



II REVISTA JURÍDICA





II REVISTA JURÍDICA

Qualquer parte desta publicação poderá ser reproduzida, desde que citada a fonte.

Copyright © 2013. Confederação Nacional de Municípios.

Impresso no Brasil.

Editoria Técnica:

Rodrigo Garrido Dias

Revisão de textos:

Keila Mariana de A. Oliveira

Supervisão Editorial:

Rodrigo Garrido Dias

Jamille Lavale de Carvalho Henriques de Moura

Diagramação:

Themaz Comunicação

Diretoria Executiva:

Elena Pacita Lois Garrido

Gustavo de Lima Cezário

Ficha Catalográfica

Confederação Nacional de Municípios – CNM

II Revista Jurídica CNM / Confederação Nacional de Municípios – Brasília: CNM, 2013.

316 páginas.

ISBN 978-85-99129-74-6

1. Reforma Política. 2. Finanças Públicas. 3. Transparência. 4. Saúde. 5. Previdência. 6. Meio ambiente. 7. Educação. 8. Servidores Públicos. *Título: II Revista Jurídica CNM*

Todos os direitos reservados à:



SCRS 505, Bloco C, Lote 1 – 3º andar – Brasília/DF – CEP: 70350-530

Tel.: (61) 2101-6000 – Fax: (61) 2101-6008

Site: www.cnm.org.br – E-mail: atendimento@cnm.org.br

Sumário

Apresentação	07
Prefácio	09

ARTIGOS

Reforma política e legitimidade do estado brasileiro

<i>Thiago Rocha</i>	11
---------------------------	----

Estudo do PLS 145/2011, que propõe o “voto distrital” na eleição municipal: uma abordagem sob a ótica da teoria econômica da democracia de Anthony Downs

<i>Rodrigo Garrido Dias</i>	33
-----------------------------------	----

Os princípios constitucionais e a visão sistemática da constituição como interpretação da federação brasileira nas ações diretas de inconstitucionalidade que impugnaram a lei 12.734/2012 – debates acerca dos royalties do petróleo no pré-sal

<i>Ricardo Hermany, Rodrigo Garrido Dias, André Alencar, Felipe da Veiga Dias</i>	52
---	----

Julgamento do STF sobre regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões: uma derrota dos municípios

<i>Wladimir Antônio Ribeiro</i>	88
---------------------------------------	----

As inovações da lei complementar 131/2009 – “lei da transparência”

<i>Vanessa Alexandra Santos Rezende</i>	95
---	----

Análise jurídica do contrato organizativo da ação pública da saúde (coap)

<i>Gabrielle Kölling, Ronaldo Mendes de Oliveira Castro Filho</i>	110
---	-----

Regime próprio de previdência dos servidores – garantia constitucional para servidor de cargo efetivo – desafios para instituição <i>Delúbio Gomes Pereira da Silva</i>	122
RPPS – vantagens e possibilidade de revogação <i>Paulo Caliendo</i>	153
Parcelamento especial dos débitos previdenciários: perspectivas e desafios após a publicação da lei 12.810/2013 <i>Cristina Aguiar Ferreira da Silva</i>	174
Concessão de alvarás pelo poder público municipal <i>Ana Paula Rodrigues Ziulkoski</i>	188
Ata de registro de preços – adesão – pressupostos de admissibilidade <i>Antônio Sérgio Baptista</i>	204
Licitações sustentáveis na administração pública <i>Marion Luiza Heinrich</i>	218
O novo decreto federal sobre o sistema de registro de preços <i>Kalene Moraes Antunes</i>	233
Oferta da educação infantil: legislação e poder judiciário <i>Mariza Abreu</i>	260
A utilização da contribuição de melhoria como forma de equilíbrio financeiro e justiça social <i>Tiago Rangel Soares Silva</i>	283
O prejuízo causado pelo assédio moral na administração pública municipal <i>Fábio Luiz Pacheco</i>	299

APRESENTAÇÃO

A Confederação Nacional de Municípios traz ao leitor a 2ª edição de sua Revista Jurídica. Sem dúvida é motivo de grande satisfação para a nossa entidade poder franquear uma obra que discute – sob o olhar municipalista – temas da maior importância para o dia-a-dia da gestão local.

A vontade do administrador é a vontade da Lei, logo, não dá para fazer gestão de qualidade sem o domínio de postulados jurídicos fundamentais que são determinantes para a atuação do poder público municipal.

É com esse intuito de bem informar que entregamos aos municipalistas brasileiros mais uma edição da nossa Revista Jurídica.

Boa leitura a todos.

Paulo Ziulkoski
Presidente da CNM

PREFÁCIO

A 2ª edição da nossa Revista Jurídica acontece no momento em que o povo brasileiro está nas ruas exigindo mudanças no jeito de fazer política. Parte das reivindicações são direcionadas aos gestores locais exigindo transporte público de qualidade e acessível; Mais saúde; Mais educação; Mais transparência; menos desperdício de dinheiro público; e combate à corrupção.

A Confederação Nacional de Municípios, enquanto maior entidade municipalista do Brasil, tem um papel proeminente na correta interpretação dessa insatisfação popular e mais ainda em apontar caminhos para que os gestores locais possam superar dificuldades e atender com eficiência aos reclamos da sociedade.

A Área Jurídica da entidade, por sua vez, buscou contribuir para esse debate enfrentando, na presente obra, temas fundamentais para a gestão e que, em última análise, vão ao encontro do momento político pelo qual passamos.

O leitor desfrutará de reflexões sobre: licitações; servidores públicos; Saúde; Educação; Meio Ambiente; Previdência; Finanças municipais; transparência; e reforma política.

Gostaríamos de destacar ainda que nesta 2ª edição inovamos no sentido de buscar a contribuição de colegas que já não fazem parte do nosso quadro permanente de colaboradores, porém nunca deixaram de carregar o espírito

municipalista que anima a todos que já passaram ou que estão no movimento liderado pela CNM. O municipalismo é como se fosse um vírus do bem que se instala e muda a nossa visão das coisas, abrindo os nossos olhos para a injusta relação federativa perpetuada há anos no Brasil e que um dia haveremos de superar. Agradeço, em nome da atual equipe da Área Jurídica, a brilhante participação de todos.

Desejamos, por fim, uma excelente leitura e reflexão a respeito dos conteúdos a seguir tratados.

Rodrigo Garrido Dias

Coordenador da Área Jurídica da CNM.

REFORMA POLÍTICA E LEGITIMIDADE DO ESTADO BRASILEIRO

Thiago Santos Rocha¹

RESUMO: O presente artigo enfrenta a questão relativa aos vícios nos sistemas eleitoral e partidário que fragilizam a legitimidade democrática do vigente sistema representativo brasileiro visando a alternativas para mitigá-los. Tais problemas enfraquecem o Estado e suas bases democráticas perante os fatores reais de poder, na medida em que os dirigentes imprimem ao Estado orientações sem nexos com a vontade popular. Nesse contexto, o presente estudo visa a oferecer, em nível doutrinário, subsídios jurídicos para que se possa alterar o ordenamento normativo no sentido de atingir sistemas eleitoral e partidário mais adequados às necessidades da representação democrática no Brasil. Foi realizada pesquisa documental, análise de direito constitucional comparado no tempo e no espaço, bem como de textos legais, proposições parlamentares e

¹ Advogado (OAB-DF 22.835) graduado pela Faculdade de Direito "Prof. Jacy de Assis" da Universidade Federal de Uberlândia. Pós-graduado em Direito Público. Atua como gerente para o segmento de Governo e Setor Público da Ernst & Young Terco. *E-mail:* tsrocha@gmail.com.

manifestações de tribunais superiores brasileiros. Foram analisados dados estatísticos levantados pela Câmara dos Deputados e por diversas entidades de pesquisa. O estudo desenvolve a idéia de que o sistema eleitoral proporcional personalizado é o que melhor supriria as necessidades brasileiras. Propõe alterações que aprofundem a democracia interna dos partidos políticos e a instituição do financiamento público das campanhas eleitorais.

Palavras-chave: Democracia. Reforma Política. Sistema Eleitoral. Partidos Políticos.

1. Introdução

As dimensões geográficas e populacionais do Estado moderno, ao lado das muitas atribuições econômicas do indivíduo, fazem com que a representação seja essencial ao exercício da democracia. Por outro lado, transcorridas quase duas décadas de superação da ditadura política no Brasil, as expectativas românticas quanto às práticas democráticas já se tornam obsoletas perante a realidade.

Passada a euforia provocada pela esperança na redemocratização após vinte e um anos de ditadura militar, as instituições da democracia representativa caem em progressivo descrédito junto à sociedade brasileira. Isso não apenas pela natural apatia do homem econômico perante os pormenores das decisões estatais, mas, principalmente, por uma incapacidade sistêmica na representação política que impede a identificação do povo brasileiro com as decisões tomadas em seu nome.

Se a política compreende o jogo de poder em uma sociedade e o Estado é o Ente legítimo para instituir o conjunto de normas referentes a essa disputa, o direito não pode furtar-se de sua função transformadora na busca do aprimoramento democrático do Estado brasileiro.

Em análise sistêmica da Constituição de 1988, conjugando o previsto no *caput* e no parágrafo único do art. 1º com outros artigos (14, 17, 127, dentre

outros), constata-se que o princípio democrático vai além de uma simples fórmula de escolha de representantes, restando clara a existência de um objetivo a ser realizado por meio da democracia.

Destarte, a Constituição, no momento em que erige a democracia a princípio constitucional, não opta por uma teoria abstrata, mas sim por um conjunto de preceitos e valores jurídicos que estabelecem uma ordenação normativa para o Brasil como realidade histórica, respondendo normativamente aos problemas de legitimidade-legitimação do ordenamento jurídico.

Na prática, as decisões estatais distanciam-se cada vez mais das aspirações populares ao ponto de muitos indivíduos encontrarem-se dispostos a abrir mão de seus meios de participação na direção do Estado em prol de realizações materiais imediatas.² Isso denota que alguns aspectos da estrutura jurídico-política vigente no Brasil, dentre os quais os sistemas eleitoral e partidário, demonstram-se insuficientes para que a vontade do povo se apresente como elemento decisório em última instância.

2. Sistema de governo

Mesmo havendo grande questionamento em torno da condução do plebiscito de 1993 perante a opinião pública, não se pode desconsiderar a relevância da manifestação popular nesta oportunidade em que fora decidido pela manutenção de uma República presidencialista no Brasil. Todavia, a discussão referente à estrutura do sistema político brasileiro passa, necessariamente, por algumas considerações quanto ao sistema de governo nele inserido.

Entendendo-se por sistema de governo o aspecto da forma de governo imediatamente referente à relação entre os Poderes Legislativo e Executivo

2 No Brasil, por motivações tanto políticas quanto econômicas, o apoio à democracia que, em 2010, era de 54% caiu para 45% em 2011. INFORME LATINOBARÓMETRO 2011. *Corporación Latinobarómetro*. Santiago, out. 2011. Disponível em: <www.latinobarometro.org>. Acesso em: 23 de jul. 2012, p. 29-31.

na condução do aparato estatal, observa-se, ainda, na doutrina, como notado por Dallari, a anacrônica polarização entre dois paradigmas: o parlamentarismo britânico e o presidencialismo estadunidense.

Segundo Bonavides, os traços distintivos do sistema presidencialista são: a fiel aplicação do princípio da separação dos poderes; a concentração do Poder Executivo ao redor da pessoa do presidente, o qual exerce sua função sem responsabilidade política perante o Poder Legislativo; a origem dos poderes do presidente na própria Nação.³

Já o parlamentarismo, conforme lição do mencionado constitucionalista, caracteriza-se por igualdade entre o Executivo e o Legislativo, colaboração dos dois poderes entre si e existência de meios de ação recíproca no funcionamento do Executivo e do Legislativo.⁴

Sem questionar a importância histórica de tais modelos, há de se ter em mente que eles foram frutos espontâneos de determinadas realidades inimitáveis na prática. Nesse sentido, como bem expõe Dallari, a opção entre presidencialismo e parlamentarismo “é, atualmente, uma falsa opção, pois ambos foram superados pelo tempo, em vista das novas exigências e possibilidades”.⁵ O referencial de um sistema de governo deve ser a realidade histórica a que ele se propõe tratar, e não um modelo predeterminado pelo sucesso em outro contexto.

A história política do Brasil bem nos mostra que o presidencialismo surgiu na Constituição de 1891 como influência norte-americana, aparentemente inerente ao princípio republicano, com total desprezo à realidade brasileira. De igual modo, a nomenclatura parlamentarista não foi bastante para limitar o imperador no século XIX nem para salvar as instituições nacionais da crise em que se encontravam em 1961.

3 BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*, p. 296-297.

4 *Ibidem*, p. 323.

5 DALLARI, Dalmo de Abreu. *O renascer do direito: direito e vida social; aplicação do direito; direito e política*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 152.

Na busca do sistema mais adequado à atual conjuntura brasileira, há de se observar os três pontos considerados por Dallari como essenciais para tanto: a superação de preconceitos, o conhecimento da realidade e a fixação espontânea da ordem adequada.⁶

Devem ser superados conceitos ainda tidos por inabaláveis, como a opção parlamentarismo/presidencialismo e até mesmo a separação de poderes, a qual não é condição da democracia.⁷ Por outro lado, somente o conhecimento da realidade pode minimizar a experimentação com os povos e a imposição de sistemas inadequados. Além do mais, a partir do momento em que a ordem for a criada por práticas democráticas, a segurança estará implícita nela.⁸

O sistema de governo brasileiro previsto na Constituição de 1988, autodenominado presidencialista, conforme o art. 2º do ADCT, insere na competência privativa do presidente da República, ao qual cabe o exercício do Executivo com auxílio dos ministros (art. 77), uma vasta gama de atribuições (art. 84). Dentre estas, pode-se destacar a nomeação e a exoneração dos ministros de Estado (inc. I), além da convocação e presidência do Conselho da República e do Conselho de Defesa Nacional (inc. XVII). É, ainda, de sua privativa competência a iniciativa de lei na forma e nos casos previstos pela Carta (inc. III) e a sanção, a promulgação e a publicação de leis, bem como a expedição de decretos e regulamentos para sua fiel execução (inc. IV).

O art. 62 faculta ao presidente da República, frente a casos de relevância e urgência, adotar medidas provisórias com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. A justificativa de tal instituto seria a necessidade, em determinadas matérias, de regulamentação mais ágil do que a

6 Ibidem, p. 153.

7 Importante ressaltar que a separação dos poderes nasce, em sua forma clássica preconizada por Montesquieu, como mera técnica do liberalismo que visava a proteger os direitos da liberdade, sendo compatível tanto com o Estado democrático quanto com a monarquia constitucional, o que a faz severamente combatida pelo moderno constitucionalismo democrático. Frise-se, ainda, que em Rousseau tal poder não era separado, e sim transferido integralmente ao povo. BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*, p. 42.

8 DALLARI, Dalmo de Abreu. *O renascer do direito*, p. 153-157.

ordinariamente oferecida pelo Congresso.⁹

Menos de um ano após a promulgação da Carta de 1988, o então consultor-geral da República Saulo Ramos defendeu no Parecer SR92, de 21 de junho de 1989,¹⁰ a polêmica tese da possibilidade da reedição de medida provisória, desde que diante da não rejeição expressa da medida anterior e da persistência do caráter relevante e urgente justificador de sua emanção. Assim, entendia-se ser preservada a prerrogativa presidencial de entender permanecerem as condições para a reedição da medida.

A orientação do Poder Executivo, segundo o referido Parecer, frente à condescendência do Judiciário, possibilitava a vigência *ad aeternum* das medidas provisórias através de reiteradas reedições perante a não manifestação do Congresso dentro do prazo estipulado.¹¹

A EC 32, de 11 de setembro de 2001, visando a racionalizar o uso das medidas provisórias, dentre outros pontos tratados, limitou o período de vigência de tais institutos, enquanto não convertidos em lei, a sessenta dias prorrogáveis uma única vez por igual prazo (art. 62, § 3º), sendo “vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo” (art. 62, § 10).

9 Como bem informa a Agência Câmara de Notícias, “inspiradas no modelo italiano, as medidas provisórias foram criadas em uma instância intermediária da Assembléia Nacional Constituinte – a Comissão de Sistematização, que também aprovava a instituição do parlamentarismo. Assim, o instrumento não provocaria choque entre os Poderes, pois seria aplicado em um regime no qual o Governo é exercido pelo Primeiro-Ministro, indicado pela maioria do Congresso; enquanto o Presidente da República (ou o rei, no caso das monarquias) exerceria a chefia de Estado.” OLIVEIRA, Rejane. Regulamentação de MP reequilibra os Poderes. *Agência Câmara de Notícias*. Brasília. Especial. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/agencia/materias.asp?pk=22587>>. Acesso em: 16 abr. 2013.

10 Diário Oficial da União de 23/6/1989, p. 10. 185.

11 Nos 13 anos em que esse instrumento foi usado sem regulamentação, os sucessivos governos editaram um total de 6.110 MPs, entre edições e reedições, tratando dos mais diversos assuntos e, muitas vezes, desconsiderando os princípios de “urgência e relevância” exigidos pela Constituição. Nesse período, apenas 469 dessas medidas foram convertidas em lei pelo Congresso. OLIVEIRA, Rejane. Regulamentação de MP reequilibra os Poderes. *Agência Câmara de Notícias*. Brasília. Especial. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/agencia/materias.asp?pk=22587>>. Acesso em: 16 abr. de 2013.

Entretanto, tal Emenda também alterou o § 2º do art. 64, passando este a dispor que, se a medida provisória não for apreciada em até 45 dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência na Câmara e no Senado, trancando a pauta da Casa em que estiver tramitando.

Assim, tais mudanças não foram capazes de conter a ânsia legislante presidencial, incapaz de bem delimitar o significado de “relevância e urgência”, sendo o ônus mais uma vez transportado para os ombros dos representantes parlamentares. Este, pelo disposto no § 2º do art. 64, encontram-se constantemente pressionados para que não deixem transcorrer em branco os prazos de apreciação das medidas provisórias.

No Brasil, Estado marcado por grandes desigualdades tanto internas quanto internacionais, inconteste é a importância de um governo capaz de suprir eficazmente as demandas que lhe são apresentadas, principalmente no âmbito econômico e social. Porém, o atual sistema ao mesmo tempo que nega capacidade governativa ao Congresso Nacional, órgão de maior representação da pluralidade popular, atribui a um único governante a competência não só de ditar os nortes da política estatal, mas também determinar a pauta do Parlamento. Isso se dá pelo viciado uso de medidas provisórias, as quais tem se apresentado na prática como resquícios dos autoritários decretos-leis.

Outro traço do sistema brasileiro é a irresponsabilidade política do presidente da República, que pode ser constitucionalmente afastado apenas por *impeachment*, ou seja, impedimento a partir de responsabilidade penal (arts. 84 e 85). Desse modo, é juridicamente possível que o presidente, por via de uma política inadequada, cause enormes danos ao Estado sem que pratique conduta descrita em qualquer dos tipos penais de responsabilidade, não havendo meios legais para retirar-lhe do exercício da função ou impor ao seu governo uma mudança de orientação política por tal motivo.

Como bem observa Bonavides, esse caractere ocasiona a falta de flexibilidade na tomada de decisões reitoras do Estado e não raro pode levar ao

rompimento institucional perante a insatisfação com os atos do presidente.¹² Desse modo, embora o sistema possibilite a estabilidade do governo, caso este não tenha percepção dos anseios sociais pode sucumbir frente à instabilidade das instituições.

Por outro lado, o governo de um Estado é tão mais forte quanto maior for a sua base popular, a qual, no sistema representativo brasileiro, possui o Parlamento como o melhor reflexo de sua pluralidade.

3. Sistema Eleitoral

3.1 Considerações prévias

O sistema eleitoral não se resume à mera fórmula para determinação dos escolhidos em cada pleito. Trata-se de conjunto de normas e princípios que se reflete na forma de governo, na organização partidária e na estrutura parlamentar.

O vigente sistema eleitoral brasileiro utiliza-se tanto do sistema majoritário, para eleição de titulares do Executivo e senadores, como do sistema proporcional, na escolha dos demais membros do Legislativo.

De momentos históricos diversos ao redor do mundo, extraem-se experiências denominadas pela doutrina como sistemas eleitorais mistos. Até o final da década de 1980, apenas Alemanha e México utilizavam, de forma bem diferente, sistemas tidos como tais. Posteriormente, outras combinações passaram a ser utilizadas por vários países como Bolívia, México, Nova Zelândia e Venezuela.

Especial atenção merece o sistema eleitoral alemão, criado no sentido de amenizar as falhas dos paradigmáticos sistemas majoritário e proporcional. Frente à excessiva proliferação de pequenos partidos na República de Weimar

12 BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*, p. 311.

(do período entre guerras), na medida em que visava a aprofundar os mecanismos democráticos, a Alemanha desenvolveu o sistema proporcional personalizado.

Segundo tal sistema, cada eleitor tem um primeiro voto, que pode dar a um dos candidatos ao mandato direto de sua circunscrição, e um segundo voto que deve ir para a legenda de um dos partidos. Dessa forma, a metade das cadeiras do Parlamento Federal é ocupada por deputados eleitos pelo método majoritário a partir de voto direto nas circunscrições em que se divide todo o território alemão. Já a outra metade é distribuída proporcionalmente às legendas dos partidos.

O caráter proporcional de tal sistema advém do fato de que o segundo voto é que determina a composição do Parlamento, de acordo com o sistema Hare-Niemeyer, por meio do qual se obtém o número de cadeiras de cada partido multiplicando o número de votos da formação política pelo número total de cadeiras e dividindo depois esse resultado pelo número total de votos válidos. Se depois dessa operação restarem cadeiras, elas são concedidas aos partidos que tiverem os resíduos mais altos na divisão anterior.

Neste sistema, proporcional personalizado, somente após definida a quantidade de cadeiras de cada legenda, subtrai-se desta o número de mandatos diretos obtidos por cada formação. Consideram-se eleitos os vencedores das eleições majoritárias de cada distrito mais os primeiros nomes da lista partidária até que se complete o quociente partidário. Caso o número de mandatos diretos obtidos por um partido em um Estado federado seja maior que o número de cadeiras da legenda regional do Parlamento, o número total de deputados é aumentado para dar espaço aos escolhidos diretamente, e que não entrariam por proporcionalidade.

Pouca técnica encontra-se em denominar como sistemas distritais mistos o mecanismo alemão e seus assemelhados pelo mundo. Primeiro pelo fato de que tanto a expressão distrito, onde se realizam as eleições majoritárias, e circunscrição, na qual ocorrem as eleições proporcionais, nada mais significam que delimitações territoriais. Segundo porque, embora se utilize de dois

métodos de transformação de votos em mandatos, ou seja, das regras de decisão majoritária e proporcional, o resultado do sistema tem por base o princípio representativo proporcional, assim como o vigente sistema brasileiro. Em suma, é misto apenas em sua fórmula, mas não em seus resultados, sendo acertada a já citada denominação de sistema proporcional personalizado, utilizada onde ele próprio fora criado.

Outra característica do sistema alemão é a chamada cláusula de barreira ou desempenho, segundo a qual só entram na distribuição de cadeiras os partidos que tenham alcançado o nível de 5% dos votos ou pelo menos três mandatos diretos.

Assim, essa experiência alemã da mistura dos métodos majoritário e proporcional serve para, na medida do possível, combinar as vantagens de ambos e resistir a suas desvantagens.

3.2 Distribuição dos cargos eletivos

Em se tratando de composição, é principalmente quanto à Câmara dos Deputados que se deve acentuar a discussão do princípio democrático, pois a tal órgão compete a representação do povo em âmbito federal (art. 45 da Constituição).

Mantido como está, o sistema eleitoral brasileiro leva a um sistema partidário não só frágil, mas disperso e disforme, pulverizando as forças políticas e sociais e fazendo com que os partidos não representem interesses efetivos do eleitorado e dos grupos sociais, distanciando-se e gerando desconfiança da sociedade.

Grande parte dos deputados não é eleita com votos próprios, enquanto partidos e coligações dificilmente apresentam uma ideologia definida. Em outros termos, embora o voto seja personalizado em seus motivos, a representação não o é, sendo os partidos incapazes de suprir esse vácuo.

A introdução do sistema de listas preordenadas incentivaria a identificação do eleitor com a ideologia de determinado partido, levando a existência deste a depender não só do carisma de um ou outro de seus membros, mas, sobretudo, da competência e coerência de seu conjunto.

Contudo, conservando-se a atual divisão em circunscrições eleitorais equivalentes aos Estados, a substituição do voto pessoal pela lista fechada por si só em nada contribuiria para a identificação e a proximidade entre representante e representado. De igual modo, seria contraproducente inflar a Câmara dos Deputados com exagerado número de componentes a emperrar seu funcionamento.

Por outro lado, mantendo-se unicamente o método proporcional, aumentar o número de circunscrições sem elevar a quantidade de representantes seria afastar o próprio princípio da proporcionalidade. Isso porque quando a representação a eleger é pequena, a porcentagem mínima de votos para eleger um candidato fica muito alta e partidos que não a alcançam têm seus votos esterilizados.

A experiência alemã, embora introduzida em um contexto diverso, tem muito a contribuir para a reforma do sistema eleitoral brasileiro, que necessita de técnicas com igual teor democratizante.

Adotar listas preordenadas para escolha proporcional em circunscrições equivalentes aos Estados, ao lado de eleição por meio majoritário unipessoal, dentre candidaturas pessoais e únicas em cada partido em uma divisão regional com menor magnitude populacional (distrito), traria maior representatividade à Câmara dos Deputados no Brasil.

Dessa maneira, metade dos deputados seriam eleitos em distritos uninominais, por critério majoritário (maioria simples) e voto personalizado (voto no candidato), e a outra metade por meio de listas partidárias estaduais, com os candidatos apresentados ao eleitor na sequência em que deverão ser eleitos.¹³

13 Em sentido diverso, o Anteprojeto 3/2012 da Comissão Especial de Reforma Política da Câmara dos Deputados (APJ 3/2012 CEREPOL) propõe o sistema de "lista flexível", segundo o qual os partidos apresentam

Embora a introdução de um sistema proporcional personalizado sequer exija mudanças na Constituição de 1988, tendo em vista que conserva o sistema proporcional previsto pelo art. 45, não há como manter a virtude da proporcionalidade frente ao § 1º do mesmo artigo, que fixa entre oito e setenta o número de representantes da população de cada Estado e do Distrito Federal. Tal dispositivo afasta o lapidar princípio do *one man one vote*, embora o art. 14 da mesma Carta estabeleça que “a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos [...]”.

É necessário proceder a alterações no ordenamento jurídico no sentido de estipular um coeficiente eleitoral nacional, usando-se deste mesmo parâmetro para a delimitação dos distritos. Não prospera o argumento de que isso agravaria as desigualdades regionais, pois para a representação dos Estados já basta o Senado.

3.3 Alianças Partidárias

Outro aspecto controvertido no sistema eleitoral brasileiro é o que trata das associações entre partidos para fins eleitorais, ou seja, as coligações partidárias. Conforme disposto no art. 6º da Lei 9.504, de 30 de setembro de 1997:

Art. 6º É facultado aos partidos políticos, dentro da mesma circunscrição, celebrar coligações para eleição majoritária, proporcional, ou para ambas, podendo, neste último caso, formar-se mais de uma coligação para a eleição proporcional dentre os partidos que integram a coligação para o pleito majoritário.
§ 1º A coligação terá denominação própria, que poderá ser a junção de todas as siglas dos partidos que a integram, sendo a

lista hierarquizada de candidatos às eleições proporcionais. O eleitor optará por referendar ou não essa decisão, votando na legenda partidária ou nominalmente em um candidato de sua preferência. O cálculo do número de cadeiras dos partidos no parlamento dependerá do somatório dos votos nominais e dos votos de legenda. Não há neste sistema a representação majoritária distrital, como no sistema proporcional personalizado.

ela atribuídas as prerrogativas e obrigações de partido político no que se refere ao processo eleitoral, e devendo funcionar como um só partido no relacionamento com a Justiça Eleitoral e no trato dos interesses interpartidários.

[..]

Ao agrado dos partidos, o *caput* do art. 6º da Lei das Eleições fora aplicado de modo extremamente permissivo já um ano após sua edição, nas eleições de 1998. Entretanto, em 26 de fevereiro de 2002, o TSE apreciou consulta formulada pelos deputados federais Miro Teixeira, José Roberto Batochio, Fernando Coruja e Pompeo de Mattos, todos membros do PDT (Consulta 715 – Classe 5ª – Distrito Federal), sobre a correta interpretação do citado dispositivo legal, emitindo a Resolução 21.002, segundo a qual:

Os partidos políticos que ajustarem coligação para eleição de Presidente da República não poderão formar coligações para eleição de Governador de Estado ou do Distrito Federal, Senador, Deputado Federal e Deputado Estadual ou Distrital com outros partidos políticos que tenham, isoladamente ou em aliança diversa, lançado candidato à eleição presidencial.¹⁴

Sem ignorar o questionamento quanto à constitucionalidade de tal manifestação, o fato é que a Resolução 21.002, gerando a denominada verticalização das coligações, demonstrou a assunção por parte do Poder Judiciário de seu papel político, impondo maior coerência aos partidos políticos e facilitando a identificação da ideologia destes perante o eleitorado, frente à morosidade e ao descaso com que o Poder Legislativo muitas vezes trata da necessária reforma política no Brasil.

14 TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Consulta – Legislação Eleitoral e Partidária do período de 1945-2004. Disponível em: <<http://www.tse.gov.br/>>. Acesso em: 20 out. de 2012.

Contudo, o TSE ao responder à consulta 766, formulada pelo Diretório Nacional do PT, entendeu que os partidos políticos não participantes formalmente do processo eleitoral em nível federal – ou seja, que não tenham lançado candidato à Presidência da República e que não estejam compondo nenhuma coligação federal que haja lançado candidatura à presidente da República – possam livremente estabelecer coligações partidárias nas eleições estaduais, todavia diversas de Estado a Estado.¹⁵

Todavia, com a nova redação do art. 17, § 1º, da Constituição, alterado pela EC 52/2006, foi erigido ao nível constitucional o fim da obrigatoriedade da verticalização da coligações político-partidárias. Esta regra, segundo Resolução 23.200, de 17 de dezembro de 2009 do TSE, já seria aplicável às eleições de 2010.

A figura da coligação partidária permite que o interesse partidário leve à existência de coligações entre partidos sem a menor coerência ideológica e sem o mínimo compromisso com o eleitor. Ademais, o atual sistema faz com que, nas coligações, alguns partidos acabem elegendo candidatos pela sobra de votos de seus coligados.

