mais histeria, mas se vende. O mais agravante disto tudo,   que há defensores do retorno da obrigatoriedade do diploma universitário para o exercício profissional de jornalista. E Eduardo Cunha, sim, o cidadão que

pode ser cassado, apoia a ideia. E na esteira do absurdo, federações e sindicatos de jornalistas.

Parece que diploma dá sensatez e conhecimento aos jornalistas — e não podemos esquecer que diploma é invenção dos militares: decreto-lei [972](#) /69, o qual regulamentou a profissão de jornalista. Bem, o STF deu passo importantíssimo na liberdade de expressão — mas dizem, os deserdados do decreto, justificando, que liberdade de imprensa não tem nada a ver com liberdade de expressão; e a imprensa não age pela liberdade de expressão? — quando acabou com exigência do diploma.

Na época, para o relator Gilmar Mendes, não é o diploma que garante a ética profissional, mas a personalidade do cidadão em agir, ou não, em prol da dignidade da pessoa humana. Destarte, desvio de conduta, por notícias sensacionalistas, independem de ter ou não diploma. E atualmente se veem práticas sensacionalistas as quais fragilizam, ainda mais, o Estado Democrático de Direito. Não é passar a mão na cabeça de quem quer que seja, mas o jornalismo e as decisões judiciais devem estar coesas com a [Carta Política](#) de 1988. Contudo, muito cuidado com as emendas constitucionais e os decretos, os quais podem descaracterizar a gênese da Carta. Por isso, os conhecedores dos direitos humanos devem sempre alerta a Nação quanto às modificações no ordenamento interno os quais destoam dos TIDH. E a denúncia à Corte Interamericana de Direitos Humanos [CIDH] sempre deve ser o recurso salvador de qualquer ação que venha a diluir os direitos humanos.

Em tempos sombrios dos extremistas "anticomunismo" e "anticapitalista", o que deve ser assentado no solo pátrio são os direitos humanos. Permitir o desenvolvimento e fortalecimento das manifestações ditas “populares” — arquitetadas por grupos políticos fisiológicos do “toma lá da cá” — e o sensacionalismo midiático de algumas empresas e alguns jornalistas [blogues e sites pessoais] é possibilitar o Estado de Exceção, a aristocracia. Os retrocessos

serão inevitáveis, e tudo o que já se construiu de positivo no Brasil será dolorosamente sentido pelos cidadãos honestos, trabalhadores, humanistas.

#### **A quem interessa o despotismo no Brasil?**

#### **Notas:**

[1] — Apresentação por Renato Cardoso, disponível em:<http://pt.slideshare.net/guestc79f8f/a-prece-de-um-juiz-de-direito>

[2] — PEREIRA, Sérgio Henrique da Silva. Asilo político para advogada. O Brasil vive uma ditadura? Disponível em:<http://sergiohenriquepereira.jusbrasil.com.br/artigos/128826608/asilo-politico-para-advogadaobrasil-vive-uma-ditadura>

#### **Referências:**

JÚNIOR, João Feres. O DNA marrom da mídia brasileira. Disponível em:<http://observatoriodaimprensa.com.br/imprensa-em-questao/ed822-o-dna-marrom-da-midia-brasileira/>

Ramos, André de Carvalho Curso de direitos humanos / André de Carvalho Ramos. – São Paulo: Saraiva, 2014.

Migalhas. Ex-vereador é condenado a pagar R\$ 1 ao PT por dano moral - Migalhas Quentes. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI235344,31047-Exvereador+e+condenado+a+pagar+R+1+ao+PT+por+dano+mora>

UFFPOST Brasil. Contratos da Odebrecht com FHC, Sarney e Collor estão na mira do MPF. Disponível em:[http://www.brasilpost.com.br/2016/03/06/odebrecht-mpf\\_n\\_9395738.html](http://www.brasilpost.com.br/2016/03/06/odebrecht-mpf_n_9395738.html)

Sérgio Henrique da Silva Pereira: articulista, colunista, escritor, jornalista, professor, produtor, palestrante.





## O PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE TRIBUTÁRIA E A REVOGAÇÃO DE ISENÇÕES NÃO ONEROSAS

**REBECA LIMA AGUIAR:** Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará

**.RESUMO:** O presente estudo visa fornecer uma abordagem crítica acerca da relação existente entre o princípio constitucional da anterioridade tributária e a revogação de isenções não onerosas, no que se refere à necessidade ou não de observância do citado princípio. Num primeiro momento, é feita uma análise do princípio da anterioridade, explorando seu conceito, suas espécies, bem como seu caráter de direito fundamental. Em seguida, são apreciadas as modalidades de exclusão do crédito tributário, com especial enfoque no instituto da isenção. São então objeto de estudo os posicionamentos doutrinário e jurisprudencial acerca da aplicação da anterioridade na hipótese de revogação de isenções. Por fim, analisa-se qual entendimento melhor se amolda à previsão contida na Constituição Federal de 1988.

**PALAVRAS-CHAVES:** Direito Tributário. Princípio da anterioridade. Revogação de isenções.

**ABSTRACT:** This study aims to provide a critical approach of the relationship between the constitutional principle of anteriority and the repeal of tax exemptions, regarding the need or lack of observance of that principle. At first, an analysis of the principle of anteriority is made, exploring its concept, species, as well

as its character of a fundamental right. Then the modalities of exclusion of the tax credit are examined, with special focus on the exemption institute. Then the doctrinal and jurisprudential comprehension on the application of the principle in case of revocation of exemptions are subject of this study. Finally, it's analyzed which better understanding conforms to the provision contained in the 1988 Federal Constitution.

**KEYWORDS:** Tax Law. Principle of anteriority. Revocation of exemptions.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 A anterioridade tributária como limitação constitucional do poder de tributar. 2.1 Noções gerais sobre o princípio da anterioridade. 2.2 O princípio da anterioridade anual. 2.2.1 Exceções à anterioridade anual. 2.3 O princípio da anterioridade nonagesimal. 2.3.1 Exceções à anterioridade nonagesimal. 2.4 Distinção entre o princípio da anterioridade anual e o princípio da anualidade. 2.5 O princípio da anterioridade tributária como direito fundamental do contribuinte. 3 Exclusão do crédito tributário. 3.1 Anistia. 3.2 Isenção. 3.2.1 Noções gerais. 3.2.2 Conceito de isenção. 3.2.2.1 Uma análise à luz da Teoria Geral do Direito. 3.2.3 Distinção entre isenção e imunidade. 3.2.4 Distinção entre isenção e alíquota zero. 3.2.5 Isenções onerosas e não onerosas. 3.2.6 Revogação de isenções. 4 A relação entre o princípio da anterioridade e a revogação de isenções. 4.1 Considerações iniciais. 4.2 A previsão do Código Tributário Nacional: o art. 104. 4.3 A jurisprudência do STF acerca do tema. 4.4 A posição da doutrina. 4.5 A necessária observância do princípio da anterioridade. 5 Considerações finais. Referências.

---

## 1 INTRODUÇÃO

Entre os princípios jurídicos que compõem o sistema constitucional tributário brasileiro, consagrados pela Constituição Federal de 1988, o princípio da anterioridade destaca-se como postulado garantidor da segurança jurídica do cidadão-contribuinte, resguardando-o diante de alterações da legislação tributária que venham a onerar mais gravemente o seu patrimônio.

Busca a anterioridade assegurar ao contribuinte a previsibilidade e o conhecimento antecipado quanto à instituição ou majoração de tributos que lhe serão exigidos pelo Fisco.

No presente trabalho, analisa-se a relação existente entre o supramencionado princípio e a revogação de isenções não onerosas, buscando identificar, mais particularmente, se deve ou não haver observância ao comando constitucional nessas situações.

A doutrina e a jurisprudência pátrias possuem entendimentos diversos acerca do assunto. O Supremo Tribunal Federal acolhe posicionamento contrário à aplicação da anterioridade tributária em casos de revogação de benefício isencional. A doutrina majoritária, em contrapartida, defende a observância do princípio nas mesmas situações.

Trata-se de questão de grande relevância, não só no aspecto teórico, mas também na prática jurídica. Por abordar a relação que se estabelece entre o Fisco e os contribuintes, a discussão acarreta importantes reflexos na vida social.

A temática foi desenvolvida por intermédio de pesquisa doutrinária e jurisprudencial, buscando verificar qual entendimento melhor concretiza o texto constitucional, tão carente de efetividade nos dias atuais.

Em um momento inicial, são analisadas as chamadas limitações constitucionais do poder de tributar, entre as quais se inclui o princípio da anterioridade tributária. Passa-se, então, a uma abordagem detalhada desse princípio, explorando seu conteúdo, suas espécies, sua diferenciação para com o antigo princípio da anualidade, bem como os tributos que foram ressaltados de sua aplicação pela própria Constituição Federal. Cuida-se ainda da análise da anterioridade enquanto direito fundamental do contribuinte. Esse o conteúdo do capítulo primeiro.

Em seguida, no segundo capítulo, são abordadas as hipóteses de exclusão do crédito tributário: a anistia e a isenção. Centra-se a atenção nessa segunda modalidade, explicitando o seu conceito – e as diversas controvérsias que sobre ele pairam –, sua distinção com outras figuras jurídicas (imunidade e alíquota zero) e sua classificação de acordo com o caráter de onerosidade. Por fim, analisa-se a revogação de isenções, verificando as situações em ela poderá ou não ocorrer.

No terceiro e último capítulo, são abordadas as controvérsias acerca da necessidade ou não de observância do princípio da anterioridade na hipótese de revogação de isenções. Apresentam-se as posições defendidas pela Suprema Corte e pelos doutrinadores brasileiros acerca do assunto, explicitando os argumentos que fundamentam tais entendimentos. Enfim, destaca-se a necessidade de solucionar a celeuma pautando-se na interpretação que confira ao princípio a aplicação mais consentânea ao seu caráter de fundamentalidade no ordenamento jurídico.

## **2 A ANTERIORIDADE TRIBUTÁRIA COMO LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL DO PODER DE TRIBUTAR**

O Estado, tendo em vista o atendimento de suas finalidades precípuas, bem como a viabilização de sua própria manutenção, necessita captar recursos financeiros que possibilitem

o alcance de tais fins. São os tributos a principal fonte estatal de receitas, por meio dos quais o Estado, valendo-se de seu poder coercitivo, intervém no patrimônio dos contribuintes, cobrando-lhes prestações pecuniárias previstas em lei.

Correspondem os tributos, portanto, às chamadas receitas derivadas, quais sejam, aquelas que derivam do poder de autoridade do Estado, que se utiliza de suas prerrogativas, lastreadas na noção de interesse público, para extrair recursos do patrimônio dos particulares. Contrapõem-se essas às receitas originárias, que decorrem da exploração de atividade econômica por parte do Estado, o qual atua, nesse caso, sob o regime de direito privado. (HARADA, 2013, p. 41).

O poder do Estado de impor e exigir tributos das pessoas a ele subordinadas deriva diretamente da Constituição Federal, devendo sempre ser exercido por intermédio de lei. Tal poder de tributar encontra sua justificativa no âmbito da soberania do Estado, conforme preleciona Hugo de Brito Machado (2006, p. 53):

“No exercício de sua soberania o Estado exige que os indivíduos lhe forneçam os recursos de que necessita. Institui o tributo. O *poder de tributar* nada mais é que um aspecto da soberania estatal, ou uma parcela desta.”

Contudo, mais do que uma parcela da soberania estatal, o poder de tributar pode também ser considerado como uma exteriorização do próprio Estado Democrático de Direito, na medida em que tal poder advém do consentimento da população, o que se dá por intermédio da lei. Fala-se em “teoria do tributo consentido, vale dizer, o postulado segundo o qual o sujeito somente é tributado se anuir, se concordar com a tributação, o que se dá com a produção legislativa, dentro de uma democracia representativa”. (FREITAS, 2012, *online*).

Ao tratar do fundamento do poder de tributar, portanto, deve-se ir além da ideia de soberania do Estado, tendo relevância também a noção de consentimento popular, representada pela necessidade de lei, o que conduz à conclusão de ser a relação de tributação uma relação eminentemente jurídica.

É evidente que esse poder estatal, uma vez que atinge diretamente a esfera privada dos contribuintes, especialmente no tocante ao seu direito de propriedade, constitucionalmente garantido (art. 5º, XXII, da CF<sup>[1]</sup>), não pode ser exercido como um poder absoluto e arbitrário, de onde advém a necessidade de limitar-se o seu exercício.

Conforme assevera Aliomar Baleeiro (1977, p. 2), “o sistema tributário movimenta-se sob complexa aparelhagem de freios e amortecedores, que limitam os excessos acaso detriminentos à economia e à preservação do regime e dos direitos individuais”.

Essa necessidade de limitação ganha contornos ainda mais notáveis quando se tem em mente a situação específica de nosso país, em que os contribuintes são submetidos a uma elevada carga tributária, sem que se veja a contrapartida governamental.

Nesse sentido, buscando restringir o poder estatal de impor tributos em face dos contribuintes, o legislador constituinte originário de 1988 estabeleceu na Constituição Federal brasileira, no âmbito do Capítulo “Do Sistema Tributário Nacional”, integrante do Título VI da CF/88, as denominadas “limitações constitucionais do poder de tributar”.

Segundo Machado (2006, p. 286), “em sentido amplo, é possível entender-se como limitação ao poder de tributar toda e qualquer restrição imposta pelo sistema jurídico às entidades dotadas desse poder.”

Tais limitações consubstanciam-se, basicamente, nos princípios e nas imunidades tributárias, dispostos nos artigos 150 a 152 da Constituição Federal. Enquanto as imunidades funcionam como regras de não incidência tributária, os princípios atuam como regras norteadoras da cobrança tributária.

Impende destacar que referidas garantias previstas em nossa Carta Magna, em especial na Seção intitulada “Das Limitações do Poder de Tributar”, constituem um rol meramente exemplificativo, e não exaustivo, como se pode inferir da própria redação do art. 150 da CF/88, que assim se inicia: “sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte [...]”.

Os princípios constitucionais tributários identificam-se, como visto, como normas que limitam o poder de tributar, estabelecendo diretrizes que regulam a cobrança de tributos por parte do Estado, ficando este vinculado à sua obediência. Servem, portanto, como instrumentos de proteção do contribuinte.

Na medida em que a relação de tributação estabelecida entre Estado e contribuinte configura uma relação *jurídica*, e não meramente *de poder*, tal relação tem de se submeter ao regramento jurídico. São os princípios tributários as mais importantes prescrições jurídicas disciplinadoras dessa relação. (MACHADO, 2004, p. 17).

Dentre os mais importantes, pode ser citado o princípio da anterioridade tributária, ao qual se dá destaque no presente trabalho.

Merece menção uma interessante discussão doutrinária, embora ainda pouco explorada. Trata-se da natureza normativa dos princípios constitucionais tributários.

Não obstante seja genericamente utilizada a expressão “princípios tributários”, parcela da doutrina indaga acerca da real natureza de alguns desses princípios constitucionais relativos à tributação, considerando que não seriam propriamente princípios, mas sim regras. Seria esse o caso do princípio da anterioridade.

De acordo com tradicional lição doutrinária, inspirada nos ensinamentos de Robert Alexy, as normas jurídicas podem ser subdivididas em duas espécies: regras e princípios. As primeiras seriam normas que se aplicam na base do “tudo ou nada”, contendo determinações, sendo sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Os últimos, por sua vez, seriam normas passíveis de satisfação em variados graus.

Os princípios, nessa concepção, são considerados como *mandamentos de otimização*, pois “ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes”. (ALEXY, 2008, p. 90).

Pois bem, segundo parte da doutrina, o princípio da anterioridade seria um exemplo de princípio tributário que, em verdade, teria natureza de regra, tendo em vista não ser passível de ponderação, sendo aplicável ou não a determinado caso concreto.

Em sentido oposto, a isonomia, por exemplo, consistiria verdadeiramente em um princípio, na medida em que permitiria a realização de um juízo de ponderação em sua aplicação, conforme esclarece Ricardo Alexandre (2012, p. 80, grifos do autor):

A título de exemplo, a isonomia (tratar igualmente quem é igual, e desigualmente quem é desigual, na proporção das desigualdades havidas) seria um verdadeiro **princípio**, pois pode ser objeto de ponderação, permitindo a concessão de uma isenção que beneficie



grandes empresas para que estas se instalem em regiões subdesenvolvidas, tudo para garantir um objetivo traçado pela própria Constituição, qual seja estimular o desenvolvimento equilibrado entre as diversas regiões do País.

A despeito da discussão acima referida, prefere-se utilizar a nomenclatura tradicional, já comumente consagrada, denominando as limitações constitucionais ao poder de tributar, inclusive a da anterioridade, como “princípios tributários”.

Isso porque o termo “princípio” carrega em si mesmo um importante significado, na medida em que conduz à noção de relevância de um determinado conceito, condizente, portanto, com a magnitude que deve ser dada aos princípios constitucionais tributários. (SAMPAIO, 2010, p. 21).

Apenas alerta-se, portanto, para o fato de não ser utilizado, no presente trabalho, o termo “princípio” no sentido da classificação proposta por Robert Alexy.

## **2.1 Noções gerais sobre o princípio da anterioridade**

No campo do Direito, o princípio da segurança jurídica tem papel de destaque como postulado garantidor da estabilidade das relações sociais, sendo princípio essencial e inerente ao Estado Democrático de Direito, com caráter inclusive de direito fundamental, materializado no art. 5º, inc. XXXVI, da CF/88.

Conforme esclarece Hugo de Brito Machado Segundo (2012, p. 19), a segurança jurídica delimita o alcance do princípio fundamental da justiça, sendo princípio “que impõe a atribuição da maior previsibilidade e estabilidade possível às relações humanas”.

Tal princípio “visa a proteger e preservar as justas expectativas das pessoas. Para tanto, veda a adoção de medidas legislativas, administrativas ou judiciais capazes de frustrar-lhes a confiança que depositam no Poder Público”. (CARRAZZA, 2012, p. 464).

Trata-se de postulado considerado como princípio geral do Direito, com reflexos em todas as áreas que o direito abrange, significando o mínimo de certeza positivada em um ordenamento. (MELO, 2006, *online*).

O campo tributário, como não podia deixar de ser, não fica alheio a essa ideia de segurança jurídica, a qual, ao contrário, assume notável relevância.

Para Ricardo Alexandre (2012, p. 98), “em matéria tributária, o princípio ganha colorido especial, pois, para o contribuinte, não basta a segurança com relação aos fatos passados (irretroatividade da lei), também se faz necessário um mínimo de previsibilidade quanto ao futuro próximo”.

Leonardo Buissa Freitas (2012, *online*), relacionando a tributação com o princípio matriz da dignidade da pessoa humana, confirma a relevância do princípio da segurança jurídica no âmbito tributário:

[...] a tributação fundamentada na segurança jurídica é capaz de respeitar a dignidade da pessoa humana. Surpresas, normalmente desagradáveis, são inconciliáveis com o Estado Democrático de Direito. Costumo expressar que a democracia é um regime monótono, sem surpresas, sem solavancos, sem emoção, eis que tudo já está previsto, anterior e expressamente, nos claros ditames da lei. A

insegurança, por seu turno, é inerente aos regimes de exceção.

É nesse contexto que exsurge o princípio da anterioridade tributária, como um corolário do princípio da segurança jurídica. Ao utilizar-se de seu poder de tributar, o Estado impõe aos cidadãos encargos que recaem diretamente sobre o seu patrimônio, afetando, por conseguinte, o seu próprio sustento. Revela-se, portanto, a necessidade de se proteger os contribuintes diante da inesperada imposição, ou majoração, de tributos.

É preciso que seja dada ao contribuinte uma margem de tempo suficiente para que ele possa se preparar diante de uma nova cobrança, permitindo-lhe a realização de um planejamento econômico, de forma a não ver suas finanças comprometidas pela tributação.

O princípio da anterioridade tributária é o postulado responsável por fornecer essa garantia temporal ao contribuinte, assegurando a ele o prévio conhecimento dos tributos que lhe serão cobrados no exercício financeiro seguinte. Refere-se, portanto, o princípio da anterioridade ao aspecto temporal da cobrança tributária. Nesse sentido, as ponderações de Sabbag (2014, p. 88):

Enquanto o estudo da legalidade tributária leva o aplicador da norma a entender, na tributação, a extensão semântica do vocábulo “como”, a análise da *anterioridade tributária* permitirá ao intérprete captar, em idêntica seara, a dimensão vocabular do termo “quando”. Explicando: a legalidade tributária está para a “causa”, enquanto a anterioridade tributária se liga ao “efeito”; a primeira diz com a resposta à indagação “*o que me imporá o*

*pagamento?*”, enquanto a segunda atrela-se à solução do questionamento “*quando pagarei?*”.

Evita-se, dessa forma, com a aplicação do princípio em tela, que seja o sujeito passivo da obrigação tributária surpreendido com inesperada cobrança, sem que lhe seja concedido um prazo razoável para que possa se planejar economicamente.

Nas palavras de Roque Antonio Carrazza (2012, p. 212), “a anterioridade volta-se para *atos futuros*, dando ao contribuinte a previsibilidade do que o aguarda no próximo exercício financeiro – e, portanto, condições objetivas de se programar e preparar para bem cumprir as novas exigências fiscais”. Por esse motivo, é comum a utilização pela doutrina da denominação *princípio da não surpresa*, ao referir-se ao princípio da anterioridade.

Conclui-se, portanto, que, em matéria tributária, o princípio da anterioridade – ao lado do princípio da irretroatividade – traduz a noção de segurança jurídica, corporificando a ideia de ser garantido aos contribuintes um mínimo de previsibilidade diante de alterações tributárias mais gravosas.<sup>[2]</sup>

Leandro Paulsen (2005, p. 128), indo além desses sentidos de “previsibilidade” e “não surpresa” usualmente associados ao princípio da anterioridade, propõe a noção de “conhecimento antecipado”:

Mais do que previsibilidade e do que não-surpresa, pois, cuida-se de assegurar ao contribuinte **o conhecimento antecipado daquilo que, sendo decorrente de lei estrita devidamente publicada, lhe será com certeza imposto**, incidindo sobre os atos que então venham a ser praticados ou sobre os fatos ou situações que se verifiquem em conformidade

com a previsão legal, após o decurso de noventa dias e a virada do exercício ou apenas do decurso de noventa dias em se tratando de contribuições de seguridade social. (Grifou-se).

Exemplificando seu pensamento, refere-se o mencionado autor a um hipotético caso de tramitação de projeto de lei amplamente discutido nos meios de comunicação. Não haveria que se falar, nesse caso, em evitar a surpresa do contribuinte no que se refere ao aumento da carga tributária, mas, ainda assim, seria a ele garantido um lapso temporal entre a publicação da lei e a cobrança do tributo, a fim de permitir sua preparação financeira para aquilo que já sabe antecipadamente que lhe será imposto.

Nessa concepção, portanto, o princípio da anterioridade seria uma forma de assegurar ao contribuinte o conhecimento antecipado de futuras alterações tributárias.

O princípio da anterioridade encontra-se insculpido na Constituição Federal em seu art. 150, inc. III, al. “b” e “c”, podendo ser classificado em duas espécies: a anterioridade anual, também chamada anterioridade de exercício, e a anterioridade nonagesimal, também denominada anterioridade qualificada, ou mínima.

## **2.2 O princípio da anterioridade anual**

Também chamada de anterioridade comum ou de exercício, a anterioridade anual encontra previsão no art. 150, inc. III, al. “b”, da Constituição Federal de 1988, nos seguintes termos:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

III - cobrar tributos:

[...]

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;

Da análise do dispositivo acima colacionado, depreende-se que os entes federados, ao instituírem ou majorarem tributos por meio de lei – como exige o princípio da legalidade[3]–, somente podem cobrá-los no exercício financeiro seguinte àquele em que a referida lei houver sido publicada.

Por exercício financeiro, deve-se entender o período compreendido entre 1º de janeiro e 31 de dezembro, coincidente com o ano civil comum, conforme dispõe o art. 34 da Lei nº 4320/64, diploma normativo que veiculou normas gerais de Direito Financeiro.

Exemplificando, imagine-se a hipótese de uma Lei X, majoradora de determinado tributo, publicada em 15 de abril de 2014. Pois bem, aplicando-se a anterioridade anual, a referida majoração não poderia ser exigida no transcorrer do exercício financeiro de 2014, só podendo haver a cobrança do tributo majorado a partir de 1º de janeiro de 2015.

Observe-se que o marco temporal que determina a aplicação do referido princípio corresponde à data da publicação da lei instituidora ou majoradora de tributos.

Pelo postulado da anterioridade anual, portanto, a Constituição Federal determina a observância de um certo lapso temporal para que a lei possa começar a produzir seus efeitos, possibilitando a cobrança do gravame tributário, ou seja, há uma postergação ou diferimento da eficácia da lei instituidora ou majoradora de tributos. (CARRAZZA, 2012, p. 213).

Repita-se, o que se adia com a observância da anterioridade é a eficácia da lei tributária instituidora ou majoradora, e não a sua vigência, que pode se dar, inclusive, na data da própria publicação da lei, se ela assim estabelecer.[4]

  imprescindível compreender ainda que, tratando-se de princípio que visa   prote o do contribuinte, a anterioridade não será aplicada aos casos de diminui o ou manuten o da carga tributária, s  tendo lugar quando se tratar de *institui o* ou *majora o* de tributos, como aduz o texto constitucional.

Dessa forma, sobrevindo a publica o de uma lei que extinga determinado tributo, ou o reduza, sua aplica o poderá ser imediata, não havendo que se falar em diferimento de sua eficácia.

Isso porque as mudanças tributárias implementadas, por reduzirem a carga tributária, beneficiam o contribuinte, de forma a não mais subsistir o fundamento justificador da observância do princípio da anterioridade. Não havendo a imposi o de qualquer onerosidade, a produ o imediata de efeitos da lei de nenhuma forma representaria ofensa   segurança jurídica do contribuinte.

A esse propósito, salienta Eduardo Sabbag (2014, p. 93) que: “[...] se de algum modo a lei beneficiar o contribuinte, rechaçado estará o princípio da anterioridade, pois tal postulado milita em favor do contribuinte, e nunca em seu detrimento.”

  nesse sentido que o Supremo Tribunal Federal entende que a atualiza o monetária do valor de um tributo não se sujeita ao princípio da anterioridade, já que mera atualiza o não pode ser confundida com majora o.   pacífica a jurisprudência do STF nesse sentido:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - MATÉRIA TRIBUTÁRIA - SUBSTITUI O LEGAL DOS FATORES DE INDEXA O - ALEGADA OFENSA  S GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO ADQUIRIDO E DA ANTERIORIDADE TRIBUTÁRIA - INOCORRÊNCIA - **SIMPLES ATUALIZA O MONETÁRIA QUE NÃO SE CONFUNDE COM MAJORA O DO TRIBUTO** - RECURSO IMPROVIDO . - Não se revela lícito, ao Poder

Judiciário, atuar na anômala condição de legislador positivo, para, em assim agindo, proceder à substituição de um fator de indexação, definido em lei, por outro, resultante de determinação judicial. Se tal fosse possível, o Poder Judiciário - que não dispõe de função legislativa - passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes. Precedentes . - **A modificação dos fatores de indexação, com base em legislação superveniente, não constitui desrespeito a situações jurídicas consolidadas ( CF , art. 5º , XXXVI ), nem transgressão ao postulado da não-surpresa, instrumentalmente garantido pela cláusula da anterioridade tributária ( CF , art. 150 , III , b ) .** - O Estado não pode legislar abusivamente, eis que todas as normas emanadas do Poder Público - tratando-se, ou não, de matéria tributária - devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do "substantive due process of law" ( CF , art. 5º , LIV ). O postulado da proporcionalidade qualifica-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. Hipótese em que a legislação tributária reveste-se do necessário coeficiente de razoabilidade. Precedentes. (STF, RE-AgR



200844 PR, 2ª T., rel. Min. Celso de Mello, j. 25/06/2002) (Grifou-se).

Da mesma forma, posiciona-se o STF no sentido de que, tratando-se de lei que se limita a alterar o prazo para recolhimento de um tributo, não há exigência de observância do princípio da anterioridade, tendo em vista que, na visão da Suprema Corte, a antecipação do pagamento não agravaria a situação do contribuinte. Confira-se nas decisões abaixo colacionadas:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. ALTERAÇÃO DO PRAZO PARA O RECOLHIMENTO DO TRIBUTO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE. ALEGAÇÃO IMPROCEDENTE.

A regra legislativa que se limita a mudar o prazo de recolhimento da obrigação tributária, sem qualquer outra repercussão, não se submete ao princípio da anterioridade, por não implicar majoração do tributo. Precedentes. (STF, RE-AgR 278557 SP, 2ª T., rel. Min. Maurício Corrêa, j. 21/11/2000)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DESTINADA AO CUSTEIO DA SEGURIDADE SOCIAL. ANTERIORIDADE NONAGESIMAL. REDUÇÃO DO PRAZO DE RECOLHIMENTO. CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES.

1. O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que a alteração do prazo para recolhimento das contribuições sociais, por não gerar criação ou majoração de

tributo, não ofende o Princípio da Anterioridade Tributária [artigo 195, § 6º, CB/88]. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, RE-AgR 295992 SC, 2ª T., rel. Min. Eros Grau, j. 10/06/2008)

Tal entendimento culminou, inclusive, na edição da Súmula nº 669 do STF, de 2003, com os seguintes dizeres: “Norma legal que altera o prazo de recolhimento da obrigação tributária não se sujeita ao princípio da anterioridade”.

Roque Antonio Carrazza (2012, p. 237), em posicionamento essencialmente contrário ao adotado pela Corte Maior, entende que eventuais alterações na forma e no prazo de pagamento de tributos, com reflexos negativos ao contribuinte, devem total observância ao princípio da anterioridade. Embora não haja previsão expressa na CF/88 nesse sentido, tal conclusão decorreria espontaneamente da finalidade inerente à norma que prescreve a anterioridade tributária.

Segundo o referido autor, “alterar *in pejus*, em meio ao exercício financeiro, a forma de pagamento do tributo, e fazer com que ela incida de imediato, é anular, à sorrelfa, as garantias do princípio da anterioridade”. (CARRAZZA, 2012, p. 237).

Cabe ainda fazer menção a um outro entendimento adotado pela Suprema Corte, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4016-2/PR[5], onde restou consagrada a orientação de que o princípio da anterioridade também não alcança a redução ou extinção de desconto previsto legalmente para pagamento de um tributo.

Entendeu o Tribunal que a lei que reduzisse ou suprimisse desconto não poderia ser equiparada à lei majoradora do tributo, podendo, portanto, ter aplicação imediata, sem submeter-se ao princípio da anterioridade tributária.

### **2.2.1 Exceções à anterioridade anual**

Não obstante o inciso III do art. 150 da Constituição estabeleça genericamente vedação à cobrança de “tributos”, o próprio texto constitucional prevê algumas exceções ao princípio da anterioridade anual.

O estabelecimento dessas exceções se justifica à medida que, “em certas circunstâncias relacionadas com políticas públicas sujeitas à volatilidade que caracterizam o mercado internacionalizado, a anterioridade tributária cede espaço às necessidades de controle e de gestão estatais”. (FRANCISCO, 2011, *online*).

Trata-se de tributos que podem ter sua cobrança realizada no mesmo exercício financeiro da publicação da lei que os tenha instituído ou majorado, não havendo necessidade de se aguardar o exercício financeiro seguinte.

Tais exceções encontram-se previstas no § 1º do mesmo artigo, e são as seguintes: imposto de importação (II); imposto de exportação (IE); imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos e valores mobiliários (IOF); imposto sobre produtos industrializados (IPI); imposto extraordinário de guerra e empréstimo compulsório decorrente de calamidade pública ou guerra externa.

Os quatro primeiros impostos citados têm sua excepcionalidade justificada diante do caráter eminentemente extrafiscal que os qualifica, ou seja, diante do fato de serem impostos com objetivos precípuos de intervenção no domínio econômico do país.

As duas últimas exceções acima referidas, por outro lado, justificam-se pela urgência que permeia suas hipóteses de instituição, quais sejam, situações de guerra ou calamidade pública,

diante das quais surge a necessidade de uma rápida arrecadação de recursos.

São ainda ressalvas ao princípio da anterioridade anual as contribuições para financiamento da seguridade social, as quais devem obediência apenas ao prazo nonagesimal previsto pelo art. 195, § 6º, da CF/88.

Completando o rol de exceções à anterioridade anual, a EC nº 33/2001 trouxe outros dois tributos que excepcionam o princípio em questão: a CIDE-combustível, de acordo com o art. 177, § 4º, I, “b” da CF, e o ICMS-combustível, conforme o art. 155, § 4º, IV, “c” da CF. Contudo, em ambos os casos, a anterioridade anual será excepcionada somente quando se tratar da redução e restabelecimento das alíquotas desses tributos.

### **2.3 O princípio da anterioridade nonagesimal**

Diferentemente da anterioridade anual, que sempre esteve presente no texto constitucional de 1988, a anterioridade nonagesimal, também denominada anterioridade qualificada, privilegiada, ou, ainda, mínima, foi introduzida na atual Constituição Federal por intermédio da Emenda Constitucional nº 42/2003, estando prevista na alínea “c” do inciso III do art. 150:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

III - cobrar tributos:

[...]

c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b;

De acordo com esse princípio, sendo editada uma lei instituidora ou majoradora de tributos por qualquer dos entes federados, sua produção de efeitos só poderá ocorrer após 90 (noventa) dias da data de sua publicação, ou seja, haverá a postergação da eficácia da lei por um período de 90 dias – a chamada “noventena”.

Percebe-se, portanto, que as anterioridades nonagesimal e anual diferenciam-se, basicamente, pela distância temporal estabelecida na CF/88 entre a publicação da lei e a exigência da exação tributária: 90 dias, no primeiro caso, e o exercício financeiro seguinte, no segundo caso. Nesse sentido, esclarece Eduardo Sabbag (2014, p. 93):

Evidencia-se que o princípio da anterioridade, nas duas alíneas, dispõe sobre um átimo de tempo que deve intermediar a data da lei instituidora ou majoradora do gravame e a data de cobrança do tributo. Tal espaço se abre para duas exigências temporais, com dupla “espera” a ser cumprida no tempo: a anual e a nonagesimal.

No texto original da Constituição Federal de 1988, já constava previsão de exigência de um lapso temporal de 90 dias entre a publicação da lei e a cobrança do tributo, mas referida previsão restringia-se às contribuições para financiamento da seguridade social.

Trata-se do art. 195, § 6º, da CF/88, até hoje em vigor, com o seguinte teor:

§ 6º - As contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, "b".

No que diz respeito aos demais tributos, portanto, vigorava no ordenamento apenas o princípio da anterioridade anual, o qual acabou por se mostrar, na prática, insuficiente para a proteção do contribuinte. Isso porque:

[...] sendo exigida apenas a anterioridade anual, era comum a edição de leis nos últimos dias do ano (muitas vezes no próprio dia 31 de dezembro) e, para espanto de uma análise material da confiança legítima, a jurisprudência brasileira se conformava com o respeito apenas formal à anterioridade, de modo que essa lei de 31 de dezembro já começa a ter eficácia jurídica para fatos tributáveis que acontecessem no dia seguinte. (FRANCISCO, 2011, *online*).

Exemplificando, pautando-se apenas no princípio da anterioridade anual, uma lei publicada em 30 de dezembro de 2002 poderia ser cobrada já em 1º de janeiro de 2003, o que acabava por deturpar o sentido da disposição constitucional, já que não assegurava prazo razoável para que o contribuinte pudesse se planejar economicamente diante da alteração tributária.

Com o advento da EC nº 42/2003, foi incluída no texto constitucional a alínea “c” do inciso III do art. 150, em redação muito parecida àquela do art. 195, § 6º, garantindo, enfim, a aplicação da noventena aos tributos em geral.

Vê-se, dessa forma, que a anterioridade nonagesimal surgiu como forma de reforçar a anterioridade anual, não havendo outra conclusão a se chegar senão aquela que impõe a conjugação dos dois princípios. A aplicação então ocorrerá da seguinte forma:

[...] deverá a lei instituidora ou majoradora de tributo aguardar o próximo exercício financeiro e, se este tempo de espera for inferior a noventa dias, deverá também aguardar que se complete o nonagésimo dia para que tenha força

vinculante. Por outro lado, se passados noventa dias e não adentrado em novo exercício financeiro, deverá aguardar o período de tempo suficiente para tanto. (DINIZ, 2008, p. 51).

A própria Constitui o Federal, na parte final da reda o do art. 150, III, “c”, não deixou d vidas quanto   aplica o cumulativa das duas vertentes da anterioridade, ao dispor que deve ser “observado o disposto na alínea b”.

### **2.3.1 Exce o es   anterioridade nonagesimal**

Tal como ocorre com o princípio da anterioridade anual, também a anterioridade nonagesimal tem sua aplica o ressalvada diante de alguns tributos, por expressa determina o constitucional.

O art. 150,   1 , da CF/88 dispõe que não se submetem   anterioridade nonagesimal os seguintes gravames: imposto de importa o (II); imposto de exporta o (IE); imposto sobre opera o es de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos e valores mobiliários (IOF); imposto de renda (IR); imposto extraordinário de guerra; empréstimo compulsório decorrente de calamidade pública ou guerra externa; base de cálculo do imposto sobre a propriedade de veículos automotores (IPVA) e do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU).

Interessante notar a inclusão do IR nesse rol – mesmo sendo um imposto tipicamente fiscal, ou seja, com finalidade eminentemente arrecadatória –, bem como a exclusão do IPI da lista de exce o es.

A esse respeito, oportuna a li o de Silvia Paula Alencar Diniz (2008, p. 57), criticando a inser o do imposto de renda no mencionado rol:

Após um raciocínio lógico, vendo que tal imposto não possui caráter extrafiscal, só se

poderia concluir pela sua inclusão no rol dos que devem respeito à soma das anterioridades. Não obstante a clareza da matéria, tal razão não surgiu ao legislador constituinte derivado, que preferiu excepcioná-lo da anterioridade nonagesimal [...] Portanto, restou constitucionalmente consagrada uma das maiores violações à segurança jurídica dos contribuintes, tendo em vista a magnitude e abrangência do imposto sobre a renda, fazendo prevalecer a surpresa sobre a segurança nas relações jurídicas.

No que concerne ao IPI, adequados os esclarecimentos de Ricardo Alexandre (2012, p. 110, grifos do autor):

**Parte da doutrina já classifica o IPI como um imposto fiscal. Aliás, entre os impostos, é o segundo maior arrecadador federal** (o maior é o imposto de renda). (...) Sendo o IPI tratado como fonte de arrecadação, foi necessário criar um mecanismo de defesa para o contribuinte contra as majorações repentinas de sua incidência. Atento à questão, o legislador constituinte derivado, ao estender o princípio da noventena para a maioria dos tributos, **não excetuou o IPI, que passou a ser o único dos impostos ditos reguladores cujos efeitos das majorações porventura realizadas estão sujeitos a prazo (noventena).**

Realizando uma análise comparativa entre as exceções estabelecidas para os princípios da anterioridade anual e nonagesimal, percebe-se que cinco tributos excepcionam concomitantemente os dois postulados. São eles: II, IE, IOF,



imposto extraordinário de guerra e empréstimo compulsório decorrente de calamidade pública ou guerra externa.

Referidos tributos, portanto, uma vez majorados ou instituídos, são passíveis de imediata exigência, não havendo que se esperar qualquer prazo para a realização de sua cobrança, tendo em vista que a lei instituidora ou majoradora prontamente incide.

#### **2.4 Distinção entre o princípio da anterioridade anual e o princípio da anualidade**

Não há que se confundir o princípio da anterioridade tributária anual com o antigo princípio da anualidade tributária.

Historicamente, a Constituição Imperial de 1824 já fazia referência ao princípio da anualidade, em seu art. 171, ao dispor que as contribuições diretas fossem *anualmente estabelecidas* pela Assembleia Geral. (HOFFMANN; BERKENBROCK, 2003, *online*).

Mas foi na Constituição de 1946, mais precisamente, que o princípio encontrou formulação expressa, em seu art. 141, § 34.<sup>[6]</sup> Segundo essa previsão, a cobrança de tributos em dado exercício financeiro estava condicionada à prévia autorização orçamentária. Essa previsão teria de ser *anualmente renovada*, daí o nome dado ao princípio.

Dessa forma, cabia ao Poder Legislativo, mediante previsão no orçamento, permitir a cobrança de determinado tributo, tendo o princípio, portanto, “um sentido nitidamente democrático” (MACHADO, 2006, p. 60), considerando-se o caráter de representatividade popular que marca esse Poder. A sistemática funcionava da seguinte forma:

[...] nenhum tributo podia ser exigido sem que a lei instituidora ou majoradora tivesse

obtido, antecipadamente, a autorização orçamentária. Assim, em primeiro lugar, publicava-se a lei tributária; após, como *conditio sine qua non*, obtinha-se a prévia autorização orçamentária; com esta, a lei não mais poderia ser alterada. Diante disso, a **arrecadação de um novo tributo ou um aumento dos já existentes, eventualmente não inscritos na lei orçamentária, demandaria a espera do próximo orçamento, a fim de fazer nele constar tais medidas remodeladoras.** (SABBAG, 2014, p. 91, grifou-se).

Ainda durante a vigência da Constituição de 1946, na qual estava prevista a regra da anualidade, foram editadas as Súmulas 66 e 67 no STF, elaboradas no ano de 1963. A primeira prescreveu o seguinte: “É legítima a cobrança do tributo que houver sido aumentado após o orçamento, mas antes do início do respectivo exercício financeiro”. Dessa forma, passou-se a admitir a cobrança de um tributo, ainda que a sua lei majoradora surgisse posteriormente à lei orçamentária, desde que essa mesma lei fosse anterior ao exercício financeiro.

A Súmula 67, por sua vez, possui o seguinte teor: “É inconstitucional a cobrança do tributo que houver sido criado ou aumentado no mesmo exercício financeiro”.

Conforme esclarece Luciano Amaro (2011, p. 145, grifos do autor), “essas duas súmulas praticamente *reescreveram* o princípio constitucional [da anualidade]. O que passou a ser relevante, para legitimar a aplicação do tributo em cada exercício, é a *anterioridade da lei em relação ao exercício* [...]”.

Seguindo essa orientação da Suprema Corte, surgiu a Emenda Constitucional nº 18, de 1965, que suprimiu o princípio da anualidade e, ao mesmo tempo, introduziu o princípio da anterioridade tributária no ordenamento jurídico brasileiro. Por esses motivos, a doutrina costuma apontar que o surgimento do princípio da anterioridade se deu em substituição ao princípio da anualidade.

A Constituição de 1967 reintroduziu o princípio da anualidade no ordenamento, mas por pouco tempo, tendo em vista que a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, novamente o aboliu, dessa vez de forma definitiva. A atual Constituição Federal de 1988 não acolheu esse princípio, pelo menos no que se refere à esfera tributária, consagrando apenas o princípio da anterioridade.

A esse propósito, no entendimento de Hugo de Brito Machado (2004, p. 100), andou mal o legislador constituinte de 1988 ao não restabelecer o princípio da anualidade, tendo em vista ser um “notável instrumento de fortalecimento do Poder Legislativo, de raízes profundamente democráticas”.

Pelo exposto, percebe-se que, a despeito de servirem tanto a anualidade quanto a anterioridade como instrumentos de proteção do contribuinte, não há como confundir os dois princípios.

Enquanto o princípio da anualidade tem estrita ligação com a lei orçamentária, o princípio da anterioridade fica totalmente desvinculado da mencionada lei. (SANTOS JÚNIOR, 2010, p. 212).

A anterioridade anual significa que nenhum tributo será cobrado no mesmo exercício em que foi publicada a lei que o instituiu ou aumentou. Após esse lapso temporal, a cobrança poderá ocorrer, nos anos seguintes, indefinidamente. Já a anualidade é diferente, tendo em vista que, “além da lei de criação ou aumento do imposto [ou de outro tributo], há necessidade de

previsão da cobrança no orçamento de cada ano. A previsão de cobrança, na lei orçamentária anual, é indispensável”. (MACHADO, 2006, p. 61).

Ademais, conforme visto, não mais se cogita do princípio da anualidade no Brasil em âmbito tributário, subsistindo apenas o princípio da anterioridade. Repita-se: em âmbito tributário. Na seara do Direito Financeiro, não há dúvidas acerca da existência do princípio da anualidade orçamentária, o qual não se confunde com a anualidade tributária. (HARADA, 2013, p. 77).

Cabe ainda registrar a existência de entendimento doutrinário, embora de forma minoritária, no sentido da sobrevivência da anualidade no sistema constitucional tributário brasileiro.

Os defensores de tal posicionamento sustentam-se na ideia de que a anualidade tributária decorreria da anualidade orçamentária, permanecendo em nosso ordenamento jurídico, ainda que não expressamente prevista na CF/88, tendo em vista conferir maior garantia e proteção aos contribuintes, enquanto limitação constitucional ao poder de tributar. (MACHADO, 2006, p. 61).

## **2.5 O princípio da anterioridade como direito fundamental do contribuinte**

Os direitos fundamentais, embora estejam, em sua maioria, catalogados no art. 5º da Constituição Federal, podem também ser encontrados em dispositivos esparsos do texto constitucional, não havendo qualquer impedimento para isso. O próprio artigo 5º, em seu § 2º, não deixa dúvidas quanto a tal entendimento, à medida em que dispõe que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do

regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Ora, conclui-se, então, que o rol de direitos fundamentais não é taxativo, sendo perfeitamente possível a existência de outros desses direitos difusamente previstos no texto constitucional. (SAMPAIO, 2010, p. 142).

O princípio constitucional da anterioridade tributária constitui, sem dúvidas, um direito fundamental do cidadão-contribuinte. Sendo uma das limitações constitucionais do poder de tributar, o princípio em questão representa importante recurso protetivo, colocado à disposição do contribuinte pelo legislador constituinte, em face da ingerência do poder estatal em seu patrimônio privado.

Como já se teve a oportunidade de se analisar, a anterioridade tributária possui estreita ligação com o princípio da segurança jurídica, o qual é essencial ao Estado Democrático de Direito. É esse princípio “que lhe serve de apoio e lhe revela as reais dimensões”. (CARRAZZA, 2012, p. 212).

Sendo, portanto, o princípio da anterioridade um instrumento de efetivação da segurança jurídica em matéria tributária, é patente a sua relevância perante a sociedade, de onde advém o seu caráter de fundamentalidade.

Referido entendimento já foi inclusive chancelado pelo STF, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939-7/DF. Nesta ação, cujo relator foi o então Ministro Sydney Sanches, a Suprema Corte apreciou a constitucionalidade da Emenda Constitucional n

º 3/93, a qual estabelecia a não aplicação do princípio da anterioridade anual (art. 150, III, “b”) em relação à instituição do

antigo IPMF pela União. Confira-se abaixo trecho da ementa do julgamento:

**EMENTA: [...] 2. A Emenda Constitucional n. 3, de 17.03.1993, que, no art. 2., autorizou a União a instituir o I.P.M.F., incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2. desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica "o art. 150, III, b e VI", da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): 1. - o princípio da anterioridade, que e garantia individual do contribuinte (art. 5., par.2., art. 60, par.4., inciso IV e art. 150, III, b da Constituição); 2. - o princípio da imunidade tributária recíproca (que veda a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços uns dos outros) e que e garantia da Federação (art. 60, par.4., inciso I, e art. 150, VI, a, da C.F.) (STF, ADI 939 DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Sydney Sanches, j. 15/12/1993) (Grifou-se).**

Vê-se que o STF reconheceu o princípio da anterioridade como uma garantia individual do contribuinte – e, portanto, garantia fundamental. A decisão acima colacionada é considerada um importante marco em matéria tributária, tendo em vista que, pela primeira vez, o STF conferiu a um princípio tributário caráter de norma inalterável, verdadeira cláusula pétrea, estando, portanto, restrita aos limites impostos pelo art. 60, § 4º<sup>[7]</sup>, da Constituição Federal.

Destarte, daí se concluir pela impossibilidade de vir a surgir emenda constitucional tendente a abolir o princípio da anterioridade, em quaisquer de suas vertentes, uma vez que tal princípio está incluso nas matérias que compõem o núcleo imodificável do texto constitucional.

### 3 EXCLUSÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Uma vez ocorrido o fato gerador, com a materialização, no mundo dos fatos, da hipótese de incidência prevista em lei, surge a obrigação tributária. Contudo, nesse momento, não pode ainda o Estado exigir do contribuinte a prestação pecuniária correspondente a essa obrigação.

Isso porque a obrigação tributária somente adquire exigibilidade por intermédio da realização do lançamento pela autoridade administrativa, ocasião na qual se dá a constituição do crédito tributário.

Conforme Hugo de Brito Machado Segundo (2012, p. 55), “[...] o lançamento aperfeiçoa a relação tributária preexistente, conferindo-lhe efeitos jurídicos em grau máximo, tornando-se líquida, certa e exigível. A partir de então, a obrigação tributária passa a ser chamada de *crédito tributário*”.

Representa, portanto, o crédito tributário o momento de exigibilidade da obrigação tributária, consistindo na “formalização da relação jurídica tributária, possibilitando ao Fisco, como sujeito ativo, exigir do sujeito passivo, contribuinte ou responsável, o cumprimento da obrigação tributária principal da qual decorre”. (ROSA JUNIOR, 1997, p. 519).

O Código Tributário Nacional, em seu art. 175, prevê hipóteses nas quais o crédito tributário poderá ser excluído, ficando,

então, os contribuintes desonerados de deveres patrimoniais. Trata-se dos institutos da anistia e da isenção.

Por exclusão do crédito tributário, deve-se entender a impossibilidade de sua constituição. Ou seja, uma lei isentiva ou anistiadora obsta a ocorrência do lançamento de dado tributo ou multa, de forma a inviabilizar o nascimento do crédito tributário.

