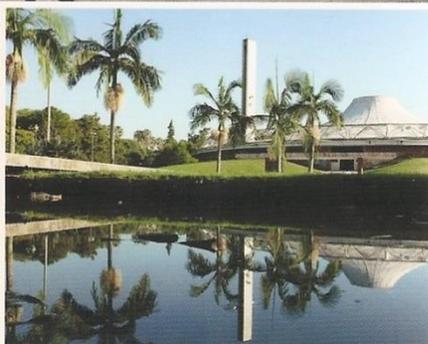


Revista da

ISSN 1415-3491

# Procuradoria-Geral

## do Município de Porto Alegre



2011

Nº 26

**REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO  
MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE**

**ANO 2011 – NÚMERO 26**

R454	Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre – N. 1 (1978) – Porto Alegre, RS: PGM, 1978.  Anual  ISSN: 1415-3491  1. Direito Municipal – Porto Alegre – Periódicos I. Porto Alegre (RS). Procuradoria-Geral do Município. Centro de Estudos de Direito Municipal.  CDU 34(81)(05)
------	--

Catálogo na Publicação : Liziane Ungaretti Minuzzo, CRB-10/1643  
Biblioteca da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre

REALIZAÇÃO:

**CEDIM**

Centro de Estudos de Direito Municipal da  
Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre

**CENTRO DE ESTUDOS DE DIREITO MUNICIPAL**

Vanêscia Buzelato Prestes (Coordenadora)

**COMISSÃO EDITORIAL**

Vanêscia Buzelato Prestes

Andrea Teichmann Vizzotto

Carin Simone Prediger

Carmem Lúcia de Barros Petersen

Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira

Cristiane da Costa Nery

Gamaliel Valdovino Borges

Janaina Hernandez Marques

Laura Antunes de Mattos

Maria Etelvina Bergamaschi Guimaraens

Ronaldo Osmar Bellini

**CONSELHO EDITORIAL DA REVISTA (Nacional)**

Alexandra Giacomet Pezzi

Almiro do Couto e Silva

Araken de Assis

Celso Antonio Bandeira de Mello

Cézar Saldanha Souza Júnior

Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira

Eros Roberto Grau

João Batista Linck Figueira

Judith Hofmeister Martins Costa

Manoel Gonçalves Ferreira Filho

Maren Guimaraens Taborda

**CONSELHO EDITORIAL DA REVISTA (Internacional)**

Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva (Portugal)



## APRESENTAÇÃO

Cumprindo com o compromisso de agilizar as publicações da Revista da PGM retomando sua regularidade, é com muita satisfação que apresentamos a Revista n. 26.

Nesta edição contamos com estudos de direito tributário, pessoal, gestão e urbanismo. A coletânea de Pareceres corresponde aos prolatados em 2012, além de 02 pareceres coletivos dos anos de 2011 e 2012. Destacam-se os pareceres coletivos, que são atos normativos e traduzem o entendimento consolidado sobre os respectivos temas. O Município em Juízo comenta decisões recentes e relevantes no âmbito da gestão e do direito tributário e representam um importante contributo para as discussões que são pauta das Procuradorias Jurídicas Municipais e que refletem o cotidiano das disputas travadas nos Tribunais em prol da afirmação das competências dos Municípios em um cenário de perda de receitas constantes.

Em 2015 é nossa meta publicar 03 revistas da PGM, retomando, deste modo, a regularidade anual desta Revista Especializada. Em março faremos um chamamento para recebimento das contribuições dos colegas aos novos volumes. Desde já convocamos a todos a produzirem trabalhos para integrar nossa Revista, de modo que possamos contribuir com as discussões nacionais da advocacia pública, em especial das Procuradorias Municipais.

Boa leitura!

João Batista Linck Figueira  
Procurador-Geral do Município de Porto Alegre

Vanêscia Buzelato Prestes  
Procuradora Municipal Coordenadora do Cedim

José Fortunatti  
**Prefeito**

Sebastião Melo  
**Vice-Prefeito**

João Batista Linck Figueira  
**Procurador-Geral do Município**

Gamaliel Valdovino Borges  
**Corregedor Geral**

José Adão Figueiredo dos Santos  
**Corregedor-Geral Substituto**

Marcelo Kruel Milano do Canto  
**Procurador-Geral Adj. de Pessoal, Contratos e  
Serviços Públicos**

Andrea Teichmann Vizzotto  
**Procurador-Geral Adj. de Domínio Público,  
Urbanismo e Meio Ambiente**

Cristiane da Costa Nery  
**Procuradora-Geral Adj. de Assuntos Fiscais**

Vanésca Buzelato Prestes  
**Coordenadora do Centro de Estudos de Direito  
Municipal**

**Assessoria para Assuntos Especiais e Institucionais**

Roberto Silva da Rocha (Chefe)  
Carlos Eduardo da Silveira  
Cauê Vieira  
Gil Almeida (GP)  
Juliana Bento Cucchiarelli (ASSEJE/GVP)  
Luis Maximiliano Leal Telesca Mota (Unidade Brasília)  
Maurício Cunha  
Rodrigo Carvalho Neves (ASSEJE/GVP)  
Simone Somensi

**Gerência de Aquisições Especiais**  
Claudia de Aguiar Barcellos (Chefe)  
Ariza Trindade Tavares  
Carolina dos Passos

**Gerência de Precatórios e Contencioso Administrativo**

Cesar Emilio Sulzbach (Chefe)  
Eduardo Gomes Tedesco  
Ricardo Felipe Campos de Mello

**Gerência-Geral das Procuradorias Setoriais e  
Especializadas Autárquicas**

**Comissão Permanente de Inquérito**  
Clarissa Cortes Fernandes Bohrer

**Procuradoria de Assistência e Regularização Fundiária**

Cândida Silveira Saibert (Chefe)  
Maria Etelvina Bergamaschi Gumaraens  
Simone Santos Moretto  
Tami Aso  
Valnor Prochinski Henriques (PME/DMAE)

**Procuradoria da Dívida Ativa**

Bethania Regina Pederneiras Flach (Chefe)  
Ana Luisa Soares Carvalho  
Andrea Maria da Silva Correa  
Armando José da Costa Domingues (Presidente APMPA)  
Carin Simone Prediger  
Cibele Aline Volkmann  
Fátima Rejane Kluge Correa  
Giovani Kerber Jardim  
Janine Luehring Giongo (Posto de Arrecadação Fiscal)  
Jaqueline Rocha Correa Lima (PME/DMAE)  
José Roberto Lima Sobreiro (PME/DEM HAB)  
Márcia Rosa de Lima  
Rodinei Mendes (PME/DMAE)  
Simone dos Santos Nunes

**Procuradoria de Licitações e Contratos**

Carmem Lúcia de Barros Petersen (Chefe)  
André Karst Kaminski  
Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira  
Fernanda Biachi  
Jorge Augusto Garcia Pacheco  
Lela Maria Reschke

**Procuradoria de Patrimônio e Domínio Público**

Mauro de Almeida Cabarro (Chefe)  
André Santos Chaves  
Eduardo Silva de Oliveira  
Jacqueline Maria de Oliveira do Couto e Silva  
José Luiz Alimena  
Paulo de Tarso Vernet Not  
Rafael Jostmeir Valandro (Setor de Escrituras)

**Procuradoria de Pessoal Celetista**

Rogério Scotti do Canto (Chefe)  
Albert Abuabara (PMS/SMA)  
Carlos Roberto da Costa Aquines  
Júlio Nelson Mello Gavião  
Márcia Moura Lameira  
Paulo Henrique Santos Moretto (PME/DEM HAB)  
Pedro Luis Martins

**Procuradoria Municipal Especializada do DMLU**

Jusara Aparecida Bratz (Coordenadora)  
Charlotte Appel Waldman  
Felipe Augusto de Souza Monteiro  
João Elpídio de Almeida Neto  
Rosa Maria Sampietro  
Thales Machado Filho

**Procuradoria de Pessoal Estatutário**

Edmilson Todeschini (Chefe)  
Alexandre Molenda  
Heron Nunes Estrella  
Jacqueline Brum Bohrer  
Lediane Tassi (PMS/SMA)  
Marcia Leipnitz Rauber  
Maria Elizabeth Rosa Pereira

**Procuradoria de Serviços Públicos**

Cláudia Padaratz (Chefe)  
Alexandra Cristina Giacomet Pezzi  
Caren Vasata  
Dalmaria Nessi Ricaldi (PMS/SMGL)  
Felipe Costa Ramos  
Rogério Quijano Gomes Ferreira

**Procuradoria de Urbanismo e Meio Ambiente**

Eleonora Braz Serralta (Chefe)  
Laura Antunes de Mattos  
Luciane Favaretto Timmers (PME/DEM HAB)  
Marcelo Dias Ferreira  
Nelson Nemo Franchini Marisco

**Procuradoria Tributária**

Ricardo Hoffmann Muñoz (Chefe)  
Adriana Carvalho Silva Santos (PME/DMAE)  
Artur Eduardo Jarzinski Alfaro  
Caroline Lengler  
Claudia Ediger Jaques da Costa  
Cláudio Hiran Alves Duarte  
Fernando Vicenzi  
Maren Guimaraes Taborda  
Napoleão de Barros Neto  
Sylvio Roberto Corrêa de Borba

**Procuradoria Municipal Especializada do DMAE**

Thais Malmann (Coordenadora)  
Aline Candano Peixoto  
Caroline Thome Pibernat  
Eduardo da Silva Christ  
Eduardo de Souza Boese  
Fabrícia Lacerda Marder  
Fernanda Rita Klein Bernardon  
Greice Borba Lima  
Helio Fagundes Medeiros  
Jorge Luiz Ojeda  
Patrícia Dornelles Schneider  
Rafael Vicente Ramos

**Procuradoria Municipal Especializada do DEMHAB**

Carlos Pestana Neto (Cedido Estado RS)  
Fernando Damiani de Oliveira  
Luís Carlos Pellenz

**Procuradoria Municipal Setorial da SMS**

Andreza Saballa  
Juliana Sibeles Silveira Darde  
Rejane Maria Machado Pinto  
Tiago Betat Machado

**Procuradoria Municipal Especializada do PREVIMPA**

Simone da Silva Custódio (Coordenadora)  
Alexandre Salgado Marder  
Anelise Jacques da Silva  
Camila Issa Dietrich  
Deise de Moura  
Lydia Maria de Menezes Ferreira

**Procuradoria Municipal Setorial da SMA**

Adriana Schaefer de Azevedo  
Luís Fernando Carvalho Soler  
Paula Carvalho da Silva Kleinowski

**Procuradoria Municipal Setorial da SMAM**

Aline dos Santos Stoll

**Procuradoria Municipal Setorial da SMC**

Thais Astarita Soirefmann (Chefe)  
Denise de Oliveira Barreiro

**Procuradoria Municipal Setorial da SMDH e**

**Procuradoria Municipal Setorial da SMSEG**  
Carlos Rogerio Guedes Pires

**Procuradoria Municipal Setorial da SMED**

Libia Suzana Garcia da Silva

**Procuradoria Municipal Setorial da SMF**

Alexandre da F. Dionello (Câmara)  
Fernanda Chachamovich  
Maria Eugênia C. A. de Sampaio  
Zilda Nascimento Gragi

**Procuradoria Municipal Setorial da SMGES**

José Rodrigues Moreira  
Ricardo Cioccari Timm

**Procuradoria Municipal Setorial da SMGL**

Carolina Fratin Kreling Valeiro (PSP)

**Procuradoria Municipal Setorial da SMIC**

Alexandre Azambuja Guterres

**Procuradoria Municipal Setorial da SMJ / SMF**

Rodrigo Lagaggio Rosa

**Procuradoria Municipal Setorial da SMTE / SMACIS**

Caroline Germano Alvares da Silva Schwanck

**Procuradoria Municipal Setorial da SMURB**

Anelise Pires Andrade  
Juvenal de Melo Soares  
Leticia Stronge Pires

## SUMÁRIO

### ARTIGOS E ESTUDOS

O DEVER DE COLABORAÇÃO DO TERCEIRO E DO CONTRIBUINTE NO ISS, A ORDEM CONSTITUCIONAL DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA E OS REFLEXOS NA ARRECADAÇÃO MUNICIPAL..... 13

Cleide Regina Furlani Pompermaier

A PRESCRIÇÃO NAS AÇÕES DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS, DECORRENTES DE ACIDENTE DE TRABALHO..... 42

Jacqueline Brum Bohrer

COMUNIDADE DA VILA CRUZEIRO: A AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS ATRAVÉS DA MEDIAÇÃO ..... 119

Márcia Leipnitz Rauber

Tássia Rafeale Leipnitz Rauber

O PAPEL DO PROCURADOR-GERAL ADJUNTO DO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE NA GESTÃO DE PESSOAS E NO DESENVOLVIMENTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS MUNICIPAIS.135

Carlos Eduardo da Silveira

### PARECERES COLETIVOS

APOSENTADORIA POR INVALIDEZ NO CURSO DO ESTÁGIO PROBATÓRIO ..... 178

Edmilson Todeschini

AUTO DE INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA ..... 189

Maren Guimarães Taborda

## PARECERES INDIVIDUAIS

PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR..... 210

Clarissa Cortes Fernandes Bohrer

ARRECAÇÃO JUDICIAL DE BENS IMÓVEIS ABANDONADOS  
..... 226

Marcelo Dias Ferreira

RECONHECIMENTO DE IMUNIDADE A IMÓVEL DA OAB  
DESTINADO ÀS FINALIDADES ESSENCIAIS DA ENTIDADE .... 249

Eduardo Gomes Tedesco

INDENIZAÇÃO DE COMÉRCIO VINCULADO À HABITAÇÃO ..... 259

Luís Carlos Pellenz

PROGRAMA MINHA CASA MINHA VIDA – NECESSIDADE DE  
AVERBAÇÃO NA MATRÍCULA DO EMPREENDIMENTO ..... 266

Ana Luisa Soares Carvalho

Vanêscia Buzelato Prestes

CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA PARA  
COBRANÇA DA DÍVIDA ATIVA ..... 289

Cristiane da Costa Nery

## MUNICÍPIO EM JUÍZO

DIREITO TRIBUTÁRIO E ORÇAMENTO ..... 303

Cristiane da Costa Nery

Eduardo Gomes Tedesco

CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS ..... 310

Eduardo Gomes Tedesco

## **ARTIGOS E ESTUDOS**

# O DEVER DE COLABORAÇÃO DO TERCEIRO E DO CONTRIBUINTE NO ISS, A ORDEM CONSTITUCIONAL DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA E OS REFLEXOS NA ARRECADAÇÃO MUNICIPAL

Cleide Regina Furlani Pompermaier<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente trabalho tem por finalidade apresentar os contornos doutrinários da responsabilidade tributária em especial a do Imposto Sobre Serviços – ISS e, igualmente, dos deveres instrumentais dos contribuintes, destacando-se, no mais, o exagero e a falta de cautela técnica na aplicação de tais instrumentos arrecadatários na maioria dos municípios, considerando-se, principalmente, a ineficiência do fisco por ausência da necessária estrutura material das Unidades Fazendárias, exigida pela Constituição Federal no art. 37, inciso XXII, e, ainda, pela falta de aplicação de parte da receita de impostos para as atividades de administração tributária, nos termos previstos pelo art. 167, inciso IV, da Constituição Federal. A referenciada pesquisa, em face das questões operacionais fazendárias tratadas pelo Código Magno, adentra, também, na questão da conseqüente inconstitucionalidade das legislações municipais que extrapolam o verdadeiro sentido do dever de colaboração do terceiro e do contribuinte, tendo-se como base a agressão frontal ao princípio da segurança jurídica tributária.

**Palavras-chave:** Dever de colaboração. Responsável. Contribuinte. Obrigações acessórias. ISS. Administração Tributária. Constituição Federal. Segurança jurídica.

## Introdução

O Brasil é um País *sui generis*. Ao mesmo tempo em que tributa de forma voraz os seus cidadãos, o Estado não se preocupa em estruturar materialmente as administrações tributárias, conforme exigido pela Constituição Federal no art. 37, inciso XXII, mormente nos municípios, fazendo com que os contribuintes arquem, também, além dos custos com a obrigação

---

<sup>1</sup> Procuradora do Município de Blumenau, Professora Universitária, membro da Comissão de Tributação da OAB do Estado de Santa Catarina, membro do Conselho de Contribuintes do município de Blumenau, membro do

principal, com o custo das obrigações acessórias, as quais, em grande parte, são impostas sem qualquer critério e em flagrante demasia. Ademais, percebe-se, igualmente, que a responsabilidade tributária no Imposto Sobre Serviços - ISS está sendo atribuída aos sujeitos passivos eleitos pela lei, de forma precipitada e com um certo exagero, fazendo do responsável o personagem principal da relação obrigacional tributária, em detrimento do contribuinte. Por outro lado, constata-se que as administrações tributárias locais deixam de atender aos comandos da Constituição Federal no que toca à modernização de suas estruturas e, bem assim, com a falta de aplicação de parte da receita de impostos para as atividades fiscalizatórias, nos termos previstos pelo art. 167, inciso IV, da Constituição Federal, o que nos leva a meditar sobre a constitucionalidade de algumas leis locais e demais atos normativos, que, em muitas situações, extrapolam o verdadeiro sentido do dever de colaboração do terceiro e do contribuinte, tendo-se como base a agressão frontal ao princípio da segurança jurídica tributária e da própria ordem constitucional da administração tributária.

## **1 A Relação Obrigacional Tributária e o Instituto da Responsabilidade Tributária**

O conteúdo da relação tributária é obrigacional, sendo que, de um lado tem-se o Estado, que cobra dos seus cidadãos as exações criadas pela lei e, de outro, o contribuinte, que é chamado a entregar de forma compulsória dinheiro ao Estado para fazer valer as necessidades básicas de uma população. Pode-se dizer, então, que o grande objetivo da ciência tributária, que é o cérebro e o coração de uma sociedade, é a arrecadação de verbas para o erário público, a fim de

que o Estado possa praticar ações para melhor gastar o produto arrecadado.

Sobre a relação jurídica tributária, escreve Paulo de Barros Carvalho, salientando que:

É preciso reconhecer que a relação jurídica se instaura por virtude de um enunciado fático, posto pelo conseqüente de uma norma individual e concreta, uma vez que, na regra geral e abstrata, aquilo que encontramos são classes de predicados que um acontecimento deve reunir para tornar-se fato concreto, na plenitude de sua determinação empírica.<sup>2</sup>

Em nosso sistema tributário, existem dois sujeitos da obrigação tributária, segundo se depreende do art. 121, do Código Tributário Nacional: o contribuinte e o responsável. Contribuinte é a pessoa que realiza o fato gerador, enquanto que o responsável é o eleito pela lei como devedor da obrigação tributária por razões de conveniência e de necessidade da Administração Tributária. Contribuinte é o personagem principal, enquanto que o Responsável é o figurante, como acena Luciano Amaro.<sup>3</sup> Contribuinte é quem realiza o fato gerador, enquanto que responsável é o sujeito de alguma forma vinculado ao fato gerador, eleito pela lei como devedor do tributo.

O presente trabalho abordará com mais ênfase, portanto, um desses sujeitos, que é o figurante. Aquele que a lei escolhe para pagar o tributo em substituição ao sujeito que, efetivamente, realiza o fato típico de incidência, desde que haja vinculação ao fato gerador da respectiva obrigação. A temática da presente pesquisa é muito importante, posto que, na prática, o

---

<sup>2</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 145.

<sup>3</sup> AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 303.

que se está a vivenciar é um exagero no destacamento pelos fiscos municipais de responsáveis tributários, fazendo com que estes passem de meros coadjuvantes para o papel de personagens principais em substituição ao contribuinte direto.

A responsabilidade tributária é a situação decorrente de lei que impõe a um terceiro vinculado ao fato gerador a obrigação de pagar o tributo ou a penalidade pecuniária, com o intuito de garantir o crédito tributário. Luciano Amaro explica de forma didática o referenciado instituto, *verbis*:

A presença do responsável como devedor na obrigação tributária traduz uma *modificação subjetiva no pólo passivo da obrigação*, na posição que, naturalmente, seria ocupada pela figura do contribuinte. Contribuinte é alguém que, naturalmente, seria o personagem a contracenar com o Fisco, se a lei não optasse por colocar outro figurante em seu lugar (ou ao seu lado), desde o momento da ocorrência do fato ou em razão de certos eventos futuros (sucessão do contribuinte, por exemplo).<sup>4</sup>

A principal finalidade da responsabilidade tributária é, pois, a de colaboração com o fisco para a facilitação da arrecadação. Esse mecanismo auxilia, sem dúvida alguma o trabalho da administração tributária, posto que, em certos casos, é bem mais fácil cobrar do substituto que do substituído. Colaborar, entretanto, não significa ser o próprio Estado, cumprindo um papel que vai além de sua obrigação. O Estado tem o dever constitucional de fazer a sua parte e, tanto isso é verdade, que a Magna Carta o obriga a vincular receita de imposto para as atividades de administração tributária (art. 167, inciso IV, CF) e não o faz, conforme

---

<sup>4</sup> Idem.

se verá em tópico posterior.

Uma das modalidades mais utilizadas na responsabilidade tributária é a responsabilidade por substituição. Reza o art. 128, do Código Tributário Nacional que:

Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário à terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.<sup>5</sup>

O dispositivo destaca situações de responsabilidade por substituição, uma modalidade da responsabilidade em que se sabe, desde já, quem será o sujeito passivo da relação obrigacional, porque nestes casos, a obrigação para com o Estado já nasce com a capacidade passiva definida. Importante dizer que, nestas situações em particular, a responsabilidade deve ser atribuída ao sujeito passivo da obrigação tributária de modo que, além de observar a vinculação com o fato gerador, deve-se atentar para que não haja ônus para o substituto. Ou seja, o valor não obstante ser quitado diretamente pelo responsável deve ser descontado do valor devido ao contribuinte direto.

Kiyoschi Harada faz importantes considerações sobre o tema:

Razões de ordem prática na arrecadação tributária fizeram com que o Direito Tributário introduzisse expedientes vários em prol da comodidade administrativa, entre eles: a transferência da responsabilidade pelo crédito tributário do sujeito

---

<sup>5</sup> CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5172compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm)>. Acesso em: 10/4/14.

passivo natural para um terceiro, e a substituição tributária por meio de expressa previsão legal. Na transferência, a obrigação tributária depois de surgida contra o sujeito passivo natural (inciso I, do parágrafo único, do art. 121, do CTN), em razão de determinado fato superveniente, aquela obrigação tributária é transferida a outra pessoa. Na substituição tributária, por expressa determinação legal, a obrigação tributária surge, desde o início contra uma pessoa diferente daquela que esteja na relação econômica com o ato, fato ou negócio tributário. Em outras palavras, a obrigação tributária instaura-se, desde logo, contra a pessoa que não mantém relação econômica com a situação fática ou jurídica eleita como veículo de incidência tributária, embora tenha uma relação indireta por meio de substituição tributária juridicamente não existe. O dispositivo sob comento cuida da transferência de responsabilidade por substituição tributária, mas deixa ao critério do legislador ordinário competente atribuir ao substituído (sujeito passivo natural) a responsabilidade em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da obrigação tributária transferida. Só que a lei não poderá atribuir essa responsabilidade de forma arbitrária, ou seja, a qualquer pessoa que nada tenha a ver como o fato gerador da obrigação tributária. Por isso, o art. 121, II, do CTN, deve ser interpretado articuladamente com o disposto em seu art. 128, retro transcrito. Para operar a transferência ou a substituição de responsabilidade tributária, isto é, transformar em devedor do tributo quem antes não era devedor, é preciso a concorrência dos seguintes requisitos: em primeiro lugar, há necessidade de expressa previsão legal; em segundo, essa atribuição de responsabilidade tributária só pode ocorrer em relação à terceira pessoa, de qualquer modo, vinculada ao fato gerador da obrigação tributária; finalmente, essa atribuição de responsabilidade ao sujeito passivo não natural só é possível em relação à obrigação principal, ou seja, aquela referida no art. 121 do CTN.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> HARADA, Kyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 15. Ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2006, p. 523-524.

Importante frisar, ainda, que a Emenda Constitucional n. 3 de 1993 acrescentou o § 7º, ao art. 150, da atual Constituição Federal, o qual trata exclusivamente da substituição tributária para frente (método que consiste na obrigação de alguém pagar não apenas o imposto decorrente da realização da operação por este alguém praticada, mas, também, a decorrente dos fatos geradores futuros e presumidos), não sendo esta, ressalte-se, a situação da responsabilidade no ISS, em que o pagamento pelo responsável, ocorre após a ocorrência do fato gerador.

Reza a Constituição Federal que:

§ 7º - A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, **cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurado a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.** Incluído pela Emenda Constitucional n. 3, de 1993 (Grifos nossos).<sup>7</sup>

No que toca à responsabilidade tributária, portanto e ao menos em tese, desde que haja previsão legal e uma terceira pessoa, de qualquer modo vinculada ao fato gerador da obrigação tributária, o entendimento é de que se faz possível a instituição do instituto da responsabilidade por substituição em relação ao pagamento do tributo.

## **2 A Responsabilidade por Substituição no ISS e as Obrigações Acessórias**

---

<sup>7</sup> CF/88. Disponível em: [http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988\\_05.07.2005/art\\_150\\_.shtm](http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_05.07.2005/art_150_.shtm). Acesso em: 09/4/14.

Especificamente no caso do ISS, a responsabilidade do art. 6º, da LC n. 116/03 - por substituição - apresenta, num primeiro momento, contornos de mera obrigação acessória. Num segundo momento é que assume a verdadeira feição de responsabilidade, ou seja, somente se houver o descumprimento da obrigação acessória de reter o tributo municipal do prestador do serviço, é que o tomador responderá pelo pagamento do tributo. A intenção do legislador não foi puni-lo, mas sim fazer com que haja garantia do crédito tributário. Achille Donato Giannini<sup>8</sup>, ainda em meados do ano de 1951, já escrevia que a responsabilidade só se configura na medida em que o descumprimento das obrigações do responsável implique prejuízo ao crédito do ente público.

O caput do art. 6º, da LC n. 116 repete a dicção do dispositivo do art. 128, do Código Tributário Nacional, enfatizando que:

Art. 6º Os Municípios e o Distrito Federal, mediante lei, poderão atribuir de modo expresse a responsabilidade pelo crédito tributário à terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação, inclusive no que se refere à multa e aos acréscimos legais.

§ 1º Os responsáveis a que se refere este artigo estão obrigados ao recolhimento integral do imposto devido, multa e acréscimos legais, independentemente de ter sido efetuada sua retenção na fonte.

§ 2º Sem prejuízo do disposto no caput no § 1º deste artigo, são responsáveis: (Vide Lei Complementar n. 123, de 2006).

I – o tomador ou intermediário de serviço proveniente do exterior do País ou cuja prestação se tenha iniciado

---

<sup>8</sup> GIANNINI, Achille Donato. *Istituzioni di Diritto Tributário*. 5. Ed. Milano: Giuffrè, 1951.

no exterior do País;

II – a pessoa jurídica, ainda que imune ou isenta, tomadora ou intermediária dos serviços descritos nos subitens 3.05, 7.02, 7.04, 7.05, 7.09, 7.10, 7.12, 7.14, 7.15, 7.16, 7.17, 7.19, 11.02, 17.05 e 17.10 da lista anexa.<sup>9</sup>

A Lei Complementar n. 116/03 designou como contribuinte do tributo, o prestador do serviço. Por outro lado como já se transcreveu acima, o caput do art. 6º possibilita aos Municípios instituírem, mediante lei, hipóteses de responsabilidade tributária, além de atribuir, no § 2º, inciso II, a responsabilidade pelo pagamento do ISS, à pessoa jurídica tomadora do serviço, no caso de prestação de serviços previstos nos subitens 3.05, 7.02, 7.04, 7.05, 7.09, 7.10, 7.12, 7.14, 7.15, 7.16, 7.17, 7.19, 11.02, 17.05 e 17.10.

Nesta linha de pensamento, e em consonância com a Lei Complementar acima referenciada, vale dizer que os municípios, a princípio, teriam liberdade para indicar responsáveis tributários, desde que os serviços estejam indicados na lista e, principalmente, desde que a terceira pessoa esteja vinculada ao fato gerador.

Em relação às obrigações acessórias, podemos dizer que, em nenhum momento, atingem as obrigações principais, sendo este um dever exclusivo de colaboração do terceiro e do contribuinte para com o fisco, a fim de que este consiga, com mais facilidade, fazer com que o cidadão entregue dinheiro ao Estado na medida de sua obrigação tributária, advinda com a ocorrência do fato gerador.

Camargo Fabretti desenha a obrigação acessória nos seguintes termos:

---

<sup>9</sup> BRASIL. *Lei Complementar n. 116, de 31 de julho de 2003*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp116.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp116.htm)>. Acesso em: 11/4/14.

A acessória refere-se a deveres administrativos. Por exemplo, inscrever-se no CNPJ, emitir documentos fiscais, escriturar livros fiscais e contábeis, preencher guias de recolhimento, etc. A obrigação acessória, portanto, não importa em pagamento do tributo. É apenas um meio de a autoridade administrativa controlara forma pela qual foi determinado o montante do tributo.<sup>10</sup>

Walter Gaspar também é enfático ao definir a obrigação acessória, *verbis*:

A obrigação tributária acessória é o vínculo que une o sujeito ativo (Estado) ao sujeito passivo (contribuinte ou responsável), e em virtude do qual aquele pode exigir deste a prática de certos atos ou a omissão de praticar atos de acordo com a lei tributária. Quando o Estado, através de lei, cria obrigações tributárias acessórias, o que visa é o interesse da arrecadação ou da fiscalização de tributos. O objetivo é garantir o cumprimento da obrigação principal.<sup>11</sup>

Sacha Calmon Navarro Coêlho enfatiza que as obrigações acessórias decorrem de prescrição legislativa, dizendo que “[...] Vimos que as chamadas obrigações acessórias não possuem fato gerador; decorrem de prescrições legislativas imperativas: emita notas fiscais, declare renda e bens [...]”<sup>12</sup>

A exemplo do que ocorre com a responsabilidade tributária, as obrigações tributárias acessórias visam a atender aos interesses do fisco no tocante à fiscalização e arrecadação dos tributos e correspondem a qualquer

---

<sup>10</sup> FEBRETTI, Camargo. *Código Tributário Nacional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 149.

<sup>11</sup> GASPAR, Walter. *ISS Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1994, p. 137.

<sup>12</sup> COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 583.

exigência feita pela legislação tributária que não seja o pagamento do tributo.

É importante frisar que tanto a responsabilidade quanto às obrigações acessórias devem ser utilizadas com cautela pelas administrações tributárias e instituídas, não somente, com o desejo de arrecadar a qualquer custo, mas, também, com o cuidado de assegurar o cumprimento do princípio da segurança jurídica, que no dizer de Sayonara de Medeiros Cavalcante deve ser compreendido “[...] como um pressuposto essencial para garantir a confiança do contribuinte com a sua relação com o fisco”.<sup>13</sup>

### **3 A Ordem Constitucional da Administração Tributária e a Problemática da Ineficiência Estrutural do Fisco**

Após a explanação acerca dos conceitos primários em relação ao instituto da responsabilidade tributária e sobre as obrigações acessórias, surgem as primeiras indagações: se o contribuinte é o personagem principal e o responsável é o personagem coadjuvante, conforme se pode observar das lições doutrinárias e dos preceitos decorrentes do sistema tributário, pode o legislador municipal editar lei, atribuindo responsabilidade tributária de forma tão ampla e elástica a ponto de transformar o terceiro em personagem principal? Pode o município editar ato normativo, instituindo obrigações acessórias de forma ilimitada simplesmente com o escopo de facilitar a arrecadação tributária?

A resposta há que ser negativa, posto que, em

---

<sup>13</sup> CAVALCANTE, Sayonara de Medeiros. Disponível em: <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1087/1288>. Acesso em: 09/4/14.

nosso entendimento, essas leis municipais e demais atos normativos, se extrapolarem o verdadeiro conceito desses institutos, ferem o princípio da segurança jurídica e a própria ordem constitucional da administração tributária, prevista no art. 37, inciso XVIII, inciso XXII e art. 167, inciso IV, todos da Magna Carta, conforme se verá a seguir.

A ordem tributária pode ser definida, em conjunto com os princípios republicano, federativo e democrático, como um arcabouço normativo tendente a disciplinar a ação tributária como um todo, exercida pelo Poder Público, com o intuito de arrecadar recursos para o Estado e resguardar o erário de ataques criminosos, tendentes a dilapidar os tesouros comuns. Ou seja, o principal objetivo da regulação do sistema tributário é arrecadar recursos e resguardar o cofre público dos ataques tendentes a dilapidar o patrimônio público.

As administrações tributárias, por sua vez, podem ser retratadas por um conjunto de ações que têm por objetivo precípuo de fazer com que o contribuinte cumpra os preceitos da legislação tributária e as consequentes obrigações principal e acessória, com o primordial objetivo de incrementar o erário público e não permitir que esse mesmo erário seja dilapidado.

Essas ações e atividades praticadas no âmbito fazendário devem ser realizadas num ambiente tecnicamente preparado, não sendo esta, ressalte-se, uma liberalidade das Administrações Públicas, mas sim uma obrigação. A competência privativa para executar as ações realizadas pela administração tributária, no que se refere à constituição do crédito tributário, é das autoridades lançadoras as quais, ressalte-se, são as únicas que têm poder de realizar o lançamento.

A administração tributária, para ser efetiva e eficaz, exige elevado grau de autonomia financeira e

funcional. Existem quatro problemas básicos que desencadeiam as maiores dificuldades, mormente no âmbito municipal: a falta de condições materiais e de estrutura para dar guarida à ação fiscalizatória; a falta de vontade política na busca pela receita própria; a vontade de não tributar os seus eleitores; e, finalmente, a proximidade do administrado com o administrador.

O procedimento fiscalizatório ou a ação fiscal, como também é conhecido é o conjunto das atividades de supervisão e controle do efetivo e integral cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, incluindo desde a identificação dos desvios no cumprimento das mesmas, até a aplicação de sanções de ofício pelo descumprimento tributário, e, ainda, a formulação da reapresentação fiscal para fins penais.

Citam-se, na oportunidade, algumas das prerrogativas da autoridade lançadora: pode e deve proceder à constituição do crédito tributário, o qual será formalizado pelo lançamento; pode e deve iniciar o procedimento fiscalizatório quando observar indício de qualquer infração tributária ou descumprimento de obrigação acessória; possui livre acesso a documentos e informações que interessam ao fisco; pode formular questionários para aprimorar o serviço de auditoria; pode requisitar e obter o auxílio da força pública policial sem autorização judicial quando impedido de adentrar no recinto do domicílio do contribuinte; possui fé pública no desempenho de suas atribuições funcionais; tem o direito de receber e portar carteira funcional, expedida por autoridade competente, revestida de fé pública e equivalente a documento de identidade para quaisquer fins legais em todo o território nacional. Mencionam-se, igualmente, alguns deveres inerentes à ação fiscal: tem a autoridade lançadora o dever de zelar pela correta

execução de suas funções e pela aplicação da legislação tributária; observar e respeitar o sigilo fiscal em todos os atos que praticar e nos procedimentos em que atuar; respeito no trato com o contribuinte; dever de comunicar os atos praticados, etc.

A administração tributária, por isso mesmo, embora podendo muito, não pode tudo, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA – [...] - Não são absolutos os poderes de que se acham investidos os órgãos e agentes da administração tributária, pois o Estado, em tema de tributação, inclusive em matéria de fiscalização tributária, está sujeito à observância de um complexo de direitos e prerrogativas que assistem, constitucionalmente, aos contribuintes e aos cidadãos em geral. Na realidade, os poderes do Estado encontram, nos direitos e garantias individuais, limites intransponíveis, cujo desrespeito pode caracterizar ilícito constitucional. A administração tributária, por isso mesmo, embora podendo muito, não pode tudo. É que, ao Estado, é somente lícito atuar, "respeitados os direitos individuais e nos termos da lei" (CF, art. 145, § 1º), consideradas, sobretudo, e para esse específico efeito, as limitações jurídicas decorrentes do próprio sistema instituído pela Lei Fundamental, cuja eficácia - que prepondera sobre todos os órgãos e agentes fazendários - restringem-lhes o alcance do poder de que se acham investidos, especialmente quando exercido em face do contribuinte e dos cidadãos da República, que são titulares de garantias impregnadas de estatura constitucional e que, por tal razão, não podem ser transgredidas por aqueles que exercem a autoridade em nome do Estado [...].<sup>14</sup> (Grifos nossos)

É muito importante salientar que a Constituição Federal, como lei maior, trata a questão tributária em

---

<sup>14</sup> STF – HC n. 93050. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2893050%2E%2E+OU+93050%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bmygy55>>. Acesso em: 11 abr. 2014.

detalhes e, dentre eles, faz forte referência aos princípios constitucionais tributários e ao poder de tributar, lembrando que tais princípios foram estabelecidos para a proteção do contribuinte e não para o Estado.

No que toca às administrações tributárias, faz-se mister recordar que, ainda antes do advento da Emenda Constitucional n. 42/03, a Carta Magna determinava em seu art. 37, inciso XVIII, que a Administração Fazendária tem preferência sobre os demais setores administrativos.

Com o advento da EC n. 42/03, os Entes Federados brasileiros passaram a ter autonomia em relação a investimentos na modernização das estruturas fazendárias; em assim sendo, a melhora na qualidade do sistema tributário local não é uma questão de vontade do gestor público, mas sim, de uma obrigação que lhe compete, considerando o verdadeiro sentido da destinação da receita tributária, que é o atendimento às necessidades públicas.

Tanto isso é verdade que o art. 167, IV, da Constituição Federal, muito embora proíba expressamente a vinculação da receita de impostos a órgão público, fundo ou despesa, excetua, dentre outras hipóteses, especial destinação da receita de impostos às Administrações Tributárias, de forma a torná-las mais eficientes.

Art. 167. São vedados:

[...]

V - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvada a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e **para realização de atividades da administração tributária**, como

determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 42, de 19/12/03).<sup>15</sup> (Grifos nossos)

Tem-se, portanto, que não é facultado ao gestor público vincular receita de imposto para atividades específicas, com exceção da saúde, educação e atividades de administração tributária. Essa determinação de vincular receita de imposto para as atividades de administração tributária, em nosso entendimento, não é uma faculdade e sim uma obrigação constitucional, e, tanto isso é verdade, que em relação à saúde e a educação, os percentuais já foram estabelecidos pela própria Constituição Federal.

A previsão constitucional de vinculação de receita de impostos para as atividades de administração tributária (art. 167, inciso VI, da CF) é obrigatória porque não haveria sentido excetuar uma possibilidade de vinculação de receita advinda da arrecadação de impostos somente para abrilhantar o texto constitucional, ou ainda, se não fosse para cumpri-lo no modo como ocorre exatamente com o par saúde e educação. Em resumo, se fosse facultativa, não haveria necessidade de tal regra estar inserida na Constituição Federal. Se lá está é porque a Carta Magna está determinando que tal regra seja devidamente cumprida.

O art. 212, da Constituição Federal, ressalte-se, originário da Constituição Federal, dispõe no seguinte sentido:

---

<sup>15</sup> CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988\\_05.07.2005/art\\_150.shtm](http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_05.07.2005/art_150.shtm)>. Acesso em: 10/4/14.

A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.<sup>16</sup>

O art. 198 da Magna Carta, por sua vez, através de Emenda Constitucional do ano de 2000, também prevê que:

As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: “[...] § 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre.”(Incluído pela EC 29/00).<sup>17</sup>

Ou seja, a Constituição Federal, além de excetuar a proibição de vinculação de receita de imposto para as atividades de educação e de saúde, acabou dispondo acerca de percentuais a serem obrigatoriamente aplicados para essa finalidade. Neste diapasão, forçoso é concluir que não se trata de uma faculdade a vinculação de receita do produto advindo de impostos, mas de uma obrigatoriedade, que deve ser, obrigatoriamente, estendida para as atividades de administração tributária.

No caso da educação e da saúde, os percentuais foram tratados pela Constituição Federal porque no primeiro caso, o sistema de ensino será realizado em

---

<sup>16</sup> Art. 212 da CF/88. Disponível em: [http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/con1988\\_13.07.2010/art\\_212\\_shtm](http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/con1988_13.07.2010/art_212_shtm). Acesso em: 11/4/14.

<sup>17</sup> Art. 198 da CF/88. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 11/4/14.

regime de colaboração e, no que toca à saúde, sendo que o financiamento do SUS se dará, igualmente com a colaboração dos três Entes, conforme se infere do art. 211 e art. 198, § 1º, respectivamente, ambos da Magna Carta.

No que se refere às administrações tributárias, não existe tal integração ente os Entes Tributantes, fazendo-se necessário, então que, cada um faça inserir um percentual mínimo nos seus orçamentos, a fim de estruturar as atividades fiscalizatórias tributárias, nos termos do art. 37, XXII, da Constituição Federal, o qual dispõe no seguinte sentido:

Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela EC 19/98)

[...]

XXII - as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, *exercidas por* servidores de carreiras específicas, **terão recursos prioritários para a realização de suas atividades** e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio. (Incluído pela EC 42/03).<sup>18</sup> (Grifos nossos).

Esta determinação constitucional não é simpática aos governantes, porque tais vinculações, numa visão macro, obviamente, engessam a Administração Pública e as suas ações, consistentes em manter a qualidade de vida de uma população como um todo, mas não

---

<sup>18</sup> CF/88. Disponível em: [http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988\\_09.12.1999/art\\_37\\_.shtm](http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_09.12.1999/art_37_.shtm). Acesso em: 13/4/14.

obstante a gostar ou não gostar, deve ter ciência de que se trata de uma determinação constitucional que está inserida no sistema para ser cumprida.

O não cumprimento do referenciado comando constitucional nos leva ao que temos hoje: contadores prestando serviços para o fisco. Contadores, fazendo o papel que deve ser realizado pelo fisco. Contadores trabalhando para cobrir a ineficiência estrutural das administrações tributárias. Ou seja, contribuintes pagando por uma conta que não deveria ser dele, posto que a Constituição Federal obriga os Entes Tributantes a aparelharem materialmente os setores especializados na constituição do crédito tributário.

Ora, se o Código Magno determina que deva haver vinculação de receita de imposto para as atividades de administração tributária, o Ente Tributante não tem escolha a não ser cumprir a determinação constitucional. Do contrário, em nosso entendimento, não poderá editar leis utilizando-se, por exemplo, de forma tão ampla acerca do instituto da responsabilidade tributária por substituição, posto que tal técnica arrecadatória, se não utilizada com a cautela necessária, fere o princípio da segurança jurídica e do próprio sistema tributário, no momento em que, ao invés de privilegiar o personagem principal (contribuinte), o Ente Tributante, através da lei, dá ares de celebridade ao personagem coadjuvante (responsável tributário). Na mesma linha de pensamento, não pode, igualmente, instituir obrigações acessórias a seu bel prazer, transferindo responsabilidades da administração tributária ao terceiro e contribuinte colaborador, conforme sói acontecer comumente em muitos municípios brasileiros.

Não se pode, ademais, deixar de lembrar, igualmente, que a minirreforma tributária advinda com a

Emenda n. 42/03, conforme se pode verificar do art. 37, XXII, da Constituição Federal (já acima transcrito), inseriu as autoridades lançadoras de tributos das três esferas de governo (Federal, Estadual e Municipal) como Carreira típica de Estado e essencial ao seu funcionamento, o que significa dizer que estes profissionais, como integrantes de Carreira de Estado, deverão ter condições de cumprir o seu papel de constituidores do crédito tributário, nos termos do art. 142 do Código Tributário Nacional, em sua forma plena e com condições materiais para o exercício da tarefa.

Neste caso, não há mais espaço para administrações tributárias ineficientes e sem estrutura material. Os municípios, em especial, pecam nesse quesito em particular. Sempre com o pretexto de que não há recursos financeiros, estes entes ditos Entes Federados (muitos deles querem sê-lo nos direitos, mas não o são nos deveres) esquecem-se de sua missão constitucional, que é a de arrecadar para cumprir suas metas na satisfação das necessidades básicas de uma população.

Muitos municípios, principalmente os de pequeno porte, sequer possuem em seu quadro funcional, a figura da autoridade lançadora e, quando a tem, estes profissionais, na sua grande maioria, por falta de preparo técnico e ausência de exigência de nível de escolaridade compatível com a função, acabam por desempenhar o seu papel de forma não conciliável com o rígido sistema constitucional brasileiro, em prejuízo da arrecadação, da própria população, dando margem a ações políticas de transparência em relação à busca de recursos para guarnecer o erário público. Os vencimentos desses profissionais, por outro lado, também não espelham a responsabilidade que o cargo exige, o que os faz dependentes dos governantes

municipais, que, infelizmente, os têm, não como autoridades, mas como verdadeiros subalternos, o que facilita a interferência política na constituição do crédito tributário.

Em sentido estrito, esse comportamento e essa ineficiência do fisco, percebida, principalmente em muitos dos municípios brasileiros, em total dissonância ao que prevê a ordem constitucional, prejudica de forma direta o contribuinte, o qual é sempre atingido de forma contundente, como ocorre, por exemplo, com a questão do aspecto espacial do ISS, em que encontramos dois municípios diversos, querendo cobrar duas vezes, do mesmo contribuinte, o referenciado imposto municipal, decorrente do mesmo fato gerador, conforme se verá em tópico posterior.

Diante de tudo o que foi esposado até aqui, formulamos mais uma vez a indagação acima já redigida: pode a administração tributária não fazer o seu papel ordenado pela Constituição Federal e transformar o dever de colaboração do contribuinte e do terceiro em regra geral, ao invés de se estruturar para fazer do contribuinte direto o personagem principal da relação obrigacional tributária?

Em nosso entendimento, os Entes Tributantes, em especial os Municípios, têm o dever de se equipar materialmente, a fim de que as autoridades lançadoras possam realizar o lançamento de forma segura e com cautela, não podendo atribuir ao responsável tributário de forma ampla, irrestrita, arbitrária e precipitada à obrigação pelo recolhimento do tributo, porque esta não foi a vontade do Constituinte, mormente após o advento da Emenda Constitucional n. 42/03.

Para nós, repita-se, a lei municipal que não trata a responsabilidade tributária com cautela e bom senso é inconstitucional, porque agride de forma direta o

princípio da segurança jurídica e a ordem constitucional da administração tributária, eis que passa a dar mais ênfase a situação do contribuinte indireto do que ao contribuinte direto, que é o sujeito passivo natural da obrigação tributária, o mesmo ocorrendo com a instituição das obrigações acessórias, as quais comumente são fixadas sem os critérios rígidos que o sistema tributário exige.

#### **4 A Extrapolação do Dever de Colaboração do Terceiro e do Contribuinte, Mormente nos Municípios onde se Constata a Falta de Estrutura Material e Técnica para a Realização das Atividades de Administração Tributária**

Muitos municípios brasileiros atribuem responsabilidade tributária pelo pagamento do Imposto Sobre Serviços (ISS), com a consequente retenção na fonte de seu valor, a tomadores de serviços não constantes das situações obrigatórias e referenciadas nos subitens 3.05, 7.02, 7.04, 7.05, 7.09, 7.10, 7.12, 7.14, 7.15, 7.16, 7.17, 7.19, 11.02, 17.05 e 17.10 da Lista Anexa à Lei Complementar Federal n. 116/03, movidos, unicamente, pelos entendimentos jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça hoje, ressalte-se, já ultrapassados<sup>19</sup>, de que a ocorrência do fato gerador do ISS, nos casos não excetuados pela Lei Complementar n. 116/03, ocorre não onde estaria localizado o estabelecimento prestador, nos termos dos arts. 3º e 4º, do Estatuto acima referenciado, mas no local onde os serviços são realizados.

---

<sup>19</sup> JUSBRASIL. STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL: AgRg no REsp 1350902/SE2012/0222470-0. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24994157/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1350902-se-2012-0222470-0-stj?ref=home>>. Acesso em: 15/4/14.

Veja-se o entendimento atual da Corte Infraconstitucional:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. NATUREZA INFRINGENTE. DECLARATÓRIOS RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. ISSQN. **MUNICÍPIO COMPETENTE. CONTROVÉRSIA DECIDIDA PELA PRIMEIRA SEÇÃO NO RESP 1.060.210/SC, SUBMETIDO AO RÉGIME DO ART. 543-C DO CPC.** 1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental dado o caráter manifestamente infringente da oposição, em observância ao princípio da fungibilidade recursal. 2. A Primeira Seção, no julgamento do REsp 1.060.210/SC, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n. 08/2008, firmou a orientação no sentido de que: "(b) o sujeito ativo da relação tributária, na vigência do DL 406/68, é o Município da sede do estabelecimento prestador (art. 12); (c) a partir da LC 116/03, é aquele onde o serviço é efetivamente prestado, onde a relação é perfectibilizada, assim entendido o local onde se comprove haver unidade econômica ou profissional da instituição financeira com poderes decisórios suficientes à concessão e aprovação do financiamento - núcleo da operação de leasing financeiro e fato gerador do tributo". 3. **Ao contrário do que alega a parte embargante, as premissas estabelecidas nesse precedente aplicam-se a todos os casos que envolvam conflito de competência sobre a incidência do ISS em razão de o estabelecimento prestador se localizar em municipalidade diversa daquela em que realizado o serviço objeto de tributação.** 4. No caso dos autos, o pleito de repetição de indébito refere-se ao período de janeiro/1997 a setembro/2003, ou seja, refere-se a fatos geradores do **ISS** ocorridos na vigência do Decreto-Lei n. 406/68 e da Lei Complementar n. 116, de 31 de julho de 2003. 5. Restou incontroverso que a agravante possui estabelecimento prestador no Município de Criciúma e que os serviços de software ora em apuração foram prestados em outras municipalidades. 6. Dessa forma, aplicando-se a

recente orientação jurisprudência deste Tribunal Superior firmada nos autos do REsp 1.060.210/SC, tem-se que subsiste relação jurídico-tributária apta a legitimar a instituição e cobrança do **ISS** pelo Município de Criciúma somente em relação aos fatos geradores ocorridos sob a vigência do Decreto-Lei n. 406/68, uma vez que, para esse período, o município competente corresponde àquele onde situado o estabelecimento prestador.<sup>7</sup> Embargos de declaração recebidos como agravo regimental a que se dá provimento em parte.<sup>20</sup> (Grifos nossos).

Nestes casos, não obstante ao contido no caput, do art. 6º da LC n. 116/03, entendemos que não se faz possível a imposição da responsabilidade por substituição, aos tomadores sediados no local onde os serviços foram prestados, posto que tais medidas administrativas são realizadas sem a devida cautela e sem um estudo aprofundado da situação que motivou a referenciada imposição da técnica arrecadatória consubstanciada na responsabilidade por substituição. É cediço que muitos municípios, tão-somente pelo apetite de arrecadar e, aproveitando-se de um mecanismo autorizado por leis um tanto permissivas e, em nosso entender, inconstitucionais, vêm atuando de forma exagerada na instituição deste mecanismo facilitador da arrecadação, atribuindo casos de responsabilidade ao seu bel prazer, por mero comodismo da administração tributária ou por sua ineficiência material.

Em matéria de obrigação acessória não é diferente; ou seja, muitos municípios estão a se utilizar desse mecanismo de arrecadação de uma forma um tanto precipitada. Não se está aqui a dizer que não é admissível tal instituto, até porque, como vimos, o

---

<sup>20</sup> STJ. EDcl no REsp 1380710. Disponível: [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&processo=1380710&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1380710&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO). Acesso em: 15/4/14.

mesmo é perfeitamente aceito pela lei e pela doutrina, chegando o mesmo, em algumas situações, ser não somente recomendável, mas necessário. O que não se pode mais admitir é a sua instituição sem a reflexão que a medida merece. A falta de técnica e de estrutura tributária de alguns desses Entes Federados, faz com que criem regras facilitadoras para o fisco, em detrimento do contribuinte, o qual, às vezes, acaba pagando mais pelo custo da obrigação acessória, que pela própria obrigação principal, o que gera um encarecimento do serviço a ser prestado ao consumidor final.

Essa situação se agrava ainda mais, na medida em que o Superior Tribunal de Justiça admite que é desnecessária a autorização legislativa, podendo o dever instrumental ser instituído por decreto, in litteris:

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. TRIBUTÁRIO. ICMS. ISENÇÃO. OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. DECRETO ESTADUAL N. 11.803/05. LEGALIDADE. 1. Este Superior Tribunal de Justiça, em hipóteses semelhantes, já teve a oportunidade de afirmar que a série de obrigações acessórias instituídas pelo Decreto n. 11.803/05, impugnado neste mandado de segurança, tiveram o escopo de tornar eficaz o procedimento de fiscalização das exportações, não impedindo ou afastando a aplicação da isenção do ICMS. 2. Recurso ordinário desprovido.<sup>21</sup>

Sem adentrarmos no juízo de valor, se as obrigações acessórias devem ou não ser fixadas através de lei formal, não se pode olvidar que a tributação é

---

<sup>21</sup> JUSBRASIL. STJ - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA: RMS 30161 MS 2009/0153024-3. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8633844/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-30161-ms-2009-0153024-3-stj>>. Acesso em: 16/4/14.

necessária para a garantia da qualidade de vida da população, mas esta deve ser feita de forma constitucional e legal, sob pena de agressão à Carta Magna. Em nosso entender, as administrações tributárias repita-se, em determinadas situações, atribuem deveres instrumentais aos contribuintes, sem uma cautela técnica necessária e de forma arbitrária, deveres este, que, originariamente, deveriam pertencer ao fisco.

Em resumo, o que se percebe com frequência em nosso atual sistema tributário, mormente o municipal, é que tanto o responsável como o contribuinte, na qualidade de simples colaboradores do fisco, estão a participar das relações jurídicas administrativas tributárias não como personagens coadjuvantes ou figurantes, mas sim como verdadeiros personagens principais, em total desacordo com os ditames da ordem constitucional tributária.

### **Conclusão**

Existe a necessidade urgente dos municípios adequarem-se aos termos da Constituição Federal, no que toca à estrutura material das administrações tributárias, sob pena de perderem considerável receita tributária, em face de ilegalidades e inconstitucionalidades facilmente apontadas nesta área de atuação, motivadas pela falta de vontade política dos governantes municipais em aprimorar materialmente os fiscos locais. Essa falta vai desde a interferência política na constituição do crédito tributário, até o despreparo técnico de muitas das autoridades lançadoras, as quais sequer, às vezes, prestam concurso para assumir tal cargo, em detrimento visível à coisa pública.

Esse descaso político para com as

administrações tributárias municipais e o conseqüente despreparo técnico observado em muitos desses ambientes, faz com que o instituto da responsabilidade tributária seja instituído de forma precipitada por uma grande parte dos municípios brasileiros, e, tanto isso é verdade, que muitos deles se baseiam unicamente em entendimentos jurisprudenciais ultrapassados do STJ para editar regras legislativas criadoras de obrigações para com terceiros responsáveis.

Em matéria de obrigação acessória não é diferente; ou seja, os municípios estão a se utilizar desse mecanismo de arrecadação de uma forma um tanto precipitada, não se podendo mais admitir a sua instituição sem a reflexão que a medida merece. O contribuinte, às vezes, acaba pagando mais pelo custo da obrigação acessória, do que pela própria obrigação principal, o que gera um encarecimento do serviço a ser prestado ao consumidor final.

Se medidas não forem urgentemente providenciadas, no sentido de criar ou modernizar um aparato tributário mínimo nos municípios, conforme determinado pela Magna Carta (art. 37, inciso XVIII, inciso XXII e art. 167, inciso IV), os autos de lançamento e demais medidas administrativas consubstanciadas na criação de regras de responsabilidade tributária e instituição de obrigações acessórias, por exemplo, facilmente poderão ser contestadas e derrubadas pelo Poder Judiciário, o que não é objetivo maior do sistema tributário, que necessita da contribuição do cidadão para fazer frente às despesas públicas do Estado. E mais, o não atendimento aos dizeres constitucionais em relação à estrutura material das administrações tributárias pode caracterizar renúncia de receita, podendo o gestor público responder por ato de improbidade administrativa, nos termos do art. 10, inciso X, da Lei n. 8429/92.

A ordem constitucional da administração tributária, enfim, deve se sobrepor à ineficiência estrutural do fisco, sob pena de flagrante ferimento ao princípio da segurança jurídica tributária e a Ordem Tributária como um todo.

## Referências Bibliográficas

- AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- CAVALCANTE, Sayonara de Medeiro. Disponível em: <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1087/1288>>. Acesso em: 09/4/14.
- CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5172compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm)>. Acesso em: 10/4/14.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Disponível em: [http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988\\_09.12.1999/art\\_37\\_shtm](http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_09.12.1999/art_37_shtm)>. Acesso em: 13/4/14.
- FEBRETTI, Camargo. *Código Tributário Nacional*. São Paulo: Atlas, 2008.
- GASPAR, Walter. *ISS Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1994.
- GIANNINI, Achille Donato. *Istituzioni di Diritto Tributario*. 5. Ed. Milano: Giuffrè, 1951.
- HARADA, Kyioshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 15. Ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2006.
- JUSBRASIL. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/busca?q=RESPONSABILIDADE+PELO+CR%C3%89DITO+TRIBUT%C3%81RIO>>. Acesso em: 14/4/14.
- JUSBRASIL. STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL: AgRg no REsp 1350902SE2012/0222470-0. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24994157/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1350902-se-2012-0222470-0-stj?ref=home>>. Acesso em: 15/4/14.
- PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Lei Complementar n. 116, de 31 de julho de 2003. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp116.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp116.htm)>. Acesso em: 11/4/14.
- STF - Habeas Corpus n. 93050. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2893050%2EENUME%2E+OU+93050%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bmyqy55>>. Acesso em: 11/4/14.
- STJ. EDcl no REsp 1380710. Disponível:

<[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&processo=1380710&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1380710&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 15/4/14.

## A PRESCRIÇÃO NAS AÇÕES DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS, DECORRENTES DE ACIDENTE DE TRABALHO

Jacqueline Brum Bohrer<sup>22</sup>

A Constituição Federal/88, em nome da melhoria da qualidade de vida coletiva e visando contribuir para a redução dos índices de acidentes laborais ocorridos no Brasil, adotou um sistema de proteção ao trabalhador, em que estão assegurados: a *higiene*, em que se insere o controle dos agentes do ambiente de trabalho, a *saúde* e a *segurança*, que focalizam a integridade física e mental do trabalhador. Vale destacar algumas dessas regras protetivas:

Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria de sua condição social:

[...]

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;

Sidnei Machado<sup>23</sup>, em análise ao inciso XXII do art. 7º da Constituição Federal, conceitua a redução dos riscos como: "[...] o direito do trabalho, garantido em norma de direito fundamental, vinculativa do legislador e do Judiciário, a prestar serviços em ambiente de

---

<sup>22</sup> Procuradora do Município de Porto Alegre. Pós-Graduação em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera - UNIDERP/MS, em 2009.

<sup>23</sup> MACHADO, Sidnei. *O Direito à Proteção ao Meio Ambiente de Trabalho no Brasil*. São Paulo: LTr, 2001, p. 86-87.

trabalho em condições que preservem a sua saúde (física e mental) e garantam a sua segurança física."

Cláudio Brandão<sup>24</sup>, no que diz respeito ao precitado art. 7º, inc. XXVIII, da Constituição Federal, ensina:

Consiste numa modalidade de reparação própria do Direito do Trabalho, cujo âmbito de alcance não se restringe ao empregado, na medida em que a regra contida no caput do art. 7º da Cada Magna tem como destinatários os trabalhadores, expressão que possui conceito mais abrangente que aquele - sujeito ativo da relação de emprego -, e de modo específico o trabalhador avulso - o trabalhador que presta serviços a diversas empresas, sem vínculo empregatício, por intermédio de sindicato fornecedor de mão de obra - neste caso também por força de dispositivo constitucional (art. 7º, XXXIV).

A norma definidora do direito à redução dos riscos à saúde vincula imediata e diretamente o empregador. Em que pese o alcance de tal dispositivo, o legislador constituinte de 1988, atento à realidade brasileira e à ineficiência da atuação do Poder Público na fiscalização das normas de segurança, introduziu no inciso XXIX do art. 7º da Constituição Federal, a ação, como instrumento jurídico, a ser utilizado pelo empregado, para obter junto ao Poder Judiciário o direito a reparações, ocasionadas por lesões a seus direitos, nos casos em que houver culpa ou dolo do empregador (danos provenientes de acidente de trabalho/doença ocupacional); estabelecendo, no final da regra, os respectivos prazos prescricionais. Para melhor exame da questão, necessária se faz a transcrição do inciso XXIX, que assim dispõe:

---

<sup>24</sup> BRANDÃO, Cláudio. *Acidente do Trabalho e Responsabilidade Civil do Empregador*. 3. Ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 103-104.

[...] XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho.

Anteriormente à Emenda Constitucional n. 45/2004 a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Súmula n. 501) e do Superior Tribunal de Justiça (Súmula n. 15) considerava, por força da regra do art. 109, inciso I, da Constituição Federal, competente a Justiça Comum dos Estados e do Distrito Federal para dirimir pretensão ligada a danos morais e materiais decorrentes de acidente de trabalho ou doença profissional, independentemente de terem no pólo passivo o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS ou o empregador.

Com a promulgação da Emenda Constitucional n. 45/04, foi alterada a redação do art. 114 da Constituição Republicana, transferindo definitivamente para a Justiça do Trabalho a apreciação dos pedidos pertinentes a indenizações fundadas em acidentes de trabalho. No entanto, houve discussões a respeito de qual a Justiça seria competente a Comum ou a Especializada. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Conflito de Competência, n. 7.204.1, em 29.06.2005, declarou a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar as ações de reparação de danos morais e materiais decorrentes de acidente de trabalho. Com isso, ficou sepultado o debate.

Passaram a ser temas de polêmicas, na doutrina e jurisprudência, a natureza do direito e o prazo prescricional, em ações de indenização por acidente de trabalho. Chegou a ser levantada inclusive a imprescritibilidade dessas ações, com fundamento na violação a direitos ligados à personalidade e dignidade

humana. A entrada em vigor do Novo Código Civil de 2002, com vigência a partir de 11.01.2003, acendeu a contenda. Nos dias atuais ainda se questiona se o prazo é o referente aos créditos trabalhistas, de cinco anos durante o contrato de trabalho, até dois anos após a extinção deste (CF, art. 7º, inc. XXIX) ou de 20 (vinte) anos na vigência do Código Civil de 1916 (art. 177) ou de 03 (três) ou de 10 (dez) anos na vigência do Código Civil de 2002 (arts. 205 e 206, § 3º, inc. V, respectivamente). Essas são as principais correntes.

Cabe ressaltar ainda que foram encontradas mais duas posições isoladas na doutrina. Uma defende incidência da prescrição de 05 (cinco) anos, com fundamento no art. 104 da Lei n. 8.213/91. A outra sustenta a aplicação do prazo prescricional de 03 (três) ou de 10 (dez) anos na vigência do Código Civil de 2002 (arts. 205 e 206, § 3º, inc. V), no caso de a ação de indenização ser interposta por trabalhador autônomo contra o tomador de seu trabalho e a incidência da prescrição da legislação constitucional e comum trabalhista (CF/88, art. 7º, XXIX, e CLT, art. 11), quando a ação é interposta por empregado contra empregador.

Além disso, a questão ficou mais complicada e surgiram controvérsias sobre o marco para a contagem do prazo de prescrição.

Os juristas, apesar de ter passado seis anos da promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004, continuam vacilantes quanto à prescrição no acidente de trabalho: não se sabe qual o prazo que se deve utilizar e nem o termo inicial da contagem do prazo.

Assim, a questão a ser enfrentada neste trabalho diz respeito à prescrição nas ações de indenização por acidente de trabalho, com apresentação da controvérsia doutrinária e jurisprudencial.

## **1 Prescrição Aplicável nas Ações de Indenização por Dano Moral e/ou Material, Decorrente de Acidente de Trabalho, após o Deslocamento da Competência pela EC n. 45/04**

Em decorrência da promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004 e da nova competência da Justiça Laboral (art. 114 CF) surgiu, no meio doutrinário e jurisprudencial, grande discussão a respeito do prazo prescricional aplicável à pretensão reparatória de acidente de trabalho. A entrada em vigor do Novo Código Civil de 2002, com vigência a partir de 11.01.2003, acendeu a contenda. A prescrição da pretensão reparatória por danos, ocorridos na vigência do Código Civil/1916, é vintenária (art. 177 do Código Civil de 1916). O Código Civil/2002 reduziu o prazo prescricional geral de vinte para dez anos (art. 205). Com relação às reparações civis *stricto sensu*, o prazo passou para de três anos (art. 206, § 3º, inc. V). A CF/88, no art. 7º, inc. XXIX, CF, estabeleceu a prescrição trabalhista (prazo bienal, após a extinção do contrato de trabalho e quinquenal, se ainda vigente).

A questão ficou mais complicada e surgiram controvérsias sobre o marco para a contagem do prazo de prescrição. Diante disso surgiram cinco correntes principais, defendendo as seguintes posições: (1) imprescritibilidade da pretensão indenizatória; (2) prescrição trabalhista - art. 7º, inc. XXIX, CF; (3) prescrição geral de vinte e de dez anos - arts. 177, CC/1916 e 205, CC/2002 e prescrição de três anos - art. 206, § 3º, inc. V, CC/2002, (4) prescrição trabalhista e civil, a depender da data do ajuizamento da ação acidentária e da natureza da relação, havida entre as partes - prescrição civil para autônomos e prescrição trabalhista para empregados e (5) prescrição quinquenal

- art. 104 da Lei n. 8.213/91.

É da essência deste trabalho analisar as mencionadas correntes, para o fim de apresentar o entendimento mais condizente com o Direito do Trabalho, com a realidade social e com a necessidade de certeza das relações jurídicas.

### 2.1 A Corrente da Imprescritibilidade

A primeira corrente sustenta a imprescritibilidade da pretensão de reparação dos danos decorrentes de acidente de trabalho, sob o fundamento de que a reparação buscada refere-se a danos a direitos fundamentais ligados à personalidade e dignidade humana que, por sua natureza constitucional, são indisponíveis e, por conseguinte, imprescritíveis. Os defensores argumentam, com apoio no art. 11 do Código Civil/2002 e nos arts. 5º, §§ 2º, 3º e 6º da Constituição Federal, que em sendo irrenunciáveis os direitos da personalidade, o seu exercício não se sujeita à prescrição.