A questão tangente ao fim das coligações é tratada no APJ 3/2012 CEREFPOL, segundo o qual deixaria de existir a coligação das legendas nas eleições proporcionais, sendo introduzidas as chamadas federações.

Pelo texto proposto, dois ou mais partidos políticos poderão reunir-se em federação de abrangência nacional ou estadual, que atuará como se fosse uma única agremiação partidária por no mínimo três anos, inclusive no registro de candidatos e no funcionamento parlamentar, com a garantia da preservação da identidade e da autonomia dos partidos que a integram.

O fim das coligações apresenta-se como instrumento necessário, não só para a melhor identificação por parte do eleitorado das ideologias em dis-

15 Cf. Resolução 21.049, de 26 mar. 2002. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.tse.gov.br/>>. Acesso em: 20 out. de 2012.

puta pela condução do Estado, mas também para o fortalecimento dos partidos políticos.

Nesse diapasão, equivocadamente é o proposto sistema de federações que, embora tenha aspectos de moralidade ao estabilizar as promíscuas relações entre legendas de aluguel, afasta em grande parte as benesses do fim das coligações sob o falso argumento de viabilizar a existência de partidos pequenos.

Se um partido político apresenta-se tão próximo da ideologia de outro ao ponto de unir-se a ele para seriamente angariar votos na busca pela representação popular, o mais coerente é que constitua com o segundo um único partido. As diferenças entre eles seriam, ao contrário, resolvidas no interior da própria associação, preservando um forte eixo de ideias.

Desse modo, o fim das coligações deve ser inserido como medida moralizante das instituições democráticas brasileiras, sendo a representação de segmentos minoritários garantida não pelas coligações ou federações, mas sim pela não inclusão de cláusula que impeça o acesso dos pequenos partidos às cadeiras do Parlamento, como a cláusula de barreira existente no sistema alemão.

4. Partidos Políticos

4.1 Democracia interna

Sob o manto de uma intocável autonomia partidária, encontra-se uma penumbra que faz com que o eleitorado sequer saiba como se opera a hierarquia interna às instituições partidárias. A eleição de caciques partidários não é privilégio do sistema de listas como tentam explicar os opositores deste, ocorrendo mesmo no atual sistema de voto nominal, em fortes campanhas partidárias que praticamente impõem ao eleitor determinado “representante”.

Embora a Constituição de 1988 preceitue ser o Brasil um Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*), e condicione a própria existência dos partidos políticos à observância do regime democrático (art. 17, *caput*), as pre-

visões infraconstitucionais e suas interpretações dominantes quanto ao partido político, elo essencial entre o povo e o governo na estrutura da representação política brasileira, encontram-se incapazes de assegurar o princípio democrático.

A democracia deve trazer seus meios de efetivação já na previsão jurídica genérica, e não ficar a cargo de cada estatuto partidário. Ademais, segundo o texto da Constituição Cidadã, é o regime democrático que norteia a autonomia partidária, e não o contrário. Tentar impedir que a norma infraconstitucional aprofunde o princípio democrático, sob o argumento de se estar tolhendo a autonomia dos partidos, significa inverter a ordem da valoração constitucional.

Com a valoração constante na Constituição de 1988, coaduna-se perfeitamente a introdução no ordenamento jurídico de dispositivo que explicita a obrigatoriedade do sufrágio universal entre os filiados de determinado partido não só para a escolha dos candidatos da instituição a cada pleito eleitoral, mas para a tomada de suas principais decisões.¹⁶

Inolvidável que a democracia interna é, ainda, ao lado da proporcionalidade representativa, pressuposto para que se possa exigir a fidelidade partidária, uma vez que não se afigura plausível uma associação obrigar seus membros a serem fiéis a deliberações que não sejam legitimamente tomadas. Caso contrário, nada mais se teria do que uma ditadura de partidos.

No que tange à fidelidade partidária, relevante aspecto de fortalecimento dos partidos políticos, significativa foi a contribuição do Tribunal Superior Eleitoral ao editar a Resolução TSE 22.610, de 25 de outubro de 2007, alterada pela Resolução TSE 22.733, de 11 de março de 2008. Tal Resolução disciplina o processo de perda de cargo eletivo e de justificação de desfiliação partidária, superando a tese de que o candidato eleito só poderia perder o cargo

16 Embora em análise restrita à escolha dos candidatos a pleitos eleitorais proporcionais, o APJ 3/2012 CEREFPOL propõe evolução no sentido de aprofundar a democracia interna ao determinar que os partidos, desde que observado o voto secreto, poderão optar por um dos seguintes critérios para o processo que definirá a ordem da lista dos candidatos: a) votação nominal em convenção, na qual cada convencional votará obrigatoriamente em quatro candidatos diferentes; b) votação por chapas em convenção, pelo sistema proporcional; c) prévias abertas à participação de todos os filiados do partido, com votação nominal em candidatos.

nas hipóteses previstas no art. 15 da Constituição de 1988, dentre as quais não se encontra a infidelidade partidária.

Conforme tal Resolução, salvo nos casos de justa causa, o partido interessado pode requerer, perante a Justiça Eleitoral, a decretação da perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação. Como justa causa, são considerados a incorporação ou a fusão do partido, a criação de novo partido, a mudança substancial ou o desvio reiterado do programa partidário e a grave discriminação pessoal.

4.2 Financiamento das campanhas eleitorais

As campanhas eleitorais se tornam cada vez mais dispendiosas com o progressivo abandono da propaganda política corpo a corpo, em favor da adoção de recursos da grande mídia.

Teoricamente, o hoje constitucionalizado horário eleitoral gratuito nos grandes veículos de comunicação serviria para colocar em condição de igualdade os partidos e os candidatos. E de fato assim o foi em 1974, oportunidade em que tal horário foi gerado ao vivo em debates entre os candidatos da ARENA e do MDB ao Senado, e em pequenos blocos de propaganda aos candidatos a deputado.¹⁷

Todavia, as mudanças ocorridas a partir da década de 1980, possibilitando o uso de videotapes no horário gratuito e dedicando uma hora semestral para cada partido expor suas ideias ao povo por via do rádio e da televisão, levaram as agremiações partidárias a cada vez mais recorrerem à especialização do *marketing* político.

Desse modo, o horário gratuito tornou-se paradoxalmente muito caro, passando cada partido ou candidato a gastar quantidades estrondosas de di-

17 FLEISCHER, David. Reforma política e financiamento das campanhas eleitorais. *Cadernos Adenauer*, São Paulo, n. 10, p. 79-103, dez. 2000, p. 84.

nheiro com os chamados “marketeiros” e empresas produtoras de vídeos para condução da campanha televisiva.¹⁸

A prática observada no Brasil, um dos países com as campanhas eleitorais mais caras do mundo, leva a questionamentos intrigantes. Chega-se a gastar US\$ 6 milhões com a campanha eleitoral de um deputado que, ao final de seu mandato, contabiliza ganho salarial bruto não superior a US\$ 216 mil (US\$ 4,5 mil mensais).¹⁹

Frente a tal situação, não se pode ignorar o óbvio: há candidatos que gastam fortunas para se eleger na expectativa de usar a máquina pública, durante o exercício do mandato, com o fito de obter para si e para seus patrocinadores ganhos muito maiores do que o investimento em sua campanha.

O financiamento público exclusivo das campanhas eleitorais, previsto no APJ 3/2012 CEREFPOL, seria o modelo com maior aptidão para não só eliminar grande parte das raízes da corrupção e do clientelismo da máquina estatal no Brasil, mas também para diminuir os custos das campanhas eleitorais. O Estado deve usar de recursos limitados e suficientes para arcar com esse custo, fator que levaria os candidatos a uma maior igualdade de condições, sem a ingerência dos chefes do poder econômico.²⁰

O APJ 3/2012 CEREFPOL dispõe também que os partidos, as coligações ou as federações partidárias serão responsáveis pela criação de comitês financeiros para administrar os recursos das campanhas. Tais entidades serão obrigadas a abrir conta bancária específica para registrar todo o movimento financeiro da campanha, com o dever de prestar contas ao órgão da Justiça Eleitoral competente.

18 *Ibidem*, p. 84-85.

19 *Ibidem*, p. 80.

20 Conforme prestações de contas ao TSE, os 513 eleitos para a Câmara dos Deputados em 2010, em média, gastaram doze vezes mais que os candidatos não eleitos.

A pedra angular de tal proposta é a proibição do recebimento de recursos em dinheiro, ou estimáveis em dinheiro, da iniciativa privada para o financiamento da campanha eleitoral, prevendo punições rigorosas para o descumprimento. Para pessoas físicas e jurídicas que desejem contribuir desinteressadamente, o APJ 3/2012 CEREFPOL prevê a possibilidade de doações ao Fundo de Financiamento das Campanhas Eleitorais, nunca direcionadas aos partidos ou candidatos.

Frise-se que as normas que viabilizem a fiscalização precisam ser fortalecidas, conferindo-se à Justiça Eleitoral poderes especiais (inclusive quebra de sigilo bancário), para fiscalizar o financiamento dos partidos e das suas campanhas, em bases correntes e não apenas após ocorrida lesão à ordem jurídica.²¹

Ademais, volta-se a afirmar o sistema proporcional personalizado como o mais indicado para o Brasil, pois facilita a fiscalização dos gastos, uma vez que todos estes se centralizam na figura dos partidos e não nos candidatos.

5. Conclusão

A efetividade do princípio democrático, fundamento da legitimidade do Estado brasileiro, exige reforma das vigentes estruturas jurídico-políticas, sendo a discussão em torno do sistema de governo e a reforma dos sistemas eleitoral e partidário pilares de tal reestruturação.

O sistema eleitoral proporcional personalizado, com definição da representação proporcional por meio de listas partidárias predefinidas ao lado do voto distrital majoritário seria importante passo no sentido aproximar o eleitor com o representante distrital, ao mesmo tempo que assegura a representação proporcional da pluralidade social e fortalece os partidos políticos.

21 FLEISCHER, David. Reforma política e financiamento das campanhas eleitorais. *Cadernos Adenauer*, p. 96.

Para que os partidos políticos possam assumir sua função de canais responsáveis por conduzir a vontade popular ao seio do Estado, devem ser adotados instrumentos que garantam sua democracia interna, impondo-se a consulta aos filiados não apenas na escolha dos candidatos a pleitos eleitorais, mas em todas as relevantes decisões do partido.

Por sua vez, o financiamento público exclusivo das campanhas eleitorais apresenta-se como modelo mais apto à eliminação do clientelismo da máquina estatal no Brasil, bem como das raízes da corrupção.

Referências

A DEMOCRACIA, A GOVERNABILIDADE E OS PARTIDOS POLÍTICOS NA AMÉRICA LATINA. 2004. São Paulo. Documento final. Disponível em: <www.parlatino.org/archivo/conteudo.php?id=275&lg=pt>. Acesso em: 26 mai. de 2012.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 4ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Consulta tramitação das proposições. Disponível em: <www.camara.gov.br/sileg/prop_pesquisa.asp>. Acesso em: 5 set. de 2012.

CINTRA, Antonio Otávio. *O sistema eleitoral alemão como modelo para a reforma do sistema eleitoral brasileiro*. jun. 2000. p. 7. Disponível em: <www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/pdf/007234.pdf>. Acesso em: 7 ago. de 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O renascer do direito: direito e vida social; aplicação do direito; direito e política*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

INFORME LATINOBARÓMETRO 2011. *Corporación Latinobarómetro*. Santiago, out. 2011. Disponível em: <www.latinobarometro.org>. Acesso em: 23 jul. de 2012.

FLEISCHER, David. Reforma política e financiamento das campanhas eleitorais. *Cadernos Adenauer*, São Paulo, n. 10, p. 79-103, dez. 2000.

MORAES, Alexandre de. Reforma política do Estado e democratização. *Revista de direito constitucional e internacional*, São Paulo, n. 32, p. 116-143, 2000.

OLIVEIRA, Rejane. Regulamentação de MP reequilibra os Poderes. *Agência Câmara de Notícias*. Brasília. Especial. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/agencia/materias.asp?pk=22587>>. Acesso em: 16 abr. 2013.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. A inexistência de um sistema eleitoral misto e suas consequências na adoção do sistema alemão no Brasil. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*, São Paulo, n. 23, p. 238-243, abr./jun., 1998.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Consulta Legislação*. Disponível em: <www.tse.jus.br/>. Acesso em: 20 out. de 2012.

_____. *Jurisprudência*. Disponível em: <www.tse.jus.br/>. Acesso em: 20 out. de 2012.

_____. *Prestação de Contas Eleitorais 2010*. Disponível em: <www.tse.jus.br/>. Acesso em: 20 out. de 2012.

ESTUDO DO PLS 145/2011, QUE PROPÕE O “VOTO DISTRITAL” NA ELEIÇÃO MUNICIPAL: UMA ABORDAGEM SOB A ÓTICA DA TEORIA ECONÔMICA DA DEMOCRACIA DE ANTHONY DOWNS.

Rodrigo Garrido Dias¹

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar o PLS 145/2011, que propõe o voto pelo sistema da maioria simples em distrito uninominal nas eleições para vereador nos Municípios com mais de 200 mil eleitores. A problemática a ser questionada é: o PLS 145/2011, ao propor o “voto distrital” na eleição local, contribuiria para diminuir os custos do eleitor em votar? Em caso afirmativo, a futura adoção do sistema poderia trazer maior eficiência ao processo político

¹ Coordenador do Departamento Jurídico da Confederação Nacional de Municípios (CNM). Bacharel em Direito pela Unisinos/RS. Especialista em Direito Público pela Faculdade Projeção/DF.

de escolha dos vereadores? A hipótese suscitada para resolver a questão é no sentido de que a adoção do sistema da maioria simples em distrito uninominal pode efetivamente incentivar a obtenção de informação, diminuindo os custos do eleitor em votar. Quanto à metodologia empregada, trata-se de uma pesquisa bibliográfica e documental. Por fim, analisa-se – sob a ótica da Teoria Econômica da Democracia de Anthony Downs – se a proposta de fato representaria um avanço no sentido da maior influência dos governados na formação de políticas.

Palavras-chave: Sistema eleitoral. Eleição municipal. Escolha pública.

1. Introdução

As eleições no Brasil estão consolidadas. A cada pleito, nossa democracia avança e desperta os olhares do mundo, dadas a inovação no sistema de urnas eletrônicas e a consequente agilidade na apuração de votos.² Entretanto, remanescem alguns pontos de discussão que sempre permeiam o debate político, tais como: voto facultativo, fidelidade partidária, financiamento público de campanha e “voto distrital”.³

Em relação ao “voto distrital”, são apontadas as seguintes vantagens: (i) aproximação entre cidadãos e políticos; (ii) mais fácil fiscalização e cobrança dos eleitos; (iii) custos baixos de campanha; (iv) redução e fortalecimento dos partidos; (v) empoderamento do Poder Legislativo.

Por outro lado, recebe críticas no sentido de que fortaleceria o paroquialismo, o bipartidarismo, a subrepresentação de minorias e, ainda, a dis-

2 O Brasil utiliza o sistema da urna eletrônica desde 1996. Para mais informações sobre o histórico de implantação do sistema, acesse: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/biometria-e-urna-eletronica/urna-eletronica>>.

3 Distrito eleitoral é a unidade do território onde os votos são contados para os fins de distribuição das vagas em disputa. No Brasil, o Estado é o distrito nas eleições para governador, deputado federal, deputado estadual e senador, já o Município é o distrito na escolha de prefeitos e vereadores. Na eleição presidencial, o País acaba sendo um grande distrito eleitoral. Assim, sob o enfoque da Ciência Política, a expressão “voto distrital” para denominar o voto em maioria simples em distrito uninominal – apesar de consagrada no uso coloquial – não apresenta rigor técnico, ou seja, toda a eleição seria em última análise distrital.

cricionariedade no desenho dos distritos, o que poderia atender a interesses de oligarquias locais.

Interessante pesquisa realizada pelo Senado⁴ revela que a maioria dos eleitores das capitais brasileiras quer votar diretamente no candidato a deputado ou vereador e defende que seja eleito o mais votado, em uma parte do Estado ou Município. A preferência pelo “voto distrital” se manifesta pelas respostas dadas a três questões: 83% dos entrevistados querem que o voto seja dado diretamente ao candidato (e não ao partido ou a uma lista pré-definida); 55% querem que sejam eleitos os candidatos mais votados; e 64% defendem que a circunscrição eleitoral seja uma pequena região do Estado ou do Município.⁵

Desperta a atenção, entretanto, de que o tema do “voto distrital” tenha ficado de fora do debate da chamada “Reforma Política”, que caminha a passos lentos no Congresso Nacional⁶ e, infelizmente, não enfrenta aspectos estruturais do nosso sistema político (MONTEIRO, 2007).

Apesar de não pautado no âmbito da Reforma, o tema do “voto distrital” possui seus defensores no Congresso. Destaca-se o nome do senador Aloysio Nunes Ferreira (PSDB/SP), que apresentou pelo menos três propostas em torno do tema, a saber: PEC 19/2011, PEC 90/2011 e PLS 145/2011.

Interessa-nos, por ora, o Projeto de Lei do Senado (PLS) 145/2011, que está voltado à realidade da eleição local. A proposta busca dividir os Mu-

4 Entre os dias 21 e 29 de março de 2011, o DataSenado ouviu, por telefone, 797 pessoas com idade a partir de 16 anos, residentes nas capitais de todos os Estados e no Distrito Federal. Os pesquisadores utilizaram um questionário estruturado com respostas estimuladas. A margem de erro é de três pontos percentuais para mais ou para menos.

5 Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2011/04/04/datasenado-eleitor-prefere-voto-distrital-e-facultativo>>. Acesso em: 15 jun. de 2013.

6 A Reforma Política engloba um elenco de propostas no âmbito de uma Comissão Especial do Senado Federal, tais como: financiamento público de campanha (PLS 268/2011); data de posse e duração de mandato (PEC 38/2011); referendo (PEC 42/2011); coligações (PEC 40/2011); fidelidade partidária (PLS 266/2011); suplência de Senador (PEC 37/2011); sistema proporcional de listas preordenadas (PEC 43/2011); veda a transferência de domicílio eleitoral (PLS 265/2011); cláusula de desempenho (PLS 267/2011). Para mais informações, acesse: <<http://www.senado.gov.br/noticias/Especiais/reformapolitica/>>.

nicípios com mais de 200 mil eleitores em distritos de acordo com o número de cadeiras nas Câmaras de Vereadores. A partir disso, os partidos indicariam um candidato por distrito que seria eleito pelo sistema majoritário.

Na vigência do atual sistema proporcional, não há essa vinculação direta do candidato eleito com uma região pré-definida do Município, inexistindo igualmente o pleito majoritário para a escolha de vereador.

Então, o que se pretende saber é o seguinte: o sistema da maioria simples em distrito uninominal, na forma proposta pelo PLS 145/2011, contribuiria para diminuir os custos do eleitor em votar? Em caso afirmativo, a futura adoção do sistema poderia trazer maior eficiência ao processo político de escolha dos vereadores?

A hipótese formulada para responder a esse problema sustenta que a adoção do sistema da maioria simples em distrito uninominal para a eleição de vereador em Municípios com mais de 200 mil eleitores pode, efetivamente, incentivar a obtenção de informação, diminuindo os custos do eleitor em votar.

Pretende-se, assim, verificar o assunto à luz da Teoria Econômica da Democracia de Anthony Downs, bem como em relação a postulados básicos da própria análise econômica do direito.

2. O PLS 145/2011 e o “voto distrital”

Como já referido, o PLS 145/2011 propõe a eleição pelo sistema de maioria simples em distrito uninominal (voto distrital) nas eleições para vereador em Municípios com mais de 200 mil eleitores.

Antes de analisarmos a proposta, importa saber um pouco sobre sistema eleitoral.

Segundo Nicolau (NICOLAU, p. 27), sistema eleitoral “é o conjunto de normas que define como o eleitor poderá fazer suas escolhas e como os votos serão contabilizados para ser transformado em mandato”.

Douglas Rae (*apud* NICOLAU, p. 29) identificou três aspectos essen-

ciais dos sistemas eleitorais, a saber: o tamanho do distrito eleitoral, a estrutura do voto e a fórmula eleitoral.

O tamanho do distrito guarda relação com o número de cadeiras eleitas.⁷ O Estado de Rondônia, por exemplo, tem 8 (oito) representantes na Câmara Federal, enquanto São Paulo possui 70 (setenta).

Já a estrutura do voto define como o eleitor poderá expressar o seu voto, dividindo-se em nominal ou ordinal. O nominal dá a opção de o eleitor votar em um único partido, em uma lista de partidos ou em um nome de determinado partido. O voto ordinal, por sua vez, oferece a possibilidade de votar em todos os candidatos em ordem de preferência.

A fórmula eleitoral trata da contagem de votos para fins de distribuição das cadeiras em disputa. Temos, aqui, a fórmula da maioria simples, da maioria absoluta e a proporcional.

O objetivo da maioria simples é garantir a eleição daquele que receber mais votos, enquanto que na maioria absoluta se elege apenas quem obtiver mais de 50% dos votos.

A fórmula proporcional tem por finalidade assegurar a representação dos partidos no Legislativo em proporção aproximada aos votos recebidos.

Como vimos, o PLS 145/2011 quer instituir no Brasil a eleição para vereador pelo sistema da maioria simples em distrito uninominal. Eis o inteiro teor da proposta:⁸

PROJETO DE LEI DO SENADO

Nº 145, DE 2011

Altera a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, (Código Eleitoral), e a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, para instituir o sistema eleitoral majoritário nas eleições para as câmaras

7 No que se refere ao tamanho, os distritos podem ser divididos em uninominais (que elegem apenas um representante) ou plurinominais (que elegem mais de um representante).

8 Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=99815>. Acesso em: 15 jun. de 2013.

municipais nos municípios com mais de 200 mil eleitores.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º A Lei nº 4.737, de 15 de maio de 1965, Código Eleitoral, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 84-A:

“Art. 84-A. Nos municípios com mais de 200 mil eleitores a eleição para a Câmara Municipal dar-se-á pelo sistema majoritário, mediante o voto uninominal.

§ 1º Serão constituídos tantos distritos quantas vagas houver na respectiva câmara municipal.

§ 2º Cada partido ou coligação poderá lançar um único candidato em cada distrito.

§ 3º Os distritos serão constituídos nos termos de lei, obedecidos os princípios da contiguidade e igualdade do voto, e observados os termos de regulamento expedido pelo Tribunal Superior Eleitoral.

§ 4º A diferença numérica entre o contingente eleitoral dos distritos será inferior a dez por cento.”

Art. 2º O art. 47 da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, passa a vigorar acrescido do seguinte § 7º:

“Art. 47 [..]

§ 7º Nas eleições para vereador das cidades com mais de 200 mil eleitores, é assegurada a participação de todos os candidatos no horário eleitoral, nos termos de regulamentação, respeitada a autonomia dos partidos e observado, quanto à distribuição partidária, o disposto no § 2º deste artigo.” (NR)

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Na justificação do PLS, buscamos encontrar a razão para a adoção da maioria simples em distrito uninominal. O que encontramos é o destaque para o que seria uma oportunidade de experimentação democrática:⁹

9 Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=99815>. Acesso em: 15 jun. de 2013.

JUSTIFICAÇÃO

O sistema eleitoral brasileiro, quanto à forma de eleição dos deputados federais, está disposto no art. 45 da Constituição. Esse sistema se aplica às eleições dos deputados estaduais e distritais, por expressa determinação constitucional (§1º do art. 27 e § 3º do art. 32, CF).

A Constituição, entretanto, é omissa quanto ao sistema eleitoral aplicado às eleições para vereador, sendo a matéria objeto de disciplina mediante lei ordinária, o Código Eleitoral. Essa situação jurídica favorece a mudança do sistema eleitoral, nessa hipótese, uma vez que não é necessária a aprovação de proposta de emenda à Constituição para promover a mudança respectiva. Entendemos que o sistema eleitoral majoritário pode e deve ser aplicado, como regra, às eleições para os cargos legislativos, à exceção, evidentemente do cargo de Senador. As eleições para vereador, nas hipóteses referidas na presente proposta, constituem, por sua importância, uma excelente oportunidade para aplicar esse sistema.

E compreendemos, sobretudo, que **se faz necessária certa dose de experimentação democrática, para que a população brasileira viva a experiência de um sistema eleitoral diverso, para que adiante possa adotá-lo de modo permanente em outros pleitos legislativos.**

Solicitamos aos eminentes pares a atenção a esta proposição e o apoio imprescindível à sua aprovação (Grifo nosso).

Sala das Sessões, 6 de abril de 2011.

Senador ALOYSIO NUNES FERREIRA

Apesar de a justificção não trazer uma defesa clara da implantaçõ do sistema, buscamos uma entrevista concedida pelo proponente por meio da qual os objetivos ficam mais explícitos, a saber:¹⁰

10 Disponível em: <<http://www.aloysionunes.com/imprensa/projeto-de-aloy시오-nunes-cria-voto-por-distrito/>>. Acesso em: 15 jun. de 2013.

O voto distrital **corrige uma das piores mazelas do nosso sistema eleitoral: a distância entre eleitores e eleitos, evidenciada pelo fato de que nem bem termina a eleição e as pessoas não se lembram mais dos candidatos em quem votaram.** Neste novo modelo, o eleitor vota em quem conhece e ganha apoio quem melhor identifica os problemas do seu distrito e busca soluções. [...] No atual modelo, os candidatos a vereador disputam a eleição perante o eleitorado da cidade inteira. São centenas de candidatos correndo de um lado para o outro numa guerra de todos contra todos. Os eleitos chegam à Câmara Municipal sem compromissos sólidos com a comunidade (Grifo nosso).

Os argumentos giram em torno da ideia de aproximação entre eleitores e eleitos de forma a aumentar o interesse das pessoas no ato de escolher o seu candidato e votar. Como decorrência desse aumento de interesse, os eleitos teriam laços de compromissos mais firmes com o eleitorado. De alguma maneira, também podemos inferir que o custo ou o benefício da decisão tomada seria internalizada pelo eleitor dada essa reciprocidade (ALVES; MOREIRA, 2004).

A seguir, saberemos um pouco a respeito da Teoria Econômica da Democracia de Anthony Downs e, mais adiante, como ela pode auxiliar na compreensão dos objetivos do PLS 145/2011.

3. A teoria econômica da democracia de Anthony Downs

Anthony Downs apresentou em 1957 na obra *An Economic Theory of Democracy* uma teoria para explicar o comportamento político. Para tanto, o autor partiu de três premissas: (i) as decisões dos eleitores e dos partidos são racionais, ou seja, orientadas pelo interesse próprio; (ii) o sistema democrático apresenta algum grau de previsibilidade em relação às escolhas efetuadas por

eleitores e partidos; (iii) apesar dessa previsibilidade, remanesce um grau suficiente de incerteza que permite diferenciar as opções de escolha (DOWNS, 1999).

A primeira premissa está assentada na compreensão de que toda eleição serve para escolher um governo, logo, o comportamento racional que se espera é orientado ao cumprimento dessa finalidade. Segundo Downs (1999, p. 29):

A função política das eleições numa democracia, presumimos, é selecionar um governo. Portanto, o comportamento racional vinculado às eleições é comportamento orientado para esse fim e nenhum outro. Vamos admitir que um certo homem prefere o partido A por razões políticas, mas a sua esposa tem um acesso de raiva toda vez que ele deixa de votar no partido B. É perfeitamente racional, do ponto de vista pessoal, que esse homem vote no partido B, se evitar os acessos de raiva de sua mulher é mais importante para ele do que a vitória de A, em vez de B. Contudo, em nosso modelo tal comportamento é considerado irracional porque emprega um expediente político para um propósito não político.

Os partidos igualmente procuram ganhar as eleições não para executar um programa ideológico, mas para desfrutar dos benefícios de estar no poder. Assim, para ganhar a eleição, eles precisam angariar mais votos do que qualquer outro.

Quando o eleitor é colocado diante de mais de uma opção, ele faz um cálculo do benefício esperado com cada uma delas. Ao avaliar o partido que está no poder, projeta a ação em função do que já foi desenvolvido e, se vale a pena, por conseguinte, aposta na continuidade. Já no que diz respeito ao partido de oposição, pondera o discurso ou as promessas e também avalia o que ele teria feito se estivesse no governo.

Importante assentar que o cálculo dos ganhos ou das perdas com a

escolha só pode ser realizado se admitirmos que os partidos são confiáveis no seu comportamento. Esta é a segunda premissa, afinal, caso não fosse possível prever uma boa dose de consistência em relação ao comportamento dos partidos e do governo, não seria possível a escolha racional proposta por Downs.

A terceira premissa reconhece o dinamismo social e, nesse sentido, um certo grau de incerteza em propostas que agradam um grupo social e desagradam outros.

Segundo Downs (DOWNS, 1999), a adequação das propostas aos interesses dos grupos está baseada não em ideologias, mas nas ações concretas levadas a efeito pelos governos. É claro que as ideologias cumprem um papel junto ao eleitor, permitindo que ele faça certa generalização para tentar avaliar as outras propostas do partido e se dizem respeito ou não ao seu interesse.

A partir das premissas da Teoria, percebe-se que a probabilidade de os cidadãos votarem é maior se a expectativa em relação à importância decisiva do seu voto e os benefícios esperados com ele forem maiores que os custos.

Podendo escolher entre os candidatos A, B ou C, o eleitor avaliará se a vitória ou a derrota de qualquer dos candidatos atende mais ou menos aos seus interesses. Verificado isso, ele avaliará, ainda, se o seu voto será decisivo para o resultado do pleito. Caso não seja decisivo, a probabilidade de não votar aumenta muito.

Cumpra assinalar, também, que a obtenção de informação recebe destaque na Teoria Econômica da Democracia. Anthony Downs demonstra que, em geral, não há incentivo para o cidadão adquirir informação. Ela tem custo e, dado o enorme eleitorado, seu voto não definirá o partido vencedor, então, o indivíduo tende a negligenciar sua parte dos custos.

Para Downs (1999, p. 277):

Em geral, é irracional ser politicamente bem-informado porque os baixos retornos provenientes dos dados simplesmente não

justificam seu custo em tempo e em outros recursos escassos. Portanto, muitos eleitores não se dão ao trabalho de descobrir seus verdadeiros pontos de vista antes de votar, e a maioria dos cidadãos não está suficientemente bem informada para influenciar diretamente a formulação daquelas políticas que a afeta. Esses resultados demonstram que a verdadeira igualdade política é impossível mesmo nas democracias, desde que (1) exista a incerteza, (2) haja divisão do trabalho e (3) os homens ajam racionalmente.