Ambas as hipóteses de exclusão do crédito tributário referem-se apenas à obrigação tributária principal, não atingindo as obrigações tributárias acessórias, as quais permanecem incólumes, de acordo com expressa previsão do art. 175, parágrafo único, do CTN.

À vista disso, “caso haja a concessão de isenção do ICMS (obrigação principal), a norma isentante não implica a dispensa da emissão de nota fiscal (obrigação acessória)”. (SABBAG, 2014, p. 921).

Impende destacar que a anistia e a isenção devem sempre ser veiculadas por meio de lei, em sentido estrito. É isso que prevê o art. 97 do CTN, em seu inciso VI, o qual dispõe que “somente a lei pode estabelecer: as hipóteses de **exclusão**, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades”. (Grifou-se).

Referido artigo corporifica o princípio da reserva legal em matéria tributária, também chamado princípio da estrita legalidade ou da tipicidade fechada, estabelecendo matérias que somente podem ser tratadas por meio de lei. Tal princípio é considerado pela doutrina como um corolário do princípio da legalidade, em sentido amplo, previsto no art. 150, inciso I, da CF/88.

Ampliando essa exigência da reserva legal, o art. 150, § 6º, da Constituição Federal assim dispõe:



§ 6.º Qualquer subsídio ou **isenção**, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, **anistia** ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, **só poderá ser concedido mediante lei específica**, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g. (Grifou-se).

Dessa forma, para que seja concedida uma isenção ou anistia, exige-se não apenas lei, mas lei específica, que trate exclusivamente do benefício fiscal a ser concedido ou do tributo em questão.

Tal exigência surgiu por meio da Emenda Constitucional nº 3, do ano de 1993, no intuito de impedir prática que se tornou comum no âmbito legislativo, qual seja, instituir benefícios fiscais em leis que tratam de matéria não tributária, com o objetivo de ocultá-los. (ALEXANDRE, 2012, p. 137). Como esclarece Kiyoshi Harada (2011, *online*):

Durante a vigência da ordem constitucional antecedente era usual as três entidades políticas (União, Estados/DF e Municípios) concederem incentivos, principalmente, os de natureza tributária no bojo de uma lei genérica cuidando de diversas matérias, o que facilitava a ação dos lobistas interessados na redução ou exoneração da carga tributária. Não havia, pois, transparência nesse tipo de renúncia de receita pública, que nem sempre atendia ao interesse público.

A regra constitucional veio, portanto, para “coibir velho hábito que induzia nosso legislador a enxertar benefícios tributários casuísticos no texto de leis, notadamente as orçamentárias, no curso do respectivo processo de elaboração [...]”. (STF, ADI-MC 1379/AL, Tribunal Pleno, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 24/04/1996).

Busca-se, dessa maneira, em sentido mais amplo, o combate à renúncia de receitas pelos entes federados, por meio da vedação de lei autorizativa de anistia ou isenção de forma genérica, ou em branco. (ROSA JUNIOR, 1997, p. 590).

Sobre as hipóteses de exclusão, vale ainda ressaltar que apenas o ente federado que detém a competência – constitucionalmente estabelecida – para instituir determinado tributo, ou impor determinada penalidade, terá a possibilidade de isentá-lo ou anistiá-la. Oportunas as palavras de Búrigo (2008, p. 66):

Em função da autonomia de que gozam os entes federados e considerando que a instituição do tributo não se dá pela própria Constituição (como visto, ela distribui as competências aos entes federados para que estes o façam), deduz-se então que o poder de conceder isenções incumbe àquele que institui o tributo respectivo.

Dessa forma, somente a União é competente para instituir isenção de tributo federal, bem como somente aos Estados cabe isentar tributos estaduais, e aos Municípios, tributos municipais.

Nesse sentido, o art. 151, inciso III, da Constituição Federal estabelece ser defeso à União “instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios”. Veda-se, portanto, a existência de isenções heterônomas, quais sejam, aquelas concedidas por ente político

diverso daquele que detém a competência para instituir o tributo correspondente.

Passa-se agora à análise específica das duas espécies de exclusão do crédito tributário, com especial foco no instituto da isenção.

### 3.1 Anistia

A anistia é hipótese de exclusão do crédito tributário que atua no campo das penalidades pecuniárias. Dessa forma, uma lei anistiadora existe para impedir a constituição de crédito tributário decorrente de uma multa. Na lição de Hugo de Brito Machado (2006, p. 247):

O cometimento de infração à legislação tributária enseja a aplicação de penalidades pecuniárias, multas, e estas ensejam a constituição do crédito tributário correspondente. Pela anistia, o legislador extingue a punibilidade do sujeito passivo infrator da legislação tributária, impedindo a constituição do crédito.

Funciona, portanto, a anistia como um perdão a ser concedido por lei àqueles que cometeram infrações tributárias, desonerando-os do pagamento das penalidades pecuniárias correspondentes.

O instituto da anistia não pode ser confundido com o da remissão. Sendo uma modalidade de exclusão do crédito tributário, a anistia somente pode ser concedida antes da constituição do crédito relativo à penalidade pecuniária. Se já houver sido realizado o lançamento pelo Fisco, só haverá possibilidade de concessão de remissão, modalidade de *extinção* do crédito tributário.

Ademais, a remissão pode extinguir o crédito tributário referente tanto à penalidade pecuniária quanto ao próprio tributo, enquanto a anistia exclui apenas o crédito decorrente de penalidades.

Ressalte-se que, segundo o art. 180 do CTN, “a anistia abrange exclusivamente as infrações cometidas anteriormente à vigência da lei que a concede [...]”.

Da análise do dispositivo legal, infere-se que a lei concessiva de anistia não pode ser aplicada às infrações tributárias que ocorram posteriormente à sua entrada em vigor, visto que apenas alcança situações pretéritas, de maneira retroativa.

É possível concluir, ante o exposto, que somente poderão ser beneficiados pelo instituto da anistia aqueles que já tenham cometido a infração tributária e, ainda, que não tenham sido punidos pelo Fisco.

## **3.2 Isenção**

Como ensina Pontes de Miranda (1987, p. 429), o termo “isenção” advém das expressões latinas “exemptio” ou “eximere”, significando tirar, liberar, eximir. Cuida-se, portanto, de instituto ligado à ideia de desobrigação tributária. Serão apreciadas, no presente tópico, algumas das principais questões relativas a essa figura jurídica.

### **3.2.1 Noções gerais**

A isenção, diferentemente da anistia, é instituto que exclui o crédito tributário referente ao próprio tributo, e não à penalidade pecuniária.

Não obstante ambas as hipóteses sejam formas de privilégio fiscal concedidas aos contribuintes, na medida em que

exoneram o pagamento do tributo (no caso da isenção) ou da multa (no caso da anistia), a instituição de cada uma delas é justificada em diferentes contextos. Nesse sentido, confira-se a lição de Sabbag (2014, p. 919):

É fato que o motivo que leva o legislador a pretender isentar um tributo não é o mesmo que o move a anistiar uma penalidade. A isenção justifica-se no plano socioeconômico da realidade social que a avoca, enquanto a anistia encontra motivação no intuito do legislador em retirar o timbre de impontualidade do inadimplente da obrigação tributária.

Ao instituir uma isenção, portanto, o legislador encontra-se sustentado por motivos socioeconômicos ou sociopolíticos. Exemplificando, poder-se-ia imaginar a hipótese de concessão de isenções – por lei municipal – a empresas que venham a se instalar no território do município, como uma forma de atrair investimentos.

Ao contrário da anistia, que, conforme visto, tem aplicação retrospectiva, atingindo apenas situações anteriores à lei anistiadora, a isenção produz efeitos prospectivos, na medida em que somente pode abranger fatos geradores posteriores à lei isentiva.

Isso ocorre exatamente em razão de a isenção ser instituto que se refere a tributos, e não a multas, devendo, desta feita, obediência ao princípio da irretroatividade (art. 150, inc. III, al. “a”, CF/88), como qualquer outra lei tributária.

De acordo com os dizeres do art. 177 do CTN, a isenção, em regra, não atinge as taxas e as contribuições de melhoria, bem como não alcança os tributos instituídos depois de sua concessão. Oportuno salientar que referidas regras não são absolutas, uma vez

que o próprio texto legal permite disposição expressa de lei em sentido contrário.

No primeiro caso, relativo às taxas e contribuições de melhorias, a não extensão da isenção justifica-se por se tratar de tributos vinculados, com natureza contraprestacional, ou retributiva. Diante de tal natureza, “o sujeito passivo é, portanto, diretamente beneficiado pela situação definida em lei como fato gerador, de forma a tornar regra a não extensão do benefício a tais tributos”. (ALEXANDRE, 2012, p. 471).

No segundo caso, limita-se o alcance da isenção aos tributos já existentes no momento da edição da lei isentiva, não abrangendo aqueles que ainda venham a ser criados, ou seja, tributos novos. Tal regra decorre do fato de ser exigida lei específica (art. 150, § 6º, CF) para a sua instituição, não podendo a isenção genericamente abranger tributos que ainda nem mesmo existem. (ALEXANDRE, 2012, p. 471).

No que concerne à sua natureza jurídica, e, conseqüentemente, à sua própria conceituação, a isenção suscita vasta divergência doutrinária. Analisar-se-á a seguir construções teóricas que se propuseram a definir o instituto, possibilitando uma melhor compreensão do assunto.

### **3.2.2 Conceito de isenção**

A conceituação das isenções, no âmbito doutrinário, é centro de tormentosa divergência, existindo diversas teorias que se propõem a definir esse instituto e a identificar sua natureza jurídica. Deter-se-á este estudo em duas correntes teóricas principais que abordam o tema, quais sejam: as correntes clássica e moderna.

Tais correntes se diferenciam, basicamente, de acordo com o entendimento acerca da incidência ou não incidência da norma de tributação, no momento da instituição de uma isenção.

De acordo com a doutrina clássica ou tradicional, encabeçada por Rubens Gomes de Souza, a isenção deve ser entendida como a dispensa legal do pagamento de um tributo. Ter-se-ia situação na qual é verificada a ocorrência do fato gerador, concretizando a hipótese legal de incidência, bem como o surgimento da obrigação tributária.

Esse é o entendimento de Amílcar de Araújo Falcão (1960, p. 69). Segundo esse autor, com a isenção, “ocorre o fato gerador: o legislador, entretanto, se limita a determinar a inexigibilidade do débito assim surgido”.

O que se impede, segundo essa corrente doutrinária, é apenas a realização do lançamento, ou seja, a constituição do crédito tributário, por intermédio de um favor legal. Haveria, portanto, primeiramente, a incidência da norma de tributação, e, após, a dispensa do pagamento do tributo por meio de lei.

Assim também se posiciona Rosa Junior (1997, p. 584, grifos do autor):

No conceito clássico *isenção* significa a dispensa do pagamento do tributo que é devido, uma vez que o fato gerador ocorre, dá-se a incidência tributária, instaura-se a relação jurídica tributária e existe obrigação tributária. Se há incidência, o tributo é devido, mas a lei dispensa o contribuinte do seu pagamento. Assim, o crédito tributário não se constitui, pois o lançamento não se efetiva por ser a isenção causa de exclusão do crédito tributário.

É esse o entendimento que, já há muito tempo, vem sendo adotado pelo STF, conforme se vê nas ementas abaixo colacionadas:

EMENTA: Icm. Isenção. [...] A expressão 'incidira' pressupõe que o estado-membro, como decorre do caput desse artigo 23, tenha instituído, por lei estadual, esse imposto, e nada impede, evidentemente, que ele conceda, também por lei estadual, **isenção, que, alias, pressupõe a incidência, uma vez que ela - no entendimento que é o acolhido por este tribunal - se caracteriza como a dispensa legal do pagamento de tributo devido.** Recurso extraordinário não conhecido. (STF, RE 11371/SP, 1ª T., rel. Min. Moreira Alves, j. 26/06/1987) (Grifou-se).

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 268, DE 2 DE ABRIL DE 1990, DO ESTADO DE RONDÔNIA, QUE ACRESCENTOU INCISO AO ARTIGO 4º DA LEI 223/89. INICIATIVA PARLAMENTAR. NÃO-INCIDÊNCIA DO ICMS INSTITUÍDA COMO ISENÇÃO. VÍCIO FORMAL DE INICIATIVA: INEXISTÊNCIA. EXIGÊNCIA DE CONVÊNIO ENTRE OS ESTADOS E O DISTRITO FEDERAL.

[...]

2. A não-incidência do tributo equivale a todas as situações de fato não contempladas pela regra jurídica da tributação e decorre da abrangência ditada pela própria norma.

**3. A isenção é a dispensa do pagamento de um tributo devido em face da ocorrência**



**de seu fato gerador.** Constitui exceção instituída por lei à regra jurídica da tributação.

4. A norma legal impugnada concede verdadeira isenção do ICMS, sob o disfarce de não-incidência. (STF, ADI 286/RO, Tribunal Pleno, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 22/05/2002) (Grifou-se).

Entende, portanto, a Suprema Corte, seguindo a linha de pensamento da doutrina tradicional, que a isenção pressupõe a incidência da norma tributária, enquadrando-a no conceito clássico de “dispensa legal do pagamento de tributo devido”.

Em sentido contrário, a doutrina tributarista moderna apregoa que, na hipótese de instituição de uma isenção, não há a incidência da norma jurídica tributária. Diante disso, restaria impedida a ocorrência do fato gerador e o nascimento da obrigação tributária.

Para os adeptos dessa corrente, a isenção atuaria no plano normativo, e não no plano fático (TORRES, 2003, p. 273), de forma a impedir a incidência da norma impositiva da tributação. Nessa esteira, impossível seria a constituição do crédito tributário.

Alfredo Augusto Becker (2002, p. 305), contestando a definição clássica, entende que, na hipótese de uma isenção, a norma jurídica de tributação não chega a incidir, por lhe faltar, ou exceder, um dos elementos que compõem a sua hipótese de incidência, necessários à sua realização. Em suas palavras, “a regra jurídica de isenção incide para que a de tributação não possa incidir”.

Continua ainda o referido autor: “A realização da hipótese de incidência da regra jurídica de isenção, faz com que esta regra

jurídica incida justamente para negar a existência de relação jurídica tributária”. (BECKER, 2002, p. 306).

José Souto Maior Borges, inspirado nas lições de Becker, igualmente critica o entendimento clássico. Em sua obra “Isenções Tributárias”, a teoria tradicional sofre seu mais forte abalo.

Para Borges (1969, p. 164), não existe obrigação tributária principal na relação jurídica de isenção. A isenção deve ser estudada por seu aspecto mais amplo: o de não incidência. Divide, então, o autor a não incidência em duas espécies:

I) **pura e simples**, a que se refere a fatos inteiramente estranhos à regra jurídica de tributação, a circunstâncias que se colocam fora da competência do ente tributante;

II) **qualificada**, dividida em duas subespécies: a) não-incidência por determinação constitucional ou imunidade tributária; b) não-incidência decorrente de lei ordinária – a regra jurídica de isenção (total). (BORGES, 1969, p. 154, grifos do autor).

Consiste, portanto, a isenção, na visão do mencionado autor, em uma hipótese de “não incidência legalmente qualificada”. Esclareça-se: a não incidência, nesse caso, é da norma jurídica de tributação.

Segundo Roque Antonio Carrazza (2012, p. 983, grifos do autor), “soa absurdo que a lei tributária que concede uma isenção dispense o pagamento do tributo. Afinal, a lei de isenção é logicamente *anterior* à ocorrência do fato que, se ela não existisse, aí, sim, seria *imponível*”.

Luciano Amaro (2011, p. 309, grifos do autor), criticando a doutrina clássica, defende que “dispensa legal de tributo devido é conceito que calharia bem para a *remissão* (ou perdão) de tributo, nunca para a isenção. Aplicado à isenção, ele suporia que o fato isento fosse tributado, para que, *no mesmo instante*, o tributo fosse dispensado pela lei”.

Ante o exposto, pode-se notar que os doutrinadores que se filiam à teoria moderna, criticando a noção de uma “obrigação que não obriga” (TORRES, 2003, p. 274), consideram, em sua maioria, a isenção como uma hipótese de não incidência tributária, criada por meio de lei, portanto, “legalmente qualificada”.[\[8\]](#)

Hugo de Brito Machado (2006, p. 241, grifos do autor), seguindo a linha da doutrina moderna, preconiza que a isenção “*exclui* o próprio fato gerador. A lei isentiva retira uma parcela da hipótese de incidência da lei de tributação. Isenção, portanto, não é propriamente *dispensa* de tributo devido”.

Entretanto, diferentemente da maioria dos doutrinadores que adotam a corrente moderna, o referido autor situa a isenção *fora* do campo da não incidência tributária, distinguindo os dois institutos. Enquanto a não incidência seria tudo aquilo que não está abrangido pela hipótese de incidência, a isenção configuraria uma exceção à regra jurídica de tributação.

Segundo o seu pensamento, a isenção não se confundiria nem mesmo com a denominada não incidência juridicamente qualificada,

[...] por ser [esta última] mera explicitação que o legislador faz, para maior clareza, de que não se configura, naquele caso, a hipótese de incidência. A rigor, a norma que faz tal explicitação poderia deixar de existir sem que

nada se alterasse. Já a norma de isenção, porque retira parcela da hipótese de incidência, se não existisse o tributo seria devido. (MACHADO, 2006, p. 242).

Impende salientar que parcela da doutrina entende que o Código Tributário Nacional teria acolhido a concepção clássica de isenção – dispensa legal do pagamento de tributo –, tendo em vista ter o mencionado diploma legal classificado o instituto como uma modalidade de exclusão do crédito tributário. Poder-se-ia supor, nesse sentido, que, ao fenômeno da isenção, estaria subjacente uma obrigação tributária, cujo crédito teria sido dispensado. (AMARO, 2011, p. 309).

Entretanto, o próprio Rubens Gomes de Souza, grande defensor da teoria clássica, e autor do anteprojeto do qual se originou o CTN, reconheceu que o Código se manteve neutro no tocante a essa discussão. Afinal,

[...] pela leitura do CTN, tanto se pode afirmar que a isenção exclui o crédito tributário porque dispensa o pagamento daquele que já se formou pela ocorrência do fato gerador, como se pode dizer que a exclusão decorre da circunstância de que o crédito não chegou a se constituir, porque a norma impositiva estava suspensa. (TORRES, 2003, p. 274).

No mesmo sentido, oportunas as palavras de Borges (1969, p. 167), entendendo que “incluir a isenção entre as causas de exclusão do crédito não implica necessariamente em excluí-la das hipóteses de inexistência da própria obrigação tributária”.

Ressalte-se ainda que, além das teorias aqui expostas, outras subsistem com o mesmo objetivo de desvendar a natureza

jurídica das isenções, o que demonstra quão árdua é a conceituação desse instituto em âmbito doutrinário.

### *3.2.2.1 Uma análise à luz da Teoria Geral do Direito*

Os tributaristas, em geral, costumam se debruçar sobre o debate acerca da natureza jurídica das isenções, analisando o problema da incidência ou não incidência da norma impositiva tributária, sob uma perspectiva limitada ao âmbito do Direito Tributário.

Entretanto, convém proceder-se a uma análise do tema sob o prisma da Teoria Geral do Direito, por se ter em questão conceitos típicos dessa área jurídica.

A norma isentiva, ao excluir determinadas pessoas, coisas ou situações do alcance do tributo, pode ser considerada, em um raciocínio puramente lógico, como uma norma mais específica, em comparação com a norma impositiva tributária, mais ampla, a qual determina a tributação da generalidade dessas pessoas, coisas ou situações.

Tem-se, portanto, um aparente conflito entre uma norma mais geral, obrigando o contribuinte (a norma de tributação), e uma norma mais específica, desonerando o contribuinte (a norma de isenção), caracterizando-se uma situação de antinomia.

Segundo Adrian Sgarbi (2007, p. 270), “atribui-se o nome de ‘antinomia’ à situação em que para um mesmo caso concreto a ordem jurídica apresenta determinações diversas e opostas”. Trata-se, portanto, de uma contradição normativa.

Contudo, esse conflito instaurado entre as normas, como dito acima, é apenas *aparente*, tendo em vista que “o ordenamento

jurídico constitui um sistema de normas, isto é, um conjunto coerente e sem contradições”. (SGARBI, 2007, p. 267).

Norberto Bobbio, em sua obra “Teoria do Ordenamento Jurídico”, propõe três critérios para a solução de antinomias, quais sejam: o critério cronológico, o critério hierárquico e o critério da especialidade.

No caso específico de uma antinomia envolvendo uma norma geral e uma norma especial, como ocorre com a norma de tributação e a norma de isenção, o conflito pode ser resolvido mediante a aplicação do critério da especialidade – *lex specialis derogat generali* –, segundo o qual a norma mais específica deve prevalecer em detrimento da norma geral.

Nas palavras de Bobbio (1995, p. 96), pode ser considerada lei especial aquela “que subtrai de uma norma uma parte da sua matéria para submetê-la a uma regulamentação diferente (contrária ou contraditória)”.

Ora, esse é exatamente o papel realizado pela norma de isenção em face da norma impositiva de tributação, o que autoriza o caráter de especialidade da primeira.

Confira-se a lição de Hugo de Brito Machado (2013, *online*) acerca do tema:

A norma que concede isenção é sempre mais específica do que a norma de tributação. Seu suporte fático é necessariamente menos abrangente. Daí porque a norma de tributação continua plenamente vigente. Apenas não incide sobre aquela parte do seu suporte fático abrangida pela norma de isenção.

Nesse sentido, oportuna a lição de Bobbio (1995, p. 96, grifos do autor), esclarecendo que “quando se aplica o critério da *lex specialis* não acontece a eliminação total de uma das duas normas incompatíveis mas somente daquela parte da lei geral que é incompatível com a lei especial. Por efeito da lei especial, a lei geral cai *parcialmente*”.

Diante dessas considerações, pode-se concluir que a norma isentiva, por ser mais específica, prevalece sobre a norma de tributação, impedindo a sua incidência naquilo que com ela for contrário, embora não negue a sua vigência. A lei tributária geral continua incidindo no tocante aos casos que não sejam incompatíveis com a lei isentiva.

### **3.2.3 Distinção entre isenção e imunidade**

Convém fazer importante distinção entre as figuras da isenção e da imunidade.

Independentemente do conceito de isenção que se deseje adotar, impreterivelmente haverá uma clara e inegável diferença entre os referidos institutos: enquanto a isenção decorre da lei, a imunidade sempre estará prevista no texto da Constituição Federal.

As imunidades, juntamente com os princípios tributários, constituem as limitações constitucionais ao poder de tributar.

Podem ser definidas como delimitações negativas de competência tributária feita pelo legislador constituinte. Da mesma forma que a Constituição Federal atribui competência aos entes federados para a instituição de tributos, ela limita, em determinados casos, tal competência, impedindo a incidência da norma de tributação sobre eles.

Caracteriza-se a imunidade, portanto, como uma forma de não incidência da lei tributária, a qual é impedida de produzir seus efeitos pela imposição de um obstáculo constitucional. Daí ser comumente denominada como hipótese de não incidência constitucionalmente qualificada. (BORGES, 1969, p. 208).

Segundo Denise Lucena Rodrigues (1995, p. 27), “a diferença básica entre imunidade e as demais formas exonerativas, é que naquela há um impedimento permanente e superior, emanado do texto constitucional, impedindo qualquer ingerência estatal no âmbito por ela traçado”.

Costuma-se dizer na doutrina que a imunidade e a isenção distinguem-se em função do plano em que atuam. Enquanto a primeira operaria no plano da delimitação da competência tributária, a segunda atuaria no plano do exercício da competência.

E é exatamente em consequência dessa ideia – de que a imunidade delimita uma competência constitucionalmente atribuída – que se entende que ela somente pode estar prevista no texto constitucional. Afinal, “não se pode criar exceções a uma regra numa norma de hierarquia inferior àquela que estatui a própria regra”. (ALEXANDRE, 2012, p. 146).

Em contrapartida, a isenção, atuando no campo do exercício da competência tributária, e não da sua delimitação, deve estar sempre prevista em lei.

Uma outra distinção que pode ser feita em relação aos dois institutos em tela é referente à sua interpretação.

De acordo com o art. 111, inciso I, do CTN, a legislação tributária que disponha sobre causas de exclusão do crédito tributário – entre as quais, como é sabido, inclui-se a isenção – deve ser interpretada literalmente. Dessa forma, a isenção não comporta



interpretação ampliativa e nem a utilização de métodos integrativos, como, por exemplo, a analogia.

Segundo Rubens Gomes de Sousa, tal regra se justifica por tratar de hipótese que constitui exceção a regras gerais de Direito Tributário, não podendo, portanto, “ser estendida por via interpretativa para além do alcance que o legislador lhe quis dar”. (SOUSA *et al.*, 1975, p. 379).

Por outro lado, entende a doutrina, com amparo da jurisprudência do STF, que a imunidade é passível de ampla interpretação, tendo em vista ser figura jurídica que, “exatamente porque estabelecida em norma residente na Constituição, corporifica princípio superior dentro do ordenamento jurídico, a servir de bússola para o intérprete, que ao buscar o sentido e o alcance da norma imunizante não pode ficar preso à sua literalidade”. (MACHADO, 2006, p. 242).

Nesse sentido, já decidiu a Suprema Corte, por exemplo, ser a imunidade tributária recíproca extensível a empresas públicas ou sociedades de economia mista que prestem serviço público de caráter obrigatório e de forma exclusiva, como a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) [9], mesmo diante do fato de não terem sido incluídas na redação do § 2º do art. 150 da CF/88[10].

Em alguns de seus dispositivos, o texto constitucional refere-se, equivocadamente, à expressão “isenção”, quando, em verdade, exatamente por terem sede constitucional, trata-se de hipóteses de autênticas imunidades.

São três as situações em que isso ocorre, quais sejam: art. 5º, LXXIII, referente à não exigência do pagamento de custas judiciais e de ônus da sucumbência quando da propositura de ação popular; art. 184, § 5º, o qual impede a instituição de impostos sobre as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins

de reforma agrária; e art. 195, § 7º, que assegura a não sujeição das entidades beneficentes de assistência social às contribuições para a seguridade social.

Onde a Constituição diz “isentas” ou “isento”, deve-se entender que são “imunes”.

Da mesma forma, se uma eventual lei infraconstitucional vier a prescrever uma dita hipótese de tributo “imune”, deve-se entender que se trata de um caso de isenção, já que apenas em âmbito constitucional se permite o estabelecimento de imunidades. (MACHADO, 2006, p. 242).

#### **3.2.4. Distinção entre isenção e alíquota zero**

Feita a diferenciação para com a imunidade, cabe agora realizarmos a distinção entre isenção e alíquota zero, instituto que também excepciona a regra de pagamento do tributo.

Conforme já visto, quando da análise do conceito de isenção, existem duas principais correntes doutrinárias que se propõem a definir o instituto. A primeira, corrente clássica, entende que a isenção é a mera dispensa do pagamento do tributo devido, havendo a ocorrência do fato gerador e o nascimento da obrigação tributária.

A segunda corrente, ou corrente moderna, por sua vez, considera que a isenção impede a incidência da norma de tributação, não ocorrendo o fato gerador e, muito menos, o nascimento da obrigação tributária.

Pois bem, independentemente do conceito de isenção que se queira adotar, a diferença para a chamada “alíquota zero” é evidente. Nesse sistema, não há dúvidas acerca da incidência da norma de tributação, com a consequente ocorrência do fato gerador

e o nascimento da obrigação. O crédito tributário é constituído por meio do lançamento. O que ocorre é apenas a nulificação de um dos elementos que compõem o fato gerador: a alíquota, que será igual a zero.

Ricardo Lobo Torres (2003, p. 280), o qual se filia ao conceito moderno de isenção, preleciona: “A isenção, como já visto, é uma autolimitação do poder tributário e opera pela suspensão da eficácia da norma de incidência. Na alíquota zero a norma de incidência permanece íntegra e há apenas a suspensão de um dos seus elementos quantitativos”. No caso, esse elemento é a alíquota.

Rosa Junior (1997, p. 593), embora seja um defensor da corrente clássica, chega à mesma conclusão: “[...] o ponto essencial é que a isenção afeta todos os elementos estruturais da obrigação, não permitindo a constituição do crédito tributário, enquanto no sistema de alíquota zero somente ocorre supressão de um dos elementos quantitativos, a alíquota”.

A diferença básica entre os dois institutos em comento, portanto, reside no fato de se ter ou não a realização do lançamento, constituindo o crédito tributário. No caso da alíquota zero, o lançamento fiscal é efetivamente realizado, enquanto no caso da isenção o lançamento é inibido.

Outra distinção que pode ser percebida entre os dois institutos é relativa ao modo como são instituídos. Enquanto as isenções, conforme já analisado, só podem ser instrumentalizadas por meio de lei, “os produtos ou operações tributadas à alíquota zero não o são por expressa disposição legal, mas ganham tal condição por ato do Poder Executivo”. (BÚRIGO, 2008, p. 95).

As situações de alíquota zero geralmente são instituídas no âmbito dos chamados tributos regulatórios, com finalidade precipuamente extrafiscal, como os impostos de importação (II) e

exportação (IE). É comum, por exemplo, que a alíquota do IE de grande parte das mercadorias seja reduzida a zero, como forma de estimular as exportações do país. (ALEXANDRE, 2012, p. 144).

### **3.2.5 Isenções onerosas e não onerosas**

Dentre as possíveis classificações relativas às isenções, destacar-se-á, no presente trabalho, aquela que as divide em *onerosas* e *não onerosas*.

Seguindo o entendimento adotado pelo professor Eduardo Sabbag, para que se possa compreender o tema, é necessário se ter em mente outros dois critérios classificatórios, os quais, uma vez somados, compõem a mencionada divisão. Trata-se dos critérios de classificação relativos à sua natureza e ao seu prazo.

Quanto à natureza, as isenções podem ser catalogadas como condicionadas e incondicionadas.

Podem ser entendidas como condicionadas aquelas isenções que, para que sejam concedidas e fruídas, sujeitam os interessados ao preenchimento de determinadas condições estabelecidas na lei (AMARO, 2011, p. 315). São estabelecidos, portanto, direitos e obrigações tanto para o Fisco quanto para o contribuinte.

Oportunas são as palavras de Rosa Junior (1997, p. 586):

A isenção condicionada corresponde a expediente comum de política fiscal utilizado pelo Estado visando a atrair a iniciativa privada para prestação de serviços que entende de natureza relevante, ou objetiva atrair indústrias a se localizarem em determinadas regiões, em

contrapartida do oferecimento da vantagem da isenção.

Incondicionadas, em sentido oposto, são as isenções que não dependem do implemento de nenhum tipo de contraprestação por parte do contribuinte. A lei isentiva simplesmente concede o benefício, por mera liberalidade fiscal, sem estabelecer qualquer condição aos interessados.

No que se refere ao prazo, as isenções são divididas entre aquelas por prazo certo e aquelas por prazo indeterminado.

Isenções por prazo certo, como o próprio nome já revela, são aquelas em que a lei estabelece previamente um determinado lapso temporal para a sua vigência. Uma vez esgotado o período estabelecido, a isenção concedida não mais produzirá efeitos para o seu beneficiário.

Em contrapartida, quando a lei instituidora do benefício não estabelece um período de tempo determinado para a sua vigência, tem-se as denominadas isenções por prazo indeterminado. Trata-se, portanto, daquelas isenções que produzem seus efeitos indefinidamente, sem a previsão de um termo final.

Isso não significa, entretanto, que tais isenções vigorariam *ad aeternum*, sem possibilidade de revogação, como se terá a oportunidade de analisar mais adiante.

Pois bem, considerando as classificações acima explanadas, pode-se agora passar ao exame da distinção entre isenções onerosas e não onerosas.

Isenções onerosas podem ser entendidas como aquelas que são concedidas sob determinadas condições e por prazo certo.

Tem-se aqui, portanto, a junção das duas classificações acima delineadas, sendo exigidos dois requisitos cumulativos para que uma isenção possa ser caracterizada como onerosa, quais sejam: o condicional e o temporal. (SABBAG, 2014, p. 927).

Oportuno ressaltar que boa parte da doutrina considera a expressão “isenção onerosa” como sinônima de “isenção condicionada”. Opta-se, contudo, por aqui perfilhar o entendimento de Eduardo Sabbag, que compreende a onerosidade como o somatório dos critérios condicional e temporal, conforme exposto.

São consideradas não onerosas, por sua vez, as isenções que não preenchem os dois requisitos necessários à caracterização da onerosidade. São aquelas classificadas como incondicionadas ou por prazo indeterminado, ou seja, aquelas nas quais a lei isentiva não impõe qualquer condição para a sua fruição, ou não estabelece um termo final para sua vigência.

### **3.2.6 Revogação de isenções**

Nas palavras de Pontes de Miranda (1987, p. 434), “revogar é retirar a voz”. A revogação é o instituto por meio do qual uma norma jurídica perde a sua vigência, ficando sem obrigatoriedade.

É figura jurídica que “implica a cessação da vigência de determinada norma jurídica: uma vez revogada, a norma passa a não ter mais força para reger os fatos jurídicos que relatem um período temporal do evento posterior à vigência da norma revogatória”. (GRIZ, 2012, p. 260).

A doutrina costuma falar em duas espécies de revogação, de acordo com a sua abrangência: a ab-rogação ou a derrogação. A primeira ocorre quando se tem a revogação de todo o conteúdo

da norma legal, ou seja, a supressão total da norma. A segunda implica supressão apenas parcial.

No campo das isenções tributárias, o art. 178 do Código Tributário Nacional estabelece regra acerca de sua revogabilidade, nos seguintes termos:

Art. 178. A isenção, salvo se concedida por prazo certo e em função de determinadas condições, pode ser revogada ou modificada por lei, a qualquer tempo, observado o disposto no inciso III do art. 104.

Considerando os dizeres insertos no dispositivo, fácil perceber que o legislador estabeleceu, como regra geral, a possibilidade de revogação e modificação das isenções, a qualquer tempo, desde que realizadas por meio de lei. Admite-se, portanto, que uma isenção seja ab-rogada (totalmente revogada), ou derogada (parcialmente revogada), ao alvitre do legislador. (CARVALHO, 2011, p. 577).

Com efeito, do mesmo modo que ocorre com a instituição de uma isenção, somente a lei é instrumento hábil para a sua revogação.

Na visão de Ricardo Lobo Torres (2003, p. 282), a revogação de uma isenção acarreta a reaquisição da eficácia da norma impositiva de tributação, a qual havia sido suspensa por força da lei isentiva. Luciano Amaro (2011, p. 311) preleciona que a revogação da norma isentiva equivale à edição de norma de incidência tributária.[\[11\]](#)

Seja como for, uma vez revogada a norma isencional, surge para o Fisco o direito de cobrar o tributo antes isento, não podendo mais o contribuinte se furtar do dever de pagá-lo.

Muito embora seja admitida a revogabilidade de uma isenção como regra geral, o texto legal estabeleceu exceção, de forma a existirem certas isenções que não passíveis de serem revogadas, ainda que por meio de lei.

Trata-se das isenções concedidas “por prazo certo e em função de determinadas condições”. Ao utilizar essa expressão, fica claro que o legislador fez referência às isenções onerosas, já analisadas no presente trabalho: aquelas que são, concomitantemente, condicionadas e temporais.

O Supremo Tribunal Federal já há muito tempo adota esse entendimento, tendo, inclusive, consubstanciando-o na Súmula nº 544, de 1969, com o seguinte teor: “Isenções tributárias concedidas, sob condição onerosa, não podem ser livremente suprimidas”.

Ressalte-se que a redação original do art. 178 do CTN definia, como exceção à regra da revogabilidade, a isenção concedida por prazo certo *ou* em função de determinadas condições. A Lei Complementar nº 24, de 1975, contudo, alterou o texto legal, substituindo o termo “ou” pelo vocábulo “e”.

À vista disso, após a mudança implementada pela referida lei complementar, passou a ser inegável a exigência dos dois requisitos, de forma cumulativa, devendo ser a isenção, além de condicionada, a prazo certo.

Com efeito, não bastaria ser a isenção condicionada, independentemente de ser ou não por prazo certo, para que ficasse impedida a sua revogação. Tratando-se de caso de isenção concedida sob determinadas condições, mas sem determinação de prazo, a possibilidade de revogação deve ser reconhecida.

Afinal, não se poderia admitir que um benefício concedido por prazo ilimitado pudesse vincular permanentemente o Fisco,



tendo em vista que “o princípio da preponderância do interesse público sobre o privado *impede* que a Administra o se sujeite ao cidadão por tempo indeterminado. O máximo que pode haver   a sujei o temporária”. (BARBOSA SOBRINHO; JESUS; et al, 2011, *online*).

Dessa maneira, apenas as isen es concedidas por prazo determinado – e sob certas condi es – têm sua revoga o obstada. São esses os dois requisitos caracterizadores da onerosidade de uma isen o.

Entende-se que, nesses casos de isen es onerosas, o benefício   incorporado ao patrimônio do contribuinte, gerando direito adquirido, de forma a s  se admitir a sua supressão, antes do fim de seu prazo, se houver o descumprimento pelo contribuinte da condi o estabelecida na lei isentiva. (ROSA JUNIOR, 1997, p. 594).

Na visão Pontes de Miranda (1987, p. 434, grifos do autor), a regra referente   irrevogabilidade, apesar de explícita no art. 178 do CTN, nem precisaria estar na lei escrita, pois “quem fala de prazo a favor de alguém atribui *direito*. Desde o dia da promessa há *odireito adquirido*”.

De fato, não se poderia tolerar a revoga o nessas situa es de concessão de isen es onerosas, tendo em vista que a própria Constitui o Federal, em seu art. 5 , inciso XXXVI, traz significativa prote o ao direito adquirido, ao estabelecer que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Tal disposi o ostenta, inclusive, o caráter de cláusula pétrea (art. 60,   4 , IV, da CF/88).

Conveniente se faz o exemplo utilizado por Ricardo Alexandre (2012, p. 472):

A título de exemplo, imagine-se uma lei que conceda isenção de ICMS por dez anos (prazo certo) para as empresas que se instalarem no interior de Pernambuco e produzam mamona destinada à utilização no processo de produção de biodiesel (condições). A empresa que tenha cumprido os requisitos durante a vigência da lei concessionária tem direito adquirido à isenção, que não pode ser revogada.

Hugo de Brito Machado (2006, p. 244) entende que se trata de situações em que, muitas vezes, o contribuinte é incentivado, diante do benefício isencional, a se envolver com atividades que normalmente não desenvolveria, podendo sofrer graves prejuízos se tal benefício lhe for suprimido. Aduz o referido autor que, “nestes casos, a retirada da isenção representaria um ludíbrio, sendo, portanto, inadmissível”.

No mesmo sentido, confira-se os esclarecimentos de Borges (1969, p. 96):

Se nessas circunstâncias fosse juridicamente possível a cessação de plano da fruição do benefício fiscal, restabelecido total ou parcialmente o ônus da tributação, ninguém arriscaria seu futuro financeiro; ninguém acudiria aos acenos do Estado, através da legislação de incentivos fiscais, particularmente em matéria de isenções.

Dessa forma, entende-se que não podem as isenções onerosas ser extintas antes do prazo assinalado na lei isentiva, já que protegidas pelo instituto do direito adquirido, a não ser que haja o descumprimento pelo contribuinte das condições impostas para a sua fruição.

Nesse tocante, cabe ainda ressaltar a previsão constante no § 2º do art. 41 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Confira-se o teor do dispositivo:

Art. 41. Os Poderes Executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios reavaliarão todos os incentivos fiscais de natureza setorial ora em vigor, propondo aos Poderes Legislativos respectivos as medidas cabíveis.

[...]

§ 2º - A revogação não prejudicará os direitos que já tiverem sido adquiridos, àquela data, em relação a incentivos concedidos sob condição e com prazo certo.

O comando legal acima reproduzido assegura aos contribuintes proteção quanto à revogação de incentivos fiscais – entre os quais se incluem as isenções – *anteriores* à Constituição Federal de 1988, desde que concedidos sob condição e com prazo certo. Confirma, portanto, o caráter de irrevogabilidade das isenções onerosas nos mesmos moldes previstos pelo art. 178 do CTN, vale dizer, com a exigência cumulativa dos requisitos condicional e temporal.

Com essa previsão, nota-se um acentuado fortalecimento do direito adquirido do contribuinte, o qual recebeu proteção inclusive do legislador constituinte originário. Nas palavras de Hugo de Brito Machado Segundo (2013, p. 389), “até mesmo o Poder Constituinte originário, que ‘tudo pode’, respeitou o direito adquirido de quem obteve isenções onerosas e a prazo certo antes da CF/88”.

O dispositivo em comento, como visto, reforça a impossibilidade de revogação de isenções onerosas antes do término do prazo para o qual foram concedidas. Quanto às isenções ofertadas antes da vigência da CF/88, essa impossibilidade é garantida pelo art. 41, § 2º, do ADCT. Já no que concerne às isenções posteriores à atual Carta Magna, a proteção ao direito adquirido fica por conta do art. 178 do CTN.

Em sentido oposto, no que tange às isenções não onerosas, não há que se falar em direito adquirido do contribuinte. A extinção de uma isenção depende apenas da livre apreciação do legislador, por motivos de conveniência e oportunidade: “se a ele não se configura mais conveniente ou oportuno perseverar a isenção, pura e simplesmente revoga-a”. (BORGES, 1969, p. 96).

Um outro aspecto que merece ser destacado quanto ao tema é a necessária distinção que deve ser feita entre a revogação da isenção onerosa e a revogação da lei isentiva. O que se proíbe é apenas a revogação do próprio benefício isencional, mas nunca a revogação da lei que o concede.

Admitir-se o contrário seria incorrer em patente inconstitucionalidade, tendo em vista que não se pode impedir o Poder Legislativo de revogar uma lei, sob pena de ferir a independência expressamente assegurada pela Constituição Federal a esse poder.<sup>[12]</sup>

Dessa forma, pode-se imaginar a hipótese de ser concedida uma isenção onerosa e, no curso do seu período de vigência, ocorrer a revogação da lei que a veicula. Nesse caso, “todos aqueles que experimentavam o benefício antes da revogação, tendo cumprido os requisitos que o legitimam a tanto, deverão manter-se fruindo a benesse legal, pelo prazo predeterminado, mesmo após a data de revogação da norma”. (SABBAG, 2014, p. 927).

De modo diverso, Luiz Emygdio F. da Rosa Junior (1997, p. 594) entende que, em caso de revogação da lei isentiva, o benefício também seria revogado, devendo o contribuinte ser indenizado pelos prejuízos que tenham sido ocasionados com a dita revogação.

Paulo de Barros Carvalho (2011, p. 577) partilha do mesmo entendimento, ao admitir que as isenções onerosas, em nome do interesse público, poderiam ser revogadas, desde que fosse concedida ao contribuinte justa indenização pelos prejuízos do inadimplemento contratual.

No entanto, esse posicionamento, que acaba por relativizar a irrevogabilidade de isenções onerosas prevista no art. 178 do CTN, não prevalece nos dias atuais.

#### **4 A RELAÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE E A REVOGAÇÃO DE ISENÇÕES NÃO ONEROSAS**

Convém agora averiguarmos a relação existente entre a revogação de uma isenção não onerosa e o princípio da anterioridade tributária, buscando descobrir se deve ou não haver observância a esse princípio.

##### **4.1 Considerações iniciais**

Conforme já analisado, embora o ordenamento jurídico proíba a revogação das chamadas isenções onerosas – uma vez que estas se incorporam ao patrimônio do contribuinte, gerando direito adquirido –, é plena a possibilidade de revogação das isenções *não onerosas*.

Como se trata de benefícios que são concedidos pelo Poder Público sem que se exija qualquer contraprestação por parte dos contribuintes, ou sem que se estabeleça um prazo determinado

para a sua vigência, não há que se falar, nesses casos, em direito adquirido, não havendo impedimento para que ocorra a revogação.

É, portanto, justamente o caráter de não onerosidade dessas isenções que conduz à admissão de sua revogabilidade. Frise-se que tal possibilidade de revogação está condicionada à existência de uma lei que a veicule.

Pois bem, diante de uma situação concreta de revogação de isenção não onerosa, não restam dúvidas de que o tributo poderá novamente ser cobrado pelo Fisco. Surge, contudo, a indagação acerca do momento em que essa cobrança poderá ser realizada. Aí reside a discussão acerca da necessidade ou não de obediência ao princípio constitucional da anterioridade tributária.

Em outras palavras, sobrevindo uma lei revogadora de determinado benefício isencional (não oneroso), poderá haver a cobrança imediata do tributo que até então estava acobertado pela isenção, ou, de modo contrário, tal cobrança só poderá ser implementada após a observância do lapso temporal da anterioridade tributária?

É esse questionamento, objeto de árdua divergência doutrinária e jurisprudencial, que será debatido no presente capítulo. A abordagem, é claro, será especificamente voltada às isenções não onerosas, tendo em vista o já comentado caráter de irrevogabilidade das isenções onerosas, o qual repele qualquer indagação acerca do princípio da anterioridade.

#### **4.2 A previsão do Código Tributário Nacional: o art. 104**

O art. 178 do Código Tributário Nacional, já analisado, que estabelece a regra relativa à possibilidade de revogação das isenções não onerosas, faz expressa referência ao art. 104, inciso

III, do mesmo diploma legal, determinando a sua observância. Observe a redação desse dispositivo:

Art. 104. Entram em vigor no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorra a sua publicação os dispositivos de lei, referentes a impostos sobre o patrimônio ou a renda:

I - que instituem ou majoram tais impostos;

II - que definem novas hipóteses de incidência;

III - **que extinguem ou reduzem isenções**, salvo se a lei dispuser de maneira mais favorável ao contribuinte, e observado o disposto no artigo 178. (Grifou-se).

O comando legal acima reproduzido, alvo de muita discussão doutrinária, surgiu para explicitar o conteúdo do princípio constitucional da anterioridade tributária, estabelecendo os “vários modos pelos quais pode manifestar-se a *instituição* ou *majoração* de tributos”. (AMARO, 2011, p. 147, grifos do autor).

Em seu inciso III, o dispositivo relaciona o princípio da anterioridade tributária anual, ou de exercício, à extinção ou redução de isenções, determinando a sua obediência, exceto no caso de a lei dispor de forma mais benéfica ao contribuinte.

Para que se possa melhor compreender esse comando legal, e as discussões que pairam sobre ele, é necessário fazer uma breve análise do cenário de seu surgimento.

O referido artigo 104 foi elaborado sob a vigência da Emenda Constitucional nº 18, de 1965, a qual alterou a Constituição

de 1946. Essa emenda foi responsável por introduzir o princípio da anterioridade tributária em nosso ordenamento jurídico, restringindo-o aos impostos incidentes sobre o patrimônio ou a renda. Daí a redação do art. 104, com vistas a regular o mencionado princípio, referir-se apenas a esses impostos. (MACHADO, 2006, p. 113).

Segundo a classificação constante do próprio CTN, os impostos sobre o patrimônio ou a renda são os seguintes: ITR, IPTU, ITCMD, ITBI e IR. Podem ainda ser acrescentados a essa lista o IPVA e o IGF, os quais não foram regulados no CTN.

Somente com o advento da EC nº 1/69, já sob a égide da Constituição de 1967, o princípio da anterioridade foi estendido aos demais tributos, com a previsão de algumas exceções, fórmula mantida pela atual Constituição Federal.

Para parte da doutrina, o art. 104 estaria, em verdade, revogado, não tendo sido recepcionado pela Constituição de 1988. Isso porque o princípio da anterioridade tributária, em sua concepção atual, refere-se a todos os tributos (com algumas expressas exceções), e não apenas aos impostos, muito menos apenas aos impostos sobre o patrimônio ou a renda.

Além disso, a atual previsão constitucional da anterioridade tributária, segundo entendimento majoritário, faz alusão ao diferimento da produção de efeitos da lei instituidora ou majoradora de tributos, ou seja, à sua eficácia, e não à sua entrada em vigor, como prevê o art. 104.

Diferentemente, a doutrina majoritária<sup>[13]</sup> entende que, embora não tenha sido revogado, o dispositivo do CTN deve receber uma nova interpretação, abrangendo os demais tributos, de forma a se adaptar ao disposto no texto constitucional de 1988. De acordo com esse entendimento, a referência à vigência da lei, ao



invés de sua eficácia, seria apenas uma atecnia legislativa, como tantas outras existentes em nosso ordenamento.

Nessa esteira, Paulo de Barros Carvalho (2011, p. 578) esclarece que “a restrição [da regra do art. 104 aos impostos sobre o patrimônio e a renda] prevaleceu apenas até o início da vigência da Carta de 1967, quando o constituinte retomou, com entusiasmo, a linha de primazia da anterioridade. A partir de então o âmbito de abrangência do citado art. 104, III, passou a ser pleno, estendendo-se a qualquer espécie de tributo”.

Luciano Amaro (2011, p. 313), no mesmo sentido, considera que “aquilo que, na época, era aplicável apenas aos tributos sobre renda e patrimônio hoje deve ser entendido como abrangente de todos os tributos protegidos pelo princípio da anterioridade”.

É esse também o entendimento adotado por Hugo de Brito Machado (2013, *online*):

[...] a interpretação de todo o art. 104 [...] há de respeitar o princípio hierárquico e para tanto há de ser conforme com a Constituição, que consagra o princípio da anterioridade para os tributos em geral, com as ressalvas que estabelece, e não apenas para os impostos sobre o patrimônio e a renda.

Na visão desse autor, o art. 104 teria um efeito *meramente didático*, tendo em vista que os preceitos nele contidos teriam que ser obedecidos mesmo se o dispositivo não existisse, por força da Constituição Federal. (MACHADO, 2013, *online*).