José Afonso da Silva<sup>25</sup>, ao analisar os caracteres dos direitos fundamentais, assevera:

(3) **Imprescritibilidade.** O exercício de boa parte dos direitos fundamentais ocorre só no fato de existirem reconhecidos na ordem jurídica. Em relação a eles não se verificam requisitos que importem em sua prescrição. Vale dizer, nunca deixam de ser exigíveis. Pois prescrição é um instituto jurídico que somente atinge, coarctando, a **exigibilidade** dos direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade de direitos personalíssimos, ainda que não individualistas, como é o caso. Se são sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrência temporal de não exercício que

---

<sup>25</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 181.

fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição;  
(Grifo do autor).

Caio Mário da Silva Pereira<sup>26</sup> antes da edição do novo Código Civil, já apontava que existiam certos direitos que não estavam sujeitos à prescrição, assim comentando: "Os direitos à vida, à honra, à liberdade, à integridade física ou moral não se sujeitam a qualquer prescrição destinada a reparações civis."

Nei Messias<sup>27</sup> explica que as lesões relacionadas a acidente de trabalho, ainda que estejam inseridas em uma relação de emprego ou de trabalho, ofendem direitos humanos fundamentais; sendo imprescritível a pretensão de indenização decorrente da violação desses direitos. Ele defende a imprescritibilidade, mas admite, com esforço, que se aplica o maior prazo da prescrição civil e não a prescrição do art. 7º, inc. XXIX, da Constituição Federal. Vale transcrever a posição do referido autor<sup>28</sup>:

Qualquer dos direitos inscritos no caput do art. 5º é fundamental da pessoa humana e, portanto, corresponde a um dos elementos da dignidade da pessoa humana, sendo então indisponível e inderrogável. É, por óbvio, antecedente da formação do contrato de trabalho. [...]

Da mesma forma os direitos à vida, à segurança e à saúde, todos componentes da dignidade da pessoa humana, prescindem da formação de um contrato de trabalho para sua efetivação. Esses direitos também compõem o patrimônio do trabalhador que presta serviços sem formação de vínculo de emprego, tal

---

<sup>26</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. V. I. 19. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 439.

<sup>27</sup> MESSIAS, Nei. *Prescrição da Pretensão de Indenização por Danos Materiais e Morais Decorrentes de Acidente de Trabalho - quebrando os dogmas prescricionais na Justiça do Trabalho*. Justiça do Trabalho, Porto Alegre: HS Editora, v. 24, n. 281, p. 10-34, maio 2007.

<sup>28</sup> Idem.

como um trabalhador doméstico "não-contínuo" (usualmente chamado de "diarista"), a quem, certamente, não se nega a possibilidade de indenização por lesão moral ou física resultante de ato do tomador de serviços. [...]

Em se tratando de lesão à integridade física, que é um direito fundamental, ou se deve entender que esse direito é imprescritível, pois não há confundi-lo com seus efeitos patrimoniais reflexos e dependentes, ou a prescrição deve ser a mais ampla possível, que, na ocasião, nos termos do art. 177 do Código Civil então vigente, era de vinte anos. [...]

Por isso, afirmamos, sem sombra de dúvidas, que significa violação das determinantes negativas das normas constitucionais que dão extraordinário relevo aos direitos fundamentais, fixados como pilares da sociedade, aplicadas, às lesões dessa categoria de direitos, a regra prescricional prevista no direito civil ordinário para as simples reparações patrimoniais ou a regra prescricional destinada aos créditos que correspondem a meras contraprestações decorrentes do contrato de trabalho. A pretensão de indenização decorrente de violação dos direitos fundamentais é imprescritível. Havendo relutância quanto à aceitação da imprescritibilidade, deve-se sujeitar a pretensão à regra geral de prescrição do art. 205 do Código Civil, que fixa o prazo de dez anos.

### Francisco das C. Lima Filho<sup>29</sup> ensina:

Tratando-se, como de fato se trata de ação que visa a assegurar a reparação de danos morais decorrentes de acidente do trabalho, além de ser de natureza pessoal ou personalíssima, não está efetivamente sujeita à prescrição, pois os direitos fundamentais violados nesse tipo de evento agridem a dignidade humana. Essa categoria de direitos tem como principal característica a indisponibilidade, por conseguinte, são irrenunciáveis, não estando sujeitos a qualquer tipo de

---

<sup>29</sup> LIMA FILHO, Francisco das C. A Imprescritibilidade da Ação de Reparação de Danos Morais Decorrentes de Acidente de Trabalho. *Revista ST*, n. 204, p. 25, jun. 2006.

prazo para que o seu titular possa reclamar contra a sua violação.

Assim, podem ser reclamados perante os tribunais independentemente do transcurso do tempo. A violação a esse tipo de direito é um agravo ao ser humano enquanto pessoa portadora de uma dignidade que não desaparece em virtude de fator cronológico, é claro.

Em suma, essa corrente entende que nas ações que versam sobre acidente de trabalho estão envolvidos direitos humanos fundamentais, que, por expressa previsão constitucional, são imprescritíveis. Em consequência, as pretensões que buscam reparar os danos a esses direitos são, de igual forma, imprescritíveis.

### 2.1.1 Crítica

A despeito de essa corrente ser mais favorável à proteção da integridade física e psíquica do trabalhador, há grande rejeição na doutrina e jurisprudência, uma vez que a imprescritibilidade diz respeito ao exercício dos direitos da personalidade, que jamais prescrevem. Mas, a pretensão à reparação individual dos danos prescreve. A respeito do assunto, Júlio Bernardo do Carmo<sup>30</sup> ressalta que:

[...] fator de intranquilidade e de quebra de harmonia da paz social, colocando o ser humano ou quem quer que esteja obrigado a respeitar direito dessa natureza a um jugo eterno e inexorável, pois a qualquer tempo poderá ser acionado por uma responsabilidade civil que se esvaneceu nas brumas do tempo.

---

<sup>30</sup> CARMO, Júlio Bernardo do. A Prescrição em Face da Reparação de Danos Morais e Materiais Decorrentes de Acidente de Trabalho ou Doença Profissional ao mesmo Equiparada. *Revista LTr*, São Paulo, v. 70, n. 6, p. 679, jun. 2006.

José Affonso Dallegre Neto<sup>31</sup> observa:

Não se ignore que o caráter imprescritível aludido no art. 11 do Código Civil refere-se apenas ao **direito de exercício** da personalidade a qualquer tempo e contra todos (**erga omnes**), contudo a pretensão judicial de reparação patrimonial decorrente desse direito (indenização por dano material ou moral) está sujeita à prescrição legal, cujo prazo varia conforme a natureza jurídica da relação subjacente. Com outras palavras: a indenização é prescritível; o direito de exercer a personalidade é imprescritível. Observa-se que quando o trabalhador celebra um contrato de trabalho carrega consigo os seus direitos de personalidade, os quais deverão ser assegurados por todos, inclusive pelo empregador. O que importa para fim de delimitar o prazo prescricional é saber se tais direitos da personalidade (art. 5, X, da CF) foram lesados quando da execução do contrato de trabalho ou fora de seus contornos. Caso o dano pessoal infligido ao trabalhador se dê dentro da relação de emprego, estaremos, então, diante de uma inexecução contratual, mais precisamente de ofensa a dever anexo de conduta respeitosa e leal que o empregador se obriga ao contratar seus subordinados. Logo a pretensão reparatória daí decorrente não é aquiliana, mas contratual-trabalhista, atraindo-se a regra do art. 7º, XXIX, da Constituição Federal. (Grifo do autor).

Jorge Luiz Souto Maior<sup>32</sup> conclui que não são imprescritíveis as pretensões que buscam reparar os danos aos direitos fundamentais e admite, com esforço, a aplicação da maior prescrição prevista nas leis civis:

O fato concreto é que como demonstrado, o fundamento para reparação do dano decorrente do

---

<sup>31</sup> DALLEGRE NETO, José Affonso. *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*. 3. Ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 358.

<sup>32</sup> MAIOR, Jorge Luiz Souto. A Prescrição do Direito de Ação para Pleitear Indenização por Dano Moral e Material Decorrente de Acidente do Trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 70, n. 5, p. 546-547, maio 2006.

acidente do trabalho não é civil e mesmo que fosse, naquilo que estamos tratando, que é o tema pertinente à prescrição, se o legislador quisesse incluir o acidente do trabalho em uma das exceções do art. 206 do Código Civil o teria feito expressamente, pois que, naturalmente, se reparação civil fosse, não seria uma reparação civil como outra qualquer, com não são, por exemplo, a reparação civil por dano ao meio ambiente (Lei n. 9.605/98) e por dano civil decorrente de ato administrativo (Lei n. 8.429/92 - este com prazo prescricional de cinco anos). E, se não há previsão de prescrição da ação para os efeitos do acidente do trabalho em nenhuma norma do ordenamento jurídico, há de se entender ser ela imprescritível até porque os danos à personalidade humana, no contexto da dinâmica das relações hierarquizadas do modelo de produção capitalista, no qual o ser humano é transformado em força de trabalho, não devem mesmo prescrever. Não se querendo chegar a esta conclusão, que é a mais condizente com a própria visão positiva do direito, no máximo, e com muito esforço, só se poderá concluir que a prescrição a ser aplicável é a geral, ou seja, de 20 (vinte) anos, para os fatos ocorridos antes de 11.01.03, e de 10 (dez) para aqueles havidos em data posterior, respeitando sempre a condição impeditiva do curso da prescrição que se instaura, naturalmente, durante a vigência do contrato de trabalho, visto que a ele se vincula o com esforço empregado com pressuposta dependência econômica.

Nei Messias<sup>33</sup>, ao examinar os limites da regra de prescrição do art. 7º, inc. XXIX, da Constituição Federal, lança entendimento no sentido de que a referida prescrição tem aplicabilidade restrita às pretensões que envolvam contraprestações de ordem meramente contratual, devidas pelo empregado. No que diz respeito à violação de direitos fundamentais, onde se insere os danos, oriundos de acidente de trabalho,

---

<sup>33</sup> MESSIAS, op. cit., p. 10-34.

afirma ser incabível a incidência da prescrição trabalhista.<sup>34</sup>

Obviamente, é disposição restritiva de direitos e que comporta, então, interpretação e aplicação estrita apenas (mais à frente será novamente abordada a impossibilidade de aplicação extensiva das regras de prescrição). Nessa linha, é imprescindível, para a boa interpretação e aplicação do direito, notar a forma como foi estruturado o inciso XXIX, tomando como referência para contagem temporal o "contrato de trabalho" e usando a precisa expressão "créditos". Não se pode, então, ampliar a interpretação ou o campo de aplicação do dispositivo além da restrição à obtenção, pela via judicial, de direitos creditícios do contrato, ou seja, das ínsitas contraprestações de ordem meramente contratual devidas pelo empregador. [...]

Conclusão: a concretização dos direitos fundamentais, expressos de modo mais amplo na dignidade da pessoa humana, aí incluídos os direitos sociais, é condição de validade na contemporânea hermenêutica constitucional. Não se aplica o clássico método de subsunção, que levaria a soluções diversas daquelas que concretizam os direitos fundamentais. A primazia dos direitos fundamentais, que implica sua concretização, impede aplicar, às indenizações decorrentes da violação desses mesmos direitos, a prescrição de que trata o art. 7º, inciso XXIX, da Constituição, voltada exclusivamente às simples contraprestações contratuais. Essa errônea aplicação da regra prescricional é reducionista da concretização própria de direitos antecedentes ao contrato de trabalho.

Registre-se que a 1ª Turma do STJ (Resp n. 612.108 - PR -2003/0210878-7 - Rei. Min. Luiz Fux) aplicou a tese da imprescritibilidade nas hipóteses de indenização pelos danos físicos e psicológicos ocorridos pela ditadura militar, sob o fundamento de que a

---

<sup>34</sup> MESSIAS, p. 13 e 17.

proteção da dignidade da pessoa humana é direito inato, universal, absoluto, inalienável e imprescritível.

Raimundo Simão de Melo<sup>35</sup>, ao abordar a jurisprudência, cita a existência de decisão monocrática que adotou a imprescritibilidade:

Com ponderosos argumentos também existem pronunciamentos judiciais na Justiça do Trabalho adotando a tese da imprescritibilidade, como se vê da decisão proferida no Processo n. 939/05, da 12ª VT de São Paulo, pelo juiz César Augusto Calovi Fagundes.

Observa-se, no entanto, que a corrente da imprescritibilidade não encontrou eco na jurisprudência, no que diz respeito às pretensões reparatórias decorrentes de acidente de trabalho. A discussão ficou praticamente circunscrita ao âmbito doutrinário.

## *2.2 A Corrente da Prescrição Trabalhista - Art. 7º, Inc. XXIX da CF/88*

A segunda corrente pugna pela aplicação dos prazos prescricionais do art. 7º, inc. XXIX, da Constituição Federal. Os argumentos consistem, basicamente, em:

- a) Trata-se de demanda a ser apreciada pela Justiça do Trabalho, razão pela qual não se pode equacioná-la senão aplicando o art. 7º, inc. XXIX, da Constituição Federal. A matéria se amolda aos litígios decorrentes da relação de emprego, tanto que foi deslocada a competência da esfera civil para a trabalhista, por força do art. 114, incisos VI e IX, da Constituição Federal;

---

<sup>35</sup> MELO, Raimundo Simão de. Prescrição nas Ações Acidentárias sob o Enfoque da Tutela dos Direitos Humanos. *Revista LTr*, São Paulo, v. 72, n. 5, p. 531, maio 2008.

- b) A pretensão de direito material, deduzida em ação em que se pleiteia indenização por dano morais e materiais, decorrentes de acidente de trabalho, ostenta natureza de crédito trabalhista, está equiparada aos direitos trabalhistas, por força do art. 7º, inc. XXVIII, da Magna e, como tal, deve submeter-se aos preceitos constitucionais;
- c) Irrelevante em qual ramo do Direito encontra-se o fundamento da reparação para a fixação do prazo de prescrição;
- d) Não há omissão na CLT para permitir a invocação da lei civil.

Tratando de ação ajuizada na Justiça do Trabalho, prevalecem os prazos prescricionais trabalhistas, de 5 (cinco) anos no curso do contrato de trabalho, com perda do direito de ação após o decurso de 2 (dois) anos da extinção contratual, a teor do que dispõe o art. 7º, inc. XXIX, da Constituição Federal.

Essa corrente de pensamento, utilizando uma visão moderna de contrato, entende que a indenização por acidente de trabalho está enquadrada como crédito trabalhista, uma vez que o pedido é feito em razão da relação de emprego, as partes envolvidas são empregado e empregador. Acrescenta que o fato da solução da *lide* depender da aplicação de normas civis não influi na natureza da pretensão. Dentro dessa linha de raciocínio, está o fundamento da aplicação da prescrição contida no art. 7º, inc. XXIX, da Constituição Federal às ações de indenização por acidente de trabalho. Nesse sentido, a lição de José Affonso Dallegrave Neto:<sup>36</sup>

Assim, todos os direitos exigíveis em juízo, que se manifestam na execução do contrato de emprego e

---

<sup>36</sup> DALLEGRAVE, op. cit., p. 355.

que são decorrentes da inadimplência de deveres principais, secundários ou acessórios, sejam eles previstos em lei, no contrato ou nos instrumentos normativos da categoria **constituem-se crédito trabalhista**, atraindo-se a competência da Justiça do Trabalho e a responsabilidade civil contratual. Por serem pretensão de natureza trabalhista o prazo prescricional aplicável será o quinquenal previsto no art. 7º, XXIX, da Constituição Federal. (Grifo do autor)

Sobre essa questão, vale destacar a lição de Rodolfo Pamplona Filho<sup>37</sup>, *verbis*:

Se a competência fosse da Justiça Comum, não há a menor dúvida de a prescrição aplicável seria, na vigência do Código Civil, a vintenária, prevista em seu art. 177. Contudo, reconhecida a competência da Justiça do Trabalho para apreciar e julgar tal pedido, há acesa polêmica sobre qual o prazo prescricional aplicável no caso concreto. De fato, embora se encontrem posicionamentos favoráveis à aplicação da prescrição civil genérica (ou, no caso do novo Código Civil, a prescrição civil específica), forte corrente jurisprudencial tem entendido que a prescrição aplicável a este crédito deve ser a ordinária trabalhista, atualmente prevista no art. 7º, XXIX, da Constituição Federal de 1988, com a nova redação dada pela Emenda Constitucional n. 20, de 15.12.1998, que dispõe, [...] (omissis). Tal conclusão é obtida pela ilação de que, reconhecido o dano moral trabalhista como um crédito decorrente da relação de emprego, injustificável seria o afastamento das regras gerais da prescrição trabalhista.

Estevão Malet<sup>38</sup> discorre:

---

<sup>37</sup> PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O Dano Moral na Relação de Emprego*. 3. Ed. São Paulo: LTr, 2002, p. 166.

<sup>38</sup> MALET, Estevão. O Novo Código Civil e o Direito do Trabalho. *Revista Eletrônica Júris Plenum*. Caxias do Sul-RS: Editora Plenum, CD 1, Ed. 70, mar.-abr. 2003.

O prazo máximo de prescrição, mencionado no art. 205, passa a ser de 10 anos, e a prescrição para pretensão envolvendo responsabilidade civil se reduz a 3 anos, conforme art. 206 do novo Código. De todo modo, qual é a prescrição para reclamar a indenização decorrente de acidente de trabalho? Respondo que, se a pretensão é trabalhista, se a controvérsia envolve empregado e empregador, se a competência para julgamento da causa é da Justiça do Trabalho, a prescrição é e só pode ser a trabalhista, do art. 7º do inciso XXIX, da Constituição, e não a prescrição civil, de 20 anos, no antigo Código, e de 3 anos, no novo. Não importa que a responsabilidade civil seja assunto disciplinado no Código Civil. O que importa é que a pretensão é trabalhista, porque decorre diretamente do contrato de trabalho. Não se pode dizer, de outro lado, que a regra especial de prescrição do Direito Civil prevalece ante a regra geral do Direito do Trabalho. O art. 7º, inciso XXIX, da Constituição, disciplinou o prazo prescricional trabalhista, sem estabelecer exceções. Ademais, norma geral constitucional não tem sua aplicabilidade comprometida por norma especial da legislação ordinária.

Nelson Soares Júnior<sup>39</sup> ensina:

Com relação ao segundo subitem (prescrição), a polêmica instaurou-se, principalmente, no que diz respeito ao prazo para propositura das ações de indenizações dos danos morais decorrentes de acidentes de trabalho. E, como a teoria da imprescritibilidade não encontrou eco no mundo jurídico, dois pontos de vista dividem os intérpretes e aplicadores da lei: enquanto alguns sustentam o prazo prescricional de três anos (regulado pela legislação civil - a qual previa, anteriormente, o prazo de vinte anos), outros afirmam que é o de cinco anos (previsto no inciso XXIX do art. 7º da Constituição da República), enquanto o contrato de trabalho estiver em

---

<sup>39</sup> SOARES JÚNIOR, Nelson. Aspectos Polêmicos das Ações Decorrentes de Acidente de Trabalho: competência e prescrição. *Decisório Trabalhista*, Curitiba, v. 5, n. 166, p. 11-12, maio 2008.

curso, limitado até dois anos após a extinção. Filio-me a essa corrente. Com efeito, a par de os direitos trabalhistas tipificarem-se também como pessoais (nesse sentido cito a lição de Giuseppe Chiovenda), a interpretação filológica que a corrente contrária dá à cláusula "créditos resultantes das relações de trabalho", inserida na mencionada norma constitucional, além de olvidar a lição de Ulpiano, de que o sentido da lei se deduz também da sua essência, desconsidera que essa expressão, preexistente à Emenda Constitucional n. 28/2000, é pertinente a direitos e prestações, positivas e negativas, exigíveis em razão da relação jurídica de trabalho.

[...]

Nesse sentido, em linhas que se amoldam à espécie como uma luva à mão, é a lição de Roberto de Ruggiero. Após a advertência de que não se há de confundir com a natureza patrimonial a possibilidade de vantagem econômica que resulte de um direito para seu titular, uma vez que, "[...] se o dano é material, por parte do juiz faz-se uma avaliação em dinheiro para por ela se determinar a indenização; e, se é moral, às outras formas de reparação acresce a de uma condenação em dinheiro, como compensação da ofensa cometida por tal violação e como meio que possa dar uma utilidade econômica em substituição daquela não econômica que se tolheu ou diminuiu", ele arrematou: "No entanto, nem num nem noutro caso se muda a natureza do direito, que é e permanece não patrimonial, visto que uma coisa é o direito em si e no seu conteúdo objetivo e outra a sua violação e o efeito que produz no patrimônio do ofendido, violação essa que faz com que se adquira um direito de crédito." Como é fácil concluir, aí se encontra a fonte de inspiração da expressão abrangente, utilizada pelo legislador constitucional -"créditos resultantes das relações de trabalho", em lugar de "direitos resultantes das relações de trabalho" -, uma vez que essa ensejaria a idéia, que não se harmonizaria com o "espírito" da Constituição, de que os prazos extintivos previstos na norma constitucional teriam eficácia limitada aos direitos sociais arrolados no artigo 7º.

Júlio Bernardo do Carmo<sup>40</sup> afirma:

Como o Supremo Tribunal Federal, guardião-mor da Constituição Federal, ao julgar o Conflito de Competência n. 7.204-1, deixou assente regra de caráter transitória quanto ao juízo natural perante o qual o processo em curso quando do advento da Emenda Constitucional n. 45/04 deve tramitar, ou seja: aqueles processos com sentença de mérito já proferida na Justiça Comum antes da entrada em vigor da EC n. 45/04, ali permanecem, até o respectivo trânsito em julgado. Logo, quanto a esses processos, não existe celeuma jurídica em tomo da prescrição aplicável, porque, ajuizados perante a Justiça Comum e decididos em primeira instância antes da superveniência da EC n. 45/04, lógico que a prescrição é a do Código Civil, competindo aos juízes dos Tribunais Trabalhistas ao defrontarem, no exame de recursos ordinários, com processos dessa natureza, em face da declinação de competência suscitada pelos Tribunais de Alçada ou de Justiça, devolve-los à Justiça Comum, porque na interpretação imprimida pelo excelso STF quando do exame do Conflito de Competência n. 7.204-1, fico assente que tais processos continuam explicitamente na competência residual da Justiça Comum.

Quanto aos processos pendentes de decisão em primeira instância cível quando da superveniência da Emenda Constitucional n. 45/04, a consequência natural é a sua remessa imediata para a Justiça do Trabalho, sendo que somente quanto a tais processos é que se estabelece séria controvérsia a respeito da prescrição aplicável ao caso concreto: a) bienal do art. 7º, inciso XXIX, da CF/88? b) vintenária? c) vintenária ou trienal de acordo com as disposições transitórias do atual Código Civil? Quanto aos processos transferidos para a Justiça do Trabalho, sem sentença de mérito antes da EC n. 45/04 emitida pela Justiça Comum, excepcionalmente e apenas para evitar-se uma situação de armadilha para os autores das pretensões

---

<sup>40</sup> CARMO, op. cit., p. 679, jun. 2006.

deduzidas em juízo, eis que a tempo e modo ajuizaram a ação de reparação perante a justiça que era a competente e no prazo prescricional afeto àquele juízo natural, penso ser justa e jurídica a incidência da prescrição civil, não porque o litígio guarde natureza de índole civil, e sim porque houve alteração constitucional do juízo natural, modificando-lhe a competência. A prescrição nestes casos deverá tomar como marco o princípio da **actionata**, ou seja, a data em que o interessado teve ciência inequívoca da lesão à saúde ou integridade física em virtude do acidente de trabalho (Súmula n. 278 do STJ). Se o acidente de trabalho é anterior ao Código Civil de 2002, a prescrição é indiscutivelmente vintenária. Se o acidente de trabalho é posterior ao Código Civil de 2002, a prescrição será vintenária se tiver ocorrido mais da metade do tempo previsto para a prescrição anterior, ou seja, se quando da lesão e ajuizamento da ação já tiver transcorrido mais de dez anos do lapso temporal que fixava a prescrição anterior. Se inexistir a fluência de mais da metade do prazo previsto no regime civil anterior, a prescrição civil será a trienal, que é a prescrição genérica aplicável a toda e qualquer pretensão de reparação civil, onde se enquadra tranquilamente as reparações por danos morais e materiais decorrentes de acidente de trabalho. A regra de direito transitório que aqui se aplica tem previsão no artigo 2.028 do Código Civil em vigor. Esta interpretação só tem aplicação para os processos egressos da Justiça Comum, haja vista que sendo o processo ajuizado diretamente na Justiça do Trabalho a prescrição aplicável é sempre a do art. 7º inciso XXIX da Constituição Federal.

O fundamento da natureza civil do litígio, (como tem sido proclamada pelo colendo Tribunal Superior do Trabalho, salvo engano em arestos da lavra dos eminentes Ministros Lélío Bentes e Orestes Dalazen, que com base nesta característica aplicam a prescrição civil e não a trabalhista), desserve, a meu ver, como critério norteador da prescrição prevista no Código Civil, porque a serem assim, os litígios envolvendo pequena empreitada deveriam observar a prescrição civil relativa à empreitada, quando é

incontroverso que a prescrição aplicável é a do juízo natural competente para apreciar a demanda, com incidência pacífica do art. 7<sup>o</sup>, inciso XXIX, da CF/88 e anteriormente à sua vigência, o art. 11, da CLT. A aplicação da prescrição trabalhista para esse litígio de típica natureza civil, onde o trabalhador, como operário ou artífice, participava de pequena empreitada, nunca foi objeto de cizânia doutrinária ou jurisprudencial. Como a competência para a apreciação de tais litígios decorre diretamente da legislação consolidada, que foi encampada pela EC n. 45/04, inexistindo controvérsia em torno do juízo natural ou migração de processos de um para outro juízo natural em face do aniquilamento do princípio da *perpetuatio jurisdictionis* por lei constitucional superveniente, a prescrição não autoriza a adoção de regras de temporização, porque tais ações ajuizáveis originariamente na Justiça do Trabalho orientam-se pelo norte inexorável da prescrição trabalhista bienal ou quinquenal no curso do contrato de trabalho.

Quanto aos processos egressos da Justiça Comum com sentença de mérito emitida pelo juiz de direito após a Emenda Constitucional n. 45/04, os tribunais trabalhistas quando do exame do recurso ordinário deverão anular a r. sentença por incompetência absoluta, com remessa dos autos à primeira instância trabalhista, onde nova sentença será emitida, sendo a questão da prescrição automaticamente transferida para o primeiro grau.

Lógico que, em toda e qualquer ação ajuizada após a Emenda Constitucional n. 45/04, seja na Justiça Comum ou do Trabalho, a prescrição é inexoravelmente a prevista no art. 7<sup>o</sup>, inciso XXIX, da Constituição Federal. (Grifo do autor).

Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de Castro<sup>41</sup> leciona:

A prescrição é um instituto jurídico, cujos prazos são

---

<sup>41</sup> CASTRO, Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de. Prazo: nem vinte, nem três anos. *Revista do TRT da 21ª Região*, Natal/RN, Ano 1, n. 1, jun. 2003.

disciplinados em cada ramo do Direito. Se, para o Direito do Trabalho, a norma constitucional estabeleceu o prazo de cinco anos, a origem do crédito, embora tenha índole de reparação de dano, está contida no contrato de trabalho. Portanto prescrição trabalhista e prazo quinquenal.

Enfim, a influência do tempo sobre as relações jurídicas é verificável na esfera do direito material e na do direito processual. O Código Civil de 2002 trouxe novidades que devem ser consideradas à luz da noção de que ele é o direito geral, de que se desprenderam e modelaram direitos especiais, dos quais o Direito do Trabalho.

No mesmo sentido a lição de Sebastião Geraldo de Oliveira:<sup>42</sup>

11.4.5. Prescrição nas ações ajuizadas após a EC n. 45/04. Em decorrência do posicionamento adotado no item anterior, nas ages indenizatórias por acidente do trabalho ajuizadas após a vigência da Emenda Constitucional n. 45/04 deve-se adotar a prescrição trabalhista. Mas o início da contagem do prazo prescricional poderá sofrer ajustes de transição quando o acidente que dá suporte ao pedido de indenização tiver ocorrido antes da Emenda Constitucional mencionada.

Com efeito, se o dano indenizável ocorreu até 2004, mas a reclamação correspondente foi ajuizada após a EC n. 45 será necessária a observância de uma regra de transição quanto ao início da fluência do prazo prescricional, porquanto, em algumas hipóteses, a aplicação automática da prescrição trabalhista leva a conclusão injusta de molesta gravemente o valor da segurança jurídica.

Cita-se, como exemplo, a hipótese de um empregado que sofreu acidente do trabalho em setembro de 1992, mas só ajuizou a ação indenizatória em agosto de 2005. Um primeiro e superficial raciocínio poderia

---

<sup>42</sup> OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Profissional*. 5. Ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 360-361.

concluir que, se o ajuizamento ocorreu após a Emenda Constitucional n. 45/04, o prazo da prescrição é o trabalhista e, sendo assim, a pretensão já estaria fulminada pela prescrição. Ora, o acidentado que até então dispunha do prazo de vinte anos para reclamar judicialmente a indenização, ou seja, até setembro de 2012, mesmo após a vigência do Código Civil de 2002 (art. 2.028), seria surpreendido com o pronunciamento imediato da prescrição trabalhista. Como poderemos afastar essa conclusão desarrazoada?

Sempre que ocorre a redução do prazo prescricional, é usual adotar-se regras transitórias para não surpreender o lesado, como fez o legislador do novo Código Civil no art. 2.028. Mas no campo do Direito do Trabalho há regra legal a respeito que entendemos perfeitamente aplicável na hipótese em estudo. Trata-se do art. 916 da CLT [...].

No exemplo acima mencionado, a prescrição trabalhista somente seria pronunciada a partir de 1º de janeiro de 2010 ou de 2007, dependendo da variável se o contrato de trabalho foi ou não extinto antes do ajuizamento.

Registradas as posições de alguns adeptos da prescrição trabalhista, passa-se a examinar questão sob a óptica da jurisprudência.

### *2.2.1 Posição do Tribunal Superior do Trabalho*

No Tribunal Superior do Trabalho o entendimento a respeito do tema é divergente. Citam-se, a título exemplificativo, as seguintes decisões daquela Corte, no sentido de aplicar a prescrição, prevista no art. 7º, inc. XXIX, da CF, às reparações acidentárias, por entender que há previsão específica do ordenamento jurídico-trabalhista, *verbis*:

RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO SOB A  
ÉGIDE DA LEI N. 11.496/2007. DANO MORAL.  
PRESCRIÇÃO. ART. 7º. XXIX, DA CONSTITUIÇÃO

FEDERAL. Conforme exegese dos arts. 7º, inciso XXVIII, e 114 da Constituição da República, com a redação que lhe foi concedida pela Emenda Constitucional n. 45/2004, são da competência da Justiça do Trabalho o processamento e o julgamento das ações reparatórias de danos materiais, morais e estéticos oriundos de acidente de trabalho ou moléstias profissionais. De sorte que, em razão de a indenização por danos material e moral, oriundos de infortúnios do trabalho, ter sido equiparado aos direitos trabalhistas, a teor da norma constitucional citada, a jurisprudência desta Corte firmou posicionamento no sentido de que a prescrição do direito de ação deve observar o prazo prescricional do Direito do Trabalho. Se o acidente de trabalho e a moléstia profissional são infortúnios intimamente relacionados aos contratos de trabalho, e, por isso, só os empregados é que têm direito aos benefícios acidentários, impõe-se a conclusão de a indenização prevista no art. 7º, inciso XXVIII, da Constituição da República caracterizar-se como direito genuinamente trabalhista, atraindo, por conta disso, a prescrição trabalhista do art. 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal. Nesse sentido seguem os precedentes dessa Corte. Recurso de Embargos conhecido e desprovido.

(TST, SBDI-I, Processo n. E-RR -540/2006-342-01-00, Ministro Relator Vieira de Mello Filho, Data de Publicação: DJ 27.03.2009).

RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI N. 11.496/2007. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRESCRIÇÃO. Prevalece no âmbito desta Corte superior entendimento no sentido de que se aplica a prescrição prevista no art. 7º, XXIX, da Constituição da República às ações ajuizadas visando à reparação por danos morais decorrentes de atos praticados no curso da relação de emprego, incluindo-se nesse contexto o acidente de trabalho. Ressalva de entendimento pessoal do Relator. Recurso de Embargos conhecido e não provido.

(TST SBDI-I, Processo n. E-RR - 362/2005-053-02-00, Ministro Relator Lélío Bentes Corrêa, Data de Publicação: DJ 13.03.2009).

PRESCRIÇÃO. DANO MORAL INDENIZAÇÃO. O teor

do art. 896. Alínea A, da CLT, a contrário senso, impede que se dê conhecimento a Recurso de Revista interposto a julgado proferido em termos consentâneos com a jurisprudência pacífica desta Corte uniformizadora. Na hipótese, o juízo de origem confirmou a extinção do feito com julgamento do mérito, na forma do art. 269, IV, do CPC, por admitir ter sido consumada a prescrição, sob a óptica do disposto no art. 7º, XXIX, da Constituição da República, porque extinto o contrato em 17/03/2000 e ajuizada a ação apenas em 17/12/2004. O entendimento no sentido de que a prescrição incidente à espécie é a trabalhista, não a civil, está pacificado, no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista de que não se conhece.

(TST, 5ª Turma, Processo n. TST - RR - 105801-98.2004.5.02.0351, Ministro Relator João Batista Brito Pereira, Data de Publicação: DJ 19.12.2008).

**INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAL E PATRIMONIAL DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO. PRESCRIÇÃO.** A prescrição bienal, inerente aos direitos decorrentes da relação de trabalho, encontra-se prevista no art. 7º inciso XXIX, da Constituição Federal. Nessa conformidade, aplicável às ações que pretendem a percepção de indenização por dano moral e material decorrente do contrato de trabalho, por se tratar de previsão específica do ordenamento jurídico-trabalhista, não sendo o caso de incidência da norma civil. Recurso conhecido e na provido. (TST, 2ª Turma, Processo n. RR - 5/2006-069-03-00, Ministro Relator José Simpliciano Fontes de F. Fernandes, Data de Publicação: DJ 15.08.2008).

**RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO. PRESCRIÇÃO.** A prescrição aplicável, tratando-se de dano moral decorrente de relação de emprego, é a prevista no art. 7º inc. XXIX, da Constituição da República: e não a estipulada no Código Civil. Recurso de Revista de que se conhece e a que se nega provimento. (TST, 5ª Turma, Processo n. TST- RR - 518/2004-002-03-00.1, Ministro Relator João Batista Brito Pereira, Data de Publicação: DJ 01.04.2005).

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRESCRIÇÃO. A Constituição Federal, no art. 114, atribuiu à Justiça do Trabalho a competência para "conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores." Da norma ali inserida, depreende-se que os dissídios individuais entre os trabalhadores e empregadores abrangem, também, os decorrentes de danos morais praticados no âmbito da relação de emprego. Não há dúvida de que, *in casu*, a questão controvertida é oriunda da relação de emprego. Trata-se de dano extrapatrimonial sofrido pelo empregado, quer provenha da fase pré-contratual quer da contratual pós-contratual, pois se refere ao contrato de trabalho. Registre-se pronunciamento do STF, em acórdão de lavra do Ministro Sepúlveda Pertence, no qual se concluiu não ser relevante para a fixação da competência da Justiça do Trabalho que a solução da lide remeta a normas de Direito Civil, mas que o fundamento do pedido se assente na relação de emprego inserindo-se no contrato de trabalho (Conflito de Jurisdição n. 6.959-6, Distrito Federal). Da mesma forma, para perquirir-se acerca da prescrição aplicável, há considerar em que se assenta o fundamento do pedido. Incensurável a conclusão regional, de que o prazo prescricional aplicável à espécie é o previsto no art. 7º, XXIX, da Constituição Federal. Recurso conhecido e desprovido. (TST, 4ª Turma, Processo n. TST - RR - 86054/2003-900-04-00.7, Ministro Relator Antônio José de Barros Levenhagen, Data de Publicação: DJ 02.04.2004).

Como se vê, há forte posição jurisprudencial que defende a aplicação do prazo prescricional, inserido no art. 7º, inc. XXIX, da CF, para as pretensões decorrentes de acidentes de trabalho.

### *2.2.2 Posição dos Tribunais Regionais do Trabalho*

Há muita discrepância de entendimento nos

Tribunais Regionais do Trabalho, sendo ilustrativas as ementas a seguir descritas que defendem a incidência da prescrição do art. 7º, inc. XXIX, da CF:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ACIDENTE DE TRABALHO. PRESCRIÇÃO TRABALHISTA. A Emenda Constitucional n. 45/2004 ampliou a competência da Justiça do Trabalho, a qual passou a abranger, além das ações referentes às relações de emprego, também aquelas oriundas das relações de trabalho. Dessa forma, a ação de indenização por dano decorrente de acidente de trabalho, por constituir crédito resultante do contrato de trabalho, portanto, verba trabalhista, ainda que atípica, passou a se sujeitar à prescrição trabalhista. Até o advento da EC 45/2004, publicada em 31/12/2004, a prescrição aplicável era a civil e, após, a trabalhista prevista no art. 7º, XXIX, da Constituição Federal, incidindo na hipótese, o prazo prescricional trabalhista de dois anos. Recurso ao qual se nega provimento.

SUSPENSÃO DO CURSO DA PRESCRIÇÃO. PERCEBIMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. INOCORRÊNCIA. Não há que se falar em suspensão ou interrupção do prazo prescricional devido ao fato de o empregado está percebendo benefício previdenciário, porque essa hipótese não está contemplada nos artigos 197 e 198 do CC e o art. 199, do mesmo diploma legal, não permitem fazer interpretação extensiva ou analógica incluindo-se outras causas, como já decidiu a SBDI-1 do C TST. Recurso ao qual se nega provimento. (TRT 23ª Região, 2ª Turma, Processo n. RO 00711.2009.007.23.00.0, Desembargadora Relatora Beatriz Theodoro, Data de Publicação: DEJT 12.01.2010).

DANOS MORAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DE TRABALHO. PRESCRIÇÃO DO CÓDIGO CIVIL. NÃO CABIMENTO. É incabível ao caso o prazo prescricional de 3 anos previsto na legislação civil, quando há regra própria para as demandas decorrentes de relação de trabalho, particularmente quando tais normas são de ordem constitucional. (TRT

21ª Região, 2ª Turma, Processo n. RO 00083.2008.020.21.00.2, Acórdão n. 77.466, Desembargador Relator Ronaldo Medeiros de Souza, Data de Publicação: DEJT 04.12.2008).  
PRESCRIÇÃO. INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO. Tendo em vista que a pretensão de direito material ultrapassa a previsão genérica destinada às ações pessoais, vez que qualificada pelo fato de decorrer de relação de trabalho, e considerando a propositura da ação nesta Especializada, após o advento da EC 45/2004, aplica-se a regra prescricional contida no art. 7º, XXIX, da CF. (TRT 20ª Região, Processo n. RO 00479-2006-012-20-00-9, Acórdão n. 0047900-53.2006.5.20.0012, Desembargadora Relatora Maria das Graças Monteiro Melo, Data de Publicação: DEJT 15.01.2007).

Há, pois, fortes interpretações de que a prescrição aplicável é a prevista no precitado art. 7º, inc. XXIX, da Constituição Federal, por se tratar de norma expressa e específica, o que afasta a incidência da legislação civil, norma de caráter geral.

### *2.2.3 Crítica*

Para outros estudiosos, a expressão créditos, resultantes das relações de trabalho, inserida no art. 7º, inc. XXVIII, da Constituição Federal revela que só podem ser considerados créditos trabalhistas aqueles que se traduzem em direitos tipicamente previstos na legislação trabalhista, a exemplo de férias, décimo terceiro e FGTS. A competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar essas ações, também, não seria fundamento, uma vez que qualquer juízo pode aplicar regras de quaisquer ramos do direito; não há vinculação entre competência do juízo e normas de direito material. Cabe registrar que a Justiça do Trabalho sempre aplicou às relações de trabalho o direito comum, de modo

supletivo, em observância ao art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho. Por outro lado, a Justiça Comum Estadual, quando era competente para essas ações, sempre se socorreu de normas trabalhistas, para resolver os conflitos de acidente de trabalho, a exemplo das regras relativas à saúde e higiene do trabalho. A prescrição é instituto de direito material, ao passo que a competência é de direito processual.

As indenizações fundadas em acidente de trabalho não seriam, dessa forma, créditos trabalhistas e não estariam sujeitas ao prazo prescricional trabalhista. Essa concepção é defendida por Raimundo Simão de Melo.<sup>43</sup>

Data vênua, não concordo com esses argumentos. Primeiro, porque as reparações acidentárias decorrem de danos pessoais, cuja natureza é de direito humano fundamental (CF, arts. 5º, V e X; e 7º, XXVIII).

Ao tratar da prescrição trabalhista a Constituição (art. 7º - XXIX) refere-se a "créditos resultantes das relações de trabalho". Entretanto, a reparação por danos decorrentes de acidentes de trabalho, mesmo que praticados em face da relação de trabalho, não constituem crédito trabalhista *stricto sensu*.

Aliás, nem de crédito se trata, quanto mais de crédito trabalhista.

Como se vê, não é a natureza da matéria que determina a competência de um órgão julgador, como também não é essa competência que fixa o prazo prescricional de uma ação. A prescrição é instituto de direito material, enquanto que a competência pertence ao direito processual. Logo, o argumento da competência da Justiça laboral é insuficiente para justificar a aplicação da prescrição trabalhista ao caso.

Assim, com a alteração do art. 114 da Constituição Federal (EC n. 45/2004), ampliando a competência da Justiça do Trabalho para apreciar os conflitos decorrentes das relações de trabalho lato sensu,

---

<sup>43</sup> MELO, op. cit., p. 527-528.

muitas serão as matérias de natureza civil, em cujos conflitos deverão ser aplicados os prazos prescricionais próprios e não os do aludido inciso XXIX, em razão da natureza jurídica de cada um deles.

A esse respeito, oportuno destacar também a lição de Mauro Schiavi:<sup>44</sup>

Em que pese estar topograficamente mencionado no art. 7º, XXVIII, da CF "seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa", de direito trabalhista não se trata, pois o referido inciso visou apenas a não se excluir a indenização decorrente da culpa do empregador quando o empregado recebe uma parcela decorrente da Previdência Social. Vale dizer: objetivou o Constituinte assegurar que a indenização decorrente da culpa lato sensu do empregador tem natureza distinta da indenização devida pela Previdência Social.

Vale mencionar ainda o entendimento de Louise Santos Fernandes:<sup>45</sup>

Anote-se, ainda, que a adoção dessa segunda corrente tem acarretado resultados desastrosos em alguns casos. Isso porque, parte dos julgadores tem entendido que a prescrição trabalhista teria imediata incidência, isto é, que essa se aplicaria até mesmo para as ações que já tramitavam na Justiça Estadual antes do advento da EC n. 45/04. Por conseguinte, inúmeros processos que há muito aguardavam ser solucionados naquela esfera do Judiciário, ao serem remetidos para a Justiça Trabalhista, tiveram

---

<sup>44</sup> SCHIAVI, Mauro. Aspectos Polêmicos do Acidente de Trabalho - responsabilidade objetiva do empregador pela reparação dos danos causados ao empregado - prescrição. *Revista LTr*, São Paulo, v. 70, p. 582, maio 2006.

<sup>45</sup> FERNANDES, Louise Santos. A Prescrição da Pretensão de Reparação dos Danos Decorrentes de Acidentes de Trabalho. *Revista do Ministério Público do Trabalho do Rio Grande do Norte*. Natal, n. 8, p. 183, nov. 2008.

decretada a sua extinção sem resolução do mérito, tendo em vista a declaração da incidência da prescrição bienal.

Cabe destacar que pequena parcela da jurisprudência tem aplicado o prazo prescricional trabalhista a fatos, ocorridos antes da Emenda Constitucional n. 45/2004. A tendência atual da jurisprudência do TST - SBDI-1 é de aplicar a prescrição trabalhista (art. 7º, inc. XXIX, CF/88), apenas, para os fatos ocorridos após o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, haja vista a segurança jurídica e o princípio básico do Direito do Trabalho, consistente em proteger o hipossuficiente.

### *2.3 A Corrente da Prescrição Civil - Arts. 177, do CC/1916, 205 e 206, § 3º, inc. V, ambos do CC/2002*

Em decorrência da Emenda Constitucional n. 45/2004 que fixou a nova competência da Justiça Laboral (art. 114, CF) e das suas repercussões no mundo jurídico, o STF, no julgamento do Conflito de Competência, n. 7.204.01, em 29.6.2005, declarou definitivamente que a Justiça do Trabalho é a competente para processar e julgar todas as ações indenizatórias, fundadas em acidente de trabalho.

Em que peses os fundamentos, lançados no referido Conflito de Competência, o STF decidiu que são válidas e eficazes as decisões proferidas pela Justiça Comum Estadual antes da Emenda Constitucional n. 45/2004, uma vez que o marco temporal da competência da Justiça trabalhista é o advento da aludida emenda.

Diante desse quadro de alteração constitucional surgiu a terceira corrente que sustenta, a seu turno, que as ações de indenização por danos morais e materiais

decorrentes de acidente de trabalho estão sujeitas aos prazos prescricionais estabelecidos no Código Civil. O fundamento é de que a natureza do bem da vida violado é civil e com isso, a prescrição só poderia ser a prevista no estatuto civil.

Com o advento do Novo Código Civil em 2002, houve significativa redução do prazo, o que fez surgir problemas de ordem prática. O CC/2002 foi publicado no dia 11 de janeiro de 2002 e entrou em vigor no em 12 de janeiro de 2003, em razão do estatuído no seu art. 2.044, combinado com o art. 8º, § 1º, da Lei Complementar n. 95/98.

Diante desse conflito de normas (aplicação do CC/1916 ou CC/2002), os defensores do prazo prescricional civil, utilizando a regra de transição (art. 2.028 do CC/2002) e as lições de Direito intertemporal, passaram a adotar posições diferenciadas a respeito do marco para a contagem do prazo prescricional civil: 20 (vinte) anos na vigência do Código Civil de 1916 (art. 177) ou 03 (três) ou 10 (dez) anos na vigência do Código Civil de 2002 (arts. 205 e 206, § 3º, inc. V, respectivamente). A seguir examinam-se essas correntes, uma a uma:

*2.3.1 Prescrição de Vinte Anos para os Acidentes de Trabalho Ocorridos Antes de 12-01-1993 (art. 177, CC/1916). Prescrição de Três Anos (art. 206, § 3º, inc. V, CC/2002), para os Acidentes de Trabalho ocorridos entre 12-01-1993 e 11-01-2003 e a partir de 12-01-2003*

A base desse entendimento doutrinário é a aplicação do art. 2.028 do CC/2002, norma intertemporal que assim dispõe:

Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data da sua entra em vigor,

já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.

Sendo assim ponderam que se o fato lesivo ocorreu antes de 12-01-1993, ou seja, na vigência do CC/1916, será regido pelo prazo prescricional de 20 (vinte) anos (art. 177 do CC/1916), uma vez que na data da vigência do novo Código já haviam transcorrido mais de dez anos do início da contagem do prazo prescricional.

Se o fato lesivo ocorreu entre 12-01-1993 e 11-01-2003, incide o prazo prescricional de 3 (três) anos (art. 206, § 3º, inc. V, do CC/2002). Despreza-se o tempo transcorrido na vigência do Código anterior e contam-se três anos a partir de 12-01-1993, data da vigência do Código atual.

Em abono a essa tese, tem-se a previsão do art. 916 da CLT: "*Os prazos de prescrição fixados pela presente Consolidação começarão a correr da data da vigência desta, quando menores do que os previstos na legislação anterior*". Além disso, o Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal aprovou o Enunciado n. 299, com a seguinte redação:

Art. 2.028. Iniciada a contagem de determinado prazo sob a égide do Código Civil de 1916, e vindo a lei nova a reduzi-lo prevalecerá o prazo antigo, desde que transcorrido mais de metade deste na data da entrada em vigor novo Código. O novo prazo será contado a partir de 11 de janeiro de 2003, desprezando-se o tempo anteriormente decorrido, salvo quando o não aproveitamento do prazo já decorrido implicar aumento do prazo prescricional previsto na lei revogada, hipótese em que deve ser aproveitado o prazo já decorrido durante o domínio da lei antiga, estabelecendo-se uma continuidade temporal.

Este segmento da doutrina entende que o

legislador, com a edição do precitado art. 2.028 do CC/2002, visou proteger o credor em virtude do encurtamento dos novos prazos prescricionais. Acrescenta, ainda, que a adoção da norma de transição encontra respaldo no princípio do direito adquirido (art. 5º, inc. XXXVI da CF), de modo que seria uma violência ao direito adquirido da vítima aplicar a lei nova a um caso de acidente ocorrido na vigência do Código anterior, que estabelecia prazo maior.

Dessa forma, a pretensão reparatória quanto aos acidentes de trabalho ocorridos entre 12-01-1993 e 11-01-2003 só prescreveu no dia 12 de janeiro de 2006.

Por fim, para os acidentes de trabalho ocorridos a partir de 12-01-2003, aplica-se o prazo de três anos do art. 206, § 3º, V do Código Civil de 2002.

Nesse sentido José Geraldo da Fonseca<sup>46</sup> discorre:

§ 5º - CONCLUSÃO:

1ª - O art. 177 do Código Civil de 1916 dizia prescreverem em vinte anos as ações pessoais, em dez as reais e em quinze essas mesmas ações entre ausentes, sempre contadas da data em que poderiam ter sido propostas, mas o atual art. 205 reduziu o prazo do aforamento para dez.

2ª - Assim, na jurisdição comum, para os acidentes ocorridos antes de 12/1/93 - dez anos antes da vigência do atual Código Civil -, o prazo de prescrição da ação será o do art. 177 do Código Civil de 1916, isto é, 20 anos, porque na vigência do Código de 2002 (12/01/2003) já havia transcorrido prazo superior a dez anos do início do prazo prescricional.

3ª - Para os acidentes ocorridos entre 12/01/93 e 11/01/2003 aplica-se o prazo reduzido de (três anos), mas a contagem se inicia a partir da vigência da lei

---

<sup>46</sup> FONSECA, José Geraldo da. Prescrição das Ações Reparatórias de Dano Moral por Acidente do Trabalho. *Trabalho Encarte*, Curitiba, n. 126, p. 3987-3996, ago. 2007.

nova, isto é, despreza-se o prazo transcorrido na vigência do Código Civil de 1916 e conta-se o prazo de três anos a partir de 12/01/2003, data de início da vigência do Código Civil atual.

4<sup>a</sup> - Para os acidentes de trabalho ocorridos a partir de 12/01/2003, aplica-se o prazo de três anos do art. 206, § 3º, V do Código Civil de 2002.

Helder Martinez Dal Col<sup>47</sup> assevera:

A indenização pelo acidente do trabalho tem por escopo reparar o dano causado e restituir o estado financeiro do trabalhador lesado ou incapacitado ao que era anteriormente.

Nela se incluem a reparação pelos danos morais experimentados pela vítima, em virtude do ilícito. São obrigações extracontratuais apuradas subjetivamente, exigindo a presença de dolo ou culpa para sua caracterização.

Logo, mesmo que se admita a competência da Justiça do Trabalho para julgar tais ações acidentárias, os prazos prescricionais a observar serão os do Código Civil. [...]

Como equalizar as disposições do Código Civil? Com uma solução justa. Se decorridos mais de 10 anos, vale a prescrição de 20 anos da lei anterior. Se decorridos menos de 10 anos, aplica-se o novo Código, mas da seguinte forma: zera-se a contagem da prescrição e esta se reinicia, pelo prazo de 3 anos, a contar da data de seu início de vigência. O que não se pode admitir é uma contagem que retroaja para fulminar o direito de ação. [...]

Assim, se resultar o acidente de dolo ou culpa do empregador e em desejando o trabalhador pleitear a respectiva reparação, só lhe restará colocar em risco o emprego, ajuizando a ação na vigência do contrato de trabalho, caso não tenha sido desligado da empresa após o decurso do período de estabilidade, situação bastante desconfortável, especialmente por constituir ele o elo fraco da corrente, o hipossuficiente, para o

---

<sup>47</sup> DAL COL, Helder Martinez. *Responsabilidade Civil do Empregador - Acidente do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 342, 346, 348.

qual deveriam ter convergidos os esforços da lei, preocupando-se em resguardá-lo do risco da não reparação ou do desemprego, se vier a buscá-la.

Yussef Said Cahali<sup>48</sup> diz:

Conquanto a questão não possa ser resolvida com esta simplicidade diante da situação de perplexidade causada pelo novo art. 114 da CF e pela Súmula Vinculante 3 do TST, também entendemos que prevalece a prescrição trienal, a símile do que ocorre com a reparação do dano moral sofrido pelo empregado, conforme será exposto no comentário feito em seguida do citado art. 206, § 3º, inc. V, do CC: a lei (Código Civil) que cria o direito à indenização é que estabelece o prazo para o exercício da ação respectiva.

Acórdão do TJSP bem coloca a questão na fase transitória do direito: Não parece ser adequada a aplicação do art. 7º, XXIX, da CF, que trata de crédito trabalhista, algo bem diferente de indenização por ato ilícito na órbita civil. De fato, aplica-se o disposto no art. 206, § 3º, inc. V, do novo Código Civil, que trata de ações de cunho indenizatório ou de "reparação civil". Acontece que, até a entrada em vigor desse novo dispositivo, o prazo prescricional era 20 anos. Inevitável concluir que houve uma distorção na regra do art. 2.028 do CC, de caráter transitório na medida em que beneficiou com prazo longo a legislação anterior quem ainda estava aguardando ingressar com a ação por mais de 10 anos, enquanto para quem tivesse prazo inferior a este a prescrição era reduzida. No caso, o acidente ocorreu em 08.5.2000. A ação foi promovida em 06.01.2004. Contudo, o prazo prescricional só pode iniciar a partir da vigência do novo CC.

Rossana Tália Modesto Gomes Sampaio<sup>49</sup>

---

<sup>48</sup> CAHALI, Yussef Said. *Prescrição e Decadência*. 2. T. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 165-166.

<sup>49</sup> SAMPAIO, Rossana Tália Modesto Gomes. *A Prescrição nas Ações*

ensina:

Muito embora seja patente a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar ações reparatórias fundadas em infortúnios, é salutar reconhecer que o deferimento de eventual indenização, não constituirá verdadeiro crédito trabalhista, mas crédito de natureza civil resultante de ato praticado no curso da relação de trabalho. [...]

De mais a mais, frise-se a que a alteração da competência material em relação às ações indenizatórias por danos decorrentes de acidente de trabalho não implicou em alteração ou fixação legal e explícita do prazo prescricional aplicável a esta espécie de ação. Assim, não se pode concluir que a avocação de ações que veiculem referidos pleitos indenizatórios à Justiça do Trabalho, fez incidir, pura e simplesmente, a prescrição trabalhista sobre tais demandas.

Por sua vez, quanto à segunda tese civilista, ainda que a regra insculpida no artigo 206, parágrafo 3º, inciso V, do Código Civil não trate especificamente da pretensão reparatória por dano decorrente de acidente de trabalho, é evidente que esta se encontra contemplada pela expressão "pretensão de reparação civil". Seria adotar-se um formalismo injustificado sustentar a necessidade de existência de hipótese legal que tratasse pormenorizadamente da pretensão reparatória por dano decorrente de acidente de trabalho.

Indubitavelmente, a meu sentir, a pretensão de reparação civil engloba a pretensa reparatória por dano decorrente de acidente de trabalho.

Assim, reconhece-se que a pretensão reparatória por danos decorrente de acidente de trabalho não admite aplicação da prescrição trabalhista, mas, ao revés, enseja aplicação da prescrição civil, atualmente de 3 (três) anos (artigo 206, parágrafo 3º inciso V, CC 2002) e anteriormente a 10-01-2002 (artigo 177, CC 1916) de

20 anos.

**Ilse Marcelina Bernardi Lora<sup>50</sup> leciona:**

Atendida a data de vigência do Código Civil/2002 para acidentes ocorridos anteriormente a 12 de janeiro de 1993, aplica-se a prescrição vintenária. Para os infortúnios verificados entre 12 de janeiro de 1993 e 11 de janeiro de 2003, aplica-se o prazo da lei nova, contado, entretanto, a partir da vigência do Código Civil/2002. Não há possibilidade, no caso, de o prazo da lei velha (vinte anos) terminar antes do prazo estabelecido pelo Código Civil/2002.

Vale ressaltar, no ponto, mais uma vez que para essa corrente doutrinária a prescrição aplicável orienta-se pela natureza do direito violado, de modo que os danos oriundos de acidente de trabalho são civis e assim a prescrição incidente é a civil.

*2.3.1.1 Posição do Tribunal Superior do Trabalho*

O entendimento recente da SBDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho é de que se aplica a prescrição trabalhista (art. 7º, inc. XXIX, CF/88), apenas, para os fatos ocorridos após o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004. Para os acidentes ocorridos antes da Emenda Constitucional n. 45/2004, observada a regra de transição prevista no art. 2.028 do CC/2002, é aplicável o prazo prescricional civil (CC/1916 ou CC/2002). Se não transcorreu mais da metade do prazo de vinte anos previsto no Código Civil de 1916, quando da entrada em vigor do atual Código Civil, aplica-se a prescrição do art. 206, § 3º, V, do Código Civil de 2002, qual seja, três anos, iniciando-se a contagem a partir da sua entrada em vigor. Nesse passo, as seguintes

---

<sup>50</sup> LORA, Ilse Marcelina Bernardi. A Prescrição nas Ações de Indenização Decorrentes de Acidente do Trabalho. *Revista ST*, n. 204, p. 18, jun. 2006.

decisões:

RECURSO DE REVISTA. ACIDENTE DE TRABALHO E/OU DOENÇA PROFISSIONAL DANO MATERIAL E/OU MORAL PRESCRIÇÃO. Em se tratando de pedido de dano moral e/ou material decorrente de acidente de trabalho e/ou doença profissional, esta Corte pacificou o entendimento de que, quando a lesão for anterior à EC n. 45/2004, o prazo prescricional aplicável será o previsto no Código Civil de 2002, observada a regra de transição prevista no art. 2.028 deste mesmo diploma legal, bem como que, quando a lesão for posterior à referida emenda, o prazo prescricional aplicável será o trabalhista, previsto no art. 7º, XXIX, da CF. No caso dos autos, o acórdão regional consigna que a data do sinistro que ensejou a suspensão do contrato de trabalho foi 11/6/2002. Portanto, a lesão é anterior à Emenda Constitucional n. 45/2004. Verifica-se, ainda, que não transcorreu mais da metade do prazo de vinte anos previsto no Código Civil de 1916 quando da entrada em vigor do atual Código Civil, em 11/01/2003. Desse modo, o prazo prescricional aplicável é o previsto no art. 206, § 3º, V, do Código Civil de 2002, qual seja, três anos, contados do início da vigência do referido diploma, findando, por conseguinte, em 11/01/2006. Dessarte, como a ação foi ajuizada em 17/4/2008, não há como afastar a conclusão de que a pretensão do reclamante está prescrita, ainda que por outro fundamento. Incidência do art. 896, § 4º, da CLT, e da Súmula n. 333 do TST. Recurso de revista não conhecido. (TST, 8ª Turma, Processo n. RR-37300-36.2008.5.03.0089, Ministra Relatora Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 09/12/2009, Data de Publicação: DJ 18.12.2009).

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ACIDENTE DE TRABALHO. DOENÇA PROFISSIONAL PRESCRIÇÃO. 1. Orienta-se o entendimento recente da SBDI-1 desta Corte no sentido de que a regra prescricional aplicável à pretensão relativa à indenização por danos morais decorrentes de acidente de trabalho é definida a partir da data em que a parte tem ciência inequívoca do evento danoso. Ocorrido a

acidente ou cientificada a parte da incapacidade ou redução de sua capacidade laborai em ocasião posterior ao advento da Emenda Constitucional 45/2004, por meio da qual se definiu a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar tais demandas, a prescrição incidente é a prevista no art. 7º, XXIX, da Constituição da República, porquanto indiscutível a natureza trabalhista reconhecida ao evento. Contrariamente, verificado o infortúnio anteriormente à entrada em vigor da referida emenda constitucional, prevalece a prescrição civil, em face da controvérsia que pairava nas Cortes quanto à natureza do pleito - circunstância que não pode ser tomada em desfavor da parte. 2. Na presente hipótese, conforme reconhecido pelo Tribunal Regional, a lesão ocorreu em 31/7/2003 - ou seja, em data anterior à edição da Emenda Constitucional nº 45/2004. A prescrição incidente, portanto, é a civil, com a regra de dez anos até a data da entrada em vigor do referido Código. 3. Assim, em face da regra contida no indigitado dispositivo de lei, forçoso concluir que a prescrição aplicável, no presente caso, é a trienal, estabelecida no art. 206, § 3º, V, do novel Código Civil, iniciando-se a contagem a partir da sua entrada em vigor - ou seja, 11/01/2003 - e findando em 11/01/2006. 4. Ajuizada a presente ação em 18/4/2007, resulta indubitavelmente prescrita a pretensão à reparação por danos morais decorrentes de acidente de trabalho. 5. Recurso de revista conhecido e não provido. (TST, 1ª Turma, Processo n. RR-46600-88.2007.5.04.0231, Ministro Relator Lelio Bentes Corrêa, Data de Julgamento: 16/12/2009, Data de Publicação: DJ 18.12.2009).

**INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. PRESCRIÇÃO APLICÁVEL AOS CASOS EM QUE A LESÃO SOFRIDA PELO EMPREGADO É ANTERIOR À EDIÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004.**

1. Na esteira do atual entendimento da SBDI-1 desta Corte (TST-E-ED-RR-1.112/2005-005-10-00.8, Rei. Min. Lelio Bentes Corrêa, DEJT de 16/10/09; TST-E-RR-56/2007-009-18-00.8, Rei. Min. Maria Cristina Peduzzi, DEJT 21/08/09; TST-E-RR-1.993/2005-005-18-00.3, Rei. Min. Brito Pereira, DEJT de 21/08/09), aplica-se a prescrição eivei as ações de indenização

por danos materiais e morais decorrentes de acidente de trabalho ou doença ocupacional quando a lesão sofrida pelo empregado ou a sua ciência é anterior à edição da Emenda Constitucional 45/04. 2. No caso presente, o acidente de trabalho do Reclamante ocorreu em 11/02/92, sendo, pois, aplicável ao caso a prescrição cível. 3. Assim sendo, a tese sustentada pela Reclamada, no sentido de aplicar ao caso a prescrição trabalhista do art. 7º, XXIX, da CF, encontra-se superada pela atual jurisprudência desta Corte, incidindo como óbice à revisão pretendida o empecilho da Súmula n. 333 do TST, restando afastada a violação constitucional apontada, bem como a divergência jurisprudencial colacionada. Recurso de revista não conhecido. (TST, 7ª Turma, Processo n. RR-161600-68.2005.5.20.0003, Ministra Relatora Maria Doralice Novaes, Data de Julgamento: 16/12/2009, Data de Publicação: DJ 18.12.2009).

As ementas, acima transcritas, revelam que o entendimento do TST é de que o prazo prescricional aplicado é aquela da lei vigente na data do fato gerador: o acidente.

### *2.3.2 Prescrição de Anos (art. 205 do CC/2002), para os Danos Ocorridos a Partir de 12-01-2003*

Outros entendem que a reparação por danos pessoais (moral, material e estético) decorrentes de acidente de trabalho está sujeita ao prazo prescricional geral de vinte (20) anos, para os danos ocorridos na vigência do Código anterior (art. 177 do CC/1916); para os danos ocorridos a partir de 12-01-2003 (na vigência do novo Código Civil), a prescrição será de dez (10) anos, conforme disposição contida no art. 205 do Código Civil/2002.

Defendem a prescrição de dez anos, sob o argumento de que não se trata de simples reparação de

danos, pois a indenização buscada decorre da violação de direito fundamental inerente à pessoa humana e aos direitos da personalidade, com assento constitucional, e acima das categorias de direitos civis e trabalhistas. Entendem que não se pode aplicar o prazo menor, previsto no art. 7º, inc. XXIX, em razão da principiologia própria do Direito do Trabalho, em especial o princípio protecionista do Direito do Trabalho, que estabelece a necessidade de aplicar os institutos sob o norte da proteção do trabalhador, dada a sua condição de hipossuficiência. Argumentam que o prazo de três anos, insculpido no art. 206, § 3º, inc. V, do CC/2002 tem aplicabilidade a reparações civis específicas, não alcançando os danos decorrentes de acidente de trabalho. Não havendo dispositivo legal estabelecendo prazo próprio pra as pretensões decorrentes de acidente de trabalho, deve-se aplicar, subsidiariamente, o prazo geral de dez anos.

Nesse passo, Raimundo Simão de Melo<sup>51</sup> leciona:

Adoto, sim, a prescrição civil, mas de forma subsidiária, por falta de disposição legal expressa regulando a matéria. Assim, para os danos ocorridos na vigência do Código anterior, a prescrição é a vintenária (art. 177); para os danos ocorridos na vigência do novo Código Civil, a prescrição é de dez anos (art. 205) e não de três anos (art. 206, § 3º, inc. V), porque este último prazo se aplica às reparações civis *stricto sensu*, por exemplo, para as batidas de automóveis e outros danos meramente patrimoniais da esfera puramente civilista. Não é sequer razoável equiparar dano à pessoa humana com dano meramente patrimonial, causado por uma batida de

---

<sup>51</sup> MELO, Raimundo Simão de. Danos ao Meio Ambiente do Trabalho e à Saúde do Trabalhador: Responsabilidades e Prescrição. *Revista IOB Trabalhista e Previdenciária*, São Paulo, Ano XX, n. 232, p. 196-197, out. 2008.

automóvel! Ademais, em Direito do Trabalho ainda vigora o princípio da norma mais favorável (Proc. TRT/15ª n. 15419/2005/RO, Rei. Juiz Flávio Nunes Campos). Quanto à aplicação na Justiça do Trabalho de normas de Direito Civil, subsidiariamente, nenhum problema existe (Proc. TST-RR-1162/2002-014-03-00.1; 1ª T; Rei. Min. João Orestes Dalazen; DJ 11.11.2005). Aliás, isto será uma tônica com a ampliação da competência da Justiça Trabalhista, pela EC 45/2004, para apreciar outras questões de trabalho.