A questão a saber é se a mudança do atual sistema proporcional para o modelo da maioria simples em distrito uninominal incentivaria a obtenção de informação por parte do cidadão, reduzindo os custos em uma eleição local para vereador.

4. O PLS 145/2011 sob a ótica da Teoria Econômica da Democracia

A análise de Anthony Downs utiliza ferramentas da microeconomia pressupondo a democracia como um “Mercado” (1999, p. 29):

Desse modo, não levamos em consideração a personalidade global de cada indivíduo quando discutimos qual comportamento é racional no caso dele. Não abrimos espaço para a rica diversidade dos fins atendidos por cada um de seus atos, a complexidade de seus motivos, o modo como cada parte de sua vida está inteiramente relacionada com suas necessidades emocionais. **Ao contrário, tomamos emprestada da teoria econômica tradicional a idéia do consumidor racional. Correspondendo ao notório *homo economicus* que Veblen e outros censuraram severamente, nosso *homo politicus* é o “homem médio” do eleitorado, o “cidadão racional” da nossa democracia modelo (Grifo nosso).**

A própria eficiência desse “mercado político” pode ser avaliada sob a ótica do conceito de “Ótimo de Pareto”: um ótimo de Pareto é um estado onde não é possível melhorar a situação de nenhum dos agentes envolvidos sem piorar a de outro. Em termos políticos, por exemplo, um ótimo de Pareto seria a eleição de uma Câmara Municipal de Vereadores que representasse fidedignamente os interesses da população.

Para que um mercado seja eficiente, a análise econômica enfatiza que devem coexistir três características: (i) os participantes devem ser racionais e informados; (ii) deve haver competição entre eles; e (iii) os direitos devem ser bem definidos e facilmente transferíveis (custos de transação baixos) (COTTER; ULLEN, 2010).

Da mesma forma, para que o processo político-eleitoral nos sistemas democráticos seja eficiente, é preciso, dentre outros fatores: competição entre políticos, partidos e dentro dos próprios partidos; eleitores racionais e custos baixos de negociação, como um desenho institucional que simplifique o processo de escolha e não exija, por exemplo, unanimidade entre os parlamentares, ou maiorias absolutas; etc.

O PLS, ora em análise, aponta nesse sentido, afinal, propõe a divisão do Município em distritos que correspondam ao número de cadeiras das Câmaras de Vereadores.

O número de cadeiras nas Câmaras é definido pela Lei Orgânica dentro de parâmetros estabelecidos pela Constituição, a saber (BRASIL, p. 34-36):

CAPÍTULO IV DOS MUNICÍPIOS

Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: [...]

IV – para a composição das Câmaras Municipais, será observado o limite máximo de: (Redação dada pela Emenda Constitucional Constitucional nº. 58, de 2009) (Produção de efeito)

- a) 9 (nove) Vereadores, nos Municípios de até 15.000 (quinze mil) habitantes; (Redação dada pela Emenda Constituição Constitucional nº 58, de 2009)
- b) 11 (onze) Vereadores, nos Municípios de mais de 15.000 (quinze mil) habitantes e de até 30.000 (trinta mil) habitantes; (Redação dada pela Emenda Constituição Constitucional nº 58, de 2009)
- c) 13 (treze) Vereadores, nos Municípios com mais de 30.000 (trinta mil) habitantes e de até 50.000 (cinquenta mil) habitantes; (Redação dada pela Emenda Constituição Constitucional nº 58, de 2009)
- d) 15 (quinze) Vereadores, nos Municípios de mais de 50.000 (cinquenta mil) habitantes e de até 80.000 (oitenta mil) habitantes; (Incluída pela Emenda Constituição Constitucional nº 58, de 2009)
- e) 17 (dezesete) Vereadores, nos Municípios de mais de 80.000 (oitenta mil) habitantes e de até 120.000 (cento e vinte mil) habitantes; (Incluída pela Emenda Constituição Constitucional nº 58, de 2009)
- f) 19 (dezenove) Vereadores, nos Municípios de mais de 120.000 (cento e vinte mil) habitantes e de até 160.000 (cento sessenta mil) habitantes; (Incluída pela Emenda Constituição Constitucional nº 58, de 2009)
- g) 21 (vinte e um) Vereadores, nos Municípios de mais de 160.000 (cento e sessenta mil) habitantes e de até 300.000 (trezentos mil) habitantes; (Incluída pela Emenda Constituição Constitucional nº 58, de 2009)
- h) 23 (vinte e três) Vereadores, nos Municípios de mais de 300.000 (trezentos mil) habitantes e de até 450.000 (quatrocentos e cinquenta mil) habitantes; (Incluída pela Emenda Constituição Constitucional nº 58, de 2009)
- i) 25 (vinte e cinco) Vereadores, nos Municípios de mais de 450.000 (quatrocentos e cinquenta mil) habitantes e de até 600.000 (seiscentos mil) habitantes; (Incluída pela Emenda Constituição Constitucional nº 58, de 2009)
- j) 27 (vinte e sete) Vereadores, nos Municípios de mais de 600.000 (seiscentos mil) habitantes e de até 750.000 (setecentos

cinquenta mil) habitantes; (Incluída pela Emenda Constituição Constitucional nº 58, de 2009)

k) 29 (vinte e nove) Vereadores, nos Municípios de mais de 750.000 (setecentos e cinquenta mil) habitantes e de até 900.000 (novecentos mil) habitantes; (Incluída pela Emenda Constituição Constitucional nº 58, de 2009)

l) 31 (trinta e um) Vereadores, nos Municípios de mais de 900.000 (novecentos mil) habitantes e de até 1.050.000 (um milhão e cinquenta mil) habitantes; (Incluída pela Emenda Constituição Constitucional nº 58, de 2009)

m) 33 (trinta e três) Vereadores, nos Municípios de mais de 1.050.000 (um milhão e cinquenta mil) habitantes e de até 1.200.000 (um milhão e duzentos mil) habitantes; (Incluída pela Emenda Constituição Constitucional nº 58, de 2009)

n) 35 (trinta e cinco) Vereadores, nos Municípios de mais de 1.200.000 (um milhão e duzentos mil) habitantes e de até 1.350.000 (um milhão e trezentos e cinquenta mil) habitantes; (Incluída pela Emenda Constituição Constitucional nº 58, de 2009)

o) 37 (trinta e sete) Vereadores, nos Municípios de 1.350.000 (um milhão e trezentos e cinquenta mil) habitantes e de até 1.500.000 (um milhão e quinhentos mil) habitantes; (Incluída pela Emenda Constituição Constitucional nº 58, de 2009)

p) 39 (trinta e nove) Vereadores, nos Municípios de mais de 1.500.000 (um milhão e quinhentos mil) habitantes e de até 1.800.000 (um milhão e oitocentos mil) habitantes; (Incluída pela Emenda Constituição Constitucional nº 58, de 2009)

q) 41 (quarenta e um) Vereadores, nos Municípios de mais de 1.800.000 (um milhão e oitocentos mil) habitantes e de até 2.400.000 (dois milhões e quatrocentos mil) habitantes; (Incluída pela Emenda Constituição Constitucional nº 58, de 2009)

r) 43 (quarenta e três) Vereadores, nos Municípios de mais de 2.400.000 (dois milhões e quatrocentos mil) habitantes e de até 3.000.000 (três milhões) de habitantes; (Incluída pela Emenda Constituição Constitucional nº 58, de 2009)

s) 45 (quarenta e cinco) Vereadores, nos Municípios de mais de 3.000.000 (três milhões) de habitantes e de até 4.000.000 (quatro milhões) de habitantes; (Incluída pela Emenda Cons-

tituição Constitucional nº 58, de 2009)

t) 47 (quarenta e sete) Vereadores, nos Municípios de mais de 4.000.000 (quatro milhões) de habitantes e de até 5.000.000 (cinco milhões) de habitantes; (Incluída pela Emenda Constituição Constitucional nº 58, de 2009)

u) 49 (quarenta e nove) Vereadores, nos Municípios de mais de 5.000.000 (cinco milhões) de habitantes e de até 6.000.000 (seis milhões) de habitantes; (Incluída pela Emenda Constituição Constitucional nº 58, de 2009)

v) 51 (cinquenta e um) Vereadores, nos Municípios de mais de 6.000.000 (seis milhões) de habitantes e de até 7.000.000 (sete milhões) de habitantes; (Incluída pela Emenda Constituição Constitucional nº 58, de 2009)

w) 53 (cinquenta e três) Vereadores, nos Municípios de mais de 7.000.000 (sete milhões) de habitantes e de até 8.000.000 (oito milhões) de habitantes; e (Incluída pela Emenda Constituição Constitucional nº 58, de 2009)

x) 55 (cinquenta e cinco) Vereadores, nos Municípios de mais de 8.000.000 (oito milhões) de habitantes; (Incluída pela Emenda Constituição Constitucional nº 58, de 2009).

Como a proposta envolve apenas os Municípios com mais de 200 mil eleitores, caso o projeto fosse aprovado hoje, 86 Entes locais¹¹ viveriam a experiência do voto distrital para a escolha de vereador no Brasil.

A partir da redução do espectro de abrangência do voto, ou seja, não mais no Município inteiro, e sim em um distrito apenas e considerando a eleição majoritária por maioria simples, parece claro o aumento do caráter decisivo do voto na definição do vencedor. Atualmente, o número de cadeiras parlamentares ocupada por cada partido é diretamente determinada pela proporção de votos obtida por ele. Temos aqui uma proposta de simplificação da regra do jogo se

11 Levantamento realizado pela área de estudos técnicos da Confederação Nacional de Municípios (CNM) em 15 de junho de 2013.

compararmos com o sistema proporcional.

Levando em conta, ainda, que a competência legislativa do Município está voltada para temas de interesse local, não há dúvida de que o eleito seria um interlocutor privilegiado das demandas comuns do distrito junto ao Executivo.

Um vereador eleito – representante de um distrito – irá legislar e fiscalizar a administração municipal em temas como: ocupação do solo, transporte público, impostos municipais, iluminação pública, serviços públicos na área de saúde e educação, dentre outros. São campos de atuação que afetam a vida do cidadão e, sobretudo, o dia a dia de um distrito.

Evidentemente, não há sistema perfeito e imune a críticas e, como estamos a tratar de um cenário hipotético, não temos dados para medir o comportamento do eleitor; contudo, a partir do ferramental teórico indicado por Anthony Downs, há uma sinalização no sentido de que o custo na obtenção de informação pelo eleitor diminuiria no cenário proposto pelo PLS 145/2011 quando comparamos com o sistema vigente.

Nesse sentido, pode-se avançar também na compreensão da maior eficiência do processo político na eleição local dados os pressupostos de maior competição (disputa por votos no âmbito do distrito) e menores custos para obtenção de informação.

Assim, temos que, estando presentes fatores peculiares relacionados ao tamanho dos distritos e ao espectro de atuação do eleito, podemos considerar positiva a iniciativa do PLS 145/2011.¹²

12 O PLS 145/2011 foi rejeitado no âmbito da CCJ do Senado em 8/5/2013. Houve recurso ao Plenário do Senado que aguarda apreciação. Para maiores informações sobre a tramitação da proposta acesse: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=99815>. Acesso em: 15 jun. de 2013.

5. Metodologia

O presente trabalho baseou-se na pesquisa bibliográfica e documental. Foram consultadas, para tanto, obras doutrinárias na área da análise econômica do direito, economia e ciência política, bem como *sites* na internet que permitiram realizar uma abordagem qualitativa a respeito do tema, relacionando os elementos e interpretando dados e informações.

6. Conclusão

Por fim, verifica-se que um dos pressupostos da Teoria Econômica da Democracia de que os partidos se comportam como empresários em uma economia que busca o lucro e de que os eleitores, por outro lado, agem como consumidores proporciona um olhar muito próprio a respeito do comportamento político.

Projetando isso para uma eleição local onde a realidade dos distritos diminuiria os custos do eleitor na obtenção de informação, podemos avançar no sentido de verificar que um modelo como o analisado no presente trabalho poderia redundar em uma maior influência dos governados na formação de políticas locais. Para Downs (1999, p. 275):

A comparação mostra que **o custo de informação impede que nosso governo-modelo alguma vez funcione por consentimento dos governados num sentido puro**. Isso não significa que o governo toma decisões sem considerar os desejos das pessoas afetadas; pelo contrário, é extremamente sensível aos desejos do eleitorado. Não obstante, devido à estrutura mesma da sociedade, cada decisão governamental não pode resultar de igual consideração dos desejos de homens que são igualmente afetados pelas decisões (Grifo nosso).

Menos custo de informação e, por conseguinte, mais interesse em escolher seu representante indicam maior aproximação entre eleitor e eleito, o que de fato pode contribuir para uma maior influência na gestão das políticas públicas.

Assim, diante de tudo o que foi exposto e, em especial, a partir do modelo proposto por Anthony Downs, verifica-se que o PLS 145/2011 – caso fosse implantado no Brasil – contribuiria para diminuir os custos do eleitor em votar e, conseqüentemente, proporcionaria maior eficiência ao processo político de escolha dos vereadores.

Referências

ALVES, André Azevedo; MOREIRA, José Manuel. *O que é a escolha pública?* – Para uma análise econômica da política. Cascais: Principia, Publicações Universitárias e Científicas, 2004.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 44^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. Tradução de Luís Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5^a ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DOWNS, Anthony. *Uma Teoria Econômica da Democracia*. Tradução de Sandra Guardini Teixeira Vasconcelos. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999.

MONTEIRO, Jorge Vianna. *Como funciona o governo: escolhas públicas na democracia representativa*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

NICOLAU, Jairo Marconi. *Sistemas Eleitorais (Recurso eletrônico)*. 6^a ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A VISÃO SISTEMÁTICA DA CONSTITUIÇÃO COMO INTERPRETAÇÃO DA FEDERAÇÃO BRASILEIRA NAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE QUE IMPUGNAM A LEI 12.734/2012 – DEBATES ACERCA DOS *ROYALTIES* DO PETRÓLEO NO PRÉ-SAL

Ricardo Hermany¹

Rodrigo Dias²

André Alencar³

Felipe da Veiga Dias⁴

1 Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado/Doutorado da Unisc. Chefe do Departamento de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc). Doutor em Direito pela Universidade do Vale dos Sinos. Pós-doutorado em Direito Administrativo Municipal pela Universidade de Lisboa/Portugal. Advogado.

2 Coordenador do Departamento Jurídico da Confederação Nacional de Municípios (CNM). Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS/RS). Especialista em Direito Público pela Faculdade Projeção/DF.

3 Mestre em Ciências Econômicas (UnB/DF). Especialista em Finanças Públicas. Economista da Confederação Nacional de Municípios (CNM).

4 Possui graduação em Direito pela Ulbra-SM (2008), pós-graduação em Direitos Fundamentais e Constitucionalização do Direito pela PUC-RS (2009), mestre em Direito pela Unisc (2011) e, atualmente, doutorando em Direito pela Unisc (2014). Professor da Faculdade Metodista de Santa Maria (Fames).

1. Introdução

O presente estudo debruça-se sobre o tema das Ações Diretas de Inconstitucionalidade⁵ que impugnam a Lei 12.734/2012, versando sobre os debates acerca dos *royalties* do petróleo oriundos da região denominada de pré-sal. Deste modo, a fim de demonstrar a coerência e a adequação da postura dos Municípios e dos Estados não “produtores”, adota-se a exposição dos principais argumentos normativos e pragmáticos envolvendo a questão, de maneira a dispor um conteúdo sólido no posicionamento oposto aos chamados Estados e Municípios “produtores”.

Igualmente, são dispostas as teses jurídicas nas quais estão abalizadas as apreciações fáticas da questão, expondo uma visão sistemática do texto constitucional, juntamente com as bases principiológicas e com a exposição de um modelo federativo cooperativo e integrador dos ideais esculpidos pelo texto constitucional. Contudo, não se está aqui a determinar a “verdade”, mas, tão somente, o posicionamento mais adequado, conforme a interpretação sistemática das bases constitucionais.

2. Aspectos históricos acerca dos *royalties* no Brasil

Os *royalties* do petróleo foram instituídos pela Lei 20.004, de 1953, que criou a Petrobras. No início, esses *royalties* correspondiam a uma alíquota de 5% sobre o valor do petróleo extraído em terra. Não havia exploração de petróleo em mar. Nessa fase inicial, os *royalties* eram transferidos para os Estados, que deviam repassar 20% para os Municípios.

Em 1969, quando se descobriu petróleo em mar, o governo federal passou a se apropriar sozinho dos *royalties* referentes à extração na plataforma

5 ADI 4.916; ADI 4.917; ADI 4.918 e ADI 4.920.

continental. Assim, os *royalties* de terra ficavam com os Estados e os Municípios, e os de mar, somente com a União.

Essa situação se prolongou até o final de 1985, quando a Lei 7.453 criou uma regra de repartição dos *royalties* de mar com Estados e Municípios. Da alíquota de 5%, apenas 1% permaneceu com o governo federal, 3% foram destinados a Estados e Municípios confrontantes aos poços de petróleo e 1% foi destinado, pela primeira vez, para todos os Municípios e Estados do País, via Fundo de Participação dos Municípios (FPM) e Fundo de Participação dos Estados (FPE), respectivamente. Este era o chamado Fundo Especial: 80% para o FPM e 20% para o FPE.

Em 1989, a Lei 7.990 reduziu a fatia do Fundo Especial pela metade, ou seja, para 0,5% (ou 10% dos *royalties* de mar), remanejando os 0,5% restantes para os Municípios com instalações de embarque e desembarque de petróleo e gás natural.

Nesse momento, essas mudanças não chamavam muito a atenção, porque o valor dos *royalties* era insignificante. Em 1997, entretanto, o governo aprovou a Lei 9.478, chamada Lei do Petróleo, que ampliou a alíquota dos *royalties* de 5% para até 10% e criou a participação especial equivalente a até 40% da receita líquida de cada campo. Em 2007, a descoberta de reservas gigantescas de petróleo na área do pré-sal aliada ao forte aumento do preço do petróleo – fato, aliás, que persiste nos últimos anos – tornou premente a necessidade de se debater a distribuição dos *royalties* e da participação especial no contexto da Federação.

As regras estabelecidas na Lei 9.478, de 1997, distribuem aos Estados e aos Municípios confrontantes cerca de 60% dos *royalties* e 50% da participação especial. À União, cabem 30% dos *royalties* e os outros 50% da participação especial. Para todos os demais Estados e Municípios, são destinados menos de 10% dos *royalties* e nada da participação especial. Trata-se de uma distribuição visivelmente injusta.

A perpetuação do quadro atual torna-se ainda mais grave diante de dois fatos. O primeiro é que a maior parte da produção tende a ocorrer a dezenas ou mesmo centenas de quilômetros da costa. Torna-se, assim, cada vez mais tênue a relação entre a produção e a confrontação com o Município ou o Estado. Em segundo lugar, o volume de recursos envolvidos é grande e crescente, este ano deve chegar a R\$ 31,2 bilhões, segundo previsão da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) divulgada em março de 2013. A ANP também informa que, no final desta década, apenas as áreas já contratadas estarão gerando *royalties* e participação especial próximos a R\$ 70 bilhões ao ano.

Portanto, a sociedade brasileira, por seus representantes legítimos (Congresso Nacional), já demonstrou que não aceita tamanha injustiça, na qual Estados e Municípios ditos “produtores” junto com a União concentram 97% dos recursos distribuídos, enquanto que todos os demais Entes da Federação ficam com apenas 3%.

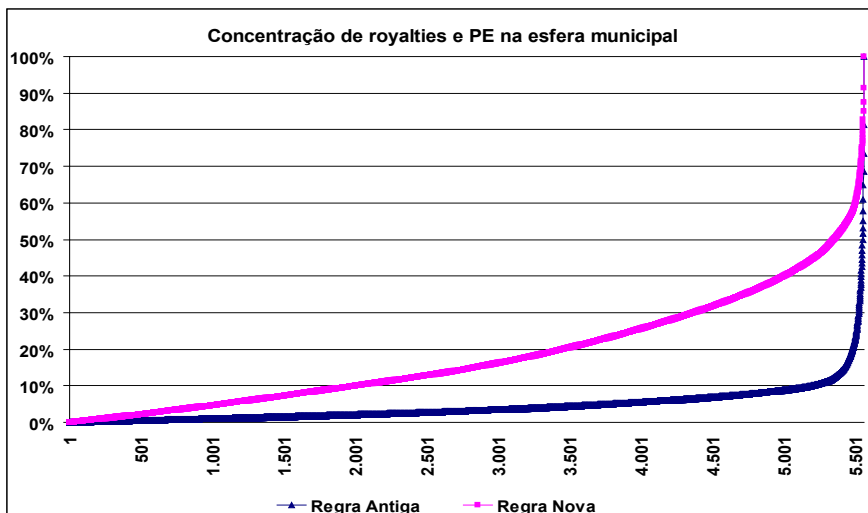
Dentre os Entes subnacionais apenas 2 governos estaduais (ES e RJ) e 30 Municípios concentram 83% dos recursos. Como apontado pela ANP, até 2022, dos contratos já realizados até agora, será distribuído mais de R\$ 0,5 trilhão de reais. Destacando-se que, sem a vigência e a eficácia plena da Lei 12.734/2012, apenas os Entes confrontantes receberão R\$ 306 bilhões, enquanto que o restante do País receberá apenas R\$ 24,5 bilhões.

No mesmo comparativo até 2022, a Lei 12.734/2012 – que se passa a discorrer agora –, com muito mais equilíbrio, continuará, na prática, distribuindo fatia maior para Entes confrontantes, cujos poucos beneficiados receberão R\$ 154,4 bilhões, enquanto que a fatia de todos os demais Entes será de R\$ 216,7 bilhões. A participação dos Entes subnacionais aumenta em detrimento da União, que reduz de 40% do total dos recursos para 33% com a nova Lei.

No gráfico abaixo, pode-se ver o grau de concentração de recursos na esfera municipal promovido pela regra anterior à nova Lei em discussão (linha inferior do gráfico). Observa-se que, na regra atual, apenas os 0,36% dos Mu-

nicípios brasileiros que mais recebem recursos concentram 60% das receitas distribuídas. Na nova regra estabelecida pela Lei 12.734/2012 (linha superior do gráfico), continua ocorrendo grande concentração em favor de Municípios confrontantes, mas em um grau menor, evidenciado pela curva mais suave. Nessa regra, 10% dos Municípios que mais recebem *royalties* concentram 60% dos recursos. Lembrando que, na regra anterior, apenas 0,34% dos Municípios brasileiros concentravam essa proporção.

GRÁFICO 1 – CONCENTRAÇÃO DE ROYALTIES E PE NA ESFERA MUNICIPAL



Fonte: Elaboração própria com base nos dados da ANP.⁶

Ademais, na tabela a seguir, se tem os valores distribuídos à dezena de Municípios que mais receberam recursos em 2012. Neste ano, apenas 11 Municípios foram beneficiados com 50% dos recursos distribuídos de *royalties* e participação especial (PE) para todos os Entes locais.

6 Disponível em: <<http://www.anp.gov.br/?pg=9080>>. Acesso em: 1ª jun. de 2013.

O Município de Campos dos Goytacazes/RJ, por exemplo, recebeu 17,6% da fatia municipal, cerca de R\$ 1,4 bilhões. Sendo que, em 2012, obteve uma arrecadação com todas as demais receitas de apenas R\$ 705 milhões. Ou seja, todas as demais fontes de recursos do Município somam apenas a metade do valor recebido por *royalties* e participação especial.

TABELA 1 – ROYALTIES E PE DISTRIBUÍDOS EM 2012, MUNICÍPIOS QUE MAIS RECEBEM

Royalties e PE distribuído em 2012, municípios que mais recebem:

Município	Valor recebido	% acumulado
Campos dos Goytacazes/RJ	1.381.640.537	17,6%
Macaé/RJ	566.350.926	24,8%
Rio das Ostras/RJ	355.594.736	29,3%
Cabo Frio/RJ	336.521.622	33,6%
Presidente Kennedy/ES	264.013.121	36,9%
São João da Barra/RJ	229.412.571	39,9%
Rio de Janeiro/RJ	224.963.603	42,7%
Itapemirim/ES	173.549.937	44,9%
Casimiro de Abreu/RJ	129.248.911	46,6%
Maricá/RJ	123.037.943	48,1%
Niterói/RJ	121.665.921	49,7%
Demais Municípios	3.956.732.215	100,0%

Fonte: Elaboração própria com dados da ANP

R\$ 1

Os dados acima revelam uma concentração da riqueza nacional que não passou despercebida pela sociedade brasileira, a qual, prontamente, exigiu de seus representantes (Congresso Nacional) a construção de uma saída para esse quadro iníquo.

Verifica-se, assim, que a mudança nos percentuais de distribuição de *royalties* e participação especial atende a essa nova realidade da exploração de petróleo no nosso País, além de acabar com privilégios que não encontram guarida em nossa Carta Federal.

3. O contexto da criação da Lei 12.734/2012 e seus reais impactos nos Entes federados

O grau de indignação com as regras estabelecidas na Lei 9.478/1997 já levou as Casas do Legislativo e o Congresso Nacional a aprovarem, por cinco vezes, novas regras de distribuição. A primeira aprovação foi na votação da chamada “Emenda Ibsen”, na Câmara dos Deputados, quando da aprovação do PL 5.938, de 2009, que veio para o Senado numerado como PLC 16, de 2010.

A segunda vez foi no Senado Federal, quando na votação do PLC 7, de 2010, foi aprovada a chamada “Emenda Pedro Simon”, que mantinha, em linhas gerais, o conteúdo da “Emenda Ibsen”: preservava-se a parcela da União e o restante seria dividido entre Estados e Municípios, segundo os critérios do FPE e FPM, respectivamente. A “Emenda Pedro Simon” estabelecia, ainda, que a União compensaria os Entes produtores por perda de arrecadação. O PLC 7, de 2010, transformou-se na Lei 12.351, de dezembro de 2010, com o veto do Presidente Lula sobre a “Emenda Pedro Simon”.

As demais votações do Legislativo federal por uma nova regra ocorreram na aprovação da Lei 12.734/2012. Primeiramente, no Senado, seguida por aprovação sem alterações na Câmara dos Deputados e, finalmente, na derrubada dos vetos da Presidente Dilma pelo Congresso Nacional. Essa lei nasceu de um amplo acordo envolvendo representantes do governo federal, presidentes da Câmara e do Senado, líderes partidários e representação da sociedade civil. Esse acordo foi construído para evitar a apreciação do veto que o ex-presidente Lula realizou à chamada “Emenda Pedro Simon”.

Trata-se de uma legislação que procurou resolver problemas do primeiro projeto aprovado e vetado em 2010, Emenda Simon, que erroneamente distribuía todo o recurso de forma igualitária, não estabelecendo o tratamento diferenciado que o art. 20 da Constituição garante aos Entes confrontantes.

Após ouvir todas as partes – União, confrontantes e não confrontantes – e considerando a forte receptividade da Emenda Ibsen/Pedro Simon no

Congresso Nacional, entendeu-se que a proposta deveria satisfazer aos seguintes princípios:

I) as regras de distribuição das receitas de petróleo em vigor são inadequadas devido ao desperdício fiscal gerado pela alta concentração dos recursos;

II) as regras têm de ser alteradas para campos já licitados e em produção. Se as novas regras somente forem aplicadas para campos ainda a serem licitados, quase a totalidade dos recursos que serão distribuídos na próxima década continuaria com a concentração absurda estabelecida pela legislação atual, já que a receita de novos campos demorará esse tempo para gerar *royalties*. De acordo com o Plano Decenal de Energia (PDE) 2020, elaborado pela Empresa de Pesquisa Energética (EPE), do Ministério de Minas e Energia, até 2020, da produção prevista de 6 milhões de barris/dia, nada menos que 5,7 milhões de barris/dia serão provenientes de campos concedidos. O restante, em sua grande maioria, deve vir das áreas cedidas onerosamente para a Petrobras, nos termos da Lei nº 12.276, de 2010;

III) Estados e Municípios produtores não podem sofrer quedas substanciais de receitas, de forma a comprometer sua saúde financeira. A partir desse princípio, foi incorporada uma longa regra de transição para os novos padrões de distribuição. A nova Lei garante a compensação prevista na Constituição Federal aos Estados e Municípios confrontantes e afetados, ao estipular percentuais dos *royalties* e da participação especial exclusivamente para estes Entes. Estes percentuais garantirão uma receita estimada de R\$ 11,7 bilhões em 2013 e R\$ 13,6 bilhões em 2014, de acordo com as projeções da ANP. Inclusive, os recursos transferidos aos Entes confrontantes aumentarão anualmente.

Para o acordo gerador da Lei 12.734, a União abdicou de 1/3 de suas receitas de *royalties* e reduziu inicialmente oito pontos percentuais de sua parcela na participação especial. Em outras palavras, a participação da União cairá dos atuais 50% para 42%, a fim de permitir que o fundo especial, destinado aos

Estados e aos Municípios não confrontantes, aufrira recursos significativos no primeiro ano. Gradativamente, contudo, à medida que o fundo especial passe a arrecadar mais devido ao crescimento da produção, a parcela da União na participação especial irá gradativamente aumentar até atingir 46% em 2016.

Nas tabelas abaixo, apresenta-se a regra de transição na qual os percentuais são progressivamente alterados nos próximos anos, tanto para a distribuição de *royalties*, quanto da participação especial.