De acordo com a tese prevalente na doutrina, portanto, pode-se concluir que o Código Tributário Nacional impõe a

observância do princípio da anterioridade tributária anual quando da revogação de uma isenção, independentemente da espécie tributária em questão.

Impende ressaltar que o próprio preceito legal traz duas ressalvas a essa regra.

A primeira refere-se aos casos em que a lei revogadora da isenção estabelecer disposição mais benéfica ao contribuinte, ou seja, quando assegurar um marco temporal mais distante que o primeiro dia do exercício seguinte ao da publicação da lei, aumentando a proteção ao contribuinte.

A segunda ressalva consiste na referência feita no comando legal à observância do disposto no art. 178. Tal referência diz respeito às isenções onerosas, concedidas sob determinadas condições e por prazo determinado, as quais são irrevogáveis.

A despeito do entendimento da doutrina majoritária, o Supremo Tribunal Federal adotou posição no sentido de que o comando inserto no art. 104, inciso III, não se aplicaria ao ICMS, vez que estaria restrito aos impostos sobre o patrimônio e a renda, o que resultou na edição da Súmula nº 615, como será melhor explicitado adiante.

Apenas a título de complementação, cabe ainda mencionar a existência de um outro entendimento doutrinário acerca do art. 104, com menor força, que considera que o dispositivo, exatamente por se referir à vigência da lei, e não à sua produção de efeitos, estaria estipulando uma nova garantia ao contribuinte, além da anterioridade, garantia esta que, aí sim, somente seria aplicável aos impostos sobre o patrimônio ou a renda. (ALEXANDRE, 2012, p. 111).

### **4.3 A jurisprudência do STF acerca do tema**

O Supremo Tribunal Federal, adotando posição contrária à da doutrina majoritária, vem firmando entendimento no sentido da não observância do princípio constitucional da anterioridade tributária na hipótese de revogação de isenções não onerosas.

Entende, portanto, que, ocorrendo a revogação de uma dada isenção por lei, o tributo respectivo será prontamente exigível, podendo o contribuinte, antes beneficiado pela norma isentiva, ser imediatamente cobrado pelo Fisco, não havendo que se falar em qualquer lapso temporal a ser respeitado.

O fundamento dessa concepção decorre do conceito de isenção adotado pela Suprema Corte, na linha da teoria clássica capitaneada por Rubens Gomes de Souza, como já se teve a oportunidade de analisar, o qual considera a isenção como a dispensa legal do pagamento de tributo devido.

Sendo, portanto, a isenção um mero favor legal que obsta a constituição do crédito tributário, não impedindo a ocorrência do fato gerador e o nascimento da obrigação tributária, na visão do STF, a revogação desse favor legal não pode ser equiparada à instituição, ou mesmo majoração, do tributo.

Isso porque a norma de tributação já teria incidido, de forma que o tributo já existiria. Apenas o seu pagamento teria sido dispensado pela lei isentiva, por meio do impedimento da realização do lançamento. Dessa forma, uma vez extinta a isenção, o tributo voltaria imediatamente a ser devido, podendo ser prontamente cobrado, ainda que no mesmo exercício financeiro em que ocorreu a revogação, ou antes do período de noventa dias.

Observe a jurisprudência do STF nesse sentido, apresentada em ordem cronológica:

EMENTA: ICM. ISENÇÃO NÃO ONEROSA. REVOGAÇÃO. IMEDIATA EFICACIA E EXIGIBILIDADE DO TRIBUTO. Inaplicação do princípio constitucional da anualidade. Recurso extraordinário conhecido pelo permissivo constitucional da alinea 'd', mas desprovido. (STF, RE 97482/RS, 1ª T., rel. Min. Soares Munoz, j. 26/10/1982).

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ISENÇÃO: REVOGAÇÃO. PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE. I – Revogada a isenção, o tributo torna-se imediatamente exigível. Em caso assim, não há que se observar o princípio da anterioridade, dado que o tributo já é existente. II – Precedentes do Supremo Tribunal Federal. III – R.E. conhecido e provido. (STF, RE 204062-2/ES, 2ª T., rel. Min. Carlos Velloso, j. 27/09/1996).

**VOTO: [...] se até mesmo a revogação de isenção não tem sido equiparada pelo Tribunal à instituição ou majoração de tributo – ou seja, não se considera válida a assertiva segundo a qual a revogação da isenção equivale à edição de norma de incidência tributária -**, parece certo, seguindo essa lógica, que a redução ou a extinção de um desconto para pagamento do tributo sob determinadas condições previstas em lei, como o pagamento antecipada em parcela única (a vista), não pode ser equiparada à majoração do tributo em questão, no caso, o IPVA. (STF, ADI 4016-2/PR,

Tribunal Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 01/08/2008) (Grifou-se).

Essa orienta o, há muito tempo firmada, resultou inclusive na elabora o da Súmula n  615, de 17 de outubro de 1984, referente ao antigo ICM (atual ICMS), com o seguinte teor: “O princípio constitucional da anualidade (§ 29 do art. 153 da Constitui o Federal[14]) não se aplica   revoga o de isen o do ICM”.

Equivocadamente, a Súmula fala em princípio da anualidade, quando, em verdade, faz referência ao princípio da anterioridade tributária.   época da elabora o desse enunciado (ano de 1984), já não mais existia o princípio da anualidade, o qual foi abolido do ordenamento jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional n  1/69.

A súmula em questão foi redigida com base em entendimento da Suprema Corte de que o art. 104, III, do CTN, mesmo após a amplia o do alcance do princípio da anterioridade a qualquer espécie tributária, teria sua aplica o restrita aos impostos incidentes sobre o patrimônio e a renda, entre os quais não se inclui o ICMS. Dessa forma, a revoga o de uma isen o referente a esse imposto não deveria obediência ao princípio da anterioridade.

Para o STF, mesmo com o alargamento do princípio da anterioridade promovido pela Emenda Constitucional n  1/69 – estendendo-o às demais espécies tributárias –, com rela o às leis revogadoras de isen o, “a situa o continuou inalterada: o princípio constitucional da anualidade [leia-se: anterioridade] não alcançava, de sorte que a regra do inciso III do artigo 104 do C.T.N. continuava a persistir por força própria (nada impede que a lei declare que   isen o se aplique a observância da anualidade), mas nos limites por ela mesma estabelecidos: isen o quanto a

impostos sobre o patrimônio e a renda”. (STF, RE 97455/RS, 2ª T., rel. Min. Moreira Alves, j. 10/12/1982).

A regra geral, portanto, seria que o princípio da anterioridade tributária não alcança a revogação de isenções, tendo em vista não poder tal revogação ser comparada à instituição ou majoração de um tributo. O disposto no art. 104 do CTN se aplicaria por mera força de lei.

Ante todo o exposto, pode-se afirmar que, para o Supremo Tribunal Federal, diante da revogação de uma isenção não onerosa, o tributo, como regra, passa a ser imediatamente devido, passível de pronta cobrança pelo Fisco, não havendo qualquer ofensa aos comandos previstos no art. 150, inciso III, alíneas “b” e “c”, da CF/88.

A aplicação da anterioridade é admitida pela Corte Maior apenas com relação aos impostos sobre patrimônio e renda, já que expressamente determinada essa aplicabilidade pelo inciso III do art. 104 do CTN. (SEGUNDO, 2013, p. 216).

Muito embora seja essa a posição perfilhada, já há bastante tempo, pelo STF, entende-se pertinente salientar a existência de uma decisão que pareceu caminhar em sentido contrário. Trata-se da decisão proferida no julgamento de medida cautelar da ADI 2325/DF. [\[15\]](#)

A situação em debate no supramencionado julgamento dizia respeito a uma mudança no sistema de creditamento do ICMS, a qual provocou um aumento da carga tributária a que estavam sujeitos os contribuintes do imposto. A Corte entendeu, de forma unânime, que a modificação no creditamento, quer consubstanciasse a redução de benefício fiscal, quer configurasse a majoração de um tributo,

estava sujeita à observância do princípio da anterioridade tributária, uma vez que acarretava maior carga tributária ao contribuinte.

O caso citado, a despeito de não cuidar propriamente de situação de revogação de isenção, revelou importante entendimento da Corte, embora isolado – e em sede de medida cautelar –, no sentido de aplicar o princípio da anterioridade em caso de majoração da carga tributária, independentemente do modo pelo qual essa majoração tenha sido implementada.

Observe a lição dada, em seu voto, pelo Ministro Marco Aurélio, relator do caso em comento:

“[O princípio da anterioridade] Encerra limitação ao poder de tributar, consubstanciando, assim, garantia do contribuinte. Por isso mesmo, há de emprestar-se eficácia ao que nele se contém, independentemente da forma utilizada para majorar-se certo tributo. **O preceito constitucional não especifica o modo de implementar-se o aumento. Vale dizer que toda modificação legislativa que, de maneira direta ou indireta, implicar carga tributária maior há de ter eficácia no ano subsequente àquele no qual veio a ser feita**”. (STF, ADI 2325/DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, j. 23/09/2004) (Grifou-se).

Ressalte-se, novamente, que essa decisão da Suprema Corte não cuidava especificamente de caso de revogação de isenção. Sendo essa a situação, conforme já explanado, o Tribunal consolidou sua jurisprudência em sentido contrário, ou seja, entendendo pela não aplicação do princípio da anterioridade tributária.

Contudo, tal julgado não deixa de ser relevante, por se basear em raciocínio que poderá, quiçá, impulsionar uma futura mudança na jurisprudência da Corte.

#### **4.4 A posição da doutrina**

A doutrina majoritária adota posicionamento diametralmente oposto àquele defendido pelo Supremo Tribunal Federal. Entende a grande maioria dos doutrinadores nacionais que, no caso de revogação de uma isenção não onerosa, impõe-se a observância do princípio da anterioridade tributária.

Esse entendimento deriva da concepção adotada pela doutrina no sentido de equiparar a hipótese de revogação de isenção à hipótese de instituição, ou majoração, do tributo. Revogar uma norma isentiva equivaleria a editar uma norma de incidência.

Para José Souto Maior Borges (1969, p. 109), a extinção ou redução de isenções importa em ampliação da área de incidência do tributo, pela captação de matéria imponible até então dele isenta total ou parcialmente, de forma a estarem alcançadas pela regra da anterioridade.

Segundo Paulo de Barros Carvalho (2011, p. 578):

É questão assente que os preceitos de lei que extingam ou reduzam isenções só devam entrar em vigor no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que forem publicados. Os dispositivos editados com esse fim equivalem, em tudo e por tudo, aos que instituem o tributo, inaugurando um tipo de incidência.

No mesmo sentido, Hugo de Brito Machado (2006, p. 244), entendendo que a lei isentiva retira uma parcela da hipótese de



incidência da lei de tributação, assevera que a revogação dessa lei que concede isenção equivale à criação de tributo, por isto devendo ser observado o princípio constitucional da anterioridade.

Kiyoshi Harada (2013, p. 568) sustenta que, “salvo quando concedida por prazo certo, pode ela [a isenção] ser revogada a qualquer tempo, observado, entretanto, o princípio da anterioridade”.

Do mesmo modo entende Hugo de Brito Machado Segundo (2013, p. 216):

As situações antes contempladas pela isenção passam a ser, a partir de então [a partir da revogação da norma isentiva], abarcadas pela norma de tributação. Tem-se, portanto, que em face delas a norma tributária, que antes não incidia, passa doravante a poder incidir. Isso equivale, em todos os aspectos, à edição de lei instituindo novo tributo [...]. Não há motivos, portanto, para não se sujeitar à anterioridade.

Para Luciano Amaro (2011, p. 311), a diferença entre a revogação de norma isentiva e a edição de norma de incidência seria apenas de técnica legislativa. As duas se equivaleriam. Explica o referido autor:

Se o fato “a” estava fora do campo da incidência (porque ele, pura e simplesmente, não fora abrangido pela regra de incidência, ou porque, embora abrangido pelo gênero tributado, fora excepcionado da incidência por norma de isenção), tanto a edição de regra que o tribute como a revogação da norma que o

isentava implica seu ingresso no rol dos fatos tributáveis.

Nessa esteira, defende o autor que a revogação de isenção, por ter o mesmo efeito da edição da regra de tributação, está sujeita à anterioridade tributária, como inclusive prevê o art. 104, inc. III, do CTN.

Interessante ainda a observação feita por Amaro (2011, p. 312) destacando o fato de que, segundo Rubens Gomes de Souza, o Código Tributário Nacional, com a previsão do art. 104, teve a intenção específica de contrariar a jurisprudência pátria que entendia que a revogação de isenção não se equipararia à criação de tributo novo.

Ricardo Lobo Torres (2003, p. 282), à luz do mencionado art. 104, entende que, após a Constituição de 1967/1969 – que estendeu o princípio da anterioridade para além dos impostos sobre o patrimônio e renda –, todos os demais impostos, com a ressalva dos excepcionados pela própria Constituição, sujeitam-se ao princípio da anterioridade, “transferindo-se a eficácia da norma que revoga a isenção para o dia 1º de janeiro do ano seguinte”.

No mesmo sentido, Aliomar Baleeiro (2003, p. 951) assevera que, por força do art. 104, III, do CTN, a lei que revoga total ou parcialmente uma isenção não tem eficácia imediata, só sendo executada no primeiro dia do exercício financeiro seguinte àquele em que ocorra a sua publicação.

Segundo Roque Antonio Carrazza (2012, p. 240), a lei que afasta ou diminui uma isenção assemelha-se à que cria ou aumenta um tributo, tendo em vista acarretarem o mesmo encargo ao contribuinte, atingindo seu patrimônio de igual modo. Para o autor, “a aptidão para tributar compreende a de isentar, como verso e anverso de idêntica medalha”, de modo que devem também as

isenções se sujeitar aos princípios do sistema constitucional tributário brasileiro, inclusive o da anterioridade.

O referido doutrinador propõe ainda um “outro caminho” para se chegar à mesma conclusão. Confira-se:

A lei que concede uma isenção *revoga* (no todo ou em parte) lei anterior que mandava tributar (se e quando ocorrido determinado fato). Pois bem, revogada a lei isentante, nem por isto a primitiva lei tributária voltará a vigorar. Por quê? Simplesmente porque não há o chamado *efeito repristinatório* no direito tributário brasileiro. [...] De conseguinte, revogada a lei isentiva, e restabelecido o dever de pagar o tributo – pela nova lei, que o recria –, é inafastável a incidência do princípio da anterioridade, que encerra, para o contribuinte, uma garantia de estabilidade da ordem jurídica. (CARRAZZA, 2012, p. 242).

Dessa forma, para o tributarista, a vedação do efeito repristinatório da lei, prevista no art. 2º, § 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro[16], conduz ao entendimento de que a lei de tributação, ao sofrer a incidência da norma isentiva, teria sido revogada, não podendo voltar a produzir efeitos diante de uma posterior revogação da isenção. A lei revogadora da isenção, portanto, equivaleria à criação de uma nova hipótese de incidência tributária, sujeitando-se ao princípio da anterioridade.

Diante do exposto, infere-se que é firme o entendimento doutrinário no sentido de que a cobrança imediata de um tributo, na hipótese de revogação da norma isentiva, ofende o princípio da anterioridade tributária, disposto no art. 150, inc. III, “b” e “c”, da

Constituição Federal, embora, como visto, não seja essa a posição perfilhada pela Suprema Corte brasileira.

#### **4.5 A necessária observância do princípio da anterioridade**

Como se pôde perceber, é frequente o entendimento de que, consoante a tese adotada para definir o instituto da isenção, varia a conclusão acerca da necessidade de observância ou de não observância do princípio da anterioridade tributária na hipótese de revogação de isenções. Partindo-se de premissas diferentes, chegar-se-ia a conclusões diferentes.

Adotando-se a tese clássica, que considera a isenção como a dispensa legal do pagamento de tributo devido, a conclusão seria pela *não aplicação* da anterioridade. Isso porque se entende que, na hipótese de uma isenção, a norma de tributação já teria incidido, propiciando a ocorrência do fato gerador e o surgimento da obrigação fiscal. A isenção impediria apenas a constituição do crédito tributário por meio do procedimento de lançamento. Por conseguinte, com a revogação da norma isentiva, a obrigação fiscal, que já era existente, poderia ser imediatamente exigida pelo Fisco, não podendo ser comparada à majoração ou instituição de um novo tributo.

Em contrapartida, de acordo com a tese doutrinária moderna, a isenção corresponderia a uma hipótese de não incidência tributária, ou seja, impediria a incidência da norma de tributação. À vista disso, não haveria a ocorrência do fato gerador e nem o surgimento da obrigação fiscal. Nesse sentido, a revogação da norma isentiva equivaleria à nova instituição do tributo, não podendo haver a cobrança antes do lapso temporal imposto pelo princípio da anterioridade. Conclui-se, portanto, segundo esse entendimento, pela *aplicação* da anterioridade.

O que aqui se pretende demonstrar é que, em verdade, independentemente da tese doutrinária que se deseje utilizar para conceituar o instituto da isenção, deve-se chegar à mesma conclusão: a necessária observância do princípio constitucional da anterioridade tributária.

Nesse sentido, ainda que seja adotada a definição de isenção como um mero favor legal que dispensa o pagamento do tributo – como o faz o STF –, a anterioridade deve ser obedecida, sob pena de se ter entendimento que afronta diretamente o texto constitucional.

Conforme já explanado, a norma que prevê a anterioridade tributária na Constituição Federal de 1988 consiste em dispositivo que consagra direito fundamental do contribuinte, segundo entendimento da Suprema Corte brasileira, verdadeira cláusula pétrea, insuscetível de supressão via emenda constitucional.

Enquanto corolário do princípio da segurança jurídica, o princípio da anterioridade existe para proteger o cidadão-contribuinte de alterações tributárias mais gravosas. O sentido da norma constitucional é evitar a “tributação de surpresa” (CARRAZZA, 2012, p. 212), impedindo a instituição ou majoração de tributos no curso do exercício financeiro, ou antes de decorridos 90 dias da publicação da lei instituidora ou majoradora.

Nas palavras de Leandro Paulsen (2005, p. 131), “a anterioridade se põe para dar certeza quanto ao direito aplicável no sentido de assegurar o conhecimento antecipado de qualquer carga tributária nova, assim entendida aquela que inexistiria não fosse o novo diploma legal instituidor ou majorador”.

Oportuna ainda a lição de Hugo de Brito Machado (2004, p. 108):

Os princípios constitucionais foram construídos para proteger o cidadão contra o Estado, e o princípio da anterioridade tem por finalidade essencial evitar que no curso do ano seja o contribuinte surpreendido com um ônus tributário a mais, a dificultar o desenvolvimento de suas atividades.

Ora, se o princípio da anterioridade objetiva exatamente preservar o contribuinte diante de leis novas que venham a mais pesadamente onerá-lo, como retirar do seu âmbito de aplicação as hipóteses de revogação de isenção? Uma lei revogadora de isenção, sem dúvidas, acarreta o aumento da carga tributária a que está sujeito o contribuinte, um novo ônus tributário, agravando a sua situação financeira.

Diante disso, não há como ser negada a necessidade de observância da anterioridade tributária. Conforme aduz Roque Antonio Carrazza (2012, p. 241):

Outra postura colocaria o contribuinte sob o guante da insegurança, ensejando a instalação do império da surpresa nas relações entre ele o Estado. Ao grado de interesses passageiros seria possível afugentar a lealdade da ação estatal, contrariando o regime de direito público e o próprio princípio republicano, que a anterioridade reafirma.

O posicionamento adotado pelo STF acerca do assunto, permitindo que seja realizada a cobrança imediata de um tributo, após a revogação de uma isenção, fere gravemente o princípio constitucional da anterioridade, bem como todos os valores que esse princípio busca proteger.

Conforme já destacado, ainda que o Supremo entenda que o instituto da isenção não impede a incidência da norma de tributação, com o conseqüente nascimento da obrigação tributária, esse pensamento não exclui a observância do preceito constitucional contido no art. 150, inciso III, alíneas “b” e “c”, da CF/88.

É inegável o fato de que, independentemente de já ter ou não incidido a norma impositiva tributária, a consequência da extinção da isenção será a mesma: o aumento da carga tributária que recai sobre o contribuinte.

A esse propósito, oportuna se faz a lição de Luciano Amaro (2011, p. 312), criticando o entendimento da Suprema Corte brasileira:

Os fundamentos dessa jurisprudência partem de premissas equivocadas, que, mesmo na hipótese de serem assumidas como corretas, não levariam às conclusões que foram firmadas pelo Supremo. Já alhures procuramos demonstrar que, mesmo quando se admita a consagração, pelo Código Tributário Nacional, do conceito de isenção como “dispensa de tributo devido” (coisa que até Rubens Gomes de Sousa negou, ao dizer que o Código não tomou partido nessa discussão), ainda assim não se pode culpar o Código de ter propiciado oblíquo desrespeito ao princípio da anterioridade na hipótese em exame, pois o seu art. 104, no item III, cuidou adequadamente da matéria, quando explicitou que a revogação de isenção de tributo sujeito à anterioridade só autoriza a tributação no exercício subsequente. E mesmo que não o dissesse, não se poderia dar ao Código

Tributário Nacional interpretação que pudesse ferir, ainda que indiretamente, um princípio constitucional.

Aduz razão ao entendimento acima reproduzido. A interpretação adotada pela Suprema Corte não levou em conta o verdadeiro espírito da norma constitucional. A anterioridade existe e deve ser aplicada com a finalidade de resguardar o contribuinte, permitindo o planejamento de suas atividades econômicas. Se, com a revogação da norma isentiva, surge para ele um novo ônus patrimonial, com o estabelecimento de carga tributária que anteriormente não existia, impõe-se o respeito ao princípio da anterioridade.

Embora a Constituição Federal de 1988 não preveja de forma expressa a aplicação desse princípio ao caso de revogação de isenção, essa conclusão se manifesta de forma espontânea, decorrendo da própria razão de ser da norma constitucional. Afinal, como assevera Carrazza (2012, p. 238), “as normas jurídicas devem ser interpretadas mais por seus fins, pelas razões que nortearam sua edição (*ratio iuris*), do que pelas palavras que a integram”.

Deve-se, portanto, privilegiar a realização de uma interpretação teleológica da norma constitucional que prevê a anterioridade, isto é, interpretação que leve em conta a finalidade a que ela se dirige.

Não bastasse isso, o próprio Código Tributário Nacional, como ressaltado acima por Luciano Amaro, não ficou omissos com relação ao assunto, tendo em vista ter assegurado a obediência à anterioridade tributária, em seu art. 104, inc. III, no tocante às hipóteses de revogação de isenções não onerosas.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS



Percebe-se a existência de uma clara controvérsia envolvendo o tema da aplicação do princípio constitucional da anterioridade tributária às hipóteses de revogação de isenções não onerosas.

Segundo entendimento usual, o cerne da questão derivaria da corrente adotada para conceituar o instituto da isenção.

De um lado, abraçando a tese de que a isenção impediria a incidência da norma impositiva tributária – obstando, portanto, a ocorrência do fato gerador da obrigação –, a doutrina pátria majoritária defende a obediência à anterioridade no momento da revogação de um benefício isencional. Consideram que a revogação de uma isenção equivaleria à edição de uma lei impositiva tributária, criando ou majorando tributo, de forma a ser exigida a aplicação do princípio.

Para esses doutrinadores, a necessidade de observância da anterioridade estende-se a qualquer espécie tributária, e não somente aos impostos sobre o patrimônio e a renda expressamente apontados no art. 104, inc. III, do Código Tributário Nacional, devendo, pois, tal dispositivo legal ser interpretado à luz da atual Constituição Federal.

Do outro lado, em sentido oposto, figura o Supremo Tribunal Federal, mais alta instância do Poder Judiciário brasileiro, entendendo pela não observância da anterioridade, por considerar que as situações em comento não poderiam ser equipadas à instituição ou majoração de tributo.

Em inúmeras decisões, a Suprema Corte deixou claro seu acolhimento ao conceito clássico de isenção, entendendo que o instituto pressupõe a incidência da norma de tributação, podendo ser caracterizado como a mera dispensa legal do pagamento do tributo. Para o Tribunal, portanto, há a ocorrência do fato gerador e

o nascimento da obrigação tributária, de forma que a norma revogadora da isenção não configuraria uma nova hipótese de incidência. São esses os argumentos utilizados pela Corte para sustentar a não aplicação do princípio da anterioridade.

Ademais, entende o STF que o disposto no art. 104, inc. III, do CTN estaria restrito aos impostos sobre patrimônio e a renda, o que culminou, inclusive, na edição da Súmula nº 615.

Ocorre que, como visto, o entendimento jurisprudencial adotado confere ao princípio da anterioridade interpretação que não se coaduna com a razão de ser da norma constitucional. Existindo com o intuito de proteger o contribuinte diante de lei tributária mais gravosa, e, mais ainda, consistindo direito fundamental do contribuinte, a anterioridade deve sim ser observada no momento da revogação de uma isenção, tendo em vista que essa situação acarreta, inegavelmente, uma imposição tributária nova e inédita.

Observa-se que, independentemente do conceito de isenção adotado, essa é a única conclusão a que o texto constitucional se permite chegar. A abordagem do princípio da anterioridade, bem como de qualquer princípio constitucional, deve ser realizada de forma a otimizá-lo, dando máxima efetividade às disposições previstas na Constituição.

Pelo exposto, enseja-se a necessidade de revisão da jurisprudência pátria, para que se conforme ao texto constitucional, estendendo a observância do princípio da anterioridade aos casos de revogação de isenções não onerosas, em homenagem à segurança jurídica que deve permear a relação entre o contribuinte e o Poder Público.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquemático**. 6. ed. São Paulo: Método, 2012.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

\_\_\_\_\_. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

BARBOSA SOBRINHO, Osório Silva; JESUS, Carlos Frederico Ramos de et al. Isenções dadas sob condição onerosa geram direito adquirido após sua revogação?. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2910, 20 jun. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19370>>. Acesso em: 01 set. 2014.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 3. ed. São Paulo: Lejus, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BORGES, José Souto Maior. **Isenções Tributárias**. 1. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1969.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 12 de agosto de 2014.

\_\_\_\_\_. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm)>. Acesso em: 20 de agosto de 2014.

\_\_\_\_\_. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc\\_ anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_ anterior1988/emc01-69.htm)>. Acesso em: 8 de setembro de 2014.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm)>. Acesso em: 9 de setembro de 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm)>. Acesso em: 15 de agosto de 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4320compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4320compilado.htm)>. Acesso em: 15 de agosto de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE-AgR 200844/PR, Rel. Min. Celso de Mello, Brasília-DF, DJ. 18/08/2002.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RE-AgR 295992/SC, Rel. Min. Eros Grau, Brasília-DF, DJ. 26/06/2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RE-AgR 278557/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, Brasília-DF, DJ. 02/03/2001.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI 4016/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Brasília-DF, DJ. 23/04/2009.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI 939/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, Brasília-DF, DJ. 18/03/1994.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI 1379/AL, Rel. Min. Maurício Corrêa, Brasília-DF, DJ. 21/03/2002.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI 286/RO, Rel. Min. Maurício Corrêa, Brasília-DF, DJ. 30/08/2002.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI 2325/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Brasília-DF, DJ. 23/09/2004.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RE 113711/SP, Rel. Min. Moreira Alves, Brasília-DF, DJ. 09/10/1987.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RE 407099/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, Brasília-DF, DJ. 06/08/2004.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RE 97482/RS, Rel. Min. Soares Munoz, Brasília-DF, DJ. 17/02/1982.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RE 204062/ES, Rel. Min. Carlos Velloso, Brasília-DF, DJ. 19/12/1996.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RE 97455 RS, Rel. Min. Moreira Alves, Brasília-DF, DJ. 06/05/1983.

**BÚRIGO, Vandré Augusto. A natureza jurídica da isenção no sistema tributário nacional: conceito e proposta normativa**

à luz da política jurídica. 2008. 114 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí/SC, 2008.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DINIZ, Silvia Paula Alencar. **Limitações ao poder de tributar da União, dos Estados e dos Municípios**. 2008. 112 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2008.

FALCÃO, Amílcar de Araújo. **Direito tributário brasileiro: aspectos concretos**. Rio de Janeiro: Ed. Financeiras, 1960.

FRANCISCO, José Carlos. Estado pós-moderno, confiança legítima e anterioridade tributária. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 5, n. 17, jan./mar. 2011. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=74192>> . Acesso em: 18 set. 2014.

FREITAS, Leonardo Buissa. A tributação e a dignidade da pessoa humana. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, jan./mar. 2012. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=78308>> . Acesso em: 25 set. 2014.

GRIZ, Rodrigo Leal. **Isenção tributária: fundamentos para uma teoria do fato jurídico tributário**. 2012. 280 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

\_\_\_\_\_. Incentivos fiscais: limitações constitucionais e legais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3022, 10 out. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20161>>. Acesso em: 22 set. 2014.

HOFFMANN, Daniel Augusto; BERKENBROCK, Guy Estevão. O princípio da anualidade na Constituição de 1988. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 61, 1 jan. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3569>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. Efeito da revogação da norma de isenção tributária. **Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT**, Belo Horizonte, ano 11, n. 63, maio/jun. 2013. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=95960>>. Acesso em: 17 set. 2014.

\_\_\_\_\_. **Os princípios jurídicos da tributação na Constituição de 1988**. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MELO, Lígia Maria Silva de. Segurança jurídica: fundamento do Estado de Direito. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 6, n. 25, p. 133-144, jul./set. 2006. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=37238>>. Acesso em: 17 set. 2014.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**: com a emenda n. 1 de 1969. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

PAULSEN, Leandro. **Segurança jurídica, certeza do direito e tributação**: a concretização da certeza quanto à instituição de tributos através das garantias da legalidade, da irretroatividade e da anterioridade. 2005. 153 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.

RODRIGUES, Denise Lucena. **A imunidade como limitação à competência impositiva**. São Paulo: Malheiros, 1995.

ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio F. da. **Manual de Direito Financeiro e Direito Tributário**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SAMPAIO, Francisco Alberto Leite. **Anterioridade constitucional tributária como garantia fundamental e contributo para segurança jurídica**. 2010. 180 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2010.

SANTOS JÚNIOR, Francisco Alves dos. **Direito tributário do Brasil**: aspectos estruturais do sistema tributário brasileiro. 2.ed. Olinda: Livro Rápido, 2010.

SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. **Código Tributário Nacional**: anotações à Constituição, ao Código Tributário Nacional e às leis complementares 87/1996 e 116/2003. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

\_\_\_\_\_. **Processo Tributário**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SGARBI, Adrian. **Teoria do Direito**: primeiras lições. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.



SOUSA, Rubens Gomes de *et al.* **Interpretação no Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 1975.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 10. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

**NOTAS:**

[1] CF/88, art. 5º, XXII: “é garantido o direito de propriedade”.

[2] Segundo Carrazza (2012, p. 212), o princípio da irretroatividade, por sua vez, voltando-se a fatos pretéritos, corporifica a ideia de estabilidade.

[3] CF/88, art. 150: “Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”.

[4] Em sentido contrário, Paulo de Barros Carvalho (2011, p. 209, grifou-se) entende que “a **vigência** da lei que institui ou aumenta tributo deve ficar protraída para o ano seguinte ao de sua publicação [...]”.

[5] STF, ADI 4016-2/PR, Tribunal Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 01/08/2008.

[6] Art. 141, § 34: “Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça; nenhum será cobrado em cada exercício sem prévia autorização orçamentária, ressalvada, porém, a tarifa aduaneira e o imposto lançado por motivo de guerra”.

[7] CF/88, art. 60, § 4º: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais”.

[8] No mesmo sentido: Harada, 2011, *online*.

[9] STF, RE 407.099/RS, 2ª T., rel. Min. Carlos Velloso, j. 22/06/2004.

[10] CF/88, art. 150, § 2º: “A vedação do inciso VI, “a”, é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes”.

[11] Ressalte-se que referidos autores filiam-se ao conceito moderno de isenção, que a define como hipótese de não incidência qualificada.

[12] O art. 2º da CF/88 assegura independência aos três Poderes, nos seguintes termos: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

[13] Nesse sentido: AMARO, 2011, p. 147; ROSA JUNIOR, 1997, p. 596; TORRES, 2003, p. 282; entre outros.

[14] Art. 153, § 29: “Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça, nem cobrado, em cada exercício, sem que a lei o houver instituído ou aumentado esteja em vigor antes do início do exercício financeiro, ressalvados a tarifa alfandegária e a de transporte, o impôsto sôbre produtos industrializados e o imposto lançado por motivo de guerra e demais casos previstos nesta Constituição”. Trata-se de dispositivo da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1/69.

[15] STF, Medida Cautelar na ADI 2325/DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, j. 23/09/2004.

[16] LINDB, art. 2º, § 3º: “Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência”.



## **APLICAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA AOS AGENTES POLÍTICOS**

**WALDIR DE FREITAS MATIAS JÚNIOR:** Técnico  
Judiciário do Tribunal de Justiça de Pernambuco.

**RESUMO:** O presente trabalho pretende analisar a importância da aplicação da Lei nº 8.429/92 - Lei de Improbidade Administrativa - a todos os agentes públicos, inclusive aos agentes políticos. Foi sustentado que a Lei nº 1.079/50 - Lei dos Crimes de Responsabilidade -, mostra-se insuficiente no papel de coibição e punição dos atos corruptos por parte dos administradores da coisa pública, sendo de grande relevância a utilização da Lei de Improbidade Administrativa de forma cumulativa com a Lei nº 1.079/50. Destaca-se, que não obstante o Supremo Tribunal Federal quando da apreciação da Reclamação nº 2.138-6/DF ter decidido pela não aplicação da Lei nº 8.429/92 aos Ministros de Estado, entendendo pela incompetência do juiz de 1º grau para o julgamento de atos praticados por esses agentes, em virtude de prerrogativa constitucional do foro privilegiado que possuem, referido entendimento não foi compartilhado por todos os Ministros que participaram do julgamento, havendo discordância até hoje quanto a esse posicionamento.

**Palavras-chave:** Agentes políticos. Atos de Improbidade. Crimes de Responsabilidade. Reclamação nº 2.138-6/DF.

---

### **1. INTRODUÇÃO**

O presente trabalho faz um estudo da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos Agentes Políticos, tema de grande autoridade e discussão, uma vez que é de extrema importância a aplicação

dos diplomas que preveem penalidades a agentes políticos que não cumpram com seus deveres funcionais, sobretudo com o dever de moralidade no desempenho de suas atribuições no Poder Público.

Sem a intenção de esgotar o assunto ora tratado, busca-se apenas aclarar pontos importantes no tocante à improbidade administrativa, abordando a questão do bis in idem na responsabilização por improbidade administrativa e por crime de responsabilidade.

Cuida, também, de analisar as consequências práticas do entendimento adotado na Reclamação nº 2.138-6/DF, enfrentando o fato de que alguns ministros expuseram em seus votos a importância da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa a todos os agentes públicos, não obstante a decisão final de referida reclamação tenha sido pelo não enquadramento deste diploma legal aos Ministros de Estado.

## **2. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

A improbidade é contrária a tudo que se espera de um administrador público pois como gestor da coisa comum, deve utilizar os bens e serviços públicos da melhor forma para atender o anseio da sociedade. O interesse da população tem que ser a prioridade em qualquer governança administrativa e quando este interesse é mitigado em detrimento de um interesse privado, se está diante da chamada improbidade administrativa.

Segundo Oscar Valente (2011, p. 26):

A improbidade administrativa é a conduta desonesta, maliciosa, e possui um conteúdo mais amplo do que a imoralidade, porque compreende a violação a qualquer princípio da Administração Pública (e não apenas a moralidade).

A Constituição Federal de 1988 não estabeleceu a definição de ato de ímprobo. Os artigos da Constituição que tratam da matéria se limitam a estabelecer as sanções cabíveis a quem pratica os atos de improbidade (§ 4º, do artigo 37 da CF). Outrossim, a Lei nº 8.429/92, que foi editada com o objetivo de disciplinar referido dispositivo constitucional, também não cuidou de trazer uma definição do que venha a ser ato ímprobo.

Por outro lado, a Lei de Improbidade estabeleceu, de forma exemplificativa, tipos de improbidade administrativa, ou seja, trouxe em seus artigos 9º, 10 e 11, circunstâncias em que estão presentes atos de improbidade, que são praticados por agentes públicos por configurarem uma das três espécies de improbidade.

Comentando a técnica adotada pela Lei, Mattos (2010, p. 28) asseverou que “tal qual o ato de tipificação penal, era dever indelegável da Lei nº 8.429/92 identificar com clareza e precisão os elementos definidores da conduta de improbidade administrativa, para, após fixar os seus tipos”.

Para Emerson Garcia e Rogério Alves (2010, p. 296):

A técnica legislativa adotada pela Lei nº 8.429/1992, ao tipificar os atos de improbidade, denota que os ilícitos previstos nos incisos assumem relativa independência em relação ao caput, sendo normalmente desnecessária a valoração dos conceitos indeterminados previstos no caput dos preceitos tipificadores da improbidade, pois o desvalor da conduta, o nexo de causalidade e a potencialidade lesiva foram previamente sopesados pelo legislador, culminando em estatuir nos incisos as condutas que indubitavelmente importam em enriquecimento ilícito, acarretam dano ao erário ou violam os princípios administrativos.

Destaca-se que há previsão de responsabilização do administrador público por culpa (negligência, imprudência e imperícia) nos atos que acarretam dano ao erário, de modo que o dolo não é elemento necessário para tipificação de improbidade administrativa em todos os casos. Destarte, pode o agente público estar sujeito às sanções por improbidade mesmo sem ter tido a intenção de praticar um ato ímprobo.

A Lei de Improbidade está na verdade em conformidade com a Constituição Federal que dispõe sobre a assunção do agente que provocar uma lesão ao erário por dolo ou culpa.

Salienta-se que é possível a prática de um único ato que acarrete, ao mesmo tempo, enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário e viole os

princípios da Administração. Nesse caso, cabe ao aplicador da norma à função de observar no caso concreto em que grupo de improbidade o ato vai se enquadrar, ou seja, se a subsunção do ato a norma vai ocorrer nos artigos 9º, 10 ou 11 da Lei nº 8.429/1992.

Para tanto, deve-se observar com que escopo foi praticado o ato, para o correto enquadramento, pois a verdadeira pretensão é a que deve prevalecer. A título de exemplo, é possível visualizar a hipótese em que o agente tenha violado um princípio na prática de um ato que tinha por escopo o auferimento de vantagem indevida. Nessa situação, deverá ser enquadrado no artigo 9º da Lei de Improbidade Administrativa.

## **2.1. SUJEITOS DO ATO DE IMPROBIDADE**

### **2.1.1. Sujeitos passivos do ato de improbidade**

Sujeito passivo é o possuidor do bem jurídico atingido pela conduta de outrem, ou seja, é aquele que é proprietário do bem que está sob ameaça ou foi violado pelo ilícito. O artigo 1º, caput, e parágrafo único da Lei nº 8.429/92 preveem os sujeitos passivos dos atos de improbidade, abaixo reproduzidos:

Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta, ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Territórios, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta Lei.

Parágrafo Único. Estão também sujeitos às penalidades desta Lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público, bem como daquelas cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do

patrimônio ou da receita anual, limitando-se nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos

É cediço que cada vez mais o Poder Público presta serviços à população, não apenas por intermédio de seus órgãos, mas também através de particulares parceiros. Ora, para a prestação de serviços de interesse social por pessoas jurídicas de direito privado, a Administração Pública termina por participar da custeando de alguma forma estas entidades ou dando-lhes subvenção, benefício ou incentivo. Tal realidade fez com que a Lei de Improbidade Administrativa, de maneira acertada, estabelecesse como sujeitos passivos dos atos de improbidade, não só a Administração Pública, em sentido amplo, mas também pessoas jurídicas que de alguma forma sofrem relevantes intervenções do Estado.

Em relação às entidades previstas no parágrafo único do dispositivo a pouco referido, Garcia e Alves (2010, p. 232) esclarecem:

[...] somente permitirão o enquadramento da conduta do agente como ato de improbidade quando sua prática se der em detrimento do patrimônio das entidades ali referidas, o que exige a ocorrência de dano.

Assim sendo, as entidades privadas, mesmo não integrando a Administração Pública, podem ser sujeitos passivos, na hipótese de receberem fomento do Poder Público para o desempenho de suas atividades econômicas, desde que esta atividade tenha uma finalidade que seja do interesse comum. De fato, a Lei de Improbidade preserva o patrimônio das entidades que prestam serviços de interesse social, seja entidade que componha a própria Administração, seja entidade privada que tenha recebido investimentos públicos para conseguir seus fins.

Por todo o exposto em relação à repressão de atos de má índole contra empresas particulares que de alguma maneira o Poder Público tenha participação no desempenho de suas funções, estas do interesse comum, é que não se deve olvidar da importância de tal repressão no que diz respeito às entidades públicas que desempenham suas atribuições de



forma centralizada ou por meio de outorga legal, onde há a descentralização das funções para as entidades da Administração Indireta.

Destaca-se, ainda, que são justamente os sujeitos passivos e o Ministério Público que possuem a legitimidade para entrar com uma ação de improbidade administrativa, haja vista possuírem interesse jurídico e direto com a causa.

### 2.1.2 Sujeitos ativos do ato de improbidade

A improbidade administrativa tem como principais sujeitos ativos os agentes públicos, que podem realizar atos ímprobos sozinhos ou com a contribuição de terceiros. Para fins da Lei nº 8.429/1992:

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior (BRASIL, 1992).

Ou seja, a Lei nº 9.429/92 - Lei de Improbidade Administrativa - espera probidade administrativa do agente público, considerando este em sentido amplo, superando até mesmo o conceito de funcionário público previsto no artigo 327, caput, do Código Penal (MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 297).

A esse respeito, leciona Di Pietro (2009, p. 815):

Os membros da Magistratura, do Ministério Público e do Tribunal de Contas incluem-se também como sujeitos ativos, sejam eles considerados servidores públicos, como querem alguns, ou agentes políticos, como preferem outros. De uma forma ou de outra, podem ser sujeitos ativos dos atos de improbidade, consoante conceito amplo que decorre do art. 2º da lei. O fato de gozarem de vitaliciedade não impede a aplicação das sanções previstas na lei, inclusive a perda do cargo, já que uma das hipóteses

de perda do cargo, para os servidores vitalícios, é a que decorre de sentença transitada em julgado [...].

A Lei de Improbidade aplica-se também aos particulares que induzam, concorram ou se beneficiem do ato, conforme dispõe o artigo 3º da Lei nº 8.429/92, “as disposições desta Lei são aplicáveis no que couber àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou nele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta” (BRASIL, 1992).

Observa-se que é preciso para se caracterize um ato ímprobo o envolvimento de um agente público. No entanto, é possível a responsabilização de particulares que auxiliem ou induzam o administrador público na prática de referido ato.

### **3. RECLAMAÇÃO nº 2.138-6/DF**

O entendimento a que se chegou quando do julgamento da Reclamação nº 2.138-6/DF foi no sentido de que os Ministros de Estados que podem ser penalizados por atos tipificados como crime de responsabilidade não estão sujeitos a Lei de Improbidade Administrativa

Expôs o Supremo Tribunal Federal que os atos de improbidade previstos na Lei nº 8.429/92 estariam abrangidos pelos crimes de reponsabilidade, devendo a responsabilidade político-administrativa dos Ministros de Estados limitar-se a Lei nº 1.079/50, em observância ao princípio da especialidade.

A Reclamação nº 2.138-6/DF foi proposta pela Advocacia-Geral da União visando preservar a competência originária do Supremo Tribunal Federal com relação aos que usufruem de prerrogativas funcionais. O inquérito civil público presidido por Procuradores da República do Distrito Federal, que acabaram decidindo pela propositura de ação por ato de improbidade contra o Ministro-Chefe da Secretaria de Assuntos Estratégicos - SAE, da Presidência da República, Ronaldo Mota Sardemberg, pelo uso inadequado de aeronaves da Força Aérea Brasileira (FAB) e fruição de Hotel de Trânsito da Aeronáutica.

No 1ª grau de jurisdição, o magistrado singular condenou o Ministro de Estado nas sanções do artigo 12 da Lei de Improbidade.

Embora tenha apelado da decisão ao Tribunal Regional Federal da 1<sup>a</sup> Região, Ronaldo Sardemberg não obteve a sua reforma, o que ensejou a Reclama o no Supremo Tribunal Federal em face do Juiz Federal e do Relator da Apela o Cível no Tribunal Regional Federal da 1<sup>a</sup> Região, sob a alega o de usurpa o de competência da Suprema Corte, uma vez que, de acordo com a fundamenta o utilizada, os atos de improbidade administrativa praticados por Ministros de Estado seriam, em verdade, crime de responsabilidade, que   da competência do Supremo Tribunal Federal.

A decisão colegiada que julgou a sobredita reclama o foi assim ementada:

EMENTA: RECLAMA O. USURPA O DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CRIME DE RESPONSABILIDADE. AGENTES POLÍTICOS.

(...)

1. Improbidade administrativa. Crimes de responsabilidade. Os atos de improbidade administrativa são tipificados como crime de responsabilidade na Lei n  1.079/1950, delito de caráter político-administrativo.

2. Distin o entre os regimes de responsabiliza o político-administrativa. O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. A Constitui o não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37,   4  (regulado pela Lei n  8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, "c", (disciplinado pela Lei n  1.079/1950). Se a competência para processar e julgar a a o de

improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos

praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade específicos ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, “c”, da Constituição.

3.Regime especial. Ministros de Estado. Os Ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, “c”; Lei nº 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992).

4.Crimes de responsabilidade. Competência do Supremo Tribunal Federal. Compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar os delitos político-administrativos, na hipótese do art. 102, I, “c”, da Constituição. Somente o STF pode processar e julgar Ministro de Estado no caso de crime de responsabilidade e, assim, eventualmente, determinar a perda do cargo ou a suspensão de direitos políticos. II.

5.Ação de improbidade administrativa. Ministro de Estado que teve decretada a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de 8 anos e a perda da função pública por sentença do Juízo da 14ª Vara da Justiça Federal – Seção Judiciária do Distrito Federal. Incompetência dos juízos de primeira instância para processar e julgar ação civil de improbidade administrativa a ajuizada contra agente político que possui prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, por crime de responsabilidade, conforme o art. 102, I, “c”, da Constituição. III. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE (sic)

(BRASIL, Ac nº 1999.34.00.016727-9 TRF 1ª R. Rel. Nelson Jobim).

É imperioso destacar que o único agente político a que diz respeito a Reclamação nº 2.138-6/DF é o Ministro de Estado. Deve ficar claro, portanto, que o Supremo Tribunal Federal não se pronunciou expressamente com relação aos outros agentes políticos.

Ademais os ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Mello, quando do pronunciamento de seus votos, defenderam a aplicação da Lei de Improbidade a todos os agentes políticos, fazendo ressalvas, porém, na aplicação das sanções de perda da função pública e da suspensão dos direitos políticos (AGUIAR, 2010, p. 257).

Ora, a defesa de que os agentes políticos estão submetidos a uma responsabilidade específica, a Lei nº 1.079/50, e que por isso a inaplicabilidade da Lei de Improbidade a eles, nada mais faz do que privilegiar um determinado grupo de administradores públicos em desfavor dos demais gestores públicos

Acertadamente assevera Guilherme Fraga (2009, p. 40-47):

Com efeito, à exceção do entendimento majoritário formulado perante o Supremo Tribunal Federal quando do julgamento de mérito da Reclamação nº 2.138-6/DF, a quase unanimidade da doutrina pátria admite, ao menos, a incidência da Lei nº 8429/92 aos agentes políticos, mesmo que de forma não integral, excluindo a possibilidade jurídica (CPC, art. 267, VI) de se impingir a sanção de perda da função pública.

Os agentes políticos, especialmente pela importância das funções que desempenham, deveriam se sujeitar aos dois institutos. Assim, seriam responsáveis político-administrativamente quando da prática dos crimes de responsabilidade praticados de encontro a Constituição, como também deveriam ser responsabilizados administrativamente ao praticarem atos contrários à probidade administrativa (FRAGA, 2009, p. 40-47).

É fácil perceber que não se servir da Lei de Improbidade para alguns agentes políticos é um juízo político, uma vez que a aplicação da Lei nº 8.429/92 concomitante com a Lei nº 1.079/50 não caracteriza o “bis in idem”, face a comprovada natureza distinta dos dois diplomas.

Indispensável à análise de fragmento proveniente do voto exarado na Reclamação nº 2.138-6/DF pelo Min. Joaquim Barbosa:

[...] Vista de outro ângulo, a proposta que vem obtendo acolhida até o momento nesta Corte, no meu modo de entender, além de absolutamente inconstitucional, é a histórica e reacionária, na medida em que ela anula algumas das conquistas civilizatórias mais preciosas obtidas pelo homem desde as revoluções do final do século XVIII. Ela propõe nada mais nada menos do que o retorno à barbárie da época do absolutismo, propõe o retorno a uma época em que certas classes de pessoas tinham o privilégio de não se submeterem às regras em princípio aplicáveis a todos, tinham a prerrogativa de terem o seu ordenamento jurídico próprio, particular. Trata-se, como já afirmei, de um gigantesco retrocesso institucional. Na perspectiva da notável evolução institucional experimentada pelo nosso país nas últimas duas décadas, cuida-se, a meu sentir, de uma lamentável tentativa de REBANANIZAÇÃO DA nossa República! [...].

É notório que quanto mais relevante a função de um administrador público maior a sua responsabilidade, por conseguinte maior deveria ser a fiscalização sobre as atividades por ele desempenhadas. Ocorre que com esse entendimento o Supremo ao invés de reforçar a punição com aqueles que ocupam elevadas funções, terminou por abrandar a obrigação que eles devem ter para com os administrados.