Finalmente, qualquer que seja o prazo prescricional a ser aplicado nas ações acidentárias, o mesmo tem o seu início de contagem somente a partir do momento em que a vítima tiver conhecimento inequívoco do dano e do nexo com o evento acidentário, conforme jurisprudência do STF e STJ (Súmulas n. 230 e 278, respectivamente). É **como entendo**, respeitados os posicionamentos contrários sobre os temas ora analisados.

Jorge Luiz Souto Maior<sup>52</sup> defende a imprescritibilidade, mas admite com esforço a prescrição civil:

O fato concreto é que como demonstrado, o fundamento para reparação do dano decorrente do acidente do trabalho não é civil e mesmo que fosse, naquilo que estamos tratando, que é o tema pertinente à prescrição, se o legislador quisesse incluir o acidente do trabalho em uma das exceções do art. 206 do Código Civil o teria feito expressamente, pois que, naturalmente, se reparação civil fosse, não seria uma reparação civil como outra qualquer, com não são, por exemplo, a reparação civil por dano ao meio ambiente (Lei n. 9.605/98) e por dano civil decorrente de ato administrativo (Lei n. 8.429/92 - este com prazo prescricional de cinco anos). E, se não há previsão de

---

<sup>52</sup> MAIOR, Jorge Luiz Souto. A Prescrição do Direito de Ação para Pleitear Indenização por Dano Moral e Material Decorrente de Acidente do Trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 70, n. 5, p. 546-547, maio 2006.

prescrição da ação para os efeitos do acidente do trabalho em nenhuma norma do ordenamento jurídico, há de se entender ser ela imprescritível até porque os danos à personalidade humana, no contexto da dinâmica das relações hierarquizadas do modelo de produção capitalista, no qual o ser humano é transformado em força de trabalho, não devem mesmo prescrever. Não se querendo chegar a esta conclusão, que é a mais condizente com a própria visão positiva do direito, no máximo, e com muito esforço, só se poderá concluir que a prescrição a ser aplicável é a geral, ou seja, de 20 (vinte) anos, para os fatos ocorridos antes de 11.01.03, e de 10 (dez) para aqueles havidos em data posterior, respeitando sempre a condição impeditiva do curso da prescrição que se instaura, naturalmente, durante a vigência do contrato de trabalho, visto que a ele se vincula o empregado com pressuposta dependência econômica.

José Irineu de Oliveira<sup>53</sup> explica o motivo pelo qual existem, no novo Código Civil, duas espécies de prescrição (arts. 205 e 206), defende a aplicação da prescrição decenal aos acidentes de trabalho, mas com um fundamento diferenciado de que o acidente de trabalho, na condição de ato ilícito, depende de apuração no Juízo Criminal e, assim, a contagem do prazo inicia a partir do trânsito em julgado da ação penal, ou seja, somente depois de comprovada a culpa ou dolo do responsável, iniciará a contagem para a reparação civil:

No Título IV do Código Civil, o legislador ordinário tratou da prescrição e decadência. Ao tratar dos prazos da prescrição, o fez em dois arts. 205 e 206. Infelizmente, o Poder Judiciário vem aplicando nos atos ilícitos o artigo 206, que trata única e exclusivamente dos negócios jurídicos, ou seja,

---

<sup>53</sup> OLIVEIRA, José Irineu de. Prescrição nas Ações de Acidente de Trabalho. *LTr Suplemento Trabalhista*, São Paulo, n. 70, p. 306, 2006.

aqueles cujo nascedouro tem origem na vontade das partes, sejam por um serviço prestado mediante contrato ou não. Nem precisa ser um *expert* para entender claramente este fato. Os cinco parágrafos do art. 206 referem-se exclusivamente aos negócios jurídicos, pois as partes sabem bem quando há ofensa ao seu direito, quando a obrigação é exigível ou quando a lesão ocorreu. Já os atos ilícitos é exatamente o oposto, o dano pode surgir muito depois, e a reparação depende de nexos de causalidade, com comprovação de culpa por parte do responsável que deverá ser apurado pelo órgão competente.

Como os acidentes de trabalho causam danos patrimoniais e morais à pessoa, implica ainda na apuração penal de tais atos, e por força do art. 200 do CC, enquanto um fato depender de apuração do Juízo Criminal, não correrá prescrição no âmbito civil, concluímos que o prazo prescricional das ações de reparação civil decorrentes de acidente de trabalho inicia após o trânsito em julgado definitivo da sentença criminal.

Também não se pode aplicar a prescrição do art. 7º da CF ou art. 11 da CLT nas causas de reparação de danos patrimoniais e morais em virtude de acidente de trabalho, pois os dois artigos tratam exclusivamente da prescrição de créditos resultantes da relação de trabalho, dispostos no artigo supracitado na Constituição ou na própria CLT, pois não podem gerar efeitos em direitos legislados em outros diplomas legais. Como se trata de ato ilícito, e não de um negócio jurídico, a prescrição aplicada é a do art. 205 do Código Civil, ou seja, 10 anos a partir do trânsito em julgado da ação penal, e não de 03 anos como vem sendo aplicado por muitos magistrados, pois esta última abrange apenas os negócios jurídicos, especificamente os descritos no § 3º do art. 206, uma vez que também não pode gerar efeitos em direitos tratados em outros parágrafos ou artigos do mesmo diploma legal. Logo, a prescrição de 3 anos é restrita e não ampla como defendem alguns juristas.

Concluímos definitivamente que a prescrição de todos os atos ilícitos que geram danos patrimoniais e morais prescreve 10 anos a partir da vigência da Lei n. 10.406

de 10.01.02.

No sentido da incidência da prescrição civil geral de 10/20 anos, a 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, realizada em Brasília, em novembro/2007, foi aprovada por maioria, o Enunciado n. 45, com o seguinte teor:

Responsabilidade Civil. Acidente do trabalho. Prescrição. A prescrição da indenização por danos materiais ou morais resultantes de acidente do trabalho é de 10 anos, nos termos do art. 205, ou de 20 anos, observado o art. 2.028 do Código Civil de 2002.

As considerações anteriores conduzem à compreensão de que a corrente defende a incidência do prazo prescricional de dez anos, apenas, aos danos ocorridos a partir de 12-01-2003 (na vigência do novo Código Civil), sendo os fatos pretéritos regidos pelas regras de prescrição previstas no diploma anterior, que previa o prazo de vinte anos, atendendo-se, assim, à norma de transição contida no art. 2.028 do atual Código Civil.

Como expõe Raimundo Simão de Melo, o prazo geral do art. 205 do Estatuto Civil deve ser eleito não em virtude de a pretensão se tratar de reparação civil em sentido estrito, e sim pelo fato de ser a lei civil a responsável por sanar as omissões acerca da prescrição no ordenamento jurídico.

Oportuno registrar que os defensores da aplicação do prazo prescricional geral de dez anos, previsto no art. 205 do CC/2002, afirmam que esta é a única solução que se mostra justa e razoável em especial levando em conta que os processos sentenciados permanecem na Justiça Comum Estadual - de acordo com entendimento do Supremo Tribunal

Federal e do STJ - e feriria alógica a aplicação de prazos prescricionais distintos para fatos idênticos ocorridos na mesma época.

### 2.3.3 Crítica

Os doutrinadores que se posicionam contrariamente a esta corrente entendem ser incabível o prazo prescricional, previsto na legislação civil, porque há regra própria para as demandas decorrentes das relações de trabalho, inclusive norma de natureza constitucional (art. 7º, inciso XXIX, CF/88). Pensar de forma diferente, de acordo com o pensamento deles, é ir de encontro ao § único do art. 8º da CLT, o qual estabelece que: "O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste".

Dissertando a respeito da impossibilidade de incidência da prescrição civil nas reparações, oriundas de acidente de trabalho, José Affonso Dallegrave Neto<sup>54</sup> afirma:

O fato dos prazos prescricionais estarem localizados no Código Civil não tem o condão de retirar o caráter híbrido e interdisciplinar (direito material e processual) que envolve o conceito ontológico da prescrição extintiva. A localização dos prazos prescricionais na legislação material é apenas uma questão de política legislativa; uma opção do legislador pátrio. Tanto isso é verdadeiro que em alguns países da Europa o instituto da prescrição encontra-se regulamentado na legislação processual. Observa-se, a propósito, que também na legislação brasileira há regras de prescrição nas leis processuais, a exemplo do art. 269, IV, e do art. 219, §§ 1º, 4º e 5º, todos do nosso Código

---

<sup>54</sup> DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*. 3. Ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 353.

de Processo Civil. Não se olvide, por outro lado, que o prazo prescricional previsto no art. 7º, XXIX, da Constituição Federal, também se encontra localizado em dispositivo que versa sobre direitos trabalhistas materiais. Portanto, ambas as regras prescricionais em disputa são de direito material: art. 206, § 3º, V, do Código Civil e art. 7º, XXIX, da Constituição Federal. Logo, é frágil o argumento de que por ser a prescrição um instituto de direito material, não se aplica o prazo quinquenal previsto na Constituição Federal. Ademais, nos termos do parágrafo único do art. 8º da CLT só é possível invocar as regras do direito comum (Código Civil) quando a legislação trabalhista for omissa, o que não é o caso, conforme se infere da simples leitura da norma trabalhista prevista no art. 7º, XXIX, da Constituição Federal.

Com efeito, se a lide decorrer de uma relação de trabalho *lato sensu* (contrato civil), a natureza da pretensão será cível e a prescrição será aquela prevista no Código Civil. Ao contrário, se o litígio for decorrente de um contrato de trabalho subordinado (relação de emprego) a natureza da pretensão será trabalhista e a prescrição é a quinquenal própria dos créditos resultantes da relação de trabalho de que trata o art. 7º XXIX, da Constituição Federal.

A esse respeito, oportuno destacar também a lição de Antônio de Pádua Muniz Corrêa:<sup>55</sup>

Percebendo a jurisprudência o equívoco, passou a migrar para o velho entendimento adotado pela Justiça Comum Estadual, passando a adotar o prazo previsto no Código Civil brasileiro. Esta parecer ser a corrente majoritária e que começa a tomar corpo. No entanto, o atual Código Civil estatui prazo de 03 (três) anos para as reparações civis em geral. Aqui o trabalhador ganhou mais um ano, todavia, continua em desvantagem, isto porque o acidente do trabalho além de mutilar seu corpo, muitas vezes ceifa a sua própria

---

<sup>55</sup> CORRÊA, Antônio de Pádua Muniz. A Prescrição no Acidente do Trabalho. *Suplemento Trabalhista LTr*, São Paulo, n. 032/08, Ano 44, p. 168, 2008.

vida. Trata-se de matéria específica que merece atenção redobrada pelo Poder Judiciário trabalhista, principalmente, por incumbir às empresas o dever de adotar medidas coletivas e individuais de proteção e segurança da saúde do trabalhador. Assim, em face da especificidade da matéria, ela precisa de tratamento diferenciado e de prazo mais longo, pois a marca do acidente não só agride o corpo do trabalhador e de sua família, agride toda a sociedade em face dos altos custos que o sistema previdenciário arca com a recuperação e com a reabilitação profissional do obreiro. No meu entender, o prazo do Código Civil atual também não serve como parâmetro.

Jorge Luiz Souto Maior<sup>56</sup> combate a prescrição civil, afirmando:

Não há nenhum sentido, portanto, no aspecto da interpretação lógica e sistêmica, querer enxergar na expressão "reparação civil", trazida no inciso V, do § 3º, do art. 206, do Código Civil, também a indenização decorrente de acidente do trabalho. Se o legislador, em todos os aspectos, cuidou específica e expressamente do acidente do trabalho, não o mencionaria implicitamente em um dispositivo, sobretudo em um que representa restrição de direito. Lembre-se, ademais, por oportuno, de outra técnica de hermenêutica, no sentido de que as regras restritivas de direito devem ser interpretadas restritivamente e não de forma extensiva. Em suma, se a indenização por acidente de trabalho não está, expressamente, mencionada em um dos parágrafos do art. 206, do Código Civil, não pode o intérprete fazer esta ilação por analogia ou interpretação extensiva.

Interessante verificar que o Código Civil, em nenhum de seus 2.046 artigos, cuida, mesmo que indiretamente, do acidente do trabalho e fora assim, ademais, também, no Código Civil de 1916. Aliás, nem seria próprio ao Código Civil cuidar da matéria. A origem histórica da reparabilidade por acidente do

---

<sup>56</sup> MAIOR, op. cit., p. 541, 543.

trabalho justifica este silêncio, conforme se verá mais adiante. Afasta-se, assim, sob o aspecto jurídico formal, o argumento de que na expressão "reparação civil" possa se incluir a indenização por dano moral e material decorrente de acidente do trabalho.

A responsabilidade, na perspectiva do direito social, portanto, é completamente diversa da responsabilidade na esfera civil. A sua incidência, ademais, não decorre do dano, mas do simples fato de se expor alguém ao risco. A responsabilidade na ótica social impõe obrigações que determinam o modo de agir perante o outro, para promover valores humanísticos e, no caso das condições de trabalho, no contexto da produção hierarquizada, sobretudo para evitar a ocorrência de dano à personalidade do trabalhador. Esta responsabilidade, portanto, nada tem a ver com a visão liberal baseada na culpa, pois, afinal, ninguém pode ser considerado culpado daquilo que sequer ocorreu.

A obrigação jurídica de evitar e reparar os danos decorrentes de acidente do trabalho não se trata, por conseguinte, de uma obrigação que decorre da responsabilidade civil. Negar isto é o mesmo que afastar a vigência do direito social e apagar da história a base de formação da linha de raciocínio que permitiu, mais tarde, o surgimento dos direitos humanos de segunda geração.

Com se vê, na doutrina há forte posicionamento contrário à prescrição civil, sob o fundamento de que há no Texto Constitucional expressa norma que prevê de o prazo prescricional (art. 7º, inc. XXIX, CF). Além da especificidade da matéria, entende esse segmento da doutrina que a fixação do prazo prescricional nas ações de indenização, decorrentes de acidentes de trabalho, necessita de tratamento constitucional, já que estão envolvidos na questão agressões ao trabalhador, à sua família e a sociedade, sendo assim incabível a incidência do prazo prescricional civil.

## *2.4 A Corrente das duas Prescrições Civil e Trabalhista*

Há juristas que defendem a aplicação da prescrição trabalhista e civil, conforme dois fatores: a data do ajuizamento da ação acidentária, a partir da vigência da Emenda Constitucional n. 45/2004 e a natureza da relação, existente entre as partes envolvidas.

### *2.4.1 Ação Proposta até 2004, Incidência da Prescrição Civil. Ação Proposta após a Vigência da Emenda Constitucional n. 45/2004, ou seja, após 1º de Janeiro de 2005, Aplicação da Prescrição Trabalhista*

Essa corrente entende que se deve levar em consideração, para a definição da espécie de prescrição, o marco divisório da Emenda Constitucional n.45/04. Ou seja, se a ação foi proposta até 2004, incide a prescrição civil. Se a ação foi proposta após a vigência da Emenda Constitucional n. 45/2004, ou seja, após 1º de janeiro de 2005, aplica-se a prescrição trabalhista. Melina Silva Pinto<sup>57</sup> explica:

Por fim, há juristas que defendem a aplicação da prescrição trabalhista e da civil nas ações de indenização por dano moral decorrente de acidente do trabalho, a depender das regras de direito intertemporal, sobretudo a partir da vigência da Emenda Constitucional n. 45/2004 ou até mesmo o fato de o trabalhador ser ou não empregado.

Desse modo, na primeira hipótese, a escolha do prazo prescricional aplicável aos processos em andamento deve levar em consideração a época em que a ação

---

<sup>57</sup> PINTO, Melina Silva. A Prescrição Aplicável às Ações de Indenização por Dano Moral Decorrente de Acidente do Trabalho. *Suplemento Trabalhista LTr*, São Paulo, n.142/08, Ano 44, p. 725-726, 2008.

foi proposta, com o que se conclui pela natureza civil da indenização por acidente do trabalho até 2004, e trabalhista após o advento da referida emenda, isto é, após 1º de janeiro de 2005.

Em suma, esse é o posicionamento de **Cláudio Márcio Lima dos Santos**<sup>58</sup>, **Júlio Bernardo do Carmo**<sup>59</sup> e **Sebastião Geraldo de Oliveira**<sup>60</sup>, que embora defenda sempre a prescrição trabalhista para as pretensões ora tratada concorda que "[...] a **prescrição aplicável nas ações indenizatórias decorrentes de acidente do trabalho deve ser a do Código Civil para as ações ajuizadas até 2004 e a trabalhista para aquelas iniciadas posteriormente.**" (Grifo do autor).

#### *2.4.2 Prescrição Civil para Autônomos e Prescrição Trabalhista para Empregados*

A outra posição entende ser aplicável a prescrição da legislação civil (Cód. Civil, arts. 205 e 206), no caso de a ação de indenização ser interposta por trabalhador autônomo contra o tomador de seu trabalho, por entender que o fundamento da pretensão é a responsabilidade civil. No caso de a ação ser movida pelo empregado contra empregador, incide a prescrição da legislação constitucional e comum trabalhista (CF/88, art. 7º, XXIX, e CLT, art. 11), na medida em que o fundamento da pretensão é a responsabilidade trabalhista.

Desse modo, sustenta José Augusto Rodrigues

---

<sup>58</sup> SANTOS, Cláudio Márcio Lima dos. A Prescrição Trabalhista e a Pretensão Acidentária do Empregado em Face do Empregador: proposição de uma regra de transição à luz do marco divisório da ec n. 45/04, em prol da efetivação do princípio da certeza jurídica e da máxima eficiência do direito fundamental à reparação integral. 47º Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho. São Paulo, 2007, p. 49 (apud PINTO, Melina Silva, 2008).

<sup>59</sup> CARMO, op. cit., p. 680-691. (apud PINTO, Melina Silva, 2008).

<sup>60</sup> OLIVEIRA, op. cit., p. 530. (apud PINTO, Melina Silva, 2008, p. 726).

Pinto:<sup>61</sup>

Os prazos prescricionais concernentes aos dissídios civis e trabalhistas estão fixados de acordo com a **natureza** da respectiva relação: se de direito comum, nos artigos 205 e 206 do Código Civil de 2002; se de direito do trabalho, no art. T, XXIX, da Constituição Federal de 1988 e, antes dele, no art. 11 da CLT. Logo se a relação de direito material em conflito é de **natureza civil**, a prescrição que lhe diz respeito é a regulada pelo Código Civil; se de **natureza trabalhista**, pela Constituição Federal e CLT, dispositivos citados.

A relação jurídica **de trabalho** é **gênero de natureza civil**, do qual a relação **de emprego** é **espécie de natureza trabalhista**. Conseqüentemente, são reguladas por leis de áreas diferentes do **direito material**. [...]

Sumariando, então: quer a ação de indenização do trabalhador autônomo contra o tomador de seu trabalho, quer a reclamação do empregado contra o empregador que subordina sua atividade, por dano decorrente de infortúnio laboral, são da competência do juízo **trabalhista**. Mas, a prescrição aplicável na primeira delas é a da legislação civil (Cód. Civ., arts. 205 e 206), pois o fundamento da pretensão é a **responsabilidade civil**, enquanto na segunda hipótese é a da legislação constitucional e comum trabalhista (CF/88, art. 7º, XXIX, e CLT, art. 11), pois o fundamento da pretensão é a **responsabilidade trabalhista**. Relembre-se, para maior clareza do que acabamos de ver, que é pacífica em nosso ordenamento jurídico, a consciência da bifurcação da **responsabilidade** pela reparação ou compensação do dano acidentário, em social, imputável ao órgão da Previdência Social, sob a forma de **benefício** (auxílio-acidente, art. 18 da Lei n. 8.213/91) e **contratual**, ou **extracontratual**, por culpa ou dolo do tomador ou do empregador de quem o presta, sob a forma de indenização patrimonial e/ou não patrimonial. (Grifo do

---

<sup>61</sup> PINTO, José Augusto Rodrigues. Prescrição, Indenização Acidentaria e Doença Ocupacional. *Revista LTr*, São Paulo, v. 70, n. 01, p.10-11, jan. 2006.

autor).

Surge nesse contexto, a questão do conceito de crédito trabalhista. José Affonso Dallegrave Neto<sup>62</sup> ensina com clareza o que entende por crédito trabalhista:

Há quem sustente que créditos trabalhistas são apenas aqueles que se traduzem em direitos tipicamente previstos na legislação trabalhista, a exemplo das férias, décimo terceiro e FGTS, não se incluindo, pois, as indenizações fundadas em regra de direito civil. Dentro desse raciocínio, poder-se-ia asseverar que as chamadas multas por descumprimento das Convenções Coletivas e que amiúde são objeto de ações trabalhistas não seriam enquadradas como **crédito trabalhista**, vez que não se trata de um direito assegurado em lei, mas de uma verba indenizatória decorrente de violação do instrumento normativo da categoria e que tem como fundamento a aplicação do instituto da responsabilidade civil (art. 186 do CC). É assim, dentro dessa linha de pensamento, a prescrição aplicável às reclamatórias trabalhistas que postulam indenização e multas convencionais não poderia ser a quinquenal do art. 7º, XXIX, da Constituição Federal, mas a trienal do Código Civil. Ora, data vênica, não é possível comungar desse silogismo! A visão moderna de contrato é aquela que pressupõe uma relação jurídica dinâmica e complexa, como é o caso dos contratos sinalagmáticos - a exemplo do contrato de trabalho - em que há uma pletoira de direitos principais, secundários e acessórios e que se traduzem em créditos igualmente principais e acessórios: [...]

Assim, todos os direitos exigíveis em juízo, que se manifestam na execução do contrato de emprego e que são decorrentes da inadimplência de deveres principais, secundários ou acessórios, sejam eles previstos em lei, no contrato ou nos instrumentos normativos da categoria, constituem-se em crédito

---

<sup>62</sup> DALLEGRAVE NETO, op. cit., p. 354-355.

trabalhista, atraindo-se a competência da Justiça do Trabalho e a responsabilidade civil contratual. Por serem pretensão de natureza trabalhista o prazo prescricional será o quinquenal previsto no art. 7º, XXIX, da Constituição Federal, conforme vem entendendo corretamente a 5ª Turma do TST: [...]

Já em relação à nova competência da Justiça do Trabalho para julgar relações de trabalho disciplinadas pelo Código Civil, a exemplo da empreitada, da prestação de serviço ou do agenciamento, há que considerar que elas são tidas como relações materiais de direito civil. Logo, a pretensão é de natureza civil, aplicando-se os prazos prescricionais do Código Civil. Como se vê o que qualifica a pretensão não é o fato da solução da lide depender de questão de direito civil, mas sim de que o pedido tenha sido feito em razão da relação de emprego (STF, Conflito de Jurisdição n. 6959-6-DF, Rei. Min. Sepúlveda Pertence, DJ: 22.02.1991, p. 1259). (Grifo do autor).

Apresentada a tese dos créditos trabalhistas, José Affonso Dallegrave Neto<sup>63</sup> passa a abordar a questão específica da incidência da prescrição trabalhista (art. 7º, XXIX, da Constituição Federal) para as ações de indenização de natureza tipicamente trabalhista, porque decorrente da relação de emprego, como ocorre com o acidente de trabalho sofrido pelo empregado e a incidência da prescrição do Código Civil às relações de trabalho:

No que diz respeito às ações acidentadas que versem sobre danos exsurgidos durante a execução do contrato de trabalho subordinado, a prescrição aplicável é a do art. 7º, XXIX, da Constituição Federal. E nem se diga que se trata de "responsabilidade extracontratual", decorrente de ato ilícito previsto em regramento civil.

Ora, de uma leitura atenta da legislação, verifica-se que o embasamento legal para tais ações trabalhistas

---

<sup>63</sup> DALLEGRAVE NETO, op. cit., p. 356-357.

acidentárias encontra-se no art. 7º, XXIX, da Constituição Federal. Observe-se a localização desse dispositivo: imediatamente anterior ao inciso relativo à prescrição quinquenal dos créditos trabalhistas e junto com os demais direitos trabalhistas contidos no rol do art. 7º da Carta da República. Não há como negar a imbricação entre esses dois incisos (XXVIII e XXIX do art. 7º, da CF)! As ações de indenização de danos materiais e morais decorrentes de acidentes ocorridos na execução de um contrato de trabalho subordinado não são aquilianas, mas se enquadram na responsabilidade civil do tipo contratual, atraindo a prescrição quinquenal própria dos créditos trabalhistas previsto na Constituição Federal (art. 7º, XXIX). Caso o acidente pessoal envolvesse um trabalhador autônomo ou estagiário que foi vítima de um ato culposo do tomador, a competência para julgar eventual pedido de indenização seria da Justiça do Trabalho (art. 114, I e VI, da CF) e a prescrição aplicável seria a do Código Civil, vez que a relação jurídica subjacente que liga agente e vítima é de natureza civil.

Registre-se corrente doutrinária que aplica "o respeito à condição mais benéfica para o trabalhador". Ao nosso crivo, em se tratando de prazo legal de prescrição para ajuizamento de ação judicial, não se pode adotar o princípio da norma mais benéfica, vez que para cada situação jurídica concreta há apenas uma única regra apta a incidir. Assim, a eventual e aparente "colisão de normas" será desfeita pelas regras de aplicação da lei no tempo, hierarquia das fontes formais, regras de transição e, sobretudo, pela verificação da natureza jurídica da pretensão subjacente.

Alexandre Agra Belmonte<sup>64</sup> adota a prescrição trabalhista, mas faz ressalva quanto à relação de trabalho e quanto à ação ajuizada antes da vigência da EC 45/04:

---

<sup>64</sup> BELMONTE, Alexandre Agra. *Curso de Responsabilidade Trabalhista: danos morais e patrimoniais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2008, p. 236-237, 241-242.

Há quem sustente que a modificação constitucional foi de competência, matéria processual, que não interfere no direito material. E que, sendo de natureza civil a matéria danos morais, também dessa natureza será a prescrição. Discordamos desse entendimento. Pensamos que não se trata de simples aplicação de regra de competência, o que transformaria a questão em processual, sem interferência da normatividade prescricional, que é de natureza material. O fato é que o direito material de fundo nos conflitos envolvendo danos morais sempre foi de natureza trabalhista, porque decorrente da relação de trabalho, embora, nos acidentes de trabalho ocorresse, de forma anômala, a apreciação pela Justiça Comum. Inversamente, os conflitos envolvendo pequenos empreiteiros ou artífices, que prestavam, de forma autônoma, serviços ao tomador, eram apreciados pela Justiça do Trabalho com base nas normas de Direito comum (art. 652, III, da CLT).

Assim, se a matéria de fundo é de natureza tipicamente trabalhista, porque decorrente da relação de emprego, como ocorre com o acidente de trabalho sofrido pelo empregado, a prescrição aplicável precisará ser a trabalhista, sendo de trabalho, aí sim a prescrição será a civil.

Não bastasse em todos os processos trabalhistas envolvendo acidente de trabalho, o pedido feito é de pagamento de indenização pecuniária, quer em relação ao dano patrimonial, que em relação ao dano moral, passando ambos assim a constituírem crédito trabalhista. Ainda que a origem seja a ofensa a direito extrapatrimonial, a indenização destinada a compor o dano tem a natureza de crédito e crédito tipicamente trabalhista, a ensejar a incidência da prescrição trabalhista.

O que não nos parece possível é a aplicação da prescrição do Direito Civil no relacionamento entre empregado e empregador, que, no nosso entender, contraria a lei trabalhista, que é expressa: de cinco anos no curso do contrato, com limitação a dois, a partir da sua extinção. [...]

Logo, relativamente às causas advindas da Justiça

comum, entendemos que devem ser respeitados esses prazos (vinte anos para as causas ajuizadas até 10.1.2003 e três anos para as ajuizadas a partir de 11.1.2003, com elastecimento para cinco anos a partir da Emenda Constitucional n. 45, de 31 de dezembro de 2004, com limitação a dois anos a partir da extinção do contrato, respeitado o maior prazo, de três anos, para as situações transitórias).

Relativamente aos demais danos morais, desde pelo menos 1998 a questão já se encontrava pacificada, inclusive pelo STF e TST, quanto à competência da Justiça do Trabalho. A solução, portanto, não pode ser a mesma. Pelos mesmos fundamentos já desenvolvidos, a prescrição aplicável é apenas a trabalhista, sem sequer poder, no nosso entender, cogitar-se da prescrição civil.

Em suma, para os adeptos dessa teoria deve-se examinar a relação jurídica subjacente que liga o agente e a vítima. Se o acidente ocorreu na execução de um típico contrato de trabalho, a prescrição incidente será a dos créditos trabalhistas, prevista na Constituição Federal (art. 7º, inc. XXIX). Ao revés, se o acidente ocorreu na execução de uma relação estabelecida entre trabalhador autônomo ou estagiário e tomador, a prescrição aplicável será a do Código Civil, eis que a relação jurídica subjacente é de natureza civil e a Justiça do Trabalho será a competente, haja vista o disposto no art. 114, I e VI, da CF. Em outras palavras, a relação jurídica de trabalho é gênero de natureza civil (trabalhador é gênero) e a prescrição será regulada pelo Código Civil. A relação de emprego é espécie de natureza trabalhista (empregado é espécie) e a prescrição será regulada pela Constituição Federal e, antes dela, pelo art. 11 da CLT.

### 2.4.3 Crítica

Melina Silva Pinto<sup>65</sup>, em oposição a essa corrente, diz:

Com a devida vênua, tal corrente não nos parece a mais adequada primeiramente porque a modificação constitucional foi de competência, matéria processual, a qual não interfere no direito material e, sendo de natureza pessoal a matéria danos morais, deve-se observar sempre a prescrição decenal geral do Código Civil, anteriormente mencionada.

A não se assim, teríamos de admitir que a Justiça Comum, em toda a longa história anterior ao reconhecimento da competência da Justiça do Trabalho sobre o tema, aplicou equivocadamente a regra prescricional aos casos que lhe foram submetidos - e seria francamente inviável admitir que a norma prescricional variasse ao sabor da competência do órgão jurisdicional encarregado do julgamento da demanda.<sup>66</sup>

Ademais, como oportunamente conclui Rodrigo Dias, “[...] não seria razoável distinguir a definição da regra prescricional conforme o trabalhador fosse classificado ou não como empregado, ou seja, aplicar certa norma, sendo ele empregado, e outra, sendo ele um profissional autônomo, por exemplo. Afinal, num e noutro caso, o trabalhador teria sido submetido ao exato mesmo constrangimento, logo deve ser-lhe aplicada a mesma regra prescricional.”<sup>67</sup>

## 3 A Corrente da Prescrição Quinquenal - Art. 104 da Lei N. 8.213/90

Há entendimento isolado no sentido de que a

---

<sup>65</sup> PINTO, op. cit., p. 726.

<sup>66</sup> FONSECA, Rodrigo Dias da. Danos Morais e Materiais na Justiça do Trabalho - prazo prescricional. *Revista LTr*, São Paulo, ano 70, n. 04, p. 447, abr. 2006. (apud PINTO, Medina Silva, 2008).

<sup>67</sup> Idem.

prescrição é quinquenal, com apoio no art. 104, da Lei n. 8.213/90. Cabe transcrever o magistério de Antônio de Pádua Muniz Corrêa:<sup>68</sup>

Trata-se de matéria específica que merece atenção redobrada do Poder Judiciário trabalhista, principalmente por incumbir às empresas o dever de adotar medidas coletivas e individuais de proteção e segurança da saúde do trabalhador. Assim, em face da especificidade da matéria, ela precisa de tratamento diferenciado e de prazo mais longo, pois a marca do acidente não só agride o corpo do trabalhador e de sua família, agride toda a sociedade em face dos altos custos que o sistema previdenciário arca com a recuperação e habilitação profissional do obreiro. No meu entender, o prazo do Código Civil atual também não serve como parâmetro.

Portanto, tratando-se de acidente de trabalho, esta matéria vem inteiramente disciplinada na Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. Ela conceitua o acidente, fala a partir de quando se deve considerá-lo, diz quais os documentos que são necessários para instruir o pedido perante a Previdência, regra os valores e percentuais do auxílio-acidente, enumera as várias hipóteses de acidentes (arts. 20 e 21), imputa às empresas o dever de guarda da saúde e segurança do trabalhador, além de considerar acidentaria a incapacidade quando constatar ocorrência de nexó técnico epidemiológico entre o trabalho e o acidente (art. 21-A). Em fim, regula todas as hipóteses. Exatamente por isso é que devemos buscar na Lei n. 8.213/91 a resposta acerca da prescrição acidentaria.

Dentro desta realidade, encontro no art. 104 da Lei n. 8.213/91, que a prescrição a ser observada nas ações referentes a acidente do trabalho é a quinquenal, contada a partir do acidente quando dele resultar morte ou incapacidade temporária ou permanente. [...]

Por tudo analisado, dúvida não tenho que a prescrição a ser observada pelo Juiz do Trabalho, tratando-se de

---

<sup>68</sup> CORRÊA, Antônio de Pádua Muniz. *A Prescrição no Acidente do Trabalho*. *LTr Suplemento Trabalhista*, São Paulo, n. 032/08, Ano 44, p. 167, 2008.

ação decorrente de acidente do trabalho, não pode ser outra senão a quinquenária, haja vista haver direta relação de causa e efeito entre o trabalho e a morbidade sofrida pelo obreiro, donde ressaí a natureza acidentária da ação ressarcitória, fato que atrai a incidência do art. 104 da Lei n. 8.213/91.

#### **4 Início da Contagem do Prazo Prescricional**

A legislação constitucional (art. 7º, XXIX, CF) e a legislação trabalhista (art. 11, CLT) estabelece que o termo inicial seja fixo, no ato de extinção do contrato de trabalho. Tratando-se de acidente típico, em que se pode determinar no tempo e no espaço a agressão ao corpo humano, ocorrida durante o trabalho, conta-se o prazo prescricional trabalhista (art. 7º, inc. XXIX, CF/88), a partir da data do infortúnio. Essa questão é pacífica, para os adeptos da prescrição trabalhista.

No entanto se a hipótese for de doença ocupacional e doença do trabalho, em que o adoecimento do trabalhador é continuado, a situação fica mais complicada, já que não se pode saber quando começou não se pode fixar o tempo inicial do prazo de prescrição trabalhista, que é de dois anos contados da extinção do contrato. A vítima, inclusive, pode tomar conhecimento da violação, após o término do contrato de trabalho. José Affonso Dallegrave Neto utiliza a expressão dano acidentado pós-contratual, para as hipóteses em que o empregado toma conhecimento da lesão, mais de dois anos, após o desligamento. Para esse caso, é defendida a aplicação da aludida Súmula 278 do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

Súmula n. 278 - Prescrição - Prazo prescricional - Ação de Indenização - Incapacidade laborai. O termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da

incapacidade laborai.

Nesse sentido, Maurício Machado Marca<sup>69</sup> sustenta:

Em se tratando de doença profissional o marco inicial da contagem da prescrição deve coincidir com a data "em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laborai" (Súmula n. 278, do STJ) e independentemente da data da respectiva rescisão do contrato de trabalho. É somente com a ciência da incapacidade laborai que nasce para o autor a possibilidade de demandar o empregador e, por consequência, é possível atribuir-se inércia ao autor que não pratica nenhum dos atos interruptivos da prescrição. Não há coerência e razoabilidade em exigir que o empregado demande contra o empregador quando sequer tem ciência da existência de doença profissional cuja manifestação e consolidação dos efeitos pode demorar mais de dois anos contados da extinção do contrato.

Na mesma linha, José Augusto Rodrigues Pinto<sup>70</sup> justifica:

Quer dizer: sendo a **ação** apenas um **veículo processual** usado pela **pretensão** para chegar à **prestação jurisdicional**, não é possível imaginar actio nata anterior à existência de pretensão processual. E uma vez que a **conditio sine qua non** da pretensão reparar o dano é o conhecimento de violação do direito material por seu titular, o termo inicial da prescrição só pode ser determinado a partir de quando **ele souber da violação**, nunca no momento em que ela se caracterizou imperceptivelmente. [...]

---

<sup>69</sup> MARCA, Maurício Machado. A Prescrição Aplicável à Indenização Decorrente de Acidente de Trabalho ou Doença Profissional Movida pelo Empregado em Face do Empregador. *LTr Suplemento Trabalhista*, São Paulo, n. 48, Ano 42, p. 218, 2006.

<sup>70</sup> PINTO, José Augusto Rodrigues. Prescrição, Indenização Acidentária e Doença Ocupacional. *Revista LTr*, São Paulo, v. 70, n. 01, p.11-12, jan. 2006.

A mudança de posição da Corte constitucional, no julgamento do Conflito de Competência n. 2.704, que já comentamos, trouxe para a Justiça do Trabalho **todas as ações indenizatórias**, tendo por fundo o **acidente no trabalho**, mesmo a título de equiparação legal, como se dá com a **doença ocupacional** e a **doença do trabalho**. [...]

Ora, considerando que, ao contrário do caráter franco e áspero da agressão no **acidente de trabalho** propriamente dito, o da doença que a ele se equipara é insidioso e melífluo, nada mais previsível que em expressiva maioria dos casos o empregado só venha a tomar consciência de ser portador do dano causado pela doença ocupacional, quando já não puder reclamar, por força do mecanismo legal da prescrição trabalhista.

Este é o problema vindo à tona com a migração para a Justiça do Trabalho das ações de indenização por dano acidentário, propriamente dito ou por equiparação legal, contra o empregador. Sem dúvida, urge solucioná-lo - e em nosso modesto entender há uma fórmula imediata e transicional, de analogia jûris, e outra a médio prazo e definitiva, de *lege ferenda*. A primeira delas consiste em chamar à colação no Direito do Trabalho a concepção do art. 189 do Código Civil e a interpretação da Súmula n. 278 do STJ sobre o termo inicial de contagem do prazo prescricional, quando não coincidirem o momento da violação do direito subjetivo e o do conhecimento disso por seu titular. A segunda pra alterar a regra concernente à prescrição absoluta trabalhista, que é a bienal, para fazê-la coincidir com a do dispositivo civil citado, doutrinariamente mais precisa, legalmente mais moderna e intelectualmente mais justa.

6. A lei civil, de um lado, e a constitucional e trabalhista, de outro, adotam critérios distintos de fixação do termo inicial prazo de prescrição total. Para o Código Civil, ele recai no nascimento da pretensão, e este só se dá quando o titular do direito subjetivo toma conhecimento inequívoco de violação infligida. Para a Constituição/88 e a CLT, o termo é fixo, no ato de extinção do contrato individual de emprego, que pode acontecer antes de titulá-lo de direitos subjetivos

criados pela relação jurídica tome conhecimento de violação ou violações cometidas contra alguns deles.

7. O critério da legislação do trabalho de privar o empregado do exercício da faculdade de defesa judicial de direitos subjetivos violados por ato ilícito do empregador deve ser revisto para deslocar o ponto de partida da contagem da prescrição bienal da extinção pura e simples do contrato para o nascimento da pretensão à prestação jurisdicional, coincidente com a ideia clássica da *actio nata*, a exemplo do que faz a legislação civil. (Grifo do autor).

É oportuno citar ainda o entendimento de José Affonso Dallegre Neto<sup>71</sup>, a respeito da ocorrência de doença ocupacional, nas relações de emprego e de trabalho e o termo inicial da contagem do prazo prescricional:

No caso de dano pós-contratual o marco da prescrição se deslocará daquele previsto na regra geral do art. 7º, XXIX, da CF - dois anos após o desligamento - iniciando-se a contagem a partir do momento em que a ação judicial torna-se exercitável (*actio nata*), qual seja da data em que o direito torna-se exigível, o que geralmente se dá a partir do ato ilícito ou de sua ciência por parte da vítima.

No que tange aos efeitos dos danos acidentários manifestados após a rescisão do contrato de trabalho, cabe invocar a Súmula n. 230 do STF quando diz que a prescrição da ação acidentária conta-se do exame pericial que comprovar a enfermidade ou verificar a natureza da incapacidade.

Em igual sentido é a Súmula n. 278 do STJ quando apregoa que o prazo prescricional da ação de indenização se inicia da data em que o segurado teve "ciência inequívoca da incapacidade laboral". A postura de tais verbetes aplica-se não só às ações acidentárias previdenciárias como também àquelas movidas pelo empregado em face do empregador. [...] Em se tratando de dano pós-contratual incidente não

---

<sup>71</sup> DALLEGRAVE NETO, op. cit., p. 366-367.

sobre relação de emprego, mas sobre relação de trabalho *lato sensu* regulada pelo Código Civil ou lei esparsa, o prazo prescricional será o trienal de que trata o art. 206, § 3º, V, do CC. Não se ignore, conforme já foi dito, que para fixar o prazo prescricional o que importa é a identificação da natureza jurídica da pretensão. Assim, se doença ocupacional, ainda que tardiamente manifestada, tiver por nexos causais uma relação jurídica de emprego preexistente, a pretensão será do tipo trabalhista e o prazo será o quinquenal previsto no art. 7º, XXIX, da CF. Caso se constate que a doença ora manifestada tenha por causa uma finda relação de trabalho regulada pelo Código Civil, a pretensão será do tipo civil e a prescrição será a trienal prevista no Código Civil.

A jurisprudência mais progressista tem se filiado ao entendimento de que a data em que o segurado tiver ciência inequívoca da incapacidade para o trabalho constitui-se no marco inicial. Nesse passo:

PRESCRIÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. ACIDENTE DE TRABALHO. MARCO INICIAL. Acompanhando o entendimento sedimentado na Súmula n. 278 do STJ, esta Corte tem, reiteradamente, decido que o termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado tiver ciência inequívoca da incapacidade para o trabalho. Assim, encontrando-se o contrato de trabalho suspenso tendo em vista a aposentadoria por invalidez, não há como vislumbrar violação do art. 7º, XXIX, da Constituição Federal. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (TST, 5ª Turma, Processo n. AIRR - 2001/2005-153-03-40, Ministro Relator Emmanoel Pereira, Data de Julgamento: 29/04/2009, Data de Publicação: DJ 22.08.2008).

RECURSO DE REVISTA. PRESCRIÇÃO. DANOS DECORRENTES DE ACIDENTE DE TRABALHO. PRAZO DECENAL. [...]

PRESCRIÇÃO. DANOS DECORRENTES DE ACIDENTE DE TRABALHO. TERMO INICIAL. O termo

inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado tiver ciência inequívoca da incapacidade para o trabalho. (Súmulas 230 do STF e 278 do STJ). Recurso de revista conhecido e provido. (TST, 3ª Turma, Processo n. RR - 66500-71.2008.5.12.0046, Ministro Relator Douglas Alencar Rodrigues, Data de Julgamento: 29.4.2009, Data de Publicação: DJ 22.5.2009).

Convém registrar, dentro deste tópico, que o novo Código Civil entrou em vigor "um ano após a sua publicação", conforme *vacatio legis* fixada no art. 2.044 do novo CC. A publicação ocorreu no DOU de 11.01.2002. De acordo com o disposto na regra de contagem de prazo anual estabelecida no art. 132, § 3º do CC/02, a vigência teve como marco inicial o dia 12.01.2003.

O prazo prescricional das ações reparatórias era de vinte anos (art. 177 do CC/1916). Tal prazo foi reduzido para três anos (art. 206, § 3º, V do CC/2002).

A prescrição civil é tratada no art. 189 do Código Civil, in verbis: "*Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206*".

Ou seja, para o Estatuto Civil, o termo inicial do prazo de prescrição recai no nascimento da pretensão e, este só ocorre quando o titular do direito subjetivo toma conhecimento inequívoco da violação infligida.

A regra de transição, prevista no art. 2028 do atual Código Civil dispõe: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada".

Diante da redução do prazo prescricional civil, José Affonso Dallegrave Neto<sup>72</sup> entende que se o fato

---

<sup>72</sup> DALLEGRAVE NETO, op. cit., p.364-365.

ocorreu antes do Novo Código Civil e ainda não decorreu mais da metade do prazo previsto no Código Civil de 1916, deve-se considerar o prazo de 3 (três) anos, previsto no Novo Código Civil, para propor a ação, nos moldes do art. 2.028 c/c 206, § 3º, inc. V e o marco inicial da contagem do prazo prescricional será entrada em vigor do Novo Código Civil e não a data em que ocorreu o infortúnio, a fim de não acarretar prejuízos ao demandante, que seria surpreendido pela redução do prazo de vinte para três anos. A respeito dessa questão vale transcrever a lição do referido autor:

Assim, em relação às ações reparatórias, a diminuição do prazo foi significativa, de vinte (art. 117, CC/16) para três anos (art. 206, § 3º, V, CC/02), exsurgindo um problema jurídico de ordem prática:

- Em que situação ficará o titular de ação reparatória que um dia antes de entrar em vigor o novo Código Civil (12.1.2003) tinha ainda um prazo de onze anos para ajuizar sua ação - vez que transcorridos nove anos da data do acidente do trabalho - e, no dia seguinte, ao entrar em vigor o novo Código, os nove anos faltantes representavam menos da metade do tempo estabelecido na lei revogada (prazo vintenário do art. 177, CC/16), aplicando-se, então, o reduzido prazo trienal do Código novo, conforme estatui a regra de transitoriedade (art. 2.028, CC/2002)?

- Será justo interpretar que, para este titular, o direito de ação se consumou da noite para o dia, tendo em vista a aplicação do prazo reduzido da lei nova retroativa a data do acidente?

Com outras palavras: um dia antes da vigência do novo Código Civil, o titular tinha onze anos de prazo para interpor a ação reparatória e no dia seguinte o seu direito amanheceu prescrito diante da aplicação da regra nova reduzida. É justa essa interpretação?

Em prol dos argumentos jurídicos já aduzidos, mormente a segurança jurídica e da necessidade de ajustamentos pontuais prospectivos e pragmáticos, o STF tem posição pacífica de que a lei nova, que traduz redução do prazo prescricional, não deve ser aplicada

de forma retroativa ao nascimento do direito, mas a partir da vigência da lei nova, sob pena de fulminar abruptamente direitos do jurisdicionado, mesmo sem restar caracterizada a sua inércia.

Não se negue a correta observação de Ilse Lora no sentido de que é indispensável um mínimo de critério científico, norteador da interpretação, sob pena de semear-se a insegurança no meio social, com todas as suas nefastas conseqüências.

Nesse sentido assinala o vetusto precedente do STF:

"No caso em que lei nova reduz o prazo exigido para a prescrição, a lei nova não se pode aplicar ao prazo em curso sem se tornar retroativa. Daí, resulta que o prazo novo, que ele estabelece, correrá somente a contar de sua entrada em vigor." (STF, 1ª Turma, RE 51.706, Rel. Min. Luis Gallotti, julgado em 4.4.1963). [...] Assim, tendência jurisprudência! a ser consolidada é a de que o novo prazo trienal para as ações reparatórias tem como termo a que não a data do acidente, mas a data em que o novo Código Civil entrou em vigor:

"1. Como na data do ingresso da presente demanda ainda não havia transcorrido a metade do prazo de 20 anos desde a data do acidente, a prescrição passou a ser regulada pela lei nova, ou seja, passou a ser de três anos. Inteligência do art. 206, § 3º V, e art. 2.028 do Código Civil.

2. No entanto, a contagem do lapso prescricional desses três anos tem como marco inicial a data em que o novo Código Civil entrou em vigor, e não a data do acidente.

3. Sentença desconstituída. Apelo provido." (TJRS, 12ª Câmara Civil, Apelação Cível n.70012172920, Rel.: Des. Dálvio Leite Dias Teixeira, julgado em 27.10.2005). (Grifo do autor).

O TST, no julgado abaixo transcrito, revela posição, no sentido de que o termo inicial do prazo prescricional é a entrada em vigor do Novo Código Civil:

PRESCRIÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. AÇÃO AJUIZADA NA JUSTIÇA DO TRABALHO. À época do acidente (13/10/1997), o prazo prescricional

era o de vinte anos, previsto no artigo 177 do Código Civil de 1916. Contudo, antes do ajuizamento da presente ação (31/03/2005), entrou em vigor o Código Civil de 2002 (11/01/2003), que reduziu o prazo prescricional para três anos (art. 206, § 3º, V). Todavia, dispõe o artigo 2.028 que serão os da lei anterior os prazos quando reduzidos por esse Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada. Tendo entrado em vigor o novo Código Civil em 11/1/2003 e, ajuizada a ação em 31/03/2005, não há prescrição a ser pronunciada. Precedentes da Quinta Turma: AIRR-99553/2006-068-09-40, Rel. Min. Kátia Magalhães Arruda e RR-918/2005-002-10-00, Rel. Min. João Batista Brito Pereira. Recurso de revista conhecido e provido. (TST, 5ª Turma, Processo n. RR 68300-39.2005.5.02.0040, Ministro Relator Emmanoel Pereira, Data de Julgamento 09/12/2009, Data de Publicação: DJ 18/12/2009).

Assim, para a fixação do termo inicial do prazo prescricional, há que se verificar, em primeiro lugar, o modo de manifestação do acidente de trabalho, se típico, doença ocupacional ou doença profissional. Caso o ex-empregado tome conhecimento do dano, dois anos após o desate laborai (desligamento), o marco da prescrição será deslocado, iniciando o prazo prescricional a fluir da data em que tiver ciência inequívoca da incapacidade laborai, nos termos da Súmula 278 do Superior Tribunal de Justiça.

### **Conclusão**

Várias correntes doutrinárias e jurisprudenciais formaram-se, dentre as quais destacam-se três, que defendem, respectivamente, (1) a imprescritibilidade da pretensão de indenização pelos danos acidentários; (2) a aplicação do prazo prescricional para crédito trabalhista (art. 7º, XXIX, CF) e (3) a incidência do prazo

prescricional de vinte anos, na vigência do Código Civil de 1916 (art. 177) ou de 03 (três) ou de 10 (dez) anos na vigência do Código Civil de 2002 (arts. 205 e 206, § 3º, inc. V, respectivamente).

Apesar de favorável ao trabalhador, não se pode aplicar a primeira corrente, porquanto a imprescritibilidade atinge somente os direitos da personalidade e o seu exercício, não alcançando pretensão à reparação dos danos decorrentes de sua lesão.

No que concerne a segunda corrente, a impropriedade reside no fato de considerar erroneamente a indenização acidentária como crédito trabalhista *stricto sensu*.

A terceira corrente, que pugna pela aplicação dos prazos do Código Civil, reconhece que a pretensão indenizatória, embora tenha como pressuposto o acidente de trabalho, está calcada em típico direito civil.

Nesse contexto, há ainda a orientação jurisprudencial de que se a ação foi ajuizada na Justiça Comum, em período anterior à Emenda Constitucional n. 45/2004, prevalece o prazo prescricional fixado no Código Civil, porque a parte autora não pode ficar a mercê de alterações legislativas promovidas em data posterior à propositura da demanda.

Tratando de ação ajuizada na Justiça do Trabalho, prevalecem os prazos prescricionais trabalhistas, de 5 (cinco) anos no curso do contrato de trabalho, com perda do direito de ação após o decurso de 2 (dois) anos da extinção contratual, a teor do que dispõe o art. 7º, inc. XXIX, da Constituição Federal.

Se o acidente for típico, a data do sinistro servirá como marco inicial da prescrição. Se a hipótese for de doença ocupacional, em que o adoecimento do trabalhador pode ocorrer após o encerramento do pacto

laborai, cabe a incidência da Súmula 278 do STJ, que fixa como termo inicial do prazo prescricional buscado a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade.

Registradas essas concepções, entende-se que a aplicação do prazo prescricional, nas ações de indenização por dano moral e material, decorrente de acidente de trabalho, deve ser realizada de forma cautelosa, a fim de respeitar a segurança jurídica das relações e a supremacia dos postulados constitucionais. É necessário, em razão da vigente conjuntura normativa e social, e da existência de situações ocorridas no passado que permanece vivo, fazer uma linha no tempo, que terá como marco o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004.

Dessa forma, acolhe-se, neste trabalho, a posição recente da SBDI-1 do TST, no sentido de que para os fatos ocorridos a partir da Emenda Constitucional n. 45/2004, aplica-se a prescrição trabalhista, prevista no art. 7º, inc. XXIX, da CF/88, porque a Constituição Federal tem supremacia e deve prevalecer sobre normas ordinárias e, ademais, as indenizações por danos morais e/ou materiais, oriundas de acidente de trabalho, derivam de conflito, ocorrido na constância do contrato de trabalho, daí sua natureza de dissídio trabalhista, devendo ser aplicada a prescrição trabalhista.

A respeito desse assunto, vale transcrever o ensinamento de Caio Mário da Silva Pereira:<sup>73</sup>

[...] que a violação de um direito de caráter não patrimonial faz nascer para o lesado uma ação, que pode converter-se em valor pecuniário, o qual entra no seu patrimônio, sem com isto converter aquele em

---

<sup>73</sup>PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 4. Ed. V. I. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 340.

direito patrimonial.

Partindo dessa ideia de que o direito tem natureza patrimonial, onde se insere os direitos do trabalhador, a sua violação faz com que se adquira créditos que são na expressão da própria Magna Carta, créditos decorrentes da relação de trabalho. A pretensão reparatória de danos morais e materiais, oriunda de acidente de trabalho, classifica-se como crédito decorrente da relação de trabalho, está equiparada aos direitos trabalhistas, por força do art. 7º, inc. XXVIII, da Magna Carta e, por conseguinte, está submetida à prescrição trabalhista, prevista em nível constitucional (art. 7º, inc. XXIX, da Constituição Federal).

Com efeito, só os empregados têm direito a benefícios acidentários, em casos de acidente de trabalho e moléstia profissional, o que revela que esses eventos estão relacionados ao contrato de trabalho e a indenização, por conseqüência, se caracteriza como direito genuinamente trabalhista, atraindo, dessa forma, a prescrição trabalhista. Há ainda a circunstância de que responsabilidade do empregador, a teor do art. 7º, inc. XXVIII, da Constituição Federal, decorre da culpa contratual do empregador, ou seja, por não ter o empregador cumprido com os seus deveres, inseridos no contrato de trabalho e previstos no art. 157 da CLT. Essa vinculação da responsabilidade do empregador às obrigações contratuais serve, pois, para demonstrar que a indenização tem índole de direito trabalhista e está submetida ao prazo prescricional ordinário trabalhista (arts. 7º, inc. XXIX, da CF e 11 da CLT). Frise-se o referido dispositivo constitucional tem hierarquia superior às normas civis e é também norma específica

Entretanto, aqueles casos em que o acidente ocorreu antes do início da vigência da Emenda Constitucional n. 45/2004 e já tiver transcorrido mais da

metade do tempo previsto de prescrição quando do ajuizamento da ação, deve, por questões de política de segurança jurídica aos cidadãos, ser aplicada a regra de transição (art. 2.028 do Código Civil de 2002), no sentido de se admitir a aplicação da prescrição de 20 (vinte) anos, prevista no art. 177 do Código Civil de 1916. Se não transcorreu mais da metade do prazo de vinte anos previsto no Código Civil de 1916, quando da entrada em vigor do atual Código Civil, aplica-se a prescrição do art. 206, § 3º, V, do Código Civil de 2002, qual seja, três anos, iniciando-se a contagem a partir da sua entrada em vigor. Seguindo a tendência jurisprudencial, entende-se que o prazo trienal para as ações reparatórias tem como termo inicial não a data do acidente, mas a data em que o novo Código Civil entrou em vigor (12.1.2003).

Releva notar que ainda que não haja na regra insculpida no art. 206, parágrafo 3º, inciso V, do Código Civil previsão específica da pretensão reparatória por dano decorrente de acidente de trabalho, é evidente que esta se encontra contemplada pela expressão "*pretensão de reparação civil*". Não se pode adotar um formalismo injustificado, sob pena de inviabilizar a solução dos conflitos de interesse. No período anterior à Emenda Constitucional n. 45/04, deve-se levar em conta o entendimento majoritário e pacífico dos Tribunais à época para aplicar-se a prescrição prevista no CC/16 ou CC/02, conforme a regra de transição fixada no art. 2028 do CC/02.

Acrescente-se que o Supremo Tribunal Federal decidiu que são válidas e eficazes as decisões proferidas pela Justiça Comum Estadual antes da Emenda Constitucional n. 45/04 porque "*o relevante interesse social em causa*" justifica que "*o marco temporal da competência da Justiça trabalhista é o*

*advento da Emenda Constitucional n. 45/04"*. O Supremo Tribunal Federal, na prática, afirma que a indenização decorrente de acidente de trabalho sempre foi crédito trabalhista, mas assim deve ser considerada a partir da EC n. 45/04. Além disso, os processos sentenciados permanecem na Justiça Comum Estadual - de acordo com entendimento do Supremo Tribunal Federal e do STJ. Esse fato demonstra que a aplicação de prazos prescricionais distintos para fatos idênticos ocorridos na mesma época feriria a lógica.

Nas relações de trabalho, em que não há a figura do empregador e empregado (não há uma típica relação de emprego no fundo), como por exemplo, as que envolvem cooperados, estagiários, autônomos, empreiteiros, entende-se que deve ser aplicada a prescrição civil de três anos, haja vista que a pretensão indenizatória em caso de infortúnio está abarcada pela expressão "*pretensão de reparação civil*".

Face ao exposto, registra-se que a conclusão, nos moldes apresentados, levou em consideração os argumentos, adotados na doutrina e jurisprudência, a respeito da prescrição aplicável nas ações de indenização por dano material ou moral decorrente de acidente de trabalho.

### Referências Bibliográficas

- ALMEIDA, Isis de. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. V. 1. São Paulo: LTr, 1991.
- AMORIM, Sebastião Luiz. **Responsabilidade Civil: acidente de trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BARACAT, Eduardo Milléo. **Prescrição Trabalhista e a Súmula N. 294 do TST**. São Paulo: LTr, 2007.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009.
- BELMONTE, Alexandre Agra. **Curso de Responsabilidade Trabalhista: danos morais e patrimoniais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2008.
- BRANDÃO, Cláudio. **Acidente do Trabalho e Responsabilidade Civil do**

- Empregador**. 3. Ed. São Paulo: LTr, 2009.
- CAHALI, Yusef Said. **Prescrição e Decadência**. 2. Tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- CAIRO JÚNIOR, José. **O acidente do Trabalho e a Responsabilidade Civil do Empregador**. 5. Ed. São Paulo: LTr, 2009.
- CAMPO, Júlio Bernardo do. A prescrição em face da reparação de danos morais e materiais decorrentes de acidente de trabalho ou doença profissional ao mesmo equiparada. **Revista LTr**, São Paulo, v. 70, n. 6, p. 679, jun. 2006.
- CARMO, Júlio Bernardo do. A Prescrição em face da reparação de danos morais e materiais decorrentes de Acidente de Trabalho ou Doença Profissional ao mesmo equiparada. **Revista LTr**, São Paulo, v. 70, n. 6, p. 679, jun. 2006.
- CASTRO, Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de. Prazo: nem vinte, nem três anos. **Revista do TRT da 21ª Região**, Natal/RN, Ano 1, n. 1, jun. 2003.
- CORRÊA, Antônio de Pádua Muniz. A prescrição no acidente do trabalho. **LTr Suplemento Trabalhista**, São Paulo, n. 032/08, Ano 44, p. 167-168, 2008.
- DALAZEN, João Oreste. A nova prescrição das ações trabalhistas. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 13, n. 2, p. 47-67, jul. 1988.
- DAL COL, Helder Martinez. **Responsabilidade Civil do Empregador - Acidente do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho**. 3. Ed. São Paulo: LTr, 2009.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. Ed. São Paulo: LTr, 2009.
- DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- FERNANDES, Louise Santos. A prescrição da pretensão de reparação dos danos decorrentes de acidentes de trabalho. **Revista do Ministério Público do Trabalho do Rio Grande do Norte**, Natal, n. 8, p. 183 nov. 2008.
- FONSECA, José Geraldo da. Prescrição das ações reparatórias de dano moral por acidente do trabalho. **Trabalho Encarte**, Curitiba, n. 126, p. 3987-3996, ago. 2007.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil - Parte Geral**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2002.
- LIMA FILHO, Francisco das C. A imprescritibilidade da ação de reparação de danos morais decorrentes de acidente de trabalho. **Revista ST**, n. 204, p. 20-26, jun. 2006.
- LORA, Use Marcelina Bemardi. A prescrição nas ações de indenização decorrentes de acidente do trabalho. **Revista ST**, n. 204, p. 07-19, jun. 2006.
- MACHADO, Sidnei. **O Direito à Proteção ao Meio Ambiente de Trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr, 2001.
- MAIOR, Jorge Luiz Souto. A prescrição do direito de ação para pleitear indenização por dano moral e material decorrente de acidente do trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, v. 70, n. 5, p. 535-547, maio 2006.
- MALET, Estevão. O novo Código Civil e o Direito do Trabalho. **Revista Eletrônica Júris Plenum**, Caxias do Sul-RS, Editora Plenum, CD 1, Ed. 70,

mar.-abr. 2003.

MARCA, Maurício Machado. A prescrição aplicável à indenização decorrente de acidente de trabalho ou doença profissional movida pelo empregado em face do empregador. **LTr Suplemento Trabalhista**, São Paulo, n. 48, Ano 42, p. 218, 2006.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**. 10. Ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MELO, Raimundo Simão de. Prescrição nas ações acidentárias sob o enfoque da tutela dos direitos humanos. **Revista LTr**, São Paulo, v. 72, p. 527-537, maio/2008.

\_\_\_\_\_. Danos ao Meio Ambiente do Trabalho e à Saúde o Trabalhador: Responsabilidades e Prescrição. **Revista IOB Trabalhista e Previdenciária**, São Paulo, Ano XX, n. 232, p. 196-197, out. 2008.

MESSIAS, Nei. Prescrição da pretensão de indenização por danos materiais e morais decorrentes de acidente de trabalho - quebrando os dogmas prescricionais na Justiça do Trabalho. **Justiça do Trabalho**, Porto Alegre: HS Editora, v. 24, n. 281, p. 10-34, maio 2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 35. Ed. São Paulo: LTr, 2009.

OLIVEIRA, José Irineu de. Prescrição nas ações de acidente de trabalho. **LTr Suplemento Trabalhista**, São Paulo, n. 070, p. 306, 2006.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Profissional**. 5. Ed. São Paulo: LTr, 2009.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O Dano Moral na Relação de Emprego**. 3. Ed. São Paulo: LTr, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v.I, p. 340.

\_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Civil**. 19. Ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PINTO, José Augusto Rodrigues. Prescrição, Indenização Acidentaria e Doença Ocupacional, **Revista LTr**, São Paulo, v. 70, n. 01, p. 07-08, 10-12, jan. 2006.

PINTO, Melina Silva. A prescrição aplicável às ações de indenização por dano moral decorrente de acidente do trabalho. **Suplemento Trabalhista LTr**, São Paulo, n.142/08, Ano 44, p. 719-726, 2008.

SALEM, Diná Aparecida Rossignolli; SALEM, Luciano Rossignolli. **Acidentes do Trabalho**. 2. Ed. São Paulo: IOB Thomsom, 2005.

SAMPAIO, Rossana Tália Modesto Gomes. A Prescrição nas Ações Indenizatórias por dano decorrente de acidente de trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região**, Fortaleza/CE, p. 89-99, jan.-dez. 2006.

SCHIAVI, Mauro. Aspectos polêmicos do acidente de trabalho - responsabilidade objetiva do empregador pela reparação dos danos causados ao empregado -prescrição. **Revista LTr**, São Paulo, v. 70, p. 582, maio 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. Ed. São Paulo: Malheiros, jan. 2004.

SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 25. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SOARES JÚNIOR, Nelson. Aspectos polêmicos das ações decorrentes de acidente de trabalho: competência e prescrição. **Decisorio Trabalhista**, Curitiba, v. 5, n. 166, p. 11-12, maio 2008.

SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* **Instituições de Direito do Trabalho**. 20. Ed. v. 2. São Paulo: LTr, 2002.

TRIBUNAL Regional do Trabalho da 2ª Região. Disponível em:

<<http://www.trt2.jus.br/>>. Acesso em: 27 jan. 2010.

TRIBUNAL Regional do Trabalho da 4ª Região - Rio Grande do Sul.

Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/home>>. Acesso em: 08/01/2010.

TRIBUNAL Regional do Trabalho da 20ª Região. Disponível em:

<<http://www.trt20.jus.br/>>. Acesso em: 15/01/2010.

TRIBUNAL Regional do Trabalho da 21ª Região. Disponível em:

<<http://www.trt21.jus.br/>>. Acesso em: 14/01/2010.

TRIBUNAL Regional do Trabalho da 23ª Região - Mato Grosso. Disponível

em: <<http://www.trt23.jus.br/index2.asp>>. Acesso em: 12/01/2010.

TRIBUNAL Superior do Trabalho. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br/>>.

Acesso em: 20/01/2010.



## COMUNIDADE DA VILA CRUZEIRO: A AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS ATRAVÉS DA MEDIAÇÃO

Márcia Leipnitz Rauber<sup>74</sup>  
Tássia Rafaela Leipnitz Rauber<sup>75</sup>

**Resumo:** O objetivo do presente trabalho é discutir a mediação de conflitos como meio de efetivação dos direitos humanos, tendo como experiência o Projeto de Extensão Mediação de Conflitos na Comunidade da Vila Cruzeiro. Faz-se uma abordagem sobre os direitos humanos, bem como a justiça no conceito aristotélico. Busca-se, objetivamente, contextualizar a Grande Cruzeiro e demonstrar o significado prático do termo acesso à justiça. Desse modo, poderá se falar em acesso à justiça como elemento que visa à concretização de uma justiça participativa e de inclusão, com respeito aos direitos humanos de todo e qualquer cidadão.

**Palavras-chave:** Direitos humanos. Mediação. Acesso à justiça.

### Notas Introdutórias

Ao longo do processo de formação do território brasileiro, muitas desigualdades foram construídas. Com os processos de urbanização, industrialização e globalização essas desigualdades tornaram-se ainda mais evidentes.