TABELA 2 – ROYALTIES: REGRA DE TRANSIÇÃO

Royalties	2012 *	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Total	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%
União	30,00%	20,00%	20,00%	20,00%	20,00%	20,00%	20,00%	20,00%	20,00%
Total Confrontação/Af.	61,25%	38,00%	36,00%	34,00%	32,00%	29,00%	27,00%	26,00%	26,00%
Estados confrontantes	26,25%	20,00%	20,00%	20,00%	20,00%	20,00%	20,00%	20,00%	20,00%
Municípios confrontantes	26,25%	15,00%	13,00%	11,00%	9,00%	7,00%	5,00%	4,00%	4,00%
Municípios afetados	8,75%	3,00%	3,00%	3,00%	3,00%	2,00%	2,00%	2,00%	2,00%
Fundo especial	8,75%	42,00%	44,00%	46,00%	48,00%	51,00%	53,00%	54,00%	54,00%
FPM	7,00%	21,00%	22,00%	23,00%	24,00%	25,50%	26,50%	27,00%	27,00%
FPE	1,75%	21,00%	22,00%	23,00%	24,00%	25,50%	26,50%	27,00%	27,00%

* Percentuais de distribuição da legislação anterior (Lei 9.478 de 1997)

Fonte: Lei nº 12.734 de 2012

TABELA 3 – PARTICIPAÇÃO ESPECIAL: REGRA DE TRANSIÇÃO

Part. Especial Nova	2012 *	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Total	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%
União	50,00%	43,00%	44,00%	45,00%	46,00%	46,00%	46,00%	46,00%	46,00%
Total Confrontação/Af.	50,00%	37,00%	34,00%	31,00%	29,00%	27,00%	25,00%	24,00%	24,00%
Estados confrontantes	40,00%	32,00%	29,00%	26,00%	24,00%	22,00%	20,00%	20,00%	20,00%
Municípios confrontantes	10,00%	5,00%	5,00%	5,00%	5,00%	5,00%	5,00%	4,00%	4,00%
Municípios afetados	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%
Fundo especial	0,00%	20,00%	22,00%	24,00%	25,00%	27,00%	29,00%	30,00%	30,00%
FPM	0,00%	10,00%	11,00%	12,00%	12,50%	13,50%	14,50%	15,00%	15,00%
FPE	0,00%	10,00%	11,00%	12,00%	12,50%	13,50%	14,50%	15,00%	15,00%

* Percentuais de distribuição da legislação anterior (Lei 9.478 de 1997)

Fonte: Lei nº 12.734 de 2012

Pela nova regra, os governos estaduais receberão mais recursos no próximo ano do que receberam em 2012. As exceções são o governo do Rio de Janeiro (RJ), que terá redução de 15% no primeiro ano, e o governo do Espírito Santo (ES), com redução de 21%. De acordo com as projeções de aumento de produção, em 2015, tanto o RJ quanto ES já estarão recebendo mais do que atualmente.

Os resultados da nova regra para os próximos anos de acordo com as projeções da ANP são apresentados na tabela seguinte. Veja-se que os percentuais definidos garantem uma transição adequada para os Entes confrontantes, sendo que a redução da participação para estes Entes é contrabalançada pelo aumento de produção previsto ao longo dos próximos anos, garantindo, assim, um patamar de receita até mesmo crescente.

TABELA 4 – PROJEÇÃO DE ARRECADAÇÃO COM ROYALTIES E PE

Lei nº 12.734 de 2012	R\$ (milhões)								
Royalties+PE	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Total	30.144	31.200	38.900	47.500	56.500	56.600	62.600	64.700	66.000
União	12.208	9.736	12.484	15.850	19.256	19.484	20.996	21.208	21.130
Total Confrontação/Af.	16.683	11.704	13.612	15.388	17.162	15.786	16.250	16.186	16.550
Estados confrontantes	10.088	8.064	9.544	11.024	12.524	11.948	12.520	12.940	13.200
Municípios confrontantes	5.342	3.160	3.489	3.701	3.861	3.334	3.130	2.588	2.640
Municípios afetados	1.253	480	579	663	777	504	600	658	710
Fundo especial	1.253	9.760	12.804	16.262	20.082	21.330	25.354	27.306	28.320
FPM	1.002	4.880	6.402	8.131	10.041	10.665	12.677	13.653	14.160
FPE	251	4.880	6.402	8.131	10.041	10.665	12.677	13.653	14.160

OBS: Projeções da ANP apresentadas em fevereiro de 2013.

4. Do real impacto da Lei nº 12.734/2012 no Rio de Janeiro

O caso do Rio de Janeiro aparece com mais força na grande mídia e, por essa razão, será aqui tratado com o objetivo de demonstrar o real impacto das alterações trazidas pela Lei 12.734/2012 nas finanças deste Estado.

Desse modo, aduz-se que a regra de transição elaborada garante uma mudança plenamente confortável para ser administrada pelo Rio de Janeiro. Isso porque o tamanho da variação prevista na receita de *royalties* e PE é pequena em relação ao orçamento do Estado, sendo que variações de maior dimensão são recorrentes em se tratando de receitas de *royalties* e PE de petróleo.

Em 2009, por exemplo, a receita de *royalties* e PE do Estado caiu 27%, quase o dobro do que a queda prevista pela mudança estabelecida pela Lei 12.734/2012 (15%), de acordo com os dados da receita fiscal do governo do Estado do Rio de Janeiro nos últimos 12 anos. Veja a tabela a seguir.

TABELA 5 – ARRECADAÇÃO FISCAL DO GOVERNO DO RIO DE JANEIRO

Arrecadação fiscal do Governo do Rio de Janeiro: (R\$ milhões)

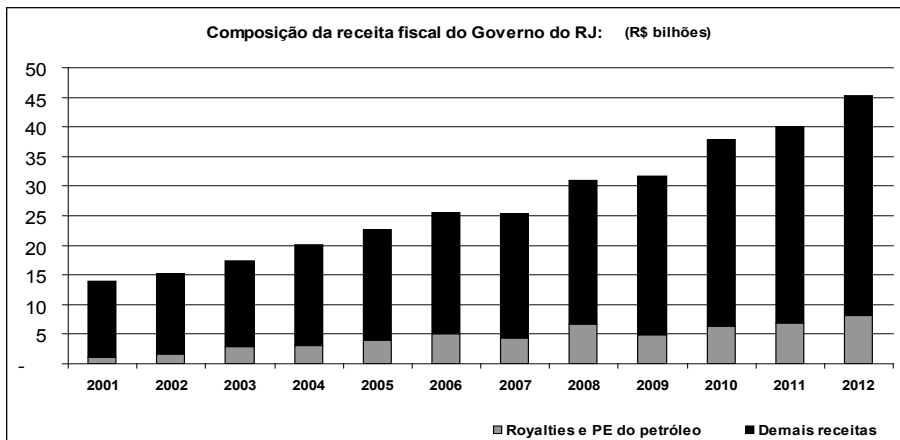
Item	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Receita total (exclusive patrimonial)	14.020	15.277	17.322	20.062	22.635	25.517	25.288	30.972	31.684	37.919	40.063	45.365
Arrecadação tributária própria	7.514	9.183	10.098	11.469	11.846	13.080	13.947	15.556	16.944	19.960	22.261	24.180
ICMS - cota estado	6.931	7.702	8.322	9.694	9.922	10.878	11.564	12.935	13.580	16.095	18.032	19.396
IPVA - cota estado	297	336	360	404	450	492	513	536	605	562	619	697
Outros Impostos	76	883	1.139	1.055	1.100	1.271	1.366	1.517	1.574	1.956	2.043	2.313
Taxas	211	262	277	316	375	438	504	567	1.186	1.347	1.567	1.774
Receita de contribuições	1.570	592	406	904	862	869	876	858	905	1.040	1.177	1.313
Receita agropecuária	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Receita industrial	65	47	47	51	48	54	54	63	64	71	85	30
Receita de serviços	1.590	1.668	1.992	1.965	2.361	2.545	2.532	3.067	2.796	3.072	909	363
Transferências correntes	2.780	3.287	4.575	5.378	6.779	8.133	7.521	10.904	9.483	11.528	12.693	13.964
Royalties e PE do petróleo *	1.144	1.667	2.869	3.086	4.018	5.101	4.362	6.717	4.885	6.407	6.949	8.232
Demais transferência correntes	1.635	1.619	1.706	2.291	2.761	3.033	3.159	4.187	4.598	5.121	5.743	5.732
Receita de capital	500	501	206	294	738	836	358	524	1.491	2.247	2.939	5.515
relação royalties e PE / receita total	8,2%	10,9%	16,6%	15,4%	17,8%	20,0%	17,2%	21,7%	15,4%	16,9%	17,3%	18,1%

Fonte: Sefaz RJ.

* Dados da ANP.

Posto isso, resta evidente que, avaliando os dados acima, o peso maior da receita de *royalties* nas receitas totais do Estado é recente e, constantemente, sofre inflexões. Como a receita de *royalties* está diretamente ligada ao valor do barril de petróleo e à taxa de câmbio, trata-se de uma receita volátil, fato que sempre obrigou o orçamento estadual a ter boa flexibilidade para se adaptar à receita. Veja a evolução do peso das receitas de *royalties* e PE no orçamento do Estado a seguir.

GRÁFICO 2 – EVOLUÇÃO DA COMPOSIÇÃO DA RECEITA FISCAL DO RJ (ROYALTIES E RECEITAS AFERIDAS)



Como a redução esperada na receita de *royalties* do Estado é de 15%, queda próxima à ocorrida em 2007, por exemplo, e o peso dos *royalties* atualmente é de 18% da receita fiscal, o impacto da mudança na regra de distribuição na receita total do RJ será de redução de 2,7%. Considerando o crescimento natural das demais receitas, é certo que a receita total do Estado será maior no próximo ano, apesar das mudanças nos *royalties* e PE.

Assim, percebe-se pelos dados acima que as finanças e o futuro do Estado do Rio de Janeiro não estarão inviabilizados com a Lei 12.734/2012. Ante todo o exposto, verifica-se que o advento da Lei 12.734/12 imprime não um novo modelo, mas sim uma alteração de percentuais, dividindo de forma mais igualitária os *royalties* e a participação especial e atendendo plenamente, por isso, ao princípio da proporcionalidade e, em última análise, ao próprio federalismo como forma de Estado.

5. Do princípio da proporcionalidade como parâmetro interpretativo

Delineados os traços basilares da questão legal, passa-se à apreciação do conteúdo material constitucional a orientar a presente interpretação sistemática do ordenamento jurídico.

Dito isso, afirma-se que há um substrato argumentativo forte na insurgência contra a divisão prevista anteriormente à alteração da Lei 12.734/2012 sobre os *royalties* do petróleo no pré-sal determinando um percentual ínfimo aos Municípios não produtores, este seria o princípio da proporcionalidade. Nesta senda, antes de especificar a aludida desproporção dos critérios utilizados e asseverando a adequação das modificações realizadas, devem-se esclarecer os principais traços da noção de proporcionalidade ora defendida.

As concepções modernas do princípio da proporcionalidade guardam forte contribuição do direito alemão, principalmente após 1950, ou seja, no período pós-segunda guerra, onde a sociedade alemã se reestruturava a partir de suas bases constitucionais. A corroboração jurisprudencial do princípio é associada ao julgamento do caso Lüth, o qual se apresenta como um paradigma de grande valor, não somente à temática em tela, mas também ao próprio direito constitucional contemporâneo.⁷

Assim, a proporcionalidade é geralmente conhecida por meio de máximas como “juízo de ponderação” ou “proibição de excesso”, pois foi prevista originalmente como algo a ser oposto contra o Estado (instrumento de defesa), com a finalidade de frear o poder estatal, impedindo ações autoritárias (tais como nos regimes absolutistas e totalitários). Logo, justifica-se a expressão proibição de excesso, a qual pode ser observada com precisão em situações de abuso de poder legislativo, ofendendo a proporcionalidade e gerando a forçosa

7 STEINMETZ, Wilson. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 140.

ação contrária por parte da atividade jurisdicional, a fim de manter a higidez constitucional.⁸

Todavia, tal conceito é, no mínimo, incompleto, seja pelo fato de hoje haver a possibilidade de compelir ações positivas, conhecido como o limite à proteção insuficiente⁹ (defesa do núcleo essencial dos direitos fundamentais), somando-se à proibição de excesso, com a finalidade de amparar ao máximo os direitos e as garantias constitucionais, seja por aplacar conflitos entre particulares e não somente contra o Estado (aplicação da proporcionalidade nas relações interprivadas).

A noção básica da proporcionalidade é a do equilíbrio, balanceando os interesses jurídicos em conflito, para, ao final, apresentar uma solução ponderada, ou seja, avessa a radicalismos ou extremismos, possibilitando maior serenidade a determinadas decisões. Objetivando alcançar a concepção acima, a proporcionalidade, em sua evolução dogmática,¹⁰ obrigou o Estado a compatibilizar-se com ela, bem como a adotar uma estruturação coerente em suas ações, respeitando o mandamento principiológico.

Naturalmente, deve-se exibir a construção moderna da proporcionalidade, porém precede a essa abordagem a conexão entre a máxima e as bases constitucionais brasileiras. No que tange à legislação constitucional, a conexão existente entre a proporcionalidade e a dignidade da pessoa humana (fundamento da República) seria suficiente para a referência da proporcionalidade, já que, segundo entende a doutrina, se subentende com base na dignidade humana

8 MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direitos constitucionais*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 47.

9 FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 92. Explica também o instituto da proteção insuficiente: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 273.

10 Os autores trazem uma definição sucinta do conceito de proporcionalidade: BARROS, Wellington Pacheco; BARROS, Wellington Gabriel Zuchetto. *A proporcionalidade como princípio de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 39-40.

a ideia de proporcionalidade (abstração).¹¹ Contudo, reside conexão, ainda, de maneira intrínseca no ordenamento jurídico, em alguns dispositivos constitucionais, por exemplo, como no fundamento do recurso extraordinário, art. 102, inc. III, ou art. 5º, inc. XLVII, proibindo a pena de morte (aplicação dos direitos humanos na ordem interna) e demonstrando fidelidade constitucional às bases ideológicas defendidas pela Constituição.

Ademais, há autores que apontam o próprio caráter valorativo dos direitos fundamentais como implicador do sopesamento, sendo dedutível a proporcionalidade da própria estrutura desses direitos, visando à formação de garantia constitucional, junto a uma conduta estatal em prol dos direitos fundamentais.¹² Sintetizando, a proporcionalidade auxilia a efetivação dos direitos fundamentais ao servir como mecanismo de ponderação dos bens jurídicos constitucionais.

Dito isso, sabe-se das construções dogmáticas acerca do princípio da proporcionalidade costumeiramente subdividida em subprincípios, denominados de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito,¹³ demonstrando com isso a densidade dogmática adquirida, bem como visando a tornar a sua execução objetiva e palpável ao operador jurídico.

Entretanto, apesar da massiva filiação com a óptica dos subprincípios e uma resolução analítica ao manejo da proporcionalidade, aqui se terá uma posição discordante deste pensamento, seja por razões pragmáticas, tendo em vista que inexistente aplicação correta da teoria analítica e dos subprincípios, ou especialmente pela postura hermenêutica adotada, de conteúdo filosófico, sendo impossível compreender o corte interpretativo, quando na realidade a interpretação é una.¹⁴ Complementa o antagonismo da postura crítica tomada

11 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 122.

12 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 117-118.

13 BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 77.

14 DIAS, Felipe da Veiga; REIS, Jorge Renato dos. A hermenêutica como substrato aos conflitos de direitos fundamentais: liberdades comunicativas vs. direitos de personalidade. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*. v. 4, p. 65-80, 2012.

aqui o fato de que Alexy recorre à discricionariedade decisória ao final de sua proposta, reincidindo no erro positivista,¹⁵ fato este incompatível com os atuais posicionamentos apresentados tanto pelos doutrinadores pátrios quanto pela jurisprudência do STF.

Asseveram essa linha de pensamento, bem como complementam a visão da proporcionalidade de maneira a pautar as suas duas vertentes (proibição de excesso e de proteção deficiente) como parâmetros interpretativos as palavras de Maria Luiza Schäfer Streck:¹⁶

A proporcionalidade como a equanimidade de que fala Dworkin – assim admitida por Habermas – recoloca o instituto no paradigma da intersubjetividade, por retirar-lhe a característica da discricionariedade. Também lhe retira a dependência do sujeito da modernidade. Em outras palavras, proporcionalidade não pode significar “livre escolha” ou “escolhas discricionárias”, porque isso pode proporcionar até mesmo o solapamento do texto constitucional (lembramos, como exemplo, a utilização do princípio da proporcionalidade para garantir que um aluno de biologia não necessite lidar com animais ou o seu uso para, sopesando fins e meios, procurar legitimar a utilização de prova ilícita em interceptações telefônicas). O uso adequado da proporcionalidade deve ter o propósito de “recolocar” a integridade eventualmente violada pela legislação ou pela decisão judicial. Observe-se que a proporcionalidade está ligada a diversos princípios, especialmente aos do devido processo legal, o contraditório e a igualdade. Uma lei ou decisão deixa de ser proporcional quando viola esses princípios. E, ressalte-se: ou a violação se dá porque a lei (ou a decisão) foi além, ou porque ficou aquém da Constituição. Ora, se isso é correto,

15 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 611. Neste sentido encontram-se as críticas prolatadas por STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 92.

16 STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito penal e constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 86 – 87.

toda a proporcionalidade ou será pela via da proibição de excesso, ou pela proibição de proteção deficiente.

Com fulcro na assertiva supramencionada, entende-se que os parâmetros interpretativos do abuso ou da omissão são os mais adequados quando se toca no tema da proporcionalidade. Por óbvio que a amplitude e os efeitos da aplicação deste princípio não são restringidos pela abordagem ora realizada, poder-se-ia aludir aplicações fenomenológicas simples, como o estabelecimento de penas mínimas e máximas, sendo estas uma exigência da proporcionalidade, combinada com outros fundamentos constitucionais.

Assim, apenas como observação, deve-se afirmar aqui o entendimento da distinção entre a noção defendida de proporcionalidade e a razoabilidade, sendo que não se pode aceitar o emprego dos dois princípios como idênticos, tanto pela maior complexidade do segundo (em relação ao primeiro), quanto pelo fato de que se poderia entender a razoabilidade como parte do raciocínio da ponderação.¹⁷ Portanto, primando pela higidez da análise judicial, o posicionamento ora defendido entende pela diferenciação dos princípios, vislumbrando na proporcionalidade uma maior capacidade de solução e de rigor na resposta hermenêutica.

Diante do exposto, a visão adotada como base da interpretação do caso concreto pode ser centralizada em uma ideia de proporcionalidade, objetivando alcançar um resultado equilibrado, a fim de impedir a ofensa aos parâmetros básicos do princípio em análise, ou seja, o que se deseja é evitar a lesão às linhas de proibição de excesso e de proteção deficiente.

Dito isso, aponta-se para a apreciação da Lei 12.734/2012 com base no princípio da proporcionalidade. Primeiramente, a divisão e sua eventual discussão no que toca às porcentagens dos Estados e dos Municípios, conforme

17 CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais – razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 196. Em sentido semelhante: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 81.

prevê a referida legislação a partir do art. 42 e seguintes, apresenta-se como um debate político reservado às casas legislativas (posição essa confirmada pela decisão liminar da Excelentíssima Ministra Carmen Lúcia).¹⁸ Porém, a divisão apresentada anteriormente foi entendida como desproporcional, seguindo o ponto de vista de que a exploração petrolífera realizada em alto mar não apresentava um prejuízo que precise ser compensado, ao menos não nas porcentagens que haviam sido definidas, de modo a deixar os Estados e os Municípios “não produtores” com uma parcela irrisória (1%) de uma atividade que deveria beneficiar a todo o País.

Essa crítica também se embasa no art. 20, § 1º, da Constituição, já que, diante da inexistência de danos, não há motivação para uma compensação desse montante.

Não obstante a clara desproporção na divisão de uma riqueza nacional, afirma-se a perceptível ofensa à ideia de vedação da proteção deficiente, haja vista que, ao reservar um percentual excessivamente baixo, a maior parte dos Estados e dos Municípios, viola-se não somente o pacto federativo, como base do Estado brasileiro, mas ao mesmo tempo impede-se a concretização ampla dos direitos fundamentais no Brasil, já que a postura anterior restringiria o capital de desenvolvimento a apenas parte dos Estados componentes (como Rio de Janeiro e Espírito Santo).

Soma-se a isso, ainda, o elemento de que adotar uma divisão tão desalinhada dentro de um modelo federado, além de agravar as desigualdades sociais, configuraria uma ação abusiva (proporcionalidade – proibição de excesso) contra o restante dos membros integrantes do Estado. Nesse sentido, a nova proposta reduz a níveis aceitáveis a parcela dos chamados “produtores” (nomenclatura esta imprecisa e fomentadora de possíveis equívocos no quadro

18 “No afã de obter mais recursos, os parlamentares encaminharam-se para solução que é de sua competência (formulação da lei mencionada no § 1º do art. 20 da Constituição), alterando o modelo de distribuição dos recursos ali previstos para destinar pagamentos a outras pessoas federadas que não apenas aquelas até agora aquinhoadas.”

geral em que se trava toda a discussão, visto que os Estados e os Municípios nada produzem, já que, na verdade, trata-se de um bem de titularidade da União explorado por concessionárias que procederão ao pagamento dos *royalties*).

Por exemplo, os Estados teriam uma redução próxima de 6% (redução do percentual de 26,25% para 20%), ao passo que o benefício da redistribuição aprovada pelo Congresso representa uma divisão mais justa e proporcional, alcançando, assim, resultados equânimes mais efetivos. Note-se que, com relação aos Municípios, trata-se de 5.440 novos Entes federados beneficiados pela nova regra já em 2013, em contrapartida de 123 que “perderão” recursos (recursos de que, no fundo, até agora se utilizaram em detrimento dos demais Entes federados).¹⁹

A lógica da proporcionalidade, que no caso em apreço permite a obtenção de soluções mais alinhadas com os ditames constitucionais, preconiza exatamente que os direitos fundamentais e a própria Constituição sejam realizados na maior medida possível.

A alegação de que a modificação proposta trazendo uma divisão mais equânime (proporcional) aos Estados e Municípios configuraria uma quebra de contrato não condiz com a realidade, pois as relações já estabelecidas contratualmente continuam a vigorar, sem alteração, sendo pago o mesmo valor pelos *royalties*. O problema que incide é que muitos dos chamados Estados e Municípios produtores já comprometeram essas receitas públicas com despesas, alegando a previsibilidade para fundar seu orçamento; todavia, o plano plurianual é uma argumentação passageira, e não pode servir como base para uma ação de nível constitucional ou para sustentar o descompromisso com os objetivos constitucionais.

Ademais, outra argumentação pertinente e que deixa em evidência a conexão entre o princípio da proporcionalidade e as motivações tributárias dos

Entes federados é arguida pelo prof. Fernando Facury Scaff:²⁰

Outra curiosidade que não pode deixar de ser observada diz respeito à característica de alguns desses estados produtores praticarem com assiduidade a assim chamada *guerra fiscal*. Ou seja, não abrem mão dos *royalties* transferidos pela União, mas abrem mão do ICMS próprio, que deveriam arrecadar através de suas secretarias de Fazenda/Finanças. Trata-se de um aspecto interessante, pois fazem cortesia com sua máquina arrecadatória de uma receita que deve ser partilhada com os municípios e que é, em grande parte, vinculada a gastos com saúde e educação. Porém, brigam para manter as receitas decorrentes dos *royalties*, cujo ônus arrecadatório é da União, e que não são partilhadas nem carimbadas.

Esta última fundamentação expõe as atuais condutas dos chamados “produtores” não apenas em descompasso com o texto constitucional, seguindo a linha da proporcionalidade, mas também no total descumprimento do pacto federativo, a partir de uma lógica de solidariedade, visto que “em consequência das desigualdades existentes, sejam elas econômicas ou sociais, reconhece-se e garante a solidariedade de todos os componentes que integram o Estado”.²¹ A partir da ótica aludida, não se pode construir o crescimento da sociedade brasileira a partir de uma lógica individualista e despreocupada com os demais Entes da Federação, tampouco se pode coadunar com uma proposta que inflija danos à interpretação constitucional, como no caso da proporcionalidade, ao ser mantida a divisão anterior das porcentagens estabelecidas.

20 SCAFF, Fernando Facury. Contas a vista – Os royalties do petróleo, o STF e a Federação. *CONJUR*. Coluna do dia 26 de março de 2013. Disponível em <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 26 de março de 2013. Essa mesma opinião contraposta a guerra fiscal é enaltecida na liminar da Ministra Carmen Lúcia. “De qualquer forma, há que se ter presente que o modelo federativo esculpido pela Constituição de 1988 prestigia uma forma de Estado capacitada a realizar as pluralidades locais, para o melhor atendimento às necessidades e demandas dos cidadãos. Os desentendimentos e desajustes nessa fórmula, responsáveis, em sua versão mais drástica, pela chamada “guerra fiscal”, são a falha do modelo, que deve ser combatida”.

21 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 20.

6. Da necessária interpretação coadunada com o federalismo, a subsidiariedade e a igualdade

Não obstante a argumentação inicial com sede na proporcionalidade, tentar-se-á aqui robustecer o substrato de crítica, ao panorama legislativo que ora debruça-se e que contraria uma visão sistemática do corpo jurídico constitucional brasileiro.

Dito isso, entende-se que o direito necessita das possibilidades interpretativas que pode ter a norma, como fruto da atuação do intérprete sobre o texto. O fato é que se pratica uma interpretação não apenas porque a linguagem é ambígua e imprecisa, mas porque interpretação e aplicação constituem uma só operação, de modo que interpretamos para aplicar o direito e, ao fazê-lo, não interpretamos apenas o texto normativo, mas também compreendemos (interpretamos) os fatos. Os fatos serão determinantes para a produção da norma.²²

Outra problemática relacionada às novas formas de interpretação da Constituição que merece aqui ser suscitada, quando houver aparentemente apenas um direcionamento da lei para as condutas humanas, mas que deixa o critério de decisão da ação para ser adaptada mediante situações diversas (em uma tentativa de adequação da norma e da realidade), a aplicação do direito vira forçosamente nesse momento a própria criação do direito.

Segundo a nova hermenêutica, o texto normativo é diferente de norma,²³ dado que a norma é a interpretação feita a partir de um texto normativo. A interpretação é, portanto, atividade que se presta a transformar textos, disposições, preceitos, enunciados em normas. Assim, o que poderá ser construído na atividade do intérprete são os parâmetros, mas já parte-se dessa im-

22 GRAU, Eros Roberto. *Interpretação e aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 28.

23 Nesse sentido, conferir os seguintes autores: MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito*. Introdução à teoria da metódica estruturante. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2007. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

possibilidade de cisão entre compreensão e aplicação.²⁴ Vale lembrar que os fenômenos da compreensão e da interpretação ocorrem simultaneamente à aplicação, somente os argumentos que serão construídos *a posteriori*, pois a compreensão já aconteceu.

Contudo, ante o dever de concretização constitucional, e considerando-se que no Estado contemporâneo não se pode definir formalmente o limite entre o político e o judicial, pois, no estágio atual, a justiça não consegue nem pode mais ser apolítica, uma separação desses conteúdos não encontra mais respaldo. Indiscutivelmente, muitos direitos nascem de uma interpretação judicial e, *a posteriori*, vêm a ser positivados na esfera legislativa. Nesse contexto, a distância entre as funções latentes dos poderes constituídos torna-se um tanto paradoxal e utópica. E, nesse sentido, no novo paradigma social, a concretização impõe outras formas de observação da realidade, motivo pelo qual o paradigma da legalidade (no sentido de estrita vinculação legal) mostra-se insuficiente ante a complexidade social existente:

A legalidade, mais que um paradigma ou uma ideologia, é também um mito, uma noção criada para substituir a de Legitimidade. Desmistificar a Legalidade é algo que causa impacto tanto nas estruturas mesmas do Estado de direito quanto, ato contínuo, na estrutura mais profunda da sociedade, ou seja, na matriz Liberal da Modernidade.²⁵

A própria Constituição, ainda que sob a forma de paradigmas, impõe limites, pois busca definir a moldura que se dará à criatividade interpretativa e

24 Para Gadamer: “[...] algo como a aplicação do texto a ser compreendido à situação atual do intérprete. Nesse sentido, nos vemos obrigados a dar um passo mais além da hermenêutica romântica, considerando como um processo unitário não somente a compreensão e interpretação, mas também a aplicação [...] se quisermos compreender adequadamente o texto – lei ou mensagem de salvação –, isto é, compreendê-lo de acordo com as pretensões que o mesmo apresenta, devemos compreendê-lo a cada instante, ou seja, compreendê-lo em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Aqui, compreender é sempre também aplicar”. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. 6ª ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 407-408.

25 MASTRODI, Josué. *Direitos fundamentais sociais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 15.

ao senso de justiça. Verificou-se que a crença na Constituição e no constitucionalismo não deixa de ser uma questão de fé, pois exige vivência, exige que se acredite nas coisas que são diretamente apreendidas pelos sentidos, haja vista que respostas prontas não serão extraídas do Texto Constitucional.²⁶

Com o intuito de concretização material dos direitos fundamentais e pretendendo o exercício da forma normativa dos princípios constitucionais, a nova interpretação constitucional conduz o Direito e a sociedade a repensarem seu papel para os novos tempos.²⁷ E, nesse contexto, a relação entre direito e política ganhará novos contornos frente à realidade dos Estados Democráticos de Direito, fazendo-se necessária uma significativa revisão de seus fins e conteúdos determinantes.

Válidas então, as lições de Canotilho (2007, p. 208) “*interpretar uma norma constitucional é atribuir um significado a um ou vários símbolos lingüísticos escritos na constituição com o fim de se obter uma decisão de problemas práticos, normativo-constitucionalmente fundada*”.

Inadmissível em tempos contemporâneos falar-se de outra interpretação senão a sistemática, que prevê a interpretação da lei dentro do seu contexto normativo no qual ela se insere. Busca-se interpretar a norma não isoladamente, mas dentro do contexto e de sua relação com as demais normas. Destaca-se, aqui, a perspectiva sistêmica do ordenamento, pensando nela como uma uni-

26 BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: _____. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 10-11.

27 Nesse sentido, há de se considerar, como pontos teóricos basilares dessa afirmação, a alteração, dentro do paradigma contemporâneo de Estado constitucional, não só da própria noção de democracia – trasladada para um *locus* legitimador não mais meramente formal, senão, principalmente, substancial – mas especialmente, como decorrência da alteração da noção e extensão do conceito de democracia, de duas outras situações: primeiro, da noção de garantia, não mais restrita aos padrões liberais de limitação negativa da ação estatal, mas acrescida de um *plus* transformador, em que a concretização de obrigações que importam na transfiguração do *status quo* assumem efetivamente uma posição de primazia no espaço de legitimação constituído pela função de garantia; segundo, da distribuição clássica das funções dos poderes públicos, não mais sujeita a uma separação rigorosa, com o objetivo de reforçar uma estrutura de fiscalização, mas, noutro sentido, mais flexível, voltada a uma finalidade de cooperação entre os poderes para a realização de valores éticos substanciais positivados constitucionalmente e intensamente reclamados pela população.

dade, procurando lhe dar uma visão global e estruturante da lei.