#### **4. ABRANGÊNCIA DA RECLAMAÇÃO Nº 2.138-6/DF E TENDÊNCIA JURISPRUDENCIAL**

Os efeitos do julgamento da Reclamação nº 2.138-6/DF não são erga omnes, mas tão somente “inter partes”, além de não ser vinculante, tendo em vista que não foi elaborado em sede de controle de constitucionalidade concentrado. Por conseguinte, o único agente político que por força de tal reclamação não está sujeito às sanções da Lei de Improbidade é o Ministro de Estado.

Isto posto, é plenamente possível que em outro posicionamento sobre o tema o Supremo adote posicionamento diverso, já que nada o vincula a decisão anteriormente tomada. Corrobora com essa possibilidade, o fato de vários Ministros que participaram do julgamento desta Reclamação não mais comporem a Corte.

Nesse contexto, é importante anotar que há forte tendência de mudança de entendimento nos Tribunais Superiores a respeito da questão aqui tratada. O Superior Tribunal de Justiça, quando instado a se manifestar sobre a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, tem revelado que outro caminho a ser trilhado pela jurisprudência pátria. Vejamos:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO AGRAVADA. VIOLAÇÃO DO ART. 535, I, CPC. INEXISTÊNCIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SUJEIÇÃO DE AGENTE POLÍTICO MUNICIPAL. POSSIBILIDADE. INÉPCIA DA INICIAL. AUSÊNCIA. PROVA INQUISITORIAL. NULIDADE NÃO EVIDENCIADA. FATO INCONTROVERSO. ÔNUS DA PROVA. DOLO GENÉRICO. ELEMENTOS CONFIGURADORES RECONHECIDOS NA ORIGEM. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. CONTRATAÇÃO IRREGULAR DE SERVIDORES. ART. 11, V, DA LEI 8.429/92. SUFICIÊNCIA DO DOLO GENÉRICO.

(...) 2. Há plena compatibilidade entre os regimes de responsabilização pela prática de crime de responsabilidade e por ato de improbidade

administrativa, tendo em vista que não há norma constitucional que imunize os agentes políticos municipais de qualquer das sanções previstas no art. 37, § 4º, da CF. Precedentes.

(...) 8. Agravo regimental a que se nega provimento, ficando prejudicado o pedido de antecipação de tutela.

(AgRg no REsp 1294456/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/09/2014, DJe 18/09/2014)

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE DE VEREADORES QUE PERCEBERAM SUBSÍDIOS EM DESACORDO COM O ART. 29, VII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O ART. 5º DA RESOLUÇÃO 775/1996. ALEGAÇÃO DE QUE A LEI 8.429/92 IMPÕE AOS AGENTES POLÍTICOS DUPLO REGIME SANCIONATÓRIO. INOCORRÊNCIA DIANTE DA NÃO COINCIDÊNCIA DAS SANÇÕES DO DL 201/67 COM AQUELAS PREVISTAS NA LEI DE IMPROBIDADE. (...) 2. A controvérsia sobre a aplicabilidade da Lei 8.429/92 aos agentes políticos foi superada, no julgamento da Rcl 2.790/SC, pelo STJ, quando entendeu que “não há norma constitucional alguma que imunize os agentes políticos, sujeitos a crime de responsabilidade, de qualquer das sanções por ato de improbidade previstas no art. 37, § 4.º. Seria incompatível com a Constituição eventual preceito normativo infraconstitucional que impusesse imunidade dessa natureza” (Rel. Min. Teori Zavascki).

3. É inadequada a incidência no caso dos autos do precedente firmado na Rcl 2.138/STF, Min. Gilmar Mendes, pois a ratio decidendi daquele julgamento



estava em evitar o chamado duplo regime sancionatório, tendo em vista que, naquela hipótese, o processo voltava-se contra Ministro de Estado cujos crimes de responsabilidade se sujeitam ao regime especial de que trata o art. 52 da Constituição. 4. O art. 12 da Lei 8.429/92 prevê inúmeras sanções que em nada coincidem com a única penalidade imposta no art. 7º do DL 201/67 – cassação de mandato –, de modo que não há risco de duplicidade sancionatória dos vereadores. Precedentes do STF. 5. Assentada a aplicabilidade da Lei 8.429/92 aos atos praticados pelos legisladores municipais, conseqüentemente, tem-se como perfeita a relação de pertinência subjetiva evidenciada pela ação de improbidade que busca responsabilizar aqueles agentes políticos pelo recebimento ilegal de subsídios no período compreendido entre os anos de 1997 e 2000, mostrando-se impertinente a extinção do feito por ilegitimidade de parte passiva. Violação do art. 267, VI, do CPC.

6. Recurso Especial provido. (REsp 1314377/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/08/2013, DJe 18/09/2013)

## **5. CONCLUSÃO**

A conduta honesta, proba, como demonstrado, deve ser exigida de todos que atuam em prol do bem comum, e foi com o intuito de inibir atos prejudiciais ao interesse público que foi editada a Lei nº 8.429/92.

Esta lei, repise-se, não exclui qualquer pessoa que atue direta ou indiretamente com o Poder Público. Não obstante, o Supremo Tribunal Federal ao apreciar a Reclamação nº 2.138-6/DF posicionou-se pela não aplicação deste instituto aos Ministros de Estados, sob o argumento de que estes já estão submetidos a um regime especial, qual seja, a Lei nº 1.079/50 - Lei dos Crimes de Responsabilidade.

Espera-se, contudo, que os precedentes do Superior Tribunal de Justiça referidos acima denotem verdadeira guinada na jurisprudência pátria, a fim de que nenhum agente público, seja ela agente político ou não, escape do campo de incidência da Lei de Improbidade Administrativa.

### **REFERÊNCIAS**

AGUIAR, Tiago Antunes de. Responsabilização dos agentes políticos nos atos de improbidade administrativa. Brasília: Senado Federal, 2010.

ALVIM, Eduardo Arruda. Breves considerações sobre as sanções da Lei de improbidade administrativa (Lei nº 8429/92). Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BIM, Eduardo Fortunato. A Possibilidade de Cumulação dos Crimes de Responsabilidade (IMPEACHMENT) e da Improbidade Administrativa dos Agentes Políticos por Distinção de suas Naturezas Jurídicas. Revista de Direito do Estado. Pará, nº 5, jan./mar. 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 17 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8429compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429compilado.htm)>. Acesso em: 22 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial REsp 456649 MG 2002/0100074-9. Rel. Francisco Falcão. DJ 05.10.2006, p. 237. Julg. 04.09.2006. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/35067/recurso-especial-resp-456649-mg-2002-0100074-9-stj>>. Acesso em: 22 set. 2012.

CARDOSO, Oscar Valente. Responsabilização de agentes políticos por improbidade administrativa. Porto Alegre: Síntese, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2009.

FARIAS, Luciano Magno Silveira de. Improbidade administrativa, crimes de responsabilidade e agentes políticos com prerrogativa de foro. Porto Alegre: Síntese, 2011.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. Atos de improbidade administrativa. São Paulo: Atlas, 2007.

FONSECA, Rosemayre Gonçalves de Carvalho. A ação de improbidade administrativa e os agentes políticos. Brasília: TRF-1ª Região, 2007.

FRAGA, Guilherme Feler de Paula. Do alcance da lei de improbidade administrativa aos agentes políticos. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Probidade administrativa. São Paulo: Saraiva, 2009.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. O limite da improbidade administrativa. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Competência para julgamento de agentes políticos por ofensa à lei de improbidade administrativa: Lei nº 8.429, de 02.06.1992. Interesse Público, v. 9, nº 42, p. 15-19, mar./abr. 2007.

MIRANDA, Gustavo Senna. Princípio do juiz natural e sua aplicação na lei de improbidade administrativa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PEREIRA NETO, Luiz Gonzaga. Os agentes políticos e sua responsabilização a luz da lei n. 8429/92. Revista da AGU. Brasília, v. 6 n. 12 abr. 2007

SILVA, Arnaldo Justina da. Improbidade administrativa praticada pelos agentes políticos: competência para o processo e julgamento após a Reclamação 2138, em curso perante o STF. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, v. 16, n. 65, out. 2008.

SENHORAS, Elói Martins. Discussões sobre a aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa. Repertório IOB de jurisprudência: tributários,

constitucional e administrativo. São Paulo, n. 14, p. 461-459, 2. quinz.jul. 2011.

TESHEINER, José Maria Rosa. Ação de improbidade contra agentes políticos. Revista de Processo. São Paulo, v. 36 n. 195, maio 2011.

TOGNOLO, Osmar. Improbidade administrativa e ato de improbidade. Revista do Tribunal Regional Federal 1. Região. Brasília, v. 22, n. 6 jun. 2010.



## MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

**LÉCIO JOSÉ DE OLIVEIRA MORAES VASQUES:** Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense - UFF. Pós-Graduado em Direito Público. Cidade de Domicílio: Vitória/ES.

**Resumo:** A mutação constitucional consiste num processo informal de modificação da norma sem haver qualquer alteração ou modificação do seu texto. Assim, por gerar, indubitavelmente, insegurança jurídica, é necessário entender como ocorre, os mecanismos e métodos utilizados para seu estudo, traçando os limites e os contornos da exegese que o jurista poderá proceder, sem que incorra em uma mutação constitucional inconstitucional, chamada por J. J. Gomes Canotilho de mutação constitucional exogenética. Por tratar-se de tema de extrema relevância, o presente artigo tem o desiderato de tecer breves considerações acerca do instituto da mutação, evidenciando os casos já reconhecidos pela doutrina e sua aplicação pelos Tribunais Superiores do País, em especial pelo STF.

**Palavras-Chave:** Mutação Constitucional. Conceito. Mecanismos Formais e Informais de Modificação da Constituição. Limites. Aplicação na Doutrina e na Jurisprudência dos Tribunais Superiores.

**Abstract:** The constitutional mutation is an informal process of standard change without having any alteration or modification of the text. Thus, by end generating undoubtedly legal uncertainty, it is

necessary to understand how occurs, the mechanisms and methods used for their study, tracing the limits and contours of exegesis that the lawyer may proceed without incurring an unconstitutional constitutional mutation, called by J. J. Gomes Canotilho of exogenética constitutional mutation. Because it is extremely important topic, this article is the desideratum brief considerations about the mutation of the institute, highlighting the cases already recognized by doctrine and its application by the Superior Courts of the country, especially by the Supreme Court.

**Keywords:** Constitutional Change. Concept. Formal Mechanisms and Informal of the Constitution Amendment. Limits. Application in Doctrine and Jurisprudence of the Superior Courts.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Mecanismos Formais e Informais de Alteração da Constituição. 3. Conceito de Mutação Constitucional. 4. Mecanismos ou Meios de Mutação Constitucional. 5. Limites da Mutação Constitucional. 6. Exemplos de Mutação Constitucional. 7. Conclusão. 8. Referências.

---

## **1 – INTRODUÇÃO:**

Não obstante sejam diversos os conceitos de Constituição, nos dias coevos, doutrinariamente, a mesma é concebida como sendo um importante documento normativo que disciplinará o modo pelo qual se estabelecerá as estruturas básicas do Estado, dispendo sobre os poderes públicos, seus órgãos, a distribuição de competência, a limitação do poder, os direitos e garantias fundamentais dos seus cidadãos que serão resguardados, dentre outras funções.

Nesse sentido, a Constituição é entendida com a Lei Maior de um país, a Lei Mãe, a Lei Fundamental de uma sociedade

politicamente organizada que será disciplinada por esse importantíssimo documento político-normativo chamado Constituição.

Sob o prisma formal, a Constituição é um texto escrito decorrente do exercício do poder constituinte originário, que nos países democráticos, em regra, manifesta-se por meio de uma Assembleia Nacional Constituinte legitimamente eleita pelo povo, detentor do poder, para a elaboração da Constituição.

Sendo assim, por ser um documento solene, formal, assume certo viés de estabilidade, já que a Constituição é elaborada para vigorar, a princípio, por um tempo indeterminado, sem que, no entanto, isso se caracterize como sendo algo estático, perene, permanente e imutável.

Frise-se, inclusive, que é essa própria estabilidade inerente à Constituição que garante, ou ao menos favorece, que haja segurança jurídica nas relações travadas entre particulares e entre o poder público e os particulares, ainda que isso não signifique, como dito acima, a consagração de uma Constituição imutável.

Esse é, portanto, o entendimento da literatura especializada que disserta sobre o assunto, senão vejamos:

A constituição contém o estatuto jurídico fundamental de uma sociedade, consubstanciando, assim, toda a estrutura do respectivo Estado. Daí porque se presume seja ela dotada de estabilidade, exigência indispensável à segurança jurídica, à manutenção das instituições e ao respeito aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Contudo, observa-se que essa estabilidade não pode significar jamais a imutabilidade das normas constitucionais.

Com efeito, o ordenamento jurídico constitucional, além de ser dotado de caráter estático, apresenta, simultaneamente, caráter dinâmico. A realidade social está em constante evolução, e, à medida que isso acontece, as exigências da sociedade, destinatária das normas constitucionais, vão se modificando, de forma que o direito não permanece alheio a esta situação<sup>[1]</sup>.

Com efeito, mister se faz que a Constituição esteja em consonância com a realidade social, sob pena de se instaurar um sistema normativo-jurídico que em nada atende aos clamores sociais.

Nesse sentido, a Constituição deve ser compatível com a realidade, ou seja, com aquilo que Ferdinand Lassale, em sua obra “O que é uma Constituição?”, chamou de “fatores reais de poder”, sem, no entanto, desprender-se do seu poder de alterar ou de conformar a realidade sócio-política, consoante doutrina de Konrad Hesse, sustentada na obra “A Força Normativa da Constituição”.

Com efeito, como a realidade social é cambiante, havendo uma constante alteração de valores e princípios com o passar do tempo, é de suma importância que a Constituição, mesmo estável, permita uma interpretação apta a sustentar, num Estado Democrático de Direito, a salvaguarda de direitos lidos ao seu tempo, para que a norma posta tenha efetividade e seja de fato sufragada pelo organismo social.



Referido entendimento é defendido, em explicação lapidar, por Edézio Muniz de Oliveira, senão vejamos:

O Direito existe para regular o comportamento dos indivíduos dentro de uma sociedade segundo valores preestabelecidos e vigentes à época. Acontece que os grupos sociais são formados por indivíduos de opinião que se altera, uma vez que os elementos intrínsecos e extrínsecos alteram-se constantemente acarretando uma mudança de valores com o passar do tempo. Faz parte da natureza essa realidade cambiante, modificando-se a todo instante pelo efeito do tempo. Aquilo que consideramos como válido em determinada situação poderá ter uma outra conotação em oportunidade diversa. São os “pontos-de-vista” que mudam com o tempo. Novos conceitos e opiniões são introduzidos e passa-se a ter nova concepção das coisas. Já não somos os mesmos. As coisas já não são as mesmas. Como disse Heráclito em seus ensaios sobre dialética: “um homem não toma banho duas vezes no mesmo rio”. Pois da segunda vez não será o mesmo homem e nem estará se banhando no mesmo rio<sup>[2]</sup>.

Mesmo possuindo a característica da estabilidade e sendo vocacionada a perdurar, sem prazo determinado de validade, a interpretação a ser dada à Constituição deverá levar em consideração eventuais alterações do cenário fático e jurídico, de modo a permitir sua adequada aplicação, até porque é justamente essa flexibilidade exegética que lhe confere relativa estabilidade. Essa é a doutrina, inclusive, do Procurador Federal Ronaldo Guimarães Gallo, senão vejamos:

Portanto, fixemos: é importante que as constituições não tenham termo final de validade, são vocacionadas à continuidade como uma das formas de se assegurar a estabilidade e segurança social; a continuidade que impregna as constituições não implica em impossibilidade de mudança, ao contrário, é a viabilidade de alterar normas constitucionais, mantendo-se o texto em vigor, que confere a necessária estabilidade ao sistema[3].

Ressalta-se, por fim, que o indesejado fenômeno da fossilização da Constituição, concebido como a imutabilidade do sistema constitucional, com os vivos sendo regidos pelo direito dos mortos, tão combatido pela doutrina, será afastado pelo regramento normativo que permite a alteração e a modificação da Constituição, seja de modo formal, pelas emendas ou revisões, ou de modo informal, por meio da mutação constitucional.

Procuraremos demonstrar, na presente obra monográfica, como ocorre esse processo informal de modificação da Constituição, concebido por mutação constitucional, apresentando o conceito, os meios como ocorre, os limites impostos pelo ordenamento, exemplificando à luz da doutrina e da jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal – STF, sem, contudo, ter a pretensão de encerrar o debate ou pôr fim às controvérsias.

Objetiva-se, tão-somente, acalorar o debate e contribuir, a sua maneira, para a difusão do conhecimento técnico-jurídico já desenvolvido sobre o fenômeno da mutação, sem olvidar de tecer comentário crítico atinente ao referido tema objeto de nosso estudo.

## **2 – MECANISMOS FORMAIS E INFORMAIS DE ALTERAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO:**

Consoante reiterado entendimento doutrinário acerca da matéria, a Constituição poderá ser alterada ou modificada por métodos formais ou informais, atendendo os limites colocados pelo ordenamento jurídico. Nesse sentido, como métodos formais temos as emendas constitucionais e as revisões constitucionais, ao passo que como método informal teremos o objeto principal dessa obra monográfica, qual seja, a mutação constitucional.

Nesse sentido, inclusive, é a lição do ilustre doutrinador constitucionalista Pedro Lenza, senão vejamos:

Colocadas essas premissas, o sentido da Constituição interpretada pode se mostrar inadequado. Nessas circunstâncias, dentro dos limites colocados pelo Constituinte originário, poderão ser observadas alterações tanto do ponto de vista formal (reforma constitucional) como do informal (mutações constitucionais)[4].

No mesmo sentido, é a doutrina de Paulo Gustavo Gonet Branco, senão vejamos:

O poder de reforma – expressão que inclui tanto o poder de emenda como o de revisão do texto (Art. 3º do ADCT) – é, portanto, criado pelo poder constituinte originário, que lhe estabelece o procedimento a ser seguido e limitações a serem observadas. O poder constituinte de reforma, assim, não é inicial, nem incondicionado e nem ilimitado. É um poder que não se confunde com o poder originário, estando subordinado a ele. Justamente a distinção entre poderes constituinte originário e

derivado justifica, conforme o magistério de Gilmar Ferreira Mendes, o estabelecimento de restrições a este[5].

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF também manifesta-se de forma condizente com o exposto acima, senão vejamos:

Emenda ou revisão, como processos de mudança na Constituição, são manifestações do poder constituinte instituído e, por sua natureza, limitado. Está a ‘revisão’ prevista no art. 3º do ADCT de 1988 sujeita aos limites estabelecidos no § 4º e seus incisos do art. 60 da Constituição. O resultado do plebiscito de 21 de abril de 1933 não tornou sem objeto a revisão a que se refere o art. 3º do ADCT. Após 5 de outubro de 1993, cabia ao Congresso Nacional deliberar no sentido da oportunidade ou necessidade de proceder à aludida revisão constitucional, a ser feita ‘uma só vez’. As mudanças na Constituição, decorrentes da ‘revisão’ do art. 3º do ADCT, estão sujeitas ao controle judicial, diante das ‘cláusulas pétreas’ consignadas no art. 60, § 4º e seus incisos, da Lei Magna de 1988. (ADI 981-MC, rel. min. Néri da Silveira, julgamento em 17-3-1993, Plenário, DJ de 5-8-1994).

A alteração da Constituição, pela via formal, poderá se dar, como dito acima, por meio de emendas à constituição ou por meio de revisão constitucional. Referidas alterações são frutos do poder constituinte derivado reformador e revisional, que se contrapõem ao poder constituinte originário, sendo este conceituado pela doutrina clássica com um poder ilimitado juridicamente e incondicionado.

O poder constituinte derivado reformador, por seu turno, caracterizado por ser limitado, condicionado e secundário, materializa-se por meio de emendas constitucionais, as quais obedecem a um processo legislativo para que possam alterar o texto constitucional, que nas Constituições rígidas mostra-se bastante solene e mais dificultoso do que as alterações ou revogações da legislação infraconstitucional.

Assim, consoante leciona Pedro Lenza, a “reforma constitucional seria a modificação do texto constitucional, através dos mecanismos definidos pelo poder constituinte originário (emendas), alterando, suprimindo, ou acrescentando artigos ao texto original”<sup>[6]</sup>. Essas são, portanto, as finalidades das emendas constitucionais, quais sejam, alterar, suprimir ou acrescentar artigos ao texto constitucional.

Há, no entanto, alguns impedimentos e restrições impostos ao poder de reforma, materializado pelas emendas. São limitações temporais, circunstanciais e materiais, cuja observância é obrigatória. Na Constituição brasileira de 1988, referidas limitações encontram-se delineadas no Artigo 60, senão vejamos:

Art. 60, da Constituição: A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

A outra dimensão do poder de reforma, além das emendas, manifesta-se pela possibilidade de haver, se assim o desejar o constituinte originário, a revisão constitucional, tal como prevista na Constituição brasileira de 1988, nos Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, senão vejamos:

Art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.

Além das emendas e da revisão, métodos formais de alteração da Constituição, há ainda a possibilidade de ocorrência da

mutação constitucional, constituindo-se num método informal de alteração da Constituição, em que não haverá qualquer modificação em seu texto.

Referido entendimento é sustentado, inclusive, pela doutrina, conforme depreende-se da lição lapidar do Pedro Lenza sobre o assunto, senão vejamos:

As mutações, por seu turno, não seriam alterações 'físicas', 'palpáveis', materialmente perceptíveis, mas sim alteração no significado e sentido interpretativo de um texto constitucional. A transformação não está no texto em si, mas na interpretação daquela regra enunciada. O texto permanece inalterado.

As mutações constitucionais, portanto, exteriorizam o caráter dinâmico e de prospecção das normas jurídicas, por meio de processos informais. Informais no sentido de não serem previstos dentre aquelas mudanças formalmente estabelecidas no texto constitucional<sup>[7]</sup>.

São esses, portanto, os mecanismos formais e informais de alteração ou modificação da Constituição, sendo a mutação o objeto de nosso estudo.

### **3 – CONCEITO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL:**

O fenômeno da mutação constitucional decorre, basicamente, da evolução da situação de fato, ou seja, das alterações sócio-políticas havidas na sociedade, que transmutam a realidade social, bem como da necessidade premente de atualizar a aplicação da norma com os valores vigentes do seu tempo, ou seja, da releitura dos institutos jurídicos à luz das transformações

sofridas pelo organismo social, de modo a efetivar a aplicação da norma de forma equânime e compatível com a realidade.

Com efeito, a mutação constitucional consiste num processo informal de alteração da Constituição, onde não haverá modificação, alteração ou revogação da norma, a qual permanecerá intacta, havendo tão-somente alteração do seu sentido, ou seja, o texto permanece o mesmo, a mudança será da norma, entendida como a interpretação a ser extraída do texto.

Nesse mesmo sentido é a doutrina do ilustre Paulo Gustavo Gonet Branco, senão vejamos:

O estudo do poder constituinte de reforma instrui sobre o modo como o Texto Constitucional pode ser formalmente alterado. Ocorre que, por vezes, em virtude de uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma, ou ainda por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade, a Constituição muda, sem que as suas palavras hajam sofrido modificação alguma. O texto é o mesmo, mas o sentido que lhe é atribuído é outro. Como a norma não se confunde com o texto, repara-se, aí, uma mudança da norma, mantido o texto. Quando isso ocorre no âmbito constitucional, fala-se em mutação constitucional[8].

A doutrina do insigne Inocêncio Mártires Coelho coaduna-se com o exposto acima. Vejamos:

Assentadas essas premissas, as mutações constitucionais nada mais são que as alterações semânticas dos preceitos das constituições, em decorrência de modificações no prisma histórico-



social ou fático-axiológico em que se concretiza a sua aplicação...

Vistas a essa luz, portanto, as mutações constitucionais são decorrentes – nisso residiria sua especificidade – da conjugação da peculiaridade da linguagem constitucional, polissêmica e indeterminada, com os fatores externos, de ordem econômica, social e cultural, que a Constituição – pluralista por antonomásia – , intenta regular e que, dialeticamente, interagem com ela, produzindo leituras sempre renovadas das mensagens enviadas pelo constituinte[9].

Por fim, explicando com maestria que o fenômeno da mutação constitucional pode decorrer tanto de uma mudança da realidade fática como de uma nova percepção do direito, procedendo a uma devida releitura da norma, é a doutrina do mestre Luís Roberto Barroso, atualmente Ministro do Supremo Tribunal Federal – STF, senão vejamos:

... a mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação do seu texto. Esse novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo[10].

Pelo conceito exposto, podemos extrair, sucintamente, como principais características da mutação constitucional:

- a) a informalidade: já que o processo de alteração da norma, como dito, é informal;
- b) a pluralidade de agentes: já que pode decorrer da interpretação, bem como da atuação legislativa e até mesmo dos costumes, como será trabalhado abaixo;
- c) o distanciamento no tempo: apesar de não haver um consenso sobre esse ponto, podemos destacar que, inúmeras vezes, a mutação decorre de uma mudança que ocorre no tempo, que acarreta modificação da realidade até então existente e que consubstanciava a exegese vigente;
- d) e a manutenção do texto: não obstante a modificação da norma, o texto permanece íntegro, pois texto não se confunde com norma, como será demonstrado abaixo, com o método de interpretação constitucional normativo-estruturante, desenvolvido por Müller.

#### **4 - MECANISMOS OU MEIOS DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL:**

As formas pelas quais poderá ocorrer o fenômeno da mutação constitucional foram sistematizadas, doutrinariamente, pelo ilustre jurista Luís Roberto Barroso<sup>[11]</sup>, que observando a doutrina clássica identificou, basicamente, três mecanismos de concretização do referido fenômeno. São eles:

- 4.1) **INTERPRETAÇÃO** (judicial ou administrativa): Por meio de interpretação, judicial ou administrativa, poderá haver a superação de um entendimento até então consolidado, assumindo o exegeta um relevante papel de criação do direito. Nesse sentido, mormente no tocante à interpretação judicial, assume o Poder Judiciário a nobre função de adequar o Direito às novas necessidades sociais

resultantes das alterações dos paradigmas que formavam o arcabouço fático-realístico do organismo social. Haverá, portanto, um inegável ativismo judicial, inovador em sua essência, não obstante possa a mutação ser, também, decorrente de uma interpretação administrativa, superando o entendimento jurídico então vigente.

- 4.2) **LEGISLATIVA (Atuação do legislador):** Não obstante seja a mutação constitucional fruto, principalmente, das alterações jurisprudenciais, fato incontroverso é que também poderá ser resultante da atuação do Poder Legislativo, quando, no seu mister de elaborar ato normativo primário, alterar o sentido já dado a alguma norma constitucional. Logo, nada impede que o Poder legislativo edite um ato normativo primário contrário a um entendimento, por exemplo, do Supremo Tribunal Federal – STF, em uma verdadeira reação legislativa, com Ativismo Congressual, já que o legislativo não fica vinculado, em sua função típica de legislar, aos efeitos das decisões prolatadas pelo STF, ainda que decorrentes de controle abstrato de constitucionalidade. Tal fato, no entanto, não impedirá que o próprio STF, guardião da Constituição, declare a inconstitucionalidade do ato normativo editado, por entendê-lo contrário à Constituição. Deve-se evitar, no entanto, na medida do possível, a ocorrência desse confronto entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, em homenagem à separação de poderes, elencada, no artigo 60, parágrafo 4º, inciso III, da Constituição como cláusula pétrea.
- 4.3) **CONSUETUDINÁRIA (costumes constitucionais):** Apesar de não ser pacífica a possibilidade dos costumes, nos países de Constituição escrita e rígida, alterarem o sentido interpretativo do ordenamento, há casos em que isso

ocorrerá, como aponta o Barroso, como, por exemplo, na possibilidade do chefe do executivo negar aplicação, desde que o faça de modo fundamentado, da lei considerada inconstitucional, bem como a existência do voto de liderança no Parlamento, sem submeter-se ao Plenário.

Esses são, portanto, os mecanismos apontados que poderão resultar em mutação constitucional.

## **5 – LIMITES DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL:**

Insta observar, de plano, como já mencionado, que a mutação constitucional decorre da alteração do sentido normativo-jurídico atribuído à norma, seja por meio de interpretação, de atuação legislativa ou até mesmo pelos costumes.

Assim, para traçar os limites da mutação é necessário entender como deve ser feita a interpretação do texto constitucional. Para tanto, elencaremos abaixo, embora de forma sucinta e superficial, os métodos e princípios apontados pela doutrina como alicerces teórico-exegéticos a embasar a busca do sentido a ser atribuído à norma.

### **5.1 – Métodos de Interpretação Constitucional:**

#### **5.1.1 – Método Jurídico (ou Clássico hermenêutico):**

Por esse método, atribuído a Ernest Forsthof, a Constituição deve ser enxergada como uma lei. Logo, para interpretá-la o exegeta deverá se valer, basicamente, dos elementos gramatical, lógico, sistemático, teleológico, tal como desenvolvidos por Savigny.

Por isso, referido método, por embasar-se na doutrina clássica de Savigny, é conhecido também como método clássico-

hermenêutico, defendendo a “tese da identidade”, ou seja, a Constituição deve ser interpretada como uma lei.

### **5.1.2 – Método Tópico-Problemático:**

Idealizado por Theodor Viehweg, referido método parte do problema para a norma, ou seja, do caso concreto para a situação hipoteticamente prevista na norma, atribuindo um caráter prático na solução dos problemas. Assim, há um pragmatismo evidente a ser observado pelo hermenauta na resolução dos conflitos que lhe são apresentados.

### **5.1.3 – Método Hermenêutico-Concretizador:**

Atribuído a Konrad Hesse, o referido método sustenta que o intérprete deve partir da Constituição para o caso concreto, ou seja, da Constituição para o problema a ser resolvido. Logo, trata-se de um mecanismo exegético que difere do método tópico-problemático, por defender exatamente o contrário como ponto de partida.

Por esse método, o intérprete teria que se valer das suas pré-compreensões acerca do caso apresentado, para alcançar a melhor solução para o caso concreto. Há, no entanto, forte crítica doutrinária a essa exegese, afirmado que esta subjetividade das pré-compreensões poderia distorcer a realidade e o sentido da norma.

### **5.1.4 – Método Científico-Espiritual:**

Idealizado por Rudolf Smend, referido método sustenta que a compreensão da Constituição deve partir-se da análise da realidade social e dos valores prementes na sociedade.

Como efeito, a Constituição deve ser enxergada como algo dinâmico, cabendo ao exegeta envidar esforços para encontrar

o verdadeiro espírito da norma, ou seja, seu verdadeiro valor e sentido normativo.

#### **5.1.5 – Método Normativo-Estruturante:**

Atribuído a Friederich Müller, o método em comento sustenta a inexistência de identidade entre o texto normativo e a norma jurídica, ou seja, uma coisa é o texto e outra bem diferente é a norma.

O texto deve ser entendido como a literalidade da assertiva, já a norma deve ser entendida como a interpretação a ser extraída do texto. Nesse sentido, por exemplo, o “devido processo legal” extraído do texto normativo existente há centenas de anos não se confundirá, por certo, com a norma jurídica decorrente do “devido processo legal” atualmente em vigor. O texto pode até ser o mesmo, mas o sentido atribuído a ele, ou seja, a norma, certamente não o será.

Percebe-se, de plano, a grande influência que referido método proposto por Müller apresentará no processo de mutação constitucional, no qual o texto permanece íntegro, sem, no entanto, persistir a norma, já que o texto receberá uma nova interpretação.

#### **5.1.6 – Método da Comparação Constitucional:**

O exegeta não pode desconsiderar o atual estágio da globalização, a qual inegavelmente rompe fronteiras e estabelece um intercâmbio cultural intenso entre os diversos povos. Nesse sentido, ao proceder a interpretação constitucional, principalmente nas relações internacionais, o hermeneuta deverá levar em consideração as várias Constituições existentes dos diversos povos, de modo a ser feita uma comparação constitucional, havendo, portanto, uma comunicação entre as diversas Cartas. É o que sustenta o método supracitado.

Ao lado dos referidos métodos de interpretação constitucional, a doutrina aponta, ainda, diversos princípios interpretativos que atuam, na verdade, de forma complementar aos métodos acima explicados, sem que possamos dizer que um sucede o outro, consoante passamos a expor.

### **5.2 – Princípios da Interpretação Constitucional:**

Consoante afirma reiterada doutrina contemporânea, a norma jurídica divide-se em norma-regra e norma-princípio. Aqui, no entanto, trataremos de princípios de interpretação constitucional, ou seja, de princípios interpretativos, concebidos por Luís Roberto Barroso como “princípios instrumentais”, que nortearão a aplicação dos princípios materiais, ou seja, da norma-princípio.

Referidos princípios instrumentais, na doutrina do insigne doutrinador Humberto Ávila, são concebidos como “postulados normativos”, ou seja, “normas de segundo grau”, qualificadas como metanormas, que servirão como meio de interpretação das demais normas jurídicas presentes no ordenamento jurídico. Cita os postulados inespecíficos (ponderação, concordância prática e proibição de excesso) e os postulados específicos (igualdade, razoabilidade e proporcionalidade).

Dissertando sobre o assunto, manifesta-se com propriedade o ilustre Humberto Ávila:

A interpretação de qualquer objeto cultural submete-se a algumas condições essenciais, sem as quais o objeto não pode ser sequer apreendido. A essas condições essenciais dá-se o nome de postulados. Há os postulados meramente hermenêuticos, destinados a compreensão em geral do Direito e os

postulados aplicativos, cuja função é estruturar a sua aplicação concreta.

Os postulados normativos aplicativos são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como metanormas. Daí se dizer que se qualificam como normas de segundo grau. Nesse sentido, sempre que se está diante de um postulado normativo, há uma diretriz metódica que se dirige ao intérprete relativamente à interpretação de outras normas. Por trás dos postulados, há sempre outras normas que estão sendo aplicadas. (...) Os postulados funcionam diferentemente dos princípios e das regras. A uma, porque não se situam no mesmo nível: os princípios e as regras são normas objeto da aplicação; os postulados são normas que orientam a aplicação de outras. A duas, porque não possuem os mesmos destinatários: os princípios e as regras são primariamente dirigidos ao Poder Público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e aplicador do Direito. A três, porque não se relacionam da mesma forma com outras normas: os princípios e as regras, até porque se situam no mesmo nível do objeto, implicam-se reciprocamente, quer de modo preliminarmente complementar (princípios), que de modo preliminarmente decisivo (regras); os postulados, justamente porque se situam num metanível, orientam a aplicação dos princípios e



das regras sem conflituosidade necessária com outras normas[12].

Ao lado dos métodos de interpretação, de forma complementar, os princípios de interpretação, específicos, citados pela doutrina, consoante apontado por Pedro Lenza[13], são os que, sucintamente, abaixo passamos a expor.

#### **5.2.1 – Princípio da Unidade da Constituição:**

Por esse princípio, a Constituição deve ser considerada em sua forma integral, global, ou seja, as normas constitucionais não devem ser interpretadas isoladamente, mas sim como um todo, de forma a se afastar as possíveis antinomias. Assim, não haverá qualquer hierarquia entre as normas constitucionais, estando todas no mesmo nível.

#### **5.2.2 – Princípio do Efeito Integrador:**

Pelo efeito integrador, a constituição deve ser interpretada de uma forma que garanta a unidade política, de forma a se assegurar uma integração política e social, afastando, portanto, reducionismos de ordem política que poderiam ensejar exclusões e isolamentos de entes federados, com reducionismos indesejados, incompatíveis com a própria democracia.

#### **5.2.3 – Princípio da Máxima Efetividade:**

Caberá ao exegeta, pelo princípio supracitado, promover uma interpretação que assegure a máxima efetividade social da norma, salvaguardando os direitos fundamentais. Tem por escopo, portanto, efetivar, em grau máximo, os direitos elencados na Constituição.

#### **5.2.4 – Princípio da Justeza ou da Conformidade Funcional:**

O hermeneuta deverá, pelo referido princípio da conformidade funcional, interpretar a Constituição de forma que seja assegurada a distribuição das competências e atribuições estabelecidas, de modo que não lhe perturbe ou subverta o esquema organizatório-funcional.

Assim, a repartição de funções deverá ser observada, até como forma de se assegurar a máxima efetividade da Constituição.

Resta claro, portanto, que os princípios ora analisados não são estanques, pelo contrário, eles se complementam, até mesmo para garantir a unidade do sistema jurídico.

#### **5.2.5 – Princípio da Concordância Prática ou Harmonização:**

Pelo princípio em comento, a Constituição deve ser interpretada de forma que assegure, ao máximo, os bens constitucionalmente protegidos pelo sistema. Logo, interpretações que fulminem um determinado bem juridicamente tutelado deverão ser afastadas.

Com efeito, quando houver colisão entre dois direitos, como, por exemplo, a liberdade de informação e o direito à privacidade, o hermeneuta deverá proceder ao devido sopesamento, por meio de uma ponderação dos princípios conflituosos, de modo a interpretar a Constituição de forma que um direito não aniquile o outro, havendo tão-somente uma prevalência de um em determinado caso concreto.

Objetiva-se, portanto, harmonizar os princípios colidentes, sem que haja o total sacrifício de um em detrimento do outro.

### **5.2.6 – Princípio da Força Normativa:**

Por esse princípio, o intérprete deve assegurar a máxima efetividade às normas constitucionais, já que a mesma possui força normativa.

Assim, aquela ideia inicial da Constituição como sendo um documento político, sem eficácia normativa, é afastada, em homenagem a doutrina de Konrad Hesse, exposta na obra “A força normativa da Constituição”, entendida como um documento dotado de eficácia jurídica, com aptidão para produzir efeitos e, até mesmo, modificar a realidade social, desde que presente a “vontade de Constituição”, como lecionava Hesse.

### **5.2.7 – Princípio da Interpretação Conforme a Constituição:**

Quando o hermeneuta defrontar-se com normas polissêmicas, plurissignificativas, deverá prestigiar a interpretação que melhor se coadune com a Constituição, afastando as exegeses inadequadas para o caso concreto.

Percebe-se, portanto, que o intérprete da norma deverá afastar as interpretações que não se amoldam à Constituição e adotar aquela que a concretiza em sua essência, ou seja, que atende sua finalidade, restando claro, portanto, tratar-se de uma técnica de decisão.

Como em nosso sistema jurídico a última palavra caberá ao Supremo Tribunal Federal – STF, já que o mesmo é concebido como o “guardião da Constituição”, conforme estabelece o artigo 102 da Constituição, a ele caberá, em última instância, proceder à devida interpretação.

### **5.2.8 – Princípio da Proporcionalidade ou Razoabilidade:**

Consoante aponta reiterada doutrina que disserta acerca do tema, a proporcionalidade e razoabilidade devem ser entendidas como uma ordem de valores que consagram as noções de equidade, justiça e bom senso como forma de interpretação.

Assim, a proporcionalidade é apontada em três dimensões, quais sejam, a necessidade (entendida como meio inarredável para alcançar o direito, sendo, portanto, exigível e necessária para a obtenção do direito), a adequação (o meio escolhido deve ser idôneo para alcançar ou tutelar o direito) e a proporcionalidade em sentido estrito (entendida como a obtenção do direito, com a máxima efetividade e o mínimo grau de restrição).

Destaca-se, por fim, que a jurisprudência do STF concebe a proporcionalidade como sendo decorrente, ou extraída, do devido processo legal material ou substantivo, tratando como sinônimos os referidos princípios.

Assim, o hermeneuta deverá levar em consideração os métodos e princípios supracitados para proceder à devida interpretação do texto constitucional, inclusive nos casos de mutação constitucional, em que uma nova interpretação será atribuída à norma jurídica vigente.

Com efeito, o hermeneuta deverá observar os princípios estruturantes do sistema, para que a interpretação seja, de fato, constitucional. Nesse sentido, inclusive, é a manifestação da doutrina, senão vejamos:

A nova interpretação há, porém, de encontrar apoio no teor das palavras empregadas pelo constituinte e não deve violentar os princípios estruturantes da Lei Maior; do contrário, haverá apenas uma interpretação inconstitucional<sup>[14]</sup>.

Percebe-se, a toda evidência, que um dos limites colocados à interpretação é a própria literalidade da norma, a qual não poderá ser desconsiderada, sob pena de haver uma indesejada interpretação inconstitucional.

O próprio J. J. Gomes Canotilho leciona que o exegeta não deve extrapolar os limites interpretativos, valendo-se de elementos extra Constituição que contrariam o programa da norma Constitucional, sob pena de haver uma mutação constitucional inconstitucional, denominada mutação constitucional exogenética, a qual, por razões óbvias, deve ser rechaçada, para haver harmonia do sistema.

Por isso os limites interpretativos da norma devem levar em consideração a literalidade da norma, seu conteúdo exposto, conforme ensina a doutrina. Vejamos:

Por isso é que todos os juristas, e não apenas os intérpretes/aplicadores da Constituição, quando analisam os processos informais de criação do direito por via interpretativa, advertem, à partida, que uma coisa são as leituras que, mesmo novas, ainda se mantenham no espectro dos significados aceitáveis de um texto jurídico, e outra, bem distinta, são as criações sub-receptícias de novos preceitos, mediante interpretações que ultrapassam o sentido literal possível dos enunciados jurídicos e acabam por transformar os seus intérpretes em legisladores sem mandato<sup>[15]</sup>.

Observa-se, por fim, que a mutação constitucional, para ser válida e estar em consonância com o direito, deve ter lastro democrático, sem que seja fruto de autoritarismo, consoante explica

de forma lapidar a doutrina do mestre Luís Roberto Barroso, senão vejamos:

... a mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação do seu texto. Esse novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. Para que seja legítima, a mutação precisa ter lastro democrático, isto é, deve corresponder a uma demanda social efetiva por parte da coletividade, estando respaldada, portanto, pela soberania popular<sup>[16]</sup>.

Se houver mutação inconstitucional, lesando direitos de terceiros de boa-fé, será possível, em tese, haver controle de constitucionalidade, já que nem mesmo a lei pode afastar do controle judicial lesão ou ameaça a direitos, nos termos do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição, que consagra o princípio da inafastabilidade jurisdicional.

São, portanto, limites impostos à mutação constitucional.

## **6 – EXEMPLOS DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL:**

Com o escopo meramente ilustrativo, exemplificaremos alguns casos que podem ser concebidos como sendo casos de mutação constitucional, apontados pela doutrina e pela jurisprudência, conforme passamos a expor.

### **EXEMPLO 1: Inflação.**

Consoante destacado, ainda que em nota de rodapé, pelo ilustre Paulo Gustavo Gonet Branco, a noção de legalidade atinente à inflação passou por um verdadeiro fenômeno de mutação constitucional, pois os tribunais entendiam, inicialmente, que a correção monetária só poderia ocorrer se houvesse expressa previsão legal. Ocorre, todavia, que esse entendimento foi alterado e passou-se a entender que a correção monetária poderia ocorrer independentemente de qualquer autorização legal. Vejamos:

O fenômeno da inflação pode levar a uma visão diferente do princípio constitucional da legalidade, fornecendo exemplo de mutação constitucional. Veja-se que, num primeiro momento, quando a corrosão da moeda não era extrema, a jurisprudência afirmava que ‘a correção monetária somente pode ocorrer em face de autorização legal’ (STF, RE 74.655, DJ de 1º-6-1973). Mais adiante, quando o problema monetário se agravou, passou-se a entender que o princípio da legalidade conviveria com a correção monetária sem lei expressa nos casos de dívida de valor (STF, RE 104.930, DJ de 10-5-1985). Atingido os patamares do descontrole inflacionário a correção monetária vem a ser aplicada em qualquer dívida, independentemente de previsão legal (STJ, REsp 2.122, RSTJ, 11/384, em que se lê: ‘construção pretoriana e doutrinária e doutrinária, antecipando-se ao legislador, adotando a correção como imperativo econômico, jurídico e ético, indispensável à justa composição dos danos e ao fiel adimplemento das obrigações, dispensou a prévia autorização legal para a sua aplicação’)[17]

## **EXEMPLO 2: Mulher Honesta.**

Conforme explica de forma lapidar o insigne doutrinador Pedro Lenza, o conceito de mulher honesta sofreu, ao longo do tempo, mutação interpretativa, de forma que o que entendemos hoje como sendo “mulher honesta”, não obstante a fluidez e a vagueza do termo, certamente não se confunde com a noção axiológica atribuída ao termo pelos nossos antepassados, razão pela qual, inclusive, referida expressão foi suprimida do Código Penal. Assim leciona o referido doutrinador:

Quando falamos que essa expressão sofreu uma mutação interpretativa, não queremos dizer que o artigo em si foi alterado, mas, sim, que o conceito de “mulher honesta”, ao longo do tempo, levando em consideração os padrões aceitos pela sociedade da época, adquiriu significados diversos. Cabe advertir que a Lei 11.106/2005 revogou diversos dispositivos do Código Penal, inclusive o que dispunha acerca da “mulher honesta”[\[18\]](#).

## **EXEMPLO 3: Foro Por Prerrogativa de Função.**

Consoante destaca Pedro Lenza, “um outro exemplo de mutação constitucional, lembrado por Olavo Alves Ferreira, foi o cancelamento da Súmula 394 do STF, modificando o entendimento sobre o foro por prerrogativa de função”[\[19\]](#).

Dispunha a Súmula 394 do Supremo Tribunal Federal que “cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”.



Ocorre, no entanto, conforme mencionado, que referido entendimento foi superado e a referida súmula foi cancelada. Nos dias coevos, assim é a jurisprudência do STF:

**Ementa - Agravo regimental em reclamação. 2. Direito Processual Penal e Constitucional. 3. Extensão da prerrogativa de foro de ex-agentes públicos. 4. Cancelamento da Súmula 394 desta Corte. Declaração de inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 84, do Código de Processo Penal com a redação dada pela Lei 10.682/2002 (ADI 2.797, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, DJ 19.12.2006). 5. Superado o entendimento pretérito sobre a subsistência da prerrogativa de foro dos ex-agentes públicos. 6. Ofensa ao princípio do juiz natural não configurada. 7. Agravo regimental a que se nega seguimento[20].**

A referida súmula foi cancelada porque a prerrogativa se dá em função do exercício do cargo e não *intuito personae*. Desta feita, se o agente público não exerce mais a função pública que lhe propiciara a prerrogativa processual, mister se faz proceder ao devido ajuste, de forma a compatibilizar a situação com o regramento constitucional, rechaçando os privilégios odiosos.

#### **EXEMPLO 4: Habeas Corpus ajuizado em face de ato de Turma Recursal de Juizado Especial.**

No que atine a competência para julgar Habeas Corpus impetrado em face de decisão prolatada por Turma Recursal de Juizado Especial, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sofreu uma verdadeira mutação constitucional, ao passar a admitir como tribunal competente para processamento e julgamento do feito os respectivos Tribunais de Justiça Estaduais, conforme se

depreende da própria jurisprudência do Pretório Excelso. Vejamo-la:

**EMENTA: QUESTÃO DE ORDEM. HABEAS CORPUS CONTRA ATO DE TURMA RECURSAL DE JUIZADO ESPECIAL. INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ALTERAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. REMESSA DOS AUTOS. JULGAMENTO JÁ INICIADO. INSUBSISTÊNCIA DOS VOTOS PROFERIDOS.** Tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal, modificando sua jurisprudência, assentou a competência dos Tribunais de Justiça estaduais para julgar habeas corpus contra ato de Turmas Recursais dos Juizados Especiais, impõe-se a imediata remessa dos autos à respectiva Corte local para reinício do julgamento da causa, ficando sem efeito os votos já proferidos. Mesmo tratando-se de alteração de competência por efeito de mutação constitucional (nova interpretação à Constituição Federal), e não propriamente de alteração no texto da Lei Fundamental, o fato é que se tem, na espécie, hipótese de competência absoluta (em razão do grau de jurisdição), que não se prorroga. Questão de ordem que se resolve pela remessa dos autos ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos territórios, para reinício do julgamento do feito'. (, STF, HC 86.009-QO, 1ª Turma, Rel. Min. Carlos Britto, j. 29.08.2006, DJ de 27.04.2007).

Nota-se, portanto, que a competência para julgar o Habeas Corpus ajuizado em face de ato praticado por Turma de Juizado

Especial não é originária do Supremo Tribunal Federal – STF, mas sim do respectivo Tribunal de Justiça – TJ, consoante entendimento atual do próprio Supremo.

### **EXEMPLO 5: Progressão de Regime na Lei dos Crimes Hediondos e Exigência do Regime Inicial Fechado.**

Outra situação merecedora de destaque é o caso da vedação da progressão de regime prevista na Lei de Crimes Hediondos e da exigência do regime inicial fechado.

Insta observar, nesse ponto, que a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal superou entendimento até então vigente ao declarar a inconstitucionalidade do parágrafo 1º, do artigo 2º, da Lei 8072/1990.

Assim, hodiernamente, o entendimento firmado é o de que o regime inicial de cumprimento da pena não precisará ser, necessariamente, o fechado e muito menos haverá a necessidade do cumprimento da pena em regime integralmente fechado, em homenagem ao princípio da individualização da pena, conforme destacado pelo próprio STF, senão vejamos:

**EMENTA: I - Recurso extraordinário: descabimento: falta de prequestionamento dos dispositivos constitucionais dados como violados (Súmulas 282 e 356), além de não impugnados os fundamentos do acórdão recorrido. II - Crime hediondo: regime de cumprimento de pena: incidência da Súmula 698 ("Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura"). III - Crime hediondo: regime de cumprimento de pena: progressão. Ao**

julgar o HC 82.959, Pl., 23.2.06, Marco Aurélio, DJ 01.09.06, o Supremo Tribunal declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da L. 8.072/90 - que determina o regime integralmente fechado para o cumprimento de pena imposta ao condenado pela prática de crime hediondo - por violação da garantia constitucional da individualização da pena (CF., art. 5º, LXVI). IV - Habeas-corpus: deferimento da ordem, de ofício, para afastar o óbice do regime fechado imposto, cabendo ao Juízo das Execuções analisar a eventual presença dos demais requisitos da progressão. (STF, RE 534327 QO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, Julgado em 25/06/2007 e Publicado em 10/08/2007).