Hodiernamente observa-se que poucos detêm a maior parte da renda do país, fazendo com que muitos, a grande maioria, não possuam acesso a bens e serviços de qualidade, quer seja pela falta de acesso à renda, quer pela marginalização em relação ao acesso a serviços públicos básicos.

A Constituição Federal de 1988 assegura a todos os cidadãos, no artigo 5º e seguintes, direitos básicos,

---

<sup>74</sup> Procuradora do Município de Porto Alegre. Pós-Graduação em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera - UNIDERP/MS, em 2009.

<sup>75</sup> Procuradora do Município de Porto Alegre. Pós-Graduação em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera - UNIDERP/MS, em 2009.

tais como: educação, saúde, alimentação, moradia, entre outros: sendo estes direitos reconhecidos também na Declaração Universal de Direitos Humanos. Contudo, a maioria da população não sabe que possui direitos assegurados e, ainda menos, que podem exercer e exigir tais direitos. A desigualdade resulta em ausência de conhecimento e informação a respeito das possibilidades de materialização desses direitos.

Grande é o desafio que se apresenta à nossa sociedade: promover a concretização de uma justiça participativa e a disseminação de meios alternativos de acesso à justiça.

## 1 Os Direitos Humanos

"A essência dos direitos humanos é o direito a ler direitos." Hannah Arendt.

Inicialmente, faz-se necessária uma breve diferenciação das palavras direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais, visto que são utilizadas para se referir ao mesmo objeto. Os direitos do homem são valores éticos-políticos que ainda não foram positivados. Tratam-se da matéria-prima dos direitos fundamentais, ou seja, os direitos fundamentais são os direitos do homem positivados.<sup>76</sup> Os direitos fundamentais são normas ligadas à dignidade da pessoa humana e à limitação do poder, positivadas na constituição de determinado Estado Democrático de Direito, fundamentando e legitimando todo o ordenamento jurídico.<sup>77</sup> Por fim, a expressão direitos humanos refere-se a valores positivados no plano do

---

<sup>76</sup> MARMELESTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 3.Ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.26.

<sup>77</sup> MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais. Teoria Geral*. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.2.

direito internacional; tratados internacionais, pactos e convenções.<sup>78</sup> São direitos inerentes a todos os seres humanos e possuem o caráter de perenidade, pertencendo ao ser humano pelo simples fato de ele "ser" humano. Dizem respeito, primeiramente, à dignidade da pessoa<sup>79</sup> e à limitação do poder (conteúdo ético).<sup>80</sup>

Um dos marcos na evolução dos direitos humanos é a Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, decorrente da Revolução Americana, que proclamava o direito à vida, à liberdade e à propriedade, e os princípios da legalidade, do devido processo legal. Tribunal do Júri, o princípio do juiz natural e imparcial, a liberdade de imprensa e a liberdade religiosa. De grande importância também neste período, foi a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América (1776) e a Constituição dos Estados Unidos da América (1787).<sup>81</sup>

Porém, a aclamação dos direitos humanos foi de responsabilidade da França, quando em 1789 a Assembléia Nacional promulgou a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, com 17 artigos,

---

<sup>78</sup> MARMELSTEIN, op. cit., p.27.

<sup>79</sup> Para Marmelstein. "costuma-se dizer que o homem, pelo simples fato de sua condição humana, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado. Essa é a idéia básica de dignidade da pessoa humana, que, na verdade, diz pouca coisa, já que é tautológica/redundante" (MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 3.Ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 18). Leciona Alexandre de Moraes que "a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida é que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (MORAES. Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais. Teoria Geral*. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.48).

<sup>80</sup> MARMELSTEIN, op. cit., p. 18.

<sup>81</sup> MORAES, op. cit., p. 9-10.

que abarcavam direitos tais como: igualdade, liberdade, propriedade, segurança, resistência à opressão, associação política, princípio da legalidade, da reserva legal, liberdade religiosa, livre manifestação do pensamento entre outros.<sup>82</sup>

Aos direitos de liberdade, ou direitos civis e políticos, oriundos das declarações burguesas e chamados de direitos de primeira geração<sup>83</sup>; foram se acrescentando os direitos de igualdade, ou direitos econômicos, sociais e culturais, provindos da Revolução Industrial e chamados de direitos de segunda geração.<sup>84</sup>

A Constituição do México de 1917, produto da Revolução Mexicana, foi um marco importante na garantia de direitos sociais, dando relevante importância aos direitos trabalhistas. A Constituição de Weimar de 1919 previa direitos e deveres fundamentais ao povo da Alemanha e era dividida em cinco partes, entre direitos individuais, vida social, direitos religiosos, educação e economia. A Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado trazia ideias de suprimir todas as explorações do "homem pelo homem", buscando abolir a divisão da sociedade por classes e expandir o socialismo a todos os países.<sup>85</sup>

Os direitos denominados de terceira geração ou difusos são aqueles chamados de direitos de

---

<sup>82</sup> Idem, p.10.

<sup>83</sup> Originalmente as expressões direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações foram usadas pelo professor Karel Vasak, em 1979, quando ministrou a aula inaugural no Curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo na França. Segundo alguns historiadores, Vasak resolveu fazer uma reflexão a respeito dos direitos e ligá-los aos princípios da Revolução francesa. Deixando claro que foram cronologicamente galgados os direitos de primeira geração (liberdade), segunda geração (igualdade) e por último, teríamos os direitos de terceira geração (fraternidade). BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. Ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 563.

<sup>84</sup> MARMELSTEIN, op. cit., p. 46.

<sup>85</sup> MORAES, op. cit., p. 13.

solidariedade ou fraternidade, que abarcam o direito ao desenvolvimento, direito à paz, direito ao meio ambiente, direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação. Os direitos difusos priorizam a coletividade, dando ênfase às garantias da humanidade como um todo; trazendo direitos para as famílias, grupos sociais e étnicos, como determinação dos povos e meio ambiente ecologicamente equilibrado para as futuras gerações.<sup>86</sup>

Após a tragédia das duas guerras mundiais, representantes políticos foram planejando, ao longo de anos, a criação da Organização.<sup>87</sup> As Nações Unidas (ONU) foram fundadas oficialmente em 24 de outubro de 1945, ocasião em que foi assinada a Carta das Nações Unidas, cujo propósito reside essencialmente em evitar a guerra, promover a solidariedade internacional e na promoção dos direitos humanos.<sup>88</sup> A Assembleia Geral da ONU, principal órgão deliberativo na Organização, proclamou em 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), sendo um marco na história dos direitos humanos estabelecendo a proteção universal dos direitos humanos.<sup>89</sup>

Para a DUDH, o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos é a condição de pessoa. A Declaração introduz, além do caráter universal dos

---

<sup>86</sup> LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das letras, 2001, p. 131.

<sup>87</sup> Disponível em: <<http://www.oiuJ.org.br/awhcca-a-onu/a4iistoria-da-organizacao/>>. Acesso em: 26/4/12.

<sup>88</sup> Disponível em: <[http://unicrio.org.br/img/CartadaONIJ\\_Versolnleriel.pdf](http://unicrio.org.br/img/CartadaONIJ_Versolnleriel.pdf)>. Acesso em: 26/4/12.

<sup>89</sup> A Declaração Universal dos Direitos Humanos dispõe em seu artigo primeiro: "Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em uns aos outros com espírito de fraternidade", [grifo nosso]. (Disponível em: <[HTTP://unicrio.org.br/img/DeclU\\_D\\_HumanosVersolInternet.pdf](http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersolInternet.pdf)>. Acesso em: 26/4/12.)

direitos humanos, a indivisibilidade desses direitos, conjugando o catálogo dos direitos civis e políticos com o dos direitos econômicos, sociais e culturais. Dessa forma, combina o valor da liberdade com o valor da igualdade.<sup>90</sup>

A DUDH inspirou a aprovação de muitos outros tratados importantes, tais como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, conhecido como Pacto de San José da Costa Rica, e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966, que contêm relevantes diretrizes a serem observadas pelos países signatários, incluído o Brasil. No mesmo sentido, foram criados inúmeros Tribunais Internacionais de Direitos Humanos que objetivam garantir a observância dos tratados internacionais.<sup>91</sup>

No Brasil, após a ditadura militar, a Constituição Federal de 1988 estabelece como viga-mestra da organização sócio política brasileira o princípio da dignidade da pessoa humana, definido como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988. Vale ressaltar, ainda, que o texto constitucional abarcou a distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos, sendo este termo utilizado quando referente ao âmbito internacional.<sup>92</sup>

Dessa forma, ao verificar-se a trajetória dos direitos humanos, com a DUDH da ONU, em 1948, passando pela Constituição Federal de 1988, bem como todos os tratados assinados e ratificados pelo Brasil, tornou-se inaceitável a violação aos direitos humanos, constituindo desrespeito a toda a humanidade.

---

<sup>90</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 12. Ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 196.

<sup>91</sup> MARMELSTEIN, op. cit., p. 55.

<sup>92</sup> Ver artigos 4º, II; 5º, § 3º; 7º e 109, § 5º da Constituição Federal de 1988.

Assim sendo, os direitos humanos constituem realizações da justiça e da ética, sendo fundamental que os mediadores conheçam esses direitos humanos.

## 2 Justiça no Conceito Aristotélico

"A base da sociedade é a justiça: o julgamento constitui a ordem da sociedade: ora o julgamento é a aplicação da justiça." Aristóteles

No Livro V da sua obra *Ética a Nicômaco*, *Aristóteles*<sup>93</sup> trata sobre o termo justiça, definindo-o como legalidade, igualdade<sup>94</sup> e virtude completa.<sup>95</sup> No conceito aristotélico ser justo é cumprir a lei e, no mesmo sentido; a justiça é então uma virtude, um hábito, ou seja, um agir constante e deliberado que faz com que o ser humano atinja a sua felicidade em uma sociedade igualitária.

O filósofo grego justificou, ainda, a existência da figura do juiz, não como aquele que tem a posse da

---

<sup>93</sup> Aristóteles (384 - 322 a.C), filósofo grego nascido em Estagira, colônia de origem jônica no reino da Macedônia. Uma das suas obras mais conhecidas e estudadas é *Ética a Nicômaco*, que trata sobre: moral, ética, justiça, lei e direito.

<sup>94</sup> Segundo a opinião geral, a justiça é aquela disposição de caráter que torna as pessoas propensas a fazer o que é justo, que as faz agir justamente e a desejar o que é justo; e de modo análogo, a injustiça é a disposição que leva as pessoas a agir injustamente e a desejar o que é injusto. Tanto o homem que infringe a lei como o homem ganancioso e improbo são considerados injustos, de tal modo que tanto aquele que cumpre a lei como o homem honesto obviamente serão justos. O justo, portanto, é aquele que cumpre e respeita a lei e é probo; e, o injusto é o homem sem lei e improbo (ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*. Trad. Torrieri Guimarães. A.cd. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 103).

<sup>95</sup> [...] justiça é a virtude completa, embora não de modo absoluto, mas em relação ao próximo. Por isso, a justiça é muitas vezes considerada a maior das virtudes [...]. Com efeito, a justiça é a virtude completa no mais próprio e pleno sentido do termo, porque é o exercício atual da virtude completa. (ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Torrieri Guimarães. 4. Ed. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 105)

justiça, mas aquele que a faz atuar. O princípio a ser perseguido era o "bem maior" como ideal de justiça.<sup>96</sup> Trabalhou a noção de equidade como uma espécie de correção da lei, pois quando esta se mostra deficiente há a necessidade do juiz adaptá-la ao caso concreto, sempre com o objetivo de estabelecer a justiça.<sup>97</sup>

Para Aristóteles existiam duas classes importantes de justiça: geral e particular; possuindo a justiça, dessa maneira, aspectos universais e particulares. Na Justiça geral tratou da totalidade das virtudes morais, sendo a virtude no seu grau mais eminente. Abordou, também, a observância da lei e o seu correto cumprimento. Na Justiça particular estabeleceu uma igualdade entre o sujeito que age e o que sofre a ação. Nesta esfera, classificou a justiça em Justiça distributiva e Justiça corretiva.

A Justiça distributiva constitui-se na distribuição proporcional, segundo os méritos de cada um, de bens ou honorarias. Consideram-se os princípios da igualdade e proporcionalidade como elementos preponderantes da justiça distributiva. Aristóteles entende que a função do Estado é distribuir, na desigualdade, a proporcionalidade.<sup>98</sup> A Justiça corretiva tratou da

---

<sup>96</sup> Recorrer ao juiz é recorrer a justiça, pois a natureza do juiz é ser uma espécie de justiça animada, e as pessoas procuram o juiz como um intermediário, e em algumas cidades-Estado os juizes são chamados mediadores, na convicção de que, se os litigantes conseguirem o meio-termo, obterão o que é justo. Portanto, justo é um meio-termo já que o juiz o é. (ARISTÓTELES, *Ética* a Nicômaco. Trad. Torrieri Guimarães. 4. Ed. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 111).

<sup>97</sup> Portanto, nesse sentido a justiça não é uma parte da virtude, mas a virtude inteira; nem seu contrário, a injustiça, é uma parte do vício, mas o vício inteiro. O que dissemos torna evidente a diferença entre a virtude e a justiça nesse sentido: são elas a mesma coisa, mas sua essência não é a mesma. Aquilo que é justiça praticada em relação ao próximo, como uma determinada disposição de caráter e em si mesmo, é virtude. (ARISTÓTELES. *Ética* a Nicômaco. Trad. Torrieri Guimarães. 4. Ed. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 106.)

<sup>98</sup> O justo é, por conseguinte, uma espécie de termo proporcional.

correção das ações entre os indivíduos, que podiam ocorrer por meio de ações voluntárias, como, por exemplo, os acordos e os contratos, ou de forma involuntária, para regular as ações e omissões delituosas.

Dessa forma, nota-se que a justiça geral está ligada a uma visão comprometida com o bem da coletividade, observando e reconhecendo as desigualdades sociais e as lutas de classe, onde a ação dos sujeitos tem por objetivo a justiça e a igualdade.

### **3 A Comunidade, o acesso à Justiça e a Mediação de Conflitos**

"Ninguém liberta ninguém, ninguém se liberta sozinho: os homens se libertam em comunhão." Paulo Freire

Um conjunto populacional considerado como um todo em virtude de aspectos geográficos, econômicos e culturais comuns. Um corpo social que em relação a Porto Alegre representa aproximadamente 9% da população; uma das mais populosas e grandes vilas, que agregam outras 40 vilas de nossa cidade. O IBGE estimou, através do Censo 2010, que a sua população chegou a 120.404 (cento e vinte mil e quatrocentos e quatro) pessoas, fazendo parte vilas situadas nos bairros: Santa Tereza, Cristal, Medianeira, Teresópolis e Nonoai.<sup>99</sup>

A Grande Cruzeiro<sup>100</sup> se caracteriza pela

---

(ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Torrieri Guimarães. 4. Ed. São Paulo: Martin Ciarei, 2010, p. 109).

<sup>99</sup> Dados obtidos no Anuário Estatístico 2010 da Prefeitura de Porto Alegre/RS. Disponível em: <[http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/anuarioAisu/doc/anuariocompleto-final\\_2010\\_com\\_capa.pdf](http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/anuarioAisu/doc/anuariocompleto-final_2010_com_capa.pdf)>. Acesso em: 06/5/12.

<sup>100</sup> ÁVILA, Fátima; ARAUJO, Jeferson Raquim. *Vilas da Grande Cruzeiro*. Porto Alegre: Unidade Editorial SMC, 2006, p. 35.

concentração de subabitações, as quais devido a diversos problemas geológicos foram classificadas como área de risco. Apenas 76% dessa região possui abastecimento de água. E, o número de crianças e jovens que não frequentam a escola é apresentado como o segundo maior de Porto Alegre. Fatores como estes acabam implicando, muitas vezes, na captação de jovens para o narcotráfico, pois de alguma forma necessitam constituir uma renda.<sup>101</sup>

Nesse contexto, o Projeto de Extensão Mediação de Conflitos na Comunidade da Vila Cruzeiro<sup>102</sup> atua para expansão e disseminação da cultura da mediação, promovendo o tão almejado acesso à justiça em uma comunidade com múltiplas carências.

O direito de acesso à justiça é o mais básico dos direitos humanos de um sistema jurídico moderno e igualitário, ou seja, de um Estado democrático de direito que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.<sup>103</sup> Na doutrina jurídica brasileira, a terminologia acesso à justiça refere-se ao acesso à ordem jurídica justa, não se coadunando apenas com a mera admissão ao processo ou possibilidade de ingresso em juízo.<sup>104</sup> De acordo com Cintra, Grinover e

---

<sup>101</sup> ÁVILA; ARAÚJO, p. 36-37.

<sup>102</sup> O Projeto de Extensão Mediação de Conflitos na Comunidade da Vila Cruzeiro, ligado institucionalmente ao Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRitter), trata-se de uma iniciativa de um grupo de acadêmicos de Direito e estagiários de Psicologia, coordenado por um professor do Curso de Direito e com formação em mediação, que objetiva promover o acesso à justiça. Com o empoderamento local, realizado a partir de diversas instituições da comunidade, disponibiliza-se o atendimento de mediações em situações conflitivas na área de família, sucessões e em conflitos de vizinhança. Com a realização das mediações em local próximo do cidadão, existe uma aproximação do Estado com o cidadão, bem como a inserção da cultura da pacificação nos envolvidos.

<sup>103</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 12.

<sup>104</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25. Ed. São Paulo:

Dinamarco<sup>105</sup> o acesso à justiça significa a admissão de pessoas e causas ao processo, *universalidade da jurisdição*: garantindo-se a observância das regras que norteiam o processo, *devido processo legal*; em meio aos quais as partes possam participar de maneira ativa, por meio do *diálogo*, para a formação do convencimento do juiz, *contraditório*; de forma que seja preparada uma solução justa, capaz de eliminar todos os resíduos de insatisfação, *pacificação com justiça*.

Um aspecto de extrema relevância é que a aceção de acesso à justiça engloba meios alternativos ao sistema tradicional de justiça, representados essencialmente pela negociação, conciliação, mediação e arbitragem. Os cidadãos devem ter em mente que o acesso à justiça subtende a ideia de acesso ao direito, não sendo apenas e unicamente o acesso ao judiciário. Assim, falar em acesso à justiça é, fundamentalmente, falar em consciência de cidadania e em participação.<sup>106</sup>

O povo deve ser instruído para que possa, por exemplo, conhecer o direito e saber onde concretizar esse direito, não somente recorrendo ao juiz como àquele que tem a posse da justiça, mas também buscando por meio dos mecanismos alternativos de pacificação social. Sempre que possível o cidadão deve participar. Deve forçar a sua inserção na vida social,

---

Malheiros, 2009, p. 39.

<sup>105</sup> CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, op. cit., p. 40.

<sup>106</sup> Participação é uma palavra latina cuja origem remonta ao século XV. Vem de participatio, participacionis, participatum. Significa "tomar parte em", compartilhar, associar-se pelo sentimento ou pensamento. Entendida de forma sucinta é a ação de indivíduos e grupos com o objetivo de influenciar o processo político. De modo amplo, "a participação é a ação que se desenvolve em solidariedade com outros no âmbito do Estado ou de uma classe, com o objetivo de modificar ou conservar a estrutura (e, portanto os valores) de um sistema de interesses dominantes." (AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio (Orgs). *Sistema Político Brasileiro: uma introdução*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung; São Paulo: Fundação UNESP Ed., 2004, p. 5).

fazendo com que suas vontades sejam preponderadas e seus interesses, assim como os dos demais cidadãos, sejam reconhecidos. Afinal, se o próprio cidadão *não* lutar por seu espaço no cenário decisório, quem detém o poder também não o fará.

Nesse contexto, a mediação comunitária atua de forma a criar uma participação popular na política urbana, pois é uma importante ferramenta para a promoção do empoderamento e da emancipação social. Exerga-se uma nova maneira de tratar as relações humanas levando em consideração que cada região é *sui generis* e tem necessidades próprias.

Cabe destacar, que a mediação não exclui a atividade jurisdicional. Ao contrário, seu principal objetivo, através do mediador, é proporcionar meios para que os cidadãos possam discutir seus conflitos, de forma pacífica, encontrando solução para os mesmos.

O mediador, portanto é, primeiramente, alguém que faz comunicar, que faz passar uma corrente. Aquele que não tem este desejo primeiro de criar ligações não pode tornar-se um bom mediador no domínio em que habitualmente se situa o papel do mediador: o dos conflitos. Se alguém não tem inventividade suficiente e imaginação para criar ligações, como poderá ter a criatividade necessária para desembaraçar um conflito? E compreende-se que a terceira pessoa, em mediação, mesmo não intervindo como juiz ou árbitro, não é, no entanto uma pura presença passiva.<sup>107</sup>

Sabe-se que o conflito é inerente a todo desenvolvimento de uma sociedade que se encontra em constante evolução. Na Vila Cruzeiro trabalha-se principalmente com a cultura da mediação prévia, para desenvolver uma forma de autogestão de conflitos, sem

---

<sup>107</sup> SIX. Jean-françois. *Dinâmica da Mediação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.237.

que haja necessidade de levar ao judiciário mágoas mal resolvidas. Dessa forma, o Projeto de Extensão Mediação de Conflitos na Comunidade da Vila Cruzeiro é um grande potencial transformador, pois articula a disseminação de informação jurídica, mediação de conflitos e as redes sociais, tendo como protagonistas e parceiros membros da comunidade que buscam expandir o acesso à justiça daquelas pessoas que não dispõem de informação adequada ou de meios para tal.

### **Considerações Finais**

O conceito ou ideal de justiça está muito além da lei, bem como o acesso à justiça não é somente a possibilidade de ingressar em juízo. Na perspectiva dos direitos humanos, a mediação é, sem sombra de dúvidas, uma via possível de concretização do acesso à justiça. Destaca-se que este meio alternativo ao sistema tradicional de efetivação do acesso à justiça não dispensa o exercício da jurisdição, pois este é essencial e necessário para o equilíbrio da sociedade. Contempla-se um espaço de atuação preventiva e multidisciplinar que substitui e complementa o sistema do Estado.

É necessária a criação de políticas públicas com programas sociais de base, em parceria com a sociedade e instituições especializadas na defesa e promoção dos direitos humanos. A superação das barreiras do acesso à justiça é um trabalho lento e constante, que exige o engajamento de toda a sociedade. Para tanto, é necessário promover a concretização de uma justiça participativa e a disseminação de meios alternativos de acesso à justiça, como a mediação de conflitos.

Portanto, o Projeto de Extensão Mediação de Conflitos na Comunidade da Vila Cruzeiro entende que

a mediação não é simplesmente uma técnica, mas sim, um instrumento que colabora para a construção da cultura de direitos, levando em consideração a luta pelo reconhecimento da dignidade da pessoa humana e dos direitos iguais e inalienáveis que constituem o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, conforme exposto no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Faz-se necessário o reconhecimento dos direitos civis e políticos, econômicos, sociais e culturais, para que o cidadão possa, de fato, efetivar tais direitos e exercer a cidadania.

Apesar de existirem projetos que visam melhorar a qualidade de vida dos moradores, bem como suprir algumas necessidades da Vila Cruzeiro, ainda é muito pouco perante a extensão desta comunidade, a qual abarca partes de cinco bairros de Porto Alegre. Por isso entende-se ser importante a proposta do projeto, que é apresentar a mediação como uma forma de gerenciamento dos conflitos existentes nesta comunidade, no que tange a relacionamentos que perdurarão, como por exemplo, familiares, vizinhos, amigos, entre outros.

Através da inserção da mediação na cultura desta comunidade haverá a possibilidade de melhorar os relacionamentos entre os familiares e moradores, fazendo com que haja um maior diálogo, harmonização, responsabilização destes frente aos seus conflitos, ou seja, poder-se-á buscar uma pacificação social na Vila Cruzeiro.

Não haverá justiça mais próxima dos cidadãos, se os cidadãos não se sentirem mais próximos da justiça.  
Boaventura de Sousa Santos.

## Referências Bibliográficas

ANUÁRIO ESTATÍSTICO DA PREFEITURA DE PORTO ALEGRE/RS, 2010.  
Disponível em:

<[http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/anuario/usu\\_doc/anuario\\_completo\\_final\\_2010\\_com\\_capa.pdf](http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/anuario/usu_doc/anuario_completo_final_2010_com_capa.pdf)>. Acesso em: 06/5/12.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Torrieri Guimarães. 4. Ed. São Paulo: Martin Claret, 2010.

ÁVILA, Fátima; ARAÚJO, Jeferson Raquim. **Vilas da Grande Cruzeiro**. Porto Alegre: Unidade Editorial SMC, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. Ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

CARTA DA ONU. Disponível em:

<[http://unicrio.org.br/img/CartadaONU\\_VersolInternet.pdf](http://unicrio.org.br/img/CartadaONU_VersolInternet.pdf)>. Acesso em: 26/4/12.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini;

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25. Ed. São Paulo: Malheiros. 2009.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arcndt**. São Paulo: Companhia das letras. 2001.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3. Ed. São Paulo: Atlas. 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais. Teoria Geral**. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Disponível

em:<<http://www.onu.org.br/conheca-a-onu/a-historia-da-organizacao/>>.

Acesso em: 26/4/12.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 12. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.



## O PAPEL DO PROCURADOR-GERAL ADJUNTO DO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE NA GESTÃO DE PESSOAS E NO DESENVOLVIMENTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS MUNICIPAIS

Carlos Eduardo da Silveira<sup>108</sup>

**Resumo:** O presente artigo tem como objetivo analisar a responsabilidade e participação dos Procuradores-Gerais Adjuntos do Município de Porto Alegre na gestão de pessoas e no desenvolvimento das políticas públicas municipais identificando atributos pessoais e profissionais imprescindíveis para o exercício de tal posto, identificando a sua participação e no processo de designação das chefias jurídicas, bem como a forma, os critérios e, por conseguinte, o impacto de tal escolha na organização da Advocacia Pública Municipal e na motivação dos profissionais que compõem essa Instituição. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica e documental com levantamento de dados, coletados através de entrevistas semiestruturadas com 11 (onze) servidores do Município de Porto Alegre escolhidos intencionalmente. A pesquisa caracteriza-se como aplicada, qualitativa e descritiva. Os dados foram examinados através de estudo de caso e análise de conteúdo. Quanto ao método, foi empregado o dedutivo. De acordo com o apurado, restou assentado que os Procuradores-Gerais Adjuntos têm um papel central na condução das políticas públicas, que não se restringe a atividade inerente ao regime da legalidade pública, incumbindo-lhes a busca de alternativas para a consecução das políticas públicas, especialmente através de competências pessoais e profissionais que não são exigíveis para a sua formação em Ciências Jurídicas e Sociais, mas que se relacionam com a administração de pessoas e de processos.

**Palavras-chave:** Advocacia Pública. Procurador-Geral Adjunto. Competências técnicas e gerenciais. Políticas Públicas Municipais. Gestão de Pessoas.

### Introdução

A Advocacia Pública, a partir da Emenda Constitucional n. 19/1998, revestiu-se de maior importância na Administração Pública brasileira, exercendo papel estratégico no desenvolvimento das

---

<sup>108</sup> Procurador do Município de Porto Alegre. Especialista em Gestão Pública, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS.

políticas públicas. Após a ascensão de carreiras do Ministério Público, Defensoria Pública e Procuradorias Estaduais, começou a ocupar lugar de destaque a Advocacia Pública municipal (Procuradorias Municipais), principalmente pelo fato de que as políticas públicas mais próximas da sociedade passam pelo crivo jurídico dos profissionais a ela vinculados.

Justamente em razão da relevância da atuação dos procuradores municipais para o desenvolvimento de políticas públicas é que, acompanhando a ascensão da carreira, aumentaram as responsabilidades de tais profissionais, exigindo-se uma profunda mudança de paradigma, mormente para que as suas atribuições não se restrinjam a eventual apontamento dos desvios aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, mas, fundamentalmente, para que indiquem os mecanismos mais adequados à persecução do interesse coletivo, utilizando-se dos recursos públicos com o melhor custo/benefício, em atenção ao princípio da eficiência.

Nesse sentido, a atuação dos procuradores municipais deixou de exigir um formalismo exacerbado, que importa em um grande entrave ao desenvolvimento das políticas públicas, migrando para uma atuação propositiva, que objetiva a resolução das demandas administrativas da maneira mais célere possível e utilizando-se do instrumento jurídico mais adequado, ainda que distinto do inicialmente proposto.

Entretanto, a mudança de perfil dos profissionais da Advocacia Pública municipal exige a presença de lideranças que consigam diminuir o distanciamento entre os ideais perseguidos pelos agentes políticos e a atuação técnica dos procuradores, de modo que as políticas públicas se desenvolvam através da melhor alternativa possível e com o emprego da maior

celeridade.

No município de Porto Alegre, tal papel de liderança parece estar relacionado com as atribuições precípuas dos Procuradores-Gerais Adjuntos, os quais ocupam posição estratégica dentro da Advocacia Pública Municipal. Contudo, em que pese haja expressa previsão dos requisitos para investidura no cargo (Lei Orgânica da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre, instituída pela Lei Complementar n. 701/2012), não há na legislação municipal qualquer menção às competências técnicas e gerenciais pertinentes ao cargo.

A recente aprovação da Lei Orgânica da Procuradoria-Geral do Município (PGM/POA) impôs novos desafios aos Procuradores-Gerais Adjuntos (PGAs), incumbindo-lhes, além do um amplo conhecimento técnico da matéria, o gerenciamento e liderança de equipes que não estão próximas fisicamente do seu gabinete.

Além disso, a atuação dos procuradores setoriais e autárquicos passou a exigir uma supervisão e gestão dos PGAs, principalmente com o objetivo de reduzir os prazos despendidos para a apreciação jurídica e de gerenciar e uniformizar eventuais entendimentos conflitantes, especialmente porque até então a atuação da Advocacia Pública junto a Secretarias municipais e a Autarquias acontecia, respectivamente, de forma desconcentrada e descentralizada.

Dessarte, considerando que a Advocacia Pública do Município de Porto Alegre passa por um período de transição e adaptação, no qual ainda não estão bem definidos e delimitados os procedimentos e as funções que deverão ser exercidas por cada equipe, a definição das competências do Procurador-Geral Adjunto é de suma importância, mormente porque ocupa uma função

estratégica na instituição e atua como propulsor da organização da estrutura jurídica do Município.

Por tais razões, pretende-se com o presente estudo aferir o perfil de competências técnicas e gerenciais imprescindíveis aos ocupantes dos cargos de Procurador-Geral Adjunto do Município de Porto Alegre, através de pesquisa de campo, notadamente em função da importância estratégica que tais postos têm na organização da instituição.

O problema de pesquisa procurou responder as seguintes perguntas: Qual o papel do Procurador-Geral Adjunto na gestão de pessoas e no desenvolvimento das políticas públicas no Município de Porto Alegre? Quais as competências técnicas e gerenciais desejáveis para a investidura no cargo de Procurador-Geral Adjunto no Município de Porto Alegre? Qual a relevância da designação das chefias (postos de confiança) para a gestão de pessoas?

Quanto ao delineamento metodológico, trata-se de uma pesquisa aplicada, qualitativa e descritiva, desenvolvida sob a forma de estudo de caso (YIN, 2005), envolvendo uma pesquisa bibliográfica, documental e levantamento de dados, coletados através de entrevista semiestruturada, realizada com 11 servidores das mais diversas secretarias do Município de Porto Alegre, escolhidos intencionalmente, observando-se os seguintes critérios: a) exercício de atribuições que dependam diretamente da atuação dos Procuradores-Gerais Adjuntos; b) participação assídua em reuniões com tais profissionais; c) efetivo conhecimento das atividades desenvolvidas por tais profissionais. Os dados de fontes escritas foram registrados em fichas. O registro, análise e interpretação das entrevistas observaram a estratégia proposta por Bardin (1979). Quanto ao método de abordagem, foi

empregado o dedutivo.

## **1 O Papel do Procurador-Geral Adjunto no Município de Porto Alegre**

Com a introdução do princípio da eficiência na norma constitucional (Emenda Constitucional n. 19/1998) passou-se a exigir dos Administradores Públicos não apenas a comprovação do desenvolvimento de políticas públicas (a demonstração de que os recursos públicos estão sendo empregados em prol da coletividade), mas que estas sejam executadas em consonância com os interesses da sociedade, utilizando-se adequadamente os recursos públicos (melhor custo/benefício).

Tal desafio imposto aos gestores públicos oportunizou uma grande revolução e reflexão quanto à forma de se desenvolver políticas públicas em tempo e custo esperado pela sociedade. A atuação dos administradores públicos que, anteriormente, eram acompanhados à distância pela sociedade, sem que se tivesse clareza quanto a sua efetiva execução e quanto aos valores despendidos para tanto, passou a ser fiscalizada quase em tempo real pela sociedade, principalmente com a introdução de mecanismos de transparência dos gastos públicos (a exemplo da Lei n. 12.741/2012) e com o fortalecimento de agentes de controle externos (Tribunais de Contas, Ministério Público) e da atuação da sociedade diretamente.

Note-se, portanto, que a sociedade atual não espera tão-somente que a Administração Pública seja eficiente<sup>109</sup>, mas que as demandas dos cidadãos sejam atendidas igualmente com eficácia<sup>110</sup> e efetividade.<sup>111</sup>

---

<sup>109</sup> Utilização racional dos recursos.

<sup>110</sup> Nível de atingimento das metas estabelecidas em um determinado período

Acompanhando essa mudança de perfil, principalmente da classe política, a Advocacia Pública passou a exercer um papel cada vez mais de destaque, protagonizando o desenvolvimento das políticas públicas desde a sua concepção e contribuindo para a adoção de procedimentos mais céleres e adequados pelos gestores públicos.

No âmbito municipal, a evolução da Advocacia Pública restou ainda mais evidenciada, haja vista que o desenvolvimento de importantes políticas públicas, como saúde, educação, moradia e transporte, passam pela prévia análise jurídica da Advocacia Pública Municipal. Sendo assim, os órgãos jurídicos não podem mais servir como um entrave ao desenvolvimento de políticas públicas, que representa uma atuação retrógrada e excessivamente burocrática, que somente causa prejuízos à coletividade, exigindo-se, cada vez mais, um comportamento proativo dos advogados públicos, que contribua para se alcançar soluções que, além de estarem em consonância com as normas constitucionais e infraconstitucionais, viabilizem a concretização das ações e projetos estratégicos em curto espaço de tempo.

Para atender a esse desiderato, na estrutura administrativa da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre, conforme artigo 11, I, da Lei Complementar Municipal n. 701/2012 (que instituiu a Lei Orgânica da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre) o Procurador-Geral, dentre outras atribuições, exerce a direção da Procuradoria, coordenando e orientando suas atividades e sua atuação, contando com a colaboração direta de três procuradores adjuntos.

---

de tempo, independente dos custos envolvidos.

<sup>111</sup> Nível de satisfação observado em relação à ação institucional empreendida.

Muito embora não tenha sido elaborado o Regimento Interno da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre, especialmente em razão da edição de sua Lei Orgânica ter sido muito recente, atualmente os procuradores adjuntos têm suas atribuições divididas em razão da matéria: a) Pessoal, Contratos e Serviços Públicos; b) Assuntos Fiscais; e c) Domínio Público, Urbanismo e Meio Ambiente.

De acordo com o artigo 12 da Lei Complementar n. 701/2012, às Procuradorias-Gerais Adjuntas incumbem às funções de assessoramento e consultoria jurídicos e representação judicial e extrajudicial, nos termos a serem regulamentados pelo Regimento Interno.

Convém salientar que, presentemente, a estrutura organizacional da Advocacia Pública do Município de Porto Alegre está prevista no Decreto n. 9.391/89, com alterações posteriores, especialmente pelo Decreto n. 15.123/06, que subdividiu as procuradorias adjuntas em razão da matéria, conforme referido anteriormente. Já os pré-requisitos e as atribuições gerais dos PGAs encontram-se previstas nos artigos 18 e 19 do Decreto n. 14.662/2004, e alterações posteriores.

Nesse sentido, levando-se em conta que o Regimento Interno da Procuradoria está em completo desuso, já que foi criado em 1976 (Decreto n. 5632), com uma estrutura extremamente defasada, que sequer prevê a existência dos procuradores-gerais adjuntos e, ainda, que muito embora exista uma descrição das atribuições do cargo, constitui pré-requisito apenas a qualificação de nível superior, foi realizada uma pesquisa de campo, através de entrevistas semiestruturadas, com 11 (onze) servidores do Município de Porto Alegre escolhidos intencionalmente,

com o intuito de auxiliar na identificação do papel dos procuradores-gerais adjuntos do Município de Porto Alegre e aferir as competências técnicas e gerenciais imprescindíveis para o exercício desse posto, contribuindo para a futura elaboração do regimento interno.

Cumprido esclarecer que os entrevistados não necessariamente estão lotados na PGM, mas todos exercem atividades que, de uma maneira ou de outra, têm grau de dependência direta ou se relacionam com a atuação dos Procuradores-Gerais Adjuntos, de modo que possuem amplo conhecimento das atividades desenvolvidas por esses profissionais, além de participarem assiduamente de reuniões. Entretanto, objetivando-se assegurar o anonimato dos entrevistados, a partir de então serão designados por letras.

### *1.1 Compilação Qualitativa dos Dados Obtidos em Pesquisa de Campo*

Com o intuito de identificar o papel do Procurador-Geral Adjunto para o desenvolvimento das políticas públicas, foram realizados, fundamentalmente, três questionamentos aos entrevistados, quais sejam: 2 - *Qual é papel do Procurador-Geral Adjunto para o desenvolvimento das políticas públicas?*; 3 - *Na sua visão, quais as principais dificuldades enfrentadas para o exercício desse posto?*; e 5 - *Qual competência você entende que deve preponderar em um Procurador-Geral Adjunto?*

Da análise das respostas apresentadas, as quais foram tabuladas sinteticamente em quadros com o intuito de facilitar a sua compreensão e comparação, denota-se que, relativamente ao questionamento n. 2

supramencionado, os Procuradores-Gerais Adjuntos têm papel central na condução das políticas públicas, que vai muito além da *"atividade inerente ao regime de legalidade da administração pública"*, prevista no artigo 87 da Lei Orgânica do Município de Porto Alegre.

Conforme registrou o entrevistado "J", a consecução das políticas públicas está diretamente relacionada à adequada análise jurídica, já que esta é que viabilizará ou não o correto encaminhamento da matéria, de modo que não cabe aos advogados públicos apenas identificar os obstáculos, mas propor alternativas ao adequado desenvolvimento das ações e projetos estratégicos. Por tal razão, aos Procuradores-Gerais Adjuntos incumbe um papel de extrema relevância, exercendo o "gerenciamento" das demandas, fazendo uma *"profunda e acurada avaliação prévia da importância e do impacto da política pública que se encontra em questão para assegurar seu correto encaminhamento ou, ainda, para proceder a correta alteração de 'rumo' naquela política"*.

Em uma leitura superficial da resposta obtida, poder-se-ia chegar a conclusão de que a proposição de alternativas ao desenvolvimento de políticas públicas atingiria apenas uma parcela das atribuições dos advogados públicos: o contencioso administrativo. Entretanto, não há dúvidas que a advocacia preventiva tem reflexo direto nas demandas judiciais. É evidente que uma demanda administrativa bem instruída e que atenda aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37 da Constituição da República) tem grande potencial de reduzir drasticamente o número de litígios judiciais em que a Administração Pública figura no polo passivo. Ademais, mesmo naquelas demandas em que o Poder Público integra o polo ativo, indubitavelmente a

probabilidade de obtenção de êxito será diretamente proporcional à correta instrução e execução dos atos administrativos.

Tamanha a clareza quanto à essencialidade dessa atividade prestada pelos PGAs que esse entendimento foi corroborado por 81,8% dos entrevistados, que sustentam, de forma direta, que os Adjuntos exercem o papel de condutores das Políticas Públicas, incumbindo a eles buscar alternativas para o seu incremento, conforme Quadro 1, seguinte.

**Quadro 1** – Papel do Procurador-Geral Adjunto para a gestão de pessoas e para o desenvolvimento das políticas públicas, aferido através dos questionamentos 2 e 5.

CATEGORIA	DESCRIPTORES (falas)	FREQUÊNCIA	%
Examinar o papel do Procurador-Geral Adjunto para a gestão de pessoas e para o desenvolvimento das políticas públicas no Município de Porto Alegre	Buscar alternativas para o desenvolvimento das políticas públicas	9	81,8%
	Mediação de conflitos	5	45,4%
	Colaborar na Adm. da Instituição	2	18,1%
	Condutor das Políticas Públicas	2	18,1%
	Influenciar no processo decisório	2	18,1%
	Orientador	2	18,1%
	Advocacia preventiva	1	9%
	Balizador pragmático	1	9%
	Controle da legalidade dos atos do Poder Executivo	1	9%
	Gerenciar processo	1	9%
Vencer burocratismos para assegurar celeridade	1	9%	

Fonte: Elaborado pelo autor

De acordo com alguns entrevistados, para efetivamente contribuírem para o desenvolvimento das

políticas públicas, os Adjuntos devem ser criativos e exercer uma função de mediador entre os técnicos e os políticos, de modo que o interesse público seja o seu foco de atuação.

Aliás, de acordo com 36,3% dos entrevistados, os interesses políticos se constituem um grande obstáculo para o exercício das funções dos PGAs, conforme quadro abaixo.

**Quadro 2** – Dificuldades para o exercício das atribuições de PGA

<b>CATEGORIAS</b>	<b>DESCRITORES (falas)</b>	<b>FREQUÊNCIA</b>	<b>% pelo total de entrevistados</b>
Fatores que impactam no perfil do Procurador-Geral Adjunto (questão 3)	Interesses Políticos	4	36,3%
	Estrutura de Pessoal	4	36,3%
	Administração de processos	3	27,2%
	Gerenciamento de Pessoas	2	18,1%
	Burocracia	2	18,1%
	Volume de trabalho	1	9%
	Diversidade de assuntos	1	9%
	Desconhecimento quanto aos fluxos pelos profissionais	1	9%
	Ausência de uniformidade de entendimentos	1	9%
Complexidade da organização	1	9%	

Fonte: Elaborado pelo autor.

Em que pese muito se diga existir uma explicitada dicotomia entre a política e a técnica na gestão de pessoas no setor público, especialmente quando se depara com uma instituição extremamente técnica quanto a Advocacia Pública Municipal, tal dicotomia é apenas aparente. Segundo preconiza

Bergue (2014, p. 15-16), a administração (em sentido amplo) não se restringe à dimensão técnica, mas compreende o poder e os interesses em conflito, de fundo essencialmente substantivo que se integram e conformam-se mutuamente, de modo que a dimensão política também está presente em qualquer administração, seja ela pública ou privada.

Conforme o mesmo autor (BERGUE, 2014, p. 17)

[...] a administração pública, pelo fato de constituir espaço de convergência de múltiplos interesses, em distintos graus de legitimidade, e precisar dar conta de respostas, é essencialmente política. A técnica é instrumental à administração pública, que é substantivamente política. Não pode a técnica, nem o técnico, suplantar a dimensão política da administração pública sob o pretexto de ser *melhor*.

Convém registrar que a Política não pode ser vista de forma pejorativa, muito antes pelo contrário, os agentes que a representam (agentes políticos), em sua grande maioria, decorrem do sufrágio universal direto, e foram eleitos de forma democrática com o objetivo de representar os interesses da sociedade.

No mesmo sentido, preleciona Bergue (2014, P. 30)

Na administração pública, a dimensão política deve ser explicitada. Ao contrário da gestão nas organizações privadas, na qual a dimensão política é deliberadamente afastada do modelo de gestão, no setor público ela constitui o espírito da administração. Visto que a administração é pública, os diversos atores e interesses precisam ser mediados pela função política. É esse componente que, em última instância, legitima a administração pública.

Dessa forma, a compatibilização dos interesses políticos com aspectos eminentemente técnico-jurídicos é essencial tanto para que a Advocacia Pública Municipal não seja um entrave para o desenvolvimento das políticas públicas quanto para que essa tenha um papel proativo no alcance do interesse público. Essa possivelmente seja a tarefa de maior complexidade para o gestor da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre – PGM/POA, mormente porque passa por uma área que não é exigida para formação em Direito: gerenciamento de pessoas.

O gerenciamento de pessoas (que também está relacionado com a mediação de conflitos apontada por 45,4% dos entrevistados como inerente às atribuições dos PGAs – vide Quadro 1) é de suma relevância na Administração Pública, pois somente com uma equipe imbuída no espírito colaborativo é que o interesse público será atingido e mesmo essa tarefa exige um olhar político por parte do gestor, conforme ensina Bergue (2014, p. 17):

[...] ao gerenciar uma equipe, ou um conflito entre pessoas, o gestor precisa negociar interesses, reconhecer distintas perspectivas de compreensão das situações em cena, se posicionar, fazer escolhas e buscar a convergência de esforços orientada para um propósito que seja aceito como comum aos atores. Em uma perspectiva mais ampla, as decisões estratégicas de posicionamento institucional são essencialmente pautadas por uma sensibilidade e um olhar político, assim entendido aquele que busca a constituição e manutenção de uma teia de relações que não isole a organização, senão a integre no arranjo institucional.

Veja-se que é cediço o entendimento entre os entrevistados que uma das grandes tarefas dos Adjuntos é gerenciar pessoas de modo a atingir um resultado: o interesse público. Desse modo, o que se

espera não é um simples gerenciamento de pessoas (centrada em ações operacionais), mas um gerenciamento estratégico de pessoas (orientado para a conexão entre pessoas e a estratégia organizacional).

Tal conclusão se torna ainda mais clara ao avaliar as respostas relacionadas às dificuldades encontradas para o exercício do posto (Quadro 2). De acordo com os entrevistados, foram apontados os principais obstáculos: complexidade da organização e dos gestores que com ela interagem; desconhecimento dos servidores quanto aos fluxos de trabalho; dificuldade de uniformidade de entendimento; dificuldade no gerenciamento de prioridades com a distribuição de tarefas; estrutura de pessoal, a qual envolve disciplina e comprometimento dos servidores; volume de demandas; vezo burocrático; urgência das políticas públicas municipais; e interesses políticos.

Da análise do Quadro 2, constata-se que mesmo aqueles entrevistados que não tenham apontado, diretamente, o gerenciamento de pessoas como a principal dificuldade para o exercício das atribuições do cargo de PGA, citam situações que têm estreita relação com tal competência, tais como: estrutura de pessoal; desconhecimento pelos profissionais quanto aos fluxos de trabalho; ausência de uniformidade de entendimentos.

Sinala-se que todas as dificuldades apresentadas para o exercício das funções de PGA são bastante difundidas na doutrina e correlacionam-se precipuamente com a gestão de pessoas nas organizações públicas. Ainda que ostentem uma boa capacitação técnica, os gestores da Procuradoria-Geral do Município precisam dominar técnicas de administração. E não se diga que esta não é uma necessidade exclusiva desse órgão jurídico,

especialmente porque outras organizações eminentemente técnicas são desprovidas de tal capacitação, seja por não se exigir tal competência no recrutamento e seleção, seja por não se fomentá-la ao longo da carreira.

Exemplificativamente, pode-se citar o Poder Judiciário do Rio Grande do Sul posto que, conforme o magistrado José Luiz Leal Vieira (VIEIRA, 2009, p. 18-27), "[...] a administração judiciária sempre foi tratada com certa reserva e discrição na magistratura". Segundo ele, o velho paradigma de juiz não assumia o papel de gestor, atividade-meio da prestação jurisdicional, de modo que não interagia com a comunidade em que estava inserido e tampouco com os servidores que integravam o seu cartório, os quais mantinham verdadeiro sentimento de medo de sua figura.

Ainda, de acordo com o magistrado, a preocupação dos juízes se restringia ao aspecto técnico de sua atividade (correção dos despachos; técnica das sentenças; e correta condução de suas audiências). Entretanto, com o passar do tempo, especialmente com introdução de programa de gestão pela qualidade e de cursos de aperfeiçoamento de magistrados, deu-se início a uma mudança cultural do juiz brasileiro. O juiz moderno passou a se mostrar preocupado com a gestão do processo e das pessoas que estão sob sua autoridade, exercendo tipicamente uma liderança, vivenciando as mesmas adversidades identificadas na entrevista ora realizada, *verbis*:

No exercício do seu papel de juiz administrador ele realizará reuniões periódicas com os serventuários, encontrando a melhor forma de distribuição dos serviços cartorários, com vista ao melhor rendimento. Sabedor das carências de pessoal buscará soluções alternativas, na medida em que não está sob seu poder a criação e provimento de cargos.

Ademais, em qualquer grupo de pessoas sempre existirão problemas de relacionamento. De sorte que o juiz também mediará essas questões internas, zelando pelo bom ambiente no trabalho. A gestão de pessoas é tarefa que indiscutivelmente envolverá o magistrado que tiver interesse em manter o controle sobre sua equipe. Atualmente, diante da carência de servidores é comum a utilização de estagiários para o suprimento dessa mão-de-obra. Ao juiz administrador caberá a seleção, acompanhamento e orientação desses estagiários. (VIEIRA, 2009, p. 30)

Sobreleva destacar, portanto que, assim como aos magistrados, o exercício da liderança é crucial para a superação de quaisquer obstáculos que porventura surjam no exercício das atribuições dos Procuradores-Gerais Adjuntos, de sorte que, através de reuniões periódicas com suas equipes de procuradores e do conhecimento das carências de pessoal e de instalações, seja possível tanto remodelar os procedimentos de distribuição de tarefas, propor alternativas factíveis para o encaminhamento das matérias e uniformizar entendimentos, quanto dar a adequada compreensão da importância das atividades que estão sob a sua responsabilidade.

Dessa forma, a interação com os profissionais que preenchem os quadros da PGM (não somente procuradores, mas assistentes administrativos, contadores, administradores, estagiários, detentores de cargos comissionados, etc.) é fulcral para que as políticas públicas sejam desenvolvidas na rapidez e qualidade esperada pelos cidadãos e para o estabelecimento de um processo de planejamento estratégico.

Quanto à importância do relacionamento entre os gestores e os executores das políticas públicas, Bossidy e Charan (2005) referem:

Poucos entendem que um bom processo de planejamento estratégico também requer o foco nos *comos* da execução da estratégia. Uma estratégia consistente não é uma compilação de números ou o que equivale a uma previsão astrológica quando as empresas extrapolam os números ano após ano nos próximos 10 anos. Seu cerne e detalhes devem se originar na mente das pessoas que estão mais próximas da ação e que entendem seus mercados, seus recursos e seus pontos fortes e fracos.

Um plano estratégico moderno deve ser um plano de ação no qual os líderes da empresa podem basear-se para atingir seus objetivos. Ao criá-lo, você, como líder, tem de perguntar se e como sua organização pode fazer as coisas necessárias para atingir seus objetivos. O desenvolvimento de tal plano começa com a identificação e definição das questões-chave que estão por trás da estratégia. Como sua empresa está posicionada no contexto do ambiente empresarial, incluindo suas oportunidades e ameaças do mercado, e suas vantagens e desvantagens competitivas? Uma vez que você tenha elaborado o plano, precisa perguntar: Qual a qualidade das premissas das quais o plano depende? Quais são os pontos positivos e negativos das alternativas? A empresa tem as habilidades para executar o plano? O que você precisa fazer a curto e médio prazos para o plano funcionar a longo prazo? Você pode adaptar o plano às mudanças rápidas no ambiente empresarial?

Para ter realismo em sua estratégia, você deve ligá-la ao processo de pessoal: você tem as pessoas certas para executar a estratégia? Em caso negativo, como vai consegui-las? Você tem de atrelar os pontos específicos de seu plano estratégico ao plano operacional, de modo que as múltiplas partes móveis da organização estejam alinhadas para levá-lo aonde você quer chegar. (BOSSIDY; CHARAN, 2005, p. 163-164).

Frise-se que, muito embora o texto supramencionado seja direcionado à iniciativa privada, é

perfeitamente adaptável ao setor público. Nesse sentido, resta evidenciado que, em que pese o gestor público não detenha o poder de contratar aquelas pessoas que melhor se ajustem a suas estratégias, mormente em razão da necessária submissão ao concurso público (a exceção dos cargos comissionados), pode perfeitamente montar a equipe que integrará o programa ou o projeto que atenda as suas expectativas. Para tanto, mostra-se imprescindível que a fase internada política pública seja amplamente debatida, elaborando-se alternativas para superar as adversidades, em conjunto com os técnicos que a executarão. Agindo assim, além de evitar a solução de continuidade do programa ou projeto por problemas de natureza jurídica, o gestor terá muito mais condições de avaliar os pontos fortes e fracos daquela estratégia e de atingir os resultados esperados.

Sinala-se que a competência da liderança (embora não expressamente com esta nomenclatura), inclusive, foi apontada por grande parte dos entrevistados como aquela que deve preponderar em um Procurador-Geral Adjunto ao responderem ao questionamento n. 05 (5 – *Qual competência você entende que deve preponderar em um Procurador-Geral Adjunto?*), conforme Quadro 3.

**Quadro 3** - Competência que deve preponderar em um PGA

<b>CATEGORIA</b>	<b>DESCRIPTORIOS (falas)</b>	<b>FREQUÊNCIA</b>	<b>%</b>
Qual a competência que você entende que deve preponderar em um Procurador-Geral Adjunto?	Qualificação técnico-jurídica	3	27,2%
	Liderança	2	18,1%
	Mediação de conflitos	2	18,1%
	Resolutibilidade	2	18,1%
	Descentralização	1	9%
	Proatividade	1	9%

Fonte: Elaborado pelo autor.

Gize-se que embora a Liderança tenha sido

citada diretamente por 18,1% dos entrevistados, não há dúvidas que a mediação de conflitos (18,1%) e a descentralização (9%) são habilidades que estão estreitamente relacionadas com a competência da liderança.

Além disso, mesmo entre aqueles que responderam que a competência técnica-jurídica deva prevalecer, restou assentada a importância de um bom conhecimento de gestão, especialmente no campo da gestão de pessoas aos PGAs para que as políticas públicas sejam desenvolvidas com eficiência, eficácia e efetividade.

## **2 Competências do Procurador-Geral Adjunto do Município de Porto Alegre**

### *2.1 Desafios Impostos pela Instituição da Lei Orgânica da Procuradoria-Geral do Município*

Em 18 de julho de 2012, foi editada a Lei Complementar Municipal n. 701, a qual teve o objetivo de organizar a Advocacia Pública do Município, viabilizando a tramitação célere dos processos administrativos, principalmente com a utilização de uma única estrutura jurídica, que permita a presença atuante da Procuradoria-Geral do Município em todas as Secretarias e instituições autárquicas, reduzindo drasticamente os prazos de tramitação dos expedientes e dando maior eficácia aos seus atos.

Ocorre que, paralelamente ao crescimento da Instituição, houve um significativo incremento de atribuições do Procurador-Geral e, respectivamente, dos PGAs, mormente pelo fato de que as assessorias jurídicas anteriormente existentes nas Secretarias e Autarquias passaram a estar subordinadas a esses

gestores.

Sendo assim, a partir de então, além de deter amplo conhecimento técnico da matéria relativa a sua área de atuação, os PGAs passaram a ter a tarefa de supervisionar e gerenciar pessoas que se encontram em locais físicos esparsos.

Dessarte, não há dúvida que a qualificação dos PGAs em matéria de administração passou a ter maior relevância com a edição da Lei Orgânica da PGM, especialmente para cumprir o desiderato de reduzir os prazos despendidos para a apreciação jurídica e de gerenciar e uniformizar eventuais entendimentos conflitantes.

Entretanto, a lei complementar municipal n. 701/2012, como não poderia deixar de ser, apenas descreveu as atribuições sintéticas do cargo de Procurador-Geral Adjunto, o que é considerado correto pela abalizada doutrina:

Nesse particular cumpre destacar que, em face da natureza dinâmica das relações e dos processos de trabalho, impostos, sobretudo pela tecnologia em contraste com a expectativa de perenidade da lei, **a esta cabe tão somente definir os contornos gerais do desenho do cargo, a partir de uma descrição sintética de suas atribuições, jamais uma tentativa de esgotar suas fronteiras.** Surge aqui um aparente paradoxo: o imperativo de constante transformação da realidade organizacional insculpida em normas e padrões de procedimento em oposição à noção de que as leis devem ser, tanto quanto possível, perenes. (BERGUE, 2010, p. 306-307) (Grifo nosso).

Gize-se, seria extremamente nefasto à Administração Pública a previsão, em sede de lei complementar municipal, do detalhamento das atribuições dos cargos de Procurador-Geral Adjunto, sob pena de engessar o órgão jurídico, inviabilizando (ou

tornando mais difíceis) adequações que venham a se fazer necessárias no futuro.

Entretanto, ainda que a lei estabeleça as atribuições do cargo de uma forma genérica, é recomendável que o detalhamento das competências do cargo ocorra mediante normativos de maior maleabilidade, como segue o autor citado:

Sendo assim, no que tange à fixação das atribuições inerentes aos cargos públicos, uma alternativa possível – que preserva a estabilidade das relações jurídicas que não se fragiliza pela constante sobreposição de leis que alteram sucessivamente os planos de cargos (que, entre outros desgastes, tem sensíveis implicações de natureza política), e ao mesmo tempo confere significativo grau de flexibilidade ao administrador público - é remeter no texto legal a regulamentação das atribuições do cargo em nível detalhado para manual administrativo específico a ser instituído por decreto do Poder Executivo. (BERGUE, 2010, p. 307)

Atualmente, enquanto não editado o Regimento Interno da PGM os pré-requisitos e as atribuições gerais dos PGAs encontram-se previstos nos artigos 18 e 19 Decreto n. 14.662/2004, e alterações posteriores, *verbis*:

Art. 18 - Descrição do PC Procurador-Geral Adjunto:

I - denominação: Procurador-Geral Adjunto;

II - código: 1.1.1.8 (FG) - 1.1.2.8 (CC);

III - requisitos: Qualificação de nível superior;

IV - natureza da função: Direção.

Art. 19 - Ao Procurador-Geral Adjunto compete:

I - exercer funções em nível essencialmente estratégico e de alta complexidade, com qualificação de nível superior;

II - compatibilizar e integrar, permanentemente, as atividades da Procuradoria, nos termos da legislação vigente;

III - auxiliar o Procurador-Geral no cumprimento de

suas atribuições;

IV - coordenar as atividades de administração e de desenvolvimento organizacional no âmbito da Procuradoria, em consonância com as diretrizes emitidas pelo Procurador-Geral;

V - substituir o Procurador-Geral em suas ausências e impedimentos legais;

VI - acompanhar e representar o Procurador-Geral quando necessário;

VII - coordenar as ações do Gabinete do Procurador-Geral e das assessorias da Procuradoria;

VIII - gerenciar, de forma mediata, as equipes jurídicas da PGM;

IX - exercer outras competências inerentes a sua área de atuação.

Registre-se que muito embora o Decreto preveja nas atribuições do cargo o nível essencialmente estratégico de alta complexidade demandado (inciso I do art. 19), a coordenação de atividades de administração e de desenvolvimento organizacional (inciso III do art. 19), a coordenação das ações do Gabinete e das assessorias da PGM (inciso VII do art. 19) e, ainda, o gerenciamento, de forma mediata, das equipes jurídicas da PGM, tais competências eminentemente gerenciais não constituem requisitos para os ocupantes de tal posto de confiança.

Por essa razão, em consonância com a doutrina, o desiderato da pesquisa realizada foi justamente identificar as competências, além dos atributos pessoais e profissionais desejáveis aos Procuradores-Gerais Adjuntos (para posterior edição de decreto municipal), de modo a nortear a atuação de tais profissionais aos objetivos precípuos da Administração Pública e, outrossim, orientar todos os procuradores, que a eles estejam subordinados, das situações em que deverão se dirigir e que poderão postular uma atuação dos Adjuntos e, eventualmente. Além disso, o mapeamento

das competências dos Procuradores-Gerais Adjuntos poderá contribuir para uma futura elaboração do Regimento Interno da PGM.

## *2.2 Identificação das Principais Competências Técnicas e Gerenciais*

Conforme Schikmann (2010, p. 21-22), competência a abrange os conhecimentos (saber), habilidades (saber fazer) e atitudes (saber ser) que um indivíduo tem ou adquire e entrega à organização ao realizar as atividades sob sua responsabilidade para a consecução dos objetivos.

Levando-se em conta esse conceito, procurou-se desenvolver uma pesquisa de campo de modo a identificar quais as principais competências técnicas e gerenciais inerentes aos postos de Procurador-Geral Adjunto do Município de Porto Alegre. Para a obtenção de tal informação, foram realizados os seguintes questionamentos aos entrevistados: 1 – Qual o perfil adequado para o ocupante do cargo de Procurador-Geral Adjunto no Município de Porto Alegre? 2 – Qual é o papel do Procurador-Geral Adjunto para o desenvolvimento das políticas públicas? 4 - Quais as competências técnicas e gerenciais desejáveis para o ocupante de tal cargo? 5 – Qual competência você entende que deve preponderar em um Procurador-Geral adjunto?

Com o intuito de facilitar a compreensão do resultado, as respostas apresentadas foram sintetizadas e esquematizadas no Quadro 4:

**Quadro 4** - Competências técnicas e gerenciais desejáveis para a investidura no cargo de Procurador-Geral Adjunto do Município de Porto Alegre

<b>CATEGORIA</b>	<b>DESCRIPTORIOS (falas)</b>	<b>FREQUÊNCIA</b>	<b>%</b>
Competências técnicas e gerenciais desejáveis para a investidura no cargo de Procurador-Geral Adjunto do Município de Porto Alegre	Qualificação técnico-jurídica	11	100%
	Conhecimento da estrutura adm.	8	72,7%
	Liderança	7	63,6%
	Gestão de Pessoas	6	54,5%
	Capacitação Profissional (especialmente voltada ao direito público)	6	54,5%
	Mediação de conflitos	6	54,5%
	Proatividade	6	54,5%
	Boa interlocução	5	45,4%
	Pragmatismo	4	36,3%
	Criatividade	4	36,3%
	Agilidade	4	36,3%
	Espírito Colaborativo	4	36,3%
	Descentralização	4	36,3%
	Resolutibilidade	4	36,3%
	Comprometimento	3	27,2%
	Saber Estimular	2	18,1%
	Segurança	1	9%
Saber valorizar aqueles que se destacam	1	9%	
Saber racionalizar o tempo	1	9%	
Ter Poder de influência	1	9%	
Ter papel Orientador	1	9%	

Fonte: Elaborado pelo autor.

Segundo a totalidade dos entrevistados, exige-se dos Procuradores-Gerais Adjuntos um bom conhecimento técnico-jurídico, especialmente em razão de ocuparem uma função estrutural na Instituição, já que a eles (de forma mediata, por gerenciarem as equipes) e ao Procurador-Geral (de forma imediata, por exercer a direção da Instituição e a coordenação das atividades jurídicas) é delegada a escolha de alternativas jurídicas viáveis a serem implementadas em prol do interesse público.

Entretanto, conforme se depreende da leitura acurada do quadro 4, não basta um bom conhecimento técnico-jurídico para exercer as funções de PGA, é necessário que ele tenha compreensão quanto à estrutura da Administração Pública, fundamentalmente no que diz respeito às atribuições e responsabilidades de cada órgão (Secretarias, Autarquias, Fundações, etc.), de modo a deter o conhecimento dos fluxos de processos de tais órgãos e fazer a correta interlocução com os respectivos gestores.

O conhecimento da estrutura da Organização Pública se reveste de maior necessidade atualmente, mormente porque a edição da Lei Orgânica da PGM passou a exigir não somente uma análise finalística das demandas, mas um comportamento proativo dos procuradores já na concepção das políticas públicas desenvolvidas no âmbito de cada Secretaria, Autarquia, etc.

Além disso, conforme 63,6% dos entrevistados, a despeito das atribuições técnicas inerentes ao cargo, os PGAs devem adotar uma postura de liderança. A liderança, conforme referido alhures (Capítulo 2), poderia ser similar ao modelo satisfatório que vem sendo implantado no Poder Judiciário, que decorre de uma busca incessante de capacitação dos profissionais e que, quando alcançada, oportuniza aos gestores o desenvolvimento de uma série de habilidades e atitudes que foram arroladas pelos entrevistados como de suma importância aos PGAs, tais como o gerenciamento de pessoas, a composição de conflitos, a boa interlocução com os executores, o espírito colaborativo, dentre outros.

A liderança, conforme leciona Bergue (2014, p. 90), pode ser definida como à capacidade de influenciar um grupo a responder positivamente à indicação de um

rumo de ação, mesmo diante de adversidades, justamente por entenderem que tal medida é viável e necessária. Nesse sentido, continua o autor:

Liderar, portanto, é influenciar legitimamente pessoas. Liderar também envolve a promoção de processos de aprendizagem baseados na reflexão. Em suma, um líder exerce seu poder sobre um grupo, dominando seus integrantes individualmente. É de se registrar que nesse esforço de definição, acerca do que se entende como liderança pode surgir diferentes conceitos que, em suas acepções estritas, encerram diferentes conteúdos: poder, dominação, autoridade, disciplina, coerção e influência. (BERGUE, 2014, p. 90)

Por conseguinte, é natural que a Liderança seja uma competência a ser exigida dos Adjuntos, haja vista que, por vezes, o desenvolvimento de políticas públicas depende da correta compreensão por parte dos técnicos (por eles gerenciados) acerca do interesse público envolvido. Ademais, considerando ser comum o ajustamento do rumo de tais políticas, de modo a torná-la juridicamente viável, cumpre a tais profissionais influenciar os seus subordinados para que tudo se desenrole em curto espaço de tempo.

Aliado a isso, de acordo com 54,5% dos entrevistados, incumbe aos PGAs à gestão de pessoas. Entretanto, a gestão de pessoas exigida para tal posto supera o domínio e aplicação de técnicas de recursos humanos, como recrutamento, seleção, contratação, capacitação, manutenção de quadros funcionais; o que se espera é adoção de uma gestão estratégica que compreenda a definição de políticas e diretrizes para os recursos humanos, com o intuito de aumentar a habilidade dos servidores e, como corolário lógico, oportunizar que o interesse público (objetivo institucional) seja atingido, segundo leciona Stacciarini

(2010, p. 285).