Objetiva-se com ela, acima de tudo, preservar a compatibilidade/coerência da norma em questão com as demais, na tentativa de preservar a harmonia do sistema normativo, a partir do instante em que se considera que esta norma não tem existência fora do ordenamento

É preciso que o intérprete constitucional tenha a consciência de que a norma constitucional não tem existência autônoma perante a realidade que esta pretende retratar. A essência da Constituição repousa na sua vigência, quer dizer, na situação que ela pretende concretizar na realidade social. Dessa forma, é um dever-ser, pois, ao mesmo tempo em que reflete uma realidade social, a realidade é refletida por ela. Isso remete à sua eficácia enquanto norma fundamental e, por consequência, não pode ser desvinculada das condições históricas em que se deu a sua realização. Uma interpretação desconexa de seu tempo histórico, não há de lograr êxito.²⁸

A Constituição transforma-se em força ativa se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se fizerem presente na consciência em geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional.²⁹

Com estes novos paradigmas do Estado Democrático, o Direito busca a composição dos conflitos levados até o âmbito de sua jurisdição, mas passa a preocupar-se mais com o justo, além do que o legal, a partir do reconhecimento de que, por meio dos métodos tradicionais de hermenêutica, do positivismo estrito, não consegue atender satisfatoriamente às demandas dessa nova sociedade altamente complexa que se apresenta e que requer frente ao Judiciário os direitos conquistados ao longo da história da humanidade. Neste cenário, não

28 HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991, p. 18.

29 Idem, *ibidem*, p. 5.

basta apenas aplicar a lei, questiona-se a sua consonância com os preceitos democráticos, com os princípios que legitimam a lei, a própria existência do direito, como a liberdade, a igualdade, a dignidade da pessoa humana.

Estes argumentos são pressupostos básicos que incidem necessariamente na discussão em torno da (in)constitucionalidade da legislação em debate (Lei 12.734/2012 – acerca dos *royalties* do petróleo no pré-sal), haja vista que a citada clareza semântica apregoada na inicial impetrada pelos “produtores” não se configura, na prática. Ademais, não há de se falar em direito adquirido em contraponto ao que preconiza a Constituição, notadamente em seus aspectos essenciais, dentre os quais estão a já citada proporcionalidade, a consolidação do federalismo, alicerçado, por sua vez na subsidiariedade descentralização e na igualdade, haja vista que inadmissíveis critérios que atribuam privilégios sobre produção extraída em território da União (*vide* art. 20, inc. VI).³⁰

Já a correta interpretação do parágrafo 1º deve, sem dúvida, decorrer de uma interpretação sistemática da Carta Constitucional, de sorte que não se vislumbra compatível com o núcleo essencial da Constituição a compreensão de que a citada norma estabeleça um tratamento privilegiado para Estados e Municípios meramente confrontantes. Ademais, a norma objeto da presente ADI ainda estabelece regras de transição, exatamente em homenagem aos princípios do equilíbrio fiscal.

Posto isso, cumpre ressaltar e determinar a função e a perspectiva do federalismo brasileiro para, após, concretizar a soma dos elementos em apreço. Assim, inicia-se pela previsão constitucional do art. 1º, o qual afirma que “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, [...]”³¹, fixando, desde já, a perspectiva de uma Federação.

30 BRASIL. Constituição Federal da República de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 08 de junho de 2013.

31 BRASIL. Constituição Federal da República de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 08 de junho de 2013.

Assim, a Constituição de 1988 adota como forma de Estado o federalismo, que na conceituação de Dalmo de Abreu Dallari é uma “aliança ou união de Estados”, baseada em uma Constituição e onde “os Estados que ingressam na federação perdem sua soberania no momento mesmo do ingresso, preservando, contudo, uma autonomia política limitada”³², significa dizer que não há possibilidade de se compreender de forma autônoma ou isolada qualquer perspectiva não atribuída diretamente a cada Ente federativo.

Contudo, a própria Constituição Federal estabelecerá as matérias próprias de cada um dos Entes federativos – União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios – e, a partir disso, poderá acentuar a centralização de poder, ora na própria Federação, ora nos Estados-membros.

Destarte, a adoção da espécie federal de Estado gravita em torno do princípio da autonomia e da participação política e pressupõe a consagração de certas regras constitucionais, tendentes não somente à sua configuração, mas também à sua manutenção e indissolubilidade.

O Estado Federal, portanto, pode ser definido como uma organização formada sobre a base de uma repartição de competências entre um governo nacional e os governos estaduais e locais, de tal sorte que a União tenha supremacia sobre os Estados-Membros, e estes, que normalmente participam na formação da vontade do Estado central, são entidades dotadas de autonomia constitucional, e repartição constitucional de competências entre a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios, concretizando um federalismo cooperativo, onde todos os Entes devem agir conjuntamente de forma que não haja tratamentos desiguais entre os eles.

Por óbvio que o princípio federativo constitui-se no contraponto direto em relação ao modelo de Estado Centralizado, que admite apenas uma esfera de poder, a central, que é capaz de estabelecer políticas unificadas e pré-conce-

32 DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do estado. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

bidas de desenvolvimento e na relação sociopolítica. Diversa a abordagem no que tange às formas de Estado Descentralizado e Estado Federal, pois apesar da aproximação em relação ao critério da descentralização, apresentam características distintas. Isso porque a proposta federativa amplia os efeitos do princípio da descentralização, constitucionalizando sua abrangência, o que impede a revogação das competências autônomas locais ou regionais.

O Estado Federal foi dotado de soberania e esta, ainda, é considerada como poder supremo autônomo, originário e, principalmente, com a faculdade para decidir sobre o seu Direito. Neste cômputo, falar em Estado Federal pressupõe a existência de uma lei máxima, uma Constituição que lhe institua como tal e que assegure todas as características que lhe são inerentes. Não se pode esquecer, também, de que há um relacionamento estreito entre a forma estrutural do Estado com os problemas que o governo possui, visto que, se há uma união entre vários Entes, deve-se considerar a existência de objetivos comuns para o crescimento nacional uniforme. Assim, não há como tratar de forma desigual os Entes federativos menores – Estado e Municípios.

A partir disso, pode-se inferir que a União deve ser tida como o núcleo do Estado Federal, o que atribuiu ao marcante conceito de Federalismo a premissa da descentralização do exercício de poder político levado a uma ordem jurídica única que deve ser seguida.

Em outros termos, a descentralização se conceitua como uma repartição de poderes, ou seja, de um lado encontra-se a esfera federal (governo central) e de outro as unidades autônomas (Estados-membros e Municípios) que possuem autonomia, política, organizacional e, principalmente, financeira. Essa repartição de competências é a responsável pela determinação das matérias que incidirão em todo o território nacional, bem como em cada unidade federada de forma igualitária.

Tal fato é o ponto principal da estrutura do poder federal e, com efeito, essa descentralização garantiu a repartição de poderes entre os vários níveis e órgãos de competências que, por sua vez, possuem autonomia organizacional,

político administrativa e financeira.

Essa limitação do poder político da União é caracterizada na obediência ao princípio da subsidiariedade, articulado nos seguintes termos: a autoridade superior somente deve desempenhar as atividades que a autoridade inferior não conseguir realizar sozinha, assim, a entidade superior somente age quando a inferior tiver dificuldades em realizar as atividades necessárias à sociedade.³³ Com isso, a preservação da autonomia do Federado é efetivada e este pode exercer sua autoridade plenamente. Tem-se, aqui, uma estratégia de cooperação e não de superação entre os respectivos Entes, o que perpassa, sem dúvida, a ideia de que a repartição de uma riqueza que é da Nação, posto que extraída em território da União – art. 20, inc. VI, deve contemplar um fortalecimento articulado da Federação.

Assim, uma interpretação sistemática da Constituição pressupõe que as receitas resultantes desta importante riqueza nacional sejam distribuídas de sorte a se consolidar um federalismo cooperativo, onde o crescimento se estabelece de forma proporcional e em atendimento ao princípio da igualdade.³⁴ É certo que o Congresso Nacional Brasileiro, ao aprovar o regramento em debate, o que foi posteriormente promulgado pela presidenta da República, em respeito ao princípio democrático, estabelece um patamar de distribuição coerente com a subsidiariedade e a descentralização, contribuindo para que a autonomia esteja acompanhada de um fortalecimento financeiro dos Entes federativos.

Decisão em sentido oposto ao manifestado pelo Legislativo e com a posterior aquiescência do Executivo Federal, traduzido na promulgação, oportunizará que no País, ao contrário de um Estado Federal alicerçado na cooperação, tenham-se ilhas de prosperidade a despeito da fragilidade orçamentária da absoluta maioria dos Entes federados, demandados pelas populações no âmbito

33 QUADROS, Fausto. *Princípio da subsidiariedade no direito comunitário após o tratado da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 18.

34 HERMANY, Ricardo. *Município na constituição: poder local no constitucionalismo luso-brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 47 e ss.

das políticas públicas.

Pode-se concluir, daí, que o federalismo tem também como *mister* a aplicação (além da igualdade e da proporcionalidade) do princípio da subsidiariedade pelo Estado, pois com isso há um governo central mais equilibrado, com objetivos certos e determinados.

Diante disso, é possível afirmar que a descentralização no Estado Federal é absolutamente diferente daquela verificada no Estado Descentralizado, especialmente em relação aos seus efeitos e ao grau de abrangência. Baracho, ao comentar a diferença entre o Estado Descentralizado e o Estado de estrutura federal, destaca que neste qualquer restrição do âmbito de competências dos Estados Federados está condicionada ao consentimento, ao passo que naquele modelo o Estado, por meio do poder da União, pode “unilateralmente, pelos meios legais consagrados [...], modificar as atribuições dos órgãos descentralizados”.³⁵

Disso se conclui que o Estado Federal atribui às unidades regionais e locais de poder uma autonomia constitucional, a qual não pode ser violada pelos órgãos integrantes do poder central. Tal situação encaminha para uma efetiva autonomização das unidades que compõem a Federação através de um conjunto de competências e atribuições previstas pelo texto constitucional.

Verifica-se, na análise da repartição de competências do federalismo brasileiro, uma concentração de atribuições nas esferas centrais do Estado, decorrência da própria formação histórica do modelo federal no Brasil. Isso provém da existência prévia no Estado Brasileiro de uma estrutura unitária que, partindo do centro decisório, passou a prever um conjunto de competências autônomas para espaços estaduais e locais de poder, caracterizando-se pelo processo histórico de desagregação.

Com efeito, o federalismo brasileiro, como se observa da repartição de competência, reúne na União um conjunto expressivo de atribuições autô-

35 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio de subsidiariedade: Conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

nomas, notadamente em relação a bens e à produção legislativa, restringindo a atuação das esferas de âmbito local na produção normativa e de seus bens.

Ademais, como já mencionado, está consagrado no primeiro artigo da Carta Magna a característica principal do federalismo brasileiro, ou seja, a formação de uma República indissolúvel composta por três níveis de governo: a União, os Estados-Membro e os Municípios, essas três esferas possuindo, cada uma, autonomia administrativa, política e financeira e, principalmente, uma repartição de competência da matéria tributária privativas.

Assim, a autonomia dos Entes federados do Brasil deve ser vista de forma plena nas relações internas, com isso, cada uma pode se organizar livremente em sua estrutura política, administrativa e financeira, porém, respeitando sempre as determinações da Constituição, como já foi dito anteriormente. Na verdade, o que aconteceu foi uma divisão da ordem global na qual o Estado atua, como um todo, e designa ordens jurídicas parciais, centrais e periféricas, onde respectivamente atuam a União e os Estados, conforme atuações traçadas pela Constituição.

Com efeito, dentro da República Brasileira, todos os Entes da Federação, em qualquer nível, estão juridicamente no mesmo plano hierárquico, devendo ser-lhes dado tratamentos iguais. Isso significa que a Constituição já definiu para cada elemento a sua competência, sendo estas distintas entre si, não podendo um invadir a competência de ação do outro. Deve-se, com isso, observar que lei alguma pode alterar a competência atribuída, exclusivamente, pela Constituição a cada Ente. Assim, não merece prosperar o pedido elaborado na inicial dos chamados Estados “produtores”, uma vez que o objetivo é modificar as competências definidas na Constituição.

Dessa forma, decidir com base nas premissas do federalismo brasileiro, consagrado constitucionalmente, é não criar distinções entre os Entes federativos menores, ou seja, aqueles Estados e Municípios não produtores de

petróleo, sob pena de afronta constitucional ao art. 20, V, VI e IX.³⁶

Verifica-se que, em caso de prosperar a tese dos Estados “produtores”, é flagrante ferimento ao princípio constitucional da igualdade dos Entes federativos, pois na prática é apenas conceder privilégio a algumas unidades federativas do direito de uso e gozo de bem que pertence à União, conforme art. 20, V, VI e IX da Constituição Federal.

Cumprе referir que em leitura e compreensão sistematizada da Carta Constitucional, ou seja, sem analisá-la de forma fragmentada ou individualizada, e, sim, levando em conta todos os seus princípios (como a proporcionalidade, a subsidiariedade e a igualdade), cumpre referir que o capítulo II Da União trata de forma taxativa, no art. 20, afirmando “são bens da União”,³⁷ e elencando-os de forma direta e clara. Assim, não há qualquer confronto entre o art. 20 e os demais artigos da Constituição, muito pelo contrário, sendo de complementaridade com os demais artigos referentes aos Entes federados quanto à distribuição de competências legislativas e administrativas, e, ainda, de acordo com os princípios constitucionais vigentes na Carta Constitucional de 1988.

Ademais, o § 1º do art. 20 da Constituição é claro e objetivo ao afirmar que é assegurado aos Entes federativos – Estados, Municípios e Distrito Federal – participarem no resultado da exploração de petróleo, o que significa que por expressa exclusão é da União, e que somente os resultados da extração devem ser divididos entre todos os Entes, vale inclusive mencionar o Distrito Federal, que sabidamente não é produtor de petróleo. Portanto, não há de se falar apenas em Estados ou Municípios produtores, sob pena de flagrante inconstitucionalidade e desrespeito ao princípio federativo.

Ademais, reconhecer tal absurdo é afirmar a fragilidade ao princípio federativo, onde se passaria a tratar de forma desigual os demais Entes federa-

36 BRASIL. Constituição Federal da República de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 8 jun. de 2013.

37 BRASIL. Constituição Federal da República de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 08 de junho de 2013.

dos, culminando em expressa afronta ao vínculo federativo. Significa afirmar que as unidades autônomas voltam a exercer sua soberania de forma isolada.

Assim, o objetivo nesse caso deve ser de integração, com a busca de um “federalismo cooperativo”, em que as leis e os processos legislativos dos diferentes Entes estatais tendem a se completar em favor da comunidade federativa global.

Portanto, o modelo estatal de federalismo representa uma difícil e trabalhosa forma de equilíbrio do poder, com seus diferentes pesos e contrapesos e está diretamente ligado ao princípio da subsidiariedade para promover a diversidade regional e a descentralização das instâncias de decisão. Ao mesmo tempo, deve esse sistema garantir a homogeneidade das estruturas político-administrativas da União e seus Estados, o que não é, necessariamente, um argumento em favor de sua uniformidade.

Como já mencionado, é através de uma das vertentes do princípio da subsidiariedade, de sua “função relacional”, que obriga o poder estatal a possibilitar, potencializar e promover as ações de entidades menores, em prol do bem comum; este apoio se deve dar mediante prestações para compensar as suas falhas e suprir omissões. Como o princípio está fortemente ligado ao critério da eficiência, ele possui caráter ambíguo, visto que pode ser invocado tanto em favor da descentralização de tarefas quanto para justificar a sua centralização em níveis superiores.

7. Conclusão

O quadro retratado neste estudo traz alguns esclarecimentos sobre o tema abordado nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade que atacam a Lei 12.734/2012, bem como auxilia na compreensão ampla dos argumentos opostos pelos chamados Estados não produtores, haja vista expor a fragilidade dos fundamentos trazidos à discussão por parte dos ditos Estados “produtores”. Não obstante o suporte informativo inicial, combina-se com instrumentos de pesqui-

sa empírica para corroborar a higidez não apenas constitucional, mas também fática dos argumentos contrários à ação dos Estados “produtores”.

Posto isso, colaciona-se aos elementos informativos e pragmáticos os questionamentos a partir da interpretação de elementos constitucionais, mas sempre projetando as críticas sob o viés sistemático do direito, motivo pelo qual se utilizam os princípios da subsidiariedade, da igualdade e da proporcionalidade em coalizão com o restante do ordenamento, juntamente com as noções basilares da Federação brasileira.

Ante todo este aporte exposto, utilizando-se de um substrato interpretativo adequado aos parâmetros constitucionais de modo sistemático, deve-se utilizar tanto os panoramas da subsidiariedade, do federalismo, da proporcionalidade e da igualdade como elementos necessários à observação fática da demanda envolvendo os chamados *royalties* do petróleo. Isso significa que o entendimento ora sustentado, no sentido da proteção igualitária da totalidade dos Municípios e Estados-Membro da Federação nacional parece ser a conduta mais adequada, motivo pelo qual foram afastados os argumentos aludidos nas ações propostas pelos Estados ditos “produtores”, com base nos fundamentos constitucionais e na visão sistemática ofertada pelo presente estudo, consolidando não apenas a federação, mas também um ideal de justiça implícito no texto constitucional brasileiro.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROS, Wellington Pacheco; BARROS, Wellington Gabriel Zuchetto. *A proporcionalidade como princípio de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: _____. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Boletim CNM. Disponível em: <<http://www.cnm.org.br>>. Acesso em: 26 mar. de 2013, p. 4.

BRASIL. Constituição Federal da República de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 8 jun. de 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2007.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais – razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 196.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIAS, Felipe da Veiga; REIS, Jorge Renato dos. A hermenêutica como substrato aos conflitos de direitos fundamentais: liberdades comunicativas vs. direitos de personalidade. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 4, p. 65-80, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. 6ª ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

GRAU, Eros Roberto. *Interpretação e aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2009.

HERMANY, Ricardo. *Município na constituição: poder local no constitucionalismo luso-brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

MASTRODI, Josué. *Direitos fundamentais sociais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direitos constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MÜLLER, Friedrich. O novo paradigma do direito. Introdução à teoria da metódica estruturante, 2ª ed., *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2009.

QUADROS, Fausto. *Princípio da subsidiariedade no direito comunitário após o tratado da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCAFF, Fernando Facury. Contas a vista – Os royalties do petróleo, o STF e a Federação. *CONJUR*. Coluna do dia 26 de março de 2013. Disponível em <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 26 mar. de 2013.

STEINMETZ, Wilson. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito penal e constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

JULGAMENTO DO STF SOBRE REGIÕES METROPOLITANAS, AGLOMERAÇÕES URBANAS E MICRORREGIÕES: UMA DERROTA DOS MUNICÍPIOS

Wladimir António Ribeiro¹

1. O assunto não é só dos grandes Municípios

O Supremo Tribunal Federal (STF), nas sessões realizadas nos dias 28 de fevereiro e 6 de março de 2013, concluiu o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.842-RJ, iniciada em 1998, na qual era questionada a Lei Complementar Estadual que reconfigurou a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e a Microrregião dos Lagos. Na realidade, o julgamento servirá para se fixar a interpretação da Constituição de 1988, estabelecendo o regime a ser

¹ Wladimir Antonio Ribeiro, mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Coimbra, com a dissertação “Em busca do federalismo perdido” elaborada sob orientação do Professor J. J. Gomes Canotilho, é sócio do escritório Manesco, Ramires, Perez, Azevedo Marques – Sociedade de Advogados.

seguido em todas as regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões do País.

Importante se ter em conta que não se trata de julgamento que cuida do interesse apenas das grandes cidades, dos grandes centros urbanos. As aglomerações urbanas e as microrregiões, que atendem ao mesmo regime jurídico da região metropolitana, são constituídas por pequenos e médios Municípios. Na realidade, o assunto interessa a todos os Municípios brasileiros, porque todos eles podem ser atingidos. Cabe lembrar o exemplo de Santa Catarina, cujo território é todo dividido entre regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, pelo que tais figuras atingiram todos os Municípios catarinenses.

2. O que foi decidido

As decisões a que chegou o STF foram as seguintes:

1) cabe ao Estado-membro instituir as regiões metropolitanas (ou aglomerações urbanas, ou microrregiões), definindo os Municípios que dela devem fazer parte;

2) a decisão do Estado-membro é compulsória, com isso, os Municípios definidos por lei complementar estadual, obrigatoriamente, passarão a fazer parte desse novo Ente;

3) a região metropolitana (ou aglomeração urbana, ou microrregião) pode exercer, nos termos do previsto em lei complementar estadual, competências municipais – com isso, o Município continua titular da competência, porém vinculado a um especial regime de exercício (por exemplo, o órgão ou entidade metropolitano pode entender que o prestador do serviço de resíduos sólidos deve ser empresa estadual, sendo que tal decisão prevalecerá ante as decisões e os contratos municipais);

4) a região metropolitana (ou aglomeração urbana, ou microrregião) deve possuir estrutura administrativa e competências próprias, fixadas por lei

complementar estadual, o que obrigará na maior parte dos casos que tenha personalidade jurídica, constituindo-se em um tipo de autarquia;

5) a região metropolitana (ou aglomeração urbana, ou microrregião) deve ser gerida por um colegiado, do qual participa o Estado-membro e os Municípios, em gestão compartilhada.

3. A participação do Estado-Membro: uma primeira derrota

Quem conhece o tema das regiões metropolitanas, sabe que ele teve origem em reivindicações do movimento municipalista, que propôs a criação das *autarquias municipais* como forma de fortalecimento da gestão municipal. Inclusive tese do Professor Hely Lopes Meirelles, com esse título, foi aprovada no *VI Congresso Brasileiro de Municípios*, realizado em Curitiba, em 1962.

A partir dessa proposta, originou-se o texto do § 3º do art. 25 da Constituição de 1988, que prevê as regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões **constituídas por Municípios**. Confira o texto constitucional:

Art. 25. [...]

§ 3º Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, **constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes**, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.

Contudo, o julgamento do Supremo Tribunal Federal, na prática, alterou o texto da Constituição, fazendo com que este passasse a ser lido da seguinte forma: “regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas **pelo Estado** e por agrupamentos de municípios limítrofes”.

Muitos podem se perguntar se o STF tem o direito de, sob o pretexto de *interpretar*, na verdade *alterar* o texto constitucional. É a velha questão “dos juízes atrelados ao texto da lei” e “dos juízes ativistas”, que rompem esses

limites, fixando o seu entendimento do que seria um “salto institucional” que promova “aperfeiçoamento” da ordem jurídico-política.

Porém, o que fica é que, prevalecendo esse entendimento, dada a assimetria de poderes entre governadores de Estado e prefeitos municipais, haverá uma nítida diminuição da autonomia constitucional. O Município, a partir dessa ótica, terá apenas as atribuições que a lei complementar estadual entender que não devam ser compartilhadas com os Estados.

Tal entendimento é tratado como um retrocesso. Volta-se à situação anterior à Constituição de 1988, na qual os Municípios (com exceção dos Municípios gaúchos) não tinham direito de elaborar a sua própria Lei Orgânica, sendo regidos por uma Lei Orgânica dos Municípios, editada pelo Estado.

4. A delicada questão da governança

Afora esse grande golpe à autonomia municipal, em confronto com que a Constituição de 1988 garantiu aos Municípios, há, também, questão em aberto que é ainda mais delicada, que se refere aos mecanismos de governança das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões.

Verdade que o Acórdão do julgamento não foi publicado, tarefa que foi designada ao ministro Gilmar Ferreira Mendes – um dos mais cultos e experientes membros de nossa Suprema Corte. Contudo, a partir dos votos proferidos no julgamento, os Municípios brasileiros têm muito que se preocupar com este ponto crucial, que é a governança.

A grande questão é saber se a decisão foi pela *gestão compartilhada* entre Estado e Municípios ou se foi pela *gestão compartilhada paritária*.

Isso porque, o primeiro voto com a tese vitoriosa do julgamento (que admitiu a participação do Estado-membro na região metropolitana, aglomeração urbana e microrregião) foi o do ministro Joaquim Barbosa, que, então, afirmou:

a titularidade do exercício das funções públicas de interesse comum passa para a nova entidade público-territorial-administrativa, de caráter intergovernamental, que nasce em consequência da criação da região metropolitana. Em contrapartida, o exercício das funções normativas, diretivas e administrativas do novo ente deve ser compartilhado com paridade entre o estado e os municípios envolvidos.

Na prática, prevalecendo essa compreensão, o estabelecimento de uma região metropolitana transfere as competências municipais para o Estado, que as exercerá por meio do colegiado metropolitano. Com metade dos votos, basta o governador ter o apoio de um dos prefeitos da região metropolitana para impor a sua vontade ao conjunto dos Municípios. Como é o próprio Estado quem define quais Municípios integram as regiões metropolitanas, fica evidente que essa transferência de competências fica extremamente facilitada.

Em audiência que tivemos com o ministro Gilmar Ferreira Mendes, questionamos esse ponto. Claro que ele informou que seria necessário se aguardar a publicação do Acórdão; contudo, adiantou que no seu entendimento a decisão é da *gestão compartilhada* e não da *gestão paritária*. Estudando com maior profundidade a questão, verificamos que da Ata de Julgamento constou que o ministro Joaquim Barbosa *reajustou parcialmente* o seu voto. Com isso, para saber se a decisão é pela *gestão compartilhada* ou pela *gestão paritária* será mesmo necessário se aguardar a publicação do Acórdão.

5. O impacto no saneamento básico

O efeito da decisão do STF, de qualquer forma, será imediato para o setor do saneamento básico.

Atualmente, caso um Município estivesse insatisfeito com os serviços prestados pela companhia estadual de saneamento básico, poderia buscar alternativa, pelo que ficava fortalecido para exigir da companhia estadual o

cumprimento de metas de investimentos e de melhoria de qualidade. Com o apoio do governo federal, era isso o que estava acontecendo nos últimos dez anos, o que permitiu um impressionante aumento dos investimentos e da melhora dos serviços.

Com a decisão do STF, o Município somente poderá buscar uma alternativa no caso de haver a concordância do “órgão metropolitano”, onde o Estado-membro pode possuir metade dos votos. Concordância que nunca irá obter, porque o Estado jamais irá votar em contrário aos interesses da empresa de saneamento que controla. Confundem-se, assim, os papéis de poder concedente e de concessionário e, ainda, cria-se uma cômoda reserva de mercado.

5.1 Reitera-se: o impacto é em todos os Municípios

Importante reiterar o que afirmamos no início do texto: o regime jurídico das regiões metropolitanas é, **também**, o das microrregiões e das aglomerações urbanas, institutos previstos no mesmo art. 25, § 3º, da Constituição Federal. Nada impede que todo o território do Estado seja dividido entre estes institutos.

Para exemplificar o alcance da decisão, basta que o Estado divida o seu território em regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões e defina, por exemplo, que é necessária a integração da educação e dos critérios de quem pode ser diretor de escola, fixando a competência de nomear estes cargos aos colegiados “compartilhados”.

É o que basta para que o governador nomeie todos os diretores de escola, sejam estaduais, sejam municipais. Evidente que, nos termos do que decidiu o STF, o Município passa a ser um órgão cujas competências próprias são as que o governador entender que devam continuar com eles, sendo as outras “compartilhadas”, eufemismo para estadualizar.

6. Conclusão: uma derrota dos Municípios

Tal compreensão autoritária de regiões metropolitanas sob o controle dos Estados se originou no regime militar. Tratava-se de uma distorção da tese de regiões metropolitanas como “autarquias intermunicipais”, defendidas por diversas lideranças no final dos anos 1950 e início dos anos 1960.

No julgamento do STF, havia a posição que defendia a região metropolitana como “autarquia intermunicipal”, na qual as competências seriam compartilhadas **entre os Municípios**, sendo o Estado apenas o instituidor, nos termos do que literalmente prevê o art. 25, § 3º, da Constituição Federal. Era essa a posição do ministro Nelson Jobim, em voto de mais de noventa páginas, bem como a do ministro Eros Grau, que se dedicou a estudar com profundidade o instituto da região metropolitana em sua carreira universitária.

Mas, com a dinâmica dos julgamentos do STF, estes ministros, apesar de terem votado, não estavam presentes para defender suas posições, porque estavam aposentados. Com isso, prevaleceu o entendimento de que os Municípios são incapazes de exercer suas competências, e, por isso, era forçoso “compartilhá-las” com os Estados.

Sem dúvida, o julgamento do STF foi uma derrota dos Municípios. Mais que isso, foi uma derrota da democracia, porque, como sempre lembrava o governador Franco Montoro, sem Município forte não há democracia. E é com tristeza que vemos que o espírito autoritário do regime militar, décadas depois, conseguiu infligir uma derrota ao projeto democratizante da Constituição de 1988.

AS INOVAÇÕES DA LEI COMPLEMENTAR 131/2009 – “LEI DA TRANSPARÊNCIA”

Vanessa Alexandra Santos Rezende¹

RESUMO: O presente artigo irá discorrer sobre os principais aspectos da Lei Complementar 131/2009, conhecida como a “Lei da Transparência”, e tem por objetivo alertar os gestores municipais sobre a importância da transparência dos atos da administração pública e as consequências em caso de descumprimento. Ademais, pretende-se destacar as dificuldades dos Municípios em cumprir a lei. Por fim, tecer considerações sobre a diferença entre a Lei da Transparência e a Lei 12.527/2011, sendo a última a norma que trata do acesso às informações.

Palavras-chave: Transparência. Município. Cidadão. Sanções. Informação.

¹ Advogada da Confederação Nacional de Municípios (CNM). Especialista em Direito Público e Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

1. Introdução

No dia 28 de maio de 2009, foi publicada no Diário Oficial da União (DOU) a Lei Complementar 131 que acrescenta dispositivos à Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).

Conhecida como a “Lei da Transparência”, a finalidade da LC 131/2009 é determinar a disponibilização, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

No 27 de maio de 2010, foi publicado o Decreto 7.185, que define o padrão mínimo de qualidade do sistema integrado de administração financeira e controle, nos termos do inciso III, parágrafo único do art. 48 da LRF.²

O Ministério de Estado da Fazenda, por sua vez, editou a Portaria 548, de 22 de novembro de 2010, que estabelece os requisitos mínimos de segurança e contábeis do sistema integrado de administração financeira e controle utilizado no âmbito de cada Ente da Federação, adicionais aos previstos no Decreto 7.185/2010.

A publicação destes instrumentos é para que a administração pública faça da transparência uma regra e não uma exceção, conforme tem sido nas últimas décadas.

A transparência deve ser um dos principais objetivos de cada Ente de forma a fazer com que o cidadão tenha conhecimento do que é feito com o dinheiro público, quer seja na União, nos Estados, no Distrito Federal ou em cada um dos 5.568 Municípios brasileiros.

2 “Art. 48. São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos.

III – adoção de sistema integrado de administração financeira e controle, que atenda a padrão mínimo de qualidade estabelecido pelo Poder Executivo da União e ao disposto no art. 48-A. (Incluído pela Lei Complementar 131, de 2009).

Estimular a transparência é permitir que a sociedade fiscalize a gestão, o que consequentemente previne que ocorram casos de corrupção e contribui para o fortalecimento da democracia, do controle social, evitando, assim, a utilização inadequada de recursos públicos.