**EMENTA** Habeas corpus. Penal. Processual penal. Condenação por tráfico de drogas (art. 33 da Lei nº 11.343/06). 4- É ilegal a estipulação do regime inicial fechado quando ela está amparada exclusivamente na vedação legal contida no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, cuja inconstitucionalidade foi reconhecida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (HC nº 111.840/ES, de minha relatoria, DJe de 17/12/12). (STF, HC 126786/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Dias Tóffoli, Julgado em 02/06/2015).

**Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO (ART. 213 DO CP). LAUDO PERICIAL. ANÁLISE DA COMPROVAÇÃO, OU NÃO, DA MATERIALIDADE DO CRIME.**

**IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VEDAÇÃO. IRREGULARIDADE, OU NÃO, NA INTIMAÇÃO DA DEFESA PARA A SESSÃO DE JULGAMENTO DA APELAÇÃO. MATÉRIA NÃO SUBMETIDA À APRECIÇÃO DA INSTÂNCIA PRECEDENTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.464/07. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO ORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA DE OFÍCIO. (RHC 116704/PA, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, Julgado em 22/04/2014, Publicado em 16/05/2014).**

**EXEMPLO 6: Competência Trabalhista para julgar ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho.**

Em um primeiro momento, a jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal – STF, entendia que as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho ajuizadas por empregado em face de seu ex-empregador deveriam ser processadas e julgadas pela justiça comum estadual e não pela justiça do trabalho.

Não obstante inúmeras críticas doutrinárias, esse era o entendimento amplamente prevalecente.

Ocorre, no entanto, que o pensamento jurídico evoluiu e nossa Suprema Corte passou a entender que, diante da

Constituição de 1988, a competência deveria ser da justiça trabalhista e não mais da justiça comum estadual.

Nesse sentido, por razões de segurança jurídica e relevância social, foi estabelecido pelo Plenário do STF, por maioria, que o marco temporal da competência da justiça laboral seria a Emenda Constitucional nº 45/2004.

Com efeito, as ações que tramitavam na justiça comum estadual deveriam ser remetidas para a justiça trabalhista, salvo se já houvesse sentença de mérito, hipótese em que deveria continuar na justiça comum.

A jurisprudência do STF é cristalina nesse sentido. Note:

Ementa: (...) Numa primeira interpretação do inciso I do art. 109 da Carta de Outubro, o Supremo Tribunal Federal entendeu que as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente do trabalho, ainda que movidas pelo empregado contra seu (ex-) empregador, eram da competência da Justiça comum dos Estados-Membros. 2. Revisando a matéria, porém, o Plenário concluiu que a Lei Republicana de 1988 conferiu tal competência à Justiça do Trabalho. Seja porque o art. 114, já em sua redação originária, assim deixava transparecer, seja porque aquela primeira interpretação do mencionado inciso I do art. 109 estava, em boa verdade, influenciada pela jurisprudência que se firmou na Corte sob a égide das Constituições anteriores. 3. Nada obstante, como imperativo de política judiciária - haja vista o significativo número de ações que já tramitaram e ainda tramitam nas instâncias ordinárias, bem

como o relevante interesse social em causa -, o Plenário decidiu, por maioria, que o marco temporal da competência da Justiça trabalhista é o advento da EC 45/04. Emenda que explicitou a competência da Justiça Laboral na matéria em apreço. 4. A nova orientação alcança os processos em trâmite pela Justiça comum estadual, desde que pendentes de julgamento de mérito. É dizer: as ações que tramitam perante a Justiça comum dos Estados, com sentença de mérito anterior à promulgação da EC 45/04, lá continuam até o trânsito em julgado e correspondente execução. Quanto àquelas cujo mérito ainda não foi apreciado, hão de ser remetidas à Justiça do Trabalho, no estado em que se encontram, com total aproveitamento dos atos praticados até então. A medida se impõe, em razão das características que distinguem a Justiça comum estadual e a Justiça do Trabalho, cujos sistemas recursais, órgãos e instâncias não guardam exata correlação. ([CC 7204](#), Relator Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgamento em 29.6.2005, *DJ* de 9.12.2005).

Ementa: Agravo regimental em embargos de declaração no recurso extraordinário. Ação de indenização proposta por empregado, em face do empregador, em decorrência de acidente do trabalho. Competência. Emenda Constitucional nº 45/04. Justiça do Trabalho. Marco temporal. Sentença de mérito. Súmula Vinculante nº 22. Precedentes. 1. O Plenário desta Corte, no julgamento do CC nº 7.204/MG, Relator o Ministro Ayres Britto, pacificou o entendimento no sentido

de ser da Justiça do Trabalho a competência para processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho proposta por empregado em face do empregador. 2. Na ocasião, definiu-se, ainda, que essa orientação alcançaria também os processos que tramitavam na Justiça estadual à época da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/04, desde que não proferida sentença de mérito na origem. É o teor da Súmula Vinculante nº 22. 3. Agravo regimental não provido." ([RE 465995 ED-AgR](#), Relator Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, julgamento em 6.12.2011, *DJe* de 1.2.2012).

Para sepultar qualquer dúvida que pudesse remanescer, o Plenário do STF editou a súmula vinculante nº 22, pacificando o tema, com efeito vinculante, nos seguintes termos:

**Súmula Vinculante 22:** A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra empregador, inclusive aquelas que ainda não possuíam sentença de mérito em primeiro grau quando da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/04.

### **EXEMPLO 7: União Homoafetiva.**

No tocante à união homoafetiva, a jurisprudência sofreu uma verdadeira mutação constitucional, na medida em que o Supremo Tribunal Federal – STF passou a admitir o reconhecimento da união civil entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar,



atribuindo-lhe os mesmos efeitos jurídicos válidos da união estável heteroafetiva.

Para tanto, valeu-se nossa Suprema Corte da técnica da interpretação conforme à Constituição, rechaçando qualquer exegese que pudesse impedir o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre homossexuais como entidade familiar, sendo aqui entendida como família.

Foi assegurado, portanto, o direito ao recebimento da pensão por morte pelo companheiro sobrevivente na união estável homoafetiva, sendo proibida qualquer forma de discriminação, conforme jurisprudência citada abaixo:

**Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE. UNIÃO HOMOAFETIVA. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO COMO ENTIDADE FAMILIAR. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DAS REGRAS E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS VÁLIDAS PARA A UNIÃO ESTÁVEL HETEROAFETIVA. DESPROVIMENTO DO RECURSO. 1. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4.277 e da ADPF 132, ambas da Relatoria do Ministro Ayres Britto, Sessão de 05/05/2011, consolidou o entendimento segundo o qual a união entre pessoas do mesmo sexo merece ter a aplicação das mesmas regras e consequências válidas para a união heteroafetiva. 2. Esse entendimento foi formado utilizando-se a técnica de**

interpretação conforme a Constituição para excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. Reconhecimento que deve ser feito segundo as mesmas regras e com idênticas consequências da união estável heteroafetiva. 3. O direito do companheiro, na união estável homoafetiva, à percepção do benefício da pensão por morte de seu parceiro restou decidida. No julgamento do RE nº 477-554/AgR, da Relatoria do Ministro Celso de Mello, DJe de 26/08/2011, a Segunda Turma desta Corte, enfatizou que “ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual. Os homossexuais, por tal razão, têm direito de receber a igual proteção tanto das leis quanto do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguale as pessoas em razão de sua orientação sexual. (...) A família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas”. (Precedentes: RE n.

**552.802, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 24.10.11; RE n. 643.229, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 08.09.11; RE n. 607.182, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 15.08.11; RE n. 590.989, Relatora a Ministra C armen L ucia, DJe de 24.06.11; RE n. 437.100, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 26.05.11, entre outros). 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, RE 687 AgRg/MG, Rel. Min. Luiz Fux, 1  Turma, Julgado em 18/09/2012, Publicado em 02/10/2012).**

Podemos perceber de forma bastante clara, da conclusão exposta nesse julgado, que o Pretório Excelso prestigiou, em última análise, o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual   concebido expressamente pelo artigo 1 , inciso III, da Constitui o de 1988 como sendo fundamento da República, tamanha a magnitude da sua importância jurídica, atuando como um verdadeiro epicentro axiológico irradiador de vetores exegéticos dos demais ramos do direito, inclusive do Direito Civil e Previdenciário.

#### **EXEMPLO 8: Não Cabimento da Prisão Civil do Depositário Infiel.**

Houve, decerto, uma verdadeira mudança de entendimento jurisprudencial da Suprema Corte no que atine   possibilidade de prisão do depositário infiel, a qual restou, definitivamente, afastada, não obstante não tenha havido, de forma expressa, qualquer mudança do texto constitucional, como passamos a explicar.

Previa a Constitui o, e ainda prevê, expressamente em seu artigo 5 , inciso LXVII, que “não haverá prisão civil por d vida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obriga o alimentícia e a do depositário infiel”.

Ora, parecia ser bastante claro que a prisão por dívida civil não seria possível, salvo nas duas exceções delineadas acima, quais sejam, pensão alimentícia e a do depositário infiel.

Ocorre, no entanto, que no ano de 1992 o Brasil tornou-se signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Pacto San José da Costa Rica, que proíbe a prisão por dívidas, ressalvando tão-somente as decorrentes de obrigação alimentar, ou seja, sem fazer qualquer ressalva no tocante ao depositário infiel.

Surgiu, portanto, um imbróglio a ser resolvido pela Suprema Corte no tocante à possibilidade ou não de prisão civil do depositário infiel, já que a Constituição de 1988 permitia expressamente, mas a Convenção Americana, ratificada posteriormente, não fazia essa ressalva.

Nos termos do parágrafo 3º, do artigo 5º, da Constituição, incluído pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Logo, como a Convenção Americana de Direitos Humanos foi ratificada pelo Brasil em 2002, ou seja, antes da Emenda 45/2004, não se podia falar que a mesma seria equivalente às emendas constitucionais, restando afastada, portanto, a tese da revogação pela Convenção citada acima da parte final do inciso LXVII, do artigo 5º, que ressaltava também o depositário infiel.

O entendimento que parecia que iria dominar era o da prevalência da Constituição, com a permissão da prisão do devedor de alimentos e, também, do depositário infiel. No entanto, não foi o que ocorreu, sendo motivo de estupefação para notáveis juristas.

Mediante essa celeuma, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entendeu que a referida Convenção deveria ser internalizada em nosso ordenamento com o status de norma supralegal, ou seja, estaria abaixo da Constituição, não sendo, portanto, norma constitucional, mas estaria acima da legislação infraconstitucional, devendo prevalecer sobre a legislação interna infraconstitucional.

Assim, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante do referido tratado que o Brasil tornou-se signatário em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, ou seja, paralisou a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina infraconstitucional com ela conflitante, mesmo sem haver, tecnicamente, qualquer revogação do dispositivo constitucional.

Essa foi, portanto, a tese firmada pelo nosso Pretório Excelso, sofrendo forte influência do ilustre Ministro Gilmar Ferreira Mendes, conforme se percebe dos julgados citados abaixo, senão vejamos:

Se não existem maiores controvérsias sobre a legitimidade constitucional da prisão civil do devedor de alimentos, assim não ocorre em relação à prisão do depositário infiel. As legislações mais avançadas em matérias de direitos humanos proíbem expressamente qualquer tipo de prisão civil decorrente do descumprimento de obrigações contratuais, excepcionando apenas o caso do alimentante inadimplente. O art. 7º (n.º 7) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos 'Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, dispõe desta forma: 'Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de

inadimplemento de obrigação alimentar.' Com a adesão do Brasil a essa convenção, assim como ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, sem qualquer reserva, ambos no ano de 1992, iniciou-se um amplo debate sobre a possibilidade de revogação, por tais diplomas internacionais, da parte final do inciso LXVII do art. 5º da Constituição brasileira de 1988, especificamente, da expressão 'depositário infiel', e, por consequência, de toda a legislação infraconstitucional que nele possui fundamento direto ou indireto. (...) Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante. Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (...) deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria (...). Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. (...) Enfim, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção

Americana sobre Direitos Humanos 'Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal par aplicação da parte final do art.5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel. ([RE 466343](#), Voto do Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgamento em 3.12.2008, *DJe* de 5.6.2009)

Direito Processual. *Habeas Corpus*. Prisão civil do depositário infiel. Pacto de São José da Costa Rica. Alteração de orientação da jurisprudência do STF. Concessão da ordem. 1. A matéria em julgamento neste *habeas corpus* envolve a temática da (in)admissibilidade da prisão civil do depositário infiel no ordenamento jurídico brasileiro no período posterior ao ingresso do Pacto de São José da Costa Rica no direito nacional. 2. Há o caráter especial do Pacto Internacional dos Direitos Civis Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ratificados, sem reserva, pelo Brasil, no ano de 1992. A esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. 3. Na atualidade a única hipótese de prisão civil, no Direito brasileiro, é a do devedor de alimentos. O art. 5º, §2º, da Carta Magna,

expressamente estabeleceu que os direitos e garantias expressos no caput do mesmo dispositivo não excluem outros decorrentes do regime dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. O Pacto de São José da Costa Rica, entendido como um tratado internacional em matéria de direitos humanos, expressamente, só admite, no seu bojo, a possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos e, conseqüentemente, não admite mais a possibilidade de prisão civil do depositário infiel. 4. Habeas corpus concedido. ([HC 95967](#), Relatora Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, julgamento em 11.11.2008, *DJe* de 28.11.2008)

O fato, Senhores Ministros, é que, independentemente da orientação que se venha a adotar (supralegalidade ou natureza constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos), a conclusão será, sempre, uma só: a de que não mais subsiste, em nosso sistema de direito positivo interno, o instrumento da prisão civil nas hipóteses de infidelidade depositária, cuide-se de depósito voluntário (convencional) ou trate-se, como na espécie, de depósito judicial, que é modalidade de depósito necessário. ([HC 90983](#), Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgamento em 23.9.2008, *DJe* de 13.5.2013)

O Plenário desta Corte, no julgamento conjunto dos HCs ns. 87.585 e 92.566, Relator o Ministro Marco Aurélio e dos RREE ns. 466.343 e



349.703, Relatores os Ministros Cezar Peluso e Carlos Brito, Sessão de 3.12.08, fixou o entendimento de que a circunstância de o Brasil haver subscrito o Pacto de São José da Costa Rica conduziu à inexistência de balizas visando à eficácia do que previsto no artigo 5º, LXVII, da Constituição Federal, restando, assim, derrogadas as normas estritamente legais definidoras da custódia do depositário infiel. ([RE 716101](#), Relator Ministro Luiz Fux, Decisão Monocrática, julgamento em 31.10.2012, *DJe* de 8.11.2012)

Por fim, pacificando ainda mais a questão ora analisada e ainda atribuindo efeito vinculante à decisão, foi editada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal – STF a Súmula Vinculante nº 25, afirmando que “é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”.

#### **EXEMPLO 09: Súmula 343 do STF.**

Nos termos do artigo 485, inciso V, do Código de Processo Civil – CPC (de 1973), a sentença de mérito transitada em julgado pode ser rescindida quando violar literal disposição de lei. Pelo novo CPC, não só a sentença que violar literal disposição de lei, mas a “decisão de mérito”, que “violar manifestamente norma jurídica”, conforme art. 966, V, do NCPC.

Assim, interpretando o referido dispositivo, o Supremo Tribunal Federal – STF entendia que não caberia rescisória, com fulcro no inciso V, do artigo 485 do CPC citado acima, quando a decisão rescindenda tivesse se baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.

Referido entendimento, inclusive, era consolidado, pacífico, fato que levou o STF a editar a Súmula 343, estabelecendo que “não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.

Ocorre, no entanto, que o Pretório Excelso entendia, inicialmente, que o teor da referida súmula não se aplicava quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto constitucional de interpretação controvertida nos tribunais, ou seja, excluía a aplicação da súmula quando a controvérsia fosse constitucional. Nesse sentido, confira:

**EMENTA DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. DECADÊNCIA. ÂMBITO INFRACONSTITUCIONAL DO DEBATE. REAJUSTES SALARIAIS DECORRENTES DE PLANOS ECONÔMICOS. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO. SÚMULA 343/STF. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 05.10.2001.**

A suposta afronta aos preceitos constitucionais indicados nas razões recursais dependeria da análise de legislação infraconstitucional, o que torna oblíqua e reflexa eventual ofensa, insuscetível, portanto, de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário.

Consolidada jurisprudência desta Corte no sentido da inaplicabilidade da Súmula 343/STF

quando a matéria versada nos autos for de cunho constitucional, mesmo que a decisão objeto da rescisória tenha sido fundamentada em interpretação controvertida ou anterior à orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental conhecido e não provido. (AgRg no RE 567765/SP, Rel. Min. Rosa Weber, 1ª Turma, julgado em 16/04/2013).

Posteriormente, o STF reformou sua jurisprudência para permitir a aplicação do enunciado sumular 343 até mesmo quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto constitucional de interpretação controvertida nos tribunais. Dessa forma, consoante jurisprudência atual do STF, não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal, e até mesmo constitucional, de interpretação controvertida nos tribunais. Vejamos:

**Ementa: SEGUNDO AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO RESCISÓRIA. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. SÚMULA 343 DO STF. INCIDÊNCIA TAMBÉM NOS CASOS EM QUE A CONTROVÉRSIA DE ENTENDIMENTOS SE BASEIA NA APLICAÇÃO DE NORMA CONSTITUCIONAL. PRECEDENTE. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Não cabe ação rescisória, sob a alegação de ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais, nos termos da jurisprudência desta Corte. 2. In casu, incide a Súmula 343 deste Tribunal, cuja aplicabilidade foi recentemente ratificada pelo Plenário deste Tribunal, inclusive quando a controvérsia de entendimentos se basear na aplicação de norma**

constitucional (RE 590.809, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 24/11/2014). 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, AR 1415 AgR-segundo/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, Julgado em 09/04/2015 e Publicado em 29/04/2015).

Resta claro, portanto, a alteração da jurisprudência, ou seja, do entendimento até então firmado, mesmo sem haver qualquer alteração no texto do diploma legal ou constitucional que disciplina a matéria.

### **Exemplo 10: Superação Legislativa da Jurisprudência e Ativismo Congressual.**

Como já afirmado anteriormente, seguindo a já citada doutrina do mestre Luís Roberto Barroso, a mutação constitucional pode decorrer de interpretação (judicial ou administrativa), como também de atividade legislativa e dos costumes.

Nesse sentido, cabe ressaltar que a atividade legislativa, inovadora, em tese, em sua essência, poderá ser sufragada, ou não, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Vale ressaltar aqui que nosso ordenamento jurídico estabelece a independência dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, tal como expressamente estatuído no artigo 2º da Constituição, não obstante seja o poder, de fato, um só, havendo tecnicamente apenas uma distinção das atribuições do exercício do poder, para que o mesmo não fosse concentrado nas mãos de um único agente. A doutrina, inclusive, do ilustre professor Fernando Capez aponta nessa direção. Note:

O poder é a capacidade de coordenar e impor decisões visando a realização de determinados fins.

O poder é uno, indivisível e indelegável, e pertence exclusivamente ao povo.

Embora único, o poder se desdobra, compõe-se de várias funções, fato que permite falar em distinção das funções, que fundamentalmente são três: a legislativa, a executiva e a jurisdicional.

(...)

A divisão de poderes fundamenta-se, portanto, em dois elementos: especialização funcional (cada órgão é especializado na sua função) e independência orgânica (inexiste subordinação entre um e outro)[\[21\]](#).

A necessidade de desconcentrar o poder e não deixá-lo nas mãos de um único agente tem por fito evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais dos cidadãos, conforme depreende-se da doutrina histórica de Aristóteles, John Locke e Montesquieu, como bem explicado na doutrina do ilustre jurista brasileiro Alexandre de Moraes. Observe:

A Constituição Federal, visando, principalmente, evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, previu a existência dos Poderes do Estado e da Instituição do Ministério Público, independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais e prevendo prerrogativas e imunidades para que bem pudessem exercê-las,

bem como criando mecanismos de controles recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado democrático de Direito.

A divisão segundo o critério funcional é a célebre “separação de Poderes”, que consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação, administração e jurisdição, que devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as exercerão com exclusividade, foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na obra “Política”, detalhada, posteriormente, por John Locke, Segundo tratado do governo civil, que também reconheceu três funções distintas, entre elas a executiva, consistente em aplicar a força pública no interno, para assegurar a ordem e do direito, e a federativa, consistente em manter relações com outros Estados, especialmente por meio de alianças. E, finalmente, consagrada na obra de Montesquieu O espírito das leis, a quem devemos a divisão e distribuição clássicas, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal e transformando-se em dogma pelo art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e é prevista no art. 2º da nossa Constituição Federal[22].

Nesse sentido, a princípio, não poderia haver qualquer insurgência de um poder em face do outro que fosse violadora ou deturpadora do sistema organizatório-funcional, não obstante seja possível haver o controle e a fiscalização.

Assim, caso o Poder Legislativo não concorde com determinado entendimento firmado pelo Poder Judiciário, inclusive

pelo Supremo Tribunal Federal – STF, poderá insurgir-se e inovar o ordenamento com atos normativos primários contrários   decisão exarada pelo Judiciário, até porque, como sabemos, o Poder Legislativo não fica vinculado, em sua fun o típica de legislar, às decisões do STF, mesmo que advindas do controle concentrado de constitucionalidade, quando haveria, em rela o aos demais órgãos, efeito vinculante e eficácia *erga omnes*.

Como já mencionamos, quando isso ocorrer haverá uma rea o legislativa, denotando um verdadeiro ativismo Congressual, no qual haverá uma insurgência do Congresso Nacional   decisão advinda do Judiciário.

Nada impede, inclusive, que o ato normativo primário, editado pelo Poder Legislativo, seja declarado inconstitucional pelo Poder Judiciário, o que acarretará, a princípio, sua nulidade e inaptidão para produzir efeitos jurídicos. Também poderá ocorrer, inclusive, o contrário, ou seja, o Poder Judiciário, seja pela mudança na composi o dos membros da Corte, seja pela superveniência de fatos novos, altere seu entendimento e passe a considerar a rea o legislativa como legítima e compatível com o ordenamento.

Explicaremos, destarte, dois casos diversos, um que concretizou uma rea o legislativa modificadora da jurisprudência do STF que obteve sucesso e foi, posteriormente, sufragado pela Suprema Corte e outro caso em que a inova o legislativa foi novamente rechaçada pela jurisprudência do Supremo, que declarou o ato normativo inovador inconstitucional.

O primeiro caso decorre da inova o da Lei da Ficha Limpa, Lei Complementar não 135 de 2010. Inicialmente, a jurisprudência, tanto do STF como do TSE, entendiam que não poderia ser reconhecida inelegibilidade de qualquer candidato, salvo se houvesse uma condena o judicial transitada em julgado em face dele, em homenagem ao princípio da presun o de

inocência, denominado por alguns de princípio da não-culpabilidade.

Com efeito, a LC 135/2010 alterou esse entendimento, em típica reação legislativa, passando a estabelecer que não seria mais necessário haver a condenação com trânsito em julgado para deflagrar a inelegibilidade, sendo suficiente, tão-somente, a condenação proferida por órgão colegiado de algum tribunal.

O Supremo Tribunal Federal – STF superou seu entendimento e reconheceu a constitucionalidade da LC 135/2010, declarando não haver violação ao princípio da presunção de inocência, conforme restou decidido na ADC 29/DF, Rel. Min Luiz Fux, Dje 29/06/2012. Note:

EMENTA: AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE EM JULGAMENTO CONJUNTO. LEI COMPLEMENTAR Nº 135/10. HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 9º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MORALIDADE PARA O EXERCÍCIO DE MANDATOS ELETIVOS. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA À IRRETROATIVIDADE DAS LEIS: AGRAVAMENTO DO REGIME JURÍDICO ELEITORAL. ILEGITIMIDADE DA EXPECTATIVA DO INDIVÍDUO ENQUADRADO NAS HIPÓTESES LEGAIS DE INELEGIBILIDADE. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL): EXEGESE ANÁLOGA À REDUÇÃO TELEOLÓGICA, PARA LIMITAR SUA APLICABILIDADE AOS EFEITOS DA CONDENAÇÃO PENAL. ATENDIMENTO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA



PROPORCIONALIDADE. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO: FIDELIDADE POLÍTICA AOS CIDADÃOS. VIDA PREGRESSA: CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO. PRESTÍGIO DA SOLUÇÃO LEGISLATIVA NO PREENCHIMENTO DO CONCEITO. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI. AFASTAMENTO DE SUA INCIDÊNCIA PARA AS ELEIÇÕES JÁ OCORRIDAS EM 2010 E AS ANTERIORES, BEM COMO E PARA OS MANDATOS EM CURSO.

1. A elegibilidade é a adequação do indivíduo ao regime jurídico – constitucional e legal complementar – do processo eleitoral, razão pela qual a aplicação da Lei Complementar nº 135/10 com a consideração de fatos anteriores não pode ser capitulada na retroatividade vedada pelo art. 5º, XXXVI, da Constituição, mercê de incabível a invocação de direito adquirido ou de autoridade da coisa julgada (que opera sob o pálio da cláusula rebus sic stantibus) anteriormente ao pleito em oposição o ao diploma legal retromencionado; subjaz a mera adequação ao sistema normativo pretérito (expectativa de direito).

2. A razoabilidade da expectativa de um indivíduo de concorrer a cargo público eletivo, à luz da exigência constitucional de moralidade para o exercício do mandato (art. 14, § 9º), resta afastada em face da condenação prolatada em segunda instância ou por um colegiado no exercício da competência de foro por prerrogativa

de função, da rejeição de contas públicas, da perda de cargo público ou do impedimento do exercício de profissão por violação de dever ético-profissional.

3. A presunção de inocência consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal deve ser reconhecida como uma regra e interpretada com o recurso da metodologia análoga a uma redução teleológica, que reaproxime o enunciado normativo da sua própria literalidade, de modo a reconduzi-la aos efeitos próprios da condenação criminal (que podem incluir a perda ou a suspensão de direitos políticos, mas não a inelegibilidade), sob pena de frustrar o propósito moralizante do art. 14, § 9º, da Constituição Federal.

4. Não é violado pela Lei Complementar nº 135/10 o princípio constitucional da vedação de retrocesso, posto não vislumbrado o pressuposto de sua aplicabilidade concernente na existência de consenso básico, que tenha inserido na consciência jurídica geral a extensão da presunção de inocência para o âmbito eleitoral.

5. O direito político passivo (*ius honorum*) é possível de ser restringido pela lei, nas hipóteses que, in casu, não podem ser consideradas arbitrárias, porquanto se adequam à exigência constitucional da razoabilidade, revelando a evadíssima carga de reprovabilidade social, sob

os enfoques da violação à moralidade ou denotativos de improbidade, de abuso de poder econômico ou de poder político.

6. O princípio da proporcionalidade resta prestigiado pela Lei Complementar nº 135/10, na medida em que: (i) atende aos fins moralizadores a que se destina; (ii) estabelece requisitos qualificados de inelegibilidade e (iii) impõe sacrifício à liberdade individual de candidatar-se a cargo público eletivo que não supera os benefícios socialmente desejados em termos de moralidade e probidade para o exercício de referido munus publico.

7. O exercício do ius honorum (direito de concorrer a cargos eletivos), em um juízo de ponderação no caso das inelegibilidades previstas na Lei Complementar nº 135/10, opõe-se à própria democracia, que pressupõe a fidelidade política da atuação dos representantes populares.

8. A Lei Complementar nº 135/10 também não fere o núcleo essencial dos direitos políticos, na medida em que estabelece restrições temporárias aos direitos políticos passivos, sem prejuízo das situações políticas ativas.

9. O cognominado desacordo moral razoável impõe o prestígio da manifestação legítima do legislador democraticamente eleito acerca do conceito jurídico indeterminado de vida

pregressa, constante do art. 14, § 9.º, da Constituição Federal.

10. O abuso de direito à renúncia é gerador de inelegibilidade dos detentores de mandato eletivo que renunciarem aos seus cargos, posto hipótese em perfeita compatibilidade com a repressão, constante do ordenamento jurídico brasileiro (v.g., o art. 55, § 4º, da Constituição Federal e o art. 187 do Código Civil), ao exercício de direito em manifesta transposição dos limites da boa-fé.

11. A inelegibilidade tem as suas causas previstas nos §§ 4º a 9º do art. 14 da Carta Magna de 1988, que se traduzem em condições objetivas cuja verificação impede o indivíduo de concorrer a cargos eletivos ou, acaso eleito, de os exercer, e não se confunde com a suspensão ou perda dos direitos políticos, cujas hipóteses são previstas no art. 15 da Constituição da República, e que importa restrição não apenas ao direito de concorrer a cargos eletivos (*ius honorum*), mas também ao direito de voto (*ius suffragii*). Por essa razão, não há inconstitucionalidade na cumulação entre a inelegibilidade e a suspensão de direitos políticos.

12. A extensão da inelegibilidade por oito anos após o cumprimento da pena, admissível à luz da disciplina legal anterior, viola a proporcionalidade numa sistemática em que a interdição política se põe já antes do trânsito em julgado, cumprindo, mediante interpretação conforme a Constituição,

deduzir do prazo posterior ao cumprimento da pena o período de inelegibilidade decorrido entre a condenação e o trânsito em julgado.

13. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga improcedente. Ações declaratórias de constitucionalidade cujos pedidos se julgam procedentes, mediante a declaração de constitucionalidade das hipóteses de inelegibilidade instituídas pelas alíneas “c”, “d”, “f”, “g”, “h”, “j”, “m”, “n”, “o”, “p” e “q” do art. 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 64/90, introduzidas pela Lei Complementar nº 135/10, vencido o Relator em parte mínima, naquilo em que, em interpretação conforme a Constituição, admitia a subtração, do prazo de 8 (oito) anos de inelegibilidade posteriores ao cumprimento da pena, do prazo de inelegibilidade decorrido entre a condenação e o seu trânsito em julgado.

14. Inaplicabilidade das hipóteses de inelegibilidade às eleições de 2010 e anteriores, bem como para os mandatos em curso, à luz do disposto no art. 16 da Constituição. Precedente: RE 633.703, Rel. Min. GILMAR MENDES (repercussão geral).

Esse caso demonstra que não há, em tese, uma supremacia judicial do Supremo Tribunal Federal – STF, o qual poderá, como ocorrido no caso acima, modificar sua jurisprudência em homenagem à inovação legislativa surgida no ordenamento, fruto de reação legislativa.

O segundo caso refere-se à Lei 9.504/97, Lei das Eleições. O Plenário do STF, em 2012, declarou alguns dispositivos do referido diploma inconstitucional, por controle abstrato de constitucionalidade, quando julgou as ADIs 4430 e 4795.

Ocorre, todavia, que o Congresso Nacional reagiu e editou a Lei 12.875/2013, alterando novamente a lei das eleições, Lei 9.504/97, e estabelecendo novamente regras semelhantes às aquelas que já haviam sido declaradas inconstitucionais pelo STF em sede de controle concentrado. Logo, houve uma reação legislativa, um ativismo do Congresso Nacional, tentando superar, novamente, o entendimento do Supremo.

Referida atitude, em tese, seria mesmo possível, já que o Poder Legislativo não fica vinculado às decisões do STF, mesmo que advindas do controle abstrato de constitucionalidade, no qual a decisão prolatada tem efeito vinculante aos demais órgãos e eficácia *erga omnes*.

No entanto, foi proposta nova ADI em face da Lei 12.875/2013 e o Plenário do STF rechaçou novamente os dispositivos que já haviam sido, outrora, declarados inconstitucionais, o que se mostra, frise-se, juridicamente possível, já que a decisão do legislativo, ou seja, o ato normativo inovador, não vincula o Plenário do Supremo Tribunal Federal – STF.

Isso ocorre em homenagem à separação de poderes, elencado pela Constituição no art. 60, parágrafo 4º, inciso III, como cláusula pétrea, detendo cada poder sua atribuição constitucional, mesmo que possa aparentar, a primeira vista, um risco de desequilíbrio ao pacto federativo.

Por fim, vale ressaltar que o próprio controle e fiscalização de um poder sobre o outro é inerente ao sistema de freios e contrapesos (“chacks and balances”), de inspiração norte-

americana, adotado por nosso ordenamento jurídico, sendo, portanto, legítimo e constitucional.

Agora, após explicitar dez casos exemplificativos apontados pela doutrina e jurisprudência como sendo de mutação constitucional, explicaremos um caso extremamente controvertido em sede doutrinária, não obstante já tenha o Plenário do Supremo Tribunal Federal – STF se pronunciado sobre o tema, como abaixo passamos a expor.

#### **EXEMPLO 11: O papel do Senado no Controle Difuso de Constitucionalidade – Artigo 52, X, CRFB/88.**

Tema de extrema controvérsia, que tem gerado uma verdadeira balbúrdia doutrinária, consiste em saber qual o papel atribuído ao Senado federal, pelo poder constituinte originário, no controle difuso de constitucionalidade, na exegese do art. 52, inciso X, da Constituição.

Assim dispõe a Constituição, em seu artigo 52, inciso X:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

Como sabemos, no controle abstrato de constitucionalidade, por ser um processo objetivo, sem partes e sem lide, o efeito da decisão prolatada pelo STF é, em regra, *erga omnes* e vinculante, tal como ocorre no julgamento das ADIs, ADCs e ADPF.

Já nos processos subjetivos, ou seja, em que o controle de constitucionalidade é feito pela via difusa, os efeitos da decisão são, em regra, *inter partes* e não vinculam os demais órgãos da

administração, sendo este o entendimento amplamente prevalecente na doutrina.

Ocorre, no entanto, que para alguns renomados juristas, caberia ao Senado não proceder à suspensão da lei declarada inconstitucional, mas tão-somente dar a devida publicidade da decisão tomada pelo STF, por entenderem que os efeitos da decisão do controle abstrato acima mencionado devem ser estendidos ao controle difuso.

Nesse sentido é a doutrina do ilustre Ministro Gilmar Ferreira Mendes, para quem caberia ao Senado apenas dar publicidade à decisão do STF, a qual já teria, mesmo no controle difuso, eficácia *erga omnes*, como sustentou no julgamento da Reclamação 4.335/AC. Defende, portanto, a tese da objetivação do controle difuso e da transcendência dos motivos determinantes, ou seja, atribuir ao controle difuso, subjetivo, os mesmos efeitos havidos no controle abstrato, objetivo, de constitucionalidade.

Referido entendimento também é acompanhado pelo ilustre Ministro do STF aposentado, Min. Eros Grau e, também, é sustentado pelo Ministro teori Zavascki, atualmente no STF, desde a época em que era Ministro do STJ, onde defendia expressamente a “vocação expansiva” do controle difuso, conforme restou consignado no seu voto, no julgamento do Recurso Especial n  763.812/RS. Vejamos:

A inconstitucionalidade   vício que acarreta a nulidade ex tunc do ato normativo, que, por isso mesmo,   desprovido de aptidão para incidir eficazmente sobre os fatos jurídicos desde então verificados, situa o que não pode deixar de ser considerada. Também não pode ser desconsiderada a decisão do STF que reconheceu a inconstitucionalidade. **Embora**



**tomada em controle difuso, é decisão de incontestável e natural vocação expansiva, com eficácia imediatamente vinculante para os demais tribunais, inclusive o STJ** (CPC, art. 481, § único: "Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão"), e com força de inibir a execução de sentenças judiciais contrárias, que se tornam inexigíveis (CPC, art. 741, § único; art. 475-L, § 1º, redação da Lei 11.232/05: "Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal").

**Sob esse enfoque, há idêntica força de autoridade nas decisões do STF em ação direta quanto nas proferidas em via recursal. Merece aplausos essa aproximação, cada vez mais evidente, do sistema de controle difuso de constitucionalidade ao do concentrado, que se generaliza também em outros países** (SOTELO, José Luiz Vasquez. "A jurisprudência vinculante na 'common law' e na 'civil law'", in Temas Atuais de Direito Processual Ibero-Americano, Rio de Janeiro,

Forense, 1998, p. 374; SEGADO, Francisco Fernandez. La obsolescência de la bipolaridad 'modelo americano-modelo europeo kelseniano' como critério nalítico del control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa”, apud Parlamento y Constitución, Universida de Castilla-La Mancha, Anuario (separata), nº 6, p. 1-53). **No atual estágio de nossa legislação, de que são exemplos esclarecedores os dispositivos acima transcritos, é inevitável que se passe a atribuir simples efeito de publicidade às resoluções do Senado previstas no art. 52, X, da Constituição. É o que defende, em doutrina, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, para quem “não parece haver dúvida de que todas as construções que se vêm fazendo em torno do efeito transcendente das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Congresso Nacional, com o apoio, em muitos casos, da jurisprudência da Corte, estão a indicar a necessidade de revisão da orientação dominante antes do advento da Constituição de 1988” (MENDES, Gilmar Ferreira. “O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional”, Revista de Informação Legislativa, n. 162, p. 165).**

Ocorre, no entanto, que no controle difuso a declaração de inconstitucionalidade requerida aparece como causa de pedir e não como pedido, de modo que, pela doutrina clássica e grande parte da moderna, não teria a aptidão para fazer coisa julgada e atingir terceiros. Assim, seus efeitos seriam apenas *inter partes*.

Portanto, o entendimento doutrinário que ainda prevalece é que no controle difuso não haveria efeito *erga omnes*, em sentido contrário à tese da objetivação do controle difuso sustentada por Gilmar Mendes, Eros Grau e Teori Zavascki, dentre outros. É a doutrina, inclusive, do notável Pedro Lenza, que assim se manifesta:

O efeito *erga omnes* da decisão foi previsto somente para o controle concentrado e para a súmula vinculante (EC nº 45/2004) e, em se tratando de controle difuso, nos termos da regra do art. 52, X, da CF/88, somente após atuação discricionária e política do Senado Federal.

Portanto, no controle difuso, não havendo a suspensão da lei pelo Senado Federal, a lei continua válida e eficaz, só se tornando nula no caso concreto, em razão de sua não aplicação[23].

Prevalece na doutrina, portanto, tratar-se de uma faculdade e não de uma obrigação, na qual o Senado Federal poderá, escorado em decisão discricionária, de cunho político, suspender a execução, no todo ou em parte, da lei declarada inconstitucional pelo STF em controle difuso, com fulcro no art. 52, X, da Constituição.

Por fim, insta destacar que o Supremo Tribunal Federal – STF teve a oportunidade, recentemente, de apreciar o tema em voga e, nesse desiderato, considerou não admitir a teoria da transcendência dos motivos determinantes, que consiste em atribuir efeito vinculante à fundamentação da decisão, ou seja, à *ratio decidendi*.

Apesar de já ter havido casos em que nossa Suprema Corte prestigiou referido efeito transcendente à fundamentação, o

que tem prevalecido é a rejeição da teoria da transcendência dos motivos determinantes, como observamos nos julgados transcritos abaixo:

EMENTA AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO – CABIMENTO DA AÇÃO CONSTITUCIONAL – AUSÊNCIA DE IDENTIDADE DE TEMAS ENTRE O ATO RECLAMADO E O PARADIGMA DESTA CORTE – TRANSCENDÊNCIA DE MOTIVOS – TESE NÃO ADOTADA PELA CORTE – AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. É necessária a existência de aderência estrita do objeto do ato reclamado ao conteúdo das decisões paradigmáticas do STF para que seja admitido o manejo da reclamatória constitucional.

2. Embora haja similitude quanto à temática de fundo, o uso da reclamação, no caso dos autos, não se amolda ao mecanismo da transcendência dos motivos determinantes, de modo que não se promove a cassação de decisões eventualmente confrontantes com o entendimento do STF por esta via processual. Precedente.

3. Agravo regimental não provido.

(Rcl 3294 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 03/11/2011)

(...) Este Supremo Tribunal, por ocasião do julgamento da Rcl 3.014/SP, Rel. Min. Ayres

Britto, rejeitou a aplicação da chamada “teoria da transcendência dos motivos determinantes”.

(Rcl 9778 AgR, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 26/10/2011).

Frise-se, por fim, que esse é o entendimento amplamente dominante, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, não obstante o alto renome dos juristas que defendem a tese contrária, qual seja, a objetivação do controle difuso.

## **7 – CONCLUSÃO:**

Procuramos estabelecer, no presente artigo, como ocorre o fenômeno da mutação constitucional, consistente na modificação da norma com a manutenção do texto, elencando as principais características e apontando os métodos ou mecanismos que proporcionarão a ocorrência da transmutação informal da norma, proposto por Luís Roberto Barroso, como sendo a interpretação, a legislação e os costumes.

Estabelecemos, ainda, os limites impostos à mutação constitucional, dando especial relevo à literalidade da norma, a qual não poderá ser desconsiderada pelo hermeneuta, bem como a necessidade do lastro democrático que deve haver na modificação da norma, destacando os métodos e princípios de interpretação da Constituição, citando inúmeros exemplos já reconhecidos, em sede doutrinária e jurisprudencial, como casos típicos de mutação constitucional.

Assim, entendemos de crucial importância que o exegeta, ao proceder à interpretação da norma, se atenha às constantes mudanças havidas na sociedade globalizada contemporânea, que rompe fronteiras e acarreta sucessivas

inovações que não poderão passar despercebidas para que haja a correta aplicação da norma, tendo por fim o próprio homem e sua dignidade.

Entender o fenômeno da mutação constitucional consiste em compreender que o ordenamento normativo é formado por um plexo de normas que se sucedem, se contrapõem, se sobrepõem e se integram, de modo que caberá ao hermeneuta conhecer a função que tem o sistema normativo de uma dada sociedade para que consiga extrair a essência correta da norma, sem interpretações que deturpem o ordenamento, o qual caracteriza-se como algo dinâmico, suscetível a mudanças. Nesse sentido, posiciona-se o ilustre filósofo e jurista italiano Norberto Bobbio:

A história se apresenta então como um complexo de ordenamentos normativos que se sucedem, se sobrepõem, se contrapõem, se integram. Estudar uma civilização do ponto de vista normativo significa, afinal, perguntar-se quais ações foram, naquela determinada sociedade, proibidas, quais ordenadas, quais permitidas; significa, em outras palavras, descobrir a direção ou as direções fundamentais em que se conduzia a vida de cada indivíduo. Perguntas do gênero: Junto a determinado povo, eram permitidos ou proibidos os sacrifícios humanos? Era proibida ou permitida a poligamia, a propriedade dos bens imóveis, a escravidão? Como eram reguladas as relações de família e o que era permitido e o que era proibido ao pai ordenar aos filhos? Como era regulado o exercício do poder e quais eram os deveres e os direitos dos súditos diante do chefe, e quais os

deveres e direitos do chefe diante dos súditos?”, são todas perguntas que pressupõem o conhecimento da função que tem o sistema normativo de caracterizar uma dada sociedade; e não podem ser respondidas senão através do estudo das regras de conduta que moldaram a vida daqueles homens, distinguindo-a da vida de outros homens, pertencentes a outra sociedade inserida em outro sistema normativo[24].

Assim, como já destacamos, não pretendemos encerrar o debate ou pôr termo a qualquer discussão, muito menos apontar qual o jurista ou a corrente intelectual é a mais correta. Pelo contrário, temos por escopo acalorar o debate e fazer as devidas críticas construtivas, de modo a ajudar na consecução de um ordenamento que atenda melhor a finalidade do bem comum, com o devido respeito às instituições democráticas e à dignidade humana, devendo sempre ser buscado a exegese, ainda que informal e decorrente de mutação, que considere o homem com um fim em si mesmo, na busca da sua felicidade.

## 8 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

OLIVEIRA FILHA, Manuelita Hermes Rosa; MOTA, Iuri Falcão Xavier et al. Mutação constitucional. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 841, 22 out. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7433>>. Acesso em: 19 jul. 2015

OLIVEIRA, Edezio Muniz de. *Mutação Constitucional*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 04 jun. 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.32350&seo=1>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

GALLO, Ronaldo Guimarães. [Mutação constitucional](#). **Revista Jus Navigandi**, Teresina, [ano 8, n. 63, 1 mar. 2003](#). Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3841>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado, 17<sup>a</sup> Edição, Ed. Saraiva.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, 3<sup>a</sup> Edição, Ed. Saraiva.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, 2<sup>a</sup> Edição, Ed. Saraiva.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição   aplicação dos princípios jurídicos**. 13<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CAPEZ, Fernando. Direito Constitucional, 14<sup>a</sup> Edição, Ed. Damásio de Jesus.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional, 19<sup>a</sup> Edição, São Paulo, Ed. Atlas S.A.

BOBBIO, Norberto. Teoria da Norma Jurídica, 3<sup>a</sup> Edição Revista, Edipro – Edições Profissionais Ltda, trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti, apresentação Alaôr Caffé Alves.

#### NOTAS:

[1] OLIVEIRA FILHA, Manuelita Hermes Rosa; MOTA, Iuri Falcão Xavier et al. [Mutação constitucional](#). **Revista Jus Navigandi**, Teresina, [ano 10, n. 841, 22out. 2005](#). Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7433>>. Acesso em: 19 jul. 2015.

[2] OLIVEIRA, Edezio Muniz de. *Mutação Constitucional*. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 04 jun. 2011. Disponivel em:



<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.32350&seo=1>>. Acesso em: 20 jul. 2015.\_

[3] GALLO, Ronaldo Guimarães. Mutação constitucional. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 8,n. 63, 1 mar. 2003. Disponível em:<<http://jus.com.br/artigos/3841>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

[4] LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado, 17ª Edição, Ed. Saraiva, p. 146.

[5] MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, 3ª Edição, Ed. Saraiva, p. 213).

[6] LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado, 17ª Edição, Ed. Saraiva, p. 146.

[7] LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado, 17ª Edição, Ed. Saraiva, p. 146.

[8] MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, 3ª Edição, Ed. Saraiva, p. 230.

[9] MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, 3ª Edição, Ed. Saraiva, p. 130.

[10] BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, 2ª Edição, Ed. Saraiva, p. 126-127.

[11] BARROSO, Luiz Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, 2ª Edição. Ed. Saraiva, p. 130-136.

[12] ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 142-143.

[13] LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado, 17ª Edição, Ed. Saraiva, p. 159.

[14] MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, 3ª Edição, Ed. Saraiva, p. 230.

[15] MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, 3ª Edição, Ed. Saraiva, p. 132.

[16] BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional, 2ª Edição, p. 126-127.

[17] MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, 3ª Edição, Ed. Saraiva, p. 230.

[18] LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado, 17ª Edição, Ed. Saraiva, p. 147.

[19] LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado, 17ª Edição, Ed. Saraiva, p. 147, apud Olavo Alves Ferreira, Controle de Constitucionalidade e seus efeitos, nota 112, p. 140.

[20] STF, Rcl 3302 AgRg/DF, Rel. Min Gilmar Ferreira Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2014 e publicado em 19/05/2014.

[21] CAPEZ, Fernando. Direito Constitucional, 14ª Edição, Ed. Damásio de Jesus, p. 39.

[22] MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional, 19ª Edição, São Paulo, Ed. Atlas S.A, p. 373.

[23] LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado, 17ª Edição, Ed. Saraiva, p. 300.

[24] BOBBIO, Norberto. Teoria da Norma Jurídica, 3ª Edição Revista, Edipro – Edições Profissionais Ltda, trad. Fernando Pavan

Baptista e Ariani BuenoSudatti, apresentação Alaôr Caffé Alves, p. 25.

## A CONVENÇÃO Nº 132 DA OIT E AS FÉRIAS NO BRASIL

**FERNANDA ISABELA DE FIGUEIREDO:** servidora pública municipal.

**RESUMO:** O direito às férias, previsto na Consolidação das Leis Trabalhistas e, para categorias específicas de trabalhadores, em legislações esparsas, é um dos mais conhecidos institutos previstos na legislação trabalhista brasileira, mesmo porque seu gozo obrigatório o torna parte indispensável em todas as relações de emprego vigentes no país. No entanto, os tratados internacionais que versam sobre o tema, dentre eles a Convenção nº 132 da OIT da qual trata o presente artigo, tem ocupado posição de menor destaque dentre os estudiosos e, principalmente, aplicadores do direito, não obstante serem normas de imprescindível conhecimento. Sendo assim, impende trazer o tema à análise acadêmica, pontuando os principais aspectos do direito às férias e sua previsão em ambos os regramentos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Férias anuais remuneradas, Convenção 132 da OIT, CLT, Teoria da Acumulação.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Direito às férias. 2.1. Histórico. 2.2. Regime de férias no Brasil. 3. Breve análise das disposições da Convenção nº 132 da OIT. 4. Convenção nº 132 da OIT e CLT. 4.1. Aquisição do direito às férias. 4.2. Duração das férias e feriados. 4.3. Faltas injustificadas e justificadas. 4.4. Perda do direito de férias. 4.5. Período concessivo. 4.6. Comunicação das férias. 4.7. Férias em dobro. 4.8. Cessaçãõ do contrato de trabalho. 4.9. Fracionamento das férias. 4.10. Férias coletivas. 4.11.

Remuneração das férias. 4.12. Abono de férias. 4.13. Renúncia ao direito de férias. 4.14. Férias dos domésticos: duração e férias proporcionais. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

---

## **1. Introdução**

A evolução histórica do sistema econômico capitalista fez surgir, principalmente a partir das indignas condições de trabalho experimentadas nos séculos XVIII e XIX, movimentos de trabalhadores que objetivavam a aquisição e positivação de direitos a serem conferidos às suas respectivas categorias.