Dessarte, não restam dúvidas que o domínio de técnicas de administração, especialmente de gerenciamento de pessoas, revela-se de suma importância para o exercício do posto de Procurador-Geral Adjunto, fundamentalmente porque a condução da atuação (frise-se, da atuação, não se está falando em condução do encaminhamento jurídico) para que os profissionais integrantes da Advocacia Pública Municipal alcancem o interesse público almejado perpassa pelo correto gerenciamento e exercício de liderança dos PGAs.

### **3 A Relevância da Designação das Chefias para a Gestão de Pessoas**

Não há dúvida que a atuação exitosa dos PGAs está diretamente vinculada ao bom desempenho dos chefes de equipe, assim como dependem, necessariamente, de um relacionamento adequado com estes.

Não se olvida que é atribuição do Procurador-Geral do Município promover a lotação e a distribuição dos procuradores municipais, nos termos do art. 11, XIII, da Lei Orgânica da PGM, entretanto, considerando que aos PGAs incumbe gerenciar de forma mediata as equipes jurídicas, cabe a estes indicar ao Procurador-Geral os profissionais que melhor poderão lhes auxiliar no exercício do posto.

Nesse sentido, com o intuito de aferir qual deveria ser a forma e os critérios para a designação dos chefes de equipe e quais são os respectivos impactos de tal tarefa na organização da Instituição e na gestão de pessoas, é que se desenvolveu a pesquisa de campo, na qual foram realizados os seguintes

questionamentos aos entrevistados: 6 – Como você entende que devem ser procedidas as designações de chefias? 7 – Quais os principais fatores para a escolha de um chefe de equipe? 8 – Qual a relevância da designação das chefias, em postos de confiança, para a gestão de pessoas? 9 – Quais os principais mecanismos para a motivação dos servidores municipais?

Segundo 63,6% dos entrevistados, a designação de chefias deveria observar a qualidade técnica dos profissionais, ou seja, o preparo e conhecimento do procurador quanto à matéria da equipe que irá gerenciar, conforme se infere do Quadro 5.

**Quadro 5 – Critérios para a designação das chefias**

<b>CATEGORIA</b>	<b>DESCRITORES (falas)</b>	<b>FREQUÊNCIA</b>	<b>%</b>
Critérios para designação das chefias (questão 6)	Qualidade técnica	7	63,6%
	Desempenho/Mercedimento	6	54,5%
	Confiança	4	36,3%
	Perfil Gerencial	2	18,1%
	Nível de instrução	2	18,1%
	Relacionamento Interpessoal	2	18,1%
	Liderança	1	9%

Fonte: Elaborado pelo autor.

Entretanto, de acordo com a pesquisa de campo, esse não é o único critério a ser observado na designação de chefias, é necessário igualmente que o profissional tenha se destacado no exercício de suas funções, de modo a que fizesse *jus* à ocupação da função de confiança.

Em uma leitura superficial de tal resultado supramencionado, dissociada dos demais questionamentos realizados, poder-se-ia referir que tal critério seria justo, principalmente por valorizar os profissionais que se destacam no exercício de suas

funções. Contudo, ao revés de promover o que se convencionou designar "meritocracia", a designação para postos de confiança alicerçada exclusivamente em critérios técnicos (no caso específico da Advocacia Pública, técnico jurídico) e no desempenho poderia impactar negativamente no funcionamento e organização da Instituição.

A valorização do desempenho, ou melhor, o reconhecimento dos servidores indubitavelmente contribui para fomentar a motivação desses, todavia, ele não precisa ocorrer, necessariamente, pela indicação aos postos de chefia. A título exemplificativo, é possível introduzir no setor público remunerações variáveis ou gratificações, auferidas de acordo com o alcance de metas de desempenho individuais e coletivos, que serviriam para reconhecer o potencial dos profissionais que se destacam ou até mesmo implementar a política de gestão por competência, proposta por Pires (2005), que avalia o desempenho dos servidores.

Em que pese pareça temerário atrelar a valorização do desempenho a critérios remuneratórios, não se pretende defender que o incremento remuneratório seja a única forma de reconhecimento, mormente porque existem outros mecanismos para induzir a motivação e valorizar os profissionais, conforme se verá adiante.

Ocorre que a ocupação de cargos de chefia por "premiação" pelo desempenho pode ser muito nefasta aos profissionais "chefiados", especialmente quando o chefe não detém boa interlocução com os seus subordinados, não é transparente quanto a sua forma de atuação, não mantém as portas abertas para dialogar, não respeita as individualidades e não valoriza o potencial produtivo dos profissionais, dentre outros.

O corolário lógico de uma equipe chefiada por

um ótimo técnico, mas que é desprovido dos atributos pessoais supramencionados serão o desempenho abaixo do esperado e a desmotivação e desmobilização da equipe.

Aliás, tal conclusão foi corroborada pelos entrevistados ao responderem o questionamento 7 - Quais os principais fatores para a escolha de um chefe de equipe? -, conforme se depreende do Quadro 6.

**Quadro 6** – Fatores para a escolha de um chefe de equipe

<b>CATEGORIA</b>	<b>DESCRITORES (falas)</b>	<b>FREQUÊNCIA</b>	<b>%</b>
Fatores para a escolha de um chefe de equipe (questão 7)	Relacionamento Interpessoal	8	72,7%
	Qualidade técnica	4	36,3%
	Liderança	3	27,2%
	Desempenho	2	18,1%
	Perfil Gerencial	2	18,1%
	Criatividade	2	18,1%
	Confiança	2	18,1%
	Nível de instrução	1	9%
	Saber direcionar a resolução dos problemas	1	9%
	Comprometimento	1	9%
	Equilíbrio	1	9%
	Experiência Profissional	1	9%
	Organização	1	9%
	Responsabilidade	1	9%
Proatividade	1	9%	

Fonte: Elaborado pelo autor.

Veja-se que, de acordo com 72,7% dos entrevistados, é imprescindível que um chefe de equipe tenha bom relacionamento interpessoal, no qual estão compreendidos o respeito às individualidades, o espírito colaborativo (trabalho em equipe) e a constante interação e diálogo com os profissionais que a ele estejam subordinados.

Resta claramente demonstrado, portanto, que

um perfil autoritário, que imponha as decisões como se fossem verdades incontestáveis, que imponha respeito aos seus subordinados a ponto de oportunizar o "medo", é extremamente incompatível com o modelo de chefe perseguido para a Administração Pública. Nesse sentido, não basta ao chefe de equipe ter uma excelente qualidade técnica, principalmente pelo fato de que ele irá gerenciar pessoas com as quais precisa manter relações estreitas para alcançar resultados exitosos. É necessário que ele tenha um bom relacionamento com os servidores, de modo a patrocinar as boas iniciativas e valorizá-las, propiciando um espírito colaborativo e a maior fluidez ao desenvolvimento do trabalho.

Os impactos da designação de chefias na gestão de pessoal pode ser melhor observado nas respostas apresentadas ao questionamento n. 8 - Qual a relevância da designação de chefias, em postos de confiança, para a gestão de pessoas? -, sintetizadas no Quadro 7 abaixo.

**Quadro 7 – Impactos da designação de chefias**

<b>CATEGORIA</b>	<b>DESCRITORES (falas)</b>	<b>FREQUÊNCIA</b>	<b>%</b>
Relevância da designação das chefias (questão 8)	Impacto no desempenho	7	63,6%
	Melhora o fluxo de trabalho	4	36,3%
	Impacto na motivação	3	27,2%
	Oportuniza eficiência e economicidade no gerenciamento público	2	18,1%
	Proporciona melhor ambiente de trabalho	1	9%
	Oportuniza coesão na equipe	1	9%
	Viabiliza a delegação de atividades	1	9%
	Distensiona as equipes	1	9%
	Tem repercussão interdisciplinar	1	9%

É o elo com os demais procuradores	1	9%
Proporciona o respeito e confiança dos superiores e de seus subordinados	1	9%
O chefe serve como exemplo positivo	1	9%

Fonte: Elaborado pelo autor.

Da leitura acurada do quadro supramencionado, denota-se que, de acordo com os entrevistados (63,6%), quanto melhor o ocupante da função de chefia, maior será o desempenho das equipes jurídicas e melhor será a fluidez do trabalho (36,3% dos entrevistados). Segundo eles, um posto de chefia mal provido, ou provido com um profissional que não tenha o perfil ou o comprometimento adequado, acaba influenciando toda a equipe de trabalho, tornando-a mais onerosa, desmotivada e pouco produtiva.

É evidente que mesmo com uma chefia inadequada os procuradores continuarão exercendo as suas atividades da melhor maneira possível, mesmo porque tal obrigação é inerente ao cargo que ocupam, entretanto não há dúvida que uma chefia adequada oportuniza a motivação dos profissionais (27,2%) e a eficiência e economicidade no gerenciamento público, viabilizando o desenvolvimento das atividades de forma muito mais célere.

Ressalta-se, ainda, que o chefe de equipe deve ser visto pelos seus subordinados como um exemplo de conduta e responsabilidade, sendo que, ausentes tais pressupostos, haverá interferência, inclusive, na motivação da equipe e nos resultados profissionais esperados.

Ou, nas palavras de um dos entrevistados, *"em especial na área jurídica, uma chefia leniente, burocratizada ou sem espírito de cooperação, determina*

*tal qualidade para todo o setor, ou seja, torna os setores lenientes, burocratizados ou não-cooperativos."*

Por essa razão, segundo alguns entrevistados, mesmo após a designação do ocupante da função de chefia, é necessário que haja um acompanhamento constante por parte do Procurador-Geral Adjunto, de modo a manter o profissional e, respectivamente, os profissionais a ele submetidos, devidamente estimulados e mobilizados.

Dessarte, o treinamento adequado das chefias e a correta designação destas, não somente pelo reconhecimento dos serviços prestados, mas pelo real perfil gerencial destas, poderia contribuir sobremaneira para a organização da instituição e para a redução dos prazos para a apreciação jurídica.

### 3.1 Utilização de Mecanismos Motivacionais

Conforme visto no Quadro 7, a adequada ou inadequada designação dos ocupantes de postos de chefia repercute na motivação dos profissionais de cada equipe. Sendo assim, com o intuito de aferir quais os principais mecanismos motivacionais possíveis de serem adotados na visão dos entrevistados, elaborou-se o questionamento n. 9 - Quais os principais mecanismos para a motivação dos servidores municipais? -, sendo as respostas sintetizadas no quadro seguinte.

**Quadro 8 – Mecanismos motivacionais**

<b>CATEGORIA</b>	<b>DESCRIPTORIOS (falas)</b>	<b>FREQUÊNCIA</b>	<b>%</b>
Mecanismos Motivacionais	Valorização salarial	6	54,5%
	Indução à Capacitação	5	45,4%
	Bom ambiente de trabalho	5	45,4%
	Valorização da carreira	4	36,3%
	Estabelecimento de metas / planejamento	2	18,1%

Valorização pelo desempenho	2	18,1%
Estrutura organizada da Instituição	2	18,1%
Reconhecimento Institucional do trabalho (não relacionado à remuneração)	1	9%
Decisões <i>just in time</i> pelas chefias	1	9%
Modificação da forma de admissão de pessoal, priorizando a escolha de pessoas qualificadas e não apenas "inteligentes"	1	9%
Eliminação de atividades repetitivas desnecessárias	1	9%
Constante contratação de pessoal	1	9%

Fonte: Elaborado pelo autor.

Ao avaliar as respostas apresentadas pelos entrevistados, depreende-se que não apenas a valorização remuneratória (54,5%) serve como fator motivacional dos servidores, mas com igual força (45,4%) a adoção de práticas indutoras à capacitação profissional e um bom ambiente de trabalho.

É evidente que em qualquer ambiente de trabalho (seja na Administração Pública ou Privada) a valorização salarial ou remuneratória é um indicativo importante para a motivação dos trabalhadores, principalmente quando adequada às obrigações e responsabilidades do profissional.

Mesmo porque, conforme SANTOS (2010, p. 221),

[...] as pessoas, quando valorizadas, motivadas e comprometidas, colocam à disposição das organizações seus conhecimentos, habilidades e múltiplas experiências, que, se bem aproveitados,

contribuem decisivamente para o desenvolvimento organizacional.

Justamente por essa razão que a gestão de pessoas tem extrema relevância no gerenciamento estratégico das instituições, conforme constatado, inclusive, na pesquisa em comento.

Outrossim, reveste-se de extrema relevância a introdução de novos mecanismos motivacionais ao setor público, que, além de oportunizarem uma redução significativa de prazos, fomentem a criatividade dos servidores públicos. Nesse aspecto, denota-se que na maioria das vezes os servidores são submetidos a produção de trabalhos repetitivos, sem que lhes seja oportunizado um período de tempo para pensar e para criar alternativas que melhorem a condução de suas atividades, o que geralmente está relacionado à incorreta distribuição de tarefas e à ausência de interação entre os profissionais.

Além disso, de acordo com a pesquisa realizada, a indução à capacitação é grande fomentadora da motivação dos servidores, de modo que seja oportunizada ao servidor a realização de cursos de qualificação e desenvolvimento profissional. Convém registrar que, no âmbito da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre esta prática é bastante comum, especialmente em razão da Lei n. 9.877/2005, que criou o Fundo de Reparelhamento e Modernização da Procuradoria-Geral do Município – FURPGM, viabilizando o financiamento de cursos de capacitação com recursos provenientes, principalmente, de honorários sucumbenciais.

Outro aspecto que tem grande relevância na motivação dos profissionais está atrelado ao ambiente de trabalho que, como vimos anteriormente, também é reflexo da designação de chefias. É importante salientar

que o ambiente de trabalho adequado compreende a estrutura física, os equipamentos, a boa relação interpessoal dos servidores, etc.

Por essa razão, é natural que um ambiente de trabalho agradável, com equipamentos modernos, em convivência harmônica entre os profissionais que preenchem a equipe, convergirá com a elevação da motivação e, conseqüentemente, com a maior produtividade e celeridade na execução das tarefas.

Por fim, de acordo com a pesquisa de campo, restou assentado, ainda, que a valorização das carreiras seria outro mecanismo importante de motivação. Nesse aspecto, segundo Pires (2005), seria possível fazer um mapeamento de competências por cargo, definido um conjunto de conhecimentos, habilidades e atitudes exigíveis segundo uma escala de complexidade (do mais simples para o mais complexo) para futura implantação de um programa de gestão por competências, respeitadas as peculiaridades que particularizam o serviço público, e que considere, entre outros aspectos, o desempenho profissional dos servidores. Não há dúvida que a implementação de um processo desse porte exige um grande esforço tanto por parte dos gestores quanto dos profissionais atingidos, além de necessitar de um trabalho de mapeamento das competências dos profissionais, mas possivelmente seja um caminho a ser seguido para a obtenção de uma gestão eficiente, eficaz e efetiva.

### **Considerações Finais**

A cobrança da sociedade pelo desenvolvimento de políticas públicas adequadas ao seu interesse e em curto espaço de tempo vem demandando uma mudança de perfil dos Administradores Públicos, especialmente a

partir da introdução do princípio da eficiência na norma constitucional e de mecanismos de transparência de gastos públicos.

Acompanhando essa evolução, a Advocacia Pública Municipal passou a ter maior protagonismo, especialmente porque a adequada consecução das políticas públicas depende de uma correta avaliação jurídica acerca de seu procedimento, de modo a atender aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Não há dúvidas que qualquer análise técnica depende de um prazo razoável para a sua realização, sob pena de ocasionar sérios prejuízos por uma conduta precipitada e que não tenha avaliado corretamente os riscos envolvidos. Sendo assim, para compatibilizar os prazos, demandados pela sociedade e pelos agentes políticos, com aqueles necessários para o desenvolvimento das atividades dos procuradores, afigura-se imprescindível a atuação dos Procuradores-Gerais Adjuntos, mormente porque incumbe a estes o gerenciamento imediato de suas equipes.

Ocorre que para executarem essa tarefa estratégica no âmbito da Advocacia Pública Municipal e lograrem êxito em auferir uma conduta proativa e colaborativa dos procuradores, os PGAs necessitam de alguns atributos pessoais e profissionais que não são inerentes às Ciências Jurídicas e Sociais, mas que estão relacionados ao campo da Administração, especialmente a gestão de pessoas, reconhecida a complexidade dos fenômenos organizacionais que caracterizam o setor público e o imperativo de reconhecer a imperiosa transdisciplinaridade no seu tratamento. (FREIRIA, 2011).

Nesse sentido, a presente pesquisa teve a pretensão de identificar qual a efetiva responsabilidade

e participação dos PGAs na gestão de pessoas e no desenvolvimento das políticas públicas municipais, bem como quais os atributos pessoais e profissionais imprescindíveis para o exercício de tal função. Além disso, procurou-se aferir qual a forma e quais os critérios para a designação das chefias e o respectivo impacto desta tarefa na organização da Instituição.

De acordo com o apurado, restou assentado que os Procuradores-Gerais Adjuntos têm um papel central na condução das políticas públicas, que vai muito além da atividade inerente ao regime da legalidade pública, prevista no artigo 87 da Lei Orgânica do Município de Porto Alegre, incumbindo a eles buscar alternativas para a consecução das políticas públicas, através da mediação de eventuais conflitos entre interesses políticos, do gerenciamento de pessoas, do exercício de liderança e da sua criatividade.

É evidente que os PGAs exercem uma atividade que exige um vasto conhecimento técnico-jurídico tanto das matérias que gerenciam quanto da estrutura organizacional da Administração Municipal e da Instituição a que pertencem, de modo que detenham o conhecimento dos fluxos de demandas de tais órgãos e possam fazer a adequada interlocução com os seus respectivos gestores. Entretanto, a qualificação técnica-jurídica não afasta a necessidade de se especializarem em matérias dissociadas de sua formação, exigindo-se um perfil de liderança, viabilizando que tenham a capacidade de influenciar as suas equipes a responderem positivamente a uma alternativa de ação apontada, mesmo diante de adversidades, em razão de sua boa relação interpessoal e de repassar aos seus subordinados a compreensão de que a medida adotada é viável e necessária.

No entanto, não basta que o PGA atenda a todas

as qualidades supramencionadas se os chefes das equipes que a ele estejam subordinadas não contribuírem para o exercício de suas atribuições. Nesse sentido, é extremamente relevante que o PGA indique ao Procurador-Geral do Município aqueles profissionais que melhor possam ocupar as funções de chefia e, mais adequadamente, viabilizem o atendimento do interesse público de forma célere.

Nesse sentido, em consonância com a pesquisa de campo realizada, a designação de chefias deve atender aos critérios da qualificação profissional (preparo e conhecimento do procurador quanto à matéria da equipe que irá chefiar) e do desempenho/merecimento desse profissional (valorização do exercício de suas funções). Todavia, em que pese esses sejam os critérios para a designação das chefias, faz-se necessário que o candidato a ocupar tal posto tenha um bom relacionamento interpessoal, no qual está compreendido o respeito às individualidades, o espírito colaborativo (trabalho em equipe) e a constante interação e diálogo com os profissionais que supervisiona.

Presentes os requisitos supramencionados, a ocupação das funções de chefia propiciará um melhor desempenho das equipes jurídicas e melhor fluidez do trabalho, impactando significativamente a motivação dos profissionais. Aliás, no que tange aos mecanismos para promoção de motivação dos servidores, constatou-se pelas entrevistas realizadas que muito embora a valorização remuneratória seja um importante fator motivacional, um bom ambiente de trabalho, políticas indutoras à capacitação profissional e a valorização das carreiras têm igual relevância na condução de equipes motivadas.

Dessarte, considerando que a designação dos

postos de confiança e a introdução de mecanismos motivacionais perpassam a gestão do Procurador-Geral Adjunto, a adoção por parte deste profissional de um papel estratégico na instituição, reduzindo o distanciamento entre os ideais perseguidos pelos agentes políticos e a atuação técnica dos procuradores, é de suma relevância para a conquista de uma gestão eficiente.

Uma pesquisa de campo, realizada com um número enxuto de profissionais, não exaure o estudo acerca do papel do Procurador-Geral Adjunto para a gestão de pessoas e para o desenvolvimento das políticas públicas municipais, contudo se espera que a presente pesquisa sirva como um indicativo importante para nortear a atuação desses e dos profissionais que com eles interagem, bem como auxilie na elaboração do futuro Regimento Interno da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre.

### Referências Bibliográficas

- BARDIN, Laurence. *Análise de Conteúdo*. Lisboa: Edições 70, 1979.
- BERGUE, Sandro Trescastro. *Gestão de Pessoas em Organizações Públicas*. 3. Ed., rev. e atual., Caxias do Sul, RS: Educus, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Gestão Estratégica de Pessoas no Setor Público*. São Paulo: Atlas, 2014.
- BOSSIDY, Larry; CHARAN, Ram. *Execução: A disciplina para atingir resultados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- FREIRIA, Rafael Costa. *Direito, Gestão e Políticas Públicas Ambientais*. São Paulo: Editora Senac, 2011.
- PIRES, Alexandre Kalil et al. *Gestão por Competências em Organizações de Governo (Mesa Redonda de Pesquisa-Ação)*. Brasília: Enap, 2005.
- PORTO ALEGRE. *Lei Complementar n. 701*, de 18 de julho de 2012, que institui a Lei Orgânica da Procuradoria-Geral do Município (PGM). Diário Oficial de Porto Alegre (DOPA-e), edição extra, de 19 de julho de 2012, p. 01.
- \_\_\_\_\_. *Lei Orgânica do Município de Porto Alegre*. Porto Alegre, RS: Câmara Municipal de Porto Alegre, 1990.
- \_\_\_\_\_. *Lei n. 9.877*, de 15 de dezembro de 2005, que cria o Fundo de Reparelhamento e Modernização da Procuradoria-Geral do Município – FURPGM – e dá outras providências. Porto Alegre, RS.
- SCHIKMANN, Rosane. *Gestão Estratégica de Pessoas: bases para a*

concepção do curso de especialização em gestão de pessoas no Serviço Público. In PANTOJA, Maria Júlia; CAMÕES, Marizaura Reis de Souza; BERGUE, Sandro Trescastro. *Gestão de Pessoas: bases teóricas e experiências no setor público*. Brasília: ENAP, 2010.

STACCIARINI, Maria Raquel. Percepção de Suporte Organizacional: Um estudo de caso na Secretaria de Recursos Humanos do Ministério de Planejamento, Orçamento e Gestão. In PANTOJA, Maria Júlia; CAMÕES, Marizaura Reis de Souza; BERGUE, Sandro Trescastro. *Gestão de Pessoas: bases teóricas e experiências no setor público*. Brasília: ENAP, 2010.

VIEIRA, José Luiz Leal. Um Novo Desafio para o Judiciário: o juiz líder. *Coleção Administração Judiciária*, v. 3. Porto Alegre, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2009.

YIN, Robert K. *Estudo de Caso: planejamento e métodos*. Porto Alegre: Bookman, 2005.

## APÊNDICE – Entrevista

### QUESTÕES

- 1 – Qual o perfil adequado para o ocupante do cargo de Procurador-Geral Adjunto no Município de Porto Alegre?
- 2 – Qual é papel do Procurador-Geral Adjunto para o desenvolvimento das políticas públicas?
- 3 – Na sua visão, quais as principais dificuldades enfrentadas para o exercício desse posto?
- 4 - Quais as competências técnicas e gerenciais desejáveis para o ocupante de tal cargo?
- 5 – Qual competência você entende que deve preponderar em um Procurador-Geral adjunto?
- 6 - Como você entende que devem ser procedidas as designações de chefias?
- 7 - Quais os principais fatores para a escolha de um chefe de equipe?
- 8 - Qual a relevância da designação das chefias, em postos de confiança, para a gestão de pessoas?
- 9 – Quais os principais mecanismos para a motivação dos servidores municipais?



## **PARECERES COLETIVOS**

## APOSENTADORIA POR INVALIDEZ NO CURSO DO ESTÁGIO PROBATÓRIO

Edmilson Todeschini<sup>112</sup>

PARECER COLETIVO N. 205/2011

PROCESSO N. 001.035887.07.9

INTERESSADO: Secretaria Municipal de Administração

**EMENTA:** Inexistência de vedação constitucional e legal à concessão de aposentadoria por invalidez no curso do estágio probatório: comprovada, pela perícia médica oficial, incapacidade parcial ou total do servidor, impõe-se a delimitação de atividades ou a aposentadoria. Inexigibilidade de carência. Necessidade de averiguação da existência da patologia quando da nomeação e boa ou da má-fé do servidor.

A Secretaria Municipal de Administração buscou orientação jurídica da Procuradoria-Geral do Município acerca das providências a serem adotadas em relação aos servidores que se tornam incapazes para o trabalho no curso do estágio probatório. O consultante cogita várias alternativas: 1<sup>a</sup> - a exoneração, determinada pelo art. 14 do Decreto Municipal 14.436/2004; 2<sup>a</sup> - a readaptação, prevista no art. 57, da Lei Complementar 133/85; e, 3<sup>a</sup> - aposentadoria por invalidez.

---

<sup>112</sup> Especialista em Direito Municipal pela Escola Superior de Direito Municipal. Procurador-Chefe da Procuradoria de Pessoal Estatutário – PPE/PGM.

Em sede de análise de precedentes, registra-se que não foram localizadas manifestações jurídicas com o *status* de "parecer", emitidas por esta Procuradoria-Geral do Município, enfrentando a questão em tela. A única manifestação técnica encontrada foi a Informação nº 267/2004, lançada no processo administrativo nº 001.027315.04.5, subscrita pela assessora jurídica Isabel Cristina Brundo, do PREVIMPA.

Migrando para outras esferas estatais em busca de precedentes, foi encontrado o Parecer nº 14.329/205, da Procuradoria-Geral do Estado, subscrito pela Procuradora Eliana Graeff Martins, que adiante será comentado.

Findo este breve relatório, passa-se a responder a consulta.

Primeiramente, necessário analisar a legislação Municipal que dispõe acerca do estágio probatório e da aposentadoria por invalidez, sempre considerando que ela deve ser interpretada à luz do ordenamento constitucional brasileiro, no qual está inserida.

Após exaustiva pesquisa na legislação da capital gaúcha, constatou-se que ela é omissa em relação à possibilidade ou impedimento de concessão de aposentadoria aos servidores que se encontram em estágio probatório. A Lei Complementar Municipal nº 478/2002, em seu art. 34, dedicado à regência da aposentadoria por invalidez, além de não exigir a estabilidade, sequer estabeleceu carência para tanto. Veja-se:

Art. 34. A aposentadoria por invalidez permanente será devida ao segurado que for considerado incapaz para o serviço público municipal por junta médica do órgão da perícia médica do Município.

Como se pode observar, a lei limita-se a exigir que o servidor seja segurado. Já o art. 23, do mesmo diploma legal, elenca como segurados todos os servidores municipais investidos em cargos de provimento efetivo da administração direta, autárquica, fundacional e da Câmara Municipal, que serão inscritos automática e compulsoriamente na previdência municipal.

O art. 169, da Lei Complementar 133/85, que esteve em vigor até 27/9/2002, assim determinava:

Art. 169 – O funcionário em estágio probatório ou em comissão só tem direito à aposentadoria quando invalidado por acidente em serviço, agressão não-provocada no exercício de suas atribuições ou acometido de moléstia profissional. (Revogado pelo art. 137, da Lei Complementar 478/2002)

Esse dispositivo foi inscrito na LC 133/85 antes da vigência da CF 88. Por conseguinte, foi orientado por regras e princípios da Constituição Federal de 1969, revisados pela atual ordem constitucional que passou a abrigar no texto de seu art. 70 o princípio da economicidade.

Merece especial atenção o disposto no art. 14, do Decreto n. 14.436/2004, ao estabelecer:

Art. 14 - Será exonerado o servidor estagiário que, no período de seu estágio probatório, apresentar qualquer das seguintes situações:

[...]

IV - não retornar ao efetivo exercício do cargo de provimento efetivo para o qual foi nomeado, após transcorrido o prazo de quatro anos, consecutivos ou não de suspensão previstos nas alíneas do art. 12, excetuadas, as alíneas "a", V e "c";

Dentre as hipóteses elencadas no art. 12, especial atenção deve voltar-se para a alínea "h", que segue transcrita:

Art. 12 - O estágio probatório ficará suspenso nos casos de:

[...]

h) licença para tratamento de saúde;

O uso afirmar que o Decreto em comento extrapolou a competência reservado a esta espécie de diploma normativo ao determinar a exoneração de servidor que permanecer longo tempo no gozo de benefício previdenciário denominado "licença para tratamento de saúde". Ao contrário de outras hipóteses previstas nas demais alíneas do art. 12, em que prepondera a manifestação volitiva do segurado, o afastamento em virtude deste benefício previdenciário não decorre da vontade do servidor. Salvo em raras exceções caracterizadas pela má-fé, ao servidor não interessa tomar-se inútil para o trabalho.

Evidencia-se a colisão do Decreto já referido com a Ordem Constitucional quando aquele determina a exoneração de servidor em estágio probatório que se encontra afastado por mais de 04 anos para o gozo de um benefício previdenciário, assegurado pelo ordenamento soberano. Então, descartando o disposto no Decreto e considerando a lacuna da legislação municipal acerca do assunto que constitui objeto deste Parecer, tomar-se-á como parâmetro para responder a consulta as regras e os princípios assentados na Constituição Federal.

O ordenamento constitucional, ao reger a previdência pública, não exige nem a estabilidade, nem o cumprimento de determinado período de carência para o gozo de licença para tratamento de saúde e para a aposentadoria por invalidez. Ora, se a Constituição não

limita o direito à aposentadoria por invalidez ao servidor não estável, uma vez que não exige sequer os três anos no cargo, não pode um mero decreto municipal limitar referido direito.

A propósito, na já referida Informação n. 267/2004, a Assessora Jurídica do PREVIMPA, Isabel Cristina Auch Brundo, sustentou:

Nessa condição - detentores de cargo de provimento efetivo - é o assegurado a tais servidores aposentadoria na forma do art. 40 da Constituição Federal, com redação dada pela Emendas Constitucionais nº 20/98 e 41/03, e nos arts. 2º e 6º da Emenda Constitucional 41/03, bem como pensão por morte aos seus dependentes de conformidade com o § 7º do art. 40, da CF.

[...]

Como se vê, nos dispositivos constitucionais em comento não há qualquer referência às expressões "servidor estável" ou "servidor efetivo" e sim à expressão "titular de cargo efetivo".

A pesquisa jurisprudencial, por sua vez, pouco contribuiu para fundamentação deste Parecer, as mais diversas expressões de busca, lançadas nos sites dos diversos tribunais evidenciaram a precariedade de parâmetros para orientar a presente manifestação técnica. A única decisão que fornece alguns elementos para orientar a solução deste caso emana do 6ª Turma do STJ e está assim ementada:

Recurso especial em mandado de segurança. Servidor Público. Aposentadoria. A decisão que admite a aposentadoria do servidor no período de estágio probatório não viola o § 2º do art. 20 da Lei 8.112/90. Recurso não conhecido. (REsp. 174133/DF, julgado em 19/10/1999, Rei. Min. Fontes de Alencar)

Oportuno destacar trecho do voto do relator,

acatado pelos demais Ministros, sem quaisquer divergências ou ressalvas:

A alegada afronta ao art. 20 § 2º da lei n. 8.112/90, aborda tema relativo à aprovação do servidor no estágio probatório, distinto, portanto, da matéria em foco, ou seja, aposentadoria do servidor no mencionado estágio.

O dispositivo legal ora citado não condicional a aposentadoria do servidor a conclusão do estágio probatório. No mais a questão é puramente constitucional. [...]

A decisão judicial em comento apreciou pedido de "aposentadoria por tempo de contribuição" em estágio probatório. Uma vez que esta espécie de aposentadoria é caracterizada pela manifestação volitiva do servidor, significa que ele não é compelido por fatores alheios à sua vontade. A propósito, na já referida Informação n. 267/2004, a Assessora Jurídica do PREVIMPA, Isabel Cristina Auch Brundo, sustentou:

Nessa condição - detentores de cargo de provimento efetivo - é o assegurado a tais servidores aposentadoria na forma do art. 40 da Constituição Federal, com redação dada pela Emendas Constitucionais nº 20/98 e 41/03, e nos arts. 2º e 6º da Emenda Constitucional 41/03, bem como pensão por morte aos seus dependentes de conformidade com o § 7º do art. 40, da CF. [...]

Como se vê, nos dispositivos constitucionais em comento não há qualquer referência às expressões "servidor estável" ou "servidor efetivo" e sim à expressão "titular de cargo efetivo".

Ora, se cumprimento do estágio probatório é dispensado inclusive para a concessão da aposentadoria por tempo de contribuição, hipótese em que o servidor é dotado de condições para o

cumprimento do estágio, parece demasiado exigir o seu implemento para a inativação por invalidez. E que nesta espécie de inativação preponderam fatores objetivos e intransponíveis, que se sobrepõem à vontade do servidor.

A pesquisa de precedentes junto ao Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, por sua vez, evidenciou a inexistência de pareceres ou de decisões daquela Corte de Contas acerca da possibilidade de concessão de aposentadoria por invalidez no curso do estágio probatório.

Passa-se, então, a buscar parâmetros em outras esferas, sem deixar de considerar que a Constituição Federal assegura a autonomia administrativa e financeira aos Municípios. Por conseguinte, os imuniza da aplicação das legislações federal e estadual em matéria de pessoal. Trata-se, então, de meros parâmetros que apontem uma saída para este caso.

A Lei Complementar n. 10.098, de 03/02/1994, que "dispõe sobre o estatuto e regime jurídico único dos servidores públicos civis do Estado do Rio Grande do Sul", acerca da aposentadoria por invalidez no curso do estágio probatório, estabelece:

Art. 164 - O servidor em estágio probatório somente terá direito à aposentadoria quando invalidado por acidente em serviço, agressão não-provocada no exercício de suas atribuições, acometido de moléstia profissional ou nos casos especificados no § 1º do artigo 158 desta lei.

O supracitado Parecer n. 14.329/2005, da PGE/RS, não oferece maiores contribuições, pois se limita a analisar o disposto no art. 164 do estatuto do servidor estadual, sem adentrar na análise dos elementos jurídicos emanados do ordenamento

soberano. Referido Parecer tem a seguinte ementa:

Polícia civil. Aposentadoria por invalidez durante o estágio probatório. Possibilidade. Art. 164 da Lei Complementar n. 10.098/94.

Já a Instrução Normativa n. 10, de 14/9/1994, subscrita pelo Ministro de Estado Chefe da Secretaria da Administração Federal prevê:

8. Ao servidor em estágio probatório poderá ser concedida licença para tratamento da própria saúde e aposentadoria por invalidez a qualquer tempo, uma vez que a Lei estatutária não exige carência para este fim.

Vê-se, então, que a conclusão a que se chega neste Parecer, pelo dever de conferir aposentadoria ao servidor que se invalidou no curso do estágio probatório, além de encontrar fundamento constitucional, converge com diplomas positivos das esferas federal e estaduais.

Todavia, impõe-se tratamento distinto se constatado que o servidor estagiário já era portador da patologia incapacitante quando da nomeação e que a ocultou da perícia médica admissional. Em tais situações, a má-fé do servidor deve ser punida com a exoneração. Afigura-se, então, imprescindível a apuração retrospectiva do estado de saúde do servidor, a fim de averiguar tal situação.

A existência da doença incapacitante quando da nomeação, cumulada com a ausência de informação da mesma ao corpo médico pericial, não caracteriza obrigatoriamente a má-fé do servidor. Necessário investigar se o servidor já estava ciente de que era portador de tal patologia. Caso já tinha ciência da mesma e a ocultou estará caracterizada a má-fé, impondo a exoneração do servidor estagiário. Porém, na

hipótese de ainda não haver constatado que era portador da doença evidenciam-se elementos conclusivos da boa-fé, vinculando a delimitação de atividades ou a aposentadoria por invalidez, conforme o grau de incapacidade verificado.

Antecipo resposta a uma indagação reiteradamente apresentada a esta Procuradoria. A boa-fé é presumida e a má-fé deve ser provada. Então, pairando dúvidas acerca da boa-fé ou da má-fé, impõe-se a conclusão favorável à primeira.

Por fim, imprescindível enfrentar o questionamento acerca da possibilidade de readaptação no curso do estágio probatório, considerando que o art. 57, da LC 133/85, determina:

Art. 57 - Readaptação é a forma de provimento do funcionário estável em cargo de igual ou inferior classificação, mais compatível com as suas condições de saúde física ou mental, podendo ser processada a pedido ou *ex-officio*.

Seria demasiado cômodo proceder apenas uma interpretação literal do referido dispositivo e responder pela impossibilidade de readaptação no curso do estágio probatório. Porém, constituiria equívoco grosseiro desconsiderar que todo o dispositivo de lei ordinária ou complementar está inserido em determinado ordenamento constitucional e deve respeitar as regras e os princípios maiores.

Contrariamente à aplicação do art. 57, da LC 133/85 poderia ser invocado o princípio da economicidade, expressamente previsto no art. 70, *caput*, da Constituição Federal. Ele vincula a administração a otimizar o dispêndio do dinheiro público, buscando obter o máximo resultado com o gasto mínimo. Tal princípio é incompatível com os

desperdícios quando verificado que o produto ou serviço que se tornou impróprio para determinado fim pode ser reaproveitado para outro. Assim, a readaptação é um instituto de materialização deste princípio uma vez que visa aproveitar o potencial laborativo remanescente do servidor ao invés de pagar seus proventos sem qualquer contrapartida.

Se por um lado o princípio da economicidade justificaria a readaptação no curso do estágio probatório, por outro lado, impossível continuar a avaliação do servidor estagiário em cargo diverso daquele em que foi nomeado. Igualmente impossível, à luz das alterações introduzidas pela Emenda Constitucional 19/1998, dispensar o servidor de seu cumprimento.

A solução que aparenta mais adequada, conjugando os princípios da legalidade e da economicidade com a efetiva avaliação do estágio probatório, é a delimitação de tarefas até o integral cumprimento do estágio probatório ocasião em que o servidor poderá ser readaptado.

### **Conclusões**

1 - A estabilidade, decorrente da aprovação em estágio probatório não é exigida, nem pela Constituição Federal, nem pela legislação Municipal, para a concessão do benefício previdenciário denominado aposentadoria por invalidez;

2 - A constatação, por perícia médica oficial do Município, da incapacidade parcial ou total do servidor em estágio probatório, enseja a investigação se a patologia já existia quando do exame admissional e se ela foi ocultada da perícia médica pelo servidor;

3 - Salvo a constatação de elementos objetivos em sentido contrário, presume-se a boa-fé do servidor

impondo-se a adoção das alternativas dos Itens "5" e "6" deste rol de conclusões;

4 - A caracterização da má-fé depende, além da existência da patologia incapacitante quando da nomeação, de o servidor ter conhecimento de sua existência e tê-la ocultado quando da perícia médica admissional;

5 - Impõe-se a delimitação de atividades se o servidor agiu de boa-fé quando da nomeação e perdeu parcialmente a capacidade laboral, hipótese em que a avaliação do estágio continuará no período da delimitação;

6 - Impõe-se a concessão de aposentadoria por invalidez aos servidores que no curso do estágio probatório se invalidar para o trabalho e que agiram de boa-fé quando da nomeação;

7 - Impõe-se a exoneração dos servidores que perderam parcial ou integralmente a capacidade laborativa no curso do estágio probatório caso tenham agido de má-fé quando da nomeação;

8 - O instituto da readaptação é incompatível com o estágio probatório.

É o parecer.

À superior consideração.

Porto Alegre, 18 de setembro de 2007.

Edmilson Todeschini,  
Procurador do Município,  
Matr. 39335.9 - OAB/RS 31.344

## AUTO DE INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA

Maren Guimarães Taborda<sup>113</sup>

PARECER COLETIVO N. 206/2011  
PROCESSO N. 001.023382.03.1  
INTERESSADO: SMF / CGT / UAR e PGA-AF

**EMENTA:** Auto de infração administrativa - Nulidade em face da inobservância da regra da legalidade - Impossibilidade de imposição de sanção pecuniária a ilícito administrativo com fundamento genérico - Dever da administração de garantir ampla defesa e contraditório na constituição de multa administrativa - Aplicação subsidiária da lei de processo administrativo federal (Lei n. 9.874/99) e da legislação federal sobre danos ao ambiente (Lei n. 9.605/98 e Decreto n. 3.179/99).

Veio o expediente da SMF, solicitando parecer sobre o procedimento administrativo para inscrição em Dívida Ativa de multa não tributária, oriunda de Auto de Infração da SMAM. Informa o órgão solicitante que há divergência de orientação entre a SMF e a SMAM, na medida em que a ASSEJUR/SMAM não concorda com a orientação firmada na Informação n. 27/2008, da lavra do Procurador Gamaliel Valdovino Borges, no sentido de que: a) o prazo prescricional para a inscrição em Dívida Ativa de multa administrativa é de cinco anos contados

---

<sup>113</sup> Procuradora do Município, lotada na Procuradoria Tributária. Doutora em Direito pela UFRGS. Especialista em Gestão Tributária pela Universidade de Castilla-La Mancha, UCLM/Espanha.

da notificação da lavratura do Auto de Infração; b) o prazo prescricional para a cobrança de multa administrativa (não tributária) via execução fiscal, é também de 05 anos, contados da data da inscrição em Dívida Ativa; c) que o Auto de Infração deve conter certos elementos essenciais, sob pena de nulidade, e, d) que o Auto de Infração deve ser resultado de um regular processo administrativo, no qual estejam garantidas a ampla defesa e o contraditório. Redistribuído o expediente por ordem do Sr. Procurador-Geral Adjunto de Assuntos Fiscais, passo a responder a consulta, tecendo as seguintes considerações de fato e de Direito:

1. Desde 1995, a SMF tem, sistematicamente, se recusado a ajuizar ação fiscal para cobrança de multas administrativas impostas pela SMAM, sob o argumento geral de nulidade formal e material dos Autos de Infração que deram origem aos créditos. A PGM, na manifestação do processo administrativo 001.018903.95.9, de 22/12/95, opinou "[...] pela decretação de nulidade da aplicação da penalidade pecuniária imposta", por falta de base legal. Naquela ocasião, o colega, Procurador Gamaliel V. Borges argumentou que se a penalidade não estava prevista em *lei formal* não podia ser imposta, em face de violação flagrante ao Princípio da Legalidade. Já em 07/1/98 (processo administrativo 001.04709.96.1), o mesmo colega agregou que os Autos de Infração da SMAM eram nulos porque a penalidade pecuniária (multa administrativa) estava sendo aplicada com base em Decreto Municipal e não em *Lei*.

2. Diante de tais circunstâncias, verificando-se que está aberta uma discussão entre a SMF e a SMAM e que este último Órgão é impermeável aos argumentos da SMF e PGM, forçoso é reconhecer-se que é preciso

traçar uma orientação segura e uniforme aos órgãos da Administração Municipal, principalmente para se evitar o ajuizamento de ações fiscais frágeis, que não subsistirão à fase de instrução de processo judicial. Isso é assim porque o adequado processo jurídico é necessário para a constituição de crédito não tributário e este só pode ser exigido se preenchidos os requisitos formais para a sua inscrição em Dívida Ativa da Fazenda Pública. A Lei n. 6.830/80, em seu art. 2º, § 5º, determina o conteúdo do Termo de Inscrição em Dívida Ativa, fazendo referência expressa ao regular processo administrativo (inciso VI) e isso não pode ser afastado.

3. A jurisprudência pátria é unânime no sentido de que é legítima a cobrança, por meio de execução fiscal, de créditos não tributários, conforme interpretação pacífica que se faz do art. 2º da Lei n. 6.830/80. Por outro lado, a Lei n. 4.320/1964, art. 39, parágrafos primeiro e segundo, dispõe que os créditos da Fazenda Pública, de natureza não tributária "*serão escriturados como receita do exercício em que forem arrecadados, nas respectivas rubricas orçamentárias*" e serão inscritos na Dívida Ativa, "em registro próprio, após apurada sua liquidação e certeza, e respectiva receita será escriturada a este título". Por Dívida Ativa não tributária compreendem-se os créditos provenientes de "indenizações, reposições, restituições [...] de contratos em geral ou outras obrigações legais".

4. Dúvida não há no sentido de que as multas administrativas podem ser cobradas via de execução fiscal, eis que constituem créditos de natureza não tributária. Ocorre que *multa* é, tecnicamente, *sanção*, isto é, consequência atribuída a determinados atos que a ordem jurídica tem por relevantes, isto é, que são *suporte fático - hipótese de incidência, fato gerador, fattispecie* - de regra jurídica, segundo a terminologia

Kelseniana e de Pontes de Miranda. As sanções, via de regra, podem ser *negativas* ou *positivas*, isto é, inibem ou premiam comportamentos. Daí que a sanção negativa, com a finalidade de inibir certas condutas, implica a retirada ou limitação de bens que são valiosos para àquele que se conduz contrariamente ao preceito estabelecido no padrão de comportamento (comando da norma). A sanção negativa, mais propriamente denominada *pena*, se impõe ao sujeito mesmo contra sua vontade afetando sua propriedade e/ou sua liberdade. No caso das execuções forçadas (limitações ao direito de propriedade), temos as chamadas sanções negativas civis. Quando a restrição afeta a liberdade, temos a pena *strícto sensu*. Assim, em última instância e de modo geral, sanções são consequências dos atos ilícitos, criadas pelas regras jurídicas, para reprová-los ou “[...] o dever preestabelecido por uma regra jurídica que o Estado utiliza como instrumento jurídico para impedir ou desestimular diretamente um ato ou fato que a ordem jurídica proíbe”<sup>114</sup>, porque ao criar uma prestação jurídica, concomitantemente, o legislador cria uma providência ao não-cumprimento do referido dever.<sup>115</sup> Daí que, sendo a relação jurídica sancionatória aquele vínculo entre o autor da conduta ilícita e o titular do direito violado, no caso de penalidades pecuniárias ou multas administrativas e fiscais, o liame é obrigacional, uma vez que tem substrato econômico, e, daí, o pagamento da quantia estabelecida é promovido à título de sanção. Tratando-se de outro tipo de sanção, modifica-se apenas o objeto da prestação, que pode ser um fazer ou um não-fazer. As hipóteses em discussão

---

<sup>114</sup> BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1963, p. 556.

<sup>115</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 342.

no expediente são de sanções pecuniárias à ilícitos administrativos.

5. A cláusula do *devido processo jurídico* configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade e propriedade quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito à defesa técnica, publicidade do processo, à citação, à produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal). No âmbito material, a cláusula do *due process of law* se confunde com a regra da legalidade, e determina que ninguém será atingido em sua *liberdade* (legalidade penal) e em sua *propriedade* (legalidade tributária e administrativa) sem que exista *uma lei autorizadora*. Assim, em que pese o legislador constituinte ter estabelecido uma espécie de "*tautologia*" (porque o preceito do *due process of law* tem, no âmbito do *common law*, o mesmo sentido e valor da regra da legalidade no âmbito do sistema de direito romano-germânico ou *civil law*) é preciso esclarecer no que consiste um e outro (ou ambos) no caso que se está a discutir.

6. Pois bem: o *Princípio da Legalidade*, entendido como "princípio" e como "regra", é um dos critérios orgânicos pelos quais se define o Estado de Direito Moderno, de modo que se exige "lei" para interferência na esfera individual (Princípio da Legalidade da Administração), que a atividade total do Estado esteja compreendida, sem resíduo, na soma de competências rigorosamente circunscritas (divisão e distinção dos poderes) e que exista controle judicial da Administração por juízes independentes que decidam dentro de um procedimento de forma judicial (justiça

administrativa).<sup>116</sup>

7. Segundo uma noção restritiva (mínima), o princípio da legalidade “é uma relação de não-contrariedade, de não-incompatibilidade, ou positivamente, de compatibilidade”, afirma Einsenmann<sup>117</sup>, e isto significa apenas que a Administração está submetida à lei, devendo proceder de forma compatível com o sistema de normas legislativas. Sendo assim, pela primazia da lei, as autoridades administrativas têm a tarefa de executar as leis.<sup>118</sup> De acordo com uma noção mais larga, a relação de legalidade é uma relação de conformidade que tem duas direções: a) formal, em que a emissão do ato se desenvolve em conformidade com o esquema processual fixado em lei; b) material ou substancial, em que o conteúdo do ato é modelado pela norma. O princípio de conformidade, então, “postula a existência da regulamentação-modelo como condição necessária para cada ato”<sup>119</sup>, de modo que a ausência de regulamentação impede a prática do ato. Daí, pelo princípio da compatibilidade, a Administração pode fazer

---

<sup>116</sup> Para Weber, no Estado moderno existe precisamente a tendência de aproximar entre si, do ponto de vista formal, a aplicação do direito e a “administração” (no sentido de governo), primeiro, porque no âmbito da atividade judicial, impõe-se ao juiz a obrigação de resolver as controvérsias atendendo a princípios materiais (moralidade, equidade, conveniência, etc.); em segundo, porque a organização do Estado atual concede ao particular que, em princípio, só é objeto da administração, determinados recursos para proteger seus interesses frente a mesma. Tais meios são, ao menos formalmente, idênticos aos de aplicação do direito e, por isso, há, aí, a jurisdição administrativa. Ver: WEBER, Max. *Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*. Tradução espanhola de *Wirtschaft und Gesellschaft, Grundriss der Verstehender Soziologie*, por José Medina Echavarría e outros. México: Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 510-511.

<sup>117</sup> EISENMANN, Charles. *O Direito Administrativo e o Princípio da Legalidade*. v. 56. RDA, p. 47 e ss. e p. 53.

<sup>118</sup> Ver MAURER, Harmut. *Elementos de Direito Administrativo Alemão*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2000, p. 45. Tradução das conferências realizadas em Porto Alegre, abril de 2000, por Luís Afonso Heck.

<sup>119</sup> EISENMANN, op. cit., p. 56.

tudo o que não seja, de uma forma ou de outra, proibido pela lei. O princípio da conformidade não permitirá que a Administração faça o que não lhe for permitido, de uma forma ou de outra, por essa mesma lei. Contrariedade é o desacordo com o disposto numa norma - plano da emissão ou do conteúdo e, conformidade, a ideia de similitude ou reprodução - norma como modelo do ato administrativo. A conformidade lógica ou racional é o que importa para a definição da legalidade. As relações de compatibilidade ou conformidade se suscitam quanto ao modo de produção dos atos e não só quanto ao fundo, sendo, então, requisitos de competência e forma.

8. Advém daí que as relações entre a lei e o desempenho da função administrativa se caracterizam pela polivalência, pois a legalidade administrativa pode tanto significar precedência da lei, preferência da lei, compatibilidade ou não-contradição (*Vorrang des Gesetzes*), quanto ser a exigência de que a prática de um ato pela Administração corresponda à sua previsão em lei vigente (princípio da reserva legal ou de conformidade - *Vorbehalt des Gesetzes*). A vinculação da Administração à legalidade, por conseguinte, manifesta-se em dois vetores: a) sua competência funda-se juridicamente em textos legais emanados do Parlamento, e não só nas instruções e comandos do Príncipe; b) os direitos dos particulares surgem como limite externo à atividade da Administração e esta atividade está submetida ao controle judicial.<sup>120</sup> Pela primazia da lei (*Vorrang des Gesetzes*), então, a Administração está vinculada às leis existentes; pela reserva de lei (*Vorbehalt des Gesetzes*), a atuação da Administração deve ter um fundamento e uma

---

<sup>120</sup> Cf. MAURER, op. cit., p. 47 e SÉRVULO CORREIA, José Manuel. *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 18.

autorização legal.<sup>121</sup>

9. Se isto é assim, alguns atos da Administração são vinculados e, outros, discricionários. Vinculados são aqueles que a lei determina os elementos e os requisitos necessários à sua formação (é a dimensão da legalidade-conformidade). A Administração fica “presa” ao que lei determina. Uma vez desrespeitado qualquer requisito, o ato é ilegal e nulo. A liberdade do administrador fica limitada ao enunciado da lei. São vinculados, sempre, a competência, a finalidade e a forma dos atos administrativos. Daí que, relativamente a tais atos, as imposições legais absorvem, quase que por completo a liberdade do administrador, pois sua ação fica adstrita aos pressupostos estabelecidos pela norma legal para a validade da atividade administrativa. Neste sentido, poder-se-ia dizer que a Administração, quando em uso de um ato vinculado atem-se tão-somente ao que a lei estabelece, sem poder dela se afastar. Assim, a lei estabelece o procedimento e demais caracteres à Administração para que execute o ato.

10. No caso em que se discute - imposição de pena pecuniária (multa) por infração administrativa - necessariamente se está diante da aplicação estrita da regra da legalidade (legalidade como conformidade - reserva de lei): ou a multa está prevista em lei, porque é sanção à ilícito administrativo que restringirá, necessariamente, o patrimônio do administrado, ou é nula. *Dito de outro modo, multas não podem ser impostas com base em Decreto.* Na hipótese *in casu*, as multas foram impostas com fundamento no art. 26 do Decreto n. 8.187/83 e Lei Complementar n. 65/81, com alterações do art. 1º, Decreto n. 13.536/01. Ocorre que a Lei não tipifica as condutas que são passíveis de sanção e nem mesmo associa a cada conduta uma penalidade

---

<sup>121</sup> Cf. MAURER, op. cit., p. 45.

específica. O art. 1º é totalmente genérico: somente diz que aqueles que causarem poluição dos recursos ambientais no território do Município ou infringirem qualquer dispositivo legal (a Lei Complementar n. 65/81, seus regulamentos e normas dela decorrentes), ficam sujeitos às penalidades de *advertência* (inciso I), *multa* no valor de 1 (uma) URP (Unidade de Referência Padrão) até 100 (cem) vezes esse valor por dia em que persistir a infração (inciso II) e, *interdição*, temporária ou definitiva, nos termos da legislação em vigor (inciso III). O art. 26 do Decreto n. 8.187/83 (com a redação atual), por outro lado prevê que atividades:

[...] cujos projetos de engenharia civil envolvam trabalhos de terraplanagem e/ou movimentos de terra, drenagens superficiais, conformação e contenção de taludes, implicando descaracterização da morfologia natural da área, deverão ser submetidas a exame da Secretaria Municipal do Meio Ambiente [...].

11. Da leitura do Auto de Infração, depreende-se que a infração foi a *“colocação de aterro sem autorização da SMAM, em área aproximada de 5.000 m<sup>2</sup>”* e o fundamento legal para a imposição da penalidade, o art. 26 do Decreto n. 8.187/83. Contudo, não fica claro se a penalidade foi imposta porque *não houve autorização para a colocação do aterro* ou porque *houve dano aos vegetais do entorno do aterro*, isto é, *porque o aterro feito sem autorização poluiu o ambiente na medida em que descaracterizou a morfologia natural da área, ocasionando danos à flora*. Daí decorre toda a dificuldade da questão posta, pois, como se estabelecerá o contraditório e a ampla defesa se não resta clara qual a *conduta* que está sendo punida?

12. A consequência é a de que são nulas de pleno direito todas as autuações feitas. Dizer, *a contrario*

*sensu*, que a Administração pode agir discricionariamente quando está obrigada a agir de forma vinculada significa desconhecer qual a função do Princípio da Legalidade Administrativa no Estado Democrático de Direito: *todas as intervenções na esfera da liberdade e da propriedade dos cidadãos têm que ser veiculadas por lei formal, para garantia dos cidadãos*. Abrir mão do Princípio da Legalidade significa abrir a porta para todo o tipo de autoritarismo e arbitrariedade e uma volta ao Estado Monárquico. Esta posição é, aliás, unânime nos tribunais do País. Nos julgamentos do Recurso Especial n. 1.091.486 - RO e do Recurso Especial n. 1.080.613 - PR, a Ministra Denise Arruda (relatora de ambos) assevera que:

[...] a aplicação de sanções administrativas, decorrentes do poder de polícia, somente se torna legítima quando o ato praticado pelo administrado estiver previamente definido pela lei como infração administrativa.

13. A dificuldade posta pode ser superada com o encaminhamento de projeto de lei ao Legislativo Municipal, para que discipline e defina os ilícitos e as multas a eles associadas, no âmbito da competência da SMAM. Por conseguinte, devem ser anulados todos os Autos de Infração lavrados pela SMAM, desde que tenham por fundamento a Lei n. 65/81 (da forma como está redigida) e os Decretos n. 8.187/83 e n. 13.536/01. Enquanto não existir a lei municipal, a SMAM poderá autuar infratores com base na Lei Federal n. 9.605/98, Decreto n. 3.179/99 e Resoluções do CONAMA, uma vez que a Secretaria Municipal do Meio Ambiente integra o SISNAMA - Sistema Nacional do Meio Ambiente, por expressa disposição legal (art. 6º, inciso VI da Lei Federal n. 6.938/81). Aliás, essa é a posição

da Ministra Denise Arruda, no Acórdão do RESp 1.080.613-PR, *verbis*:

Tem-se, assim, que a norma em comento (art. 47-A do Decreto n. 3.179/99), combinada com o disposto no art. 70 da Lei n. 9.605/98, anteriormente mencionado, conferia toda a sustentação legal necessária à imposição da pena administrativa, não se podendo falar em violação do princípio da legalidade estrita.

14. Admitindo-se para argumentar houvesse lei autorizadora para a imposição das multas por infração administrativa, ou que o Auto de Infração tivesse sido lavrado com fundamento na legislação federal, ainda assim os Auto de Infração lavrado pela SMAM não poderia ser inscrito na Dívida Ativa do Município, porque é *formalmente nulo*. Ora, o Auto de Infração constitui uma *notificação da Administração ao particular*, no sentido de que este, por ter cometido um *ilícito*, está obrigado ao pagamento de *multa pecuniária* a título de *sanção*. Se a imposição de penalidade é uma intervenção no patrimônio do cidadão, necessariamente a ele deve ser oferecida oportunidade de ampla defesa, em contraditório, para que seja válido o ato que materializa a infração administrativa. No particular, é preciso que o Auto de Infração seja o resultado de um *due process of law* no âmbito administrativo.

15. A cláusula do devido processo jurídico, com o mesmo valor do Princípio da Legalidade, é uma garantia que visa excluir a vontade arbitrária da atuação do poder. Assim, por devido e adequado processo jurídico se entende aquele em que todas as formalidades são observadas, isto é, aquele no qual a autoridade competente ouve o réu e lhe permite a ampla defesa, incluindo-se o contraditório e a produção de todo o tipo de prova, desde que obtida por meio lícito. Sem

processo e sem sentença, ou prolatada por magistrado incompetente, ninguém será privado da liberdade ou de seus bens. A previsão contida nas normas municipais em vigor (Lei Complementar n. 65/81 e decretos regulamentares) é insuficiente, *porque não informa qual a conduta a ser sancionada e a penalidade aplicável*. Além disso, só faz referência ao prazo para defesa, silenciando no que toca ao procedimento administrativo que materializará a infração.

16. Considerando os precedentes jurisprudenciais do STJ (Recurso Especial n. 330.703/RS; Recurso Especial n. 463.994/RS; Recurso Especial n. 527.143/PR e Recurso Especial n. 439.656/PR) e do TJRS (Apelação Cível n. 70014781363; Apelação Cível n. 70013496054; Apelação Cível n. 70013496054; Apelação Cível n. 70013665542 e Apelação Cível n. 70005629175), para que se materialize a infração e se constitua a Dívida Ativa não tributária é preciso a realização de regular processo administrativo, com a necessária notificação do devedor, em atenção ao preceito do *due process of law* inscrito na Constituição da República. Neste particular, Milton Flaks<sup>122</sup> assevera que se considera dívida ativa não tributária aquela decorrente de:

Créditos fiscais (em sentido amplo) não tributários, como vencimento determinado em lei, regulamento, contrato ou título representativo de declaração unilateral de vontade, exigíveis pelo transcurso do prazo para pagamento e inscritos após ato ou procedimento administrativo regular que verificou a ocorrência do fato gerador da obrigação pecuniária, identificou o sujeito passivo e calculou o montante do débito.

---

<sup>122</sup> FLAKS, Milton. Comentários à Lei de Execução Fiscal. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 62.

Assim, “[...] nas obrigações *ex lege* e/ou contratuais que exija prévia liquidação, deve-se conceder ao sujeito passivo o direito de defesa.”<sup>123</sup> Com a mesma orientação, Araken de Assis,<sup>124</sup> no sentido de que a inscrição em Dívida Ativa de Dívida não tributária deve atender às mesmas formalidades de inscrição da Dívida Tributária, isto é, é indispensável a existência de prévio processo administrativo, no qual o apontado devedor possa exercer amplamente os direitos à defesa e ao contraditório, em atenção ao devido processo jurídico.

17. No que diz respeito à garantia do contraditório e da ampla defesa, está expressa no art. 5º, LV, da CF/88, sendo uma derivação da isonomia processual, por exigir igualdade de condições na lide. O processo é, assim, instrumento da vida democrática<sup>125</sup>, e o que o distingue dos “procedimentos” em geral é a existência de um contraditório: “[...] o processo é um procedimento em que participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a produzir efeito: em contraditório e de modo que o autor do ato não possa obliterar a sua atividade”.<sup>126</sup> Essa participação do particular é aquela que se estrutura em contraditório, isto é, a participação do destinatário do ato final na fase preparatória do mesmo implica que este seja considerado em simétrica paridade com, ao menos, a possibilidade abstrata de elaboração do conteúdo da decisão. Tal exigência se

---

<sup>123</sup> Idem, p. 84.

<sup>124</sup> ASSIS, Araken. *Manual da Execução*. 9. Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 952.

<sup>125</sup> Cf. FAZZALARI, Elio. *Enciclopedia del Diritto*. V. XXXV. Milano: Giuffrè. 1986. Verbetes: “Procedimento (teoria generale)”, p. 820.

<sup>126</sup> FAZZALARI, op. cit., p. 827, verbis: “il <processo> è un procedimento in cui partecipano (sono abilitati a partecipare) anche coloro nella cui sfera giuridica l'atto finale è destinato a svolgere effetti: in contraddittorio, e in modo che l'autore dell'atto non possa obliterare le loro attività”.

revela, sempre que uma função se deva exercer com imparcialidade, porque esta, na dimensão negativa, significa o desinteresse de quem exerce a função e, na dimensão positiva, igual interesse de quem é chamado a ser destinatário de seu exercício.

18. Modo de manifestação do processo, o *contraditório* é essencial às fases de constituição e de decisão, não tanto porque, nesta última, a parte intervenha ativamente, mas, principalmente porque a posição da parte e o resultado de sua atividade o juiz imparcialmente deve ter em conta quando vai “dizer o direito”.<sup>127</sup> Pode-se entender, como o faz Odete Medauar, na esteira de Benvenuti e Fazzalari, que 'procedimento' é gênero do qual “processo” é espécie: procedimento é “representação da passagem do poder em ato”, consistindo em atos, que antecedem e preparam o ato final. Se houver cooperação de sujeitos, em contraditório, o “procedimento se expressa como processo”.<sup>128</sup> Decorre daí a importância da tutela substantiva dos direitos subjetivos públicos do Estado e dos cidadãos, feita através de técnicas processuais administrativas e judiciais. Tal garantia, também, é conhecida como o princípio do contraditório (*bilateralidade*), devido à alta ligação existente entre os dois vocábulos. Consiste na oportunidade das partes apresentarem os fatos e os argumentos a favor de seu pedido e contrários ao do seu adversário processual. Assim, é cristalino que para o contraditório ser respeitado, é preciso estar presente a *informação completa da pretensão à parte contrária e, a possibilidade da reação à pretensão deduzida.*

---

<sup>127</sup> BENVENUTI, Feliciano. Enciclopedia del Diritto. V. IX. Milano: Giuffrè, 1961. Verbetes: “Contraddittorio (dir. amm.)”, p. 739.

<sup>128</sup> MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 40.

19. Considerando, pois, as circunstâncias, afirma-se, desde logo, a necessidade de abrir processo administrativo para fins de tornar certa e exigível as dívidas não-tributárias, desde que esteja apurada a sua liquidez, o que só ocorrerá mediante expressa previsão de lei. No que diz respeito ao *rito* a ser observado, deve ser destacado que, não havendo lei de processo administrativo municipal, aplica-se, no que couber, a Lei de Processo Administrativo Federal (Lei n. 9.874/99) e o Código de Processo Civil. No caso da LPA, a Jurisprudência do STJ firmou o entendimento de que, ausente lei específica, a mesma deve ser aplicada de forma subsidiária, porque se trata de norma que "deve nortear toda a Administração Pública, servindo de diretriz aos seus demais órgãos".<sup>129</sup><sup>16</sup> O *rito* constituído no processo administrativo n. 001.055343.09.0 (*Instituto Sollus*), que versava sobre matéria idêntica (inscrição em Dívida Ativa de crédito não tributário), também poderá ser utilizado, principalmente enquanto não houver lei de processo administrativo no âmbito do Município de Porto Alegre.

20. Há que se observar, na lavratura dos novos

---

<sup>129</sup> AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 815.532 - RJ (2006-0207524-6). Rel. MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA. EMENTA: ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. INÉRCIA DA ADMINISTRAÇÃO. DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE LEI ESTADUAL ESPECÍFICA. LEI N. 9.784/99. APLICABILIDADE. PRECEDENTES. QUESTÃO NÃO ARGUIDA NO RECURSO ESPECIAL. INOVAÇÃO DE TESE. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que, ausente lei específica, a Lei n. 9.784/99 pode ser aplicada de forma subsidiária no âmbito dos Estados-Membros, tendo em vista que se trata de norma que deve nortear toda a Administração Pública, servindo de diretriz aos seus demais órgãos. 2. Em sede de agravo regimental ou de embargos de declaração, não cabe à parte inovar para conduzir à apreciação desta Corte temas não ventilados no recurso especial. 3. Agravo regimental improvido.

Autos de Infração, os prazos prescricionais de 05 (cinco) anos, consoante a jurisprudência pacífica do STJ consolidada no Recurso Especial n. 1.025.095 - RJ, bem como os critérios para correção monetária da dívida tornada exigível através de processo administrativo, como postos na Informação n. 01/2010, da lavra de Eduardo Gomes Tedesco (anexada ao expediente).