Além dos instrumentos já citados, a Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação),³ permite ao cidadão ter informações conforme estabelece o inciso XXXIII do art. 5º, inc. II, do § 3º do art. 37 e § 2º do art. 216, todos da Constituição Federal de 1988.

O inciso XXXIII do art. 5º da Constituição Federal é claro ao dispor que “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

De acordo com o guia de implantação de Portal da Transparência elaborado pela Controladoria-Geral da União (CGU), toda informação deve estar na linguagem cidadã; ou seja, na comunicação da administração com o cidadão, a linguagem deve ser clara e objetiva. A meta é garantir a leitura fácil de informações e dados. Nesse sentido, termos técnicos devem ser traduzidos para o vocabulário do dia a dia. Nomes de programas e ações governamentais, bem como códigos e nomenclaturas de uso da gestão na prestação de contas só serão acessíveis se o público puder compreendê-los.⁴

Pretende-se, assim, discorrer sobre os principais aspectos da “Lei da Transparência”, a dificuldade dos Municípios em cumpri-la e a diferença com a Lei de Acesso às Informações.

3 Lei 12.527/2011 – Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências.

4 Guia de Implantação de Portal da Transparência. Controladoria-Geral da União. Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas. 1ª ed. Brasília/2013. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/>>.

2. Principais aspectos da LC 131/2009

A lei determina que, entre outros mecanismos, a transparência também será assegurada mediante:

I – incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos;

II – liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público;

III – adoção de sistema integrado de administração financeira e controle, que atenda ao padrão mínimo de qualidade estabelecido pelo Poder Executivo da União e ao disposto no art. 48-A da LRF.⁵

No que se refere ao item II, a lei determina que são informações referentes:

- à despesa: todos os atos praticados pelas unidades gestoras no decorrer da execução da despesa, no momento de sua realização, com a disponibilização mínima dos dados referentes ao número do correspondente processo, ao bem fornecido ou ao serviço prestado, à pessoa física ou jurídica beneficiária do pagamento e, quando for o caso, ao procedimento licitatório realizado;
- à receita: o lançamento e o recebimento de toda a receita das unidades gestoras, inclusive referente a recursos extraordinários.⁶

5 Art. 1º da LC 131/2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp131.htm>.

6 Art. 2º da Lei Complementar 131/2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp131.htm>.

O cidadão, por lei, tem o direito de ter informações atualizadas e detalhadas sobre os atos praticados pelo Município durante a execução de suas despesas, permitindo a consulta por período e fase da despesa.

A título de exemplo, o Decreto 7.185/2010, no art. 7º, inc. I, define como despesa:

- o valor do empenho, liquidação e pagamento;
- o número do correspondente processo da execução, quando for o caso;
- a classificação orçamentária, especificando a unidade orçamentária, a função, a subfunção, a natureza da despesa e a fonte dos recursos que financiaram o gasto;
- a pessoa física ou jurídica beneficiária do pagamento, inclusive nos desembolsos de operações independentes da execução orçamentária, exceto no caso de folha de pagamento de pessoal e de benefícios previdenciários;
- o procedimento licitatório realizado, bem como a sua dispensa ou inexigibilidade, quando for o caso, com o número do correspondente processo; e
- o bem fornecido ou serviço prestado, quando for o caso.⁷

No que se refere à receita, o Decreto 7.185 as define no inc. II do art. 7º, como os valores de todas as receitas da unidade gestora, compreendendo no mínimo sua natureza, relativas a:

7 Decreto 7.185/2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7185.htm>.

- previsão;
- lançamento, quando for o caso; e
- arrecadação, inclusive referente a recursos extraordinários.

Todas as informações devem ser disponibilizadas em tempo real que, de acordo com o § 2º, inc. II, do Decreto 7.185, são definidas como: “a disponibilização das informações, em meio eletrônico que possibilite amplo acesso público, até o primeiro dia útil subsequente à data do registro contábil no respectivo sistema, sem prejuízo do desempenho e da preservação das rotinas de segurança operacional necessários ao seu pleno funcionamento”.

E, conforme o inc. III do mesmo parágrafo, entende-se por meio eletrônico que possibilite amplo acesso público: a internet, sem exigências de cadastramento de usuários ou utilização de senhas para acesso.

Nota-se que o Município terá até o primeiro dia útil subsequente à data do registro contábil para disponibilizar as informações em seu portal de transparência.

No que se refere ao tempo que as informações devem ser mantidas no portal da transparência, a CGU esclarece que: o prazo de manutenção dos registros no Portal deve ser de, no mínimo, cinco anos a contar da data da aprovação das contas, de forma análoga ao prescrito pelo Conselho Nacional de Arquivos (Conarq) para documentos físicos (Resolução Conarq 14/2001). Vale ressaltar, no entanto, que o conteúdo retirado das páginas do Portal deve ser arquivado digitalmente e mantido de forma permanente para atendimento a eventuais requisições de informações com base na Lei (Lei 12.527/2011).⁸

É de se ressaltar que a lei não deve ser observada somente pelas prefeituras. A Câmara de Vereadores, as autarquias e as empresas municipais

8 Guia de Implantação de Portal da Transparência. Controladoria-Geral da União. Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas. 1ª ed. Brasília/2013. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/>>.

também devem cumprir o que estabelece a “Lei da Transparência”. Entretanto, podem optar por ter o seu próprio portal. Porém, levando-se em consideração a facilidade do cidadão em ter acesso aos dados em apenas um ambiente e, ainda, a economia do Município, não existe vedação para que seja criado um único portal que traga informações orçamentárias, contábeis e financeiras de cada um.

Caso o Município faça a opção por contratar uma empresa para criar o Portal da Transparência, ele deve cumprir o processo licitatório, não sendo admitida a inexigibilidade de licitação.

A realidade tem mostrado que diversas empresas estão disponibilizando aos Municípios portais de transparência que não atendem à legislação. E o pior! Cobram dos Entes locais quantias exorbitantes.

2.1 Prazos para o cumprimento

A Lei da Transparência estabeleceu prazos distintos para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no que concerne à disponibilização de informações sobre a execução orçamentária e financeira.

Vejamos:

- até 27 de maio de 2010 para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios com mais de 100.000 (cem mil) habitantes;
- até 27 de maio de 2011 para os Municípios que tenham entre 50.000 (cinquenta mil) e 100.000 (cem mil) habitantes;
- Até 27 de maio de 2013 para os Municípios que tenham até 50.000 (cinquenta mil) habitantes.

De acordo com os períodos estabelecidos, no dia 27 de maio de 2013, encerrou-se o prazo para que Municípios com até 50.000 (cinquenta mil) habitantes cumpram o que estabelece a lei.

Atualmente, todos os Entes da Federação já estão obrigados a cumprir a lei e podem ser penalizados em caso de descumprimento.

Destaca-se que, conforme preconiza a LC 131/2009, qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para denunciar ao respectivo Tribunal de Contas e ao órgão competente do Ministério Público o descumprimento das prescrições estabelecidas pela norma.

2.2 Sanções

O Município que não disponibilizar as informações dentro do prazo estabelecido está sujeito à sanção prevista no inc. I do § 3º do art. 23 da LRF.⁹

O dispositivo dispõe sobre o impedimento de o Município receber transferências voluntárias.

De acordo com o art. 25 da LRF, entende-se por transferência voluntária a entrega de recursos correntes ou de capital a outro Ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde.

Sabe-se que essas transferências são as principais fontes de receitas para inúmeros Municípios, em especial os de pequeno porte, que as utilizam geralmente para o custeio de obras, aquisição de equipamentos e demais serviços nesse setor.

Outra penalidade se refere à possibilidade de o gestor responder por crime de responsabilidade, conforme o Decreto-Lei 201, de 27 de fevereiro de 1967.

9 “Art. 23. Se a despesa total com pessoal, do Poder ou órgão referido no art. 20 ultrapassar os limites definidos no mesmo artigo, sem prejuízo das medidas previstas no art. 22, o percentual excedente terá de ser eliminado nos dois quadrimestres seguintes, sendo pelo menos um terço no primeiro, adotando-se, entre outras, as providências previstas nos §§ 3º e 4º do art. 169 da Constituição.

[..]

§ 3º Não alcançada a redução no prazo estabelecido, e enquanto perdurar o excesso, o ente não poderá:

I – receber transferências voluntárias; [..]”.

O art. 1º do Decreto-Lei 201/1967 estabelece quais são os crimes de responsabilidade dos prefeitos sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores.

Dentre os crimes constam:

- deixar de prestar contas, no devido tempo, ao órgão competente, da aplicação de recursos, empréstimos subvenções ou auxílios internos ou externos, recebidos a qualquer título;
- realizar ou receber transferência voluntária em desacordo com limite ou condição estabelecida em lei.

Já se tem conhecimento de Município onde o Ministério Público ajuizou ação civil pública com pedido de obrigação de fazer para que o Ente local disponibilize o portal da transparência.

3. O impacto da lei da transparência para os Municípios

A LRF foi publicada em 2000, a Lei de Acesso às Informações entrou em vigor em 16 maio de 2012, e a Lei da Transparência desde maio do corrente ano deve ser cumprida por todos os Municípios.

Grande parte dos Entes públicos municipais sequer cumprem os dispositivos da LRF. E não é por descaso e omissão do prefeito, e sim por dificuldades técnicas ou orçamentárias para cumprir a grande quantidade de determinações legais.

A LRF exige que os Municípios apresentem, por exemplo, anexo de metas fiscais, anexo de riscos fiscais, programação financeira e cronograma de desembolso, metas bimestrais para a receita, demonstrativo da receita corrente líquida, demonstrativo das despesas com pessoal, demonstrativo dos limites e demonstrativo da dívida consolidada. E toda a documentação tem prazo estipulado para ser apresentada.

Conforme recorda Eugenio Greggianin, o art. 64, incluído na LRF pela ação política municipalista, determinou a prestação pela União de assis-

tência técnica e cooperação financeira aos Municípios nas suas administrações tributária, financeira, patrimonial e previdenciária. No âmbito do Ministério da Fazenda, foi criado o Programa Nacional de Apoio à Gestão Administrativa e Fiscal dos Municípios Brasileiros (PNAFM), cujos resultados ainda são insatisfatórios. Entre os objetivos declarados do PNAFM, está a implantação de métodos e instrumentos de planejamento e de elaboração do orçamento municipal, dentro de um contexto de transparência e de participação da população; e, ainda, um melhor exercício das funções relevantes de educação fiscal e de atenção ao cidadão.¹⁰

Segundo a Organização Não Governamental Contas Abertas, a Lei de Acesso às Informações, embora tenha entrado em vigor há um ano, sequer é perfeitamente cumprida pela Câmara dos Deputados, pelo Senado Federal e até pelo Supremo Tribunal Federal.¹¹ Como exigir celeridade aos Municípios se o Poder Legislativo e o Judiciário, que deveriam servir como exemplo, não a cumprem. Tais poderes possuem recursos infinitamente superiores aos de um pequeno Município.

No que tange à transparência, a maior dificuldade será para os Municípios que sequer possuem internet ou a possuem de forma insatisfatória e que agora estão obrigados a disponibilizar em tempo real informações sobre sua execução orçamentária e financeira.

Dos 5.568 Municípios, aproximadamente 80% têm menos de 50.000 (cinquenta mil) habitantes, ou seja, praticamente a totalidade é de pequeno porte.

Apesar do avanço da internet, é comum que alguns Municípios não tenham acesso à rede mundial de computadores ou que tenham uma estrutura precária. A realidade é que muitos Municípios sequer possuem consideráveis condições de telefonia.

Inúmeras são as reclamações contra empresas de telefonia no sentido

10 *Responsabilidade na gestão pública*. Os desafios dos Municípios. Brasília. 2008, p. 254.

11 Disponível em: <<http://www.contasabertas.com.br/WebSite/Noticias/DetalleNoticias.aspx?Id=1406>>.

de que os serviços de comunicação tenham um padrão melhor. Imagina no que se refere aos serviços de internet?

Não se trata de má vontade do gestor em dar transparência aos atos de sua administração. Toda essa problemática, aliada à falta de qualificação de servidores, faz com que os Municípios tenham dificuldades em cumprir a legislação.

Diversos Entes locais certamente terão de fazer licitação para a contratação de empresa especializada. A contratação conseqüentemente gera custos para o erário, que ainda terá de qualificar servidores para a atualização do portal. Assim, não basta colocar o portal no ar.

Não se pode ignorar o fato de que 2013 é o primeiro ano de gestão para muitos prefeitos. Alguns não tiveram uma transição efetiva e estão passando os primeiros meses do mandato tomando ciência da real situação da prefeitura.

Diante da dificuldade dos Entes, a CGU, por exemplo, oferece apoio a Municípios interessados em desenvolver o portal da transparência.

De acordo com notícia publicada no *site* Contas Abertas, os Estados também ajudarão os Municípios a cumprir a lei da transparência.¹²

É uma iniciativa louvável a colaboração dos Estados, porém, a falta de recursos para a qualificação dos servidores será um grande desafio aos Municípios.

Diante do exposto, sabe-se que diversos Municípios não terão condições de cumprir plenamente a lei.

4. Diferença entre a Lei da Transparência e a Lei de Acesso às Informações

As duas normas tratam do direito dos munícipes de saber como está sendo utilizado o dinheiro público.

12 Disponível em: <<http://www.contasabertas.com.br/WebSite/Noticias/DetalheNoticias.aspx?Id=1468>>.

Como já foi abordado, a Lei da Transparência é uma lei complementar que altera a redação da LRF no que se refere à transparência da gestão fiscal. O texto inova e determina que sejam disponíveis, em tempo real, informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira de todos os Entes da Federação.

Já a Lei Federal 12.527/2011, a Lei de Acesso à Informação, regula o acesso a informações e dispõe sobre os procedimentos a serem observados por cada Ente da Federação. Regulariza o direito do cidadão em solicitar os documentos que tiver interesse sem justificar o pedido. A lei também deve ser cumprida, no que couber, pelas entidades privadas sem fins lucrativos que recebam, para realização de ações de interesse público, recursos públicos diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, acordo, ajustes ou outros instrumentos congêneres.

Os Municípios devem cumprir o que determina cada lei.

Porém, no que se refere à Lei de Acesso à Informação, os Municípios com menos de 10 (dez) mil habitantes ficam dispensados de divulgar na internet informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas, mantida a obrigatoriedade de divulgação, em tempo real, de informações relativas à execução orçamentária e financeira, nos critérios e nos prazos estabelecidos pela Lei da Transparência.

Assim, a Lei da Transparência deve ser cumprida plenamente por todos os Municípios, independente do número de habitantes.

Nesse sentido, é recomendável que o Ente local crie um portal único de forma a atender às duas legislações.

5. Conclusão

Em que pese a dificuldade dos Municípios em cumprir a Lei da Transparência, entende-se que a norma é um avanço para o nosso País, uma vez que

tem o objetivo de fazer com que o sigilo seja uma exceção no Brasil, a exemplo do que já ocorre em outros países.

O cidadão-contribuinte que paga seus impostos tem o direito de saber como cada Ente da Federação utiliza o recurso público.

A transparência facilitará, ainda, o controle interno e externo do Município.

Certamente alguns Municípios ainda levarão um considerável tempo para se adequarem às exigências das normas de transparência, porém, a partir do momento que a cumprirem com louvor, até mesmo os gestores terão maior segurança para realizar a prestação de contas, evitando a responsabilização que muitas vezes ocorre por desconhecimento.

Lucas Rocha Furtado é sábio ao afirmar que um gestor público nos dias atuais deve saber que sua situação é muito pior do que a da mulher de César. A mulher de César tinha de ser e parecer honesta. O gestor público deve ser honesto, parecer honesto e ser capaz de provar, de demonstrar que é honesto. Não há ninguém que assuma cargo público municipal, estadual, da administração direta ou indireta, que depois de deixar o mandato não tenha de responder por um legado de processos na Controladoria, no Tribunal de Contas e no Ministério Público. As ações de improbidade abundam Brasil afora. Então, o gestor público deve ter a seguinte consciência: se administro dinheiro público, devo ser capaz de aplicá-lo corretamente e de demonstrar que o apliquei corretamente.¹³

É de extrema importância que cada um dos 5.568 Municípios cumpra a Lei da Transparência e a Lei de Acesso às Informações, e não é pelo fato de poder vir a deixar de receber transferências voluntárias, e sim para que cada munícipe tenha atendido seu direito à informação, conforme preconiza a Constituição Federal.

13 CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Responsabilidade na gestão pública. Os desafios dos Municípios*. Brasília: Câmara dos Deputados. 2008, p. 288.

Referências

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 27 de maio de 2013.

_____. *Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em: 22 maio de 2013.

_____. *Lei Complementar 131, de 27 de maio de 2009*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp131.htm>. Acesso em: 9 de maio de 2013.

_____. *Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/12527.htm>. Acesso em: 17 maio de 2013.

_____. *Decreto 7.185, de 27 de maio de 2010*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7185.htm>. Acesso em: 9 maio de 2013.

_____. *Portaria 548, de 22 de novembro de 2010*. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/portugues/legislacao/portarias/2010/portaria548.pdf>>. Acesso em: 10 jun. de 2013.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Responsabilidade na Gestão Pública. Os desafios dos Municípios*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2008.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Guia de Implantação de Portal da Transparência*. Disponível em <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/>>. Acesso em: 28 maio de 2013.

Organização Não Governamental. *Contas Abertas*. Disponível em: <<http://www.contasabertas.com.br/WebSite/>>. Acesso em: 28 maio de 2013.

ANÁLISE JURÍDICA DO CONTRATO ORGANIZATIVO DA AÇÃO PÚBLICA DA SAÚDE (COAP)

Gabrielle Kölling¹

Ronaldo Mendes de Oliveira Castro Filho²

RESUMO: Efetivar o direito fundamental à saúde é uma tarefa árdua e está constantemente na pauta dos gestores. Dentro da necessidade de enfrentar a concretização desse direito, o Ministério da Saúde propôs uma “estratégia”, eis o Decreto 7.508/2011, que apresenta o Contrato Organizativo da Ação Pública da Saúde (Coap), o qual tem a finalidade de aproximar as decisões de saúde dos Municípios, bem como elidir, a longo prazo, os programas do governo federal que atualmente formam a “colcha de retalhos” que é levada a cabo para tentar fazer saúde na práxis. O referido contrato tem algumas anomalias jurídicas, especialmente no que tange à sua natureza jurídica. Outro ponto peculiar é a falta de inovação para um problema antigo: o financiamento da saúde. O Coap não

1 Bacharel em Direito (Unisinos); Especialista em Direito Sanitário (Unisinos e Universidade de Roma Tre); Mestre em Direito Público (Unisinos); Professora Universitária.

2 Economista e advogado (Uniceub).

resolve o problema do rateio de recursos, normatizado pela Lei Complementar 141 de 2012. Diante desse contexto, a pretensão do artigo é analisar criticamente o Coap, a fim de verificar seus aspectos jurídicos dentro do modelo Federalista, bem como quais são os seus limites e as suas possibilidades na ordem jurídica atual. Para isso, utilizar-se-á o método descritivo-analítico.

Palavras-chave: Direito à saúde. Coap. Pacto federativo. Tabela SUS.

1. Introdução

Efetivar o direito à saúde é uma tarefa comum a todos os Entes da Federação. A partir da lógica federativa isso é reforçado. A gestão da saúde no Brasil, historicamente, não tem legislação definindo quais são as responsabilidades específicas de cada Ente. A política pública de saúde foi construída com base nos arranjos e nas pactuações advindas das comissões bipartites, tripartites e, também, com base nos atos emanados do Poder Executivo: as portarias do Ministério da Saúde. Diante desse panorama, observa-se a fragmentação das políticas públicas de saúde, bem como sua fragilidade. O Contrato Organizativo da Ação Pública de Saúde (Coap) é imposto à Federação com a finalidade de unificar as ações de saúde.

A pretensão do artigo é analisar o Coap, especialmente no que tange a ele ser uma inovação, inclusive no aspecto jurídico. Não há clareza quanto à sua natureza, bem como à sua constitucionalidade. O Coap pode ser visto, quicá, como uma manobra para *ludibriar* o pacto federativo proposto pela Carta Magna de 1988. Outro ponto relevante é a questão dos reflexos de uma tabela desatualizada, como a Tabela do Sistema Público de Saúde. O repasse aos Entes terá por base os valores aferidos na tabela SUS. Isso torna a situação ainda mais complexa.

Para a análise do tema proposto, o artigo será dividido em três partes. Na primeira, será feita uma apresentação do Coap (contextualização), na

segunda será analisada a natureza jurídica do Coap e, na terceira, serão observadas as responsabilidades e a sua relação com o Pacto Federativo e o impasse do subfinanciamento da saúde.

O método utilizado no presente ensaio será o descritivo-analítico, tendo em vista que o artigo fará uma descrição da temática, revisará literatura atinente ao tema e fará uma análise crítica.

2. Contextualização do contrato organizativo da ação pública de saúde

O Coap é fruto do Decreto 7.508, de 28 de junho de 2011, o qual fez previsão do referido contrato. Esse contrato é apresentado como um “acordo de colaboração entre os Entes federativos”³ para organizar e integrar as ações e os serviços de saúde dentro de todos os três níveis de atenção (primária ou básica, média e alta complexidade), para, ainda, integrar todas as ações e os serviços de saúde na forma de rede, regionalizada e hierarquizada.

O art. 34 do Decreto 7.508/2011 estabelece, claramente, que o objeto do “contrato” é “a organização e a integração das ações e dos serviços de saúde, sob a responsabilidade dos Entes federativos em uma Região de Saúde, com a finalidade de garantir a integralidade da assistência aos usuários”. Observe-se bem o termo “integralidade”. O Coap está positivando a integralidade para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, afastando, assim, cada vez mais, a União das responsabilidades em relação à efetivação do direito à saúde.

O modelo de contrato disponibilizado no *site* do Ministério da Saúde estabelece, nos seus termos, as responsabilidades para cada “contratante”, responsabilidade de cunho organizacional, orçamentário-financeiro, de moni-

3 BRASIL, Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. Departamento de Articulação Interfederativa. *Caderno de Informação para a Gestão Interfederativa no SUS*. Brasília: Ministério da Saúde, 2013, p. 5.

toramento, de avaliação, de auditoria, enfim, transfere e amplia ainda mais as responsabilidades em relação à saúde. O Coap ainda não é impositivo, ou seja, é necessário que haja manifestação de vontade em relação a “contratar” com o Ministério da Saúde ou não. É fato que o *lobby* do Ministério tem sido extremamente forte; no entanto, é necessário que o “contrato” seja assinado por Estados, Municípios e Ministério da Saúde, dentro de cada região de saúde. Até o presente momento, só dois Estados assinaram o contrato: Mato Grosso do Sul e Ceará. Isso mostra a incipiência do Coap. Para a sua implementação, é necessário, ainda, realizar uma série de ajustes que considerem o verdadeiro pacto federativo no modelo republicano.

O Coap apresenta uma estrutura pautada em quatro grandes partes. A primeira parte congrega as responsabilidades de cunho organizativo; a segunda, as responsabilidades executivas; a terceira aborda as responsabilidades de cunho orçamentário-financeiro, repasses etc.; e a quarta e última parte traz as responsabilidades vinculadas ao monitoramento, à avaliação e auditoria, para verificar a execução ou não do Coap.

Ainda no que concerne às responsabilidades, é preciso observar que o Decreto 7.508/2011 também estabelece a definição das responsabilidades individuais e solidárias dos Entes com relação às ações e aos serviços de Saúde. O Coap ainda faz alusão aos indicadores e às metas, aos critérios de avaliação de desempenho, aos recursos financeiros que serão disponibilizados, à forma de controle e fiscalização da sua execução e aos demais elementos necessários à implementação integrada das ações e dos serviços. Ou seja, as responsabilidades individuais foram “quantificadas” por meio das referidas metas e dos indicadores.

O Coap utilizará como paradigma alguns pontos, tais como as tabelas unificadas Rename (Relação Nacional de Medicamentos Essenciais) e Renases (Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde), além de utilizar o plano de saúde, a programação anual de saúde, a programação geral das ações e dos serviços de saúde, o mapa da saúde (público e privado), dentre outros.

A ideia síntese do Coap é vincular os Estados, o Distrito Federal e os Municípios às responsabilidades prestacionais de saúde, de modo que possam exigir isso, juridicamente, dos referidos Entes.

3. Aspectos jurídicos do Coap

O Contrato Organizativo da Ação Pública de Saúde é fruto de um Decreto, do 7.508/2011, como já dito anteriormente. O decreto, pela sua natureza, tem a função de “melhor explicar” a lei, especificá-la; o decreto jamais poderá criar, inovar, ir além do que a lei estabeleceu.

O Coap foi instituído por meio do decreto, isso é fruto do Poder regulamentar, que é uma prerrogativa conferida à administração pública de editar atos gerais para complementar as leis e possibilitar sua efetiva aplicação. O seu alcance está vinculado à ideia de complementar a lei, não pode, pois, a administração, alterá-la a pretexto de estar regulamentando-a. Se o fizer, cometerá abuso de poder regulamentar, invadindo a competência do Poder Legislativo.⁴

O art. 84, inc. IV, da Constituição Federal de 1988, dispõe que ao presidente da República compete “expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis”. No caso do Decreto 7.508/2011, não há fiel execução da lei!

Zanella di Pietro⁵ reforça a ideia do poder regulamentar e da finalidade do decreto: fiel execução da lei! Vejamos:

Como uma das formas pelas quais se expressa a função normativa do Poder Executivo. Pode ser definido como o que cabe ao chefe do Poder Executivo da União, dos Estados e dos Municípios, de editar normas complementares à lei, para sua fiel execução.

4 MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. *Poder Regulamentar*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20110118231013562>. Acesso em: 19 jan. de 2011.

5 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

Assim, percebe-se que a presidência da República, por meio do decreto, criou o Coap que não tem nenhuma previsão na lei orgânica da saúde: Lei 8.080/1990. Diante disso, pode-se dizer que o Decreto 7.508/2011 é inconstitucional no que concerne a essa “inovação”. Logo, se é inconstitucional, a implementação do Coap também o será.

Outro ponto importante é a natureza jurídica do instrumento de cooperação (Coap): ele é um contrato? É uma modalidade de convênio?

Orlando Gomes⁶ define o contrato como um negócio jurídico, que pode ser típico ou atípico. Dentre as suas classificações, não há nenhuma que enquadre o Coap. O contrato é manifestação de vontade em relação a querer os efeitos vinculados a um objeto. No caso do Coap, há, em tese, uma pretensa (inexistente) colaboração; é possível contratar com base tão somente na colaboração?

Na medida em que os Municípios e os Estados só aderem ao “Coap”, será que não estamos diante de um mero contrato de adesão? Não há negociação no que tange ao conteúdo do contrato. São condições impositivas. Os Municípios não foram chamados a discutir e a consensuar os termos desse “contrato”.

4. Pacto federativo e o Coap: o que mudou?

O debate contemporâneo atual acerca do federalismo consiste, basicamente, na exigência da atuação uniformizada e harmônica de todos os Entes federados e o pluralismo federal. Esse é o ponto de corte do federalismo na atual conjuntura. Para que isso aconteça, é necessário que haja colaboração e atuação conjunta das diversas instâncias federais e não só o mero jogo de “empurrar responsabilidades” aos Entes. A finalidade da cooperação é a de alcançar resultados uniformizadores sem esvaziar os poderes, as competências e as

6 GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

responsabilidades dos Entes federados em relação à União, mas ressaltando a sua complementaridade.⁷

Bercovici leciona que, no Brasil, a partir da redemocratização, visualizaram-se novas perspectivas para o federalismo. Abriu-se a possibilidade de renovação das estruturas federais no Brasil, com sua ênfase na cooperação federativa e na superação das desigualdades regionais.⁸ Isso reforça, ainda mais, a ideia de federalismo cooperativo.

Dentro da lógica do federalismo e a partir da Constituição Social de 1988, a discussão no âmbito do modelo federativo reside nas políticas públicas. Isso se vincula à concepção do federalismo cooperativo e seus instrumentos de atuação conjunta.

Dito isso, cabe destacar o que se compreende por cooperação. A cooperação não significa simplesmente descentralizar. Conforme Bercovici,

[...] a descentralização como justificativa de uma maior racionalização ou eficiência da atuação estatal não pode ser adotado na estrutura federativa prevista na Constituição de 1988, sem maiores cautelas. [...] O debate, portanto, não deve ser entre descentralização e centralização, mas qual descentralização e para que (e para quem) descentralizar, para que se evite o desequilíbrio das condições sociais de vida regionalmente.⁹

Assim, diante das contribuições do autor, resta-nos a indagação: o Coap está considerando o modelo federativo adotado na Constituição de 1988?

Bercovici¹⁰ justifica a necessidade do federalismo cooperativo quan-

7 ROVIRA, Enoch Alberti. *Federalismo y cooperacion en la Republica Federal Alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 24-25.

8 BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

9 BERCOVICI, Gilberto. O federalismo no Brasil e os limites da competência legislativa e administrativa: memórias da pesquisa. *Rev. Jur.*, Brasília, v. 10, n. 90, Ed. Esp., p. 1-18, abr./maio, 2008. Disponível em: <www.planalto.gov.br/revistajuridica>. Acesso em: 10 jun. De 2012.

10 BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do estado federal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2004.

do se está sob um Estado intervencionista e voltado para a implementação de políticas públicas, como o brasileiro. As questões de âmbito nacional (dentre as quais a efetivação do direito à saúde) demandam um tratamento uniforme e exigem uma unidade de planejamento e direção, uma coordenação que busca um resultado comum e do interesse de todos. Rovira¹¹ complementa a ideia: “A decisão comum, tomada em escala federal, é adaptada e executada autonomamente por cada Ente federado, adaptando-a às suas peculiaridades e necessidades”. Será que o que Bercovici e Rovira apontaram está sendo levado em consideração no caso do Coap?

Observa-se, a partir da análise do “contrato”, que não há cooperação. Mais uma vez, a União está “repassando” a sua responsabilidade para os demais Entes sem nenhuma cooperação, seja qual for a natureza dela. Nota-se, ainda, que não há nenhuma mudança no quadro financeiro, os recursos financeiros repassados pelo Ministério da Saúde referem-se apenas aos programas federais aderidos pelos Entes municipais. Mais uma vez, o federalismo não se perfectibiliza no viés financeiro. Não há nenhuma inovação no aspecto econômico. Não há uma nova repartição dos valores para financiar a saúde.