Tais conquistas, em constante evolução, estão inseridas na Constituição da República Federativa Brasileira, na Consolidação das Leis Trabalhistas e em leis esparsas, que regulamentam categorias específicas, tais como as referentes aos domésticos, trabalhadores temporários e trabalhadores rurais.

Entretanto, os direitos trabalhistas não se resumem ao previsto na legislação doméstica, sendo fundamental destacar, além das tradicionais fontes da doutrina e da jurisprudência, a necessidade de obediência aos tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

Nessa esteira, tem-se, em matéria trabalhista, a Organização Internacional do Trabalho, órgão internacional permanente vinculado à ONU como organismo especializado que colima, em suma, estabelecer normativas gerais a serem obedecidas pelos Estados que dela participem, a fim de conferir aos trabalhadores patamares mínimos de direitos.

Dentre as formas de atuação da OIT, tem-se a adoção das denominadas “Convenções”, que consubstanciam-se em tratados internacionais a serem ratificados pelos Estados de acordo com seus procedimentos internos.

Nesse contexto, como garantia assegurada tanto no âmbito interno quanto no internacional, tem-se o direito às férias anuais remuneradas, instituto que revela sua importância em diversos aspectos, tais como o social, ao possibilitar que o empregado tenha convívio com amigos e familiares; intelectual, permitindo-lhe que adquira conhecimentos que extrapolem aqueles inerentes à sua atividade laboral; orgânico, pois há comprovação científica de que ser humano necessita de períodos de descanso para manter-se saudável; e até mesmo econômico, uma vez que a capacidade produtiva revigora-se com a concessão de período de descanso ao trabalhador.

O presente trabalho versa, portanto, sobre as férias anuais remuneradas, considerando, além das normativas brasileiras, as regras insertas na Convenção nº 132 da OIT, que trata especificamente sobre o tema. Para tanto, procurou-se trazer um breve histórico acerca da conquista de tal direito, bem como explicitar os principais aspectos do regime celetista de férias anuais, ao que se seguiu uma rápida exposição da literalidade dos artigos da mencionada Convenção. Por fim, é realizada uma análise pontual das principais dissonâncias entre o texto consolidado e o convencional, a fim de demonstrar as diferentes correntes doutrinárias e jurisprudenciais que pugnam pela aplicação de uma ou outra normativa.

## **2. Direito às férias**

### **2.1. Histórico**

O instituto das férias remuneradas surge após a Revolução Industrial, quando a lógica do trabalho industrial começa a invadir e pressionar a vida dos trabalhadores. O aparecimento da máquina, as condições insalubres de trabalho, o desenvolvimento dos centros urbanos acabam por criar um tipo de vida antinatural e, em

consequência disso, torna-se necessário o repouso por alguns dias do ano. Destarte, em contraposição à dilapidação da vida dos empregados, o movimento trabalhador se organizou e passou a exigir direitos básicos, dentre os quais se encontra o direito às férias.

Imperioso destacar, entretanto, que anteriormente ao século XX alguns países já tratavam sobre a questão. Na Dinamarca, por exemplo, a Lei de 1821 já concedia uma semana aos domésticos no mês de novembro. Na França, o Decreto Imperial de 1853 concedia aos funcionários públicos uma ausência autorizada de 15 dias. Em 1900 e 1905, empresas comerciais e industriais de Frankfurt e Hamburgo concediam férias espontaneamente aos seus empregados, enquanto a Suécia, a Dinamarca e a Noruega também o faziam por meio de convenções coletivas.

Com a eclosão da Primeira Guerra Mundial, o avanço legislativo sobre a temática foi contido. Após esse conturbado período, vários países passaram a legislar sobre o tema.

No âmbito internacional, podemos citar a Declaração Internacional do Homem que estabeleceu, em seu artigo XXIX, que *“toda pessoa tem direito ao descanso e à remuneração, especialmente a uma limitação racional das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas”*. Na OIT, houve a expedição de várias convenções e recomendações sobre o tema, inclusive a Convenção nº 132, de 1970, aprovada no Brasil em 1999, a qual versa sobre as férias remuneradas e revê as anteriores convenções sobre o tema.

No Brasil, as férias foram concedidas pela primeira vez pelo Aviso Ministerial do Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas, em 1889, por 15 dias, sendo remuneradas. Essas férias foram estendidas aos operários diaristas e ferroviários da Estrada de Ferro Central do Brasil em 1890 e, somente em 1925 esse direito

foi concedido a todos os empregados e operários das empresas em geral.

Em relação à previsão do direito às férias no âmbito constitucional, a primeira carta magna brasileira a tratar sobre o tema foi a de 1934, prevendo férias anuais remuneradas em seu artigo 121, §1º, letra “f”. A Constituição de 1937 estabeleceu a observância de um prazo de aquisição para que as férias fossem concedidas, dispondo em seu artigo 137, letra “e” que *“depois de um ano de serviço ininterrupto em uma empresa de trabalho contínuo, o operário terá direito a uma licença anual remunerada”*. A Constituição de 1946 apenas voltou a usar a expressão “férias anuais remuneradas”, sem especificar outros detalhes. A Constituição de 1967 manteve a mesma expressão, tratando sobre o direito às férias em seu artigo 158, inciso VIII. A grande novidade sobre o assunto veio com a Constituição de 1988 que, além de prever o gozo das férias anuais remuneradas, concedeu um terço a mais do que o salário normal.

## **2.2. Regime de férias no Brasil**

Podemos conceituar as férias como um direito do empregado de abster-se de trabalhar durante um determinado número de dias consecutivos por ano, sem prejuízo da remuneração devida, bem como depois de cumpridas certas exigências. Visam, portanto, proporcionar descanso ao trabalhador, após certo período de trabalho, quando já se acumularam toxinas que não foram eliminadas adequadamente.

Sob o ângulo do empregado, podemos dizer que constitui um direito de exigir-las do empregador, bem como de abster-se de trabalhar no referido período. No enfoque do empregador, é o período em que este deve abster-se de exigir trabalho do empregado e pagar a remuneração devida, o que demonstra a existência de obrigação de não fazer e de dar ao mesmo tempo.



Constata-se, pois, que as férias têm um aspecto de direito irrenunciável para o empregado, de modo que este não pode dela abrir mão.

Vale destacar que as férias configuram modalidade de interrupção do contrato de trabalho, pois há a cessação temporária e parcial dos efeitos do referido contrato, de modo que o empregado não presta serviços, mas permanece recebendo a remuneração devida, sendo, também, contado o tempo de serviço para todos os efeitos, conforme estabelece o artigo 130, §2º da CLT.

Para o empregado ter direito às férias, se faz necessário cumprir um período denominado *aquisitivo* daquele direito. Assim, após cada 12 meses de vigência do contrato de trabalho se configurará um período aquisitivo que dará ao empregado o direito ao gozo das férias. Durante este período, o empregado poderá ter até cinco faltas injustificadas que, ainda assim, terá direito às férias integrais, segundo dispõe do artigo 130, I da CLT. Importante consignar, ainda, que as férias não decorrem da pontualidade do empregado, de chegar sempre no horário à empresa, mas sim de ter trabalhado. Destarte, se a empresa permite que o empregado trabalhe certo dia, mesmo que tenha chegado atrasado, esse fato não poderá ser levado em consideração para efeito de férias.

Após o término do período concessivo, as férias devem ser concedidas ao empregado nos 12 meses subseqüentes à data em que aquele haja adquirido o direito. É o que se denomina período *concessivo*, de gozo ou de fruição das férias. Assim, existem 12 meses para que o empregado adquira o direito a suas férias, tendo o empregador mais 12 meses para concedê-las.

A CLT estabelece que é o empregador quem irá fixar a data da concessão das férias, de acordo com a época que melhor atenda aos interesses da empresa (artigo 136). Prevê, ademais, que a concessão das férias será participada por escrito ao empregado,

com antecedência mínima de 30 dias (artigo 135 da CLT). Dessa participação o empregado dará recibo.

A regra geral é que as férias sejam concedidas em um só período. Entretanto, em casos excepcionais, as férias podem ser concedidas em dois períodos, um dos quais nunca inferior a 10 dias corridos (artigo 134, §1º da CLT). Em relação aos menores de 18 anos e maiores de 50 de anos de idade, as férias são sempre concedidas de uma só vez.

Sempre que as férias forem concedidas após o período concessivo, ou seja, nos 12 meses subseqüentes à aquisição do direito, deverão ser pagas em dobro pelo empregador (artigo 137 da CLT). Isso não significa dizer que o empregado terá direito a 60 dias de férias, mas sim que os 30 dias devidos serão pagos em dobro.

A fim de resguardar seu direito, o empregado tem a prerrogativa de ajuizar reclamação trabalhista pedindo a fixação das férias, por sentença, para efeito de gozá-las. Deste modo, é o juiz quem fixará os dias em que as férias serão concedidas ao empregado. A sentença irá, ainda, cominar multa diária de 5% do salário mínimo, revertida ao empregado, até que seja cumprida a decisão, além do pagamento em dobro pelo empregador. Após o trânsito em julgado da sentença, o juiz remeterá uma cópia da decisão ao órgão local do Ministério do Trabalho para o fim de aplicação de multa administrativa, revertida para a União, tendo em vista o descumprimento de norma cogente de ordem pública.

Há de se esclarecer, todavia, que se houver a concessão de parte das férias dentro do período concessivo e parte fora desse lapso temporal, apenas a remuneração dos últimos dias será paga em dobro, segundo determina a Súmula 81 do TST. Tem-se, ainda, a hipótese em que o empregado recebe a remuneração correspondente às férias dentro do período concessivo, mas não as

goza. Neste caso, também deve haver pagamento em dobro, pois o intuito do legislador, ao estipular o direito às férias, foi permitir que o empregado goze de tal prerrogativa e não apenas receba a remunera o devida. Se as férias não foram gozadas, o objetivo do legislador não foi alcançado, incidindo, portanto, o disposto no artigo 137 da CLT.

No tocante ao pagamento das férias, tem-se que o empregado deve receber, durante as férias, a remunera o que lhe for devida na data de sua concessão (artigo 142 da CLT), acrescida de 1/3 (um terço), conforme previsão constitucional insculpida no artigo 7 , XVII. Deste modo, se o empregado auferir R\$ 600,00 de salário fixo, por ocasião de suas férias deverá receber R\$ 800,00, dado o acréscimo do terço constitucional. O pagamento deve ser efetuado até dois dias antes do início de sua concessão e o empregado deve dar quita o com indica o do seu início e término.

A CLT prevê outras hipóteses de apura o do valor do salário da época da concessão das férias, por exemplo, quando a remunera o   paga por hora (artigo 142,  1 ), por tarefa (artigo 142,  2 ), bem como por percentagem, comissão ou viagem (artigo 142,  3 ).

Cabe men o que as horas extras habitualmente prestadas, os adicionais noturnos, os adicionais de insalubridade e periculosidade incorporam-se também ao cálculo das férias e do terço constitucional, segundo estabelece o artigo 145,  5  da CLT.

A CLT possibilita, ainda, a concessão de férias coletivas, quando concedidas não apenas a um empregado, mas a todos os empregados da empresa ou de determinados estabelecimentos ou setores da empresa (artigo 139). Normalmente, tal ocorre no final do ano, coincidindo com o Natal e ano-novo; muitas vezes, porém,

a empresa concede férias coletivas quando diminui sua produção ou a procura de seus produtos.

Se assim o fizer, o empregador deverá dar ampla publicidade das férias coletivas, comunicando, com 15 dias de antecedência, o Ministério do Trabalho e o sindicato profissional, afixando, em igual prazo, no quadro de avisos da empresa.

Do mesmo modo que nas férias individuais, o empregador concederá as férias coletivas no período que melhor lhe convier, com base no artigo 136 da CLT. Entretanto, pode ocorrer que determinado empregado da empresa não tenha ainda completado o período aquisitivo. Nesta hipótese, o empregado gozará de férias proporcionais, conforme determina o artigo 140 da CLT, podendo o empregador convocar o empregado para trabalhar após o término das férias proporcionais.

Entretanto, caso assim não o faça, o restante de dias das férias coletivas que o empregado não tem direito serão considerados como licença remunerada. Assim, por exemplo, se o empregado tiver menos de um ano na empresa; concedendo o empregador 20 dias de férias coletivas, mas o empregado só tendo direito a 10 dias, os restantes devem ser considerados como licença remunerada. Isto porque o risco da atividade econômica desenvolvida fica a cargo do empregador (artigo 2º da CLT). Destarte, se este entendeu por bem paralisar os serviços e conceder férias coletivas, entende-se que o período em que o empregado não teria direito às férias seja considerado licença remunerada.

Em relação às férias, cabe ressaltar ainda o abono pecuniário, o qual consiste em uma faculdade do empregado em converter 1/3 (um terço) de suas férias em remuneração, no valor do salário que lhe seria devido nos dias correspondentes (artigo 143 da CLT).

O abono pecuniário não se confunde com o terço constitucional. Apesar de terem igual finalidade, qual seja, proporcionar recursos financeiros ao trabalhador para que possa gozar as férias, possuem natureza jurídica diversa. Enquanto o abono é uma opção assegurada ao empregado, o terço constitucional é irrenunciável por parte do obreiro.

Se quiser fazer uso de tal faculdade, o empregado deve requerer o abono pecuniário com, pelo menos, 15 dias antes do término do período aquisitivo. Feito isso, o empregador não poderá opor-se ao abono, o qual será calculado sobre a remuneração das férias já acrescida de 1/3. Assim, se as férias forem de 30 dias, por exemplo, o empregado poderá converter 10 dias em abono, de modo que receberá os seguintes valores: a) 20 dias de férias com o adicional de 1/3; b) os 10 vendidos como abono, também com o terço constitucional e; c) o salário correspondente aos 10 dias trabalhados/vendidos.

Por fim, como último tópico importante a ser abordado quanto à regulamentação das férias no ordenamento jurídico brasileiro, temos a prescrição. O artigo 149 da CLT regula os prazos de prescrição para efeito de férias. O referido dispositivo estabelece que o prazo começa a correr do término do período concessivo de férias, ou, se for o caso, da cessação do contrato de trabalho.

Deste modo, estando em vigor o contrato de trabalho, o prazo começa a ser contado a partir do término do período concessivo, tendo os trabalhadores urbanos e rurais cinco anos para reclamar a concessão das férias, em consonância com o que dispõe o artigo 7º, XXIX da Carta Magna.

Acaso tenha havido a extinção do vínculo contratual, o empregado tem dois anos para propor a ação. Nesse caso, ajuizada a ação, o obreiro poderá reclamar as férias relativas aos últimos cinco anos.

### **3. Breve análise das disposições da Convenção nº 132 da OIT**

A Convenção nº 132 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, denominada Convenção sobre Férias Remuneradas (revista em 1970), foi concluída em Genebra, em 24 de junho de 1970, na quinquagésima quarta sessão da Conferência Geral da OIT, convocada pela Administração da Repartição Internacional do Trabalho, sendo o tema “férias remuneradas” o quarto item da agenda daquela sessão.

A Convenção entrou em vigor internacionalmente em 30 de junho de 1973, sendo aprovada pelo Congresso Nacional Brasileiro através do Decreto Legislativo nº 47, de 23 de setembro de 1981. Seguindo os trâmites necessários à sua vigência no ordenamento pátrio, o governo brasileiro procedeu ao depósito de nosso Instrumento de Ratificação em 23 de setembro de 1998, passando a mesma a vigorar, para o Brasil, em 23 de setembro de 1999.

Por fim, através do Decreto nº 3.197, de 05 de outubro de 1999, restou promulgada tal Convenção, o que se deu sem reservas, ou seja, devendo ela ser executada e cumprida integralmente. Assim sendo, passemos a destacar seus principais dispositivos.

O artigo 1º procura dar eficácia às determinações da Convenção, dispondo que seus regramentos devem ser postos em execução de acordo com a prática de cada Estado, e, caso isso não ocorra, impõe sua aplicação através da legislação interna dos países.

As normas convencionais serão aplicadas a todos os empregados, à exceção dos marítimos (art. 2º, §1º). No entanto, os parágrafos 2º e 3º do mesmo artigo permitem que cada Estado, no relatório anual que é obrigado a apresentar acerca da execução das

convenções às quais aderir (artigo 22 da Constituição da OIT)[\[1\]](#), indique motivadamente outras categorias que tenha excluído do âmbito da Convenção, sendo requisito para tal exclusão a consulta às organizações de empregadores e trabalhadores interessadas, bem como a demonstração de que a aplicação das suas normas causam problemas ao Estado, sejam eles em virtude de sua execução ou de natureza constitucional ou legislativa. Nos relatórios seguintes, o Estado fica ainda obrigado a expor qual o tratamento dado a tais categorias, precisando quais aspectos da Convenção 132 foram aplicados e quais ele se propõe a executar dali em diante.

Cumprê ressaltar, neste ponto, que o Brasil não promoveu tal exclusão de categorias profissionais, o que induz à conclusão de que as normas internacionais em comento atingirão todos os empregados celetistas e também aqueles regidos em leis especiais, como os domésticos e os temporários. Impende destacar, ainda, que não se trata de aplicar a Convenção em tela aos funcionários públicos, pois estes possuem regime estatutário.

Quanto aos marítimos, já existe a específica Convenção nº 91 da OIT, ratificada pelo Brasil em 18 de junho de 1965 e promulgada pelo Decreto nº 66.875, em 1970.

Em seguida, a Convenção passa a conferir direitos aos trabalhadores aos quais ela se aplica, iniciando pelo direito à férias anuais remuneradas de duração determinada, estabelecendo o patamar mínimo de 3 (três) semanas de férias para cada 1 (um) ano de serviço (artigo 3º, §1º a §4º).

O artigo 4º trata das férias proporcionais, ao dispor que o empregado a elas fará jus por ter completado, no curso de um ano civil, período de serviço inferior ao necessário à obtenção do direito à férias em sua totalidade, independentemente de quão longo seja o período trabalhado.

Em seguida, dispõe que pode-se exigir um período mínimo de serviço para a obtenção do direito a um período de férias, o que conhecemos como cumprimento pelo empregado de seu período aquisitivo. (art. 5º) De acordo com o §2º deste artigo, tal período não poderá ultrapassar a 6 (seis) meses.

O §4º do artigo 5º preceitua que as faltas ao trabalho que independam da vontade do empregado, bem como as decorrentes de doença, acidente ou licença para a gestante não podem ser computadas como parte das férias remuneradas anuais, previstas em seu artigo 3º. Da mesma forma, os feriados não serão computados como dias em gozo de férias (art. 6º). Os períodos de incapacidade para o trabalho resultantes de doença ou acidentes também seguem a mesma lógica. (art. 6º, §2º) Logo, pela Convenção, se o trabalhador usufruir suas férias em um mês com 02 feriados, dois dias serão acrescidos às férias, mantendo-se o tempo mínimo assegurado para tal direito.

A remuneração durante as férias é regida pelo art. 7º da Convenção, no qual se determina que o empregado deve receber pelo menos a sua remuneração média ou normal, incluídas as quantias não permanentes (*v.g.*, os adicionais). Ademais, a remuneração deverá ser paga antes do período de férias, salvo estipulação em contrário contida em acordo (art. 7º, §2º).

Em relação ao fracionamento das férias, sua permissão é dada pelo convencional art. 8º, que em seu parágrafo 2º determina que uma das frações deverá corresponder a pelo menos duas semanas ininterruptas, salvo estipulação em contrário e desde que a pessoa tenha direito a tal período mínimo de férias.

As duas semanas ininterruptas supramencionadas devem ser outorgadas e gozadas dentro de 1 ano (o por nós denominado período concessivo), e o restante poderá ser



concedido dentro de 18 meses, contados também do término do período aquisitivo. (art. 9º)

O artigo 10 preceitua que o gozo de férias será determinado pelo empregador, após consulta ao empregado ou a seus representantes, a menos que seja fixada por regulamento, acordo coletivo, sentença arbitral ou outra maneira adotada no país. Ainda, serão consideradas na determinação desse período as necessidades do trabalho e as possibilidades de repouso e diversão ao alcance da pessoa empregada. (art. 10, §2º)

O art. 11 complementa o art. 4º, dispondo que todos os que completem o período mínimo aquisitivo (do qual trata o art. 5º) deverão ter direito, caso cesse sua relação empregatícia, ou à férias remuneradas proporcionais não gozadas, ou à indenização compensatória, ou a um crédito de férias equivalente.

O acordo que determinar abandono do direito a férias ou que preveja renúncia ao gozo de férias mediante indenização ou de qualquer outra forma, será nulo de pleno direito, segundo o art. 12 da Convenção 132.

Em seguida, em relação à vedação de outras atividades remuneradas durante as férias, tem-se que cada país poderá adotar regras próprias (art. 13). No mesmo sentido é a regra do art. 14, ao determinar que cada governo seja responsável pelas medidas necessárias à assegurar a aplicação e o respeito às regras ou disposições relativas às férias remuneradas.

O artigo 15 retoma o tema disposto no art. 1º da Convenção, ao dispor que os Estados podem aceitá-la unicamente em relação às pessoas empregadas na agricultura, somente em relação aos empregados de setores econômicos diversos da agricultura, ou em ambos.

Explicitando o motivo de sua denominação conter a expressão “Convenção revista”, o art. 16 determina que a Convenção 132 contém revisão da Convenção sobre Férias Remuneradas de 1936 e da Convenção Sobre Férias Remuneradas (Agricultura) de 1952, explicitando os casos em que coexistem e diferenciando-os das hipóteses em que a ratificação de uma implica na denúncia da anterior, uma vez que as ratificações formais são registradas pela OIT na forma do artigo 17.

Ainda em relação aos requisitos formais para sua vigência, tem-se que a Convenção só vincula os membros da OIT cuja ratificação tenha sido registrada pelo Diretor-Geral (art. 18), tornando expresso que seu vigor se dará, para cada membro, 12 meses após o registro de sua respectiva ratificação. Acerca das denúncias – forma de cessar a vinculação do Estado à Convenção - e seus procedimentos formais, há as regras dos artigos 20 e 21.

Por fim, os artigos 22 e 23 regulam as hipóteses de superveniência de Convenções que revisem ou alterem o conteúdo da Convenção nº 132, determinando casos de denúncia imediata.

#### **4. Convenção nº 132 da OIT e CLT**

Em que pese a opinião de alguns doutrinadores no sentido de que a Convenção nº 132 versa sobre direitos fundamentais e, portanto, teria *status* supralegal ou, até mesmo, constitucional, a corrente majoritária defende que tal tratado internacional foi incorporado ao ordenamento pátrio com *status* de lei ordinária, tal como decidido pelo Supremo Tribunal Federal, em caso semelhante, na ADIn nº 1380.

Partindo-se, portanto, do pressuposto de que a Convenção nº 132 e a CLT são normas hierarquicamente idênticas, o questionamento reside em saber qual dos dois instrumentos normativos passa a reger os contratos individuais de trabalho.

Nesta esteira, importante ressaltar que, em direito do trabalho, o clássico método para dirimir controvérsia sobre a norma a ser aplicada consiste no “princípio da norma mais favorável”, de modo a utilizar-se aquela capaz de trazer maiores benefícios ao empregado.

Sob a égide de tal raciocínio, duas teorias são usadas no contraste de normas: a teoria do conglobamento e a teoria da acumulação. Pela primeira, diante das duas normas existentes, haveria de se analisar qual delas é mais benéfica ao empregado, considerando-a e aplicando-a em sua totalidade. Ao réves, a teoria da acumulação, que tem como uma de suas adeptas Alice Monteiro de Barros, estabelece que as normas devem ser analisadas topicamente, de modo a somar as vantagens de ambos os instrumentos jurídicos em conflito. Destarte, o intérprete poderia, por exemplo, se valer de determinado artigo de um texto normativo, concomitantemente a outro mais favorável na norma diversa.

Portanto, imperioso destacar os principais aspectos relacionados às férias em ambas as normativas, o que se fará, quando possível, identificando-se o regime mais favorável. A aplicação de uma das normas – CLT ou Convenção n° 132 – dependerá da teoria utilizada pelo intérprete.

#### **4.1. Aquisição do direito às férias**

No Brasil, o empregado adquire direito às férias após cada doze meses de vigência do contrato de trabalho, segundo dispõe do artigo 130 da CLT. Na Convenção n° 132 da OIT, o direito às férias é regulado pelo artigo 5°, parágrafo 1 e 2, os quais estabelecem que caberá à autoridade competente de cada país e ao órgão apropriado interessado fixar o período mínimo de serviço necessário para a obtenção do direito às férias, o qual não poderá, em caso algum, ultrapassar seis meses. Destarte, a controvérsia consiste em saber

se o direito às férias no Brasil passou, então, a ser adquirido após seis meses de trabalho.

Segundo entendimento de Luiz Arthur de Moura<sup>[2]</sup>, assim não se pode conceber, pois o direito às férias no Brasil é regulado por norma constitucional, a qual estabelece que tal direito se adquire após doze meses de serviço (artigo 7º, XVII, CF). Levando em consideração a supremacia da Constituição sobre a convenção internacional com ela conflitante, permanecerá em vigor a exigência do artigo 130 da CLT para a aquisição do direito às férias, ou seja, doze meses de serviços prestados.

Na concepção de Sérgio Pinto Martins<sup>[3]</sup>, o período aquisitivo também deve ser de doze meses, porém com base em outros argumentos. Para ele, pela análise da Convenção nº 132, denota-se que a norma internacional, em diversas passagens, faz uso de expressões como, *v. g.*, “férias anuais remuneradas” e “por um ano de serviço”.

Nessa esteira, partindo-se de uma interpretação literal da norma, os dispositivos mencionados mostrar-se-iam contraditórios com o artigo 5º da própria convenção, o qual estabelece que o período aquisitivo não poderá ultrapassar seis meses. Impossível se falar em férias anuais concedidas a cada período de seis meses.

Destarte, esclarece o referido doutrinador que a maneira de compatibilizar a interpretação da norma internacional seria no sentido de que cada país pode fixar o período aquisitivo, que no caso do Brasil é de um ano. O período de seis meses estipulado teria reflexo, pois, na hipótese de cessação do contrato de trabalho, de modo a garantir que o empregado tenha direito às férias proporcionais quando já prestados seis meses de serviço à empresa, independentemente da forma de rescisão do vínculo empregatício.

## 4.2. Duração das férias e feriados

No tocante à duração das férias, a CLT dispõe que serão de trinta dias, se não houver mais de cinco faltas injustificadas durante o período aquisitivo. Em contrapartida, a norma internacional, em seu artigo 3º, parágrafo 3, estabelece que a duração das férias “*não deverá em caso algum ser inferior a 3 semanas de trabalho, por ano de serviço*”. Destarte, denota-se que a legislação pátria é mais benéfica ao trabalhador, não se aplicando, neste caso, o texto internacional.

A Convenção nº 132 disciplina, ainda, em seu artigo 6º, parágrafo 1, que na duração das férias não serão computados os feriados civis ou religiosos. Deste modo, durante os vinte e um dias de férias, os feriados devem ser excluídos, acrescentando-se os dias de feriados aos dias de férias previamente estabelecidos.

Neste diapasão, a interpretação do mencionado artigo levou alguns à conclusão de que os dias de feriados seriam acrescidos aos trinta dias de férias remuneradas fixadas pelo ordenamento pátrio. Entretanto, segundo uma corrente doutrinária isto só ocorreria se as férias no Brasil fossem de vinte e um dias. Isto porque a CLT, ao assegurar trinta dias de férias corridos ao empregado, torna-se mais benéfica que a norma internacional, visto que tal período será sempre superior aos vinte e um dias previstos na Convenção nº 132, ainda que acrescido de eventuais feriados. Neste sentido, destaca-se trecho do seguinte entendimento jurisprudencial:

*"Entendo que a regra inserida no art. 6º da Convenção nº 132 da OIT não se aplica no Brasil, em virtude da existência de uma norma mais favorável no ordenamento jurídico pátrio.*

*O dispositivo acima mencionado, a despeito de estabelecer a exclusão dos dias de feriado do cômputo das férias a serem usufruídas, faz remissão ao art. 3º, § 3º, do mesmo Diploma, o qual prevê um período mínimo de três semanas para a folga semanal.*

*Por outro lado, a Legislação Trabalhista brasileira assegura a fruição de férias num período de trinta dias corridos, o que será sempre superior aos vinte e um dias (três semanas) estabelecidos na Convenção nº 132 acrescidos dos eventuais feriados, visto que não há no calendário nacional num período de trinta dias tantos dias de feriado.*

*Impende ressaltar que as Convenções da OIT estabelecem os direitos mínimos a serem observados pelos países subscritores, e, por essa razão, as suas normas devem ser interpretadas sistematicamente, sem pinçá-las de forma isolada.*

*Analizando-se de forma integrada as regras pertinentes, verifica-se que o art. 6º da Convenção nº 132 não dispôs de forma mais favorável e, portanto, não derogou o art. 130 da CLT, pelo que merece ser mantido o julgado." - (Acórdão nº 11705/2002 - 1ª T – RO – Juiz Garibaldi Tadeu Pereira Ferreira)*

Em outra linha de entendimento, Sérgio Pinto Martins acredita que, como a legislação trabalhista não trata sobre o tema dos feriados, o artigo 130 da CLT foi derogado no ponto em que faz referência a “dias corridos”, pois os feriados que ocorrem dentro das

férias não poderão ser considerados para tal fim, devendo, portanto, ser acrescidos.

### **4.3. Faltas injustificadas e justificadas**

A CLT dispõe, em seu artigo 130, que para ter direito aos trinta dias de férias o empregado poderá ter, no máximo, até cinco faltas injustificadas durante o período aquisitivo. Ultrapassado este limite, haverá redução do número de dias a que o empregado faz jus, na proporção prevista nos incisos do mencionado artigo. De outra banda, o artigo 131 da CLT estabelece as hipóteses de faltas consideradas justificadas.

Em relação ao texto internacional, este dispõe que *“nas condições a serem determinadas pela autoridade competente ou pelo órgão apropriado de cada país, as faltas ao trabalho por motivos independentes da vontade individual da pessoa empregada interessada tais como faltas devidas a doenças, a acidente, ou a licença para gestantes, não poderão ser computadas como parte das férias remuneradas anuais (...)”* (art. 5º, §4º).

Verifica-se que a referência do supracitado dispositivo é exemplificativa e não taxativa, pois usa a expressão “tais como”, indicando apenas doenças, acidente e licença maternidade, o que não impede de modo algum que a legislação pátria estabeleça outras hipóteses. Destarte, é de se concluir que no tocante às faltas do empregado não há controvérsias entre a norma internacional e a CLT.

### **4.4. Perda do direito de férias**

A CLT estabelece que o empregado não terá direito à férias se, no curso do período aquisitivo: a) deixar o emprego e não for readmitido dentro dos 60 dias subsequentes a sua saída; b) permanecer em gozo de licença, com percepção de salário, por

mais de 30 dias; c) deixar de trabalhar, com percepção de salário, por mais de 30 dias, em virtude de paralisação total ou parcial dos serviços da empresa e; d) tiver percebido da Previdência Social prestações de acidente de trabalho ou de auxílio-doença por mais de seis meses, ainda que descontínuos (artigo 133).

No tocante a tais hipóteses, apenas aquela prevista no inciso IV contrapõe-se à Convenção n° 132. Isto porque o referido texto internacional, em seu artigo 5°, §4°, já transcrito, estabelece que *“as faltas ao trabalho por motivos independentes da vontade individual da pessoa empregada interessada, tais como faltas devidas a doenças, a acidentes, ou a licença para gestante, não poderão ser computadas como parte das férias remuneradas anuais mínimas (...)”*.

Assim, levando-se em consideração o supracitado dispositivo, não se poderia dizer que o empregado em gozo de benefício previdenciário por acidente de trabalho ou auxílio-doença por mais de seis meses perde o direito a férias, uma vez que a Convenção n° 132 determina que as faltas decorrentes de doença ou de acidente não são computadas para efeito de férias.

Nessa esteira, entende Luiz Arthur de Moura<sup>[4]</sup> que

*“se o parágrafo 4° do art. 5° da Convenção n° 132 estabelece que o afastamento do empregado por motivo de doença ou acidente não poderá ser computado como parte das férias, o legislador não pode admitir que o afastamento por motivo de doença ou acidente por mais de seis meses seja capaz de refazer o desgaste do empregado decorrente do trabalho e que exigem a recomposição através das férias, assim, mesmo que fique afastado por mais de seis meses recebendo auxílio doença ou auxílio*



*acidente, o empregado não perderá o direito às férias, desde que tenha trabalhado o período mínimo exigido no Art. 3, parágrafo 3 da Convenção nº 132 da OIT, que no Brasil será de doze meses.”*

Na mesma linha de entendimento, Sérgio Pinto Martins<sup>[5]</sup> assevera que o tempo em que o empregado está afastado por motivo de doença ou acidente não pode ser considerado como férias, pois não proporciona descanso ao obreiro, de modo que foi derogado o inciso IV do artigo 133 da CLT.

#### **4.5. Período concessivo**

A legislação trabalhista prevê que, após o término do período aquisitivo, as férias devem ser concedidas ao empregado nos 12 meses subseqüentes à data em que aquele haja adquirido o direito (artigo 134, *caput*).

No tocante ao período concessivo, parece que em nada foram alteradas as disposições consolidadas, uma vez que a Convenção nº 132 estabelece que “*a parte ininterrupta do período de férias anuais remuneradas (...) deverá ser outorgada e gozada dentro de no máximo 1 (um) ano*” (art. 9º, §1º).

Entretanto, a dúvida surge quanto à concessão de férias fracionadas. Isto porque o texto internacional, no mesmo dispositivo acima transcrito, determina que, se houver fracionamento das férias, cujo período mínimo é de quatorze dias ininterruptos, o restante do período de férias poderá ser gozado dentro, no máximo, dos próximos dezoito meses, a contar do término do ano em que foi adquirido o direito.

Denota-se, pois, que a legislação brasileira é mais benéfica, uma vez que estabelece como período concessivo os dozes meses subseqüentes ao término do período aquisitivo. Deste modo, mesmo se houver fracionamento das férias, a concessão do restante do período terá que ocorrer dentro dos doze meses mencionados. Outrossim, a CLT determina que as férias deverão ser concedidas nos 12 meses seguintes à data de aquisição, e não ao término do ano da aquisição – como disciplina a norma internacional -, sendo também neste sentido mais favorável ao obreiro.

Outra mudança significativa pode ser mencionada sobre o tema. O artigo 136 da CLT prevê que a concessão das férias ocorrerá na época “*que melhor consulte os interesses do empregador*”. Como exceções a essa regra, a consolidação estabelece a hipótese do empregado estudante menor de dezoito anos, que tem a prerrogativa de fazer coincidir suas férias com as férias escolares, e no caso de membros da mesma família que trabalham no mesmo estabelecimento ou empresa. Nesta última hipótese, os membros da mesma família tem direito de gozar as férias no mesmo período, desde que isso não implique em “*resultar prejuízo para o serviço*”.

A mudança adveio com a Convenção n° 132, que impõe que a data das férias será determinada pelo empregador, após consulta prévia à pessoa empregada ou seus representantes, a menos que seja fixada por regulamento, acordo coletivo, sentença arbitral ou qualquer outra maneira conforme a prática nacional. Dispõe, ainda, que para fixar a ocasião de gozo das férias, serão levadas em conta as necessidades de trabalho e as possibilidades de repouso e diversão ao alcance da pessoa empregada (artigo 10).

Assim, com base na norma internacional, passam a ser requisitos para a determinação da época das férias: a) consulta prévia ao empregado; b) necessidade de trabalho, o que depende

do interesse do empregador e; c) possibilidade de repouso e diversão para o empregado.

Deverão ser conjugados os três fatores mencionados para que o empregador possa determinar a data das férias.   de se concluir, portanto, que as disposi es constantes na norma internacional são mais favoráveis ao obreiro, de modo que devem prevalecer sobre a legisla o pátria.

#### **4.6. Comunica o das férias**

Por não haver qualquer estipula o a respeito na Conven o n  132, a comunica o das férias continua observando a regra do artigo 135 da CLT, de modo que as mesmas deverão ser comunicadas por escrito com a antecedência mínima de trinta dias. Dessa comunica o o empregado dará recibo, bem como deverá haver anota o na CTPS do obreiro e no livro ou ficha de registro.

#### **4.7. Férias em dobro**

Segundo a CLT, sempre que as férias forem concedidas após o período concessivo, ou seja, nos 12 meses subseqüentes   aquisi o do direito, deverão ser pagas em dobro pelo empregador (artigo 137). Denota-se que a convenço internacional não faz qualquer men o   possibilidade de férias em dobro, de modo que a regra estabelecida pela consolida o permanece em vigor.

Entretanto, remanesce d vida quanto às férias fracionadas. Isto porque o texto internacional estabelece que se houver fracionamento das férias, o restante das férias pode ser concedido dentro de um lapso temporal de dezoito meses, a contar do término do ano em que foi adquirido o direito.

Destarte,   de se indagar se somente após o término do prazo de dezoito meses   que as férias fracionadas não concedidas

seriam devidas em dobro. A corrente dominante sustenta que não, pois a legislação brasileira é mais benéfica ao estabelecer que o período concessivo é de doze meses. Assim, mesmo em caso de férias fracionadas, deverão ser pagas em dobro se não concedidas dentro de um prazo de doze meses.

#### **4.8. Cessaçãõ do contrato de trabalho**

Pelo regime criado pela CLT, quando há cessação do contrato de trabalho, as férias podem ser divididas da seguinte forma: a) férias vencidas, que se referem ao período aquisitivo de doze meses já transcorrido; b) férias proporcionais, quando não se completou o período exigido para a aquisição do direito.

No tocante às férias vencidas, a causa da cessação do contrato de trabalho é irrelevante, pois, conforme dispõe o artigo 146 da CLT, as férias vencidas serão sempre devidas pelo empregador. De igual modo dispõe a Convenção n° 132, não havendo, portanto, controvérsias a respeito.

A divergência entre a legislação trabalhista e a norma internacional reside nos efeitos da cessação do contrato de trabalho relativos às férias proporcionais.

Fala-se em férias proporcionais quando ocorre a extinção do contrato de trabalho no curso do período aquisitivo. Pode se dar tanto na hipótese de contratos curtos – que se extinguem anteriormente a um ano de duração –, quanto nos contratos com duração superior a um ano.

De acordo com a CLT, quando o empregado é dispensado por justa causa, perde direito às férias proporcionais relativas ao período incompleto de férias (artigo 136, parágrafo único). Em contrapartida, quando o motivo da cessação do contrato de trabalho for a dispensa sem justa causa, ou se a extinção ocorrer nos

contratos por prazo determinado e o empregado possuir menos de doze meses de tempo de serviço, fará jus às férias proporcionais, conforme dispõe o artigo 147 do mencionado texto normativo.

Na Convenção n° 132, o tema foi disciplinado no artigo 4, parágrafo 1, o qual dispõe que *“toda pessoa que tenha completado, no curso de um ano determinado, um período de serviço de duração inferior ao período necessário à obtenção de direito à totalidade das férias prescritas no Artigo 3 acima terá direito, nesse ano, a férias de duração proporcionalmente reduzidas.”*

Denota-se, portanto, que a norma internacional não fez distinção quanto ao modo de cessação do contrato de trabalho, se decorreu de justa causa, sem justa causa ou de pedido de demissão do empregado. O artigo 11 da referida norma prevê o direito a férias proporcionais, bastando que o empregado cumpra o período aquisitivo de seis meses. Portanto, mesmo que o obreiro peça demissão ou seja dispensado por justa causa, terá direito a férias proporcionais indenizadas, ainda que não tenha um ano de serviços prestados. O único requisito exigido pela convenção será ter cumprido o período mínimo de seis meses.

Portanto, diante do texto da convenção n° 132, se houver rescisão contratual decorrente de dispensa sem justa causa, por justa causa ou pedido de demissão, o empregado terá direito às férias proporcionais. Por ser claramente mais benéfica ao empregado, parte da doutrina sustenta, então, que restaram derogados os artigos 136, parágrafo único, e 137 da CLT.

#### **4.9. Fracionamento das férias**

Na legislação brasileira, é possível que o empregado usufrua suas férias em dois períodos, de forma que um deles seja superior a 10 (dez) dias de duração. A previsão, contida no §1º do artigo 134 da CLT, é inaplicável aos menores de 18 (dezoito) e

maiores de 50 (cinquenta) anos, de acordo com o §2º do mesmo artigo.

A Convenção 132 da OIT, ao tratar sobre o tema, determina que o fracionamento poderá ser autorizado pela autoridade competente de cada país, e acrescenta que o período mínimo de uma das frações deverá ser de duas semanas ininterruptas, salvo disposição em contrário que vincule empregado e empregador.

No Brasil, a autorização a ser dada pela autoridade competente, mencionada pela norma convencional, deu-se no já mencionado artigo 134. Surgem então dois regimes de fracionamento de férias, de acordo com os dois mínimos citados.

Assim, há a teoria encampada, dentre outros, por Homero Batista Mateus da Silva, de que os artigos da CLT foram derogados, pois o período mínimo de duas semanas (quatorze dias) estabelecido na Convenção é mais benéfico do que o mínimo de dez dias de nossa lei. Isso porque o objetivo das férias é garantir a recomposição do trabalhador, o que não se consegue em tempo breve, tornando a norma internacional desejável.<sup>[6]</sup>

No entanto, autores como Aldemiro Rezende Dantas Júnior defendem a persistência do regime celetista, ao dizer que ambas as normas devem coexistir. Segundo este entendimento, passaram a existir dois limites mínimos, um para cada fração das férias. Assim, uma das parcelas deveria ser superior a 14 dias, e a outra superior a 10 dias. O autor pontua ainda que, no seu sistema de fracionamento, só seriam passíveis de tal divisão as férias que tivessem duração superior a 24 dias, a fim de serem obedecidos ambos os limites.<sup>[7]</sup>

Em relação à proibição do fracionamento para o menor de dezoito anos e para o maior de cinquenta anos, é consenso que

resta inalterada a CLT, pois o objetivo da Conven o foi proteger o trabalhador cujo país, excepcionalmente, autorize o fracionamento de férias, pelo que determinou o período mínimo de tais fra es. Logo, se a lei do país não autorizar a divisão, seria absurdo falar que a Conven o a teria imposto, pois   claro em seu  1  do artigo 8  que esta   uma permissão dada   autoridade competente, e, por óbvio,   mais favorável ao trabalhador que suas férias sejam usufruídas de forma contínua.

#### 4.10. Férias coletivas

A Conven o n  132 da OIT não estabeleceu regras específicas para a concessão de férias coletivas, porém   importante ressaltar que o instrumento internacional prevê que sua execu o pode ser implementada nos países através de diversos instrumentos, dentre eles os acordos coletivos (art. 1 ).

Nessa esteira, o art. 10,  1  da Conven o dispõe, como visto, que o gozo de férias *“será determinado pelo empregador, após consulta   pessoa empregada interessada em questão ou seus representantes, a menos que seja fixada por regulamento, acordo coletivo (...)”* (g.n.). Assim, tem-se que   possível a determina o de gozo de férias coletivas, pois a própria convenço menciona que o regramento de férias pode ser dado em normas coletivas, que são as normalmente utilizadas para esse tipo de concessão.

Alguns autores, tais como Luiz Arthur de Moura[8], destacam que a única altera o no tocante ao tema relaciona-se ao fracionamento das férias, pois a CLT prevê, em seu artigo 139,  1 , a possibilidade de concessão em dois períodos, desde que nenhum deles seja inferior a dez dias, enquanto que o   2  do artigo 8  da Conven o 132 prevê que uma das fra es deve corresponder a pelo menos duas semanas de trabalho ininterrupto. Sobre essa divergência, cabem as mesmas considera es já feitas acerca do

tema de fracionamento das férias. De resto, permanecem intactos os artigos 139 a 141 da CLT.

#### **4.11. Remuneração das férias**

Quanto à remuneração das férias, mantém-se o disposto na legislação brasileira. O já comentado artigo 7º da Convenção determina, em suma, que tal remuneração deve ser, no mínimo, equivalente à remuneração média ou normal do trabalhador, incluídas as parcelas não permanentes. Estipula o texto internacional, ainda, que tal pagamento deve ser anterior às férias, salvo estipulação em contrário.

O regramento está, portanto, de acordo com o artigo 142 da CLT, que prevê o cálculo da remuneração com base no valor que é pago ao empregado ao tempo da concessão, assim como lhe confere o direito ao pagamento de adicionais. Quanto ao tempo de pagamento, tem-se que este deve ser efetuado com, no mínimo, dois dias de antecedência ao início do gozo das férias, o que se coaduna com a previsão da Convenção em comento.

Importante notar que a Constituição Federal, em seu artigo 7º, inciso XVII, acrescenta à remuneração de férias o percentual mínimo de 1/3, o que torna o regime pátrio mais benéfico do que o convencional, que não prevê acréscimos. Neste ponto, será aplicável a disposição brasileira, independentemente da teoria de integração das normas adotada, pois a Constituição está em patamar hierárquico superior àquele em que estão a Convenção e a CLT, o que a faz prevalecer sobre ambas.

#### **4.12. Abono de férias**

O abono de férias, conhecido popularmente pela expressão “venda das férias”, é previsto no artigo 143 da CLT, que faculta ao empregado converter 1/3 do período de férias a que tiver



direito em remuneração. Tal dispositivo tem aplicação também às férias coletivas, desde que objeto de acordo entre o empregador e o sindicato da categoria profissional, quando a concessão do abono passa a independe de requerimento individual. (art. 143, §2º da CLT)

Com o advento da ratificação brasileira à Convenção nº 132 da OIT, surgem, ao menos, duas posições doutrinárias divergentes acerca da continuidade da existência do instituto no regime brasileiro.

Para alguns autores, é necessário interpretar qual é a norma mais benéfica ao trabalhador. Assim, para Fabíola MARQUES *apud* HASHIMOTO, em sua obra "Férias - Novo Regime da Convenção n. 132 da OIT" (Editora LTr, 2007), *"a partir da norma internacional citada não mais persiste o abono de férias, porque a possibilidade de renunciar ao gozo das férias, mediante indenização, foi expressamente proibida"* (p. 133).<sup>[9]</sup>

Como visto, a autora se utiliza do artigo 12 da Convenção 132, o qual determina a impossibilidade de acordo que preveja a renúncia ao gozo do período mínimo de férias, ainda que mediante indenização. Logo, o dispositivo seria um óbice ao abono, pois entende-se que a Convenção colimou proteger o trabalhador ao impedir a renúncia às férias. No mesmo sentido escreve Sérgio Pinto Martins, para quem *"(...) a previsão do art. 143 da CLT fica prejudicada, pois o empregado não mais poderá vender 10 dias de férias, em prejuízo de gozá-las. A norma mais favorável ao empregado é gozar as férias, visando que possa descansar. O intuito da norma não é de o trabalhador vender as férias."*<sup>[10]</sup>

Esta é também a opinião de Marcos Neves Fava, que explica que a conversão de 1/3 das férias em pecúnia implicará na vetada renúncia ao período mínimo de férias, pois caso um trabalhador converta 10 dias de suas férias em abono

(considerando que teria direito a 30 dias de descanso), restar-lhe-ão apenas 20 dias, o que será inferior às três semanas mínimas de férias preconizadas no art. 3º, §3º, da Convenção nº 132.[\[11\]](#)

Em entendimento diverso, há os que defendem a permanência do instituto do abono, por considerar que a norma brasileira, mais favorável ao dispor o período mínimo de 30 dias para as férias, automaticamente exclui a aplicação do artigo 12 da Convenção 132, que veta a renúncia do direito ao tempo mínimo de férias fazendo referência a um total de três semanas de gozo, constantes em seu art. 3º, §3º. Para sustentar tal tese, fala-se ainda que a concessão do abono permitirá que o empregado goze o tempo mínimo exigido caso a hipótese fosse de fracionamento, que é de 14 dias de férias.

Nesse sentido é o seguinte julgado:

*“FÉRIAS. PRAZO MÍNIMO. CONVENÇÃO 132 DA OIT.*

*Não há afronta às normas inseridas na Convenção nº 132 da OIT a fruição de 20 dias de férias anuais, em razão de ter sido opção do empregado a percepção do abono pecuniário referente a 1/3 do período concedido. Sendo determinado pela legislação pátria que as férias anuais são de 30 dias, superada a regra consubstanciada no art. 3.3 da referida convenção.” - (TRT 4ª R; RO 01482-2005-251-04-00-5; Sexta Turma; Rel. Juiz Mario Chaves; Julg. 09/08/2006; DOERS 18/08/2006)*

Em uma tentativa de conciliação das duas correntes, Georgenor de Sousa Franco FILHO *apud* HASHIMOTO (in "A Convenção n. 132 da OIT e seus reflexos nas férias", Revista LTr,

v. 66, n. 5, p. 561) diz que o abono pecuniário previsto no artigo 143 da CLT permanece inalterado, desde que observado o mínimo de dias a gozar contemplado na Convenção 132, que é de 21 dias.[\[12\]](#)

#### **4.13. Renúncia ao direito de férias**

Ao tema da renúncia ao direito de férias, já abordado no tópico anterior, merece acréscimo o disposto no 9º artigo da CLT, ao determinar que “serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos” nela contidos. Tal norma tem o mesmo sentido do artigo 12 da Convenção nº 132.

#### **4.14. Férias dos domésticos: duração e férias proporcionais**

O tema das férias dos empregados domésticos tem início no que toca à aplicação da Convenção 132 a esta categoria de empregados. A doutrina tem se mostrado unânime ao aceitar tal possibilidade, embasada no fato de que o art. 2º, §1º da Convenção exclui de seu âmbito apenas os marítimos. Além disso, em atenção aos parágrafos 2º e 3º do mesmo artigo, que possibilitariam ao Estado excluir outras categorias da incidência da norma convencional, diz-se que tal faculdade não foi utilizada pelo governo brasileiro, uma vez que o Decreto promulgador do texto internacional, como visto em tópico anterior, determinou a aplicação e execução integral da Convenção no Brasil.