**ANTE O EXPOSTO**, em conclusão, opino:

a) devem ser anulados *todos* os Autos de Infração lavrados com base genérica (Lei Complementar n. 65/81 e Decreto n. 8.187/83, com alterações do art. 1ª, Decreto n. 13.536/01);

b) observados os prazos prescricionais de 05 (cinco) anos da data da ocorrência da infração, devem ser refeitos os Autos de Infração lavrados, com fundamento da legislação federal;

c) lavrados os Autos de Infração, deverão ser abertos processos administrativos, para que, garantindo-se ampla defesa e contraditório aos sancionados, a dívida não tributária se torne *liquida e certa, inscrita* na Dívida Ativa da Fazenda Pública Municipal e *exigível* por meio de execução fiscal no caso de não ser espontaneamente adimplida pelo infrator;

d) seja elaborado, pelo órgão ativo (SMAM), *Projeto de Lei* a ser encaminhado ao Legislativo Municipal, contendo a previsão dos ilícitos e as respectivas sanções, bem como as regras procedimentais para lavratura de Autos de Infração.

É como opino, s.m.j.  
À Consideração Superior.  
Porto Alegre, 14 de julho de 2010.

Maren Guimarães Taborda,  
Procuradora do Município de Porto Alegre,  
OAB/RS n. 19.670 / Matr. 415770

## ATA DA REUNIÃO DO CONSELHO SUPERIOR DA PGM

Aos dezanove dias de abril de dois mil e onze, às 14h30min, em atendimento ao art. 2º da Lei 10.765/09, reuniram-se na sala de treinamentos da SMF os seguintes integrantes do Conselho Superior: João Batista Linck Figueira - Presidente; Marcelo Kruehl Milano do Canto - PGA-PCSP; Simone Somensi - PGA-DPUMA; Vanêscia Buzelato Prestes - Corregedora-Geral da PGM; Alexandre Salgado Marder - Coordenador Jurídico do Previmpa; Eduardo de Souza Boese - Coordenador Jurídico do DMAE; Maren Tabora e Edmilson Todeschini relatores e os convidados César Emílio Sulzbach (PGM/TART); Alexandre Molenda (PPE); Andréa Teichmann Vizzotto (PUMARF); Gamaliel Valdovino Borges (PGM/TART); Jusara Aparecida Bratz (DMLU); Heron Nunes Estrella (PPE); Pedro Luis Martins (PREVIMPA); Rogério Scotti do Canto (PPC); Albert Abuabara (SMA); e, Márcia Leipnitz Rauber (PPE). Não estiveram presentes: José Luiz Alimena (PPDP), comunicou que tinha duas audiências na 3ª VFP no mesmo horário da convocação para o Conselho; Cristiane da Costa Nery (PGA-AF), por motivos de saúde; José Flávio R. Silveira (coordenador jurídico DMLU), Elizandro S. de Freitas Sabino (coordenador jurídico DEMHAB), Marco Antônio Seadi (coordenador jurídico FASC), Jorge Luiz Ojeda (assessor jurídico DMAE), Nelson Nemo Franchini Marisco (PLC). Eu, Janaina Hernandez Marques secretariei. Na pauta, a análise de divergência entre o Parecer n. 1.142/07, ementa: "Inexistência de vedação constitucional e legal à concessão de aposentadoria por invalidez no curso do estágio probatório. Comprovada, pela perícia médica oficial, incapacidade parcial ou total do servidor, impõe-se a delimitação de atividades ou a aposentadoria. Inexigibilidade de carência. Necessidade de averiguação da existência da patologia quando da nomeação e a boa ou má-fé do servidor.", e manifestação da Assessoria Jurídica do DMAE, que, no mérito, traçou orientação colidente com a assentada no r. Parecer; e o Parecer de lavra da Procuradora Maren G. Tabora com a seguinte ementa: "Auto de Infração Administrativa

- Nulidade em face da inobservância da regra da legalidade - Impossibilidade de imposição de sanção pecuniária a ilícito administrativo com fundamento genérico - Dever da administração de garantir ampla defesa e contraditório na constituição de multa administrativa -Aplicação subsidiária da lei de processo administrativo federal (Lei n. 9.874/99) e da legislação federal sobre danos ambientais (Lei n. 9.605/98 e Decreto n. 3.179/99)", que foi a causa do pedido de suspensão do parecer pelo Dr. Marcelo do Canto. O Presidente saudou a todos, verificou o quorum específico (06 conselheiros para cada assunto) e deu início a sessão trazendo uma questão de ordem relativa ao artigo 13 do Regimento do Conselho, qual seja, designar um dia, uma vez por mês, para a realização das sessões ordinárias do Conselho. Por maioria, foi deliberado que será nas segundas terças-feiras de cada mês, já iniciando no mês de maio. Por deliberação do presidente a pauta foi invertida. Dr. João relatou brevemente que o Dr. Marcelo pediu a suspensão do parecer, mas que o mesmo foi **VOTADO E APROVADO** na sessão anterior. Dr. Marcelo inicia seu voto aduzindo que quanto ao mérito não restou dúvida alguma, mas ele tinha apenas algumas ponderações práticas relativas a aplicação do parecer no âmbito da SMF, mas, que acompanha integralmente a relatora. Por sugestão do César e do Dr. Gamaliel, foi pedido um estudo quanto a alteração na lei do TART, para que, uma das suas Câmaras Especializadas pudesse analisar a matéria em grau de recurso, assim ficaria sanado a questão relativa a SMF. Ficou deliberada a abertura de um novo expediente contendo o parecer da Dra. Maren, o voto do Dr. Marcelo e a ata desta sessão do Conselho para que seja feito um estudo sobre a questão da competência do TART para dirimir questões de multas não tributárias gerais. No impedimento do César e do Gamaliel, presidente e substituto do TART, a Dra. Andréa se ofereceu para fazer o estudo e apresentar ao Conselho em 60 dias. Iniciou-se a discussão da segunda pauta com a defesa do Parecer n. 1.142/07 pelo relator que fez uma breve explanação do seu parecer aduzindo que a divergência com o DMAE surgiu na questão da delimitação de atribuições, pois não existe a previsão legal para delimitação para quem está em estágio

probatório (arts. 57 e 60, do Estatuto dos servidores Municipais), não deixando qualquer margem para interpretações quanto a boa ou má-fé, conforme pondera o relator. Abertas as discussões. Dr. João informa que precisa se ausentar e que assumirá a presidência dos trabalhos seu adjunto Dr. Marcelo. Após várias rodadas de discussões o Dr. Marcelo encaminha a matéria para votação. Aberta a votação Dra. Vanêsa vota com o parecer do relator, mas não concorda com a questão de delimitação de tarefas no estágio probatório, ela entende que são incompatíveis, neste sentido aderindo com a posição do DMAE. O parecer referente à inexistência de vedação constitucional e legal à concessão de aposentadoria por invalidez no curso do estágio probatório, da lavra do Dr. Edmilson é votado e **APROVADO POR MAIORIA**. Faça constar que os pareceres aprovados receberão a numeração 206 e 205, respectivamente. Nada mais a constar, encerro a presente ata que vai assinada por mim e pelo Presidente.

## **PARECERES INDIVIDUAIS**

## PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Clarissa Cortes Fernandes Bohrer<sup>130</sup>

PARECER N. 1.174/2012  
PROCESSO N. 001.049973.10.0  
INTERESSADO: Secretaria Municipal da Saúde

**EMENTA:** Processo Administrativo Disciplinar. Sindicância regularmente processada. Servidor aposentado durante a tramitação da sindicância. Possibilidade de aplicação de penalidade. Legislação de regência. Aspectos temporais do processo administrativo disciplinar. Jurisprudência.

A Chefia da Procuradoria de Pessoal Estatutário,  
Sr. Chefe.

Relatório da tramitação da sindicância.

Abril de 2010 a junho de 2011: discussões, no âmbito da Secretaria Municipal de Saúde, acerca da instauração de sindicância para apurar fatos envolvendo a servidora xxxxx, ocorridos nos termos da ata acostada nas folhas 02 e seguintes dos autos.

Junho de 2011: instauração da sindicância.  
Junho a julho de 2011: instrução da sindicância. Outubro de 2011: apresentação do relatório final da sindicância, com sugestão de aplicação da penalidade de

---

<sup>130</sup> Procuradora do Município de Porto Alegre. Especialista em Direito do Estado pela Universidade Ritter dos Reis.

suspensão, com arquivamento do feito pelo fato de a sindicada estar aposentada. Novembro de 2011: apresentação de defesa e manifestação da Assessoria Jurídica da SMS concordando com a sugestão de arquivamento.

A partir dessa última manifestação da Assejur/SMS, o expediente foi encaminhado a esta Procuradoria nos seguintes termos:

Primeiramente a conclusão do expediente, encaminho a essa Procuradoria o seguinte questionamento:  
Impossível a aplicação da penalidade a servidor aposentado?

No caso em tela, todo o procedimento sindicante indica a penalidade, porém, sugerido o arquivamento em função de que a servidora está aposentada.

Em análise preliminar não parece razoável a impossibilidade de aplicação da penalidade até porque a mesma pode ser convertida em multa.

Encaminho a consulta a essa PGM/PPE para posterior encaminhamento ao Sr. Secretário.

## **1 Relatório da Questão Jurídica**

A matéria de fundo sindicada envolveu denúncias formuladas pela servidora xxxxx em reunião do Conselho Gestor do Hospital de Pronto Socorro ocorrida em 06 de abril de 2010.

A Comissão de Sindicância concluiu que a servidora violou o artigo 196, VIII, e artigo 197, I e II, da Lei Complementar n. 133/85, que assim proclamam:

Art. 196 - São deveres do funcionário:

[...]

VIII - representar ou comunicar a seu chefe imediato irregularidades de que tiver conhecimento no órgão em

que servir;

[...]

Art. 197 - Ao funcionário é proibido:

I – referir-se de modo depreciativo, em informação, parecer ou despacho, às autoridades e a atos da administração pública municipal podendo, porém, em trabalho assinada, criticá-lo do ponto de vista doutrinário e da organização do serviço;

II - retirar, modificar ou substituir, sem prévia permissão da autoridade competente, qualquer documento ou objeto existente na repartição;

[...]

Assim, fundada nas irregularidades administrativas verificadas, opinou a comissão pela aplicação da penalidade de suspensão, conforme artigo 205, II, da LC n. 133/85, que dispõe:

Art. 205 - A suspensão, que não poderá exceder de noventa dias consecutivos, implicará a perda de todas as vantagens e direitos decorrentes do exercício do cargo e aplicar-se-á ao funcionário:

[...]

II - na violação das proibições consignadas neste Estatuto;

[...]

Contudo, nesse mesmo relatório, observou a comissão sindicante que, à época, a servidora já se encontrava aposentada<sup>131</sup>, razão pela qual opinou pelo arquivamento do processo.

Ao analisar a defesa apresentada pela servidora, a operosa Assessoria Jurídica da SMS registrou que foram preservados os postulados constitucionais

---

<sup>131</sup> O registro constante no relatório de sindicância refere que a aposentação deu-se em 01.7.2011.

referentes ao contraditório e à ampla defesa; contudo, aquela Assessoria Jurídica divergiu do enquadramento legal dado pela Comissão, entendendo que:

[...] foi comprovada falha funcional da servidora XXXX, com fulcro nos artigos 196, III, VII e XIII, 197, II e 201, da Lei Complementar n. 133/85; assim, com base nos artigos 203, II, § 1º e 205, II, da citada lei, deve a sindicada ser penalizada com um dia de suspensão; [...]

Os artigos suscitados pela Assejur/SMS assim determinam:

Art. 196 - São deveres do funcionário:

III - usar de discrição;

VII - observar as normas legais e regulamentares;

XIII - manter espírito de cooperação e solidariedade com os colegas de trabalho; [...]

Art. 197 - Ao funcionário é proibido:

II - retirar, modificar ou substituir, sem prévia permissão da autoridade competente, qualquer documento ou objeto existente na repartição; [...]

Art. 201 - A responsabilidade administrativa resulta de atos ou omissões praticados no desempenho de cargo ou função.

Art. 203 - São penas disciplinares:

II - suspensão ou multa;

§ 1º - Na aplicação das penas disciplinares serão consideradas a natureza e a gravidade da infração e os danos delas resultantes para o serviço público.

Art. 205 - A suspensão que não poderá exceder de noventa dias consecutivos, implicará a perda de todas as vantagens e direitos decorrentes do exercício do cargo e aplicar-se-á ao funcionário:

II - na violação das proibições consignadas neste Estatuto; [...]

Com base em tais dispositivos legais, a Assejur/SMS opinou pela aplicação da penalidade de um dia de suspensão e, no mesmo sentido da comissão de sindicância, entendeu pela impossibilidade da aplicação da pena pelo fato de a servidora ter sido aposentada.

Em assim sendo, o objeto central da consulta cinge-se à possibilidade, ou não, de aplicação de penalidade disciplinar a servidor aposentado.

## **2 Considerações**

### *2.1 Legislação de Regência e Ausência de Precedentes*

A matéria posta em causa, sem dúvida, não encontra uma resposta direta e objetiva nas disposições estatutárias; ademais, analisando os pareceres desta Procuradoria-Geral do Município, não foram localizados precedentes que a tivessem enfrentado. Neste sentido, pois, faz-se necessária a utilização de critérios analógicos e integrativos para uma interpretação razoável da lei.

É bem verdade que a penalidade expressamente prevista na Lei Complementar n. 133/85 para os servidores aposentados é a penalidade de cassação de aposentadoria, contudo, não é razoável entender-se que esta é a única penalidade, em tese, imputável a um servidor que foi inativado.

Ressalte-se que a penalidade de cassação de aposentadoria volta-se para casos de condutas infracionais graves ou gravíssimas. Prosperando a tese de que a única pena a ser aplicada a servidores que

foram aposentados no curso do processo disciplinar seria a de cassação de disponibilidade, ter-se-ia uma situação de anomia e, porque não dizer, de irresponsabilidade funcional, de todos os servidores que se encontram em vias de aposentar-se ante a ausência de previsão de penalidade.

O artigo 203 do Estatuto traz o seguinte rol de penalidades administrativas:

Art. 203 - São penas disciplinares:

- I - repreensão;
- II - suspensão ou multa;
- III - destituição de função gratificada;
- IV - demissão;
- V - cassação de disponibilidade;
- VI - cassação de aposentadoria; [...].

A conduta sindicada nos autos é uma conduta de menos gravidade, hipótese tática muito distante das previstas no artigo 209 do Estatuto dos Funcionários Públicos do Município de Porto Alegre que prevê as seguintes hipóteses para a aplicação da pena de cassação de aposentadoria:

Art. 209 - Aplicar-se-á a cassação de disponibilidade quando ficar provado que o funcionário:

- I - praticou, quando em atividade, qualquer infração punível com demissão;
- II - aceitou cargo ou função pública contra expressa disposição de lei;
- III - aceitou representação de Estado estrangeiro sem autorização legal;
- IV - foi condenado por crime que importaria em demissão se estivesse em atividade;
- V - celebrou contrato de natureza comercial, industrial ou civil de caráter oneroso com a administração

municipal por si ou como representante de outrem;  
VI - exerce advocacia administrativa;  
VII - pratica usura.

O processo administrativo disciplinar foi instaurado quando a servidora estava no exercício de suas atividades e referiu-se a condutas administrativas que se desenvolveram durante o exercício de suas funções, ou seja, há completa sindicabilidade nos fatos. Ademais, conforme avaliado pela Assessoria Jurídica da SMS, não houve vícios e/ou nulidades no processamento da sindicância, restando formalmente hígida a sindicância.

Desta forma, não nos parece razoável o arquivamento do feito como decorrência de um fato fora do desdobramento causal do ilícito administrativo, qual seja, a aposentadoria do servidor.

## *2.2 Os Aspectos Temporais no Processo Administrativo Disciplinar*

A par das questões legais acima apontadas, insta registrar que a presente consulta envolve o enfrentamento dos aspectos temporais da tramitação dos PADs.

Da análise dos dispositivos da Lei Complementar n. 133/85 - a exemplo do que ocorrem com todos os demais dispositivos estatutários que cuidam do processo administrativo disciplinar - infere-se, com meridiana clareza que o PAD é o instrumento legal para o esclarecimento de fatos, cometidos por servidor, direta ou indiretamente associados ao exercício de suas atribuições. Ou seja, a apuração dessa responsabilidade administrativa está ligada de forma indissociável ao fato

de o infrator exercer um cargo à época do cometimento do ilícito.

Em outras palavras, o processo administrativo disciplinar, ao mover-se na busca de seu principal objetivo de esclarecer fatos supostamente irregulares de que se tem conhecimento no âmbito da administração pública, repor-se-ia à situação funcional do tempo do cometimento de tais atos.

Daí porque, no caráter temporal, incidentes como remoção ou redistribuição, a título de exemplos não exaustivos em que se mantém o vínculo estatutário, não afastam o dever legal, insculpido nas normas estatutárias, de a autoridade competente promover a imediata apuração de fatos supostamente irregulares cometidos no exercício de cargo público e que lhe cheguem ao conhecimento e de aplicar as penalidades administrativas que eventualmente lhe sejam correlatas.

Neste sentido, pois, o processo administrativo disciplinar também é igualmente aplicado a ex-servidor, por ato ilícito perpetrado quando exercia o cargo, independentemente se, à época da apuração, ele já estiver aposentado, posto em disponibilidade ou tiver sido exonerado (a pedido ou de ofício) ou ainda, tiver sofrido pena capital (demissão, cassação de aposentadoria, ou disponibilidade ou destituição de cargo em comissão) em outro processo administrativo disciplinar.

Ou seja, quer-nos parecer que no caso de ex-servidor aposentado ou posto em disponibilidade, o processamento regular do PAD e eventual aplicação de pena, é um consectário necessário.

A luz dos princípios da legalidade, da finalidade e da indisponibilidade do interesse público, deve o ex-

servidor responder administrativamente por fato cometido quando no exercício do cargo ou a ele associado. Investir no sentido contrário, a nosso sentir, atritar-se-ia com toda a base principiológica de que o processo administrativo disciplinar move-se na busca da elucidação do fato e na responsabilização do servidor faltoso.

Não se coaduna com os citados princípios imaginar que o afastamento *latu sensu* poderia eliminar o poder-dever de apurar e, posteriormente, se for o caso, de punir; criando uma espécie ilegítima de impunidade.

A Advocacia-Geral da União, no Parecer - AGU n. GM-1, assim se pronunciou:

**Ementa:** Não é impeditivo da apuração de irregularidade **verificada** na administração federal e de sua autoria a **fato** de os principais envolvidos terem se desvinculado do serviço público, anteriormente à instauração do processo disciplinar. [...] 9. Impõe-se a apuração se o ilícito ocorre no serviço público, poder-dever de que a autoridade administrativa não pode esquivar-se sob a **alegação** de que os possíveis autores não mais se encontram investidos nos cargos em mão dos quais perpetraram as infrações. [...] 17. Embora a penalidade constitua o corolário da responsabilidade administrativa, a inviabilidade jurídica da atuação punitiva do Estado, advinda do fato de alguns dos envolvidos nas transgressões haverem se desligado do serviço público, não é de molde ao buscar a apuração e a determinação de autoria no tocante a todos os envolvidos, inclusive em se considerando o plausível envolvimento de servidores federais, bem assim o julgamento do processo, com a consequente anotação da prática do ilícito nas pastas de assentamentos funcionais, por isso que, em derivação **dessa** medida; [...] c) no caso de reingresso

e não ter-se extinguido a punibilidade, por força do decurso do tempo (prescrição), o servidor pode vir a ser punido pelas faltas investigadas no processo objeto do julgamento ou considerado reincidente. [...]

No mesmo sentido do Parecer-AGU n. GM-1 é o julgado a seguir:

Mandado de Segurança n. 9.497: Ementa: Mandado de Segurança. Administrativo. Ministro dos Transportes. Ex-servidores do DNER. Procedimento administrativo. Apuração das irregularidades possivelmente cometidas quando no exercício das respectivas funções. Possibilidade. Ausência do alegado direito líquido e certo. Não se vislumbra o alegado direito líquido e certo, considerando que a Administração está, no exercício de seu direito, apurando as possíveis irregularidades dos impetrantes, quando no exercício de suas funções. Ordem denegada. (Sublinhas nossas)

Ou seja, sendo mais do que lícito o processamento do PAD nas hipóteses acima indicadas, a aplicação de eventual penalidade que dele decorra é uma consequência necessária, conforme já dito acima.

### *2.3 Jurisprudência*

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul enfrentou questão que envolvia a aplicação de penalidade a servidor aposentado no julgamento da apelação cível n. 70010445419. Deste julgado, em que pese sensíveis diferenças fáticas levado a juízo, vale destacar o conteúdo do voto do Desembargador-Relator João Carlos Branco Cardoso que assim se pronunciou:

Por derradeiro, não prospera a alegação da autora no sentido de que o PAD teria perdido o objeto em razão de sua aposentadoria, na medida em que os fatos apurados dizem respeito a irregularidades que teriam ocorrido ainda durante o período de trabalho, sendo possível, até, aos servidores estaduais sujeitos ao regime previdenciário estatutário, o que não é o caso da autora que é servidora municipal e foi aposentada pelo INSS (11. 263). Terem a sua aposentadoria cassada (art. 195, I, da LC n. 10.198/94), conforme o seguinte precedente:

ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. REGULARIDADE DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. I. FOI ASSEGURADO À SERVIDORA O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA, CONFORME DETERMINA O ART. 5º, INCISO IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NÃO HAVENDO NULIDADE NO PAD OU NA DECISÃO QUE IMPÔS A PUNIÇÃO À SERVIDORA. 2. NÃO ESTANDO O SERVIDOR EM ATIVIDADE, POR TER SE APOSENTADO, CABÍVEL A IMPOSIÇÃO DA PENA DE CASSAÇÃO DA SUA APOSENTADORIA, FACE A GRAVIDADE DOS FATOS, NÃO TENDO SIDO VIOLADOS OS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE OU DA RAZOABILIDADE. 3. A ABSOLVIÇÃO NA ESFERA CRIMINAL, POR INSUFICIÊNCIA DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS (ART. 365, INCISO VI, DO CPC) NÃO INVIABILIZA A INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E, TAMPOUCO A PUNIÇÃO DA SERVIDORA, VIGENTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA E INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS PENAL, ADMINISTRATIVA E CIVIL. 4. APELAÇÃO IMPROVIDA. (Apelação Cível n. 70006827547, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Angela Maria Silveira, Julgado em 01/10/2003). Ante

o exposto, encaminhado pelo desprovenimento do apelo, rejeitadas as preliminares. (Sublinhas nossas)

A propósito do tema, vale também destacar o julgamento levado a efeito pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do Mandado de Segurança n. 8228.

Neste processo, a Ministra Relatora Laurita Vaz asseverou:

Desse modo, como os fatos imputados ao ora Impetrante são posteriores a sua inatividade, não é legítima sua apreciação pela Administração Pública, por não mais ser punível o servidor na forma do art. 13-4 da Lei n.8.112/90.

A propósito, transcrevo as seguintes ponderações extraídas da obra Lei n. 8.112/90 interpretação comentada, de Mauro Roberto Gomes de Mattos, 3. Ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006, p. 836, *in verbis*:

Somente será cassada a aposentadoria ou a disponibilidade do inativo se ele tiver **praticado**, na atividade, fato punível com a demissão e não estando prescrita a prática da infração disciplinar.

As faltas funcionais cometidas em atividade é que poderão ensejar como reflexo, a cassação da aposentadoria concedida a posterior. Essa hipótese poderá ocorrer quando o servidor requerer sua aposentadoria, e após a publicação no DO do ato de aposentação, se o Poder Público descobrir uma infração disciplinar e resolver apurá-la, por ela não estar prescrita.

Ou seja, uma interpretação a *contrário sensu*

desse julgado permite concluir com segurança que se os fatos houvesse sido praticados quando o servidor estava em atividade [tal como ocorreu neste processo] seria plenamente viável o processamento do PAD e a eventual aplicação de penalidade.

Por derradeiro, convém referir o precedente debatido nos autos do Mandado de Segurança n. 467592-57.2000.8.06.0000/0 do Tribunal de Justiça do Ceará que enfrentou situação similar a do presente processo. Neste mandado de segurança o impetrante (Servidor Público Estadual, lotado na Secretaria da Fazenda no cargo de Auditor Fiscal, exercendo a função de Chefe da Divisão de Fiscalização da Delegacia Regional da SEFAZ), foi indiciado em Processo Administrativo Disciplinar que, após regular processamento, concluiu pelo enquadramento do Servidor como passível de penalidade por falta grave, punível, na espécie, como suspensão, por 90 (noventa) dias, fazendo-se as anotações necessárias nos seus assentamentos funcionais.

Alegou o impetrante que a Portaria n. 1.290/98, editada pelo Ilmo. Sr. Secretário da Fazenda do Estado do Ceará, que condenou-o, conforme resolução da Comissão Processante da Procuradoria de Processo Administrativo-Disciplinar da PGE, à pena de suspensão de 90 (noventa) dias, revertida em multa na base de 50 % por dia de vencimento, não deveria prosperar, por ser resultado de processo administrativo marcado por sucessivos vícios que denotam sua ilegalidade, além de conter, em seu bojo, punição incompatível com seu *status* funcional.

Assim, merece transcrição o entendimento vertido nesse julgado:

A pretensão do impetrante cinge-se ao argumento de ser impossível a aplicação da pena prevista no parágrafo único do art. 198 do Estatuto dos Servidores do Estado do Ceará, haja vista já ser aposentado ao tempo da conclusão do processo administrativo disciplinar que concluiu pela sua aplicação.

O aludido dispositivo legal está assim vazado:

Art. 198 -. Aplicar-se-á a suspensão, através de ato escrito, por prazo não superior a 90 (noventa) dias; nos casos de reincidência de falta leve, e nos de ilícito grave, salvo a expressa cominação, por lei, de outro tipo de sanção.

Parágrafo único - for conveniência do serviço, a suspensão poderá ser convertida em multa, na base de 50% (cinquenta por cento) por dia de vencimento, obrigado, neste caso o funcionário permanecer em exercido.

O argumento do impetrante fundamenta-se na exegese do citado dispositivo de lei segundo a qual a referida penalidade apenas poderia ser aplicada ao servidor que está na ativa, uma vez que expressamente prevê que a conversão da suspensão em multa será possível por conveniência do serviço e, uma vez já estando o servidor aposentado, não há porque ser aplicada a referida norma.

No entanto, como ressaltado nas informações prestadas pela autoridade coatora, verifica-se que o inciso II do art. 181 da Lei 9.826/74 prevê o sobrestamento do processo de aposentadoria voluntária quando existir processo administrativo disciplinar instaurado em face do servidor, verbis:

Art. 183 - O inquérito administrativo para apuração da responsabilidade do funcionário produzirá, preliminarmente, os seguintes efeitos:

[...]

II - sobrestamento do processo de aposentadoria voluntária;

Tenho como certo que a finalidade da norma jurídica anteriormente citada é justamente evitar que

servidores que estão respondendo a processo administrativo disciplinar e que possuam tempo de serviço suficiente para requerer a aposentadoria voluntária usem de tal artifício não se sujeitem às penalidades que a conclusão do PAD lhe possa resultar.

Assim, entendo que acolher a pretensão formulada nesse mandamus seria o mesmo que ir de encontro à finalidade da norma e, além disso, seria permitir o uso de artifício não albergado pela ordem jurídica.

Observem eminentes Pares que não há qualquer alegação neste mandado de segurança a respeito da violação, no referido processo administrativo, do princípio da ampla defesa e do contraditório, daí porque se está partindo da premissa de que a sua conclusão deu-se após ampla e efetiva participação do servidor no seu procedimento.

Assim, forte nesses fundamentos, entendo deva ser a ordem denegada, por ausência de direito líquido e certo a amparar a pretensão do impetrante.

É como voto.

Fortaleza (CE), dezembro de 2009.

## **Conclusão**

Em assim sendo, com todo o acatamento devido às opiniões contrárias externadas pela Comissão de Sindicância e pela Assejur/SMS, divergimos da orientação de arquivamento do feito sem aplicação de penalidade.

No caso em tela, entendemos que a pena deve ser aplicada, com anotação nos registros funcionais da servidora e com a ressalva de que a pena prevista deixou de ser aplicada em função da impossibilidade fática de sua execução advinda da aposentação da sindicada.

Por outro lado, naquilo que pertine ao permissivo

legal para a conversão da suspensão em multa, entendemos que tal possibilidade não se aplica no presente caso, vez que a norma estatutária exige a necessidade do serviço, requisito este que, por óbvio, inexistente no presente caso. Desta forma, em homenagem ao Princípio da Legalidade estrita de aplicação absolutamente cogente nos processos administrativos disciplinares, obstada está a conversão da suspensão em multa.

Por derradeiro, a fim de prevenir situações futuras, sugerimos que naqueles casos em que o servidor estiver em vias de aposentação e estiver respondendo a processo disciplinar, sejam urgenciados os processos de sindicância a fim de assegurar-lhes a efetividade necessária vez que, no presente caso verificou-se um interstício temporal de mais de um ano entre a ocorrência dos fatos e a publicação da portaria de designação da comissão de sindicância.

É o parecer, salvo melhor juízo ou douta interpretação em contrário.

Porto Alegre, 15 de dezembro de 2011.

Clarissa Cortes Fernandes Bohrer,  
Procuradora do Município,  
Matrícula 35.933.9

## ARRECAÇÃO JUDICIAL DE BENS IMÓVEIS ABANDONADOS

Marcelo Dias Ferreira<sup>132</sup>

PARECER N. 1.175/2012  
PROCESSO N. 001.023040.11.4  
INTERESSADO: Procuradoria-Geral Adjunta de  
Assuntos Fiscais/PGM

**EMENTA:** Arrecadação judicial de bens imóveis abandonados. Exegese do art. 1276 e parágrafos, do Código Civil Brasileiro. Possibilidade. Requisitos. Presunção absoluta de abandono pela não-satisfação dos ônus fiscais. Relatividade face aos Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa, assegurada a exigibilidade do tributo e a possibilidade de utilização do bem abandonado pelo Poder Público, em razão do exercício da função social da propriedade, nos termos da Constituição Federal.

À Procuradora-Chefe da PDA/PGA-AF,

Trata o presente expediente de analisar, à luz do ordenamento jurídico vigente, a possibilidade legal de arrecadação judicial de bens por abandono, nos termos do disposto no artigo 1276 e parágrafos, do Código Civil Brasileiro - CCB, assim como sua ocorrência nos casos de herança jacente, sendo que tais situações podem, ao rigor do que define o § 2º do art. 1276 do CCB, constituírem-se em uma maior efetividade da cobrança

---

<sup>132</sup> Procurador do Município de Porto Alegre. Especialista em Gestão Pública, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS.

judicial ou administrativa do Imposto Predial e Territorial Urbano, e em determinados caso suma ampliação patrimonial do Poder Público pela arrecadação de bens imóveis considerados abandonados pelo particular e situados em área urbana. Outrossim, cinge-se à análise de viabilidade dos casos em que é possível a adjudicação compulsória de bens declarados vagos, nas ações judiciais em que se demonstrar possível tal instrumento, além do fluxo administrativo interno necessário para a consecução deste fim.

Conforme consta nas fls. 06 a 08 do presente expediente, a Informação n. 313/2009, datada de 1º.12.2009, e exarada nos autos do expediente administrativo n. 001.008496.08.0 pela PUMARF – Procuradoria de Urbanismo, Meio Ambiente e Regularização Fundiária, dispôs sobre o mesmo tema, notadamente sobre alguns procedimentos administrativos necessários para o enquadramento das edificações, tanto habitadas quanto as não habitadas, sujeitas à fiscalização do Poder Público Municipal com vistas à aplicação do artigo 1276 do CCB. Nesse sentido, inicialmente foi cogitada a necessidade de criação de um Grupo de Trabalho (GT) para estabelecer os balizamentos técnicos e operacionais para o levantamento dos imóveis abandonados em Porto Alegre, e das medidas administrativas/judiciais necessárias para a arrecadação destes imóveis, instruindo-as com os documentos e comprovações indispensáveis para a configuração da *res derelicta*.

Em anexo ao presente expediente, consta também uma cópia da Lei Municipal n. 785, de 30 de dezembro de 2005, do Município de Camaquã, onde são elencados os procedimentos administrativos para a arrecadação de imóvel abandonado na circunscrição do Município, e a possibilidade da destinação destes bens

diretamente para uso da Administração Municipal, ou por concessão de direito real de uso a entidades civis que comprovadamente tenham fins filantrópicos assistenciais, educativos ou esportivos (art. 8º).

É o relatório.

Como exposto no preâmbulo deste documento, trata o presente expediente de analisar, à luz do ordenamento constitucional e infraconstitucional vigente - mormente o que dispõe o novo Código Civil Brasileiro e o Estatuto das Cidades -, as questões concernentes ao Instituto do Abandono, previsto no art. 1276 do CCB e seus parágrafos, sob o enfoque da função social da propriedade urbana, em razão da possibilidade de o Município de Porto Alegre, assim como os demais municípios em suas respectivas circunscrições, promover a arrecadação judicial e/ou administrativa de imóveis abandonados e a incorporação destes bens ao patrimônio público, destinando-os para fins de moradia popular, para atividades coletivas, serviços ou equipamentos públicos, ou de fins cooperativos.

Nesse sentido, convém ressaltar que, como um dos modos de perda da propriedade imóvel, o instituto do abandono já estava presente na redação do Código Civil de 1916 (art. 589, parágrafo segundo), com a inclusão estabelecida pela Lei Federal n. 6.969, de 1981. Em essência, o novo Código Civil (Lei Federal n. 10.406 de 2002) manteve o instituto, promovendo modificações em relação ao tempo, e incluindo *i)* os *Municípios* como beneficiários dos imóveis urbanos abandonados e arrecadados judicialmente como bens vagos, e *ii)* requisito referente aos ônus fiscais, como podemos observar abaixo:

Código Civil de 1916 (revogado)

Art. 589. Além das causas de extinção consideradas neste Código, também se perde a propriedade imóvel:

[...]

III – pelo abandono;

[...]

§2º O imóvel abandonado arrecadar-se-á como bem vago e passara ao domínio do Estado, do Território ou do Distrito Federal, se achar nas respectivas circunscrições: (Redação dada pela Lei n. 6.969, de 1981)

a) 10 (dez) anos depois, quando se tratar de imóvel localizado em zona urbana;

b) 3 (três) anos depois, quando se tratar de imóvel localizado em zona rural.

Código Civil de 2002 (texto vigente)

Art. 1.275. Além das causas consideradas neste Código, perde-se a propriedade:

[...]

III – pelo abandono;

[...]

Art. 1276. O imóvel urbano que o proprietário abandonar, com a intenção de não mais conservar em seu patrimônio, e que se não encontrar na posse de outrem, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, três anos depois, a propriedade do Município ou a do Distrito Federal, se achar nas respectivas circunscrições.

§1º O imóvel situado na zona rural, abandonado nas mesmas circunstâncias, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, três anos depois, a propriedade da União, onde quer que ele se localize.

§2º Presumir-se-á de modo absoluto a intenção a que se refere este artigo quando, cessados os atos de posse, deixar o proprietário de satisfazer os ônus fiscais.

Pode-se verificar que, para a caracterização do abandono de bem imóvel, os elementos determinantes são: *i*) o **despojamento** da coisa, deixando o proprietário de utilizar o imóvel e exercer os atos inerentes ao direito de propriedade (*elemento objetivo*); e *ii*) o **animus ou a intenção** de ser desfazer da coisa,

sem transmiti-la a outra pessoa (*elemento subjetivo*).

Como podemos depreender da análise acima expendida, o simples abandono material ou físico do bem imóvel pela inexistência do exercício dos atos de posse não caracteriza, de *per si*, a perda do direito de propriedade. É essencial a intenção, o ***animus derelinquendi***, de se despojar da propriedade. Como assegura CARVALHO SANTOS,

[...] a simples negligência em reclamar a coisa ou qualquer outro ato negativo importa no abandono, que exige sempre um ato positivo do proprietário, que abandona voluntariamente a posse da coisa, com a intenção de deixar que outro a adquira. Há de haver sempre, portanto, uma renúncia simultânea de posse e de domínio.<sup>133</sup>

Entretanto, como requisito subjetivo, aquilo que está, podemos dizer, na mente do *dominus* e, portanto, de difícil comprovação fática, a **presunção** de abandono do bem imóvel depende da conjunção de uma série de requisitos para gerar, ao final, a perda da propriedade por parte do particular e a incorporação, como bem vago, ao domínio do erário. Em artigo publicado na internet<sup>134</sup>, o eminente Procurador de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Dr. Armando Antonio Lotti, expôs perfeitamente a temática, *verbis*:

O abandono de bem imóvel é heterodoxa forma de perda voluntária da propriedade em razão complexa caracterização da força abdicativa, a derrelição, elemento anímico substancial para que, em circunstâncias tais, a extinção do direito de propriedade opere-se. É bem verdade que, sendo

<sup>133</sup> CARVALHO SANTOS, J.M. de. Código Civil Brasileiro Interpretado. 10. Ed., v. 8, 1963, p. 201.

<sup>134</sup> Abandono de Bem Imóvel e Derrelição Presumida. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/urbanistico/doutrina/id506.htm>>

móvel o seu objeto, a conduta do agente em deixar, por exemplo, a coisa na calçada de sua residência é suficiente para evidenciar o propósito de não mais tê-la para si, imbricando-se, assim, o abandono de bem móvel com o instituto da renúncia (muito embora o primeiro seja ato-fato e o segundo negócio jurídico unilateral). Mas em relação à “*res soli*”, a caracterização do “*animus derelinquendi*” sempre foi questão de difícil superação, uma vez que se exerce, por igual, o direito de propriedade pelo não uso do bem de raiz. Como anota Caio Mário da Silva Pereira, “uma pessoa pode, na verdade, deixar de exercer qualquer ato em relação à coisa, sem perda do domínio.” E a despeito do inciso III do artigo 589 do anterior Código Civil consagrar expressamente o abandono como modo de perda da propriedade imobiliária, a práxis forense, e mesmo tabular, não se deparou, ao longo do tempo, com questões dessa natureza.

Desse modo, o mero desuso não importa em abandono, sendo necessária a sua conjugação ao elemento psíquico, na perquirição da real intenção do proprietário de se desfazer da propriedade, na medida em que ele possui, ao lado das prerrogativas de usar e fruir da coisa, também a liberdade de **não utilizá-la**.<sup>135</sup>

Na prática, porém, verificamos que uma expressiva parcela de imóveis urbanos abandonados - a reclamar do Poder Público Municipal providências em função das externalidades negativas geradas por estes prédios, como acúmulo de lixo, vetores de doenças, riscos de desabamentos, depósitos de mercadorias ilegais, prática de crimes, aglomeração de moradores de rua, viciados em drogas, entre outros – acabam por compor estoque para a crescente especulação

---

<sup>135</sup> Um exemplo comum dessa possibilidade se situa nos casos de proprietários de residências de veraneio, que as utilizam eventualmente, um ou dois meses ao ano. Não há, nesses casos, como cogitar-se de abandono e, via de consequência, de perda da propriedade. (N. do A.)

imobiliária em função da conhecida escassez de terra urbanizável em nossas cidades, pois, invariavelmente, um sem número de proprietários não utilizam, não cuidam e não respondem sequer pelas dívidas tributárias e fiscais de seus imóveis, talvez, na expectativa de que investimentos públicos ou privados possam alavancar, em um futuro incerto, a comercialização destes prédios por preços mais elevados. Em outros casos, temos que os cadastros imobiliários apontam como proprietários destes imóveis pessoas há muito tempo falecidas, sem que tenha havido qualquer registro sucessório de possíveis herdeiros do bem abandonado; ou mesmo, que emigraram para outros estados ou países e são de difícil localização; ainda mais dramático, naqueles casos de bens imóveis de valor histórico ou cultural, que se encontram abandonados por desinteresse, ou absoluta falta de condições sócio-econômicas de seus proprietários em recuperarem estes imóveis.

Aliados aos problemas intrínsecos gerados em função da ausência de utilização desses bens, como vimos acima, tanto os municípios como a União Federal carecem de um estoque de terras urbanizadas para a realização de programas públicos, que visem a solução do grave déficit habitacional das grandes cidades. Dessa forma, ao lado de outros institutos costumeiramente utilizados para aumentar este estoque – a desapropriação, o parcelamento, edificação e utilização compulsória, o IPTU progressivo no tempo, por exemplo, a Administração Pública pode – e deve, por razões de relevante interesse público e pela efetivação da função social da propriedade urbana - valer-se do **instituto do abandono** toda vez que comprovada a ausência de interesse do proprietário em conservar a coisa como parte integrante do seu

patrimônio. O legislador ordinário, atento a situação, buscou sanar a complexidade de identificarmos o elemento anímico substancial a configurar a vontade unilateral do titular em abdicar da propriedade imóvel, estabelecendo uma série de requisitos para sua comprovação.

O Código Civil determina que a configuração do abandono esteja vinculada à vontade unilateral do proprietário em não mais conservar o bem imóvel como seu, razão pela qual o município de Porto Alegre poderia, caso não houvesse outrem exercendo atos de posse sobre o bem abandonado, proceder a arrecadação dele como bem vago, passando, após três anos, ao seu domínio. É claro que, nesse intervalo de tempo, enquanto a titularidade no Álbum Imobiliário permanecer em nome do abandonante poderá o mesmo reivindicar o bem de quem quer que o possua indevidamente, uma vez que o direito do Município, após o abandono, **é mero direito expectativo**, como assevera Pontes de Miranda, ao analisar o instituto do abandono a luz do CC de 1916:<sup>136</sup>

O direito do Estado, após o abandono, é direito expectativo. O ato de arrecadação, - que é o ato processual do art. 591 do Código de Processo Civil, porque a arrecadação do bem como “vago” se referiu o §2º, do Código Civil, - apenas acautela: a medida constrictiva somente supõe que se ignora de quem seja, ou que os atos, positivos ou negativos, do dono se podem ter como de abandono do direito de propriedade, previsto, como caso de perda, no art. 589, III, e §2º do Código Civil. A constrictão não implica qualquer direito ao bem, por parte do Estado. Se, ao ser arrecadado, no imóvel se encontra possuidor próprio, ou impróprio, é de ser-lhe respeitada a posse, segundo os princípios; após a arrecadação, qualquer

---

<sup>136</sup> MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado, Tomo XIV. Borsoi Editor, Rio de Janeiro, 1955, p. 135.

tomada de posse é contra direito, porque a arrecadação significou tomada de posse pelo Estado, posse imediata não-própria. A posse anterior à arrecadação não se torna de má-fé por ter sobrevivido a arrecadação e o possuidor tem, em tal espécie, legitimação para alegar o que entenda perante quem arrecadou e para propor a ação declaratória positiva da posse.

Veja-se que se faz necessária a conjunção de todos os requisitos pertinentes a fim de permitir que, ao fim do prazo definido no *caput* do art. 1276 do Código Civil, seja o imóvel abandonado e arrecadado como bem vago definitivamente incorporado ao patrimônio público, e deforma distinta da desapropriação pública, **independentemente de qualquer indenização ou compensação financeira a quem quer que seja**, seja para o proprietário ou para qualquer possuidor direto e de boa fé que esteja no imóvel em momento anterior ao ato de arrecadação.

Caracterizada a inexistência do exercício de atos de posse por quem quer que seja (proprietário ou terceiro), autoriza a legislação que, cumpridas determinadas formalidades administrativas e/ou judiciais pertinentes<sup>137</sup>, passemos a cogitar de **direito de**

---

<sup>137</sup> Podemos citar, a guisa de exemplo, os procedimentos administrativos descritos pelo Ministério das Cidades (<http://www.cidades.gov.br>) para orientar os Municípios a cumprirem o disposto no art.1276 do CC: **a) promover um levantamento de imóveis abandonados; b) instaurar um processo administrativo de arrecadação para cada imóvel abandonado, instruindo-o com prova da omissão no pagamento do IPTU e informações do setor de fiscalização (inclusive fotografias);c) notificar o proprietário, pessoalmente por funcionário da Prefeitura (Lei 10.257/01, art. 5º,inc. LV); d) após, proferir decisão administrativa, decretando (ou não) a arrecadação como bem abandonado.** Também não pode ser descartada, como meio de garantia do devido processo legal – art. 5º, LIV da CF/88 -, a possibilidade de a Administração Pública ingressar em juízo, munida das informações e documentos comprobatórios do abandono de bem imóvel, visando a obtenção de sentença declaratória de bem vago, sujeita a arrecadação pelo erário, com imediata imissão provisória na posse *da res*

**apropriação** pelo fisco. Nesse sentido, comprovado, pela via administrativa ou judicialmente, o abandono, o Estado **pode exercer os atos de preparação para adquirir**, que são, também, atos de proteção da propriedade imobiliária abandonada. Entendemos que, após a decisão (administrativa ou judicial) de vacância do bem abandonado, e atendidas as garantias de ampla defesa constantes do **Enunciado n. 242** do Conselho da Justiça Federal<sup>138</sup>, **poderá o Estado ser imitado** provisoriamente na posse da coisa arrecadada, dentro do prazo de três anos até a incorporação definitiva em seu patrimônio, garantindo-se ao proprietário abandonante, dentro deste prazo, o direito de retomar a posse do bem declarado vago, ressarcindo o município das despesas que eventualmente houver feito em razão do exercício da posse provisória, e também das obrigações tributárias que deixou de cumprir por ser (ainda) o proprietário do bem abandonado, conforme o registro imobiliário.

Com relação à presunção absoluta (*iuris et de iure*) de abandono pela não satisfação dos ônus fiscais (§2º do art. 1276 do Código Civil), temos que a matéria comporta algumas considerações, sempre mantendo em mira a *weltanschauung* finalística ou axiológica da norma em comento, que se traduz **no uso social da propriedade**, comprovadamente, abandonada. Já vimos anteriormente que o inadimplemento fiscal não é – e nem poderia ser, por óbvio – o único elemento caracterizador do abandono, até mesmo porque, se o

---

*derelicta* por parte do Poder Público, dentro do prazo de três anos até a incorporação definitiva do bem ao patrimônio público. O rito processual adequado poderia seguir o disposto nos arts. 1.170 e segs. do CPC, que tratam da arrecadação de bens móveis declarados vagos. (N. do A.)

<sup>138</sup> **Enunciado n. 242 do CNJ.** “A aplicação do art. 1276 depende do devido processo legal, em que seja assegurado ao interessado demonstrar a não-cessação da posse.”

proprietário reclamar, dentro do triênio legal, a posse do imóvel declarado vago, terá que, igualmente, resolver suas obrigações tributárias com o fisco e, por assim dizer, “levantar” a arrecadação do bem.

Desse modo, deverá o Poder Público, sempre que possível, **instruir o processo administrativo ou judicial** com todos os elementos caracterizadores do abandono do imóvel por parte do proprietário (*animus derelinquendi*), como **notificações, autuações por infrações ao Código de Posturas, Obras, Meio Ambiente ou de Saúde Pública, ocorrências policiais por infrações ao Código Penal ou de Contravenções Penais, editais, fotografias do imóvel, laudos de estabilidade estrutural, e, claro, comprovação pelo órgão fazendário do inadimplemento persistente dos ônus fiscais, e não apenas o inadimplemento pontual, circunstancial, justificado.**<sup>139</sup> Tudo isto, garantindo sempre ao proprietário, tanto na esfera administrativa quanto na judicial, o postulado constitucional do **due processo law**, de forma a que possa promover a adequação do bem imóvel às normas urbanísticas vigentes, e justificar sua inadimplência fiscal a fim de que possa regularizar o pagamento do tributo. Diante de uma solução que atende, de um lado, a finalidade específica da norma – interesse social de concessão de função a propriedade urbana -, e, de outro, garante a *razoabilidade* na decisão que determina a perda de propriedade imobiliária ante o abandono, depois de atendidos os preceitos do devido processo

---

<sup>139</sup> Como bem lembrado pela Procuradora do Município de Porto Alegre, Dra. ALEXANDRA GIACOMET PEZZI, “[...] é sabido que o inadimplemento de débito, *in casu*, débito tributário, pode estar autorizado por discussão administrativa ou judicial. O art. 151, do Código Tributário Nacional, as inclui como causa de suspensão da exigibilidade do crédito” in ALCANCE DO ART. 1276 DO NOVO CÓDIGO CIVIL. Disponível em: <<http://www.apmpa.com.br/apmpa/art/asp?id=17>>. (N. do A.)

legal e do contraditório, é, ao nosso sentir, despiciendo repetir que o dispositivo citado não pode ser usado como instrumento de confisco, como pretende o **Enunciado n. 243** do Conselho da Justiça Federal<sup>140</sup>, pois nunca foi o escopo da norma inculpada no § 2º do art. 1276 do Código Civil prever o confisco de propriedade via ordem tributária, e sim compor, juntamente com outros requisitos, acima referidos, os elementos caracterizadores do abandono, com o fim de dar à propriedade abandonada **uma destinação social**. Mesmo assim, no caso da propriedade imóvel abandonada, o direito individual deve ser relativizado, como assevera Sacha Calmon Navarro Coelho:<sup>141</sup>

A teoria do confisco, e especialmente do confisco tributário ou, noutro giro, do confisco através do tributo, deve ser posta em face do direito de propriedade individual, garantida pela Constituição. Se não se admite a expropriação sem justa indenização, também se faz inadmissível apropriação através da tributação abusiva. **Mas não se percam de vista dois pontos essenciais:**

- a) admite-se a tributação exacerbada, por razões extrafiscais, e em decorrência do exercício do poder de polícia (gravosidade que atinge o próprio direito de propriedade);
- b) o direito de propriedade, outrora intocável, **não o é mais**. A Constituição o garante, mas subordina a garantia à **função social da propriedade** (ao direito de propriedade causador de disfunção social, **retira-lhe a garantia**). (grifo nosso)

Com base nos resultados apontados pelo último censo do IBGE (2010), conforme tabela abaixo

<sup>140</sup> Enunciado n. 243 – A presunção de que trata o §2º do art. 1276 do CC não pode ser interpretado de modo a contrariar a norma-princípio do art. 150, IV, da Constituição da República.

<sup>141</sup> COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Manual de Direito Tributário**. Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 134.

transcrita<sup>142</sup>, o Município de Porto Alegre possui mais de **48 mil imóveis vagos**, ou seja, que não estão sendo ocupados sequer ocasionalmente. Ressalte-se que isto é diferente de imóveis fechados, que significa que os recenseadores do IBGE sabem por informações que o imóvel é ocupado, mas não conseguiram encontrar ninguém em casa para entrevistas.

Tabela 1 - Censo 2010 – Primeiros Resultados

Total de domicílios particulares	574.001
Total de domicílios particulares ocupados	502.155
<b>Total de domicílios particulares não-ocupados vagos</b>	<b>48.635</b>
Total de domicílios particulares não-ocupados fechados	6.917
Total de domicílios particulares não-ocupados de uso ocasional	16.294

Fonte: Site do IBGE -Nome do Município Porto Alegre

Conforme o Diagnóstico do Setor Habitacional de Porto Alegre divulgado em fevereiro de 2009, a Prefeitura Municipal trabalha com um **déficit de 38.572 moradias e aproximadamente 124.000 domicílios em situação inadequada** (valores definidos a partir dos dados do IBGE do ano de 2000 e atualizados através de métodos de expansão em 2004).

Mesmo considerando que estes números podem vir a ser ajustado por causa das novas informações do censo 2010, não se pode deixar de destacar a contradição de o Município de Porto Alegre aportar enormes recursos orçamentários para a construção de novas unidades habitacionais, enquanto existem **48.635 domicílios particulares vagos para uma demanda oficial de 38.572 moradias em condições de habitabilidade!** Provavelmente, nem todos estes

<sup>142</sup> Tal quadro encontra-se disponibilizado no site da **ONG CIDADE – Centro de Assessoria e Estudos Urbanos**. Disponível em: [http://www.ongcidade.org/site/php/noticias/noticias.php?id\\_noticia=1378](http://www.ongcidade.org/site/php/noticias/noticias.php?id_noticia=1378), (N. do A.)

imóveis vagos são adequados para a resolução do déficit, mas o mínimo que se deve pensar é sobre uma estrutura fiscal e jurídica capaz de cobrar destes proprietários **a função social da propriedade**. Portanto, mesmo que a Prefeitura não utilize diretamente estes imóveis para a solução do problema, eles poderiam não só financiar pelo menos parte das novas construções (por conta dos instrumentos fiscais) como também, ao ser recolocados no mercado, baixar o preço da terra urbanizada, estimular a regularização fundiária e o melhor ordenamento urbano, redirecionar os investimentos públicos para as outras ações prioritárias definidas no Orçamento Participativo e, notadamente, coibir a crescente especulação imobiliária na cidade.

Dessa forma, a função social da propriedade traduz o comportamento regular do proprietário, exigindo que ele atue em dimensão ético-social, na qual não prejudique interesses coletivos. Vale dizer, a propriedade mantém-se privada e livremente transmissível, **porém detendo finalidade que se concilie com as metas do organismo social**.

Busca-se paralisar o egoísmo do proprietário, com a prevalência dos valores ligados a solidariedade social, a fim de que o exercício dos poderes dominiais seja guiado por uma conduta ética, pautada no respeito aos interesses metaindividuais que sejam dignos de tutela, e o acesso de todos os bens mínimos capazes de conferir-lhes uma vida digna. Como assegura Cristiano Chaves de Farias<sup>143</sup>,

Penetrando na própria estrutura interna e substância do direito à propriedade privada, traduz-se em uma necessidade de atuação promocional pelo proprietário, pautada no estímulo a obrigações de fazer, consistente

---

<sup>143</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 208.

sem implementação de medidas hábeis a impulsionar a exploração racional do bem, com a finalidade de satisfazer os seus anseios econômicos sem aviltar as demandas coletivas, promovendo o desenvolvimento econômico e social, de modo a alcançar a justiça social.

Enquanto o proprietário do Estado Liberal agia nos limites impostos pela lei, segundo a máxima “posso fazer o que quiser desde que não prejudique terceiros”, o proprietário dos tempos modernos sofre uma remodelação em sua autonomia privada, considerando que deve fazer tudo para colaborar com a sociedade, desde que não se prejudique.

Nesse sentido, a exegese contida no art. 1276 do Código Civil traduz uma modalidade de perda da propriedade imóvel decorrente da **ausência**, por parte do proprietário *derrelinqüente*, **da concessão de função social ao imóvel que lhe pertence**, atrelando uma presunção *iuri set de iure* de abandono pela falta de satisfação dos ônus fiscais, facultando-lhe, porém, dentro da absoluta necessidade de harmonização com o princípio constitucional do *due processo law*, o direito de provar que não abandonou o bem sujeito à arrecadação, arrepende-se e, dentro do triênio definido pela lei, levantar o procedimento arrecadatório, adequar a propriedade às normas urbanísticas, ambientais e de saúde pública, pagar eventuais pendências não-tributárias e regularizar a sua situação com o fisco municipal em relação ao tributo imobiliário.

Entretanto, deve o Município de Porto Alegre exercer o seu direito/dever de zelar pelo cumprimento da função social dos imóveis urbanos situados em sua respectiva circunscrição. Constatado o abandono e, após os três anos sem que haja manifesto interesse privado na manutenção da propriedade da **res derrelicta**, obedecendo-se aos princípios da ampla defesa e do contraditório, deve o MPOA tomar o bem

para si, e utilizá-lo de forma a promover condições para o exercício da função social da propriedade, conforme dispõe a Constituição Federal em seus artigos 5º, XXII e XXIII; 170, II e III; 182; 184; 186 e 243, e o Estatuto da Cidade (Lei Federal n. 10.257, de 10 de julho de 2001), em seus arts.1º, § único; 2º e seus incisos, em especial os incs. IV, alíneas “a - g”, X, XI, XII e XIV.

Diante do exposto, o direito de propriedade não pode ser exercido em detrimento de sua função social, parâmetro básico de sua compreensão na estrutura da Constituição Federal de 1988 e no disposto no artigo 1276 do Código Civil, na análise do tema pertinente a arrecadação de imóveis abandonados. O valor constitucional de suma relevância aqui debatido e o da função social da propriedade, que naturalmente deve harmonizar-se com outros, também de já é constitucional, como o princípio da ampla defesa e do contraditório, não se podendo asseverar a existência de um direito fundamental absoluto, ante o dever de ponderação de valores colidentes. Como reza o eminente professor da Universidade de Colônia, Johannes Hessen:<sup>144</sup>

Todos nós valoramos e não podemos deixar de valorar. Não é possível a vida sem proferir constantemente juízos de valor. É da essência do ser humano conhecer e querer, tanto como valorar. E até, se pretendermos ver na vontade o centro de gravidade da natureza humana – como já Santo Agostinho pretendia a crer – mais uma razão para afirmar que o valorar pertence a essência do homem. Nada podem os querer senão aquilo que de qualquer maneira nos pareça valioso e como tal digno de ser desejado.

### Como princípio constitucional que é a **função**

---

<sup>144</sup> HESSEN, Johannes. **Filosofia dos Valores**. Trad. Prof. L. Cabral de Moncada. 5. Ed. Coimbra, Portugal: Armênio Amado, Ed. Suc, p. 40.

**social da propriedade** ocupa espaço na hermenêutica jurídica – desempenhando funções de interpretação, integração, direção, limitação e prescrição – não só nos casos em que a propriedade está diretamente vinculada à causa – devendo esta ser resolvida em favor da situação que melhor atenda à função social –, mas naquelas demandas em que o interesse social deve prevalecer, como em se tratando de habitação, urbanismo e preservação do meio ambiente. Contudo, a concretização dessa nova visão jurídica sobre a propriedade é sempre dificultada pelas constantes controvérsias entre o anseio pelo uso (tantas vezes nocivo ou abusivo) da propriedade e a função social. Como resolver as controvérsias em torno do tema e concretizar a função social da propriedade, notadamente a propriedade urbana abandonada? Esta ainda é uma tarefa em construção, nos pretórios brasileiros.

Com relação à necessidade de edição de lei complementar municipal para disciplinar a aplicação do artigo 1276 e parágrafos do CCB no âmbito do Município de Porto Alegre, aos moldes do que foi feito através da Lei n. 785/2005 do Município de Camaquã, e em outros municípios da mesma forma, temos que **é dispensável a exigibilidade de lei própria** para regulamentar o disposto no CCB no âmbito local. Tal entendimento é corroborado por Parecer Prévio da Procuradoria da Câmara de Vereadores do Município de Porto Alegre, datado de 26 de março de 2010, de autoria do eminente procurador Fábio Nyland, a respeito da análise do Projeto de Lei Complementar (PLCL) n. 001/10, *verbis*:

Seja como for, arrecadação direta pelo Município ou através de procedimento judicial, é de se registrar que a atuação do Município não carece de lei municipal. A matéria, que, aliás, é de direito civil e processual civil,

não requer complementação. Neste sentido, no artigo citado, Vladimir Passos de Freitas elenca as medidas que podem ser tomadas para se arrecadar os imóveis abandonados, sendo que nenhuma dessas medidas carece de lei municipal específica:

- a) promover um levantamento de imóveis abandonados;
- b) instaurar um processo administrativo de arrecadação para cada imóvel abandonado, instruindo-o com prova da omissão no pagamento do IPTU e informações do setor de fiscalização (inclusive fotografias);
- c) notificar o proprietário, pessoalmente por funcionário da Prefeitura (Lei n. 10.257/01, art. 5º, § 2º), carta com AR ou, no caso de insucesso, por edital, para que exerça seu direito de defesa (CF, art. 5º, inc. LV);
- d) após, proferir decisão administrativa, decretando (ou não) a arrecadação como bem abandonado.

Não há assim, omissão do legislador municipal, conforme já nos manifestamos no processo 0594/10 tendo em vista a recomendação expedida pelo Ministério Público de que fosse elaborado projeto de lei regulamentando o procedimento para encampação e arrecadação de imóveis urbanos abandonados. [...]

O art. 1.276 do Código Civil não carece para sua aplicação de lei municipal. O Município já pode, encontrando imóveis urbanos abandonados nos termos do referido dispositivo, tomar as medidas administrativas e judiciais pertinentes visando futura arrecadação e aquisição destes imóveis. Vale dizer, a abertura e instrução de processo administrativo, com elementos de provado abandono de imóveis, visando a sua arrecadação são atos de gestão administrativa relacionadas à matéria já suficientemente regulada pela União dentro de sua competência privativa.

Com relação ao rito processual adequado, já sugerimos, na esteira de outros doutrinadores, a possibilidade de aplicação, **no que couber** do disposto no art. 1.170 e seguintes, do Código de Processo Civil:

Art. 1.170. Aquele que achar coisa alheia perdida, não

lhe conhecendo o dono ou legítimo possuidor, a entregará à autoridade judiciária ou policial, que a arrecadará, mandando lavrar o respectivo auto, dele constando a sua descrição e as declarações do inventor.

Parágrafo único. A coisa, com o auto, será logo remetida ao juiz competente, quando a entrega tiver sido feita à autoridade policial ou a outro juiz.

Art. 1.171. Depositada a coisa, o juiz mandará publicar edital, por duas vezes, no órgão oficial, com intervalo de 10 (dez) dias, para que o dono ou legítimo possuidor a reclame.

§ 1º O edital conterà a descrição da coisa e as circunstâncias em que foi encontrada.

§ 2º Tratando-se de coisa de pequeno valor, o edital será apenas afixado no átrio do edifício do fórum.

Art. 1.172. Comparecendo o dono ou o legítimo possuidor dentro do prazo do edital e provando o seu direito, o juiz, ouvido o órgão do Ministério Público e o representante da Fazenda Pública, mandará entregar-lhe a coisa.

Art. 1.173. Se não for reclamada, será a coisa avaliada e alienada em hasta pública e, deduzidas do preço as despesas e a recompensa do inventor, o saldo pertencerá, na forma da lei, à União, ao Estado ou ao Distrito Federal.

Art. 1.174. Se o dono preferir abandonar a coisa, poderá o inventor requerer que lhe seja adjudicada.

Art. 1.175. O procedimento estabelecido neste Capítulo aplica-se aos objetos deixados nos hotéis, oficinas e outros estabelecimentos, não sendo reclamados dentro de 1 (um) mês.

Art. 1.176. Havendo fundada suspeita de que a coisa foi criminosamente subtraída, a autoridade policial converterá a arrecadação em inquérito; caso em que competirá ao juiz criminal mandar entregar a coisa a quem provar que é o dono ou legítimo possuidor.

Inobstante, entendemos que, no caso em tela, é necessária a edição de uma Instrução Normativa, Portaria ou Decreto, com vistas a instituir, no âmbito do executivo municipal, um **Grupo de Trabalho (GT)** para

analisar, precipuamente, os procedimentos internos necessários para se fazer um levantamento de todos os imóveis em condições de abandono, no território do município; verificar todos os imóveis em condições de abandono com dívidas de IPTU, notificações e autuações ao proprietário por infrações às leis municipais e penais; gerenciar todos os expedientes administrativos abertos para tal fim, com vistas à instrução judicial das ações declaratórias de bem vago e arrecadação de imóvel abandonado; encaminhamentos preliminares para a guarda e conservação de bem declarado vago, e assim por diante. Este GT deve ser formado por representantes de todas as Secretarias afins, notadamente a Procuradoria-Geral do Município, Secretaria Municipal de Obras e Viação, Secretaria Municipal da Fazenda e Secretaria Municipal do Meio Ambiente.

### Conclusão

Por derradeiro, elencamos resumidamente as questões principais relativas ao tema, tratadas neste parecer:

a) O atual Código Civil determina que a caracterização do abandono está vinculada ao ato do proprietário atuar de forma a demonstrar a intenção de não mais conservar o patrimônio como seu (***animus derelinquendi***), razão pela qual o Município de Porto Alegre poderia, caso não houvesse ninguém exercendo atos de posse sobre o bem, **arrecadar o bem como vago**, passando, após 3 anos, à sua propriedade plena, nos termos do disposto no art. 1276 e seus parágrafos, do CCB. Neste intervalo de tempo pode o proprietário se arrender do abandono que está por se caracterizar e

reivindicá-lo de quem quer que o tenha desde que, **em se tratando do Poder Público Municipal**, regularize suas pendências tributárias e não-tributárias, com o fito de ajustar o bem aos ditames da função social da propriedade urbana, conforme previsto na Constituição Federal e no Estatuto das Cidades;

b) Presentes todos os elementos necessários a fim de permitir a transferência do bem ao Poder Público, arrecadado como bem vago **tal se fará independentemente de qualquer indenização ou compensação que o valha**, haja vista que estaria caracterizada uma situação em que o detentor do direito de propriedade não mais tem interesse de ter a coisa como sua. É necessário que o titular do direito de propriedade deixe de exercer atos de posse com relação ao bem imóvel objeto de análise, bem como que não tenha nenhum terceiro fazendo o mesmo, vez que, se tal situação se configurar o Estado não atuará ante o exercício da posse direta por alguém que pode vir a pleitear a caracterização de usucapião, por exemplo. O interesse do Poder Público sobre o bem só pode se manifestar na inexistência do exercício de posse direta por quem quer que seja.

c) Configurada a inexistência do exercício de atos de posse por quem quer que seja (proprietário ou terceiro), e oportunizado por todos meios, ao proprietário ou terceiro, o exercício da *ampla defesa e do contraditório* (**Enunciado n. 242 do Conselho da Justiça Federal**), autoriza a legislação que o bem seja arrecadado como vago. O momento em que o Código de Processo Civil trata dos bens vagos é no art. 1.170 e seguintes, não restando alternativa senão seguir o procedimento ali estabelecido, no que couber, haja vista que a previsão legal é destinada à caracterização como vago de bem móvel ante a descoberta (art. 1.233 CC).

d) Transitada em julgado a decisão que tornou o bem vago, há de se aguardar o prazo de 03 (três) anos para que o bem tido por vago passe à propriedade definitiva do Município. Antes disso, porém, ***poderá o Município de Porto Alegre, assim requerendo, ser imitado provisoriamente na posse da coisa arrecadada***, dentro do prazo de três anos até a incorporação definitiva em seu patrimônio, garantindo-se ao proprietário abandonante, dentro do triênio legal, o direito de retomar a posse do bem declarado vago, ressarcindo o município de todas as despesas que eventualmente houver feito em razão do exercício da posse provisória, ***e também de todas as obrigações tributárias que deixou de cumprir por ser (ainda) o proprietário do bem abandonado, conforme o registro imobiliário.***

e) Para disciplinar a aplicação do artigo 1.276 e parágrafos do CCB no âmbito do Município de Porto Alegre, tem que ***é dispensável a exigibilidade de lei própria*** para regulamentar o disposto no CCB no âmbito local, uma vez que o art. 1.276 do Código Civil é auto-aplicável. O Município já pode, encontrando imóveis urbanos abandonados nos termos do referido dispositivo, tomar as medidas administrativas e judiciais pertinentes visando futura arrecadação e aquisição destes imóveis. Vale dizer, a abertura e instrução de processo administrativo, com elementos de prova do abandono de imóveis, visando a sua arrecadação são atos de gestão administrativa relacionadas à matéria já suficientemente regulada pela União dentro de sua competência privativa, nos termos de Parecer Prévio da Procuradoria da Câmara Municipal de Porto Alegre.

f) Deve ser formado um **Grupo de Trabalho (GT)**, com representantes das Secretarias afins, para analisar os procedimentos internos necessários para se

fazer um levantamento de todos os imóveis em condições de abandono, no território do município, assim como para gerenciar todos os expedientes administrativos abertos para tal fim, com vistas à eventual instrução judicial das ações declaratórias de bem vago e arrecadação de imóvel abandonado; encaminhamentos preliminares para a guarda e conservação de bem declarado vago, e assim por diante.