A estrutura federativa que compõe o País está na base da formação do SUS, e os males do (sub)financiamento da saúde estão em um sistema tributário injusto e que assombra o financiamento. Isso faz com que tenhamos a necessidade de rever a distribuição de competências entre Estados, Municípios e União, após a Constituição de 1988, e a “lógica financista” que pauta os investimentos do País. A isso devemos adicionar, ainda, o fato de o Brasil ser o único país com sistema universal de saúde em que o gasto privado é maior que o público. No que tange às relações entre Estados, Municípios, União e Distrito Federal, e, conseqüentemente, as fontes de recursos para atender a essas prer-

11 ROVIRA, Enoch Alberti. *Federalismo y cooperacion en la Republica Federal Alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

rogativas de saúde, necessitamos de *aperfeiçoamentos urgentes*.¹²

Vianna¹³ observa que o SUS foi concebido em 1988 de modo descentralizado para assegurar um caráter democrático e permitir melhor controle social. A democracia e a descentralização deveriam estar associadas.

A crise que os Municípios vivenciam na prática é considerada por Vianna como o problema do financiamento. Para o autor, esse é mais um entre vários produtos de uma crise na Federação. As decisões da Carta Constitucional de 1988 levaram o governo federal a reagir contra a perda de recursos e a promover a descentralização de encargos e obrigações. Foram aumentadas as obrigações e as atribuições de serviços dos Estados e dos Municípios, mas não houve incremento na arrecadação de impostos. A análise de Vianna mostra que ocorreu um processo de descentralização fiscal, com os Municípios assumindo maior peso no atendimento das demandas sociais e nos gastos totais; no entanto, muitos Municípios vivem em dificuldade financeira, em crise.¹⁴

Outro ponto importante dentro da lógica da Federação foi a aprovação da Emenda Constitucional 29 sem o comprometimento de a União participar com 10% da sua arrecadação para a Saúde. Isso foi visto como uma grande derrota. Foi uma verdadeira “tragédia” a manutenção da indexação da despesa da União com a Saúde pela variação do PIB do ano anterior.¹⁵

Essas considerações nos permitem observar que talvez a opção política atual seja por uma desconstrução do sentido original do SUS, tendo em vista que, com uma crise instaurada no modelo federativo, se torna complexo efetivar um SUS universal e igualitário. Repensar o SUS a partir do Coap mostra que a lógica de um SUS dentro de um modelo federativo foi abandonada.

12 VIANNA, Salvador Werneck. *Desenvolvimento econômico e reformas institucionais no Brasil: considerações sobre a construção interrompida*. Tese de doutorado. Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2007.

13 Idem, *ibidem*.

14 Idem, *ibidem*.

15 COSTA, A. M. ; BAHIA, L. ; SCHEFFER, M. Onde foi parar o sonho do SUS?. *Le Monde Diplomatique* (Brasil), v. 6, p. 30-31, 2013.

5. Conclusão

A efetivação do direito à saúde é uma tarefa árdua e complexa, demanda, também, efetividade do pacto federativo. A tentativa de implementar o Coap no Brasil é viciada no que concerne ao direito, por dois grandes aspectos: I) o Coap é uma inovação e um decreto, não pode ir além do que a lei já determinou; observa-se, assim, um vício adstrito à inconstitucionalidade; II) o Coap rompe com o pacto federativo, pois, por meio desse “contrato”, a União afasta-se ainda mais da tarefa de efetivar o direito à saúde e transfere a obrigação aos Municípios sem a contrapartida financeira necessária. Isso é uma afronta ao modelo federalista, ao pacto federativo em si.

O governo federal procura, por meio do Coap, obter êxito na consolidação do Sistema Único de Saúde, propiciar a integralidade do atendimento à população; todavia, o contrato não é a solução para fazer frente aos desafios da saúde pública no Brasil. A contratualização dos serviços de saúde entre os Entes federados não resolve o cerne do problema, que é o financiamento da saúde pública.

A atual conjuntura do direito à saúde, diante do Coap, mostra o quão fragilizado está o modelo federativo. O Coap é um expoente (perigoso) da pretensão da União de afastar-se do modelo federativo. Aceitar e implementar o “contrato” é cancelar a crise do federalismo brasileiro.

Referências

BRASIL, Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. Departamento de Articulação Interfederativa. *Caderno de Informação para a Gestão Interfederativa no SUS*. Brasília: Ministério da Saúde, 2013.

BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. *Dilemas do estado federal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2004.

_____. O federalismo no Brasil e os limites da competência legislativa e administrativa: memórias da pesquisa. *Rev. Jur.*, Brasília, v. 10, n. 90, Ed. Esp., p.01-18, abr./maio, 2008. Disponível em: <www.planalto.gov.br/revistajuridica>. Acesso em: 10 jun. de 2012.

COSTA, A. M. ; BAHIA, L. ; SCHEFFER, M. Onde foi parar o sonho do SUS? *Le Monde Diplomatique* (Brasil), v. 6, p. 30-31, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. *Poder Regulamentar*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20110118231013562>. Acesso em: 19 jan. de 2011.

ROVIRA, Enoch Alberti. *Federalismo y cooperacion en la Republica Federal Alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

VIANNA Salvador Werneck. *Desenvolvimento econômico e reformas institucionais no Brasil: considerações sobre a construção interrompida*. Tese de doutorado. Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2007.

REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES – GARANTIA CONSTITUCIONAL PARA SERVIDOR DE CARGO EFETIVO – DESAFIOS PARA INSTITUIÇÃO

Delúbio Gomes Pereira da Silva¹

Atualmente, no Brasil, existem 5.568 Municípios, sendo que destes, menos de 2 mil Municípios mantêm Regimes Próprios de Previdência dos Servidores (RPPS), conforme previsto no art. 40 da Constituição Federal.

Importante ressaltar que todas as capitais, todos os Estados da Federação, bem como o Distrito Federal e a União mantêm seus respectivos Regimes Próprios de Previdência dos Servidores, garantindo um sistema diferenciado em relação ao Regime Geral de Previdência Social, conforme previsão constitucional, a mais de 9 milhões de servidores ativos, inativos e pensionistas.

1 Auditor da Receita Federal do Brasil desde 1987, em exercício no Ministério da Previdência Social. Ex-Diretor do Departamento dos Regimes de Previdência no Serviço Público de 1999 a 2011. Professor de Direito Previdenciário em Curso de Pós-Graduação no Brasil. Master em Gestão de Sistemas de Previdência pela Universidade de Alcalá – Madri – Espanha – 2002.

Vale, ainda, destacar que a União, por intermédio do Ministério da Previdência Social, em razão da regulamentação do § 1º do art. 24 da Constituição Federal pela Lei 9.717/1998 (Lei Geral de Regime Próprio de Previdência Social), vem atuando desde 1999 na supervisão, na orientação e na normatização deste segmento previdenciário, incluindo ações para fomentar a instituição de Regimes Próprios Municipais no Brasil, em conjunto com as entidades representativas dos Regimes Próprios Municipais e Estaduais, em cumprimento ao previsto na Constituição Federal.

Ocorre que, efetivamente, de 1999 a 2012, não houve um acréscimo significativo do número de Regimes Próprios Municipais, apesar das ações do Ministério da Previdência Social e das entidades representativas dos Regimes Próprios Municipais.

Este texto tem como objetivo analisar se a instituição de RPPS Municipal é uma faculdade do Ente público e as razões que inibem a instituição de Regime Próprio Municipal.

Para tanto, pretendo abordar os seguintes tópicos:

1. Faculdade ou não do gestor municipal em instituir Regime Próprio para servidor titular de cargo efetivo;
2. Diferença entre regras de concessão de benefícios entre Regime Geral de Previdência Social e o Regime Próprio de Previdência do Servidor;
3. Complementação da aposentadoria do servidor efetivo vinculado ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS);
4. Compensação previdenciária – garantia de recursos futuros no caso de instituição de Regime Próprio Municipal

1. Faculdade ou não do gestor municipal em instituir Regime Próprio para servidor titular de cargo efetivo

Primeiramente, importante registrar que o sistema previdenciário pú-

blico brasileiro, previsto no texto constitucional, é composto por três regimes previdenciários: I. Regime Geral de Previdência Social – art. 201; II. Regime Próprio de servidor titular de cargo efetivo – art. 40; III. Regime de Previdência do Militar – arts. 42 e 142. Não interessando, nessa abordagem, a análise do Regime de Previdência do Militar.

O Regime Geral de Previdência Social (RGPS) é regra geral, ou seja, qualquer pessoa que exerça atividade remunerada está vinculada obrigatoriamente a ele, na forma do art. 201 da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a **forma de regime geral**, de caráter contributivo e **de filiação obrigatória**, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: [...] (Grifo nosso).

Com a regulamentação prevista no texto constitucional, foram editadas as Leis 8.212/1991 (Lei de Custeio do RGPS) e 8.213/91 (Lei de Benefícios do RGPS), que disciplinaram, entre outros pontos, acerca da vinculação de servidor público ao RGPS, da seguinte forma:

Art. 13. O servidor civil ocupante de cargo efetivo ou o militar da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, bem como o das respectivas autarquias e fundações, são excluídos do Regime Geral de Previdência Social consubstanciado nesta Lei, desde que amparados por regime próprio de previdência social.

A redação dada ao art. 13 da Lei 8.212/1991 induz ao entendimento da faculdade pelo Município de instituir o Regime Próprio Municipal, quero ressaltar que vou citar somente “Município” por motivo de inexistência de Estados que fizeram esta “opção” e vem sendo utilizada pela Receita Federal do Brasil (RFB) para vincular servidores públicos titulares de cargo efetivo municipal ao RGPS, administrado pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

Lembrando, ainda, que o art. 10 da Lei 9.717/1998 disciplina o tratamento dado aos servidores públicos no caso de extinção de Regime Próprio de Previdência Social, *in verbis*:

Art. 10. No caso de extinção de regime próprio de previdência social, a União, o Estado, o Distrito Federal e os Municípios assumirão integralmente a responsabilidade pelo pagamento dos benefícios concedidos durante a sua vigência, bem como daqueles benefícios cujos requisitos necessários a sua concessão foram implementados anteriormente à extinção do regime próprio de previdência social.

Dessa maneira, com a redação do art. 10 da Lei 9.717/1998, presume-se, mais uma vez, a faculdade de extinção do Regime Próprio de Previdência Social pelo Ente federativo, porém, deve ser destacado que a Lei 9.717/1998 foi publicada em 27/11/1998, ou seja, em data anterior à data de publicação da Emenda Constitucional 20/1998, de 15/12/1998. Assim, entendo que este dispositivo não foi recepcionado pela Emenda Constitucional 20/1998 em razão da redação dada ao art. 40 da Constituição Federal por esta Emenda.

Estariam o art. 13 da Lei 8.212/1991, bem como o art. 10 da Lei 9.717/1998 em harmonia com o disposto no texto constitucional, ou os referidos artigos deveriam ser considerados inconstitucionais, por afronta ao disposto no art. 40 da Constituição Federal.

Esse questionamento passa, obrigatoriamente, pela análise e interpretação da Constituição Federal, considerando o disposto no *caput* do art. 40 da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, **é assegurado regime de previdência** de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos

e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo (Grifo nosso).

A expressão “*é assegurado*” está presente no texto constitucional vigente em diversos artigos, tendo sido largamente utilizada pelos constituintes, em especial no “Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais” em seu Capítulo “I – DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS”, onde em vários incisos constam a expressão, *in verbis*:

Art. 5º

[..]

V – **é assegurado** o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[..]

VII – **é assegurada**, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

[..]

XIV – **é assegurado** a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

[..]

XLIX – **é assegurado** aos presos o respeito à integridade física e moral;

L – às presidiárias **serão asseguradas** condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

[..]

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (Grifo nosso).

Da interpretação do contido no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal não paira qualquer dúvida sobre a obrigatoriedade de aplicação dessas normas, não admitindo faculdade do poder público em sua aplicação.

Seria razoável, considerando uma interpretação literal, sistemática e teleológica do texto constitucional, admitir que a expressão “é assegurado”, prevista no art. 40 da Constituição Federal de 1988, fosse facultativa por parte do Município em sua aplicação, entendendo que não.

Nesse sentido, a posição doutrinária do ex-ministro Eros Roberto Grau é esclarecedora:

[..] Sustento que, assim como jamais se aplica uma norma jurídica, mas sim o direito, não se interpretam normas constitucionais, isoladamente, mas sim a Constituição no seu todo. [..] Não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer norma da Constituição impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dela – a norma – até a Constituição. Uma norma jurídica isolada, destacada, desprendida do sistema jurídico, não expressa significado normativo nenhum. A interpretação jurídica sempre há de ser desenvolvida no âmbito de três distintos contextos – o linguístico, o sistêmico e o funcional.²

Vale a pena, ainda, lembrar os ensinamentos do mestre Celso Antônio:

A Constituição não é um simples ideário. Não é apenas uma expressão de anseios, aspirações, de propósitos. É a transformação de um ideário, é a conversão de anseios e aspirações em regras impositivas. Em comandos. Em preceitos obrigatórios para todos: órgãos do Poder e cidadãos.

[..] Uma norma jurídica é desobedecida quer quando se faz

2 GRAU, Eros Roberto. *A ordem Econômica na Constituição de 1988*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 195-196.

o que ela proíbe quer quando não se faz o que ela determina. Sendo a Constituição um plexo de normas jurídicas – e normas de nível supremo – é inevitável concluir-se que há violação à Constituição tanto quando se faz o que ela inadmite como quando se omite fazer o que ela impõe. E se omissão houver ficará configurada uma inconstitucionalidade.³

Dessa maneira, no entendimento do mestre Celso Antônio, ao negar a possibilidade de o servidor titular de cargo efetivo aposentar-se nos termos do art. 40 da Constituição Federal de 1988, apresenta-se configurada uma inconstitucionalidade.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolida e ratifica este entendimento, quando, de forma clara, determina:

Já se firmou na jurisprudência desta Corte que, entre os princípios de observância obrigatória pela Constituição e pelas leis dos Estados-membros, se encontram os contidos no **art. 40 da Carta Magna Federal** (assim, nas ADI 101, ADI 178 e ADI 755).” (ADI 369, Rel. Min. **Moreira Alves**, julgamento em 9-12-1998, Plenário, DJ de 12-3-1999.) **No mesmo sentido**: ADI 4.698-MC, Rel. Min. **Joaquim Barbosa**, julgamento em 1º-12-2011, Plenário, DJE de 25-4-2012; ADI 4.696-MC, Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, julgamento em 1º-12-2011, Plenário, DJE de 16-3-2012.⁴

Por último, para os defensores da faculdade de instituição do Regime Próprio Municipal, deixo o seguinte questionamento:

Caso um mandatário do Executivo Federal ou Estadual resolvesse, e conseguisse aprovação no Congresso Nacional ou em

3 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Eficácia das normas Constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 57-58, 1981, p. 236-237.

4 Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.696, Distrito Federal.

uma assembléia legislativa estadual, de lei que tratasse da revogação do respectivo regime próprio, bem como a vinculação dos servidores federais ou estaduais ao Regime Geral de Previdência Social, estaria extinto o Regime Próprio do Respectivo Ente Federado, com as seguintes implicações ou consequências – todos os servidores que ganham acima do limite máximo do Regime Geral de Previdência Social – RGPS, atualmente em R\$ 4.159,00, sem direito adquirido a aposentadoria voluntária, teriam extinto seu direito de aposentadoria integral e com paridade previsto nos art. 6º da EC 41/2033 e art. 3º da EC 47/2005 e seriam aposentados conforme regras do RGPS?

Assim, em caso afirmativo, seria desnecessária a aplicação do disposto no art. 40, §§ 14 e 15 da Constituição Federal para instituição do teto do Regime Geral de Previdência Social aos servidores efetivos, conforme iniciativa recente da União, dos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro, após uma longa discussão e debate no Congresso Nacional e respectivas assembléias estaduais.

Não me parece razoável, muito menos constitucional tal iniciativa.

2. Diferença entre regras de concessão de benefícios do Regime Geral de Previdência Social e do Regime Próprio de Previdência do Servidor

Com o propósito de ressaltar as diferenças entre as regras de concessão de benefícios do Regime Geral de Previdência Social com as do Regime Próprio de Previdência do Servidor, para fins da dissertação pretendida neste texto, vamos restringir a análise da espécie “aposentadoria voluntária por tempo de contribuição”, não se atendo às diferenças entre as outras espécies de aposentadoria.

A regra de concessão de aposentadoria voluntária por tempo de contribuição e idade para o servidor titular de cargo efetivo está prevista no art. 40 da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 40. [...]

§ 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores:

[...]

III – VOLUNTARIAMENTE, DESDE QUE CUMPRIDO TEMPO MÍNIMO DE DEZ ANOS DE EFETIVO EXERCÍCIO NO SERVIÇO PÚBLICO E CINCO ANOS NO CARGO EFETIVO EM QUE SE DARÁ A APOSENTADORIA, OBSERVADAS AS SEGUINTESS CONDIÇÕES: a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher;

[...]

§ 2º Os proventos de aposentadoria e as pensões, por ocasião de sua concessão, não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão.

§ 3º Para o cálculo dos proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência de que tratam este artigo e o art. 201, na forma da lei.

[...]

§ 5º Os requisitos de idade e de tempo de contribuição serão reduzidos em cinco anos, em relação ao disposto no § 1º, III, “a”, para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

[...]

§ 8º É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei.

[...]

§ 17. Todos os valores de remuneração considerados para o cálculo do benefício previsto no § 3º serão devidamente atualizados, na forma da lei (Grifo nosso).

A redação dada ao § 3º do art. 40 pela Emenda Constitucional 41/2003, que retirou a expressão “provento integral” e inseriu o cálculo do benefício, considerando as remunerações do servidor em seu período laboral, independentemente do regime de previdência a que esteve vinculado (RGPS ou RPPS). Estava, assim, sedimentado o caminho para uniformização ou aproximação das regras de concessão de aposentadoria do Regime Próprio de Previdência do Servidor com as do Regime Geral de Previdência Social, objetivo primordial da Proposta de Reforma da Previdência enviada pelo governo federal no início de 2003, conforme exposição de motivos da Proposta de Emenda Constitucional 40 encaminhada ao Congresso Nacional,⁵ *in verbis*:

3. Com tal finalidade, propõe o Programa de Governo de Vossa Excelência a construção, no longo prazo, de um regime previdenciário básico público, universal, compulsório, para todos brasileiros. O regime deve ter um caráter contributivo, como é da tradição e cultura previdenciária brasileira, com benefícios de aposentadoria definidos, valor do piso e teto claramente estipulados e gestão democrática quadripartite. Em complementação a este regime universal, propõe o documento citado a existência de regime complementar de caráter facultativo, destinado àqueles brasileiros que desejam obter, na aposentadoria, valores de benefício superiores ao teto geral do regime básico universal.

4. É sabido que a Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, modificou diversos princípios da administração previdenciária do setor público, em especial o caráter contributivo e o equilíbrio financeiro-atuarial. Não obstante, dada a abrangência incompleta e parcial da EC 20, persistem hoje regras bastante diferenciadas entre o Regime Geral de Previdência Social e os regimes próprios de Previdência social dos servidores, com desequilíbrios nas dimensões da equidade

5 Exposição de Motivos da Proposta de Emenda à Constituição 40, *Estudos e Pesquisas da Secretaria de Políticas de Previdência Social 2003 – 2009*, Coleção Previdência Social, v. 31, p. 257.

e sustentabilidade de longo prazo.

5. Trata-se de avançar no sentido da convergência de regras entre os regimes de previdência atualmente existentes, aplicando-se aos servidores públicos, quando possível, os requisitos e critérios mais próximos dos exigidos para os trabalhadores do setor privado. Com este vetor, busca-se tornar a Previdência Social mais equânime, socialmente mais justa e viável financeira e atuarialmente para o longo prazo. **Esta convergência de regras proposta na Emenda Constitucional em anexo, que inclui a criação de um teto comum de benefícios e contribuições para os segurados futuros dos diversos regimes previdenciários existentes no Brasil, será um passo decisivo na direção em que aponta o Programa de Governo de Vossa Excelência citado mais acima (Grifo nosso).**

Dessa maneira, com a regulamentação do disposto nos parágrafos 3º, 8º e 17 do art. 40 da Constituição Federal pela Lei 10.887, de 18 de junho de 2004, foi estabelecida fórmula similar ao cálculo do salário de benefício em vigor para o Regime Geral de Previdência Social, conforme disposto no art. 1º da referida lei, *in verbis*:

Art. 1º No cálculo dos proventos de aposentadoria dos servidores titulares de cargo efetivo de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, previsto no § 3º do art. 40 da Constituição Federal e no art. 2º da Emenda Constitucional no 41, de 19 de dezembro de 2003, será considerada **a média aritmética simples das maiores remunerações, utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência a que esteve vinculado, correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde a do início da contribuição, se posterior àquela competência.**

§ 1º As remunerações consideradas no cálculo do valor inicial dos proventos terão os seus valores atualizados mês a mês de

acordo com a variação integral do índice fixado para a atualização dos salários-de-contribuição considerados no cálculo dos benefícios do regime geral de previdência social.

[..]

§ 4º Para os fins deste artigo, as remunerações consideradas no cálculo da aposentadoria, atualizadas na forma do § 1º deste artigo, não poderão ser:

I – inferiores ao valor do salário-mínimo;

II – superiores ao limite máximo do salário-de-contribuição, quanto aos meses em que o servidor esteve vinculado ao regime geral de previdência social.

§ 5º Os proventos, calculados de acordo com o caput deste artigo, por ocasião de sua concessão, não poderão ser inferiores ao valor do salário-mínimo nem exceder a remuneração do respectivo servidor no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria (Grifo nosso).

Esta similaridade pode ser constatada verificando o disposto no art. 29 da Lei 8.213/1991 (Lei Geral de Benefícios do RGPS) com a redação dada pela Lei 9.876, de 26 de novembro de 1999, *in verbis*:

Art. 29. O salário-de-benefício consiste:

I – para os benefícios de que tratam as alíneas b e c do inciso I do art. 18, **na média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo, multiplicada pelo fator previdenciário;**

II – para os benefícios de que tratam as alíneas a, d, e e h do inciso I do art. 18, na média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo.

§ 2º O valor do salário-de-benefício não será inferior ao de um salário mínimo, nem superior ao do limite máximo do salário-de-contribuição na data de início do benefício.

[..]

Porém, mesmo com a redação dada pelo § 3º do art. 40 da Constituição Federal, o valor do benefício concedido ao servidor titular de cargo efetivo pelo RPPS é substancialmente diferenciado em relação ao valor do benefício concedido ao mesmo servidor pelo RGPS, pelos seguintes motivos:

1 – no Regime Geral de Previdência Social, conforme § 7º do art. 201 da Constituição Federal, não existe o requisito idade para concessão da aposentadoria voluntária por tempo de contribuição, ou seja, o servidor poderá se aposentar pelo RGPS desde que cumpra o requisito 35 anos de contribuição (homem) e 30 anos de contribuição (mulher), devendo, não obstante, destacar que na regulamentação do art. 201 pela Lei 9.876/1999 foi introduzido o fator previdenciário para esta modalidade de aposentadoria, *in verbis*:

Art. 29 [...]

§ 7º O fator previdenciário será calculado considerando-se a idade, a expectativa de sobrevida e o tempo de contribuição do segurado ao se aposentar, segundo a fórmula constante do Anexo desta Lei.

§ 8º Para efeito do disposto no § 7º, a expectativa de sobrevida do segurado na idade da aposentadoria será obtida a partir da tábua completa de mortalidade construída pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, considerando-se a média nacional única para ambos os sexos.

Anexo

CÁLCULO DO FATOR PREVIDENCIÁRIO

$$f = \frac{Tc \times a}{Es} \times \left[1 + \frac{(Id + Tc \times a)}{100} \right]$$

Onde:

f = fator previdenciário;

Es = expectativa de sobrevida no momento da aposentadoria;

Tc = tempo de contribuição até o momento da aposentadoria;

Id = idade no momento da aposentadoria;

a = alíquota de contribuição correspondente a 0,31.

2 – no Regime Próprio de Previdência do Servidor, conforme disposto na alínea “a” do inc. III do § 1º do art. 40 da Constituição Federal, o servidor deve cumprir dois requisitos para concessão da aposentadoria voluntária, idade e tempo de contribuição, 60 anos de idade e 35 anos de contribuição para homem e 55 anos de idade e 30 anos de contribuição para mulher, além da carência no cargo e serviço público, entretanto sem aplicação do fator previdenciário.

Assim, a título de exemplo, em um Município que “optou” pelo Regime Geral de Previdência Social, um servidor titular de cargo efetivo com remuneração do cargo no valor mensal de R\$ 8.159,00, do sexo masculino, que tenha 53 anos de idade e 35 anos de contribuição, poderá se aposentar voluntariamente no Regime Geral de Previdência Social (RGPS), com valor máximo de proventos na ordem de R\$ 2.769,00 (Dois mil e setecentos e sessenta e nove reais), limite máximo do benefício = R\$ 4.159,00 multiplicado pelo fator previdenciário = 0,6658 (vide Tabela 1), caso tenha 60 anos de idade e 35 anos de contribuição, o valor máximo alcança R\$ 3.636,00 (Três mil e seiscentos e trinta e seis reais) – fator previdenciário = 0,8744.

TABELA 1 – FATOR PREVIDENCIÁRIO ANO 2013

idade	idade na hora da aposentadoria																		
	homem	43 anos	44 anos	45 anos	46 anos	47 anos	48 anos	49 anos	50 anos	51 anos	52 anos	53 anos	54 anos	55 anos	56 anos	57 anos	58 anos	59 anos	60 anos
35		0,4742	0,4898	0,5048	0,5220	0,5403	0,5578	0,5781	0,5977	0,6183	0,6425	0,6658	0,6906	0,7169	0,7450	0,7750	0,8035	0,8377	0,8744
36			0,5048	0,5202	0,5380	0,5568	0,5748	0,5958	0,6159	0,6372	0,6621	0,6862	0,7117	0,7388	0,7677	0,7986	0,8280	0,8612	0,9010
37				0,5357	0,5540	0,5734	0,5919	0,6135	0,6343	0,6562	0,6818	0,7065	0,7328	0,7607	0,7905	0,8223	0,8526	0,8888	0,9277
38					0,5701	0,5900	0,6091	0,6313	0,6527	0,6752	0,7016	0,7270	0,7540	0,7827	0,8134	0,8461	0,8772	0,9144	0,9545
39						0,6068	0,6264	0,6492	0,6711	0,6943	0,7214	0,7475	0,7753	0,8048	0,8363	0,8699	0,9019	0,9402	0,9814
40							0,6437	0,6671	0,6896	0,7134	0,7413	0,7681	0,7967	0,8270	0,8593	0,8939	0,9267	0,9661	1,0084
41								0,6851	0,7082	0,7327	0,7613	0,7888	0,8181	0,8492	0,8824	0,9179	0,9516	0,9920	1,0354
42									0,7269	0,7520	0,7813	0,8096	0,8396	0,8716	0,9056	0,9420	0,9766	1,0180	1,0626
43										0,7713	0,8014	0,8304	0,8612	0,8940	0,9289	0,9662	1,0017	1,0442	1,0899
44											0,8216	0,8513	0,8829	0,9164	0,9522	0,9904	1,0268	1,0704	1,1172
45												0,8723	0,9046	0,9390	0,9756	1,0148	1,0521	1,0967	1,1446
46													0,9264	0,9616	0,9991	1,0392	1,0774	1,1230	1,1721
47														0,9843	1,0227	1,0637	1,1028	1,1495	1,1998
48															1,0464	1,0883	1,1283	1,1761	1,2275
49																1,1130	1,1538	1,2027	1,2553
50																	1,1795	1,2294	1,2831

Caso o Município tenha cumprido o disposto no art. 40 da Constituição Federal, assegurando um Regime Próprio de Previdência aos servidores titulares de cargo efetivo, este servidor com a mesma remuneração – R\$ 8.159,00 (Oito mil, cento e cinquenta e nove reais) – não poderá se aposentar com idade de 53 anos e 35 anos de contribuição, porém, com idade de 60 anos e 35 anos de contribuição, o valor máximo dos proventos de aposentadoria voluntária será de R\$ 7.719,00 (Sete mil, setecentos e dezenove reais), observando o teto de benefício no RPPS municipal, que é o subsídio do prefeito, conforme disposto no inc. XI do art. 37 da Constituição Federal, o valor da remuneração para fins de aposentadoria é a remuneração do cargo efetivo – R\$ 8.159,00 (Oito mil, cento e cinquenta e nove reais), e, como este valor é superior ao limite de benefício do RGPS – R\$ 4.159,00 (Quatro mil, cento e cinquenta e nove reais), o servidor aposentado irá contribuir como inativo

sobre a parcela do provento que exceder o limite máximo de benefício do RGPS, conforme disposto no § 18 do art. 40 da Constituição Federal, assim, no exemplo em questão, irá contribuir sobre R\$ 4.000,00 (Quatro mil reais) valor que excede ao teto do RGPS.

Dessa maneira, a diferença de proventos em favor do aposentado pelo Regime Próprio de Previdência do Servidor será de R\$ 4.083,00 (Quatro mil, oitenta e três reais), ou seja, mais que o dobro que receberia pelo RGPS.

Lembrando que caso o servidor titular de cargo efetivo tenha direito às regras de transição previstas no art. 6º da Emenda Constitucional 41/2003 e no art. 3º da Emenda Constitucional 47/2005, a diferença dos proventos entre o RPPS e o RGPS aumentam substancialmente em favor da aposentadoria concedida pelo RPPS, em decorrência da garantia da integralidade e paridade existentes nos artigos citados.

Razoável supor que esta deve ser a principal razão para inexistência de Estados que optaram pela vinculação ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS), considerando a remuneração média do servidor estadual, bem como a existência de carreiras típicas de Estado que têm uma remuneração bem superior ao limite máximo de benefícios do RGPS, que não aceitariam passivamente a utilização pelo Estado da opção pelo Regime Geral de Previdência Social. Razão ainda mais sedimentada nesses argumentos para o caso da União.

3. Complementação da aposentadoria do servidor efetivo vinculado ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS)

Com o condão de resolver as contradições abordadas nos tópicos anteriores, a jurisprudência de Alguns Tribunais de Contas Estaduais, com destaque para o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, tem firmado posicionamento de que é possível o Município vincular-se ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS), porém, terá de garantir a complementação da

aposentadoria aos seus servidores titulares de cargo efetivo, ou seja, uma solução intermediária.