Dessa forma, a Convenção tem incidência sobre o regime de férias de todos os empregados brasileiros, inclusive aqueles cuja profissão seja regulamentada por normas especiais e não pela CLT, como é o caso dos domésticos.

A partir de tal preliminar, as principais discussões versavam sobre a duração das férias dos domésticos e sobre a possibilidade de conceder-lhes pagamento de férias proporcionais.

Com relação ao tempo de duração, havia discussão acerca da previsão específica de 20 (vinte) dias úteis para as férias do doméstico, inserta no antigo art. 3º da Lei 5859/72. No entanto, a Lei 11.324/06 alterou a norma, igualando, neste ponto, domésticos a trabalhadores urbanos, pois lhes conferiu também o período de férias de 30 (trinta) dias.

No que toca às férias proporcionais, o Tribunal Superior do Trabalho vinha reiteradamente decidindo pela impossibilidade de sua concessão aos empregados domésticos, pois a lei a eles pertinente não os confere tal prerrogativa. Com o advento da Convenção nº 132, que, como visto, é a todos aplicável, surge a defesa doutrinária e jurisprudencial da possibilidade de tal pagamento, com base em seus artigos 4º e 11.

Nesse sentido o Acórdão nº 3.187/2002, do Tribunal Regional do Trabalho de Mato Grosso, cujo Relator foi o Juiz Osmair Couto, julgado em 10 de dezembro de 2002. Nesta acórdão, após menção ao histórico posicionamento do TST, explica-se que a Convenção nº 132 da OIT tem perfeita validade e aplicação no direito brasileiro, devendo embasar o pagamento de férias proporcionais aos domésticos. Cabe ressaltar que o TST também já vem entendendo favoravelmente ao instituto, como se denota da leitura do Recurso de Revista 267/2003-001-13-40.8.

## **5. Conclusão**

De notável relevância e aplicação diuturna é o instituto das férias anuais remuneradas, direito conferido aos empregados brasileiros em diversos dispositivos da Consolidação das Leis Trabalhistas, que especifica nuances que variam da aquisição do direito ao término de seu gozo, versando ainda sobre as indenizações devidas em caso de descumprimento das disposições que o asseguram.

A Convenção nº 132 da OIT, admitida no Brasil com o *status* de lei ordinária, é posterior à CLT, trazendo inúmeras inovações no que tange às férias anuais remuneradas. Por vezes, suas disposições são mais benéficas aos trabalhadores, porém há momentos em que, por tratar-se de norma de uniformização de direitos mínimos, revela-se menos abrangente do que o ordenamento pátrio.

Analisadas algumas de tais principais divergências, surge a necessidade de definição acerca de qual norma merece aplicação, do que emergem as teorias da conglobação e acumulação supramencionadas. Nessa esteira, pedindo *vênia* aos entendimentos contrários, somos favoráveis à teoria da acumulação, que atende ao princípio da aplicação da norma mais favorável ao permitir que ambas incidam, a depender da matéria em análise.

Isto é, aliás, o que extraímos do parágrafo 8º do artigo 19 da Constituição da OIT, *in verbis*:

*“Em caso algum, a adoção, pela Conferência, de uma convenção ou recomendação, ou a ratificação, por um Estado-Membro, de uma convenção, deverão ser consideradas como afetando qualquer lei, sentença, costumes ou acordos que assegurem aos trabalhadores interessados condições mais favoráveis que as previstas pela convenção ou recomendação.”*

Dessa forma, não se incorreria no erro de utilizar pura e simplesmente a Convenção nº 132 que, por ser posterior à CLT, deveria derogá-la no que lhe contrariar, pela aplicação do tradicional critério da cronologia. Ademais, cremos que o Direito Trabalhista deve constantemente evoluir no sentido de conferir

maior proteção ao empregado, não podendo ser óbice a tal função considerações formais acerca da impossibilidade de formação de uma terceira norma a partir de outras duas, como argumentam os defensores da teoria da conglobação.

## 6. Referências bibliográficas

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2008.\*

BEGALLES, Carlos Alberto. *Análise da Convenção n. 132 da OIT e o chamado período aquisitivo mínimo para direito às férias proporcionais (a divergência jurisprudencial)*. Disponível em: <[http://agata.ucg.br/formularios/ucg/institutos/nepjur/pdf/begalle\\_publicado.pdf](http://agata.ucg.br/formularios/ucg/institutos/nepjur/pdf/begalle_publicado.pdf)> Acesso em: 18 nov. 2015

BRASIL. *Constituição da organização internacional do trabalho (OIT) e seu anexo (Declaração de Filadélfia)*. Disponível em: <[http://www.oitbrasil.org.br/info/download/constituicao\\_oit.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/info/download/constituicao_oit.pdf)> Acesso em: 19 nov. 2015.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. 14ª Região. *Acórdão nº 11705/2002*. Primeira Turma. Juiz Garibaldi Tadeu Pereira Ferreira.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. 4ª Região. *RO 01482-2005-251-04-00-5*; Sexta Turma; Relator Mario Chaves. Julg. em 09/08/2006. DOERS 18/08/2006.

HASHIMOTO, Aparecida Tokumi. *Abono pecuniário de férias individuais*. Março de 2009. Disponível em: <[http://www.calvo.pro.br/noticias/2009/23mar09\\_abono\\_pecuario.htm](http://www.calvo.pro.br/noticias/2009/23mar09_abono_pecuario.htm)>. Acesso em: 21 nov. 2015.

HIGA, Flávio da Costa. *A convenção 132 da OIT*. Disponível em: <<http://www.trt24.gov.br/arq/download/ESM/il01.pdf>> Acesso em: 22 nov. 2015. \*

HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. *Monografia no curso de direito: trabalho de conclusão de curso*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. \_

JUNIOR, Aldemiro Rezende Dantas. *A Convenção 132 da Organização Internacional do Trabalho e as férias anuais*. Disponível em: <[http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7B298D3113-421A-4B24-824A558877C00F33%7D\\_8.pdf](http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7B298D3113-421A-4B24-824A558877C00F33%7D_8.pdf)>. Acesso em: 15 nov. 2015.

LISBÔA, Luciana Veck. *A convenção n° 132 da OIT e seus efeitos no ordenamento jurídico brasileiro*. Julho de 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4460>> Acesso em: 20 nov. 2015.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 25. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

MOURA, Luiz Arthur de. *A Convenção n° 132 da OIT e a revogação dos artigos da CLT referente às férias*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4465>>. Acesso em: 18 nov. 2015.

PRETTI, Gleibe. *Direito internacional do trabalho e convenções da OIT ratificadas pelo Brasil*. São Paulo: Ícone Editora, 2009. \_

## NOTAS:

[1] Artigo 22. Os Estados-Membros comprometem-se a apresentar à Repartição Internacional do Trabalho um relatório anual sobre as medidas por eles tomadas para execução das

convenções a que aderiram. Esses relatórios serão redigidos na forma indicada pelo Conselho de Administração e deverão conter as informações pedidas por este Conselho.

[2] MOURA, Luiz Arthur de. *A Convenção n° 132 da OIT e a revogação dos artigos da CLT referente às férias*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4465>>. Acesso em: 18 nov. 2015.

[3] MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 25. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009. pp. 575/576.

[4] MOURA, Luiz Arthur de. *A Convenção n° 132 da OIT e a revogação dos artigos da CLT referente às férias*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4465>>. Acesso em: 18 nov. 2015.

[5] MARTINS, Sérgio Pinto. *Op. Cit.* p. 577.

[6] LISBÔA, Luciana Veck. *A convenção n° 132 da OIT e seus efeitos no ordenamento jurídico brasileiro*. Julho de 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4460>> Acesso em: 20 nov. 2009.

[7] JUNIOR, Aldemiro Rezende Dantas. *A Convenção 132 da Organização Internacional do Trabalho e as férias anuais*. Disponível em: <[http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7B298D3113-421A-4B24-824A-558877C00F33%7D\\_8.pdf](http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7B298D3113-421A-4B24-824A-558877C00F33%7D_8.pdf)>. Acesso em: 15 nov. 2015.

[8] MOURA, Luiz Arthur de. *A Convenção n° 132 da OIT e a revogação dos artigos da CLT referente às férias*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4465>>. Acesso em: 18 nov. 2015.

[9] HASHIMOTO, Aparecida Tokumi. *Abono pecuniário de férias individuais*. Março de 2009. Disponível em: <[http://www.calvo.pro.br/noticias/2009/23mar09\\_abono\\_pecuario.htm](http://www.calvo.pro.br/noticias/2009/23mar09_abono_pecuario.htm)>. Acesso em: 21 nov. 2015.



[10] MARTINS, Sérgio Pinto. *Op. Cit.* p. 580.

[11] LISBÔA, Luciana Veck. *A convenção n° 132 da OIT e seus efeitos no ordenamento jurídico brasileiro.* Julho de 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4460>> Acesso em: 20 nov. 2015.

[12] HASHIMOTO, Aparecida Tokumi. *Abono pecuniário de férias individuais.* Março de 2009. Disponível em: <[http://www.calvo.pro.br/noticias/2009/23mar09\\_abono\\_pecuario.htm](http://www.calvo.pro.br/noticias/2009/23mar09_abono_pecuario.htm)>. Acesso em: 21 nov. 2015.

\* Obras consultadas.

\* Obra consultada.

## **DO NEGATIVISMO À AMPLA TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE: UMA ANÁLISE SOBRE A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO RECONHECIMENTO DOS DANOS MORAIS**

**FILIFE ALVES DE LIMA COSTA:** Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Recife. Pós Graduado em Direito Administrativo pela Universidade Anhanguera-Uniderp.

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetiva investigar a evolução histórica acerca do reconhecimento dos danos extrapatrimoniais ou morais. O estudo parte da análise do debate travado entre as Teorias Negativistas e as Teorias Positivistas do Dano Moral, passa pela discussão sobre a possibilidade cumulação dele com os danos materiais e chega até o estágio atual da matéria, numa leitura histórica e civil constitucional sobre o tema.

**Palavras chave.** Responsabilidade Civil. Dano Moral. Negativismo. Positivismo. Direitos da Personalidade. Dignidade da Pessoa Humana.

---

### **INTRODUÇÃO**

Atualmente, e mais do que nunca, os direitos da pessoa demandam uma tutela em caráter especial. Dessa forma, os direitos da personalidade, incluindo-se neles a dimensão externa do indivíduo/aparência, ganharam maior proteção no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Constituição Federal de 1988, notadamente com a expressa disposição contida no art. 5º, inciso X.

Nesse aspecto, o Prof. Gustavo Tepedino<sup>[1]</sup>, afirma que:

“A pessoa, à luz do sistema constitucional, requer proteção integrada, que supere dicotomia direito público e direito privado e atenda à cláusula geral fixada no texto maior, de promoção da dignidade humana”.

Dentro desse contexto, a compreensão da evolução histórica do debate acerca do reconhecimento do jurisprudencial, doutrinário e legislativo dos danos morais mostra-se como um instrumento útil aos operadores do direito na medida em que possibilitar entender sobre o atual momento no qual é ampla tutela dos direitos da personalidade face ao princípio da dignidade da pessoa humana.

### **Incursão histórica sobre o reconhecimento do dano de caráter extrapatrimonial. Primeira Fase. Teorias Negativistas e Teorias Positivistas.**

Por muito tempo houve controvérsia acerca da possibilidade de reparação do dano moral, o que foi superado em razão não somente da evolução jurisprudencial e doutrinária, como também em face de expressas disposições infraconstitucionais – Código Civil de 2002 (art. 186) – e constitucionais – CF/88 (art. 5º, inciso X).

REGINA VERA VILLAS BÔAS, fazendo um estudo acerca da Responsabilidade Civil e da sua relação com a História do Direito, identifica que o Direito da sociedade de massas procura exercer funções de caráter social, objetivando a proteção dos direitos do homem<sup>[2]</sup>, afirmando ilustre autora que:

*“Observa-se uma grande transformação da ordem jurídica que vem se consolidando a partir da observância dos princípios fundamentais garantidores da dignidade da pessoa humana. Na esfera do Direito Privado observa-se o respeito e aplicação dos princípios da boa-fé objetiva, da função social dos institutos jurídicos, da*

*solidariedade na busca do bem comum, da imputação civil dos danos, todos corroborando a efetividade do Direito, reconhecendo da importância do instituto jurídico da responsabilidade civil para o equilíbrio das relações sociais, a partir das situações socioeconômicas, garantidas pela ordem jurídica”.*

Dessa maneira, a noção de irresponsabilidade por danos cometidos ao homem não se coaduna com os ideais de justiça hodiernamente preconizados e, muito menos, com o fundamento da Constituição Federal respeitante a dignidade da pessoa humana.

Ainda assim, seguindo as lições de AGUIAR DIAS[3], é oportuno conhecer os argumentos dos contrários à reparação do dano extrapatrimonial a fim de que se valorize a conquista dos favoráveis às teses positivistas. Dessa forma, o supracitado autor elabora uma espécie de lista com os argumentos mais utilizados pelos defensores da irreparabilidade do dano moral, destacando os seguintes[4]: “1) falta de efeito penoso durável; 2) incerteza do direito violado; 3) dificuldades em descobrir a existência do dano moral; 4) indeterminação do número de pessoas lesadas; 5) impossibilidade de rigorosa avaliação em dinheiro; 6) imoralidade da compensação da dor com dinheiro; 7) extensão do arbítrio concedido ao juiz”.

Quanto ao primeiro argumento listado pode-se afirmar que a duração das consequências do dano serve apenas para dimensionar a avaliação dele e não sua existência. Violado o direito do indivíduo, deverá haver a devida compensação, sendo a duração apenas referência para a estipulação da reparação.

Já no que diz respeito à incerteza do direito violado, é importante registrar que dano é lesão a direito e a repercussão dessa lesão, se patrimonial ou moral, é que vai configurar o elemento de certeza da reparação.

A dificuldade de descobrir se existe o dano extrapatrimonial também não se mostra convincente. O dano moral decorre de um evento danoso que   fato provado de *per si*<sup>[5]</sup>. Ninguém pode negar que a perda de um membro configura uma ofensa   esfera psíquica do ofendido, o fato por si torna indiscutível a existência do dano.

Por seu turno, quanto   indeterminação das pessoas lesadas, constata-se que a verificação deve ficar a cargo do juiz no caso concreto, não se adotando critérios rígidos para determinar atingidos pelo evento danoso.

No que tange   impossibilidade de rigorosa avaliação em dinheiro a doutrina majoritária afirma que esse argumento foi o que experimentou mais êxito, pois   fato que não há um parâmetro exato, capaz de equacionar dano e reparação.

Contudo, apesar da consistência da tese, não se poderia aceitá-la basicamente por dois motivos. O primeiro   o de que estar-se-ia beneficiando o ofensor em detrimento da vítima por não ser possível estabelecer com exatidão o *quantum* reparatório. O segundo motivo   o baseado na constatação de que até mesmo nos danos de caráter patrimonial muitas vezes não   plausível a restituição *ao status quo ante*. Dessa forma, equivalência na reparação do dano não implica em igualdade entre indenização e prejuízo sofrido. A satisfação seria dada por aproximação do estado anterior das coisas.

Nesse sentido, vejamos a lição lapidar do Civilista Sérgio Cavalieri Filho<sup>[6]</sup>, *in verbis*:

“Com efeito, o ressarcimento do dano moral não tende   restitutio in integrum do dano causado, tendo mais uma genérica função satisfatória, com a qual se procura um bem que recompense, de certo modo, o sofrimento ou a humilhação sofrida. Substitui-se o conceito de equivalência, próprio do dano material, pelo de compensação, que se obt m atenuando, de

maneira indireta, as consequências do sofrimento. Em suma, a composição do dano moral realiza-se através desse conceito – compensação –, que, além de diverso do de ressarcimento, baseia-se naquilo que Ripert chamava de ‘substituição do prazer, que desaparece, por um novo’. Por outro lado, não se pode ignorar a necessidade de se impor uma pena ao causador do dano moral, para não passar impune a infração e, assim, estimular novas agressões. A indenização funcionará também como espécie de pena privada em benefício da vítima”.

Quanto à suposta imoralidade de se compensar a dor com pecúnia, os adeptos do positivismo afirmam que esse argumento não atende ao sentimento de justiça, na medida em que:

*“... não é possível, em sociedade avançada como a nossa, tolerar o contra-senso de mandar reparar o menor dano patrimonial e deixar sem reparação o dano moral. Isso importaria em olvidar que os sistemas de responsabilidade civil são, em essência, o meio de defesa do fraco contra o forte, e supor que o legislador só é sensível aos interesses materiais.”*<sup>[7]</sup>.

Por fim, o último argumento, concernente ao aumento em demasia dos poderes do magistrado quando do arbitramento da reparação, tem-se que o mesmo não se sustenta já que o próprio ordenamento jurídico é quem faculta ao juiz arbitrar o dano, até mesmo em hipóteses de danos patrimoniais quando não for possível auferir esses com exatidão.

### **Segunda Fase. Do debate sobre a (im)possibilidade de cumulação de danos morais e materiais.**

Num segundo momento, a discussão passou a ser no sentido de se indagar acerca da possibilidade ou não de cumulação

dos danos morais com os danos materiais. Os que pugnavam pela impossibilidade de cumulação argumentavam que o dano material quando indenizado absorveria o dano moral.

Com efeito, YUSSEF SAID CAHALI, aponta que Supremo Tribunal Federal, apesar da doutrina majoritária anterior à Constituição de 1988 reconhecer a reparação autônoma do dano moral, em diversos julgamentos proferidos no período que vai do final da década de quarenta até fins da década de oitenta[8], entendeu pela não indenização do valor afetivo exclusivamente. O mencionado autor cita julgado de 1948 proferido pela 2ª Turma no qual foi negada a reparação por dano moral em razão de morte de filho sob o fundamento de que este “não contribuía em nada para o sustento da casa”. Era entendimento adotado pela Corte o de que a indenização por dano moral estaria abarcada pelos lucros cessantes no caso de morte de parente.

Assim, pode-se afirmar que as Teorias Negativistas do Dano Moral tinham forte influencia na Jurisprudência de modo a gerar consideráveis controvérsias entre os estudiosos da responsabilidade civil.

AGUIAR DIAS[9], citando Pontes de Miranda, destaca que este “...empenhou no debate sua profunda autoridade, estranhando, igualmente, que na sua época ainda se sustentasse a absoluta irreparabilidade do dano moral: ‘*Que mal-entendida justiça é essa, que dá valor ao dano imaterial ligado ao material e não ao dano imaterial sozinho?*’...”.

Novamente, adotavam-se premissas falsas como forma de não reconhecer efetivamente o dano extrapatrimonial. A reparação decorrente do dano material não poderia ser abrangente e suficiente de tal modo a não se reconhecer o direito à compensação pelo dano moral, pois, em diversos casos, o evento danoso não somente atinge os bens auferíveis economicamente da vítima, mas também os bens da personalidade.

Dessa forma, a indenização por dano patrimonial, ainda que proveniente da mesma causa/evento, não abrange o dano extrapatrimonial já que os bens jurídicos atingidos são diversos.

### **Do estágio legislativo e jurisprudencial atual: o amplo reconhecimento dos danos morais.**

No estágio atual de disciplinamento da matéria, tal discussão viu-se verdadeiramente sepultada por diversos diplomas legais – notadamente, Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, VI e VII), Código Civil de 2002 (art. 186) e Constituição Federal de 1988 (art. 5º, inciso X), lecionando a Prof<sup>a</sup>. Maria Celina Bodin de Moraes[10] que:

*“Com o advento da Constituição de 1988, fixou-se a prioridade à proteção da dignidade da pessoa humana e, em matéria de responsabilidade civil, tornou-se plenamente justificada a mudança de foco, que, em lugar da conduta (culposa ou dolosa) do agente, passou a enfatizar a proteção à vítima do injusto – daí o alargamento das hipóteses de responsabilidade civil objetiva, que independe da culpa, isto é, da prática de ato ilícito”.*

Acresça-se que o próprio Superior Tribunal de Justiça pacificou a questão com a edição da Súmula nº 37: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral, oriundos do mesmo fato”. E, ainda, a Súmula nº 387: “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”.

Contudo, cumpre, por fim, registrar que a súmula de nº 37 foi editada com base em Precedentes dos anos de 1990 e 1991, ou seja, em período posterior a edição dos supracitados diplomas legais o que demonstra a importância das alterações legislativas. Enquanto que o enunciado de nº 387 é de 2009, tendo Precedente no Superior Tribunal de Justiça prolatado em 03 de setembro de 1996 em que se reconheceu expressamente a acumulação do dano estético com o moral originários do mesmo fato. Verifica-se, pois,



que hoje todos os esforços concentram-se na busca da reparação, tendo-se radicado em nossa consciência coletiva a ideia de que a vítima merece ser ressarcida<sup>[11]</sup>.

## CONCLUSÃO

A reparação dos danos de ordem moral constitui, inegavelmente, uma das formas de concretização dos postulados de dignidade humana. É certo que qualquer ordenamento jurídico que se funde em tal princípio não poderia deixar passar impunemente a violação de direitos não quantificáveis economicamente, mas dotados de essencialidade aos indivíduos.

Conforme delineado linhas acima, é forçoso concluir que, no que tange aos danos morais, temos o tema passou por uma ampla evolução na medida em que se partiu da discussão sobre a sua existência até o estágio atual de amplo reconhecimento.

A bem da verdade, nos dias atuais em que o direito busca garantir a dignidade da pessoa humana, é possível visualizar na doutrina e jurisprudência uma contínua e célere modificação das hipóteses de responsabilidade civil, existindo um forte movimento no sentido de diferenciar e tutelar outras espécies de danos no âmbito dos estudos de responsabilidade civil, uma vez que se considerará o bem jurídico violado diretamente, daí se falar em danos sociais, coletivos, por perda de uma chance dentre outros.

## REFERÊNCIAS

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8 ed., São Paulo: Atlas, 2009

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

LOPEZ, Teresa Ancona. **O dano estético: Responsabilidade civil**. 3 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Dano moral: conceito, função, valoração*. **Revista Forense**, vol. 403. Rio de Janeiro: jan-jun/2011.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VILLAS BÔAS, Regina Vera. *Concretização dos postulados da dignidade da condição humana: vocação contemporânea da responsabilidade civil*. **Revista de Direito Privado**, v. 47. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set/2011.

VILLAS BÔAS, Regina Vera. *Marcos Relevantes da História da Responsabilidade Civil*. **Revista dos Tribunais**, vol. 908. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun./2011.

#### NOTAS:

[1] **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 50.

[2] VILLAS BÔAS, Regina Vera. *Marcos Relevantes da História da Responsabilidade Civil*. **Revista dos Tribunais**, vol. 908. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun./2011, p. 145-172.

[3] DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pag. 1001 e ss.

[4] Idem.

[5] LOPEZ, Teresa Ancona. LOPEZ, Teresa Ancona. **O dano estético: Responsabilidade civil**. 3 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004 p. 34.

[6] CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8 ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 78.

[7] DIAS, José de Aguiar. Ob. cit, p. 1013.

[8] CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 49/52.

[9] Op. cit, p. 1016.

[10] MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 29.

[11] MORAES. Maria Celina Bodin de. *Dano moral: conceito, função, valoração*. **Revista Forense**, vol. 403. Rio de Janeiro: jan-jun/2011, p. 362.

---

Conforme a NBR 6023:2000 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma: COSTA, Filipe Alves de Lima. *Do Negativismo à ampla tutela dos Direitos da Personalidade: uma análise sobre a evolução histórica do reconhecimento dos danos morais*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 08 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55593>>. Acesso em: 08 abr. 2016.

---

## CONSIDERAÇÕES SOBRE PENAS ALTERNATIVAS À PRISÃO

**EMMANUELLE DE CARVALHO SANTIAGO:** Servidora Pública da Fundação Nacional do Índio, ocupante da função de Assistente III na Coordenação Regional de Roraima - domiciliada em Boa Vista/RR.

**RESUMO:** Desde os tempos mais remotos a preocupação em punir se liga a vida dos povos, sendo as penas muitas vezes desumanas e fruto da vontade do mais forte. A grande questão que se tem levantado é se a pena promove a ressocialização do homem e se o repõe no convívio harmônico social. Como forma de atender uma sociedade em constante mudança, otimizar os recursos estatais e reformular um sistema fatidicamente tendente ao fracasso surgem as penas alternativas. É inegável que a experiência das alternativas penais faz parte de uma ampla política de proteção aos direitos humanos, proporcionando solução de conflitos, reconciliação e reparação de danos. Tem sido uma forma de aperfeiçoar o sistema penal brasileiro, cumprir com as finalidades propostas e com os objetivos que orientam uma sociedade democrática. No Brasil ainda há alguma relutância em adotá-las, no entanto, a passos lentos esta nova realidade se concretiza e demonstra ser não a solução para redução da criminalidade, mas parte significativa e positiva para a nossa complexa questão social.

**Palavras-chave:** Penas alternativas. Direitos Humanos. Ressocialização. Brasil.

**ABSTRACT:** Since the most remote times the concern to punish binds the lives of people, and the penalties often inhumane and the result of the will of the strongest. The biggest question that has concerned is whether the penalty resocialization men and restores

the social harmonious coexistence. As a way to answer a dynamic society, optimize state resources and reformulate one fatefully leading to the failure system, arise alternative sentences. It is undeniable that the experience of alternative sentencing is part of a comprehensive policy of protection of human rights, providing conflict resolution, reconciliation and redress. It has been a way of improving the Brazilian penal system; comply with the aims proposed and the objectives that guide a democratic society. In Brazil there is still some reluctance to take them on, however, at a slow pace this new reality is realized and proves to be not the solution to reducing crime, but significant and positive for our complex social issue.

**Keywords:** Alternatives Sentencing. Human Rights. Resocialization. Brazil.

---

## 1. INTRODU O

Esse artigo apresenta reflexões iniciais sobre as alternativas a pena de prisão. A sua busca pela preven o criminal, ressocializa o do indivíduo e ainda o caráter retributivo objetivado pela pena.

Assim, daremos enfoque   experiência histórica, econômica e social. Aspectos que possuem influência direta no sistema prisional e contribuem para sua moldagem ao longo dos anos.

A pena privativa de liberdade não tem sido útil para prevenir a violência e repreender o crime; o que se revela nos altos índices de reincidência presentes na aplica o desta modalidade. Entre outras causas, a acentuada incapacidade estatal de reinserir efetivamente no meio social o indivíduo egresso do sistema penitenciário. Destacam-se, ainda, as condi es indignas dos nossos presídios, superlotados, sujos e geradores de marginais.

Propõe-se aqui identificar e analisar as penas alternativas do sistema brasileiro, expondo suas vantagens, críticas e a sua finalidade educativa e socializadora do ponto de vista dos doutrinadores, aplicadores do direito e apenados.

## **2. DESENVOLVIMENTO -**

Nos primórdios da civilização a pena objetivava o suplício do acusado e era caracterizada por um espetáculo público e carnavalesco. O suplício era primordial e não havia qualquer proporcionalidade entre a aplicação da pena e o delito cometido, o castigo era de cunho genérico. No começo do século XIX esta festa de punição vai se extinguindo e a execução pública passa a ser vista como uma fornalha que acende a violência. Ainda que de maneira perversa, a lei do Talião, presente no Código de Hamurabi, veio estabelecer uma relação de proporcionalidade (olho por olho, dente por dente).

Como modelo de prisão inicial merece destaque a figura do Panóptico de Bentham, espaço construído em formato de anel com torre central, fechado e vigiado em todos os seus pontos. O essencial nesse modelo é que o preso saiba que está sendo vigiado, apesar de nunca saber quando, o que explicita uma afirmação de poder, de hierarquia. Segundo Foucault (2012, p.193), “o Panóptico pode ser utilizado como máquina de fazer experiências, modificar comportamentos, treinar ou retrainar os indivíduos. Experimentar remédios e verificar seus efeitos”.

A teoria mista da pena, adotada atualmente no Brasil, preconiza o caráter retributivo, a readaptação social e a intimidação geral. O Código Criminal do Império trouxe os princípios da equidade e da justiça, a Legislação Penal de 1890 um desenho mais humano, com um teto máximo de trinta anos de prisão; e o Código Penal atual determina no seu artigo 1º: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

Segundo os grandes doutrinadores em matéria penal a prisão segregacionista perverte, deforma e corrompe, promovendo a reincidência. Devendo ser utilizada como último recurso. Há tempos o modelo prisional utilizado dá sinais de fracasso e ineficácia, reafirmando a necessidade de se encontrar modelos alternativos, mais justos, dignos e funcionais. Assim surgem as penas alternativas, adotadas inicialmente pela Rússia, depois Inglaterra e Alemanha.

No Brasil, a primeira tentativa de melhorar o modelo prisional surgiu com a divisão em três regimes: fechado, semiaberto e aberto, o que não logrou muito êxito por falta de condições técnicas. Após o IX Congresso das Nações Unidas Sobre Prevenção do Crime e Tratamento do Delinquente é que se estabeleceu de fato as penas alternativas, que há muito já reduzem o índice de reincidência em países como Cuba e Alemanha. Estas penas estão disciplinadas nos artigos 43 a 47, 55 e 77 do Código Penal e visam a humanização do seu cumprimento para o condenado.

Inúmeras são as razões que corroboram a sua aplicação. Entre elas podemos citar a precariedade dos estabelecimentos prisionais no Brasil, a proporção agente carcerário/apenado, o convívio entre pessoas com periculosidades diversas, a possibilidade de ressocialização do indivíduo, diminuição da população carcerária, agilização de processos, menor impacto econômico entre outros. As nações mais desenvolvidas do mundo pragmatizaram a sua instrumentalização, mas o Brasil ainda reluta em focar no seu uso.

Em média o preso custa 700 reais por mês aos cofres do Estado, no cumprimento de penas alternativas esse valor cairia para aproximadamente 70 reais mensais. A prisão tem sido a principal forma de resposta ao ilícito penal nos últimos dois séculos, mas demonstra ser um ambiente desigual, lesivo a dignidade da pessoa

humana, aflitivo físico-psicologicamente e completamente inútil à prevenção de novos delitos e a ressocialização.

Estão sujeitas as penas alternativas as lesões corporais leves, pequenos furtos, acidentes de trânsito, estelionato e outras infrações de menor gravidade. E atualmente, são as seguintes: multa, prestação de serviços à comunidade, limitação do fim de semana, proibição do exercício do cargo, função ou atividade pública, proibição de exercício da profissão, suspensão da habilitação para dirigir veículo, prestação pecuniária em favor da vítima, perda de bens e valores, proibição de frequentar determinados lugares e prestação de outra natureza.

A espécie de pena alternativa a ser utilizada dependerá de elementos pessoais do condenado, elementos objetivos e da segurança de sua efetiva execução, podendo ser revogada em caso de descumprimento ou nova condenação à pena privativa de liberdade.

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pena privativa de liberdade é o principal meio ocidental de punir e ainda o será por um longo tempo. No entanto, não deve ser aplicada em caráter genérico, causando uma disparidade entre pena/delito. Através da experiência tem-se constatado o fracasso do ideal ressocializador, as prisões estão cada vez mais lotadas e o índice de reincidência aumenta a cada ano. A sociedade arca com custos absurdos para manutenção e construção de novos presídios e o que se vê é uma sociedade tendenciosa ao caos, a insegurança e a marginalização.

### REFERÊNCIAS

**BECCARIA**, Cesare. *De los Delitos y de las Penas*. 1ª ed. Madrid, 1982. 212 p.



BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

**FOUCAULT**, Michel. Vigiar e Punir: nascimento da prisão. 40. ed. Petrópolis-RJ, 2012. 291 p.

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO**  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE  
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO TRIBUTÁRIO

TIAGO DELÁCIO DE OLIVEIRA E SILVA

ASPECTO MATERIAL DE INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇO DE  
QUALQUER NATUREZA SOBRE OS SERVIÇOS NOTARIAIS.

RECIFE  
2013

TIAGO DELÁCIO DE OLIVEIRA E SILVA

**TRIBUTAÇÃO DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇO DE QUALQUER NATUREZA  
SOBRE OS SERVIÇOS NOTARIAIS.**

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção do título de Pós-Graduação em Direito, pela Universidade Federal de Pernambuco, orientada pelo Prof. Ms. João Hélio de Farias Moraes Coutinho. Mestre em Direito pela UFPE. Doutorando em Direito pela UFPE.

RECIFE

2013

## RESUMO

O presente trabalho faz um estudo bibliográfico e jurisprudencial sobre a imputação da incidência do Imposto Sobre Serviço sobre os serviços notariais, a partir da constitucionalidade dos itens 21 e 21.01 do anexo da LC 116/2003. Partindo desse escopo, o trabalho objetiva consolidar o entendimento sobre qual base imponível nasce o tributo. Para tanto, analisou-se os preceitos constitucionais, suas nuances dentro do sistema jurídico brasileiro, para ao final imputar sua regramatrix de incidência tributária.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, estabelecendo, em seu artigo 236, diretrizes básicas para nortear o exercício dos serviços notariais e de registro e trouxe à baila a discussão da delegação por parte do Poder Público aos notariais e, conseqüentemente, a clara intenção de assentar a tese da imunidade recíproca que foi duramente rechaçada pela Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 3089, de 8 de dezembro de 2003.

**Palavras-chave:** Princípios constitucionais tributários. Delegação. Poder Público. Caráter privado Constituição Federal. Lei n. 8.935/1994. ADI nº 3089. Lei Complementar 116/2003. Imposto Sobre Serviço – ISS. Base de cálculo dos serviços cartorários.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	5
Capítulo 1 – SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO .....	7
1.1 Considerações constitucionais.....	8
1.2 Características do serviço.....	12
1.3 Natureza dos emolumentos recebidos.....	13
Capítulo 2 – TRIBUTAÇÃO DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇO DE QUALQUER NATUREZA SOBRE OS SERVIÇOS NOTARIAIS.....	21
2.1 Período posterior à Lei Complementar nº 116/2003 e anterior à ADIn nº3089	22
2.2 Período posterior à ADI nº3089 .....	23
Capítulo 3 – A BASE DE CÁLCULO (CRITÉRIO MATERIAL) DA INCIDÊNCIA DO ISS SOBRE OS SERVIÇOS CARTORIAIS.....	25
3.1 BC com preço dos serviços.....	26
3.1.1 Serviços tributáveis.....	34
3.1.2 Livros Cartoriais .....	36
3.2 BC sem o preço do serviço .....	39
Capítulo 4 – Jurisprudência Atual do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco .....	42
Conclusão .....	44
Referências .....	47

## INTRODUÇÃO

É de longa data a discussão sobre a incidência do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS em relação aos serviços notariais e de registro público, diante das decisões diametralmente opostas da jurisprudência, como também na seara acadêmica da doutrina pátria.

Uma grande polêmica com o advento da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003, dizia respeito à incidência ou não do ISS concernente aos serviços cartorários (itens 21 e 21.01 do anexo da LC 116/2003). Isto porque a tese de imunidade recíproca se tornou corriqueira na doutrina e nas decisões judiciais de primeira e segunda instância cuja defesa angariavam pelo art. 150, VI, “a”, da Constituição Federal de 1988:

*Art. 150 - Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:*

...

*VI - instituir impostos sobre:*

*a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;*

...

*§ 2º - A vedação do inciso VI, (a), é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.*

*§ 3º - As vedações do inciso VI, (a), e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo*

*usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.*

Acreditando que as novas decisões judiciais seguiriam a jurisprudência, a Associação dos Notários e Registradores – ANOREG propôs a inconstitucionalidade do item 21 da Lista de Serviços anexa à LC 116/2003 cuja tese da imunidade recíproca era sediada por se tratar de serviços públicos de competência dos Estados. Entretanto, tal entendimento não prosperou e foi rechaçada pela Suprema Corte que julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 3089 que teve como relator o Ministro Carlos Ayres Britto, único voto favorável à procedência da Ação.

Em meio ao acalorado debate entre os membros da Corte, coube ao insigne Ministro Marco Aurélio tangenciar o aspecto material do imposto – assunto na qual esta monografia irá se debruçar - para as atividades notariais e de registro. Disse o célebre jurista:

*“No tocante à base de cálculo de incidência, descabe a analogia – profissionais liberais, Decreto nº 406/1968 -, caso ainda em vigor o preceito respectivo, quando existente lei dispondo especificamente sobre a matéria. O art. 7º da Lei Complementar nº 116/2003 estabelece a incidência do tributo sobre o preço do serviço.”<sup>1</sup>*

O objetivo desse trabalho é analisar o problema da base de cálculo do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza sobre os serviços notariais e de registro público, procurando encontrar a verdadeira materialidade sobre o qual incidirá o mais importante tributo municipal. Para tanto, o trabalho foi dividido em quatro capítulos.

---

<sup>1</sup> ADI 3089

O primeiro capítulo trata das considerações constitucionais e infralegais dos serviços notariais e de registro público.

O segundo capítulo historiciza a tributação do ISS sobre os serviços notariais e de registro público, tendo como marco delimitador a LC nº 116/2003, ou seja, qual caminho percorreu a jurisprudência nacional antes da LC nº 116/2003 e posterior a ela. Assim, como também procedeu antes e depois da ADI nº 3089.

O terceiro, analisaremos a questão proposta neste trabalho: a base de cálculo do ISS sobre os serviços notariais e de registro público, pois a decisão do Plenário da Corte Suprema não eliminou, por completo, as dúvidas e incertezas quanto à base de cálculo do ISS. Assim, o ISS incide sobre uma base fixa ou variável? Quais serviços notariais e de registros públicos estão na base de cálculo do ISS?

Por último, trazemos recente decisão do Tribunal de Justiça de Pernambuco, no momento em que abordou o assunto em tela, suspendendo os efeitos das duas medidas de antecipação de tutela.

## **Capítulo 1 – SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO**

O serviço notarial, prestado pessoalmente por notários ou tabeliães, é a atividade, autorizada por lei, de redigir, formalizar e autenticar, com fé pública, instrumentos que, constituídos por meio de atos jurídicos extrajudiciais, representam a vontade dos solicitantes ou particulares que a eles deram surgimento. O serviço notarial, portanto, fornece legalidade à vontade declarada por particulares, permitindo que esta, nos exatos termos e limites nos quais foi expressa, produza os desejados efeitos jurídicos<sup>2</sup>.

Já o serviço de registro é a atividade que, destinada a fornecer publicidade aos atos da vida civil, favorecendo sua oponibilidade a terceiros, procede ao

---

<sup>2</sup> CENEVIVA, Walter. Lei dos notários e dos registradores comentada. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000.



assentamento de títulos de interesse privado ou público. Através dele, a segurança, a autenticidade e a eficácia de tais atos são asseguradas.<sup>3</sup>

Leonardo Brandelli<sup>4</sup>, afirmou que, “o primeiro tabelião a pisar em solo brasileiro, porém, foi Pero Vaz de Caminha, português, que narrou e documentou minuciosamente a descoberta do Brasil e a posse da terra, com todos os seus atos oficiais, traduzindo-se no único documento oficial da descoberta do Brasil”.

Ao longo da história brasileira, os serviços notariais e registrais foram desprezados pelo Poder Legislativo que seria o responsável por regulamentá-los. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dedica todo o seu artigo 236 à regulamentação geral do serviço cartorário. E, apenas em 18 de novembro de 1994, os legisladores criaram a Lei n. 8.935 de, a Lei Orgânica dos Notários e Registradores, também intitulada de Lei dos Cartórios, retirando a profissão notarial e registral do vazio jurídico a que antes havia sido submetida.

### **1.1 Considerações constitucionais**

Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, a teor do disposto no art. 236, caput, da Constituição Federal, e tratando-se de delegação de serviço, em que o poder público transfere aos particulares somente a execução, permanecerá com o próprio Estado a sua titularidade.

Não obstante, em face do decidido na ADI n° 3089, restou deliberado pela incidência do imposto sobre os serviços públicos delegados, exercidos em caráter privado, não havendo violação à Constituição Federal, impondo-se, portanto, acolher a orientação do Pretório Excelso.

Nesse sentido a doutrina assim tem acolhido o conceito de serviço público. O doutrinador Hely Lopes afirma que: “serviço público é todo aquele prestado pela administração ou por seus delegados, sob normas e controle estatais, para

---

<sup>3</sup> CENEVIVA, Walter. Lei dos notários e dos registradores comentada. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000.

<sup>4</sup> BRANDELLI, Leonardo. Teoria geral do direito notarial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado”<sup>5</sup>

Já Celso Antônio indaga que “serviço público é a prestação direta à população, pela administração pública ou pelos delegatários de serviços públicos, de utilidades ou comodidades materiais voltadas à satisfação de suas necessidades ou meros interesses”<sup>6</sup>

A Administração pode prestar diretamente serviços públicos, como também podem, alternativamente, conceder os serviços públicos delegados a particulares através de concessão, permissão e autorização. Prova disso é o art. 236, CF/88:

**Art. 236** - *Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.*

**§ 1º** - *Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.*

**§ 2º** - *Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.*

Os serviços notariais e de registro são uma forma especial de delegação haja vista o ingresso por meio de concurso público de provas e títulos<sup>7</sup>, conforme dispões o §3º, art. 236 da CF/88: “o ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses”

---

<sup>5</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 33ª Ed. São Paulo. Malheiros, 2007.

<sup>6</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26ª Ed. São Paulo. Malheiros, 2009.

<sup>7</sup> MANGIERI, Francisco Ramos & MELO, Omar Augusto Leite. ISS sobre cartórios. 1ª Ed. Bauru, SP. Edipro, 2008.

Para fortalecer ainda mais o enquadramento dos serviços cartorários como serviços públicos delegados a particulares, observamos o caráter organizacional técnico e administrativo, com todas as características de gestão empresarial. Prova contumaz é a obrigação legal de cumprimento de horário, conforme estabelece o art. 4º da Lei 8.935/94:

*“Art. 4º Os serviços notariais e de registro serão prestados, de modo eficiente e adequado, em dias e horários estabelecidos pelo juízo competente, atendidas as peculiaridades locais, em local de fácil acesso ao público e que ofereça segurança para o arquivamento de livros e documentos.*

*§ 1º O serviço de registro civil das pessoas naturais será prestado, também, nos sábados, domingos e feriados pelo sistema de plantão.*

*§ 2º O atendimento ao público será, no mínimo, de seis horas diárias”.*

Os serviços notariais e de registro tratam-se de transferência somente de execução dos respectivos serviços, mediante regulamentação e controle do Poder Público já que a retirada ou extinção da transferência de execução poderá ocorrer se verificada uma das hipóteses previstas no art. 39 da Lei nº. 8.935/94, nos seguintes termos:

*Art. 39. Extinguir-se-á a delegação a notário ou a oficial de registro por:*

*I - morte;*

*II - aposentadoria facultativa;*

*III - invalidez;*

*IV - renúncia;*

*V - perda, nos termos do art. 35.*

*VI - descumprimento, comprovado, da gratuidade estabelecida na Lei no 9.534, de 10 de dezembro de 1997.*

Enfim, a delegação dos serviços notariais e de registros a particulares, não obstante seja essa outorga conferida a uma pessoa natural, de forma permanente e em caráter pessoal, para que se afigure, no mínimo, eficiente e organizada, a prestação dos serviços em apreço, os notários, - tabeliães e registradores necessitam contratar empregados que os auxiliam no desempenho de suas funções, ratificando o caráter empresarial, de acordo com o artigo 20, caput, da Lei nº 8.935/94:

*Art. 20. Os notários e os oficiais de registro poderão, para o desempenho de suas funções, contratar escreventes, dentre eles escolhendo os substitutos, e auxiliares como empregados, com remuneração livremente ajustada e sob o regime da legislação do trabalho.*

*§ 1º Em cada serviço notarial ou de registro haverá tantos substitutos, escreventes e auxiliares quantos forem necessários, a critério de cada notário ou oficial de registro.*

*§ 2º Os notários e os oficiais de registro encaminharão ao juízo competente os nomes dos substitutos.*

*§ 3º Os escreventes poderão praticar somente os atos que o notário ou o oficial de registro autorizar.*

*§ 4º Os substitutos poderão, simultaneamente com o notário ou o oficial de registro, praticar todos os atos que lhe sejam próprios exceto, nos tabelionatos de notas, lavrar testamentos.*

*§ 5º Dentre os substitutos, um deles será designado pelo notário ou oficial de registro para responder pelo respectivo serviço nas ausências e nos impedimentos do titular.*

## **1.2 Características do serviço**

As atividades notariais e de registro são disciplinadas pela Lei federal nº 8.935, de 18.11.94 (alterada pela Lei nº 10.506, de 09.07.02) e a Lei federal nº 10.169, de 29.12.00. De pronto, a Lei 8.935/94 expõe características, bem como atribuições dos atos praticados pelos delegados do serviço público, vejamos:

*Art. 1º Serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.*

...

*Art. 3º Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro.*

No Brasil, há 05 (cinco) modalidades de “cartórios” extrajudiciais<sup>8</sup>:

- Registro Civil das Pessoas Naturais - responsável pelo registro de nascimento, de casamento, da conversão da união estável em casamento, de óbito, e por fornecer as certidões desses atos;

---

<sup>8</sup> TAUIL, Roberto Adolfo. *Manual do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza*. 2ª ed. Rio de Janeiro: <http://www.consultormunicipal.adv.br/>

- Registro de Títulos e Documentos e Civis das Pessoas Jurídicas - responsável pelo registro dos contratos sociais, atos constitutivos e estatutos, e suas respectivas alterações;
- Registro de Imóveis - responsável pelo registro de escritura e títulos de propriedade de imóveis, e respectivas averbações;
- Tabelionato de Notas - responsável pela lavratura de escrituras, testamentos, atas notariais, autenticação de cópias e procurações, reconhecimento de assinaturas, entre outros. Pode também lavrar escritura de imóvel, a qual será registrada no cartório de registro de imóveis que jurisdiciona o endereço do imóvel;
- Tabelionato de Protesto de Títulos - responsável pelo protesto de cheques, notas promissórias, duplicatas e outros documentos em que se reconheçam dívidas.

As atividades notariais e de registro tem como finalidade garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia jurídica dos atos jurídicos, assegurando os direitos de todos.

A publicidade é ação de divulgar por parte da sociedade como um todo ato ou fato juridicamente relevante em livro ou papel oficial. Somando-se à publicidade, atestam a autenticidade como presunção relativa de verdade, a segurança jurídica como certeza quanto ao ato praticado e, por fim, a eficácia do trabalho dos notários e dos registradores manifestada como a aptidão para produzir efeitos jurídicos, calcada na segurança dos atos jurídicos vivenciados na cadeia produtiva.

### **1.3 Natureza dos emolumentos recebidos**

Os Estados e o Distrito Federal possuem competência para a fixação do valor dos emolumentos relativos aos atos praticados pelos respectivos serviços notariais e de registro, devendo corresponder ao efetivo custo e à adequada e suficiente remuneração dos serviços prestados<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> MELO, José Eduardo Soares de. ISS – Aspectos Teóricos e Práticos. 5ª Ed. São Paulo. Dialética, 2008.

Para o professor Alex Nunes de Figueiredo, tem se entendido que a circunstância dos serviços serem prestados em caráter privado, em razão da conveniência administrativa, não modifica a natureza de “essencialmente pública”, na medida em que a União abarcou para si a competência privativa de legislar sobre registros públicos, conforme art. 22, XXV, da CF<sup>10</sup>:

*Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:  
(...)*

*XXV - registros públicos;*

A Lei nº 10.169/2000 veio regulamentar o art. 236, §2º da CF/88, mediante o estabelecimento de normas gerais para a fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro, assim versa o primeiro artigo:

***Art. 1º Os Estados e o Distrito Federal fixarão o valor dos emolumentos relativos aos atos praticados pelos respectivos serviços notariais e de registro, observadas as normas desta Lei.***

***Parágrafo único.*** *O valor fixado para os emolumentos deverá corresponder ao efetivo custo e à adequada e suficiente remuneração dos serviços prestados.*

Destarte, é conveniente apresentar o entendimento que os valores recolhidos aos cofres estaduais, sob denominação de custas ou emolumentos, têm natureza de taxa, sendo tributo, vejamos o que diz o ilustre professor Paulo de Barros Carvalho<sup>11</sup>:

---

<sup>10</sup> A Cobrança pelo Município de ISS sobre os Serviços dos Cartórios Extrajudiciais, Revista de Estudos Tributários – IET vol. 31, Síntese, maio/jun. de 2003, p.122.

<sup>11</sup>CARVALHO, Paulo de Barros. Parecer - **Natureza jurídica e constitucionalidade dos valores exigidos a título de remuneração dos serviços notariais e de registro**. São Paulo, 05 de junho de 2007.

*“Anuncio, desde logo, que perante a realidade instituída pelo direito positivo atual, parece-me indiscutível a tese segundo a qual a remuneração dos serviços notariais e de registro, também denominada "emolumentos", apresenta natureza específica de taxa. O presente tributo se caracteriza por apresentar, na hipótese da norma, a descrição de um fato revelador de atividade estatal (prestação de serviços notariais e de registros públicos), direta e especificamente dirigida ao contribuinte; além disso, a análise de sua base de cálculo exhibe a medida da intensidade da participação do Estado, confirmando tratar-se da espécie taxa.*

Já a civilista Maria Helena Diniz<sup>12</sup> sobre o caráter público de tais serviços, discorre:

*Portanto, serventuário ou servidor significa 'o que serve num ofício ou cargo'. É a pessoa que, como o oficial de Registro de Imóvel, exerce uma função pública, tendo suas atribuições determinadas pelas normas especiais, por atender interesse público. O registro de imóveis, por ser obrigatório, transforma-se num serviço público, e, pelo regime jurídico do Brasil, perfaz uma função de publicidade, pois, ante a mutação jurídico-real do bem de raiz, investe a propriedade ou o direito real na pessoa de seu titular, tornando o direito oponível erga omnes. O registrador, em seu cargo, terá a tarefa de atribuir autenticidade, segurança e eficácia aos atos e aos documentos que leva ao assento.*

O STF havia ratificado tal postura da seguinte forma:

---

<sup>12</sup> *Sistema de registro de imóveis*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 594.



DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. CUSTAS E EMOLUMENTOS: SERVENTIAS JUDICIAIS E EXTRAJUDICIAIS. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO Nº 7, DE 30 DE JUNHO DE 1995, DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ: ATO NORMATIVO.

1. Já ao tempo da Emenda Constitucional nº 1/69, julgando a Representação nº 1.094-SP, o Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que 'as custas e os emolumentos judiciais ou extrajudiciais', por não serem preços públicos, 'mas, sim, taxas, não podem ter seus valores fixados por decreto, sujeitos que estão ao princípio constitucional da legalidade (parágrafo 29 do artigo 153 da Emenda Constitucional nº 1/69), garantia essa que não pode ser ladeada mediante delegação legislativa' (RTJ 141/430, julgamento ocorrido a 08/08/1984).

2. Orientação que reiterou, a 20/04/1990, no julgamento do RE nº 116.208-MG.

3. Esse entendimento persiste, sob a vigência da Constituição atual (de 1988), cujo art. 24 estabelece a competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal, para legislar sobre custas dos serviços forenses (inciso IV) e cujo art. 150, no inciso I, veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, a exigência ou aumento de tributo, sem lei que o estabeleça.

4. **O art. 145 admite a cobrança de 'taxas, 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'. Tal conceito abrange não só custas judiciais, mas, também, as extrajudiciais (emolumentos),**

**pois estas resultam, igualmente, de serviço público, ainda que prestado em caráter particular (art. 236).** (grifo nosso) Mas sempre fixadas por lei. (...)

6. Ação Direta julgada procedente, para declaração de inconstitucionalidade da Resolução nº 07, de 30 de junho de 1995, do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná." (ADI 1444/PR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 12/02/2003, DJ de 11/04/2003, p. 25)

Entretanto, o titular do tributo é o Estado, já os titulares de serventias recebem uma parcela das taxas que são os emolumentos e custas cobrados dos usuários que tomam serviços cartorários, segundo o auditor fiscal Francisco Ramos Mangieri<sup>13</sup>,

*os valores relacionados com os serviços dos registradores e notarias são:*

- a) *Emolumentos: correspondem a obrigações tributárias (da espécie taxa), cujo credor é o Estado-membro titular do serviço público, que comumente elege, por via de lei estadual, os notariais e registradores como sujeitos passivos dessa relação jurídica tributária. Neste contexto, os usuários tornam-se contribuintes de fato dessa taxa;*
  
- b) *Remunerações: consistem no preço do serviço que ficam com os titulares dos cartórios, ou seja, são as contraprestações dadas pelos Estados-membros aos notariais e aos registradores em função do exercício dessa função delegada. Neste caso, não temos uma relação tributária, mas puramente administrativa, daí a pertinência de se classificar tais remunerações como*

---

<sup>13</sup> MANGIERI, Francisco Ramos & MELO, Omar Augusto Leite. ISS sobre cartórios. 1ª Ed. Bauru, SP. Edipro, 2008.

*preço público, que é autônomo à obrigação tributária dos emolumentos.*

Deste modo, em nosso entendimento, somente a parcela, que realmente cabe aos notários e registradores, deverá ser tributada pelo imposto municipal. As parcelas repassadas seriam somente ingressos que não se adicionam ao patrimônio do contribuinte.

O cálculo da taxa pela prestação de serviços notariais e registrais segue o disposto na Lei Federal nº 10.169/2000, que regula o § 2º do art. 236 da Constituição da República, mediante o estabelecimento de normas gerais para a fixação de emolumentos relativos aos serviços notariais e de registro, prescrevendo:

**Art. 2º** *Para a fixação do valor dos emolumentos, a Lei dos Estados e do Distrito Federal levará em conta a natureza pública e o caráter social dos serviços notariais e de registro, atendidas ainda as seguintes regras:*

*I - os valores dos emolumentos constarão de tabelas e serão expressos em moeda corrente do País;*

*II - os atos comuns aos vários tipos de serviços notariais e de registro serão remunerados por emolumentos específicos, fixados para cada espécie de ato;*

*III - os atos específicos de cada serviço serão classificados em:*

*a) atos relativos a situações jurídicas, sem conteúdo financeiro, cujos emolumentos atenderão às peculiaridades socioeconômicas de cada região;*

*b) atos relativos a situações jurídicas, com conteúdo financeiro, cujos emolumentos serão fixados mediante a observância de faixas que estabeleçam valores mínimos e máximos, nas quais enquadrar-se-á o valor constante do documento apresentado aos serviços notariais e de registro.*

**Parágrafo único.** *Nos casos em que, por força de lei, devam ser utilizados valores decorrentes de avaliação judicial ou fiscal, estes serão os valores considerados para os fins do disposto na alínea b do inciso III deste artigo.*

**Art. 3º. É vedado:**

*I - (vetado)*

*II - fixar emolumentos em percentual incidente sobre o valor do negócio jurídico objeto dos serviços notariais e de registro;*

*III - cobrar das partes interessadas quaisquer outras quantias não expressamente previstas nas tabelas de emolumentos;*

*IV - cobrar emolumentos em decorrência da prática de ato de retificação ou que teve de ser refeito ou renovado em razão de erro imputável aos respectivos serviços notariais e de registro;*

*V - (vetado).*

A única identificação razoável a que se pode chegar é de que não estamos tratando de tributo, mas, sim, de preço público, quando a receita corresponder aos notários e registradores. Como diz Ricardo Almeida Ribeiro da Silva<sup>14</sup>:

*A remuneração assegurada pela Fazenda Pública Estadual aos notários, variável em razão da quantidade de atos por eles praticados, tem claramente natureza de preço público legalmente fixado. Fala-se em fixação legal, pois não há, propriamente, uma delegação contratual. O*

---

<sup>14</sup> SILVA, Ricardo Almeida Ribeiro da. A incidência do ISSQN sobre serviços de registro público, cartório e notariais. Itens 21 e 21.1 da lista anexa à Lei Complementar nº 116/03.

*particular age, aqui, em colaboração com o Poder Público, por meio de um ato de investidura, que dá substância a uma espécie de delegação legalmente prevista.*

Em precedente jurisprudencial exarado pelo STJ foi elaborada esclarecedora classificação acerca dos gastos feitos com o processo. Na ementa consta:

**Custas** são o preço decorrente da prestação da atividade jurisdicional, desenvolvida pelo Estado-juiz através de suas serventias e cartórios.

**Emolumentos** são o preço dos serviços praticados pelos serventuários de cartório ou serventias não oficializados, remunerados pelo valor dos serviços desenvolvidos e não pelos cofres públicos.

**Despesas**, em sentido restrito, são a remuneração de terceiras pessoas acionadas pelo aparelho jurisprudencial, no desenvolvimento da atividade do Estado-juiz (grifo nosso)

Lembrete importa fica por conta do municipalista Roberto Tauil<sup>15</sup> que difere a nomenclatura dos emolumentos:

*Reafirma-se, portanto, que as receitas auferidas pelas serventias notariais e de registro nada tem a ver com custas processuais, ou “emolumentos” judiciais. Devemos nos restringir às receitas que os notários e registradores efetivamente recebem para si.*

Enfim, embora exista uma ligação entre os emolumentos (custas extrajudiciais) e as remunerações (despesas), suas naturezas são distintas, as primeiras são tributos, as últimas são alcançadas pelo ISS.

---

<sup>15</sup> TAUIL, Roberto Adolfo. *Manual do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza*. 2ª ed. Rio de Janeiro: <http://www.consultormunicipal.adv.br/>

A Taxa Sobre a Utilização dos Serviços Notariais ou de Registros (TSNR) é tributo cobrado pelo poder-dever do Estado em fiscalizar os serviços notariais e seus valores são excluídos do preço do serviço. O valor da TSNR, em nenhuma hipótese, poderá ser superior aos emolumentos previstos para o ato que incidir e terá valor máximo estipulado em R\$ 1.575,21 e valor mínimo de R\$ 3,17, conforme art. 27 Lei nº 11.404/96 (Custas e Emolumentos) do Estado de Pernambuco. Do montante da TSNR, 1% é destinada à assistência judiciária. Lei nº 11.404/96 (Custas e Emolumentos) do Estado de Pernambuco

Já o Fundo Especial de Registro Civil (FERC) incrementa a base de cálculo para incidência do ISS e tem como objetivo remunerar os atos gratuitos de registro de nascimento, óbito e casamento, viabilizando economicamente o registro civil, tendo como beneficiário os oficiais do registro civil pelos atos gratuitos realizados. O FERC é utilizado para abater as despesas com o Imposto de Renda, a Contribuição Previdenciária e o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

## **Capítulo 2 – TRIBUTAÇÃO DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇO DE QUALQUER NATUREZA SOBRE OS SERVIÇOS NOTARIAIS**

No Brasil colônia, cabia à Igreja Católica criar e organizar arquivos referentes à existência das pessoas. Com o advento da República, os cartórios eram conferidos aos particulares, nobres ou aristocratas, por meio de cartas régias ou oficiais, de natureza vitalícia, mantido em parte pelo art. 32 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da CF/88<sup>16</sup> – o que permaneceu entre nós até a Constituição de 1988.

Na vigência do Decreto-Lei nº 406/1968, não havia a previsão dos serviços notariais e de registro. Ainda por cima, deu-se guarida à tese da imunidade tributária, defendida por grandes doutrinadores e pela jurisprudência da época.

---

<sup>16</sup> “Art. 32 – O disposto no art. 236 não se aplica aos serviços notariais e de registro que já tenham sido oficializados pelo Poder Público, respeitando-se o direito de seus servidores”.

## **2.1 Período posterior à Lei Complementar nº 116/2003 e anterior à ADIn nº3089**

Com o advento da Lei Complementar nº 116/2003, ficou inequívoca a incidência do ISS por torna-se explícita no item 21.01 – Serviços de registro público, cartorários e notariais. O que era para preencher a lacuna do Decreto-Lei nº 406/1968 tornou-se um grande imbróglio judicial já que os Municípios foram atraídos por mais uma receita tributária. Entretanto, a corrente vencedora continuou abarcando a tese da imunidade.

Outro argumento, defendido pela jurisprudência e pela doutrina era que os notários e registradores são investidos em cargos públicos e por isso “servidores” do Poder Judiciário, com havia se posicionado o STF:

*Este dispositivo não afeta, antes confirma, a natureza pública do serviço. Assim, titulares e auxiliares de tabelionatos e ofícios de registro são funcionários públicos, inclusive para os fins do art. 327 do CP<sup>17</sup>.*

A mudança de entendimento dos Tribunais Superiores ocorreu, principalmente, em função de mudanças terminológicas feitas à redação do caput do artigo 40 da Constituição Federal que, sucessivas vezes alteradas por Emendas Constitucionais, determinam o sistema previdenciário e a aposentadoria dos servidores públicos. Assim se mostra tal dispositivo legal:

*Art. 40 - Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.*

---

<sup>17</sup> RDA 187/75

A consolidação do entendimento veio, em especial, com a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 2.602, decidida pelo STF em novembro de 2005, que afastou por completo os titulares de cartórios extrajudiciais da classificação de servidores públicos.

## **2.2 Período posterior à ADI nº3089**

Foi discutida na ADI nº 3089 a pretensa inconstitucionalidade do item 21 da Lista de Serviços anexa à LC nº 116/2003 pela ANOREG que apresentou a defesa da imunidade recíproca, tese rechaçada pela Suprema Corte Federal.

O ilustre ministro Carlos Ayres Britto, relator e único a votar pela inconstitucionalidade da cobrança, fez a seguinte defesa:

(...)

*Portanto, dada à natureza jurídica do ISS – Imposto Sobre Serviço, que atua precipuamente nas relações de direito privado, ele não pode ser instituído sobre um serviço público – que embora seja delegado a particulares – não perde a sua natureza de atividade pública, uma vez que são os mesmos vinculados e específicos.<sup>18</sup>*

Assim, a cobrança do ISS – Imposto Sobre Serviços revela-se, também inconstitucional, uma vez que no municípios destes Estados não existem delegatários do Poder Público, exercendo a atividade em caráter privado. São todos funcionários públicos dos respectivos Estados membros. (...) <sup>19</sup>

O ministro Sepúlveda Pertence refutou as pretensões da inconstitucionalidade no momento em que apontou que o serviço notarial e de registro é uma atividade

---

<sup>18</sup> ADI

<sup>19</sup> ADI



estatal delegada, mas enquanto atividade privada, é um serviço sobre o qual nada impede a incidência do ISS.

Já o ministro Gilmar Mendes asseverou que

*Se adotássemos essa ideia de imunidade recíproca em relação a esses serviços, certamente nós chegaríamos a ter que discutir, ou poderemos discutir, em breve, a imunidade desses serviços em relação à própria incidência do imposto de renda.*

O ministro Joaquim Barbosa foi esclarecedor quando ressaltou que:

- a) *A atividade notarial é exercida por entes privados, havendo o viés lucrativo;*
- b) *A imunidade mostra-se um garantia de entidades políticas federativas, e não particulares;*
- c) *A tributação de serviços de índole pública, mas em atividade explorada economicamente por particular, não implica risco à harmonia federativa;*
- d) *Os agentes notariais possuem capacidade contributiva, por se dedicarem a atividade lucrativa;*
- e) *A atividade notarial é, em tudo, semelhantes aos demais serviços públicos concedidos, não existindo motivo para tributar os serviços públicos concedidos e deixar de fazê-lo quanto às atividades delegadas*

### Capítulo 3 – A BASE DE CÁLCULO (CRITÉRIO MATERIAL) DA INCIDÊNCIA DO ISS SOBRE OS SERVIÇOS CARTORIAIS

A regra geral é a tributação pelo preço do serviço prestado, conforme art. 7º, da LC nº 116/2003. A exceção são os trabalhadores autônomos e as sociedades de profissionais legalmente regulamentados que podem ser tributados por alíquotas fixas, conforme prescrições dos §§1º e 3º, do art. 9º do DL nº 406/68 mantidos pela atual lei de regência nacional do ISS<sup>20</sup>. Aires F. Barreto diz que:

*“O aspecto material presta-se à diferenciação de um tributo em relação a outro, em virtude de conter a designação de todos os dados de ordem objetiva, caracterizadores do protótipo em que consiste a hipótese de incidência. O fato ou o estado de fato descrito tem no aspecto material a sua própria consistência. Comumente, atribui-se ao aspecto material relevo maior, a pretexto de que ele refletiria a essência descritiva do fato. Argumenta-se que o elemento mais abrangente da essência na hipótese de incidência seria o aspecto material, por envolver sua substância, o seu teor essencial”.*<sup>21</sup>

Para o professor Aires Barreto<sup>22</sup> a base cálculo do ISS é aquela que representa o adjunto adnominal correspondente à resposta que se dá à indagação: prestação de serviço de que valor? Assim, na plenitude de um serviço, nem tudo que se recebe irá integrar a base de cálculo do ISS.

---

<sup>20</sup> Súmula 663 do STF: “Os §§ 1º e 3º do art. 9º do Decreto-lei nº 406/68 foram recebidos pela Constituição”.

<sup>21</sup> BARRETO, F. Aires. Curso de Direito Tributário Municipal. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 128

<sup>22</sup> BARRETO, F. Aires. Curso de Direito Tributário Municipal. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 368

### 3.1 BC com preço dos serviços

Levando em conta que a base de cálculo do ISS é o preço do serviço, seria tecnicamente razoável indagar se o ISS incidiria sobre o valor bruto da receita, antes do repasse, ou somente sobre a parcela líquida destinadas aos cartórios.

O art. 7º da Lei Complementar nº 116/2003 estabelece que “a base de cálculo do ISS é o preço do serviço”. O preço seria, portanto, a medida da prestação do serviço, ou, como diz Marçal Justen Filho, “o único meio de quantificar a prestação de serviço é adotar sua remuneração como base imponible”. Já em relação as taxas “A Constituição elegeu a taxa de serviços como a única possível remuneração para a prestação de serviços públicos específicos e divisíveis.”<sup>23</sup>

Para Roberto Tauil<sup>24</sup>:

*“O preço dos serviços notariais e registrais não coincide, a nosso ver, ao preço total que se cobra do usuário do serviço. Embora o pacto contratual determine um preço, o valor efetivamente recebido pelos prestadores do serviço não é aquele, pois são obrigados a repassar parte do recurso para outros agentes. E tal repasse não pode ser considerado “custo” da prestação do serviço, tendo em vista que não se trata de despesas operacionais internas. São repasses previamente firmados e aceitos e que servirão para remunerar terceiros que não atuam diretamente na execução dos serviços”.*

Os valores que compõem o patrimônio da entidade são divididos em ingressos financeiros (entradas) e receitas, assim as receitas devem ser escrituradas

---

<sup>23</sup> ALVES, Anna Emilia Cordelli. ISS - Aspectos Relevantes Decorrentes da Análise do artigo 1º da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003. In: **Revista Brasileira de Direito Tributário**. vol. 99, dez./2003, p.24-38.

<sup>24</sup> TAUIL, Roberto Adolfo. *Manual do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza*. 2ª ed. Rio de Janeiro: <http://www.consultormunicipal.adv.br/>

separadamente das meras entradas. Geraldo Ataliba<sup>25</sup> ensina a diferença dos conceitos:

*Sob a perspectiva jurídica, costuma-se designar por entrada, todo o dinheiro que entra nos cofres públicos, seja a que título for. Nem toda entrada, entretanto, representa uma receita. É que muitas vezes o dinheiro ingressa a título precário e temporariamente, sem passar a pertencer ao Estado. Receitas são entradas definitivas de dinheiro que pertencem ou passam a pertencer ao Estado.*

Vejamos algumas decisões judiciais sobre o significado de receita e preço de serviço sujeito ao ISS, conforme demonstramos abaixo:

*Receita bruta é o preço do serviço, vale dizer, as quantias que a fornecedora de mão de obra recebe para realizar tal mister, nela não podendo ser incluídos os salários e encargos sociais pagos às pessoas recrutadas, que não integram o preço dos serviços contratados." (Ac. da 1ª Câmara do 1º TAC de São Paulo, Ap. nº 611.43970, Relator designado Juiz Elliot Akel).*

*REsp 768658 PR – Recurso Especial - 2005/0120797-7; Relator(a): Ministro Luiz Fux (1122) Julgamento: Órgão Julgador: T1 Primeira Turma do STJ; j, em 2.8.2007; Publicação/Fonte DJ de 25.10.2007 p. 126. EMENTA: TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA -ISSQN. AGENCIAMENTO DE MÃO-DE-OBRA TEMPORÁRIA. INTERMEDIÇÃO. ATIVIDADE-FIM DA EMPRESA PRESTADORA DE*

---

<sup>25</sup> ATALIBA, Geraldo. Apontamentos de ciência das finanças, direito financeiro e tributário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969. p. 25 e 26.

SERVIÇOS. BASE DE CÁLCULO. PREÇO DO SERVIÇO. TAXA DE AGENCIAMENTO. VALOR REFERENTE AOS SALÁRIOS E AOS ENCARGOS SOCIAIS.

1. A base de cálculo do ISS é o preço do serviço, consoante disposto no artigo 9º, caput, do Decreto-Lei 406/68.

(...)

4. O ISS incide, apenas, sobre a taxa de agenciamento, que é o preço do serviço pago ao agenciador, sua comissão e sua receita, excluídas as importâncias voltadas para o pagamento dos salários e encargos sociais dos trabalhadores. Distinção de valores pertencentes a terceiros (os empregados) e despesas com a prestação. Distinção necessária entre receita e entrada para fins financeiro-tributários. Precedentes do E. STJ acerca da distinção.

*Tribunal de Justiça.*

*Apelação Com Revisão 7523575600*

*Relator(a): Rodrigues de Aguiar*

*Comarca: Tupã*

*Órgão julgador: 15a Câmara de Direito Público*

*Data do julgamento: 29/05/2008*

*Data de registro: 06/06/2008*

*Ementa: AÇÃO ORDINÁRIA - ISSQN - Serviços cartorários (registrais e notariais) - Pretendida imunidade - Não cabimento, pois o prestador não é ente político, mas privado - Serviço de natureza pública, mas cuja prestação é privada – Precedente do e. STF pela constitucionalidade*

*da exigência (ADI 3089/DF, j. 13/02/2008) - Base de cálculo - Valor destinado ao oficial delegatário, excluídos os demais encargos, como p. ex. custas destinadas ao Estado e a órgão representativo -Improcedência da ação - Apelo municipal provido - APELO PROVIDO.*

*Apelação Com Revisão 4869135000*

*Relator(a): Erbeta Filho*

*Comarca: Santa Cruz do Rio Pardo*

*Órgão julgador: 15a Câmara de Direito Público*

*Data do julgamento: 08/05/2008*

*Data de registro: 14/05/2008*

*Ementa: ISS - Serviços de registros públicos, cartorários e notariais - Município de Santa Cruz do Rio Pardo - Denegação de segurança voltada à não incidência do imposto sobre os mesmos, instituído pela legislação municipal - Caráter privado do exercício dos serviços, por conta e risco dos agentes delegados - Hipótese de delegação imprópria - Remuneração daqueles, ademais, inconfundível com taxa - Constitucionalidade da exação - Recurso não provido.*

*Apelação Com Revisão 5413695700*

*Relator(a): Eutálio Porto*

*Comarca: São Bernardo do Campo*

*Órgão julgador: 15a Câmara de Direito Público*

*Data do julgamento: 14/02/2008*

*Data de registro: 24/03/2008*

*Ementa: APELAÇÃO - Ação Declaratória - ISS incidente sobre serviços prestados por notório e oficial de registro - Serviços delegados exercidos em caráter privado -*

*Natureza sui generis da contraprestação, sendo taxa o valor direcionado ao Estado e remuneração o montante direcionado ao agente delegado, passível de sujeição ao ISS - Diferenciação com outros serviços públicos não permitida pela norma constitucional, sob pena de violação ao princípio da isonomia - Incidência do ISS sobre os emolumentos, excluídos os valores destinados aos órgãos públicos - Sentença mantida - Recursos improvidos.*

*Desta feita, o entendimento a que se chega é o de que não se vislumbra a inconstitucionalidade dos itens 21 e 21.1 da Lista Anexa à Lei Complementar nº 116/03 e os respectivos da Lei Municipal nº 02/05, sendo perfeitamente válida, legal e constitucional a incidência do ISS sobre os serviços notariais e neste aspecto, razão assiste ao Município/recorrente. No tocante à análise do pedido subsidiário deduzido na inicial, não apreciado pelo MM. Juiz sentenciante, notadamente por ter acolhido a tese principal da apelada, reconhecendo a inconstitucionalidade das Leis Federal e Municipal que instituíram a possibilidade do Município exigir o ISS sobre os serviços notariais, com base no art. 515, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil, passo a apreciá-lo. Vejamos;*

*Sustenta a apelada na inicial, alternativamente, que em sendo considerado exigível o tributo, seja o ISS cobrado de acordo com o disposto no art. 9º, do Decreto-lei 406/68, que não foi revogado pela Lei Complementar 116/03, notadamente por se tratar de prestação de serviço sob a forma de trabalho, pessoal do próprio contribuinte, calculando-se o aludido imposto por meio de alíquotas fixas em função da natureza do serviço.*

Diante do já citado desempenho do Ministro Marco Aurélio sobre a base de cálculo dos serviços cartoriais, os tribunais superiores desembocaram nessa mesma esteira jurídica. Relembremos:

*No tocante à base de cálculo de incidência, descabe a analogia – profissionais liberais, Decreto nº 406/1968 -, caso ainda em vigor o preceito respectivo, quando existente lei dispondo especificamente sobre a matéria. O art. 7º da Lei Complementar nº 116/2003 estabelece a incidência do tributo sobre o preço do serviço.*

Traz incidente luz, a decisão do Ministro Herman Benjamin, em julgado no Superior Tribunal de Justiça:

*STJ - ISS - Serviços de Registros Públicos - Tributação Fixa - Matéria Apreciada pelo STF - ADI 3.089/DF Superior Tribunal de Justiça RECURSO ESPECIAL Nº 1.187.464 – RS (2010/0053685-4)RELATOR: MINISTRO HERMAN BENJAMIN RECORRENTE:EDITE DO AMARAL ADVOGADO :ALEXANDRE FAGUNDES MARTINS E OUTRO(S)RECORRIDO : MUNICÍPIO DE SÃO LEOPOLDOPROCURADOR : ADRIANA DE ÁVILA JUNG E OUTRO(S).*

*EMENTA*

*PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ISS. SERVIÇOS DE REGISTROS PÚBLICOS, CARTORÁRIOS E NOTARIAIS. BASE DE CÁLCULO. ART. 9º, § 1º, DO DL 406/1968.TRIBUTAÇÃO FIXA. MATÉRIA APRECIADA PELO STF. ADI 3.089/DF.*



1. Hipótese em que se discute a base de cálculo do ISS incidente sobre serviços de registros públicos, cartorários e notariais. A contribuinte defende tributação fixa, nos termos do art. 9º, § 1º, do DL 406/1968, e não alíquota sobre o preço do serviço (art. 7º, caput, da LC 116/2003), ou seja, sobre os emolumentos cobrados dos usuários.

2. **O Supremo Tribunal Federal reconheceu a incidência do ISS, in casu, ao julgar a ADI 3.089/DF, proposta pela Associação dos Notários e Registradores do Brasil - Anoreg. Na oportunidade, ratificou a competência municipal e afastou a alegada imunidade pretendida pelos tabeliães e cartorários** (grifo nosso) (i) ao analisar a natureza do serviço prestado e, o que é relevante para a presente demanda, (ii) ao reconhecer a possibilidade de o ISS incidir sobre os emolumentos cobrados (base de cálculo), mesmo em se tratando de taxas.

3. **O acórdão do Supremo Tribunal Federal, focado na possibilidade de os emolumentos (que são taxas) servirem de base de cálculo para o ISS, afastou, por imperativo lógico, a possibilidade da tributação fixa, em que não há cálculo e, portanto, base de cálculo**(grifo nosso).

4. **Nesse sentido, houve manifestação expressa contrária à tributação fixa no julgamento da ADI, pois "descabe a analogia profissionais liberais, Decreto nº 406/68 , caso ainda em vigor o preceito respectivo, quando existente lei dispendo especificamente sobre a matéria. O art. 7º da Lei Complementar nº 116/03 estabelece a incidência do tributo sobre o preço do serviço"**(grifo nosso).

5. Ademais, o STF reconheceu incidir o ISS à luz da capacidade contributiva dos tabeliães e notários.

6. A tributação fixa do art. 9º, § 1º, do DL 406/1968 é o exemplo clássico de exação ao arripio da capacidade contributiva, porquanto trata igualmente os desiguais. A capacidade contributiva somente é observada, no caso do ISS, na cobrança por alíquota sobre os preços, conforme o art. 9º, caput, do DL 406/1968, atual art. 7º, caput, da LC 116/2003.

7. Finalmente, o STF constatou que a atividade é prestada com intuito lucrativo, incompatível com a noção de simples "remuneração do próprio trabalho", prevista no art. 9º, § 1º, da LC 116/2003.

8. A Associação dos Notários e Registradores do Brasil - Anoreg, quando propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade, pretendia afastar o ISS calculado sobre a renda dos cartórios (preço dos serviços, emolumentos cobrados do usuário).

9. A tentativa de reabrir o debate no Superior Tribunal de Justiça, em Recurso Especial, reflete a inconfessável pretensão de reverter, na seara infraconstitucional, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, o que é, evidentemente, impossível.

10. De fato, a interpretação da legislação federal pelo Superior Tribunal de Justiça no caso a aplicação do art. 9º, § 1º, do DL 406/1968 deve se dar nos limites da decisão com efeitos erga omnes proferida pelo STF na ADI 3.089/DF.

*11. Nesse sentido, inviável o benefício da tributação fixa em relação ao ISS sobre os serviços de registros públicos, cartorários e notariais.*

*12. Recurso Especial não provido.*

*Brasília, 1º de junho de 2010 (data do julgamento).*

*MINISTRO HERMAN BENJAMIN*

### **3.1.1 Serviços tributáveis**

Propomos discriminar, agora, os serviços prestados pelos notariais e tributáveis pelo ISS, conforme Tabela de Custas e Emolumentos do Estado de Pernambuco, atualizadas pelo Ato nº 894/10, considerando o que dispõe o art. 25 da Lei nº 11.404/96 (Custas e Emolumentos) do Estado de Pernambuco:

1 - Tabelionato de Notas:

I - Escritura com valor declarado;

II - Procuração, substabelecimento ou revogação:

- com poderes para o foro em geral;

- outras procurações sem valor econômico;

- outras procurações com valor econômico.

III - Autenticação de cópias de documentos;

IV - Reconhecimento de Firma, inclusive letras ou sinal:

- por semelhança;

- como autêntica.

V - Certidão ou traslado ou pública forma;

VI - Escritura sem valor declarado;

VII - Registro chancela mecânica;

VIII - Testamento;

IX - Atas Notariais sem reflexo econômico;

X - Escritura de Convenção de Condomínio.

2 - Tabelionato de Protesto de Títulos:

- I - Acolhimento do aceite ou devolução;
- II - Recebimento do pagamento;
- III - Desistência ou sustação judicial definitiva do protesto de título, ou documento de dívida;
- IV - Cancelamento definitivo do registro;
- IV - Apresentação a protesto e lavratura;
- V - Intimação;
- VI - Emissão de Certidões;
- VII - Busca de apontamentos;
- VIII - Cópia de documento e autenticação;
- IX - Informações sobre existência de protesto ou não.

3 - Ofício de Registro de Imóveis:

- I - Registro com valor declarado;
- II - Averbação com valor declarado;
- III - Averbação sem valor declarado;
- IV - Registro de Loteamento ou desmembramento de imóvel;
- V - Abertura de Matrícula;
- VI - Incorporação e Condomínio;
- VII - Registro de Pacto Antenupcial;
- VIII - Registro de Cédula de Crédito ou Produto Rural Pignoratícia;
- IX - Registro de Hipoteca Censual Rural;
- X - Inscrição de Penhora;
- XI - Emissão de Certidões;
- XII - Prenotação de Títulos;
- XIII - Pedido de Busca.

4 - Ofício de Registro de Títulos e Documentos e Civil das Pessoas Jurídicas:

- I - Registro ou averbação integral de contrato, título e documento com conteúdo financeiro;

- II - Registro integral de título, documento ou papel, inclusive ata de condomínio, sem conteúdo financeiro;
- III - Registro para fins de notificação;
- IV - Averbação de documento sem conteúdo financeiro;
- V - Registro ou averbação de contrato de alienação fiduciária, leasing, ou reserva de domínio, sobre o valor financiado;
- VI - Registro de pessoas jurídicas;
- VII - Cancelamento de inscrição de pessoa jurídica;
- VIII - Emissão de Certidões;
- IX - Autenticação de microfilme e disco ótico;
- X - Microfilmagem de documentos;
- XI - Autenticação de livros contábeis;
- XII - Informação prestada por qualquer forma e meio, com dispensa de certidão.

5 - Ofício de Registro Civil das Pessoas Naturais:

- I - Lavratura de assentos de casamento realizado na sede;
- II - Lavratura de assentos de casamento realizado fora da sede;
- III - Habilitação de casamento;
- IV - Afixação de edital;
- V - Registro de inscrição de emancipação, interdição, ausência, aquisição de nacionalidade brasileira;
- VI - Transcrição de registro de nascimento, casamento ou óbito;
- VII - Averbação em geral;
- VIII - Emissão de Certidões;
- IX - Cópia autenticada de atos da serventia;
- X - Desentranhamento de documento;
- XI - Procedimento de retificação, adoção e reconhecimento de filho;
- XII - Assento de nascimento e óbito.

**3.1.2 Livros Cartoriais**

Para detalharmos quais serviços devem sofrer incidência do ISS, segue a relação dos livros utilizados pelos Cartórios:

#### LIVROS DOS CARTÓRIOS DE REGISTRO CIVIL

Nascimento ( livro “A”);

Casamento Civil (livro “B”);

Casamento Religioso com efeito Civil ( livro “B – Auxiliar”);

Óbito ( livro “C”);

Natimorto (livro “C- auxiliar”);

Edital de Proclamas (livro “D”);

Inscrição: (livro “E” );

#### LIVROS DOS CARTÓRIOS DE REGISTRO DE IMÓVEIS

Protocolo de Imóveis (livro n.º 1);

Registro Geral (livro n.º 2);

Registro Auxiliar( livro n.º 3);

Indicador Real (livro n.º 4);

Indicador Pessoal (livro n.º 5).

#### TABELIONATO DE NOTAS

Procuração / Substabelecimento

Escrituras (Incluindo Divórcio, Separação, Inventários e Partilhas Extrajudiciais)

Testamento

Autenticação de cópias/microfilmes

Depósito e Reconhecimento de Firmas

#### PROTESTO DE TÍTULOS

Apontamento;

Registro ou Instrumento de Protesto;

Índice de protesto

#### TÍTULOS E DOCUMENTOS DE PESSOA JURÍDICA

Protocolo (livro “A”);

Pessoa Jurídica ( livro“A”);

Registro Integral (livro “B”);  
Jornais e Periódicos (Livro “B”)  
Resumido (livro “C”);  
Indicador Pessoal (livro “D”)

Foi visto que a receita bruta auferida pelos cartórios é distribuída às partes interessadas, entre as quais temos a Secretaria de Estado de Fazenda, o Fundo Especial de Despesa do Tribunal de Justiça, a Comissão gestora dos repasses de compensação dos atos gratuitos, a Carteira de Previdência das Serventias não Oficializadas da Justiça do Estado, o fundo de compensação dos atos gratuitos do registro civil das pessoas naturais e à complementação da receita mínima das serventias deficitárias.

É notório o fato de que muitos Cartórios prestam outros serviços adicionais, como reprografia, digitalização, encadernação, etc., que não são enquadrados como serviços típicos de suas atividades, por não comportar como serviço típico. Diante disso é fato que tais serviços são tributáveis pelo ISS, embora gere dificuldade de apuração por parte do Fisco, pois, geralmente, essas receitas não são contabilizadas e nem registradas nos livros.

Entende-se, também, que esses serviços podem ser considerados prestações-meios à atividade fim do Cartório e, assim, devem ser enquadradas no item 21 da lista de serviços, pois são serviços prestados em conjunto aos serviços notariais.

A título de exemplo<sup>26</sup>, cite-se o registro de pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos, incluindo todos os atos do processo e arquivamento, de valor até R\$ 590,00. Segundo tabela trazida pela Lei Estadual 11.331. de 26/12/2002, o preço a ser cobrado pelo delegatário é de R\$ 49,15. Deste total, R\$ 30,72 são destinados ao Oficial. R\$ 8,73 ao Estado, R\$ 6,47 à Carteira das Serventias, R\$ 1.62 ao Tribunal

---

<sup>26</sup> APELAÇÃO CÍVEL COM REVISÃO, nº 703 194 5/8-00, Campinas, Relator Desembargador Rodrigues de Aguiar, 13/03/2008.

de Justiça e R\$ 1,62 à Comp. do Registro Civil. Com efeito, a base de cálculo do ISS em questão deve ser o valor destinado ao Oficial, excluindo-se os demais encargos com natureza de taxa.

### **3.2 BC sem o preço do serviço**

Como estudado a cima, a LC 116/2003, em seu art. 7º, prevê, como regra geral, que o preço do serviço seja utilizado como base de cálculo para fins de apuração do ISS. Entretanto, há quem aponte exceções à regra geral. Como a prevista no parágrafo 1º do artigo 9º do Decreto-lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968, antigo ato normativo que regulava o ISS:

*Art. 9º - (...).*

*§ 1º -Quando se tratar de prestação de serviços sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte, o imposto será calculado, por meio de alíquotas fixas ou variáveis, em função da natureza do serviço ou de outros fatores pertinentes, nestes não compreendida a importância paga a título de remuneração do próprio trabalho.*

Ocorre que, muitos titulares de serventias argumentam que seus serviços são prestados pessoalmente pelo oficial, tabelião ou notário, devendo-se recolher ISS sob alíquota fixa, pois não detém personalidade jurídica, o titular assume responsabilidade pessoal pelo serviço prestado e exige-se conhecimento intelectual para o exercício de tal atividade, haja vista a exigência de bacharelado em direito para exercê-la.

Entretanto, o professor Aires Barreto é enfático em não encontrar guarida a esta base diversa do preço: “a Constituição não tolera a chamada tributação fixa. Essa afirmação não é agradável, especialmente para os profissionais liberais, mas



extraímos esse entendimento da conjugação do art. 145, § 1º, com o art. 150, II, a seguir transcritos:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: (...)

§ 1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...)

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos.”<sup>27</sup>

E conclui: O entrelaço sistemático e harmônico dessas disposições evidencia ser intolerável no sistema da Constituição de 88 a chamada tributação fixa – assim entendida aquela em que não se tem base de cálculo nem alíquota -, haja vista a afronta ao princípio da igualdade e ao seu corolário, em matéria de tributação, o princípio da capacidade econômica.<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> BARRETO, F. Aires. Curso de Direito Tributário Municipal. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 414

<sup>28</sup> BARRETO, F. Aires. Curso de Direito Tributário Municipal. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 414

Mas, o STF já afirmou a inexistência de incompatibilidade do Decreto 406/68 com a CF/88, reconhecendo a recepção do Decreto. Esse entendimento foi exarado julgado do Recurso Extraordinário nº 214.414-2, por meio do qual o § 2º, do art. 9º, do Decreto-Lei nº406/68 estaria em pleno vigor. Transcrevemos abaixo a ementa do citado RE:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ISS. CONSTRUÇÃO CIVIL. D.L. 406/68, ART. 9º, §2º, a e b

DEDUÇÃO DO VALOR DOS MATERIAIS E SUBEMPREGADAS NO CÁLCULO DO PREÇO DO SERVIÇO. D.L. 406/68, ART 9º, §2º, A E B: DISPOSITIVOS RECEBIDOS PELA CF/88. CITADOS DISPOSITIVOS DO ART. 9º, §2º, CUIDAM DA BASE DE CÁLCULO DO ISS E NÃO CONFIGURAM ISENÇÃO. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO ART. 151, III, ART. 34, ADCT/88, ART. 150, II E 145, §1º, CF/88. re 236.604-PR, Velloso, Plenário, 26.5.99, RTJ 170/10001.

RE conhecido e provido. (RE nº214.414-2, Min. Relator Carlos Velloso, j. 20.03.2002, publicado DJ 17.05.2002)”

Outra decisão que reputamos importante para corroborar com a tese ora desenvolvida é a que foi proferida por ocasião do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº279.424-4, cujo trecho do voto do Ministro Relator Carlos Velloso passamos a transcrever abaixo:

“(…)

O Supremo Tribunal Federal decidiu, pelo seu Plenário, no julgamento do RE 236.604-PR, de que fui relator, que o art. 9º, §§1º e 3º, do DL406/68, que cuidam da base de cálculo do ISS, foram recebidos pela CF/88: CF/88, art. 146, III, a. Inocorrência de ofensa ao art. 151, III, art. 34, ADCT/88, art. 150, II, art. 145, §1º, CF/88 (RTJ 170/1001).

No caso, o acórdão recorrido decidiu pela não recepção, pela CF/88, do art. 9º, §2º, a e b, do citado DL 406/68. A questão, entretanto, é a mesma. É dizer, os fundamentos do acórdão do RE 236.604-PR são aplicáveis, na hipótese, presente o brocardo *ubi eadem legis ratio. Ibi eadem legis dispositio*. E já que não se estuda mais o latim, vai a tradução: os fatos de igual natureza devem ser regulados de modo idêntico”

#### **Capítulo 4 – Jurisprudência Atual do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco**

Recentemente, na cidade do Recife o desembargador José Fernandes de Lemos suspendo os efeitos das duas medidas de antecipação de tutela proferidas pelo Juízo de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública da Capital, em sede das Ações Ordinárias nº 001.2009.149432-0 e nº 001.2009.151010-5", sentenciou, em 7 de abril de 2011, o, presidente do TJPE:

(...)

*9. O acórdão do Supremo Tribunal Federal é de clareza solar ao afastar a possibilidade da tributação fixa, em que não há cálculo e, portanto, base de cálculo. É inadmissível permitir a rediscussão, nas instâncias ordinárias, de julgamento realizado em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com efeitos erga omnes e ex tunc.*

*10. As decisões ora em questão devem ser, pois, necessariamente suspensas, pois constituem afronta direta ao princípio constitucional da segurança jurídica, lesionando gravemente a ordem constitucional. O princípio da segurança jurídica tem fundamento no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, que estabelece que a lei não*

*prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.*

*11. Verifica-se, portanto, que está seguramente demonstrada a lesão à ordem pública, requisito autorizador da concessão imediata da medida de contracautela, pois o desrespeito à Constituição Federal não pode ensejar lesão maior à ordem pública, entendida como ordem jurídica.*

*12. Forte nisso, entendendo bem caracterizada, na espécie, a ocorrência de grave lesão à ordem pública, defiro o pedido e, em consequência, suspendo os efeitos das duas medidas de antecipação de tutela proferidas pelo Juízo de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública da Capital, em sede das Ações Ordinárias nº 001.2009.149432-0 e nº 001.2009.151010-5.*

conforme art. 27. Do montante da TSNR, 1% é destinada à assistência judiciária. Lei nº 11.404/96 (Custas e Emolumentos) do Estado de Pernambuco

Os emolumentos devidos pela prestação dos serviços notariais e de registro são aqueles determinados de acordo com a espécie do ato praticado, conforme tabela estabelecida pela Lei nº 11.404/96 (Custas e Emolumentos) do Estado de Pernambuco. O valor dos emolumentos será fixado pelo padrão monetário corrente, e corrigido a cada 12 (doze) meses, por ato do Presidente do Tribunal de Justiça, de acordo com a variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> Art. 25. Lei nº 11.404/96 (Custas e Emolumentos) do Estado de Pernambuco, alterado pelo Ato nº 894/2010 de 22 de dezembro de 2010.

O valor dos emolumentos deve corresponder, em princípio, ao efetivo custo e à adequada e justa remuneração dos serviços prestados e o cálculo dos emolumentos incidirá sobre o valor da avaliação judicial ou fiscal e, na sua falta, considerar-se-á o valor declarado pelas partes<sup>30</sup>.

## CONCLUSÃO

Acreditando que as novas decisões judiciais seguiriam a jurisprudência, a Associação dos Notários e Registradores – ANOREG propôs a inconstitucionalidade do item 21 da Lista de Serviços anexa à LC 116/2003 cuja tese da imunidade recíproca era sediada por se tratar de serviços públicos de competência dos Estados, ledó engano. Tal entendimento não prosperou e foi rechaçado pela Suprema Corte que julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 3089 que teve como relator o Ministro Carlos Ayres Britto, único voto favorável à procedência da Ação.

Desse modo, esta monografia tratou no primeiro capítulo das considerações constitucionais e infralegais dos serviços notariais e de registro público. Já o segundo buscou seqüenciar a tributação do ISS sobre os serviços notariais e de registro público, tendo como marco delimitador a LC nº 116/2003 e as decisões posteriores, inclusive as conseqüências advindas com a ADI nº 3089. No terceiro capítulo, iniciamos a questão proposta neste trabalho, qual seja, a base de cálculo do ISS sobre os serviços notariais e de registro público, que abordou as questões exaradas para instituir no âmbito de incidência do tributo a exação imponible, também denominada "norma-padrão" ou "regra-matriz de incidência tributária", no dizer do professor Paulo de Barros Carvalho<sup>31</sup>:

*A construção da regra-matriz de incidência, assim como de qualquer norma jurídica, é obra do intérprete, a partir dos estímulos sensoriais do texto legislado. Sua hipótese*

---

<sup>30</sup> Idem.

<sup>31</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Parecer - **Natureza jurídica e constitucionalidade dos valores exigidos a título de remuneração dos serviços notariais e de registro**. São Paulo, 05 de junho de 2007.

*prevê fato de conteúdo econômico, enquanto o conseqüente estatui vínculo obrigacional entre o Estado, ou quem lhe faça as vezes, na condição de sujeito ativo, e uma pessoa física ou jurídica, particular ou pública, como sujeito passivo, de tal sorte que o primeiro ficará investido do direito subjetivo público de exigir, do segundo, o pagamento de determinada quantia em dinheiro. Em contrapartida, o sujeito passivo será cometido do dever jurídico de prestar aquele objeto.*

Assim, incide sobre qual base o ISS? Quais serviços notariais e de registros públicos estão na base de cálculo do ISS? Esses dois questionamentos nortearam o trabalho ora publicado. Para concluir, trouxemos atual decisão do Tribunal de Justiça de Pernambuco que reitera o posicionamento dos tribunais superiores.

Diante do exposto, vale comentar que a própria ANOREG-SP, em sua cartilha de Cartórios Extrajudiciais, explica: “É importante você saber que no Brasil os cartórios extrajudiciais são privatizados, ou seja, não são órgãos do governo, repartições públicas, não sendo exercidos por funcionários públicos, mas sim por particulares, como uma empresa”<sup>32</sup>. Ora, assim como qualquer empresa prestadora de serviços constantes no anexo da LC 116/03, deve-se sofrer a incidência do imposto sobre serviços.

Na verdade, o notário (sentido amplo) que administra financeiramente sua serventia auferir substancial lucro em sua atividade, podemos constatar através de matéria publicada no jornal Valor Econômico<sup>33</sup>, com o título Receita anual dos cartórios no país chega a R\$ 7 bilhões, mostrando a “caixa preta” que é o setor no

---

<sup>32</sup> Cartilha de Cartórios Extrajudiciais – Guia Prático e Explicativo sobre os cartórios extrajudiciais, suas funções e como utilizar. ANOREG – SP. Disponibilizado no site: <http://www.anoregsp.org.br/>

<sup>33</sup> Jornal Valor Econômico ed. 21/03, “Receita anual dos cartórios no país chega a R\$ 7 bilhões”

país: “se fossem reconhecidos como um setor da economia de fato, os cartórios teriam faturamento superior ao das empresas da construção civil com capital aberto no país, que somadas faturam R\$ 3,629 bilhões ao ano. É mais também do que movimentam anualmente as companhias de máquinas - R\$ 6,241 bilhões - e de minerais não metálicos, R\$ 1,791 bilhão, de acordo com os últimos balanços”.

Por fim, concluímos pela procedência da tributação de ISS nos serviços notariais e de registro usando-se o preço do serviço como base de cálculo e se aplicando a correspondente alíquota percentual prevista na legislação municipal. Não há fundamento lógico qualquer "cartório" alegar ter direito a um regime de alíquota fixa de ISS.

Um estudo realizado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ mostra a disparidade dos recolhimentos aos cofres do Erário Municipal das cidades de São Paulo e Porto Alegre, quando se tributa o regime de alíquotas fixas em detrimentos do preço do serviço.

<b>São Paulo</b>	<b>Porto Alegre</b>
Alíquotas Fixas	Preço do serviço
140 Cartórios	40 Cartórios
Arrecadação 2007 – R\$ 108 mil	Arrecadação 2007 – R\$ 3,4 milhões

Por tudo, leva-nos a crer, por fim, que a atividade exercida pelos notários e oficiais de registro é de extrema importância para a manutenção da segurança jurídica e para o bom andamento do direito e da justiça, assim como contribuir para a receita pública municipal, colocam as serventias em igualdade de condições com seu papel social desenhado na legislação brasileira, garantindo a capacidade contributiva e a isonomia.

## REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **ABNT Digital**. Disponível em: <<http://www.abntdigital.com.br>>. Acesso em: 21 de fev 2005.

BALEEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar** - atual. Misabel Abreu Machado Derzi. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BARRETO, F. Aires. **Curso de Direito Tributário Municipal**. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional n.º 20, de 15 de dezembro de 1998. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc20.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc20.htm)>. Acesso em: 15 maio 2009.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional n.º 41, de 19 de dezembro de 2003. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc41.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc41.htm)>. Acesso em: 15 maio 2009.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional n.º 47, de 05 de julho de 2005. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/emc/emc47.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/emc/emc47.htm)>. Acesso em: 15 maio 2009.

BRASIL. Lei n. 8.935, de 18 de novembro de 1994. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8935.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8935.htm)>. Acesso em: 05 jan. 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. Parecer - **Natureza jurídica e constitucionalidade dos valores exigidos a título de remuneração dos serviços notariais e de registro**. São Paulo, 05 de junho de 2007.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos notários e dos registradores comentada**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_. **Lei dos registros públicos comentada**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.



\_\_\_\_\_. **Sistema de registro de imóveis**, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 594

MANGIERI, Francisco Ramos & MELO, Omar Augusto Leite. **ISS sobre cartórios**. 1ª Ed. Bauru, SP. Edipro, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELO, José Eduardo Soares de. **ISS – Aspectos Teóricos e Práticos**. 5ª Ed. São Paulo. Dialética, 2008.

SILVA, Ricardo Almeida Ribeiro da. **A incidência do ISSQN sobre serviços de registro público, cartório e notariais**. Itens 21 e 21.1 da lista anexa à Lei Complementar nº 116/03. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 303, 6 maio 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5135>>. Acesso em: 11 set. 2011.

TAUIL, Roberto Adolfo. **Manual do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza**. 2ª ed. Rio de Janeiro: <http://www.consultormunicipal.adv.br/>