S.M.J., é o parecer.

À consideração superior.

Porto Alegre, 26 de abril de 2012.

Marcelo Dias Ferreira  
Procurador do Município  
Matrícula 364979

## RECONHECIMENTO DE IMUNIDADE A IMÓVEL DA OAB DESTINADO ÀS FINALIDADES ESSENCIAIS DA ENTIDADE

Eduardo Gomes Tedesco<sup>145</sup>

PARECER N. 1.176/2012  
PROCESSO N. 001.002589.12.5  
INTERESSADO: Secretaria Municipal da Fazenda

**EMENTA:** Imunidade da Ordem dos Advogados do Brasil - Galpão Crioulo. Imóvel destinado às finalidades essenciais ou decorrentes. Imunidade relacionada. Inteligência do art. 150, VI, "A"§ 2º da Constituição Federal. Precedentes jurisprudenciais e administrativos.

O presente processo foi instaurado pela Secretaria Municipal da Fazenda através do extraprocessos n. 100.902943.11.1, com o objetivo de englobar em uma só inscrição os imóveis situados na Rua Miguel Teixeira, n. 263 (Inscrição n. 1463136) e Travessa Pesqueiro n. 37 (Inscrição n. 8204543), com a consequente revisão dos lançamentos dos últimos cinco anos, bem como analisar a classificação ou não do imóvel como imune, por força do art. 150, VI, da Constituição Federal.

Posteriormente, à fls. 63, o processo foi encaminhado à Procuradoria-Geral do Município para pronunciamento sobre duas questões distintas: uma

---

<sup>145</sup> Procurador do Município de Porto Alegre. Gerência de Precatórios e Contenciosos Administrativos – GPCA. Pós-Graduação Lato Sensu MBA em Direito da Economia e da Empresa pela Fundação Getúlio Vargas – FGV.

para análise da destinação do imóvel em conformidade com as cláusulas dispostas na matrícula, haja vista que o imóvel foi doado pelo Município de Porto Alegre à Ordem dos Advogados do Brasil através da Lei n. 6.044/87 com regra de reversão ao patrimônio municipal em caso de descumprimento das condições e outra para análise quanto ao reconhecimento da imunidade tributária ao imóvel agora unificado.

No imóvel doado, como se sabe, ao fim e ao cabo foi construído um galpão crioulo, destinado ao lazer e integração dos associados da OAB/RS. Tal questão foi examinada através da Procuradoria de Patrimônio e Domínio Público pelo Procurador André Santos Chaves à fls. 68 e ss., razão pela qual compete ao signatário, nos termos do encaminhamento dado pela Procuradoria-Geral Adjunta de Assuntos Fiscais à fls. 74, apenas e tão somente analisar, através de parecer, a matéria envolvendo a imunidade tributária incidente sobre a propriedade do imóvel.

Passo ao exame.

Primeiramente, faz-se relevante deixar claro que a imunidade da Ordem dos Advogados do Brasil, como autarquia especial ou *sui generis* que é, está pacificada no Supremo Tribunal Federal, conforme aresto abaixo colacionado, desde que a atividade ou propriedade tenha afinidade, ou seja, destinada às finalidades essenciais da entidade:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE RECÍPROCA. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. SECCIONAL. APLICAÇÕES FINANCEIRAS. INVESTIMENTOS. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES FINANCEIRAS - IOF. ABRANGÊNCIA. DEVER DE FISCALIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PLENA VINCULAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO

**TRIBUTÁRIO. 1. A Imunidade tributária gozada pela Ordem dos Advogados do Brasil é da espécie recíproca (art. 150, VI, “a” da Constituição), na medida em que a OAB desempenha atividade própria de Estado (defesa da Constituição, da ordem Jurídica do Estado democrático de direito, dos direitos humanos, da Justiça social, bem como a seleção e controle disciplinar dos advogados). 2.** A imunidade tributária recíproca alcança apenas as finalidades essenciais da entidade protegida. O reconhecimento da imunidade tributária às operações financeiras não impede a autoridade fiscal de examinar a correção do procedimento adotado pela entidade imune. Constatado desvio de finalidade, a autoridade fiscal tem o poder-dever de constituir o crédito tributário e de tomar as demais medidas legais cabíveis. Natureza plenamente vinculada do lançamento tributário, que não admite excesso de carga. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (RE 259976 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 23/3/10, DJE-076 DIVULG 29/4/10, PUBLIC 30/4/10 EMENT VOL-02399 07 PP-01409)

O Município de Porto Alegre tem litigado nos últimos anos com o Conselho Seccional do Rio Grande do Sul da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB/RS, a respeito da incidência sobre o imóvel em questão do Imposto sobre Propriedade Territorial e Urbana - IPTU, sustentando que o imóvel nunca foi destinado às finalidades essenciais da entidade. Isso porque, por longos anos, o Imóvel permaneceu sem qualquer edificação, razão pela qual não recebeu o tratamento tributário ordinariamente dispensado à OAB/RS quanto aos imóveis utilizados na consecução dos fins estatutários e legais da autarquia especial.

Não obstante a oposição da Municipalidade quanto à concessão da imunidade tributária à Ordem Gaúcha no tocante ao imóvel objeto desta informação, vê-se que rotineiramente, as execuções fiscais

propostas para a cobrança dos tributos decorrentes da propriedade do mesmo restaram extintas pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, acolhendo a tese sustentada pela OAB.

TRIBUTÁRIO. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. IPTU. IMUNIDADE. ART. 150, VI, "A" DA Constituição. A imunidade prevista no art. 150, VI, "a", da Constituição é extensiva às autarquias, no que se refere ao patrimônio, é renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes. (TRF4, APELREEX 2008.71.00.006655-5, Primeira Turma, Relator Jorge Antonio Maurique, D.E. 13/10/09)

TRIBUTÁRIA. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. DESEMPENHO DE ATIVIDADES TÍPICAS DE ESTADO. IMUNIDADE RECÍPROCA. PRESUNÇÃO DE DESTINAÇÃO DO PATRIMÔNIO AO CUMPRIMENTO DAS FINALIDADES ESSENCIAIS OU AS DELAS DECORRENTES. TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, POR DESEMPENHAR ATIVIDADES TÍPICAS DE ESTADO ESTA PROTEGIDA PELA IMUNIDADE RECÍPROCA APURÁVEL AOS IMPOSTOS, NOS TERMOS DA LETRA "A" DO INCISO VI DO ART. 150 E 20 DO MESMO DISPOSITIVO DA CARTA POLÍTICA DE 1988. PRECEDENTES JUDICIAIS. O desvio de finalidade do patrimônio favorecido pela imunidade recíproca prevista na Carta Política de 1988 deve ser comprovado, porquanto sendo à OAB entidade que desempenha atividade própria de Estado, presume-se que um terreno vazio pertencente a esta pessoa de direito público terá, no futuro, a destinação adequada para o cumprimento das finalidades essenciais supracitadas ou as dela decorrentes. A prescrição do direito de cobrança de crédito fiscal prescreve em cinco anos da constituição da dívida tributária. No caso de lançamento de ofício, a notificação do contribuinte é o termo inicial da contagem do prazo prescricional. Contudo, quando não há no processo executivo notícia

da data que se deu a notificação do lançamento tributário, deve considerar-se a data de inscrição dos créditos em dívida ativa como o momento da sua constituição definitiva, (TRF4, AC 2001.71.00.018068-0, Primeira Turma, Relatora Maria de Fátima Freitas Labarrère, DE 09/12/10)

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - OAB. IMUNIDADE RECÍPROCA. PRESUNÇÃO DE DESTINAÇÃO DO PATRIMÔNIO AO CUMPRIMENTO DAS FINALIDADES ESSENCIAIS OU AS DELAS DECORRENTES. O desvio de finalidade do patrimônio favorecido pela imunidade recíproca prevista na Carta Política de 1988 deve ser comprovado, porquanto sendo a OAB entidade que desempenha atividade própria de Estado, presume-se que um terreno vazio pertencente a esta pessoa de direito público terá, no futuro, a destinação adequada para o cumprimento das finalidades essenciais supracitadas ou as delas decorrentes. (TRF4, APELREEX 2007.71.00.017084-6, Primeira Turma, Relator Eduardo Vandré Oliveira Lema Garcia, DE 01/02/11)

EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS. IPTU. IMUNIDADE RECÍPROCA. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. TAXA DE COLETA DE LIXO. PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. 1. De acordo com o artigo 150, VI, "a" da Constituição Federal, a vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, instituir Impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços uns dos outros, incluídas aí as autarquias e as fundações instituídas e mantidas pelo poder público, face ao disposto no § 2º do mesmo artigo. 2. A jurisprudência qualifica a Ordem dos Advogados do Brasil como autarquia federal de regime especial. 3. A utilização de imóvel como sede do centro cultural nativista da entidade, à disposição de seus associados para fins de lazer, ainda que não esteja vinculada a uma finalidade essencial da entidade autárquica, é dela decorrente. 4. A imunidade recíproca prevista no artigo 150, VI, "a" da Constituição Federal diz respeito apenas aos impostos, não abrangendo as taxas. Cabível, portanto, a exigência da Taxa de Coleta de Lixo. (TRF4, APELREEX 5009119-

39.2010.404.7100, Segunda Turma, Relatora para o Acórdão Luciane Amaral Corrêa Munch, D.E. 19/01/11).

É de ressaltar trecho do voto da Des. Luciane Amaral Corrêa Munch no acórdão 5009119-39.2010.404.7100 (ementa supratranscrita) que analisa a destinação dada ao imóvel:

A OAB é uma entidade corporativa que cobra contribuições dos advogados associados. Nesse prisma, tenho que a utilização de Imóvel como sede do centro cultural nativista da entidade, à disposição de seus associados para fins de lazer, ainda que não esteja vinculada a uma finalidade essencial da entidade autárquica, é dela decorrente.

Como bem apontou o Procurador André Santos Chaves em seu parecer de fls. 68 e ss., "não é possível afirmar que a construção de um equipamento de lazer seja um 'desvio' de função dada ao imóvel, vez que também compete OAB, nos termos do Estatuto, zelar pelo bem estar de seus inscritos", aliás, tal estrutura poderia estar inserida dentro da sede administrativa da OAB, em um local específico para reuniões, festas e eventos. Neste sentido, entendo não ser equivocado afirmar que o "Galpão Crioulo nada mais é do que a extensão da sede da entidade imune, e, portanto, abarcado pela imunidade. Eventual locação do espaço com a reversão do produto para a consecução dos objetivos legais da Ordem, inclusive a própria manutenção do imóvel, de igual sorte não afasta a imunidade.

As regras que excepcionam a imunidade prevista no art. 150, VI, "a" e "c" da CF/88 para as autarquias e fundações públicas e as entidades assistenciais são as mesmas, conforme se depreende dos parágrafos 2º e 4º

do mesmo dispositivo constitucional, atenuadas ainda no que tange à imunidade recíproca das autarquias e fundações pelo que dispõe o parágrafo segundo, *in fine*, da Constituição:

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

VI-Instituir Imposto sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;  
[...]

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da 181:  
[...]

§ 2º - A vedação do inciso VI, "a" é extensiva a autarquias e as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços vinculados a sua finalidade essenciais ou as dela decorrente.  
[...]

4º - As vedações expressas no inciso VI, alíneas "b" e "c" compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas [...]

A imunidade de entidades assistenciais em caso de imóveis locados foi examinada de forma percuciente pelo Procurador Gamaliel Valdovino Borges através do Parecer Coletivo 198/2003 e está na linha do entendimento ora exposto, caracterizando precedente administrativo a ser seguido (cópia anexa). Aludido parecer está amparado em remansosa Jurisprudência

do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e das Cortes Superiores no sentido de que a locação de imóvel com reversão do produto às finalidades essenciais encontra guarida da regra imunidade. O Ilustre Procurador colacionou diversos Julgados para amparar o entendimento, diferenciando os conceitos de imunidade vinculada e imunidade relacionada.

Abaixo seguem arestos do TJRS que amparam o sustentado no Parecer supra referido:

TRIBUTÁRIO. IPTU. ENTIDADE ASSISTENCIAL. IMUNIDADE DO PATRIMÔNIO RELACIONADO COM AS FINALIDADES ESSENCIAIS. IMÓVEL LOCADO.

1. Imunidade do patrimônio relacionada. Desde a CF/88, existe imunidade vinculada (art. 150, VI, “a”, e par. 2) e relacionada às finalidades essenciais da instituição (art. 150, VI, “b” e “c”, e par. 4). A vinculada, exigindo aproveitamento direto do patrimônio, abrange apenas os bens necessários para poder funcionar.

São, por exemplo, o prédio onde se acha instalada, os moveis e aparelhos. A relacionada, mais ampla, abrange também os bens de aproveitamento indireto. São, por exemplo, os utilizados como fonte de receita para realizar as finalidades essenciais. 2. Imóvel locado. O Imóvel locado de entidade assistencial, objeto de locação, com os respectivos aluguéis usados como fonte de custeio para cumprir as respectivas finalidades essenciais, não se encontra vinculado, mas relacionado a elas. Isso basta para fazer jus à imunidade tributária. Exegese do art. 150, VI, alínea c, combinado com o par. 4. 3. Provimento de um apelo, desprovimento de outro, e sentença mantida em reexame na parte não atingida.

(Apelação e Reexame Necessário n. 70000332171, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani. Julgado em 28/6/00).

AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO COMO AGRAVO. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS A EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. ASSOCIAÇÃO CIVIL DE FINS NÃO LUCRATIVOS. FILANTRÓPICA, DE

NATUREZA EDUCATIVA, CULTURAL, ASSISTENCIAL, BENEFICENTE E AÇÃO SOCIAL E CRISTÃ. IMUNIDADE. Tratando-se de associação civil de fins não lucrativos, filantrópica, de natureza educativa, cultural, assistencial, beneficente e ação social e cristã, que tem por finalidade a promoção, difusão e o desenvolvimento da educação, da pesquisa científica, da cultura, da assistência social, bem como à difusão da fé e ética cristãs, indevida à exigência do pagamento do IPTU, observada a imunidade constitucionalmente assegurada, que se estende a todos os imóveis da entidade, ainda que locados, não havendo que se falar em ofensa ao artigo 173, 4º, da CF, tendo em vista que a possibilidade de uso dos imóveis para fins lucrativos reverte-se a favor da entidade. Inteligência do art. 150, VI, "c", da CF/88. Precedentes do TJRS. Agravo regimental conhecido como agravo, desprovido.

(Agravo Regimental n. 70034788745, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Julgado em 11/3/10)

O imóvel em comento nada mais é do que a extensão da sede da entidade imune para a reunião dos associados, inclusive festividades e eventos estando, portanto vinculado à consecução das finalidades essenciais da autarquia. E ainda que assim não se considerasse por certo o imóvel em questão está destinado a atividades que, nos termos do art. 150, VI, § 2º da Constituição Federal, no mínimo decorrem da finalidade essencial da OAB, caracterizando a chamada imunidade relacionada prevista na Carta Magna.

Nestes termos, seguindo os precedentes jurisprudenciais incidentes sobre o caso concreto e o Parecer Coletivo desta Procuradoria suprarreferido, entendo que os imóveis situados na Rua Miguel Teixeira, n. 263 e Travessa Pesqueiro, n. 37, inscrições 1463136 e 8204543 estão abarcados pela imunidade

recíproca da qual é beneficiária a Ordem dos Advogados do Brasil.

É o parecer.  
À apreciação Superior,

Eduardo Gomes Tedesco,  
Procurador do Município.

## INDENIZAÇÃO DE COMÉRCIO VINCULADO À HABITAÇÃO

Luís Carlos Pellenz<sup>146</sup>

PARECER N. 1.177/2012

PROCESSO N. 001.002589.12.5

INTERESSADO: Departamento Municipal de Habitação

**EMENTA:** Possível indenização de comércio de subsistência vinculado à moradia nas situações de remoção forçada da família do morador, em necessidade urgente para implemento de obra pública em vista evento Copa do Mundo.

A Direção do Departamento Municipal solicita parecer sobre a possibilidade de indenização, na sistemática do Bônus Moradia, de pequeno comércio vinculado à moradia de família que deverá ser removida em vista de obras públicas urgentes.

A realização do evento Copa do Mundo 2014 está gerando a realização de grandes obras de infraestrutura, que implicam na remoção de populações atingidas.

Parte considerável das pessoas a serem removidas reside em áreas públicas de ocupação consolidada e sem titulação formal da posse.

Nestes locais se enraizou de forma permanente uma vida social e comunitária, com intercâmbio econômico.

A necessidade de intervenção pública para a

---

<sup>146</sup> Procurador do Município de Porto Alegre.

realização das obras tem caráter de urgência, pois se esgotam os prazos para viabilização da infraestrutura para o grande evento.

O necessário deslocamento da população atingida exige muita negociação, para que seja o menos traumática possível, pois terá consequência profunda na vida das pessoas e de seu patrimônio.

O direito à moradia já está consagrado constitucionalmente, não podendo ser violado ainda que exercido informalmente em áreas públicas. Cabe à Administração colocar concretamente uma alternativa aos removidos, ou lhes alcançar o equivalente econômico, em indenização, para que possam encontrar outro lugar para residirem.

Tem-se legislação regulando o chamado *Bônus Moradia*, mas que restringe o atendimento apenas a própria moradia da família atingida.

Ocorre que na situação viva das relações de sobrevivência verifica-se que muitos grupos familiares exercem atividades econômicas no espaço contínuo ou próximo da habitação propriamente dita. Alterar a realidade que nestas condições se consolidou, indenizando apenas a moradia e retirando abruptamente o sustento de quem é deslocado estará se criando mais um problema social. Se o ente estatal está afastando quem se encontra na direção de uma obra pública a ser implantada, a fim de minorar os danos, urge que se indenize o equivalente para que a família possa se restabelecer em outro local em condições parecidas.

Estabelecimentos de pequeno comércio também sofrerão a intervenção, e eles integram a vida socioeconômica da comunidade. Seu simples afastamento do local pode atingir de forma fulminante a viabilidade da economia de subsistência. É de justiça que seja possível a sua indenização, mas em limites

compatíveis com a pequena propriedade.

Nas áreas privadas tem-se o instituto da desapropriação. Mas muitas delas também são ocupadas de modo informal por pessoas de baixa renda. A alternativa do Bônus Moradia pode facilitar uma solução encontrada pelo próprio beneficiário para adquirir uma casa própria.

Bem vista, encontra-se suporte na legislação existente para que a Administração possa negociar e concertar um ajuste célere, indenizando a retirada da família, evitando disputas judiciais na defesa de interesses, que poderão inviabilizar as obras que tem tempo marcado para serem implantadas.

Têm-se situações de ocupação consolidada em que a comunidade tem um caráter homogêneo, mas parte dela está em área privada e a outra em área pública. Ali se autoproduziu e se desenvolveu, não se sabendo ao certo onde o território é estatal ou particular. O tratamento nas indenizações não merece ser muito diferenciado. A ser seguida uma primeira leitura da regra geral do direito, a área pública dá direito ao ente público a pedir judicialmente o simples afastamento das pessoas que se arraigaram no local. Por ficção a posse do bem público é jurídica, desconsiderando-se o fato, sem reconhecimento da posse dos residentes e instalados no local. Estes não teriam os interditos para se protegerem se o ente estatal cumprisse as formalidades legais para desocupação da área pública.

Ocorre que se está diante de algo mais que detenções fáticas consumadas, já que a nova legislação, diante do constitucional direito à moradia, está a reconhecer direitos aos moradores, ao menos à concessão de uso.

A Lei Orgânica reconhece o direito das populações ocupantes dos próprios municipais à

regularização fundiária mediante direito real de uso. A legislação complementar regulamentadora fala em posse, conforme art. 1º da Lei Complementar 242, e garante o exercício do direito em outro local, se inadequado onde inicialmente se encontrava o morador. No seu art. 9º reconhece a situação da pequena atividade econômica vinculada à habitação, que deverá ser protegida, se útil à comunidade, *verbis*:

Art. 9º - No processo de urbanização das áreas, lei específica determinará para as áreas funcionais os usos permitidos, como os índices de aproveitamento e outros indicadores urbanísticos a vigorar na mesma.

Parágrafo único - Buscar-se-á respeitar, quando de interesse da comunidade, as atividades econômicas locais vinculadas a moradia, como pequenas atividades comerciais, industriais, doméstica, artesanato, oficinas de serviço e outros.

Mas o direito individual não pode se opor ao interesse público decorrente de uma obra em função de toda cidade. Mas não pode também ser simplesmente riscado. Deve a Administração viabilizá-lo em outro local. Não sendo possível ou demasiadamente oneroso ao morador, o caminho é a indenização.

Dando se condições ao atingido, com o pagamento do equivalente, este poderá encontrar por sua conta a sua recolocação. Termina por sair até mais vantajoso a ambas as partes, pois é sabido que um novo loteamento realizado pelo poder público para reassentamento de populações pode gerar moradias com custo médio bem alto, fora os impactos de vizinhança e ambientais que gera, além dos transtornos criados para os transferidos.

A Medida Provisória n. 2.220/01 garante a concessão especial de uso, individual ou coletiva, a quem ocupa como sua área pública há pelo menos

cinco anos da data da sua publicação. E que este direito pode ser objeto de declaração judicial. Ou seja, o morador tem direito, não é um mero detentor, e todo o direito é indenizável. A expressão da lei é "*aquele que possuir*", ou seja, há um reconhecimento da posse direta, que não origina domínio, mas gera o direito à concessão de uso.

A Lei n. 11.977/09, que institui o Programa Minha Casa Minha Vida e deu o marco legal para a regularização fundiária, garante o registro da concessão independentemente de projeto aprovado, ou seja, o morador é mais do que um mero detentor.

O reconhecimento de direitos do ocupante não impede que a Administração não possa precisar da área concedida, mas terá que justificar e garantir a transferência para outro local. Inclusive autoriza regularizar comércio mediante autorização de uso. Ora, a municipalidade em seus empreendimentos habitacionais reserva espaços para realocar o pequeno comércio. Mais uma vez se está diante de direito ou possibilidade de indenização, quando esta substitui o espaço para pequena economia, havendo concordância entre a Administração e o jurisdicionado.

Assim, sugerimos o estabelecimento dos seguintes para indenização de famílias a serem removidas em função das obras da Copa do Mundo, a saber:

1º - Os imóveis destinados à moradia e a estabelecimentos econômicos a serem atingidos pelas obras de infraestrutura urbana em vista da Copa do Mundo serão previamente cadastradas, juntamente com seus titulares.

2º - Será oferecida alternativa de moradia às pessoas ou grupos familiares cadastrados nos

programas habitacionais promovidos pelo Departamento Municipal de Habitação.

3º - Os titulares de cadastros poderão optar pelo Bônus Moradia instituído pela Lei n. 11.229, de 06 de março de 2012, caso declinem da oferta de moradia popular para seu reassentamento.

4º - Nas situações de indenização por benfeitorias superiores ao valor do Bônus Moradia, somente será indenizada até 250m<sup>2</sup> de área construída, caso se encontrem sobre propriedade municipal.

5º - Considera-se integrada a moradia a pequena atividade econômica de caráter familiar, de indústria, comércio ou serviço, útil à comunidade, podendo o titular do cadastro aproveitar os benefícios do Bônus Moradia.

6º - Havendo descontinuidade entre o terreno da moradia e o da atividade econômica do morador cadastrado, serão somadas as áreas, sendo indenizáveis até o limite acima estabelecido.

7º - Os mesmos limites se aplicam aos estabelecimentos econômicos de subsistência que tenham se fixado em área pública de ocupação popular consolidada, e mantém atividade de interesse da comunidade, devendo os titulares renunciar à qualquer pretensão além da metragem aqui estabelecida.

8º - O titular cadastrado não será indenizado por benfeitorias além de um imóvel.

9º - Nas áreas privadas aplica-se o que dispõe a legislação sobre desapropriações, podendo o titular da indenização optar pelo Bônus Moradia, se residir no local e se enquadrar nos critérios regulamentares.

10º - Aplicam-se o regramento geral sobre indenizações às outras situações aqui não previstas, considerando estarem inseridas em área com posse direta consolidada por parte da comunidade, por

possuírem expectativa à regularização, que se inviabilizou com o implemento das obras públicas necessárias ao evento Copa do Mundo 2014.

11º - As indenizações serão precedidas de avaliação a ser realizada por grupo técnico instituído para este fim.

É o parecer, ao qual submeto à revisão do Coordenador Jurídico do DEMHAB e posterior consideração do Procurador Geral do Município.

Porto Alegre, 20 de novembro de 2012.

Luís Carlos Pellenz,  
Procurador do Município,  
Matrícula 1090844.

**PROGRAMA MINHA CASA MINHA VIDA –  
NECESSIDADE DE AVERBAÇÃO NA MATRÍCULA  
DO EMPREENDIMENTO**

Ana Luisa Soares Carvalho<sup>147</sup>  
Vanêsa Buzelato Prestes<sup>148</sup>

PARECER N. 1.178/2012  
PROCESSO N. 002.313669.00.8.07880  
INTERESSADO: CAADHAP

**EMENTA:** Programa Minha Casa Minha Vida. Requerimento de dispensa de averbação na matrícula da área do enquadramento do empreendimento no Programa MCMV. Programa de âmbito federal no qual o Município é o ente local. Regras estabelecidas pelo Programa no âmbito da União. Incentivos decorrentes da Lei Municipal de ordem urbanística e tributária. Lei Complementar n. 636/10. Declaração da Caixa Federal informando que o imóvel integra o Programa Minha Casa, Minha Vida, na faixa salarial de 03 a 10 salários mínimos. Obrigatoriedade da averbação de enquadramento no Programa MCMV, independente da faixa salarial a que se destina. Averbação. Obrigação acessória decorrente de Lei Municipal. Natureza Jurídica. Legalidade da medida para preservar a finalidade do Programa Habitacional.

O expediente foi encaminhado a esta Procuradoria especializada para analisar requerimento de dispensa do Empreendedor da obrigação acessória

---

<sup>147</sup> Procuradora do Município de Porto Alegre. Especialista em Direito Municipal pela Ritter dos Reis. Mestre em Planejamento Urbano e Regional pela UFRGS.

<sup>148</sup> Procuradora do Município de Porto Alegre. Especialista em Direito Municipal Lato Sensu pela Ritter dos Reis. Mestre em Direito pela PUCRS

de averbação na matrícula do imóvel do vínculo ao Programa Minha Casa Minha Vida. Justifica o requerimento argumentando que o reenquadramento do empreendimento não gera obtenção de incentivos e, por este motivo, pretendem não seja averbado na matrícula que se trata de imóvel enquadrado no programa Minha Casa Minha Vida. O reenquadramento a que o empreendedor se refere é de faixa salarial.

Faz parte do processo de licenciamento do empreendimento inserido no Programa MCMV a formalização de Termo de Compromisso, nos termos do parágrafo único do artigo 15 da Lei Complementar n. 636/10. O Termo de Compromisso do presente empreendimento foi registrado sob o n. 45.879, Livro 698-D, fls. 244, e aditado em 05/9/2011, por instrumento registrado sob o n. 47.236, Livro 718-D, fls. 097.

Primeiramente a Dra. Ana Luisa se manifestou por meio de informação. Posteriormente, em função deste entendimento para outros empreendimentos, foi solicitada a elaboração de parecer. A Dra. Simone Somensi, Procuradora-Geral Adjunta solicitou fosse complementado o Parecer, a fim de que analisasse os argumentos esposados por outro empreendedor, mas que visava a mesma finalidade, qual seja, a não averbação na matrícula do empreendimento tratar-se de Programa Minha Casa, Minha Vida.

A solicitação da Dra. Simone está assim posta:

Na manifestação do interessado, este explica que seu empreendimento não recebeu nenhum tipo de incentivo urbanístico ou fiscal, razão pela qual pede a aludida dispensa. Relate, especificamente, que a averbação na matrícula causará restrições quanto a comercialização das unidades habitacionais, eis que famílias com renda superior a 10 salários mínimos não poderão obter financiamento perante a CEF, nem as pessoas que já possuem outro imóvel, bem como há um teto de valor para comercialização do apartamento.

O e-mail enviado à Dra. Simone e anexado a fls. 46 dos autos diz o seguinte:

Além deste empreendimento não ter recebido nenhum incentivo urbanístico, fiscal ou de qualquer ordem, se constar na matrícula a inscrição Minha Casa Minha Vida, isto será uma grave restrição, pois a CAIXA não poderá financiar os casos seguintes:

- famílias com renda maior do que 6 a 10 SM;
- compradores que já tenham outro imóvel, o que é muito comum, pois existem dezenas de milhares de compradores que tem casas e apartamentos do DEMHAB e de Cooperativas, cujos imóveis ainda estão em seu nome, os chamados contratos de gaveta;
- apartamentos de valor superior a R\$ 150.000,00, mesmo tendo a família renda entre 6 e 10 SM, restringindo, por exemplo, quem tenha alguma poupança, carro ou um imóvel de menor valor para dar de entrada;
- aquelas famílias que qualquer membro já tenha qualquer imóvel;
- aquelas famílias que comprarão em seu nome para dar aos pais e/ou filhos;
- as pessoas separadas, cujo imóvel do casal ainda esta em nome de algum dos cônjuges;
- inúmeros outros casos.

A parte aduz que a inscrição terá efeitos negativos para o empreendimento e não trará nenhum benefício ao Governo Federal, famílias ou Prefeitura. Sustenta que a averbação não deve ser feita para os empreendimentos de 06 a 10 SM, aduzindo que retirar o empreendimento do Programa significaria que os beneficiados que são os abaixo de 10 salários mínimos não poderiam ser financiados pelo MCMV.<sup>149</sup>

---

<sup>149</sup> Fls. 47 dos autos - Por outro lado, aventando a possibilidade, o oposto, ou seja, remover o empreendimento do Programa Minha Casa, Minha Vida, por causa disso, implicaria que naqueles imóveis a maioria absoluta que estão

No expediente que originou o presente estudo consta Declaração da Caixa Federal de enquadramento no Programa Minha Casa, Minha Vida, datada de 10/11/12, faixa salarial 03 a 06 SM (fls. 14), Declaração do DEMHAB de enquadramento no programa (fls. 15), requerimento da empresa com a informação do reenquadramento da faixa salarial para 03 a 10 SM, bem como declarando que por questão mercadológica resolveu manter o empreendimento no Programa Minha casa, Minha Vida (fls. 80), a saber:

À CADHAP:

Referente ao expediente único 002.313569.00.8, com projeto aprovado pela CADHAP, vimos por meio desta, pedir a revogação do Parecer 248/2011, tendo em vista que a empresa reavaliou a questão mercadológica e concluiu ser necessário manter o empreendimento na modalidade Minha Casa, Minha Vida, porém na faixa salarial compreendida entre 03 e 10 salários mínimos. Informamos que já cumprimos uma doação de 10,09% em obras para a SMED, realizadas e recebidas, e solicitamos que a doação da diferença para 18% conforme laudo de Avaliação de 29/11/10, seja paga à vista, dentro do prazo de validade do referido laudo.

Com isso, pedimos o arquivamento da etapa protocolada na CTAAPS em 17/10/11, e pedimos que seja aberta a etapa de reaprovação do Projeto Legal, com a única e exclusiva alteração no selo das pranchas, onde será apenas inserida a informação da faixa salarial de 03 a 10 SM.

Posteriormente, em 27 de julho de 2012, a empresa envia nova correspondência à CADHAP com o seguinte conteúdo:

---

abaixo da faixa dos dez salários mínimos, futuros mutuários, não poderão ser financiada pelo Programa MCMV, que tanto tem beneficiado o nosso país. Assim, é melhor ampliar rio que restringir.

Referente ao Parecer CAADHAP 260-11, de 0 de novembro de 2011, informamos que estamos anexando:

As cartas atualizadas do DEMHAB e CEF, com anuência do enquadramento no Programa MCMV faixa salarial de 03 a 10 SM;

O compromisso de quitação da SMED da obrigação constante no Termo de Compromisso firmado em 02/5/2011 e Termo Aditivo firmado em 05/9/11;

O comprovante de pagamento de doação complementar.

Tendo em vista que não há mais a obtenção de incentivos, conforme art. 23 da Lei n. 636/10, devido ao fato do empreendimento não estar mais enquadrado na faixa salarial de 03 a 06 SM, solicitamos o cancelamento do Segundo Aditivo ao Termo de Compromisso. Solicitamos um ofício da PGM informando a retirada da cláusula de averbação na matrícula quanto ao programa MCMV. Solicitamos, ainda, o retorno imediato do processo à CAADHAP, para a reaprovação do projeto arquitetônico.

Como o tema examinado resultará em orientação geral para o processo de licenciamento dos empreendimentos enquadrados no Programa MCMV, a presente análise é apresentada sob formato de parecer e submetido à superior análise.

Desde já, importante ter claro as premissas da questão posta: a) o Programa Minha Casa, Minha Vida atende famílias de 0 a 10 salários mínimos; b) A LC Municipal n. 636/10 rege o PMCMV em Porto Alegre; c) os empreendimentos requerentes integram o Programa, nas faixas salariais acima de 03 salários mínimos, e, nessa hipótese, requerem que o art. 23 da Lei Municipal que exige a averbação na matrícula não seja aplicado a estes.

É o relatório.

## **1 Do Programa Minha Casa, Minha Vida**

O Programa Minha Casa, Minha Vida, foi objeto da Medida Provisória n. 459, convertida na Lei Federal n. 11.977, em 07 de julho de 2009.

O Prefeito Municipal foi firmatário do Termo de Adesão, cujo objeto é a conjugação de esforços para implementação eficaz e eficiente do Programa Minha Casa, Minha Vida no Município de Porto Alegre, firmado pela Caixa Econômica Federal, responsável pela implementação do Programa no âmbito federal. Neste Termo de Adesão, destaca-se a seguinte relação com o Município:

Considerando a finalidade do programa, poderá o MUNICÍPIO promover medidas complementares no sentido de:

I - Fornecer às pessoas jurídicas que atuam no ramo da construção/incorporação imobiliário, relação de terrenos que sejam compatíveis e adequados à construção das unidades habitacionais sejam elas em forma de casas e/ou edifícios, observando a legislação relativa à política urbana objeto do Plano Diretor Municipal e situação de regularidade dominial dos terrenos a serem ofertados;

II - Providenciar as autorizações, alvarás, licenças e outras medidas necessárias inerentes à aprovação e viabilização dos projetos arquitetônicos, urbanísticos, e, complementares das unidades habitacionais de modo [...]

III - Adotar medidas em seu âmbito que contribuam para celeridade do licenciamento ambiental junto aos seus órgãos competentes, bem como nas situações envolvendo concessionárias de serviços públicos de energia elétrica, água e saneamento;

IV - Apresentar propostas legislativas à Câmara Municipal que disponham sobre a desoneração fiscal relativa a incidência dos seguintes tributos: Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis por Ato Oneroso "inter vivos" , especificamente e exclusivamente sobre

as transmissões de propriedade imobiliária que vierem a integrar o Programa;

V - Imposto sobre Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU - durante a (fase de construção: Imposto sobre a Prestação do Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) incidente sobre a construção dos empreendimentos vinculados ao Programa.

VI - Apresentar proposta legislativa á Câmara Municipal que disponha sobre os critérios e a forma de reconhecimento do empreendimento habitacional a ser construído no âmbito do Programa, como de zona especial de interesse social - ZEIS;

VII - Manter cadastro atualizado do público alvo do Programa, sob a forma de aportes financeiros e do fornecimento de bens, serviços ou obras, a serem previamente estabelecidos com a UNIÃO.

A seu critério, estender sua participação no programa, sob a forma de aportes financeiros e do fornecimento de bens serviços ou obras, a serem previamente estabelecidos com a União;

VIII - Fazer veicular nos meios de comunicação do MUNICÍPIO a divulgação do empreendimento habitacional, em parceria com as CONSTRUTORAS/INCORPORADORAS e/ou suas entidades representativas;

IX - Praticar outras atribuições afins e compatíveis, bem como as que forem exigidas pela legislação aplicável de forma célere, visando a agilização da tramitação do processo de aprovação do projeto. (grifamos o que foi feito no Município de Porto Alegre por intermédio da LC n. 636/10 e ações seguintes que temos conhecimento e que dizem respeito ao objeto do presente processo).

A leitura integrada do Termo de Adesão e das orientações da Caixa Federal dão conta que a função dos Municípios na aplicação do Minha Casa, Minha Vida, vai muito além da aprovação de projetos.

Fica evidente a necessidade de protagonismo do Município tanto na condução do programa em seu território, bem como a necessidade de articulação com outros instrumentos já previstos no Estatuto da Cidade.

Na visão e expressão da norma geral representada pela Lei Federal n. 11.977/09, este programa integra o esforço da sociedade brasileira para construção de cidades mais sustentáveis e para dar consecução prática ao direito à moradia, direito social previsto no art. 6º da Constituição Federal. Assim, na mesma medida em que financia a política habitacional para aqueles que estiveram um bom tempo excluídos ou com dificuldade de acesso ao mercado habitacional, priorizará a adequação ambiental e urbanística, a existência de equipamentos públicos e a implementação pelos municípios dos instrumentos voltados ao controle e retenção das áreas urbanas em ociosidade. Ao mesmo tempo e na mesma Lei, facilita os processos de regularização fundiária, cria instrumento específico ainda não previsto na nossa legislação - demarcação urbanística - novamente colocando o Poder Público Municipal como protagonista dos processos tanto de regularização quanto de possibilidade de construção de moradia regular, evitando desse modo a criação de novas áreas irregulares.

Para compreender o Programa Minha Casa, Minha Vida, importante ter claro que ele é destinado a faixas de renda, sendo que a lei estabelece diferenciação entre as faixas salariais a serem atendidas, a saber: a) 0 a 03 salários mínimos; b) 03 a 06 salários mínimos; c) 06 a 10 salários mínimos. Portanto, atender de 03 a 06 ou de 06 a 10 SM não implica estar fora do Programa. Aliás, o limite para financiar os mutuários é o Governo Federal que estabelece, não cabendo ao Município se manifestar, somente utilizar os mecanismos que são de sua competência para controlar, haja vista o interesse difuso protegido. O direito difuso aqui referido é a ordem urbanística.

Chamados ao desafio os gestores de Porto Alegre prontamente compreenderam este papel protagonista. Neste contexto foi aprovada a Lei Municipal n. 636/10, criada a CAADHAP e adequada a legislação tributária, além de significar impacto na atuação do DEMHAB.

O art. 23 ora questionado, fez parte da explicitação local do funcionamento do Programa, que é da atribuição do Município e diz o seguinte:

Art. 23. Os empreendimentos enquadrados no Programa Minha Casa, Minha Vida - Porto Alegre, beneficiados com incentivos previstos nesta Lei Complementar, deverão receber, na sua matrícula, registrada no Cartório de Registro de Imóveis, averbação referente a sua participação nesse Programa.

Alegam os requerentes que os benefícios a que se refere o artigo não atinge a faixa salarial na qual estão enquadrados de 03 a 10 SM, conforme consta nos autos, ou 06 a 10, conforme eles declaram. Desde já, cabe refutar esta assertiva. O Programa Minha Casa, Minha Vida - Porto Alegre envolve todos os imóveis financiados pela Caixa Federal com esta finalidade, inclusive tendo repercussões de isenções tributárias para os adquirentes, conforme veremos a seguir. Porto Alegre, com a edição da LC n. 636/10 inseriu-se neste Programa Federal, assumiu-o em seu território e obrigasse a adotar as suas regras. Para tanto, na sua forma de funcionamento e dentro da sua competência regulatória estabeleceu condição acessória que a averbação na matrícula do imóvel a participação no Programa. E, não se diga que afeta somente os imóveis de 0 a 03 salários ou aqueles que tenham o incentivo urbanístico decorrente da diminuição de padrões, pois para estes há outra obrigatoriedade, conforme consta no art. 20, a saber:

Art. 20. Os empreendimentos enquadrados no Programa Minha Casa, Minha Vida - Porto Alegre, com incentivo urbanístico, nos termos desta lei Complementar serão identificados como Áreas Especiais de Interesse Social (AEIS).

Assim, o PMCMV contempla famílias com renda mensal até 10 salários mínimos. Contudo, os critérios para este atendimento são completamente distintos, contemplando aqueles que precisam de maior tutela com maior subsídio, traduzindo-se em verdadeira expressão do princípio da igualdade. A Lei Municipal n. 636 explicitou como o Programa se desenvolveria no âmbito local, e, dentro de sua atribuição, apontou exigências, dentre as quais a averbação ora questionada, que até mesmo pelo conteúdo da manifestação que originou o presente Parecer, constata-se que era necessária, na medida em que garante que os imóveis sejam efetivamente destinados às famílias beneficiárias do Programa, no mínimo dificultando burla.

Reforçando a assertiva veja-se o que consta no site da Caixa Federal:

O Minha Casa, Minha Vida é um programa do governo federal que tem transformado o sonho da casa própria em realidade para muitas famílias brasileiras. Em geral, o Programa acontece em parceria com estados, municípios, empresas e entidades sem fins lucrativos. Na primeira fase foram contratadas mais de 1 milhão de moradias. Após esse sucesso, o Programa Minha Casa Minha Vida pretende construir na segunda fase, 2 milhões de casas e apartamentos até 2014. Só você ter renda bruta de até R\$ 5.000,00, o Programa oferece algumas facilidades, como, por exemplo, descontos, subsídios e redução do valor de seguros habitacionais. Mais renda para os trabalhadores e desenvolvimento para o Brasil. Onde tem habitação, tem CAIXA.<sup>150</sup>

---

<sup>150</sup> <http://www.caixa.gov.br/habilacao/mcmv>.

A Cartilha produzida pelo Ministério das Cidades denominada "Como Produzir Moradia bem Localizada com os recursos do Programa Minha Casa Minha Vida? Implementando o Estatuto da Cidade", discorre detalhadamente e apresenta sugestões aos gestores, dando conta que se trata de uma estratégia de produção da cidade, com recursos públicos, para produção de moradia popular.

## **2 A Lei Complementar N. 636/10 - Programa Minha Casa, Minha Vida Porto Alegre**

Para fins de aplicação do PMCMV em Porto Alegre medidas de um lado de gestão e de outro de previsão legislativa foram adotadas. A aprovação e o licenciamento dos projetos é uma delas, porém há outras, dentre as quais a tributária que não afeta os empreendedores construtores, mas os mutuários especificamente.

Por isso, importante ter claro que as normas do Programa Minha Casa, Minha Vida afetam e são destinadas tanto aos empreendedores quanto aos mutuários que são a finalidade deste. No âmbito tributário a lei Complementar Municipal n. 636/10 estabeleceu o seguinte:

Art. 10. Para os empreendimentos cadastrados no Programa Minha Casa, Minha Vida - Porto Alegre, as operações e os imóveis transacionados com essa finalidade terão isenções no Imposto sobre Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU - e no Imposto sobre a transmissão "inter-vivos", por ato oneroso, de bens imóveis e de direitos reais a eles relativos - ITBI, nos termos da legislação tributária.

O colega da SMF Gilberto Ely Mendes Ribeiro nos informou que a isenção de tributo se dá no momento da aquisição do bem, sendo que os beneficiários do Programa que cumprem os requisitos são atingidos por este subsídio. A relação se dá diretamente entre a Caixa Federal (órgão financiador) e a PMPA/SMF (responsável pelo reconhecimento da isenção fiscal). Na mesma linha dos demais subsídios, o tributário mantém as faixas salariais. Por oportuno, transcrevo e-mail do colega Gilberto que esclarece o funcionamento:

O MCMV contempla a transação de imóveis de até R\$ 150.000,00 para a população com renda de até R\$ 5.000,00. O Programa é destinado à pessoas que não tenham outro imóvel.

Existem 3 faixas de renda e, conseqüentemente de benefícios, (estes valores serão reajustados este mês) 1ª faixa até R\$ 1.600,00, 2ª faixa até R\$ 3.100,00 e 3ª faixa até R\$ 5.000,00.

A primeira faixa contempla os empreendimentos com imóveis de baixo valor e destinados a pessoas cadastradas pelo DEMHAB, recebendo parte subsídio do governo (R\$ 23.000,00).

A segunda faixa recebe algum subsídio do governo. No mínimo R\$ 2.000,00 e no máximo R\$ 17.000,00.

A terceira faixa não recebe subsídio.

A PMPA isenta do pagamento do ITBI as duas primeiras faixas.

A Caixa recebeu um segundo canal de acesso para a inclusão de guias referentes a imóveis do MCMV que devem receber isenção (imóvel novo, transacionado e avaliado pela CEF por até R\$ 150.000,00 e transação com a concessão de algum subsídio).

Assim, guias de um mesmo empreendimento, dependendo da faixa de renda dos compradores, podem ser encaminhadas pelo canal normal da CEF e outras (futuramente isentas) por este canal especial. A verificação se dá pela existência do valor informado como subsídio.

Diante disso, os empreendimentos que a Caixa declara serem de 03 a 10 salários mínimos, como é o caso, na hipótese do adquirente estar enquadrado na 1ª ou 2ª faixa salarial, ou seja, até 06 salários mínimos, este receberá a isenção, sendo que esta transação sequer passa pela empresa construtora.

Registre-se, mais uma vez, que este Programa envolve uma série de agentes: Governo Federal, Governo Municipal, Caixa Federal, Construtoras e Adquirentes. Não se restringe à relação Município, empresa construtora, mas integra um projeto mais amplo com regras, objetivos e condições próprias, que afetam o negócio desde o seu nascedouro até a sua perfectibilização, entendido isto como escolha do imóvel, aprovação dos projetos, financiamento da construção, financiamento aos mutuários e isenções fiscais. No caso concreto, para o Município, conforme a Declaração do DEMAHB e da Caixa Federal que consta nos autos a renda é de 03 a 10 SM. Todos os adquirentes que comprovarem a condição até 06 SM receberão a isenção do ITBI.

Ainda, são relevantes algumas questões referentes ao licenciamento do empreendimento e devem ser analisadas antes do enfrentamento do tema em questão.

Primeiramente, conforme já referido na Informação n. 52/11-PUMARF/PGM, a área do empreendimento compreendia a área das matrículas n. 112646, com 6.222,30m<sup>2</sup> e n. 71.283, com 26.526,58m<sup>2</sup>, ambas do Cartório de Registro de Imóveis da 3ª Zona.

Segundo informado pela Coordenação e Secretaria da CAADHAP, o imóvel da matrícula 71.283 é dotado de, aproximadamente, 30% de área verde a ser preservada, situação que impede a abertura de vias

e enquadra o parcelamento do solo nos termos do artigo 140 do PDDUA. Assim, enquadrado como desmembramento, incide sobre a gleba o percentual de doação para equipamentos comunitários - 18% -, que foi objeto de redução como incentivo, conforme deliberado pela CAADHAP no Parecer n. 135/10, aplicando-se o percentual de 10,09%.

Quanto ao percentual de doação de área pública, aplicável aos processos de desmembramento, algumas questões devem ser consideradas para a análise da consulta. O artigo 149 do PDDUA define que as áreas destinadas a equipamentos públicos comunitários em processo de desmembramento serão doadas no percentual estabelecido no Anexo 8.2 da Lei Complementar n. 434/99 com as alterações da Lei Complementar n. 646/10. O percentual de doação em desmembramento de áreas superiores à 5.000m<sup>2</sup> é de 20%.

Entretanto, para o desmembramento de áreas destinadas à habitação prioritária, tratadas na Lei Complementar n. 547/06 e na Lei Complementar n. 636/10, estabeleceu o percentual de 18% para a destinação de área pública para equipamento público comunitário em relação à área da gleba. Deve-se chamar a atenção de que o benefício do percentual de 18% estabelecido pela LC n. 547/06 é aplicável em áreas destinadas à loteamento, ou seja, para glebas superiores à 22.500m<sup>2</sup>, conforme estabelece nos artigos 1º e 4º. Na Lei Complementar n. 636/10, o percentual de 18% foi estendido para desmembramento de áreas enquadradas no Programa Minha Casa, Minha Vida cuja área objeto do parcelamento seja superior a 5.000m<sup>2</sup>, conforme artigo 11 abaixo reproduzido:

Art. 11. Na modalidade de parcelamento do solo na forma de desmembramento a área de destinação pública para equipamento comunitário observará os percentuais de doação de área pública previstos na Lei Complementar n. 434, de 1º de dezembro de 1999 - Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano Ambiental (PDDUA), e alterações posteriores, exceto para os imóveis com mais de 5.000m<sup>2</sup> (cinco mil metros quadrados), nos quais o padrão de doação será de 18% (dezoito por cento) em relação à área da gleba.

Assim, considerando o percentual de 18% fixado pelo citado artigo 11 da Lei Complementar n. 636/10, o registro demandado pelo artigo 23 é obrigatório. O percentual de 18% para desmembramento é incentivo disposto em Lei para empreendimentos enquadrados no Programa Minha Casa, Minha Vida.

Além da questão do registro, há que se abordar, também, a questão relativa à complementação de destinação de área em face do reenquadramento do empreendimento. E, neste aspecto, a aplicação das modalidades de conversão da destinação de área pública.

Na esfera do parcelamento do solo urbano, a regulamentação é instrumento de gestão do desenvolvimento para a qualificação de setores urbanos e expansão da cidade, que demanda avaliação das áreas técnicas envolvidas para o suprimento da estrutura urbana e equipamentos públicos essenciais. Conceituando os equipamentos públicos como os que compõem as redes de abastecimento de água, os serviços de esgoto cloacal e pluvial, de energia elétrica, comunicação, iluminação pública e gás, e os equipamentos comunitários como os de lazer, cultura, educação, saúde e segurança, o artigo 137 do PDDUA estabelece a necessidade de destinação das respectivas áreas públicas em percentuais fixados nos

Anexos 8 e 9, conforme as modalidades do parcelamento, cuja transferência ao poder público é condicionante do licenciamento do empreendimento.

O artigo 138 do PDDUA, por sua vez, amplia as alternativas à transferência de áreas públicas em casos de insuficiência ou inadequação para implantação dos equipamentos públicos comunitários, é facultada a sua substituição pelas seguintes formas constantes do parágrafo 1º do artigo 138 abaixo transcritas, a critério do SMGP representado, no caso em tela, pela CAADHAP:

Art. 138. As áreas de destinação pública observarão o disposto nos Anexos 8.1, 8.2 e 9.

§ 1º - Se a destinação de áreas públicas não atingir o percentual estabelecido ou se as áreas forem inadequadas à finalidade pública prevista, o interessado poderá utilizar as formas apresentadas a seguir, em conjunto ou isoladamente, a critério do SMGP

- terrenos urbanizados, descritos e caracterizados como lotes destinados ao cumprimento da destinação o da utilização pública original constante do projeto e memorial descritivo do parcelamento do solo:

- urbanização de áreas de lazer, construção, ampliação ou reforma de prédios destinados a equipamentos públicos comunitários, na forma conceituada no § 3º do art. 137 desta Lei Complementar, executados de acordo com projeto arquitetônico devidamente aprovado, ou,

- conversão em moeda corrente nacional, cujo valor será destinado à aquisição de outras áreas para implantação dos equipamentos públicos comunitários, cujo pagamento deverá ser efetuado na forma regulamentada em decreto. (Redação do § 1º modificada pela LC n. 646, de 22 de julho de 2010)

A ampliação das alternativas compensatórias à destinação de áreas públicas está aliada à concepção estratégica do sistema de planejamento adotado pelo

PDDUA que exige dos órgãos de gestão pública uma atuação integrada e informada, continuamente alimentada, para desenvolver o papel de agente articulador e propositivo da qualificação do espaço urbano a partir da potencialização dos investimentos e do permanente processo de discussão com a população.

É importante ressaltar o caráter subsidiário das medidas alternativas à destinação de áreas públicas comunitárias do PDDUA e que, por isso, demanda motivação da opção técnica do Sistema de Planejamento para justificar a insuficiência ou inadequação.

Há que se considerar ainda que, além do percentual de 18% para doação de áreas de destinação pública aplicável aos empreendimentos enquadrados no Programa Minha Casa, Minha Vida, a LC n. 636/10 permite a redução ou isenção deste percentual nos casos de desmembramento de áreas, como incentivo para a produção de habitação social destinada à famílias com faixa de renda entre 0 a 6 salários mínimos. Entretanto, a possibilidade é restritiva e condicionada à suficiência de equipamentos públicos comunitários localizados no entorno do empreendimento e que atendam as demandas da população já estabelecida e a que irá se estabelecer no local. Diz o artigo 12 da Lei Complementar n. 636/2010:

Art. 12. Nos casos de desmembramento, na aprovação dos projetos para os empreendimentos enquadrados nos incisos I a II do art. 4º desta Lei Complementar, o Município de Podo Alegre poderá dispensar ou reduzir o percentual da área destinada a equipamento comunitário prevista no art. 11 desta Lei Complementar, considerando a suficiência de equipamentos no entorno do empreendimento.

No caso de redução da reserva de áreas públicas comunitárias (que são aqueles determinados no artigo 137, § 3º, do PDDUA), a regra é a do *caput* do artigo 12 e condiciona o incentivo ao diagnóstico da suficiência dos equipamentos instalados no entorno em cotejo com a capacidade de absorção da nova população que será instalada no local.

A redução ou isenção para além do percentual fixado no artigo 11 da Lei Complementar n. 636/2010 acarreta a redução patrimonial do Poder Público e afeta sua capacidade do provimento de serviços essenciais. Por isso, que a forma de incentivo concebida no artigo 12 está atrelada a ação de diagnóstico de planejamento urbano que vincula os representantes dos órgãos municipais que compõe a comissão de licenciamento do empreendimento.

Assim, a justificativa técnica baseada em diagnóstico da suficiência dos equipamentos públicos que autoriza a redução do percentual de 18% de destinação de área pública deve estar explicitada de forma a motivar o ato administrativo.

No presente caso, foi aprovada a redução da área de destinação pública e convertida na execução de serviço, até o percentual de 10,09% da área do empreendimento. Diante disso, complementação da doação de áreas públicas em razão do reenquadramento do empreendimento no Programa Minha Casa, Minha Vida deve ter o mesmo tratamento: deverá ser doada área da gleba até atingir o percentual de 18%. A conversão deverá ser motivada na suficiência dos equipamentos do entorno, levando-se em consideração o acréscimo populacional da região.

Em conclusão, o incentivo legal do percentual de 18% na destinação de áreas públicas fixado no artigo 11 torna obrigatório registro do enquadramento do

empreendimento no Programa Minha Casa, Minha Vida; a complementação do valor de destinação de área pública deve ser submetida ao mesmo critério definido no artigo 12 e a sua possibilidade de conversão deve ser justificada na suficiência da estrutura pública do entorno, capaz de absorver o acréscimo populacional do setor urbano.

### **3 Da Natureza Jurídica da Norma da Averbação na Matrícula Prevista no Art. 23 da Lei Municipal Complementar N. 636/10**

Uma das grandes constatações dos pesquisadores e urbanistas acerca dos Programas de Moradia Popular, como é o caso do Minha Casa, Minha Vida, é o desvirtuamento posterior da destinação das moradias, formando um círculo vicioso que inclui a aquisição subsidiada de imóvel, a venda em um ou dois anos e o retorno para morar em local inapropriado, muitas vezes em situação de risco. Este aspecto, aliado a localização inadequada, sem serviços públicos e com escassez de infraestrutura, levou a uma profunda reflexão e a modificação do paradigma da construção de moradias populares em escala.

Esta descrição ocorre em uma série de casos de políticas públicas entendidas como fracassadas, porque não conseguem estimular e fazer com que aqueles que precisam de tutela estatal se mantenham, criem vínculos no novo local.

A segunda constatação é que muito recurso público foi utilizado ao longo dos anos financiando de modo subsidiado, inclusive ao tempo do BNH, aqueles que não precisam de tutela.

Diante destas constatações históricas, para o fim de viabilizar moradia para quem precisa de tutela, como

é o caso do programa Minha Casa, Minha Vida, o urbanismo passou a desenvolver instrumentos regulatórios visando auxiliar àqueles que planejam executam a política pública a conter ou minimizar a denominada "expulsão branca", ou seja, aquela regular, silenciosa, porém, extremamente danosa.

Nessa linha, são utilizados os instrumentos das Zonas Especiais de Interesse Social, das averbações registradas da finalidade da moradia, do regime urbanístico específico vedando remembramentos nestas áreas, entre outras hipóteses. Na realidade a visualização contextualizada, sistêmica do problema, faz com que instrumentos jurídicos existentes há muitos anos sejam utilizados na perspectiva da proteção da moradia daqueles que necessitam de tutela. Esta é uma tendência do direito que vem rompendo com os microsistemas jurídicos, visando a efetividade das normas.

Importante destacar que a Lei Municipal n. 636 tratou do tema, inserindo esta regra, sendo esta uma expressão da competência municipal. O Brasil é uma Federação, tendo como entes federativos a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Na estrutura federativa as políticas públicas são planejadas, desenvolvidas e executadas dentro do âmbito de cada ente federativo. Em matéria de moradia, cabe a União dispor sobre as normas gerais, cabendo aos Municípios legislar suplementarmente e com base no interesse local. Desta atribuição é que surge a competência para o Município dispor sobre exigências para aprovação de projetos e para a averbação que ora estamos tratando. E, deste modelo federativo é que advém a necessidade de cada ente federativo dispor sobre isenções fiscais, por exemplo. Não poderia a União dar isenções de ITBI, pois a matéria é de competência municipal.

Diante do exposto, destaca-se a higidez da norma atacada tanto do ponto de vista constitucional - exercício de competência municipal - quanto do ponto de vista material - no pertine a adequação desta às finalidades urbanísticas reclamadas.

### **Conclusões**

1 - O Programa Minha Casa, Minha Vida é um Programa Federal, cujas regras são estabelecidas pela União, sendo o Município o ente local; dito Programa pretende a produção de moradia popular, objetivando a diminuição do passivo de desigualdade social das cidades brasileiras;

2 - A Lei Complementar Municipal n. 636, no âmbito de sua competência, explicitou o funcionamento do Programa em Porto Alegre, estabeleceu forma de funcionamento, incentivos urbanísticos e tributários, observadas as faixas de renda, previstas pela União, considerando a renda de 0 a 10 salários mínimos;

3 - Todos os empreendimentos enquadrados pela Caixa Federal como Minha Casa, Minha Vida, integram o Programa de Porto Alegre, sendo que para os de 0 a 03 salários há subsídio amplo, até 06 subsídio parcial e desta faixa até 10 SM não há subsídios municipais, porém, não deixam de integrar o Programa;

4 - Os incentivos existentes envolvem a construção, o financiamento do mutuário e a isenção de ITBI; para isenção de ITBI a comprovação da renda se dá por meio de contato entre da Caixa Federal e a Secretaria da Fazenda Municipal, tendo guias de recolhimento próprias. Desta transação não participam as empresas construtoras. Todos os que cumprirem os requisitos nos empreendimentos que tiverem a declaração da Caixa Federal tem direito ao benefício

fiscal;

5 - Os incentivos urbanísticos ocorrem no meio do processo de aprovação do projeto. A conversão do valor destinado a infraestrutura somente pode se dar por meio de manifestação do Município de que assumirá a respectiva infraestrutura ou de que a região comporta o empreendimento com os serviços e condições urbanísticas que já dispõem. A troca de faixa de renda não gera um direito ao pagamento da diferença pela dispensa anterior de infraestrutura. A análise técnica precisa ser novamente realizada para indicar o adimplemento da condição de existência de condições do entorno em absorver a demanda que será gerada;

6 - A averbação na matrícula prevista na Lei Municipal n. 636 é obrigação acessória decorrente de lei e deve ser observada para todos os empreendimentos enquadrados no Programa Minha Casa, Minha Vida, posto que este Programa é destinado à produção de moradia popular. As áreas que abrigarem empreendimentos de 0 a 03 salários mínimos, além da averbação a que refere o art. 23 da Lei Municipal n. 636, devem ser gravadas como AEIS, na forma do que dispõe a respectiva Lei;

7 - No caso dos autos, conforme a própria informação do representante da Incorporadora (fls. 18) datada de 27 de julho de 2012, a Caixa Federal enquadrou o empreendimento na faixa salarial de 03 a 10 SM.

8 - Todos os mutuários que adquirem imóvel neste empreendimento e que preencherem os requisitos para a concessão do benefício fiscal farão jus a este, em função do respectivo enquadramento, na forma do que informou a SMF e consta neste processo.

Diante do exposto, não é possível dispensar a averbação na forma pretendida pela empresa, na

medida em que o empreendimento integra o Programa Minha Casa, Minha Vida - Porto Alegre, na forma comprovada no presente processo, bem como os adquirentes e imóveis podem fazer jus ao benefício fiscal correspondente, além do exame urbanístico não ter se manifestado pela existência de infraestrutura compatível com o empreendimento previsto.

Face às informações contidas nos autos, a partir do e-mail da empresa invocando a possibilidade de alienação dos imóveis em condições diversas das estabelecidas pelas regras do Programa Minha Casa, Minha Vida, sugere-se seja oficiada à Caixa Federal, a fim de que adote as medidas que entender cabíveis.

É o parecer.

PUMARF, 22 de outubro de 2012.

Ana Luisa Soares de Carvalho  
Procuradora do Município

Vanêscia Buzelato Prestes  
Procuradora do Município

## CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA PARA COBRANÇA DA DÍVIDA ATIVA

Cristiane da Costa Nery<sup>151</sup>

PARECER N. 1.179/2012  
PROCESSO N. 001.022640.12.6  
INTERESSADO: Secretaria Municipal da Fazenda

**EMENTA:** Contratação de escritório de advocacia para cobrança da dívida ativa tributária e não-tributária do Município de Porto Alegre. Terceirização. Impossibilidade por violação aos ditames constitucionais. A atividade tributária deve ser exercida por carreira específica e de provimento efetivo, estando assegurada aos Procuradores Municipais a competência para a defesa dos interesses da Administração Pública Municipal.

Trata-se de consulta formulada pela UCN/CGF/SMF a respeito da possibilidade de contratação direta de empresa especializada na cobrança de créditos tributários e não-tributários.

A entidade GERAR - Geração de Empregos, Renda e Apoio apresentou proposta ao Sr. Prefeito, de serviço de assessoria de revisão e recuperação de créditos tributários e não-tributários do Município de Porto Alegre.

Houve análise pela Procuradoria de Pessoal Estatutário desta PGM (PPE), que realizou a análise jurídica dentro de sua esfera de atuação, concluindo

---

<sup>151</sup> Procuradora do Município de Porto Alegre. Especialista em Direito Municipal pela UFRGS/ESDM.

pela impossibilidade da contratação, entendendo ser atividade exclusiva dos servidores de carreiras específicas, como prevê a Constituição Federal, no caso os Procuradores Municipais, sendo incompatível com a terceirização. Além disso, refere à possibilidade de afronta ao princípio da moralidade constante no art. 37, *caput*, da CF, eis que informações privilegiadas e estratégicas passariam a terceiros.

Enviado o presente à Procuradoria de Licitações e Contratos (PLC) para análise de sua competência, esta se manifesta, primeiramente, quanto aos aspectos formais, referindo documentos divergentes entre a pessoa jurídica proponente e a razão social juntada. Em relação à contratação pretendida, conclui não ser caso de inexigibilidade de licitação, nos termos do art. 25, II, da Lei n. 8.666/93, sendo demanda ordinária desta PGM. Que possui estrutura para tal atuação, o que afastaria a possibilidade de terceirização dos serviços. Junta jurisprudência.

Vem o feito a esta Procuradoria-Geral Adjunta de Assuntos Fiscais - PGAAF, para análise.

Efetivamente a proposta apresentada pelo escritório de advocacia em questão, pretende que o Município de Porto Alegre terceirize a cobrança de sua dívida ativa, tributária ou não-tributária.

Dentre as atribuições específicas da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre, está a cobrança judicial da dívida ativa (art. 5º, IX, da LCM 701/2012), sendo expressa na Constituição Federal, em seu art. 37, XXII, a atividade tributária como essencial e exercida por servidores de carreiras específicas.

A Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre é órgão central e normativo na Administração Pública Municipal no que se refere à Advocacia-Geral do Município. E na sua estrutura orgânica possui uma

Procuradoria-Geral Adjunta específica para Assuntos Fiscais. Referida Procuradoria possui duas Procuradorias Especializadas (Dívida Ativa e Tributária), bem como uma Gerência de Precatórios e Contencioso Especial, com suas respectivas estruturas, para tratamento da dívida ativa em cobrança judicial e defesa tributária do Município de Porto Alegre.

As atividades do ano de 2012 realizadas por tais equipes, a título exemplificativo, estão listadas a seguir:

1) Gerência de Precatórios e Contencioso Especial - GPCE/PGA-AF/PGM: A Gerência de Precatórios e Contencioso Especial (GPCE) é órgão vinculado à Procuradoria-Geral Adjunta de Assuntos Fiscais (PGA-AF), relacionada às seguintes atividades:

a) Acompanhamento, junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, dos Precatórios devidos pelo Município de Porto Alegre: quando os precatórios passam a tramitar no TJRS, o acompanhamento passa a ser realizado pela GPCE, atuando na conferência dos cálculos de atualização, na observância aos ditames estabelecidos na Constituição Federal quanto às ordens de pagamento, preferências, cessões, compensações, etc. A GPCE ainda assessora a Secretaria Municipal da Fazenda no estabelecimento das políticas e critérios constitucionais de pagamento e parcelamento.

Quantidade de Precatórios em tramitação até 14/12/12	300
Movimentação anual de Precatórios	Entrada: 81 Saída: 66
Valor Depositado (dez/2011 a dez/2012)	R\$ 5.018.051,03 R\$ 6.573.515,62

b) Monitoramento e habilitação de créditos tributários - reservas dos valores - em concurso singular de credores, existentes em decorrência de arrematações de imóveis efetuadas e processos de terceiros - ações de cumprimento, execuções de títulos extrajudiciais, inventários arrolamentos, e outros - contra os sujeitos passivos de obrigações tributárias: Administrativamente, identifica-se casos onde serão realizados os parcelamentos, cujos imóveis possuem débitos, abrindo-se um processo administrativo para tramitação interna; uma vez perfectibilizada a arrematação, ingressa-se na execução do terceiro requerendo o pagamento preferencial do crédito fiscal, tendo em vista a sua preferência conferida pelo Código Tributário Nacional, e o impulsionamento das execuções fiscais vinculadas ao imóvel com débito.

Quantidade de Processos Administrativos em tramitação até 14/12/12	645
Movimentação Anual de Processos Administrativos (controle a partir de 08/02/2012)	Entrada: 40 Saída: 73
Arrecadação Anual até 14/12/2012	R\$ 532.952,82

c) Acompanhamento das execuções fiscais afetas ao Projeto Grandes Devedores, destacadas de acordo com os seguintes critérios: (a) Contemporaneidade das ações: trabalha-se com execuções fiscais ajuizadas há até dois anos da data da seleção; (b) valor da execução fiscal: presentemente, o valor mínimo para a seleção é de R\$ 200.000,00; (c) a capacidade econômica do contribuinte para adimplir o crédito: a qual é estimada através de pesquisas de bens

junto aos sistemas de consulta disponíveis ao ente público e resultados das penhoras "online", realizadas nas próprias execuções fiscais.

Quantidade de Processos em tramitação até 14/12/12	242
Movimentação Anual de Processos (controle a partir de 08/02/2012)	Entrada: 230 Saída: 332
Arrecadação Anual até 14/12/2012	R\$ 3.828.412,16*

\* Valor incluindo os créditos compensados em decorrência dos Ex. Fiscais 7713/09 e 7714/09

d) Análise e manifestação acerca dos mais diversos assuntos relacionados à Área Tributária e Fiscal e atuação em contenciosos especiais de competência da Procuradoria-Geral Adjunta de Assuntos Fiscais.

Neste ano, tramitaram na GPCE 142 processos administrativos com esta característica, havendo também 13 ações especiais em andamento.

2) Procuradoria da Dívida Ativa - PDA/PGAAF/PGM: Realiza a cobrança da dívida ativa do município, por via judicial (execuções fiscais) ou extrajudicial e emite pronunciamentos sobre assuntos pertinentes e vinculados à área fiscal, oriundos da SMF. É de sua competência representar o município, em juízo ou fora dele, nas ações ligadas à área fiscal em que o Município de Porto Alegre seja autor, fazendo o acompanhamento judicial desses processos. Também orienta a aplicação das leis e regulamentos vinculados à área fiscal do município, presta informações sobre direito e legislação fiscal, bem como elabora informações em matéria fiscal e exerce outras atividades pertinentes ou que lhe forem delegadas.

No âmbito administrativo, registra-se a intervenção técnica em 1.948 processos administrativos.

Foram realizados, em média, 1.500 atendimentos, por mês, a contribuintes, junto ao Posto de Arrecadação Fiscal, que funciona no Foro Central de Porto Alegre, relativamente a dívidas em cobrança judicial, do que resultaram, em média, 700 parcelamentos, por mês.

Com a adesão ao Projeto Conciliação do Poder Judiciário Estadual, foram realizadas 1.832 audiências de conciliação, que resultaram na composição de 404 processos de execução e 98 encaminhamentos de pedido de revisão administrativa (dados até 10/11/2012).

Foi renovado o convênio com o Poder Judiciário, para incremento na 8ª Vara da Fazenda Pública, designando-se dois assistentes administrativos para atuarem na condição de Oficiais de Justiça *Ad Hoc*, para cumprimento de mandados de citação e intimação.

Houve o ajuizamento de 6.103 novas execuções fiscais, mantendo-se o total aproximado de 70.000 processos judiciais ativos, tendo movimentado, ao longo do ano, cerca de 44.000 processos de execuções fiscais.

Até o mês de junho, a arrecadação judicial acumulada foi R\$ 13.052.398,86 (treze milhões e cinquenta e dois mil reais), representando um crescimento nominal de 6.17% em relação ao mesmo período do ano anterior (2011).

3) Procuradoria Tributária - PTR/PGAAF/PGM: Tem competência para atuar na defesa do município em matéria de natureza fiscal-tributária, judicial e extrajudicialmente.

No âmbito extrajudicial, dentre outras competências, agilizou, no prazo médio de 7 dias, a prestação de informações à Secretaria Municipal da

Fazenda referente às suspensões de exigibilidade dos créditos tributários, nas novas ações e nas ações judiciais em andamento.

Até 13/12/12 possui em tramitação 5.619 processos judiciais, sendo recebidas 531 novas ações, atendidas e ajuizadas este ano. As movimentações dos processos judiciais de competência da PTR são verificadas, tais como: nas ações ordinárias, nos mandados de segurança, nas execuções de sentença. O referido impulsionamento se dá por meio de notas de expediente, que são intimações de atos processuais por publicação judicial. Em levantamento realizado de janeiro a dezembro, verificou-se a totalidade de 11.897 atos, envolvendo intimações por mandado judicial, por notas de expediente e por carga de autos, o que resultou em uma movimentação diária de mais de 40 processos na PTR.

Como resultado da recuperação de créditos, com cálculo a partir de 01/2012, até 12/2012, a arrecadação sob a intervenção da PTR chegou ao valor de R\$ 2.336.353,10.

Ao todo são 27 Procuradores Municipais, 21 assistentes administrativos e mais de 50 estagiários atuando nas equipes referidas e junto ao Cartório da 8<sup>n</sup> Vara da Fazenda Pública, mediante convênio firmado com o Judiciário do RS para agilização das execuções fiscais.

Além disso, houve crescimento de mais de seis vezes nos últimos cinco anos, com arrecadação superior a R\$ 95 milhões de 2007 a 2011, com ajuizamento médio anual de 10.000 novas ações e crescimento médio da arrecadação com a cobrança judicial em 30% ao ano.

<b>ANO</b>	<b>2007</b>	<b>2008</b>	<b>2009</b>	<b>2010</b>	<b>2011</b>
<b>TOTAL EM MILHÕES DE R\$</b>	6,554	9,422	14,435	27,800	37,200

Portanto, claramente se verifica que a Área Fiscal da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre possui estrutura, preparo e recursos humanos e materiais para exercer a cobrança da dívida ativa municipal, no que for de sua competência, tributária e não tributária, não se vislumbrando motivação ou conveniência, atendendo aos princípios constitucionais e ao interesse público envolvido, para a terceirização proposta.

Há legislação municipal regrado a matéria, podendo-se citar a LC 07/73, como exemplificativo do regramento municipal.

É de se referir que há julgados no sentido da inconstitucionalidade da pretendida proposta, inclusive do Tribunal de Justiça do RS, onde é enfrentada a necessidade dos serviços serem providos por concurso público e, sendo necessário o credenciamento a imposição de que se dá por meio do instituto da licitação, como segue na notícia recente constante no site <http://www.tjrs.jus.br/site/imprensa/noticias/?idNoticia=188074>:

Inconstitucional. Lei que autoriza credenciamento de Advogados para cobrar dívida ativa do Município. Os Desembargadores do Órgão Especial do TJRS, diante do julgamento realizado nesta segunda-feira (30/07), consideraram inconstitucional a Lei Municipal n. 5.680/2009, de Sant'Ana do Livramento, que autorizava o Departamento de Água e Esgotos a credenciar Advogados para cobrança de dívida ativa. A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) foi

proposta pela Procuradoria-Geral de Justiça, que afirmou que a atuação de Advogados na defesa dos interesses da Administração Pública, pela via do credenciamento, não se configura como uma das possibilidades de investidura em cargo ou emprego público, bem como modalidade de contratação temporária, previstos nas Constituições Estadual e Federal.

Julgamento no Órgão Especial, o relator da matéria foi o Desembargador Glênio Wasserstein Hekman, que votou pela procedência da ADIN.

Em seu voto, o magistrado explica que os cargos públicos devem ser providos através de concurso. No entanto, existem as exceções constitucionalmente previstas, que são os cargos em comissão e os destinados a atender necessidades temporárias de interesse público.

No caso, a lei previa o credenciamento de até 10 advogados para o fim específico de propor medidas judiciais e extrajudiciais para cobrança de dívida ativa da autarquia municipal. Determinava ainda que a escolha dos Advogados credenciados deveria ser feita pelo critério do Diretor-Presidente da Autarquia.

Segundo o Desembargador relator, a lei não fazia menção ao prazo de vigência dos credenciamentos dos Advogados, podendo supor que se tratava de prazos indeterminados de contratação.

A forma de credenciamento era através da manifestação escrita, por parte do Advogado, apresentando a carteira com o registro da OAB e estar em dia com os tributos municipais.

Para o magistrado, a lei viola os artigos 163, da Constituição Estadual, e 37, da Constituição Federal, que determinam que esse tipo de serviço deve ser contratado através de licitação pública. Como se vê, não é hipótese de inexigibilidade de licitação. Por unanimidade, os Desembargadores do Órgão Especial declaram inconstitucional a Lei n. 5.680/2009, de Sant'Ana do Livramento. (ADIN 70044138162)

Importante registrar, ainda, que tramita junto ao Supremo Tribunal Federal a ADI 3786 que pretende seja

declarada inconstitucional a Resolução n. 33/2006 do Senado que prevê a possibilidade, em suma, de terceirização da cobrança da dívida ativa dos entes da federação. Várias entidades postularam o ingresso como *amicuscuriae*, inclusive a Associação Nacional dos Procuradores Municipais - ANPM, a qual já teve deferido seu ingresso. A Procuradoria-Geral da República já se manifestou no feito pela procedência do pedido para que seja declarada a inconstitucionalidade da aludida Resolução, estando o processo concluso ao Relator desde 30/11/2012, Ministro Teori Zavascki.

Portanto, reiterando o já constante nas análises das Procuradorias Estatutária e de Licitações e Contratos, dentro de suas esferas de especialidade, estão evidenciadas as razões pela impossibilidade de contratação:

- a) a atividade tributária é essencial e deve ser exercida por carreira específica e de provimento efetivo, nos termos do art. 37, inciso XXII, da Constituição Federal, sendo atividade típica de estado;
- b) nos termos da Lei Orgânica do Município de Porto Alegre, art. 87, a Advocacia-Geral do Município deve ser exercida pela Procuradoria-Geral do Município, como órgão central no controle da legalidade da Administração Pública;
- c) a Lei Complementar Municipal nº 701/12, em seu art. 5º, inciso IX, coloca como competência da Procuradoria-Geral do Município efetuar a cobrança judicial da dívida ativa do Município;
- d) não se constitui hipótese de inexigibilidade de licitação por não se enquadrar nas hipóteses

- previstas na Lei 8666/93, mais especificamente em seu art. 25. Inciso II;
- e) a cobrança judicial da dívida ativa tributária e não tributária é demanda ordinária da Procuradoria-Geral do Município. integrando, portanto, suas atribuições, sem necessidade de oneração maior aos cofres públicos;
  - f) a Procuradoria de Porto Alegre, por meio de sua Procuradoria-Geral Adjunta de Assuntos Fiscais, possui estrutura própria estabelecida e consolidada para a cobrança judicial da dívida ativa e defesa tributária;
  - g) há legislação municipal regrado as incidências tributárias e a cobrança da dívida ativa tributária e não tributária;
  - h) há decisões judiciais no sentido da inconstitucionalidade da contratação de escritórios de advocacia para a cobrança da dívida ativa, citando-se como emblemática a ADI 3786 que pretende seja declarada inconstitucional a Resolução 33/2006 do Senado Federal que permitiria a terceirização da cobrança da dívida ativa dos entes federados;
  - i) há violação aos princípios e ditames constitucionais com a terceirização em detrimento da estrutura própria para cobrança judicial, assim como a disponibilização de dados específicos poderia ferir o princípio da moralidade; e
  - j) não se evidencia motivação ou conveniência para justificar a contratação proposta, muito menos observância ao interesse público envolvido.

Assim, por todo o exposto, entende-se como violação à Constituição Federal a terceirização ou contratação de escritório de advocacia para cobrança da dívida ativa tributária e não tributária do Município de Porto Alegre, pois assegurada a função de defender os interesses da Administração Pública Municipal aos Procuradores Municipais.

É o entendimento que submeto à homologação do Sr. Procurador-Geral.

PGA-AF/PGM, 19 de dezembro de 2012.

Cristiane da Costa Nery,  
Procuradora-Geral Adjunta de Assuntos Fiscais,  
Matr. 334355

## **MUNICÍPIO EM JUÍZO**



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL****DIREITO TRIBUTÁRIO E ORÇAMENTO**

Cristiane da Costa Nery<sup>152</sup>  
Eduardo Gomes Tedesco<sup>153</sup>

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70054571740, proposta pelo Município de Porto Alegre, Órgão Especial, Tribunal de Justiça do RS, Relator Des. Glênio José Wasserstein Hekman, voto vencedor Des. Luis Augusto Coelho Braga, julgado em 21/07/14, área do direito: DIREITO TRIBUTÁRIO E ORÇAMENTO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE. LEI MUNICIPAL 11.428/2013. MATÉRIA TRIBUTÁRIA. Imposto Territorial Urbano (IPTU) e Taxa de Coleta de Lixo (TCL). Preliminar de impossibilidade jurídica do pedido. Rejeitada. Mérito. A lei municipal impugnada, de iniciativa da Câmara de Vereadores de Porto Alegre, apresenta ofensa ao princípio da razoabilidade. Não se pode reduzir a correção monetária dos créditos de IPTU e TCL, na forma posta, pois implica em evidente renúncia fiscal, ainda mais que não indicada a respectiva fonte de compensação. Declaração de inconstitucionalidade integral da Lei 11.428/13, com efeitos *ex tunc*, por ofensa à Constituição Estadual. Abalo significativo no orçamento municipal e embaraço a toda a atividade administrativa do Executivo Municipal. PRELIMINAR REJEITADA, UNÂNIME.

---

<sup>152</sup> Procuradora do Município de Porto Alegre. Especialista em Direito Municipal pela UFRGS/ESDM.

<sup>153</sup> Procurador do Município de Porto Alegre. Gerência de Precatórios e Contenciosos Administrativos – GPCA. Pós-Graduação Lato Sensu MBA em Direito da Economia e da Empresa pela Fundação Getúlio Vargas – FGV.

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE  
JULGADA PROCEDENTE, POR MAIORIA.

### **Comentários**

Trata-se de Acção Direta de Inconstitucionalidade proposta em 2013 contra a Lei 11.428/2013, de autoria do Vereador Idenir Cecchin, que previa a possibilidade de parcelamento de dívidas de IPTU e Taxa de Coleta de Lixo em até 80 vezes, concedendo remissão parcial, com redução de atualização monetária, juros e multa, dentre outras previsões relativas ao imposto e taxa referidos.

A lei foi vetada pelo Prefeito José Fortunati sob o argumento principal de que o benefício fiscal aprovado pelo Legislativo importaria em redução na arrecadação da dívida ativa e impacto negativo no estoque de crédito tributário, com redução estimada em 4,37% do orçamento anual.

A previsão legal impugnada era extensiva aos débitos já parcelados pelo Município ou em fase de execução fiscal, garantindo inclusive o parcelamento destas sem a necessidade de garantia, não obstante a legislação municipal em vigor já dispõe sobre parcelamento de dívidas de IPTU e TCL em até 72 vezes.

A Procuradoria-Geral do Município (PGM) sustentou que a matéria objeto da lei impugnada era de cunho eminentemente orçamentário, sendo, portanto, de iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo local, razão pela qual estava maculada pela inconstitucionalidade formal. A lei feria ainda o art. 113, caput e § 3º, da Lei Orgânica Municipal (benefício fiscal sem prazo determinado) e o art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal (renúncia de receita sem

estimativa de impacto financeiro e orçamentário) bem como os princípios da Isonomia, Proporcionalidade e Capacidade Contributiva.

O Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por ampla maioria de votos, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da lei na integralidade. Foram 18 votos pela inconstitucionalidade total e 07 votos pela inconstitucionalidade parcial, sendo que nestes votos foram considerados inconstitucionais os principais dispositivos da lei que impactavam o orçamento. O relator da ação, Desembargador Glênio José Wasserstein Hekman, restou vencido, tendo a maioria dos votos acompanhado a divergência trazida pelos dos Desembargadores Luís Augusto Coelho Braga e Irineu Mariani (acórdão reproduzido em anexo).

A decisão do Tribunal retirou do ordenamento lei que premiava os maus pagadores e retirava dos cofres do Município receitas que já integravam o orçamento municipal. Importante dizer que Porto Alegre possui índice de adimplemento espontâneo de tributos de quase 90% dos contribuintes, o que demonstra o descabimento da lei proposta pelo legislativo.

A tese sustentada pelo Desembargador Mariani foi vencedora por demonstrar que a concessão de benefícios fiscais indiscriminados sem previsão de impacto nas contas públicas e medidas compensatórias viola o princípio da proporcionalidade e da isonomia, configurando a inconstitucionalidade material. Com o argumento de trazer justiça fiscal, a lei estimulava o inadimplemento e destinava parte dos recursos públicos para pessoas privadas sem critérios justos, em detrimento dos cidadãos que cumprem com suas obrigações tributárias.

Ao autorizar parcelamentos desamparados de

qualquer garantia e sem compromisso com o equilíbrio orçamentário, a Lei 11.428/2013 feriu a Constituição Estadual, apresentando vício de iniciativa com violação ao princípio da harmonia e independência dos poderes, tendo o Tribunal de Justiça reconhecido que leis desta natureza não versam sobre matéria tributária, mas sim orçamentária.

A ação ficou a cargo da Procuradoria-Geral Adjunta de Assuntos Fiscais. Atuaram na ação o Procurador-Geral do Município, João Batista Linck Figueira, o Procurador Gamaliel Valdovino Borges, o Procurador Eduardo Gomes Tedesco e a Procuradora Cristiane da Costa Nery.

Cristiane da Costa Nery,  
Procuradora do Município.

Eduardo Gomes Tedesco,  
Procurador do Município.

**Acórdão 7005457174 - Voto Relator (Desembargador  
Glênio José Wasserstein Hekman)**

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de liminar, proposta pelo Prefeito Municipal de Porto Alegre, objetivando a retirada do ordenamento jurídico local da Lei n. 11.428/2013 do Município de Porto Alegre, que estabelece a possibilidade de parcelamento de débitos de pessoas físicas ou jurídicas relativos ao Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU e à Taxa de Coleta de Lixo - TCL, vencido até a data da publicação da lei.

Em síntese, o Prefeito Municipal de Porto Alegre alega que a Lei Municipal n. 11.428/13, impõe ao Poder Executivo o dever de conceder, de forma indiscriminada,

perdões fiscais que podem superar 50% do montante total devido, autorizando parcelamentos desamparados de qualquer garantia e sem compromisso com o equilíbrio orçamentário. Defende que a lei inquinada possui vício constitucional formal na iniciativa da Câmara Municipal, pois alega que se trata de remissão e anistia, tratando-se de matéria orçamentária, de competência exclusiva do Poder Executivo. Afirma que o ato normativo guerreado afronta diretamente os artigos 5º, parágrafo único, 10, 82, VII, XI, 149, I, II, III, § 3º e 5º, V e 152, § 3º, todos da Constituição Estadual, enfatizando a alteração direta no orçamento municipal sem qualquer análise de impacto nas finanças públicas para o exercício/2013 e exercícios vindouros. Cita jurisprudência de julgados reconhecendo a inconstitucionalidade de lei de iniciativa do Poder Legislativo quanto à afronta à independência e harmonia entre os Poderes.

Pois bem.

Da preliminar de impossibilidade jurídica do pedido.

No tocante à preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, matéria ventilada pela Câmara Municipal de Vereadores de Porto Alegre (fls. 174/176), não assiste razão.

A presente ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Município de Porto Alegre alega afronta direta a dispositivos da Constituição Estadual.

É cediço que a ação direta de inconstitucionalidade é a via adequada para buscar, junto ao Poder Judiciário, a implementação do controle concentrado de constitucionalidade, objetivando extirpar, do ordenamento jurídico vigente, lei ou ato normativo em desconformidade com a Constituição.

Desta forma, não há falar em impossibilidade

jurídica do pedido.

Rejeito a preliminar.

Do mérito da ação direta de inconstitucionalidade.

Por ocasião do recebimento da ação, este relator deferiu o pedido liminar para suspender os efeitos da Lei Municipal inquinada, consoante os fundamentos da decisão das fls. 141-142.

A Lei n. 11.428/2013, de iniciativa do Poder Legislativo, prevê a possibilidade de parcelamento de débitos de pessoas físicas ou jurídicas do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU) e Taxa de Coleta de Lixo (TCL), com redução de juros e correção, no Município de Porto Alegre.

Pois bem.

Não há dúvida que se tratando de leis que disponham sobre matéria tributária, segundo a atual jurisprudência do egrégio Supremo Tribunal Federal, não se insere dentre as de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo.

No entanto, no caso analisado, a questão impõe uma particularidade, pois diz respeito à possibilidade de o Poder Legislativo tratar de matéria tributária, impondo renúncia fiscal.

A inconstitucionalidade material, na hipótese, se apresenta patente, face à configuração de ofensa ao princípio da razoabilidade. Ora, não se mostra razoável reduzir a correção monetária dos créditos de IPTU e TCL na forma em que pretendida, pois, ao fim e ao cabo, implicaria em evidente renúncia fiscal, notadamente quando não indicada a respectiva fonte de compensação.

Com efeito, a meu sentir, há afronta ao art. 19, “caput”, da Constituição Estadual, no que impõe observância ao princípio da razoabilidade, pois não se

mostra passível de qualquer justificação mediante argumentação prática racional e socialmente aceitável a redução da correção monetária nos termos em que pretendida, já que indiscutível a configuração de renúncia de receita, situação que repercute inexoravelmente em abalo significativo no orçamento municipal e embaraço a toda a atividade administrativa do Executivo Municipal.

Pelo exposto, voto por rejeitar a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido e julgo parcialmente procedente a ação direta de inconstitucionalidade, para o fim de declarar a inconstitucionalidade do art. 2º, §6º, I, e, por arrastamento, a inconstitucionalidade do §7º, e a inconstitucionalidade do inciso I do art. 5º, todos da Lei n. 11.428/2013, do Município de Porto Alegre.

É como voto.

Ainda participaram da sessão os Ilustres Desembargadores: DES. JOSÉ AQUINO FLÔRES DE CAMARGO - Presidente - Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70054571740, Comarca de Porto Alegre: "APÓS O VOTO DO DESEMBARGADOR MANUEL JOSÉ MARTINEZ LUCAS REJEITANDO A PRELIMINAR E JULGANDO PROCEDENTE A AÇÃO, FOI PROFERIDA A SEGUINTE DECISÃO: 'À UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR E, POR MAIORIA, JULGARAM PROCEDENTE A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, VENCIDOS EM PARTE OS DESEMBARGADORES GLÊNIO JOSÉ WASSERSTEIN HEKMAN (RELATOR), ISABEL DIAS ALMEIDA, DIÓGENES VICENTE HASSAN RIBEIRO, GASPAR MARQUES BATISTA, FRANCISCO JOSÉ MOESCH, ANA MARIA NEDEL SCALZILLI E LUIZ FELIPE SILVEIRA DIFINI."

## RECEITA FEDERAL DO BRASIL

### CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Eduardo Gomes Tedesco<sup>154</sup>

Recursos Voluntários n. 11080.7729258/2012-15 e 11080.729251/2012-95 interpostos pelo Departamento Municipal de Limpeza Urbana – DMLU. Relator Cons. Ronaldo de Lima Macedo, da 4ª Câmara da 2ª Turma do CARF, julgado em 18/03/2014. Área do direito: TRIBUTÁRIO.

**EMENTA:** Cessão de mão de obra. Retenção. Caracterização. Necessidade. Ônus do fisco. Ausência demonstração da base de cálculo das contribuições. [...]  
Contratação de serviços de cooperativa de trabalho. Caracterização. Necessidade. Ônus do fisco. Ausência demonstração da base de cálculo das contribuições. [...]  
Lançamento. Ocorrência da falta de clareza. Ausência de demonstração dos requisitos da autuação. Nulidade. [...]  
Ausência de determinação dos motivos fáticos e jurídicos do lançamento fiscal. Vício material. Ocorrência. [...]  
Recurso voluntário provido.

### Comentários

Tratam-se de ações fiscais levadas à efeito pela Receita Federal do Brasil contra o Departamento

---

<sup>154</sup> Procurador do Município de Porto Alegre. Gerência de Precatórios e Contenciosos Administrativos – GPCA. Pós-Graduação Lato Sensu MBA em Direito da Economia e da Empresa pela Fundação Getúlio Vargas – FGV.

Municipal de Limpeza Urbana – DMLU, referente à alegadas retenções não efetuadas no período de 01/2008 à 12/2009.

As autuações estavam amparadas no não recolhimento de contribuições previdenciárias incidentes sobre o valor bruto de notas fiscais de prestação de serviços de cooperativa de trabalho (art. 22, IV da Lei n. 8.212/91); na não retenção de contribuições previdenciárias incidentes sobre o valor bruto de notas fiscais de serviços prestados por cessão de mão-de-obra ou empreitada (art. 31, *caput*, da Lei n. 8.212/91) e na aplicação de multa por descumprimento de obrigações acessórias (art. 32, IV da Lei n. 8.212/91).

O Departamento Municipal de Limpeza Urbana, por meio da Procuradoria Especializada, Procurador João Elpídio Neto, apresentou impugnações administrativas que restaram desacolhidas pela Receita Federal, tendo o processo sido encaminhado à Gerencia Especial de Contencioso Especial da Procuradoria-Geral Adjunta de Assuntos Fiscais – PGA-AF para interposição dos recursos voluntários ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Ministério da Fazenda.

A Procuradoria-Geral do Município (PGM) sustentou a violação ao art. 148 do Código Tributário Nacional e ao art. 33, § 6º da Lei n. 8.212/91, face ao ilegal arbitramento perpetrado desamparado nos elementos existentes nos contratos firmados e nas planilhas financeiras. Requereu a anulação dos lançamentos, feitos sobre a “nota fiscal cheia”, desconsiderando as deduções legalmente implementadas pelo DMLU de materiais e equipamentos na base de cálculo.

Sustentou ainda a inexigibilidade de retenção em contratos de empreitada total, no caso, de disposição

final em aterro sanitário situado no Município de Minas do Leão, bem como a insubsistência das autuações no tocante aos contratos de transporte de carga bruta de material inservível, sem qualquer caráter de cessão de mão-de-obra (coleta de resíduos). Por fim, esclareceu que o convênio firmado entre a autarquia e entidade de “catadores” sem fins lucrativos não caracterizava cessão de mão-de-obra.

Os recursos voluntários, inicialmente, foram convertidos em diligência pela 4ª Câmara da 2ª Turma do CARF, retornando à primeira instância fiscal. De plano, a fiscalização reconheceu equívoco na autuação inicial acolhendo a exclusão dos contratos de disposição em aterro fora do território municipal. No tocante ao restante, o lançamento foi mantido, retornando os autos ao Tribunal Administrativo.

Em decisão unânime, após sustentação oral realizada, o CARF apontou o ônus-dever do Fisco em demonstrar a efetiva ocorrência do fato gerador das contribuições lançadas e de sua base de cálculo. Entendeu que, no caso em tela, a fiscalização não se desincumbiu deste ônus. No entender do Tribunal não houve *demonstração clara, contundente e plausível do motivo que levou o fisco a apurar a base de cálculo por meio da técnica de aferição indireta prevista nos arts. 149 a 151 do CTN*, pois desconsiderou as previsões contratuais e planilhas orçamentárias. Meras irregularidades formais no preenchimento das notas fiscais não autorizaria o arbitramento, isso porque os elementos existentes não se mostravam imprestáveis para a apuração e conferência da base de cálculo adotada nas retenções.

Conforme o voto do relator, “o critério material de incidência da contribuição previdenciária não pode, de forma automática e sem fundamentação fática, incluir na

*sua base de cálculo os valores concernentes aos materiais e equipamentos utilizados na prestação dos serviços realizados por meio de cessão de mão de obra e de cooperados*". Assim, entendeu não materializados os requisitos para aferição indireta, aplicando o art. 142 do CTN para declarar a nulidade das autuações. Por fim, entendeu que a falta de retenção/recolhimento não caracteriza obrigação acessória por ausência de previsão legal, julgando, de igual sorte, nulo os lançamentos a este título.

Neste contexto, o CARF conheceu e deu provimento aos recursos para reconhecer a nulidade de todos os lançamentos por vício material, desconstituindo as autuações que representavam valores superiores à vinte milhões de reais. O julgamento ainda não transitou em julgado diante da interposição de recurso especial pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

O recurso ficou a cargo dos Procuradores Gamaliel Valdovino Borges e Eduardo Gomes Tedesco da Gerência de Precatórios e Contencioso Especial da PGA-AF.

Eduardo Gomes Tedesco,  
Procurador do Município.

**Recursos Voluntários N. 11080.7729258/2012-15 e  
11080.729251/2012-95 – Voto Relator Cons. Ronaldo  
de Lima Macedo**

**Da Obrigação Principal:**

O Fisco afirma que a Recorrente firmou contrato com várias empresas para a prestação de serviços de coleta, terraplenagem, transporte de resíduos sólidos, dentre outros. E, isso configuraria a hipótese de incidência sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de serviços prestados por cooperados, por intermédio de cooperativas de trabalho, bem como a retenção de 11% sobre o valor bruto de notas fiscais/faturas de prestação de serviços realizados mediante cessão de mão de obra. Afirma também que as notas fiscais analisadas não continham a discriminação dos valores de materiais e equipamentos, mesmo previstos em contrato, razão pela qual, considerou como base de cálculo os percentuais previstos na instrução normativa vigente à época do fato gerador.

Para materializar o fato gerador e a base de cálculo, o Fisco registrou no Relatório Fiscal os seguintes termos:

[...] 6.1 **Cooperativa de Trabalho** E fato gerador de contribuição previdenciária os serviços prestados por cooperados por intermédio de cooperativas de trabalho, cuja contribuição é de 15 % (quinze por cento), conforme disposto no inciso IV do art. 22 da Lei 8212/91. 6.1.1. A Autarquia contratou serviços da COOPERATIVA DE TRABALHO PRODUÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DOS TRABALHADORES AUTÔNOMOS DAS VILAS DE PORTO ALEGRE LTDA, CNPJ: 90.330.325/000125.

Parte dos pagamentos efetuados à cooperativa não foram declarados em Guia de Recolhimento do Fundo

de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência GFIP e não houve recolhimento da contribuição previdenciária devida. Os valores não declarados estão demonstrados na planilha "Relação das Notas Fiscais da Cooperativa de Trabalho", em anexo.

**6.2 Retenção sobre Nota Fiscal** O fato gerador da obrigação previdenciária tem por origem os serviços prestados mediante cessão de mão de obra ou empreitada.

[...]

6.2.7.1. As notas fiscais com serviço dos prestadores CONSTRURBAN ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA,; CONFIANÇA TRANSPORTES E TURISMO LTDA, DELTA CONSTRUÇÕES S/A, J P AGUIAR TRANSPORTES LTDA, JULIO SIMÕES LOGÍSTICA S/A, MRC TRANSPORTES LTDA, MUGICA TRANSPORTES LTDA, QUALIX SERVIÇOS AMBIENTAIS LTDA, TRANSPORTES R N FREITAS LTDA ME, RTM TRANSPORTES LTDA, TRANSSABARÁ TRANSPORTES LTDA, TRANSPORTES SIÇA E DHARA LTDA, SIRCEK TRANSPORTES LTDA, SIL SOLUÇÕES AMBIENTAIS LTDA, TRANSPORTADORA BELÉM LTDA, TRANSCELAUS TRANSPORTES LTDA, TRANSFROES TRANSPORTES LTDA, TRANSPORTES GUASSELLI LTPA, TRANSPICASSO TRANSPORTES LTDA, TERRAPLENAGEM . ERONI MACHADO LTDA, TRANSPORTES SATURNOS LTDA, TRANSBILHAN TRANSPORTES LTDA e TRA.NSVM TRANSPORTES LTDA, **não discriminam os valores relativos a equipamentos e materiais e, portanto a retenção dos 11% incide sobre o valor bruto da nota fiscal de serviço.** No caso, a retenção quando efetuada foi menor do que a devida, conforme demonstrado nas planilhas "Prestadores de Serviços Retenção Não Efetuada" e "Locação de Veículos Retenção Não Efetuada", em anexo. (g.n.) [...]

As notas fiscais de serviço dos prestadores Transportes Redivo Ltda. e Transportes Provim Ltda. discriminam os valores relativos a equipamentos e materiais. Assim sendo, a retenção dos 11% incide sobre o percentual mínimo de 50% do valor bruto da

nota fiscal de prestação de serviço, tendo em vista que os serviços prestados é a locação de veículos, tipo caminhão caçamba.

Portanto, a retenção efetuada incidiu sobre percentual inferior ao estabelecido pela legislação; conforme demonstrado na planilha "Locação de Veículos Retenção Não Efetuada", em anexo.

6.2.7.2.1. As notas fiscais nº 167 e 170, do prestador Transportes Provim Ltda., não discriminam os valores relativos a equipamentos e materiais, portanto, a retenção dos 11% incide sobre 100% do valor bruto da nota fiscal. [...]

6.2.7.3.3. As notas fiscais da prestadora Transportes Kuhn. Ltda. não discriminam os valores relativos a equipamentos e materiais e, portanto, a retenção dos 11% incide sobre o valor bruto da nota fiscal de serviço, conforme demonstrado na planilha "Prestadores de Serviços – Retenção Não Efetuada", em anexo. [...]

6.2.7.4. Em relação à Associação de Triadores de Resíduos Sólidos Domiciliares da Lomba do Pinheiro, não houve destaque da retenção dos 11%, conforme pode se constatar nos "Relatórios Custo Convênio Associação X DMLU", em anexo, fornecidos pelo sujeito passivo. [...]

6.2.7.4.3. Os "Relatórios Custo Convênio Associação X DMLU" (não há emissão de nota fiscal de serviço), não discriminam os valores relativos a equipamentos e materiais e, portanto a retenção dos 11% incide sobre o "valor do repasse", conforme demonstrado na planilha "Prestadores de Serviços Retenção Não Efetuada", em anexo. O valor fixo de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) repassado à conveniada para os custeios de manutenção, não foi utilizado como base para a retenção. [...] (Relatório Fiscal)

A partir desses fatos mencionados no Relatório Fiscal e da leitura dos parágrafos 7º e 8º do artigo 219 do Regulamento da Previdência Social (RPS), aprovado pelo Decreto n. 3.048/1999 – bem como da leitura dos artigos 149, 150 e 151 da Instrução Normativa (IN) SRP n. 03, de 14 de julho de 2005 –, o Fisco entende que a

base de cálculo deverá ser calculada sobre o valor bruto da nota fiscal/fatura, incluído os valores de matérias e equipamentos, mesmos previstos em contratos e planilhas orçamentárias.

**Decreto 3.048/1999 – Regulamento da Previdência**

**Social:** Art. 219. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão ou empreitada de mão de obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços e recolher a importância retida em nome da empresa contratada, observado o disposto no § 5º do art. 216. § 1º Exclusivamente para os fins deste Regulamento, entende-se como cessão de mão de obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade fim da empresa, independentemente da natureza e da forma de contratação, inclusive por meio de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, entre outros. [...]

§ 7º Na contratação de serviços em que a contratada se obriga a fornecer material ou dispor de equipamentos, fica facultada ao contratado a discriminação, na nota fiscal, fatura ou recibo, do valor correspondente ao material ou equipamentos, que será excluído da retenção, desde que contratualmente previsto e devidamente comprovado.

§ 8º Cabe ao Instituto Nacional do Seguro Social normatizar a forma de apuração e o limite mínimo do valor do serviço contido no total da nota fiscal, fatura ou recibo, quando, na hipótese do parágrafo anterior, não houver previsão contratual dos valores correspondentes a material ou a equipamentos [...]

Instrução Normativa (IN) SRP n. 03/2005:

Art. 149. Os valores de materiais ou de equipamentos, próprios ou de terceiros, exceto os equipamentos manuais, fornecidos pela contratada, discriminados no contrato e na nota fiscal, na fatura ou no recibo de prestação de serviços, não integram a base de cálculo da retenção, desde que comprovados. (grifo nosso)

§ 1º O valor do material fornecido ao contratante ou o de locação de equipamento de terceiros, utilizado na execução do serviço, não poderá ser superior ao valor de aquisição ou de locação para fins de apuração da base de cálculo da retenção.

§ 2º Para os fins do § 1º, a contratada manterá em seu poder, para apresentar à fiscalização da SRP, os documentos fiscais de aquisição do material ou o contrato de locação de equipamentos, conforme o caso, relativos ao material ou equipamentos cujos valores foram discriminados na nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços.

§ 3º Considera-se discriminação no contrato os valores nele consignados, relativos ao material ou equipamentos, ou os previstos em planilha à parte, desde que esta seja parte integrante do contrato mediante cláusula nele expressa.

Art. 150. Os valores de materiais ou de equipamentos, próprios ou de terceiros, exceto os equipamentos manuais, **cujo fornecimento esteja previsto em contrato**, sem a respectiva discriminação de valores, desde que discriminados na nota fiscal, na fatura ou no recibo de prestação de serviços, **não integram a base de cálculo da retenção**, devendo o valor desta corresponder no mínimo a: (Nova redação dada pela IN MPS SRP nº 20, de 11/01/2007) (grifo nosso)

I cinquenta por cento do valor bruto da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços;

II trinta por cento do valor bruto da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços para os serviços de transporte passageiros, cujas despesas de combustível e de manutenção dos veículos corram por conta da contratada;

III sessenta e cinco por cento quando se referir à limpeza hospitalar e oitenta por cento quando se referir aos demais tipos de limpezas, do valor bruto da nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços.

§ 1º **Se a utilização de equipamento for inerente à execução dos serviços contratados**, desde que haja a discriminação de valores na nota fiscal, na fatura ou no recibo de prestação de serviços: (Nova redação dada pela IN MPS SRP nº 20, de 11/01/2007) (grifo nosso)

I e o seu fornecimento e os respectivos valores constarem em contrato, aplica-se o disposto no art. 149; (Nova redação dada pela IN MPS SRP n° 20, de 11/01/2007)

II não havendo discriminação de valores em contrato, independentemente da previsão contratual do fornecimento de equipamento, a base de cálculo da retenção corresponderá, no mínimo, para a prestação de serviços em geral, a cinquenta por cento do valor bruto da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços e, no caso da prestação de serviços na área da construção civil, aos percentuais abaixo relacionados: (Nova redação dada pela IN MPS SRP n. 20, de 11/01/2007)

a) dez por cento para pavimentação asfáltica; (Incluído pela IN MPS SRP n. 20, de 11/01/2007)

b) quinze por cento para terraplenagem, aterro sanitário e dragagem; (Incluído pela IN MPS SRP n. 20, de 11/01/2007)

c) quarenta e cinco por cento para obras de arte (pontes ou viadutos); (Incluído pela IN MPS SRP n. 20, de 11/01/2007)

d) cinquenta por cento para drenagem; e (Incluído pela IN MPS SRP n. 20, de 11/01/2007)

e) trinta e cinco por cento para os demais serviços realizados com a utilização de equipamentos, exceto os manuais. (Renumerado pela IN MPS SRP n. 20, de 11/01/2007)

§ 2º Quando na mesma nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços constar a execução de mais de um dos serviços referidos nos incisos I a V do § 1º deste artigo, cujos valores não constem individualmente discriminados na nota fiscal, na fatura, ou no recibo, deverá ser aplicado o percentual correspondente a cada tipo de serviço, conforme disposto em contrato, ou o percentual maior, se o contrato não permitir identificar o valor de cada serviço.

§ 3º Aplica-se aos procedimentos estabelecidos neste artigo o disposto nos § 1º e 2º do art. 149.

Art. 151. Não existindo previsão contratual de fornecimento de material ou utilização de equipamento e o uso deste equipamento não for inerente ao serviço,

mesmo havendo discriminação de valores na nota fiscal, na fatura ou no recibo de prestação de serviços, a base de cálculo da retenção será o valor bruto da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços, exceto no caso do serviço de transporte de passageiros, para o qual a base de cálculo da retenção corresponderá, no mínimo, à prevista no inciso II do art. 150. (Nova redação dada pela IN MPS SRP n. 20, de 11/01/2007)

Parágrafo único. Na falta de discriminação de valores na nota fiscal, na fatura ou no recibo de prestação de serviços, a base de cálculo da retenção será o seu valor bruto, ainda que exista previsão contratual para o fornecimento de material ou utilização de equipamento, com ou sem discriminação de valores em contrato.

Ocorre, contudo, que compete ao Fisco demonstrar a motivação fática e jurídica da utilização da base de cálculo por meio da técnica de aferição indireta (arbitramento), já que existiam contratos que demonstravam a utilização de materiais e equipamentos na cessão de mão de obra e na contratação de cooperativa de trabalho perpetrada pelo sujeito passivo, pois este tem que se defender dos fatos que lhe são imputados e não da tipificação jurídica que lhe é dada, no presente caso a regra estampada nos parágrafos 7º e 8º do artigo 219 do Regulamento da Previdência Social (RPS) e nos artigos 149 a 151 da Instrução Normativa (IN) SRP n. 03, de 14 de julho de 2005.

Constata-se, por meio dos elementos probatórios juntados aos autos, que a base de cálculo, apurada por meio de aferição indireta, incidiu sobre o valor bruto das notas fiscais de serviços prestados por cooperados por intermédio de cooperativa de trabalho e sobre o valor bruto nota fiscal, fatura ou recibo de prestação mediante cessão de mão de obra – ainda que os dispositivos que disciplinam a retenção e o serviço prestado por

cooperados permitem excluir da base de cálculo os valores de materiais ou de equipamentos, próprios ou de terceiros, à exceção dos equipamentos manuais –, ressalvada as notas fiscais de serviço das empresas Transporte Redivo Ltda., contrato firmado para recolhimento de resíduos sólidos, e Transportes Provim Ltda., contrato de prestação de serviço de transporte de passageiros e cargas, em que foi aplicado o percentual de cinquenta por cento do valor bruto da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços.

Nesse caminhar, constata-se ainda que não há nos autos uma demonstração clara, contundente e plausível do motivo que levou ao Fisco apurar a base de cálculo por meio da técnica de aferição indireta prevista nos artigos 149 a 151 da Instrução Normativa (IN) SRP n. 03/2005, pois o fato de não haver uma discriminação nas notas fiscais dos materiais e equipamentos, isso, por si só, não permite ao Fisco desconsiderar os contratos e planilhas orçamentárias que previam a utilização de materiais e equipamentos na execução dos serviços contratos pela Recorrente. Esse entendimento decorre do fato de que a aferição indireta (arbitramento) da base imponible do tributo é instrumento de tributação indiciária, ou seja, que torna possível ao Fisco a determinação e quantificação do fato tributário com base em indícios de sua ocorrência e dimensão, através da avaliação qualitativa e quantitativa de elementos extracontábeis.

Não tem a aferição indireta (arbitramento) natureza de sanção ou penalidade, apesar de ensejar, muitas vezes, situação tributária mais gravosa para o contribuinte. Em realidade, esse maior gravame eventual é mero aspecto accidental de sua conformação, que, por visar salvaguardar o crédito tributário, impõem critérios de quantificação bastante estritos do fato

tributário com base em opção de seu máximo dimensionamento.

Em relação às irregularidades evidenciadas nas notas fiscais, que não discriminam os valores relativos a equipamentos e materiais, a aferição indireta (arbitramento), com a desconsideração dos contratos, acompanhados de planilhas orçamentárias, só se legitima quando esses contratos se mostram absolutamente imprestáveis para a finalidade a que direcionada sob o ponto de vista fiscal (comprovação confiável dos eventos tributáveis ocorridos). Essa limitação de sua utilização decorre exatamente de sua natureza não sancionatória, pois a aplicação de penalidade em relação ao descumprimento da obrigação tributária acessória de manutenção regular da escrita contábil (notas fiscais) deve ser efetivada através de multa adequada à natureza da infração e não pela desconsideração daquela. O seu uso limita-se, enquanto medida extrema, à hipótese de imprestabilidade da escrita contábil e, conseqüentemente, impossibilidade de sua aceitação como base de avaliação do fato tributário, o que ocorre nos casos em que a contabilidade é mera ficção documental, a qual não apresenta resultados reais ou impossibilita o seu restabelecimento a partir dos eventos registrados, sendo constituída de documentação inidônea e de lançamentos dissimuladores das corretas mutações financeiras do contribuinte. Com isso, as irregularidades formais ou materiais perfeitamente identificáveis e passíveis de serem sanadas, corrigidas ou retificadas com a adição ou exclusão de elementos quantitativos ao dimensionamento do fato tributário e sem a necessidade de que a escrita contábil seja refeita, afastam a possibilidade de desconsideração dos contratos e aferição indireta (arbitramento) da base impositiva. Se o

Fisco pode, sem fazer uso da desconsideração da escrituração contábil e, conseqüentemente, aferição indireta (arbitramento), dimensionar o seu crédito tributário com base nos elementos contábeis existentes, cuja confiabilidade não restou infirmada por meio de uma motivação fática nos autos, e na correção das conseqüências quantitativas das irregularidades praticadas pelo contribuinte, deve ele, por evidente, seguir essa última forma de atuação, que não traz qualquer prejuízo à sua função arrecadatória e que, além disso, melhor se coaduna com a submissão de sua atividade ao princípio da legalidade (ensinamentos extraídos da sentença do Juiz Emiliano Zapata de Miranda Leitão nos autos dos Embargos à Execução Fiscal n. 2001.72.01.0017238, em tramitação na 1ª Vara Federal de Joinville, em dezembro/2002).

Com a mesma linha de pensamento, segue a explanação da doutrinadora Maria Rita Ferragut, nos seguintes termos:

33. O arbitramento da base de cálculo deve respeitar os princípios da finalidade da lei, razoabilidade, proporcionalidade e capacidade contributiva, razão pela qual não há discricionariedade total na escolha das bases de cálculo alternativas, estando o agente público sempre vinculado, pelo menos, aos princípios constitucionais informadores da função administrativa.

34. Não basta que algum dos fatos previstos no artigo 148 do CTN tenha ocorrido a fim de que surja para o Fisco a competência de arbitrar: **faz-se imperioso que além disso o resultado da omissão ou do vício da documentação implique completa impossibilidade de descoberta direta da grandeza manifestada pelo fato jurídico.**

34.1. O critério para determinar se um ou mais vícios ou erros são ou não suscetíveis de ensejar a desconsideração da documentação reside no seguinte: se implicarem a impossibilidade por parte do Fisco de, mediante exercício do dever de investigação, retificar a

documentação de forma a garantir o valor probatório do documento, o mesmo deve ser considerado imprestável e a base de cálculo arbitrada. Caso contrário, não.

35. Diante de um lançamento por arbitramento, o sujeito passivo poderá verificar, para fins de defesa, se o ato jurídico encontra-se devidamente motivado e os aspectos formais do ato foram cumpridos; se estão indicados na norma individual e concreta de constituição do crédito todos os dados e documentos utilizados para aferição dos valores arbitrados, pois em caso negativo, o lançamento estará cerceando o exercício da ampla defesa e do contraditório; se o critério adotado pelo Fisco para o arbitramento é muito oneroso e desprovido de razoabilidade, considerando o capital social, o faturamento, o lucro e a própria capacidade operacional da empresa; se a infração cometida consistiu apenas em atraso na escrita ou na entrega de declarações, o que não é considerado antecedente da norma jurídica que tem como conseqüente o dever do Fisco de efetuar o lançamento por arbitramento, mas tão somente daquela que prevê a aplicação de multa decorrente de descumprimento de deveres instrumentais; se a documentação irregular poderia ter sido desconsiderada, uma vez que os vícios dela constantes são insignificantes se comparados ao número de lançamentos contábeis efetuados ou documentos fiscais emitidos; se mesmo diante de omissão de receitas o contribuinte teve prejuízo, não alterado em virtude dessas receitas, hipótese em que não se faz possível exigir o pagamento de tributos incidentes sobre a renda e o lucro; se a fiscalização utilizou-se de exercícios em que a atividade do contribuinte foi atípica, comprometendo a validade da média; e muitos outros. (FERRAGUT, Maria Rita. Presunções no Direito Tributário. Dialética, 2001, p. 161)

O lançamento é o ato por meio do qual se identifica a ocorrência do fato gerador, determina-se a matéria tributável, calcula-se o montante devido, identifica-se o sujeito passivo e, em sendo o caso,

aplica-se a penalidade cabível, nos termos da redação do art. 142 do CTN. Certo é que do documento que formaliza o lançamento deve constar referência clara a todos estes elementos, fazendo-se necessário, ainda, a indicação inequívoca e precisa da norma tributária impositiva incidente. No caso dos autos, o lançamento não demonstrou, de forma específica e circunstanciada, o motivo da utilização da base de cálculo sobre o valor bruto da nota fiscal, englobando os valores de materiais e de equipamentos e desconsiderando a previsão contratual que sinalizava a sua utilização na execução dos serviços.

Assevera-se que o critério material de incidência da contribuição previdenciária não pode, de forma automática e sem fundamentação fática, incluir na sua base de cálculo os valores concernentes aos materiais e equipamentos utilizados na prestação dos serviços realizados por meio de cessão de mão de obra e de cooperados por intermédio de cooperativa de trabalho, já que **a base econômica da contribuição previdenciária, no presente caso, é única, devendo incidir sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços**, e devendo ser analisada à luz do art. 31 e do art. 22, IV, ambos da Lei n. 8.212/1991. Não há previsão legal expressa que ampare a incidência de contribuição previdenciária sobre os valores de materiais e equipamentos.

Extraí-se do Relatório Fiscal e demais documentos acostados aos autos que, para a realização do lançamento por meio da técnica de aferição indireta, o Fisco pautou-se exclusivamente no fato de que não houve a discriminação dos valores relativos a equipamentos e materiais nas notas fiscais emitidas pelas prestadoras de serviços, e, com isso, ele deixou configurar os elementos ou pressupostos da

desconsideração dos contratos e planilhas orçamentárias, que previam a utilização de matérias e equipamentos na execução dos serviços.

Entende-se que o simples fato de não haver discriminação dos valores relativos a matérias e equipamentos na nota fiscal ou fatura, acompanhada de seus respectivos contratos de execução, isso, por si só, não tem o condão de permitir a utilização da apuração da base de cálculo por meio de arbitramento, ainda mais que tais contratos apontavam que os serviços seriam realizados com a utilização de materiais e equipamentos.

Logo, não estão materializados os elementos (requisitos) suficientes para caracterizar a utilização da apuração da base de cálculo por meio da técnica de aferição indireta (arbitramento), eis que não ficou comprovado nos autos que os contratos também seriam imprestáveis para a apuração dos valores devidos pela Recorrente.

Por sua vez, nem mesmo a simples indicação de que os valores dos matérias e equipamentos não foram discriminados nas notas fiscais, isso não vai retirar a necessidade de o Fisco agir em conformidade com o disposto no art. 142 do Código Tributário Nacional (CTN), demonstrando a efetiva ocorrência do fato gerador da contribuição, mediante a caracterização clara e precisa da base de cálculo, não englobando materiais e equipamentos nos seus valores.

Lei 5.172/1966 – Código Tributário Nacional (CTN):

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo

devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Ao proceder dessa maneira para a apuração dos valores lançados, a auditoria fiscal incorreu em um vício de motivo, este consubstanciado na inadequação do fato com o pressuposto jurídico da legislação previdenciária que previa a observância de todas as suas regras, e não somente o fato de que não houve a discriminação dos valores relativos a materiais e equipamentos nas notas fiscais. Essa inadequação do motivo do lançamento fiscal, ocasionada pela falsidade do pressuposto no mundo fático com a previsão legal, é um desvio de finalidade do estabelecido pela legislação tributária que gera a nulidade pelo cerceamento ao direito de defesa do sujeito passivo.

O lançamento fiscal deve ser convincentemente motivado – de forma concisa, clara e congruente –, indicando, com base nos elementos da escrituração contábil ou outros elementos fáticos, a existência da materialidade do lançamento fiscal. A auditoria fiscal não deverá se basear em raciocínio jurídico incorreto para realizar o lançamento fiscal, incidindo a contribuição previdenciária sobre os valores de matérias e equipamentos, mas resultar de fatos concretos encontrados durante a auditoria fiscal e aplicação da legislação pertinente. No caso concreto, faltou fundamentar a utilização da técnica da aferição indireta para a apuração da base de cálculo, pois esta não poderá englobar, sem qualquer motivação fática, os valores concernentes aos materiais e equipamentos utilizados na execução dos serviços contratados pela Recorrente.

O trabalho de auditoria fiscal deverá demonstrar, com clareza e precisão, os motivos da lavratura da exigência tributária. Isso está em consonância com o art. 50 da Lei n. 9.784/1999, que estabelece a exigência de motivação como condição de validade do ato, bem como §1º do mesmo artigo que exige motivação clara, explícita e congruente.

Lei n. 9.784/1999 – diploma que estabelece as regras no âmbito do processo administrativo federal:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; [...]

§1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou garantia dos interessados.

Claro é que esses requisitos são exigidos pela legislação para que se cumpra a determinação presente na Lei Magna de observação à garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório.

Constituição Federal de 1988:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

LV aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Não há como ter acesso à defesa e, conseqüentemente, contraditar a infração imputada à

Recorrente, sem que todos os requisitos estejam presentes no procedimento de auditoria fiscal realizado pelo Fisco, seja no Relatório Fiscal ou Relatório Complementar, seja em outros documentos inseridos nos autos.

Diante dos relatos delineados anteriormente, está claro que faltam requisitos para a validade da presente autuação, requisitos estes que são necessários para o exercício da ampla defesa e do contraditório da Recorrente. Logo, restou prejudicado o direito de defesa da Recorrente, pois foi lhe imputada autuação sem a descrição clara e precisa da motivação fática e jurídica.

Sobre o vício praticado entendo ser o mesmo de natureza material, pois o Fisco delineou uma motivação fática e jurídica de forma equivocada do contexto evidenciado nos autos e na escrituração contábil da Recorrente, ensejando um lançamento que, conquanto identifique a infração imputada, não atende de forma adequada a determinação da sua exigência nos termos da legislação previdenciária.

Tal vício material está nitidamente constatado no momento em que o Fisco no Relatório Fiscal um motivo fático de forma inadequada com o pressuposto de direito, caracterizando uma motivação insuficiente. Isso está em consonância com o estabelecido pelo art. 142 do CTN.

Mesmo entendimento previsto no art. 59, II, do Decreto n. 70.235/1972, que enseja a nulidade dos atos manifestado pelo Fisco com preterição do direito de defesa da Recorrente.

Decreto 70.235/1972:

Art. 59. São nulos:

I os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;  
II os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

Quando a fiscalização não observa na sua atividade os elementos intrínsecos do lançamento (no caso, a motivação fática e jurídica da incidência da lei), ela certamente estará infringindo a disposição legal pertinente (seja aquela aplicável à incidência da lei, ou à determinação da matéria tributável), importando na existência de um vício material.

Nesse sentido, leciona Leandro Paulsen<sup>155</sup>: “Vícios materiais são os relacionados à validade e à incidência da lei.”

Veja-se, assim, que a ocorrência do vício material está diretamente ligada com a deformidade do conteúdo do lançamento, que acaba por exigir indevidamente tributos do sujeito passivo, em ofensa, inclusive, ao princípio da legalidade, situação inaceitável nas relações do Fisco com o contribuinte.

Nesse sentido, vejamos os efeitos resultantes das alterações promovidas pelo lançamento superveniente, este CARF assim se posicionou:

#### VÍCIO MATERIAL

Havendo alteração de qualquer elemento inerente ao fato gerador, à obrigação tributária, à matéria tributável, ao montante devido do imposto e ao sujeito passivo, se estará diante de um lançamento autônomo que não se confunde com o lançamento refeito para corrigir vício formal, nos termos previstos no artigo

---

155 PAULSEN, Leandro. Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 12. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. Editora: ESMAFE, 2010, p. 1194.

173, II, do CTN. [...]. (CARF, 1º Conselho, 2ª Câmara, Relator José Raimundo Tosta Santos, Acórdão n. 10247829, Sessão de 16/08/2006).

Nessa mesma linha de entendimento, cabe destacar trecho do voto proferido pelo i. Conselheiro Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz, que verificou a indevida aplicação do vício formal e externou seu entendimento para que fosse reconhecido o vício material do lançamento. Veja-se:

Em suma, entendo que o vício formal pressupõe que novo lançamento, se viabilizado, não poderá ultrapassar os limites estabelecidos no lançamento primitivo, relativamente aos seus elementos estruturais, substanciais. No presente caso, um novo lançamento forçosamente modificará a base impositiva, com óbvios reflexos no cálculo do montante do tributo devido, [...] (CARF, 1ª Conselho, 7ª Câmara, Relator Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz, Acórdão n. 10706.757, Sessão de 22/08/2002)

Por todo o exposto, em preliminar declaro a nulidade do lançamento fiscal, restando prejudicadas as demais preliminares e o exame de mérito.

### **DA OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA:**

Nos termos do Relatório Fiscal da Infração, o presente lançamento fiscal decorre do fato de que a Recorrente, na qualidade de contratante, deixou de reter e recolher para a Previdência Social os valores de 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviço, nos termos do no art. 31, *caput*, da Lei 8.212/1991.

Esse art. 31 da Lei n. 8.212/1991 dispõe o seguinte:

Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão de obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância devida até o dia dois do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, em nome da empresa cedente de mão de obra, observado o disposto no parágrafo 5º do art. 33.

§ 1º O valor retido de que trata o caput, que deverá ser destacado na nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, será compensado pelo respectivo estabelecimento da empresa cedente da mão de obra, quando do recolhimento das contribuições destinadas à Seguridade Social devidas sobre a folha de pagamento dos segurados a seu serviço. (Redação dada pela Lei n. 9.711, de 21/11/98)

§ 2º Na impossibilidade de haver compensação integral na forma do parágrafo anterior, o saldo remanescente será objeto de restituição. (Redação dada pela Lei n. 9.711, de 20/11/98) (g.n.)

Por sua vez, o art. 33, § 5º, da Lei 8.212/1991 estabelece que:

Art. 33. [...]

§ 5º O desconto de contribuição e de consignação legalmente autorizadas sempre se presume feito oportuna e regularmente pela empresa a isso obrigada, não lhe sendo lícito alegar omissão para se eximir do recolhimento, ficando diretamente responsável pela importância que deixou de receber ou arrecadou em desacordo com o disposto nesta Lei.

A simples retenção prevista no art. 31, *caput*, da Lei n. 8.212/1991 é uma modalidade de responsabilidade tributária por substituição, capaz de gerar a antecipação de valores compensáveis após a ocorrência do fato gerador da obrigação principal no cedente da mão de obra, visando somente a garantir a arrecadação previdenciária, obrigando o tomador de serviços, no caso em tela a Recorrente, a reter o percentual de 11% sobre o valor bruto do documento

fiscal e recolhê-lo em nome das prestadoras de serviços.

Infere-se do art. 93 da IN SRP n. 03, de 14/07/2005, que, caso não comprovados os recolhimentos, os valores serão cobrados da contratante mediante lançamento tributário. Esse ato normativo prevê ainda que a falta de destaque constitui infração e explica com que contratado e contratante deverão realizar os lançamentos contábeis:

INSTRUÇÃO NORMATIVA MPS/SRP n. 3, DE 14/07/2005:

Art. 93. O desconto da contribuição social previdenciária e a retenção prevista nos arts. 140 e 172, por parte do responsável pelo recolhimento, sempre se presumirão feitos, oportuna e regularmente, não lhe sendo lícito alegar qualquer omissão para se eximir da obrigação, permanecendo responsável pelo recolhimento das importâncias que deixar de descontar ou de reter. [...]

Art. 140. A empresa contratante de serviços prestados mediante cessão de mão de obra ou empreitada, inclusive em regime de trabalho temporário, a partir da competência fevereiro de 1999, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços e recolher à Previdência Social a importância retida, em documento de arrecadação identificado com a denominação social e o CNPJ da empresa contratada, observado o disposto no art. 93 e no art. 172.

Art. 154 [...]

§ 2º A falta do destaque do valor da retenção, conforme previsto no caput, constitui infração ao § 1º do art. 31 da Lei nº 8.212, de 1991. [...]

Obrigações da Empresa Contratante:

Art. 165. A empresa contratante fica obrigada a manter em arquivo, por empresa contratada, em ordem cronológica, durante o prazo de dez anos, as correspondentes notas fiscais, faturas ou recibos de prestação de serviços, cópia das GFIP e, se for o caso, dos documentos relacionados no § 2º do art. 155.

Art. 166. A contratante, legalmente obrigada a manter escrituração contábil formalizada, está obrigada a registrar, mensalmente, em contas individualizadas, todos os fatos geradores de contribuições sociais, inclusive a retenção sobre o valor dos serviços contratados, conforme disposto no inciso IV do art. 60.

Art. 167. O lançamento da retenção na escrituração contábil de que trata o art. 166, deverá discriminar:

I o valor bruto dos serviços;

II o valor da retenção;

III o valor líquido a pagar.

Parágrafo único. Na contabilidade em que houver lançamento pela soma total das notas fiscais, faturas ou recibos de prestação de serviços e pela soma total da retenção, por mês, por contratada, a empresa contratante deverá manter em registros auxiliares a discriminação desses valores, individualizados por contratada.

O Regulamento da Previdência Social (RPS), aprovado pelo Decreto 3.048/1999, estabelece as espécies de retenções e descontos a que se obrigam as empresas e os segurados, cujo descumprimento constitui infração, nos seguintes termos:

#### DAS INFRAÇÕES:

Art. 283. Por infração a qualquer dispositivo das Leis nos 8.212 e 8.213, ambas de 1991, e 10.666, de 8 de maio de 2003, para a qual não haja penalidade expressamente cominada neste Regulamento, fica o responsável sujeito a multa variável de R\$ 636,17 (seiscentos e trinta e seis reais e dezessete centavos) a R\$ 63.617,35 (sessenta e três mil, seiscentos e dezessete reais e trinta e cinco centavos), conforme a gravidade da infração, aplicando-se-lhe o disposto nos arts. 290 a 292, e de acordo com os seguintes valores: (Nova Redação pelo Decreto n. 4.862 de 21/10/2003 DOU DE 22/10/2003)

I [...]

c) deixar a empresa de descontar da remuneração paga aos segurados a seu serviço importância proveniente de dívida ou responsabilidade por eles

contraída junto à seguridade social, relativa a benefícios pagos indevidamente; [...]

g) deixar a empresa de efetuar os descontos das contribuições devidas pelos segurados a seu serviço; [...]

II [...]

l) deixar a entidade promotora do espetáculo desportivo de efetuar o desconto da contribuição prevista no §1º do art. 205;

m) deixar a empresa ou entidade de reter e recolher a contribuição prevista no §3º do art. 205;

Percebe-se, então, que não há a hipótese de incidência dessa obrigação acessória configurada na legislação previdenciária, ou seja, a falta de retenção/recolhimento não caracteriza uma obrigação acessória sujeita à aplicação de multa. Isso decorre do fato que há ausência de dispositivo legal, regulamentar ou normativo que considere como infração a conduta da falta de retenção/recolhimento dos valores a título de antecipação pela prestação de serviços mediante cessão de mão de obra.

Caso houvesse previsão na legislação previdenciária dessa conduta capaz de gerar uma obrigação acessória, ela deveria ser de forma expressa e clara. Tal entendimento está consubstanciado no princípio da legalidade, especificamente na dimensão de sua tipicidade, que ordena ao Fisco estabelecer na legislação tributária todos os aspectos da regra matriz de incidência da obrigação acessória, abrangendo os seguintes aspectos: material (situação geradora da incidência); espacial; temporal (momento de incidência); pessoal (sujeito ativo e passivo da obrigação acessória descumprida); e quantitativo (multa aplicada).

Quando constatado o descumprimento da obrigação legal prevista no art. 31 da Lei n. 8.212/1991, o Fisco realiza a constituição do crédito contra a empresa contratante dos serviços como obrigação

principal, o que caracterizaria *bis in idem* também a cobrança de multa pecuniária, oriunda do descumprimento de uma obrigação acessória.

Cumprido esclarecer ainda que a obrigação de reter/recolher não tem natureza instrumental nem formal, não se subsumindo à regra no artigo 113, § 2º do CTN e, portanto, não pode ser considerada acessória. Além disso, o art. 115 do CTN é cristalino ao estabelecer que o fato gerador da obrigação acessória é qualquer situação que não configure uma obrigação principal. Isso evidencia que a obrigação legal da contratante de reter e recolher, para a Previdência Social, os valores de 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviço não caracteriza, de forma simultânea, uma situação capaz de ensejar uma obrigação tributária principal e acessória em um mesmo dispositivo legal.

Código Tributário Nacional (CTN) – Lei 5.172/1966:

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º. A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§ 2º. A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º. A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária. [...]

Art. 115. Fato gerador da obrigação acessória é qualquer situação que, na forma da legislação aplicável, impõe a prática ou a abstenção de ato que não configure obrigação principal.

Logo, como não há previsão na legislação previdenciária dessa obrigação tributária acessória, a

auditoria fiscal não conseguiu demonstrar os pressupostos (requisitos) do lançamento fiscal previstos no art. 142 do CTN.

Assim, inexistiu fato gerador (configurado na hipótese de incidência) a ser constituído por meio do presente lançamento fiscal, e, por conseqüência lógica, acato as alegações da Recorrente.

### **Conclusão:**

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso e **DAR-LHE PROVIMENTO**, reconhecendo a nulidade do presente lançamento por vício material, nos termos do voto.