Reforça a jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais pela faculdade da instituição do Regime Próprio Municipal para servidor de cargo efetivo, entendimento conforme artigo de Délia Mara Monteiro⁶ – advogada especialista e técnica em Controle Externo I do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais:

É facultado ao ente federativo não criar o seu RPPS. Nesse caso, todos os servidores ocupantes de cargos efetivos devem estar filiados ao RGPS. A não criação do RPPS não está expressa no Direito Positivo, mas, sim, a possibilidade de extinção de um RPPS. Infere-se daí a faculdade da sua não criação. E mais, a realidade demonstra que nem todos os entes da federação têm RPPS.

A Lei 9.717, de 27/11/1998, que dispõe sobre regras gerais para organização e funcionamento dos regimes próprios de previdência social, em seu art. 6º, disciplina:

Art. 6º Fica facultada à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, a constituição de fundos integrados de bens, direitos e ativos, com finalidade previdenciária, desde que observados os critérios de que trata o artigo 1º e, adicionalmente, os seguintes preceitos:

[..]

IX — constituição e **extinção do fundo** mediante lei (Grifo nosso).

[..]

6 MONTEIRO, Délia Mara. Complementação dos Proventos dos Servidores Públicos Efetivos Aposentados pelo Regime Geral de Previdência Social. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, abr./maio/jun., 2010. V. 75, n. 2, p. 97 a 112.

Ao filiar os seus servidores ao RGPS, o Município evita o trabalho de instituição e de administração do Regime Próprio de Previdência. E, mais, municípios com poucos servidores ocupantes de cargo efetivo podem não dispor de recursos financeiros necessários para instituir um RPPS, sob o modelo de capitalização.

Autores pátrios do Direito Previdenciário defendem este entendimento, entre eles, vale citar o pensamento de Marcelo Campos:⁷

Em suma, com base em interpretações literal, sistemática e teleológica, bem como em argumentos administrativos, constitucionais, tributários, orçamentários e políticos aqui demonstrados, entendo que as regras previstas na Constituição de 1988 que disciplinam a previdência dos servidores públicos de cargos efetivos têm como destinatários todos os que se encontram nesta situação, independentemente de qual seja a unidade gestora responsável pela implementação destas regras. **Entendo também que a unidade federada não tem a obrigação de criar e manter regime previdenciário, podendo vincular seus servidores titulares de cargos efetivos ao INSS, desde que aplique as regras constitucionais referentes ao regime próprio a este universo de agentes públicos** (Grifo nosso).

Assim, o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, considerando a existência de leis municipais, garantindo a complementação da aposentadoria para servidor titular de cargo efetivo que se aposentou pelo Regime Geral de Previdência Social, em virtude da opção do Município pelo RGPS, disciplinou, por intermédio da Instrução Normativa 2/2009, **a instrução dos processos de complementação de aposentadorias e de pensões e, ainda,**

7 CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. *Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 89.

sobre a remessa das respectivas informações por meio eletrônico, nos seguintes termos:

TÍTULO IV

DA COMPLEMENTAÇÃO DOS PROVENTOS

Art. 8º Os processos de complementação de proventos de aposentadoria no âmbito dos Órgãos e Entidades da Administração Direta e Indireta do Estado e dos Municípios deverão conter: I – documento expedido pelo INSS (Regime Geral de Previdência Social – RGPS), comunicando que foi concedida aposentadoria ao segurado (Carta de Benefício);

II – documento que comprove o desligamento do servidor do quadro funcional em virtude da aposentadoria junto ao RGPS; III – comprovante dos valores pagos pelo RGPS na data da aposentadoria;

IV – cálculo da complementação dos proventos, acompanhado das tabelas de vencimentos aplicadas e de cópia das respectivas leis;

V – requerimento do servidor;

VI – ato de concessão de complementação de proventos contendo:

a) identificação, CPF e qualificação funcional completa do servidor, data do ato e órgão responsável pela complementação dos proventos de aposentadoria e a data a partir da qual é devida a complementação;

b) fundamentação legal completa da concessão do complemento dos proventos;

VII – comprovante dos recolhimentos previdenciários sobre a diferença, bem como a lei que os instituiu.

Da análise desta Instrução Normativa, observam-se as seguintes questões:

a) Na prática do dia a dia, o servidor municipal tem conhecimento que terá direito ao complemento da aposentadoria da diferença entre o valor pago pelo Regime Geral de Previdência Social e o valor da remuneração do

cargo efetivo em que se deu a aposentadoria, somente se cumprir os requisitos para concessão da aposentadoria voluntária prevista no art. 40, § 1º, inc. III, alínea “a” da Constituição Federal, sem se esquecer de mencionar as regras de transição das Emendas Constitucionais 41/2003 e 47/2005, que garantem uma aposentadoria mais vantajosa ao servidor público.

b) Mesmo no caso de servidor que tenha remuneração de cargo efetivo inferior ao limite máximo de benefício do RGPS – R\$ 4.159,00 –, considerando a regra de cálculo do salário de benefício, prevista no art. 29 da Lei 8.213/1991, com a inclusão do fator previdenciário, o valor do provento da aposentadoria concedida pelo RGPS é inferior à remuneração do cargo efetivo, tendo direito o servidor ao complemento da aposentadoria.

c) Considerando que, na concessão da aposentadoria voluntária pelo RGPS, não há exigência de idade mínima e somente de tempo de contribuição, o servidor, por exemplo, que tivesse 53 anos de idade e 35 anos de contribuição teria de trabalhar mais 7 anos para cumprir os requisitos da aposentadoria prevista no art. 40 da Constituição Federal.

d) Caso contrário, considerando o disposto no art. 79 da Orientação Normativa 2/2009 – SPS/MPS, bem como o disposto no inc. II do art. 8º da Instrução acima citada, a concessão da aposentadoria pelo INSS determinará a vacância do cargo efetivo do servidor, ou seja, o servidor será desligado do serviço público, restringindo a garantia constitucional de uma aposentadoria diferenciada em relação ao RGPS.

e) Exigência de comprovantes de recolhimento sobre a diferença, bem como a lei que a instituiu, ocorre que o Município já recolhe sobre o total da remuneração do servidor para o Regime Geral de Previdência Social, art. 22 da Lei 8.212/1991 (Lei de Custeio do Regime Geral da Previdência Social), dessa maneira, haveria contribuição para o Tesouro Municipal, que irá arcar com a diferença entre os proventos do RGPS e RPPS, sobre a mesma base de cálculo recolhida para o RGPS. Já o servidor iria contribuir sobre qual valor: a) da parcela que excede o limite máximo de benefícios para o RGPS; ou b) do valor

dos proventos que resultasse da diferença entre o valor concedido pelo RGPS e o valor devido considerando as regras do RPPS.

No intuito de disciplinar esta questão abordada no item “e”, o artigo de Délia Monteiro⁸ apresenta o seguinte posicionamento:

Assim, o Município que utiliza o RGPS para garantia previdenciária dos seus servidores tem que contribuir com 20% sobre o total das remunerações pagas. Um servidor que recebe uma remuneração acima do teto do RGPS vai ensejar uma contribuição do Município referente a 20% desse total. O RGPS recebe contribuição a mais e paga o benefício com limite no teto, R\$3.128,90. O Município contribui com a parcela de 20% sobre a remuneração total do servidor

ao RGPS e, depois, tem que complementar os proventos no valor que supera o teto do RGPS. Não parece justo.

Ressalta-se que os municípios que não instituem o RPPS e filiam seus servidores efetivos ao RGPS, mas pagam remunerações abaixo de R\$3.128,90, não encontram nenhuma dificuldade no custeio do sistema previdenciário. A distorção surge quando os municípios que pagaram remunerações acima do valor do teto, aposentam seus servidores efetivos vinculados ao RGPS e têm que pagar a complementação dos valores das suas aposentadorias com fulcro no art. 40 da Constituição da República.

[..]

Foram estabelecidas as seguintes premissas: (a) o Município pode filiar seus servidores efetivos ao RGPS, (b) assim sendo, o provento-base que o servidor municipal aposentado receberá tem um teto de R\$3.128,90, (c) o servidor efetivo tem direito a ser aposentado pelas normas do art. 40 da Constituição da República, (d) o Município tem que complementar o valor de-

8 MONTEIRO, Délia Mara. Complementação dos Proventos dos Servidores Públicos Efetivos Aposentados pelo Regime Geral de Previdência Social. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, abr./maio/jun., 2010, V. 75, n. 2, p. 104.

vido que supere o teto do RGPS.

Mesmo as complementações, sendo pagas diretamente pelos municípios, têm caráter previdenciário. O Município que opta por não criar um RPPS deve fazer o planejamento de quantos servidores efetivos vão se aposentar com proventos acima do teto, quando vão se aposentar, para possibilitar o recolhimento de quantia para o custeio do benefício e fazer, em suas leis orçamentárias anuais, a previsão de recursos para o pagamento das complementações.

Concluindo, a complementação do valor das aposentadorias e pensões acima do teto do RGPS tem natureza jurídica de benefício previdenciário. Tem que ser paga ao aposentado ou pensionista por ser direito público subjetivo. Se não há um Fundo Previdenciário no ente público, é o erário que vai suportar esse pagamento que deve ser previsto na Lei Orçamentária.

Vale destacar que este posicionamento desconsiderou a questão elencada no item “b”, anterior, pois, mesmo que o servidor receba remuneração inferior ao teto do RGPS, a aposentadoria concedida por este regime, em razão do fator previdenciário, será inferior à concedida conforme art. 40 da Constituição Federal, ou seja, vai ocorrer a necessidade da complementação, sem existência de custeio prévio. E o servidor inativo não irá contribuir, considerando que o valor do provento pago pelo RGPS mais complemento pago pelo Município é inferior ao limite máximo de benefício do RGPS, não se aplicando o disposto no § 18 do art. 40 da Constituição Federal. Dessa maneira, inexistente, também, custeio futuro para essa complementação.

Outro ponto importante para reflexão é a dificuldade operacional para o Município de realizar

o planejamento de quantos servidores efetivos vão se aposentar com proventos acima do teto, quando vão se aposentar, para possibilitar o recolhimento de quantia para o custeio do benefício e fazer, em suas leis orçamentárias anuais, a previsão de recursos para o pagamento das complementações.

Para realçar a diversidade de interpretação da vinculação de servidor titular de cargo efetivo ao RGPS e suas implicações, veja o entendimento do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina sobre o tema, em pesquisa ao *site*⁹ deste Tribunal, com acesso em 14 de março de 2013:

A categoria acessada foi a de prejudgados, que consistem em decisões prévias que vão se repetindo nas consultas subsequentes. Assim, destaquei a última decisão constante do sítio sobre o entendimento do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina quanto à complementação de aposentadoria do servidor efetivo vinculado ao RGPS.

Assim, transcreve-se a última decisão que o egrégio Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina exarou, *in verbis*:

Decisão n. 0835/2009

1. Processo n. CON – 08/00718216
2. Assunto: Grupo 2 – Consulta
3. Interessado: Luiz Divonsir Shimoguiri – ex-Prefeito Municipal
4. Entidade: Prefeitura Municipal de Três Barras
5. Unidade Técnica: COG
6. Decisão:
O TRIBUNAL PLENO, diante das razões apresentadas pelo Relator e com fulcro nos arts. 59 da Constituição Estadual e 1º, XV, da Lei Complementar n. 202/2000, decide:
6.1 Conhecer da presente Consulta por preencher os requisitos e formalidades preconizados no Regimento Interno deste Tribunal.
6.2 Nos termos do § 3º do art. 105 do Regimento Interno desta Corte de Contas, remeter à Prefeitura Municipal de Três Barras cópia do Parecer COG n. 658/2005, contido no Processo n. CON-05/00866422, e do Prejulgado n. 1699 deste Tribunal, que reza os seguintes termos:

9 Disponível em: <<http://www.tce.sc.gov.br/web/menu/decisoess>>.

Os servidores estatutários ocupantes de cargo efetivo que estejam vinculados ao regime geral de previdência social, para requererem o benefício da aposentadoria por tempo de contribuição junto ao Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS, devem preencher os requisitos do inciso I do § 7º do art. 201 da Constituição da República.

Os servidores estatutários ocupantes de cargo efetivo que estejam vinculados ao regime geral de previdência social têm direito à complementação de seus proventos através de regime previdenciário complementar de natureza fechada, nos termos dos §§ 14 a 16 do art. 40 da Constituição da República e da Leis Complementares Federais ns. 108 e 109/2001.

O Município que não tenha criado regime previdenciário complementar de natureza fechada tem o dever de complementar, com recursos de seu orçamento, os proventos da inatividade dos servidores públicos ocupantes de cargos efetivos, pagando a diferença apurada entre o montante devido ao servidor, segundo as normas constitucionais (art. 40 e Emendas Constitucionais 41 e 47), e o valor do benefício por ele percebido do regime geral de previdência social (INSS), considerando-se regular a despesa efetuada pelo município. Para ter direito à complementação pelo município, é necessário que os proventos da inatividade devidos ao servidor, segundo as normas constitucionais (art. 40 e Emendas Constitucionais 41 e 47), sejam superiores ao limite máximo (“teto”) dos benefícios do regime geral de previdência social (INSS) e que ele cumpra os requisitos para concessão de aposentadoria, previstos no art. 40 da Constituição Federal e nas Emendas Constitucionais ns. 41 e 47. Os municípios que não instituírem regime previdenciário complementar sentirão a longo prazo o peso dessa omissão, pois continuarão complementando proventos e pensões com recursos de seu orçamento, onerando o município em relação aos limites de gastos com pessoal (art. 18 da Lei Complementar (federal) n. 101/2000).

A não-instituição de regime próprio por parte do município traz prejuízo, pois, em vez de contribuir com 20 % (vinte por cento) para o regime geral de previdência social (art. 22, inciso I, da Lei (federal) n. 8.212/91) e ter de instituir regime complementar, com o regime próprio a contribuição poderia ser de 11 % (onze por cento), caso houvesse equilíbrio financeiro e atuarial, nos termos dos arts. 3º da Lei (federal) n. 9.717/98, na redação dada pelo art. 10 da Lei (federal) n. 10.887/2004, e 4º da Lei (federal) n. 10.887/2004, tudo isso, aliado ao fato de que os recursos permaneceriam no município.

[..]

6.3. Dar ciência desta Decisão, do Relatório e Voto do Relator que a fundamentam, bem como do Parecer COG n. 988/08, à Prefeitura Municipal de Três Barras.

6.4. Determinar o arquivamento dos autos.

7. Ata n. 10/09

8. Data da Sessão: 09/03/2009 – Ordinária

No entendimento do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, vale destacar três pontos:

- i. não existe necessidade de custeio da complementação pelo Município, sendo a despesa da complementação suportada pelo orçamento do Município e considerada despesa válida pelo TCE;
- ii. o Município que optou pelo Regime Geral de Previdência Social (RGPS) deve instituir regime de previdência complementar para os seus servidores efetivos, caso queira estabelecer o limite máximo do RGPS, conforme previsto nos §§ 14 a 16 do art. 40 da Constituição Federal.
- iii. O servidor titular de cargo efetivo vinculado ao RGPS para requerer aposentadoria voluntária por este regime deve cumprir os requisitos previstos no inciso I do § 7º do art. 201 da Constituição Federal, porém para receber a comple-

mentação do RPPS necessita cumprir os requisitos contidos no art. 40 da Constituição Federal.

Assim, à miríade de interpretações sobre a instituição de Regimes Próprios Municipais em todo País no âmbito dos órgãos de controle, bem como entre os doutrinadores do Direito Previdenciário, demonstra-se de forma clara a dificuldade do mandatário municipal juntamente com os vereadores e a municipalidade em decidir sobre este assunto tão importante para a orçamentação do Município, considerando ser a despesa de pessoal (ativo e inativo) o item de maior comprometimento do orçamento público.

4. Compensação financeira – garantia de recursos futuros no caso de instituição de Regime Próprio Municipal

Com a Constituição Federal de 1988, a contagem recíproca de tempo de contribuição, para efeito de aposentadoria, na administração pública e na atividade privada, urbana e rural, passou a ter previsão de compensação financeira entre os sistemas da previdência social, desde que regulamentada por lei. Esse dispositivo representou um grande avanço para consolidação da cultura de equilíbrio financeiro e atuarial dos regimes de previdência social, pois até a promulgação da Constituição de 1988 existia previsão de contagem recíproca em lei ordinária entre o RGPS e os RPPS, sem dispositivo que estabelece o custo e o repasse deste benefício entre os regimes de previdência. Dessa forma, como é muito mais usual o trabalhador ingressar no serviço público e permanecer até a aposentadoria, o custo maior ficava para os Regimes Próprios de Previdência.

A compensação financeira está prevista no § 9º do art. 201 da Constituição Federal e foi regulamentada pela Lei 9.796, de 5 de maio de 1999, após longo período de discussão do tema no Congresso Nacional, já que o projeto de lei fora apresentado em 1992. Entre outros pontos, vale ressaltar que a norma de cálculo do valor da compensação financeira tem por base o valor do

benefício ou da renda mensal a que o servidor teria direito se se aposentasse pelo Regime Geral de Previdência Social, conforme disposto no art. 4º da Lei 9.796/1999, *in verbis*:

Art. 4º Cada regime próprio de previdência de servidor público tem direito, como regime instituidor, de receber do Regime Geral de Previdência Social, enquanto regime de origem, compensação financeira, observado o disposto neste artigo.

§ 1º O regime instituidor deve apresentar ao Regime Geral de Previdência Social, além das normas que o regem, os seguintes dados referentes a cada benefício concedido com cômputo de tempo de contribuição no âmbito do Regime Geral de Previdência Social:

I – identificação do servidor público e, se for o caso, de seu dependente;

II – o valor dos proventos da aposentadoria ou pensão dela decorrente e a data de início do benefício;

III – o tempo de serviço total do servidor e o correspondente ao tempo de contribuição ao Regime Geral de Previdência Social.

§ 2º **Com base nas informações referidas no parágrafo anterior, o Regime Geral de Previdência Social calculará qual seria a renda mensal inicial daquele benefício segundo as normas do Regime Geral de Previdência Social.**

§ 3º A compensação financeira devida pelo Regime Geral de Previdência Social, relativa ao primeiro mês de competência do benefício, será calculada com base no valor do benefício pago pelo regime instituidor ou na renda mensal do benefício calculada na forma do parágrafo anterior, o que for menor.

§ 4º **O valor da compensação financeira mencionada no parágrafo anterior corresponde à multiplicação do montante ali especificado pelo percentual correspondente ao tempo de contribuição ao Regime Geral de Previdência Social no tempo de serviço total do servidor público.**

§ 5º O valor da compensação financeira devida pelo Regime Geral de Previdência Social será reajustado nas mesmas datas e pelos mesmos índices de reajustamento dos benefícios

da Previdência Social, mesmo que tenha prevalecido, no primeiro mês, o valor do benefício pago pelo regime instituidor (Grifos nossos).

A garantia da contagem recíproca de tempo de contribuição pela Constituição Federal, nas regras anteriores à Emenda Constitucional 41/2003 e à regulamentação pela Lei 10.887/2004, gerava e ainda gera, em razão das regras de transição para aposentadoria de servidor público que garantem integralidade e paridade, um desequilíbrio substancial para os Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS), com sério comprometimento das finanças públicas. E isso independe do regime previdenciário escolhido ou mesmo da competência dos administradores públicos, posto que é uma garantia constitucional.

A origem dessa questão se localiza em contradições do texto constitucional vigente até o advento da Emenda Constitucional 41/2003, que estabelecia no art. 40 a integralidade dos proventos de aposentadoria, bem como do parágrafo único do art. 149, que facultava os Estados e os Municípios a cobrarem contribuição de seus servidores para custeio do Regime Próprio respectivo.

Tudo isso sem levar em consideração um ponto extremamente relevante para a viabilidade financeira e atuarial dos regimes de previdência: os salários de benefício eram diferentes – para o serviço público, era integral; e, para o INSS, era a média dos salários de contribuição, limitado ao teto máximo de benefício (R\$ 4.159,00). Esta diferença torna-se mais onerosa para os Entes da Federação (Estados e Municípios) que tenham número expressivo de servidores com remunerações acima do limite máximo de benefícios do RGPS.

Esse ônus se torna mais nítido com um exemplo: suponha-se que uma cidadã que tenha trabalhado por 20 anos na iniciativa privada prestasse concurso público e tivesse êxito para um cargo com remuneração superior a R\$ 8.519,00 e passasse a contribuir para o RPPS respectivo.

Passado 10 anos, esta agora servidora poderia requerer, ao RPPS, sua aposentadoria, desde que cumprisse os requisitos previstos no art. 40, § 1º, inc.

III, alínea “a” – situação ocorrida antes do advento da Emenda Constitucional 41/2003 –, e teria direito a proventos integrais. Ainda que o INSS, cumprindo rigorosamente a previsão legal de compensação entre regimes, assumisse os 20/30 avos (66,6%) estabelecidos na Lei 9.796/1999, o faria com seus critérios e o valor da compensação seria no máximo, assim calculado, 20/30 avos de R\$ 4.159,00, ou seja, R\$ 2.772,66, cabendo ao Ente federado arcar com a diferença entre o provento integral pago pelo RPPS e o valor da compensação financeira, no valor de R\$ 5.387,00.

O exemplo acima revela uma situação crítica, e é bastante exequível supor que os 10 anos de contribuição ao regime próprio de previdência podem não ser suficientes para cobrir a diferença acima apontada, onde o pagamento é vitalício, e razoável supor que a expectativa de sobrevida da servidora com elevado nível remuneratório é maior que a média apresentada nas tábuas de mortalidade.

Essa situação foi alterada com o advento da Emenda Constitucional 41/2003, regulamentada pela Lei 10.887/2004, que extinguiu a regra da integralidade e inseriu a regra de média aritmética das remunerações do servidor em todo o período laboral, conforme demonstrado em tópico anterior.

Dessa forma, se o Município instituir um Regime Próprio de Previdência do Servidor tem a garantia de receber os recursos da compensação financeira que ajudarão a custear o tempo de serviço passado da servidora em questão, na medida exata pela qual a servidora contribuiu para o RGPS, e o valor de sua aposentadoria no RPPS será calculado considerando as remunerações pela quais a servidora contribuiu durante toda sua vida laboral, sem relevância para qual regime foi o labor. Não ocorrendo mais as situações que apresentavam alto risco de gerar desequilíbrios financeiros e atuariais.

5. Conclusão

I. Existe uma miríade de interpretações sobre a instituição de Regimes Próprios Municipais em todo País no âmbito dos órgãos de controle, bem como entre os doutrinadores do Direito Previdenciário, que demonstram de forma clara a dificuldade do mandatário municipal juntamente com os vereadores e a municipalidade de decidir sobre este assunto tão importante para o orçamento do Município, considerando ser a despesa de pessoal (ativo e inativo) o item de maior comprometimento do orçamento público.

II. A faculdade de instituição de Regime Próprio Municipal está cada vez mais sendo questionada, e, conforme demonstrado no texto, existem fundamentos consistentes para entendimento pela obrigatoriedade de instituição de RPPS pelo Município.

III. Municípios que optaram pelo Regime Geral de Previdência Social para os seus servidores efetivos podem ter de honrar um passivo significativo, caso as decisões de Tribunais de Contas Estaduais, como do Estado de Minas Gerais e o de Santa Catarina, da obrigação de complementação da aposentadoria prevista no art. 40 da Constituição Federal, sejam adotadas por outros tribunais.

IV. Por desconhecimento da legislação, a maioria dos servidores titulares de cargo efetivo municipais, que se aposentaram pelo INSS, não está recebendo complementação da diferença entre o valor pago pelo RGPS e o que teria direito, considerando as regras do art. 40 da Constituição Federal, situação esta que pode ser alterada com o conhecimento das decisões tomadas pelos Tribunais de Contas Estaduais.

V. A instituição de Regime Próprio de Previdência do Servidor pelo Município vinculado ao Regime Geral de Previdência Social pode representar uma diminuição significativa do custo previdenciário para o Município e resolver as situações levantadas pelos Tribunais de Contas;

VI. Com as alterações trazidas pela Emenda Constitucional 41/2003, a compensação financeira prevista na Lei 9.796/1999 é um instrumento importante para o financiamento do tempo passado vinculado ao RGPS para os Municípios que instituírem RPPS, com grande possibilidade de atingirem o equilíbrio financeiro e atuarial do Regime Próprio de Previdência Municipal.

RPPS – VANTAGENS E POSSIBILIDADE DE REVOGAÇÃO

Paulo Caliendo ¹

RESUMO: O presente artigo trata dos Regimes Próprios de Previdência municipais (RPPS) e da possibilidade de revogação.

Palavras-chave: RPPS. Revogação de RPPS. INSS. Regimes previdenciários municipais.

¹ Paulo A. Caliendo V. da Silveira é graduado em Direito pela UFRGS, mestre em Direito dos Negócios e da Integração também pela Faculdade de Direito da UFRGS. É doutor em Direito Tributário junto à PUC/SP, tendo como tema de Tese de Doutorado o estudo dos “Estabelecimentos Permanentes em Direito Internacional Tributário”. Professor do Mestrado e Doutorado da PUC/RS, na Disciplina de Direito Tributário, e de diversos cursos de Pós-graduação no País. Realizou Estágio de Doutorado junto ao prof. Moris Lehner da Universidade de Munique (Ludwig-Maximilians Univesität) no Instituto de Pesquisas em Direito Europeu e Internacional tributário (Forschungsstelle für Europäisches und Internationales Steuerrecht). É autor de diversos artigos e do livro *Estabelecimentos Permanentes em Direito Tributário Internacional*, RT, 2005; *Direito Tributário e Análise Econômica do Direito*, São Paulo: Elsevier, 2009; e *Direito Tributário: três modos de pensar a tributação*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

1. RPPS e possibilidade de revogação

Não existe uma determinação absoluta para que os Municípios estabeleçam um Regime Próprio, e a própria legislação estabelece limites para a criação destes modelos municipais. Assim, por exemplo, um desses limites é a existência de um número mínimo de participantes do regime, de tal modo que:

LEI nº 9.717 – DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998 – DOU DE 28/11/1998 – Alterada

Art. 1º Os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios dos militares dos Estados e do Distrito Federal deverão ser organizados, baseados em normas gerais de contabilidade e atuária, de modo a garantir o seu equilíbrio financeiro a atuarial, observados os seguintes critérios:

[...] IV – **cobertura de um número mínimo de segurados, de modo que os regimes possam garantir diretamente a totalidade dos riscos cobertos no plano de benefícios, preservando o equilíbrio atuarial sem necessidade de resseguro**, conforme parâmetros gerais; [...]

Apesar de a Lei 2.330/2008 não estabelecer regras sobre a extinção do Regime Próprio municipal ou dos efeitos da revogação da presente lei, trata-se de uma possibilidade facultada no ordenamento brasileiro.

Esta possibilidade encontra-se prevista na Lei 9.717, de 27 de novembro de 1998 – DOU de 28/11/1998, alterada pela Medida Provisória 167, de 19 de fevereiro 2004, que dispõe sobre regras gerais para organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal e dá outras providências. Dessa forma, determina que:

Art. 10. No caso de extinção de regime próprio de previdência social, a União, o Estado, o Distrito Federal e os Municípios assumirão integralmente a responsabilidade pelo pagamento dos benefícios concedidos durante a sua vigência, bem como daqueles benefícios cujos requisitos necessários a sua concessão foram implementados anteriormente à extinção do regime próprio de previdência social.

A extinção do regime próprio é regulada pela Orientação Normativa MPS/SPS 1, de 23 de janeiro de 2007 – DOU de 25/1/2007, revogada pela Orientação Normativa MPS/SPS 2, de 31 de março de 2009. Segundo este dispositivo:

Art. 4º Considera-se em extinção o RPPS do ente federativo que:

I – vinculou, por meio de lei, seus servidores titulares de cargo efetivo ao RGPS;

II – revogou a lei ou os dispositivos de lei que asseguravam a concessão dos benefícios de aposentadoria ou pensão por morte aos servidores titulares de cargo efetivo; e

III – adotou, em cumprimento à redação original do art. 39, caput da Constituição Federal de 1988, o regime da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT como regime jurídico único de trabalho para seus servidores, até 04 de junho de 1998, data de publicação da Emenda Constitucional nº 19, de 1998, e que garanta, em lei, a concessão de aposentadoria aos servidores ativos amparados pelo regime em extinção e de pensão a seus dependentes.

Nota-se, portanto, que a revogação do regime próprio é permitida em nosso ordenamento desde que estabelecida em Lei Municipal revogadora.

Os efeitos da extinção do regime próprio municipal são tratados na Orientação Normativa MPS/SPS 1, de 23 de janeiro de 2007 – DOU de 25/1/2007, revogada pela Orientação Normativa MPS/SPS 2, de 31 de março

de 2009. Segundo este dispositivo, são exigências para a revogação do regime próprio que:

1.1 Determinação dos direitos e dos benefícios futuros dos servidores

A determinação dos direitos e benefícios futuros dos servidores está prevista no § 1º, que assim determina:

§ 1º O ente detentor de RPPS em extinção deverá manter ou editar lei que discipline o seu funcionamento e as regras para concessão de benefícios de futuras pensões ou de aposentadorias aos servidores que possuíam direito adquiridos na data da lei que alterou o regime previdenciário dos servidores, até a extinção definitiva.

O momento da extinção está prevista no § 2º, de tal modo que:

§ 2º A extinção do RPPS dar-se-á com a cessação do último benefício de sua responsabilidade, ainda que custeado com recursos do Tesouro.

Cabe esclarecer que a simples extinção da unidade gestora não afeta a existência do RPPS:

§ 3º A simples extinção da unidade gestora não afeta a existência do RPPS.

Quanto ao custeio dos benefícios cabe observar o estabelecido no art. 5º, que determina que:

Art. 5º É vedado o estabelecimento retroativo de direitos e deveres em relação ao RGPS, permanecendo sob a responsabilidade dos RPPS em extinção o custeio dos seguintes benefícios:

I – os já concedidos pelo RPPS;
II – aqueles para os quais foram implementados os requisitos necessários à sua concessão;
III – os decorrentes dos benefícios previstos nos incisos I e II; e
IV – a complementação das aposentadorias concedidas pelo RGPS, quando o servidor permanecer titular de cargo efetivo até o cumprimento dos requisitos previstos na Constituição Federal para concessão desses benefícios.

Parágrafo único. Além dos benefícios previstos nos incisos I a IV do caput, o RPPS em extinção na situação do art. 4º, inciso III, será responsável pela concessão dos benefícios previdenciários aos servidores estatutários ativos remanescentes e aos seus dependentes.

Determina a Orientação Normativa 1/2007, em seus art. 15 e 16, que a contabilização e as disponibilidades de caixa do RPPS, ainda que em extinção, deverão sempre ser escrituradas, depositadas e mantidas em contas específicas e separadas das demais disponibilidades do Ente federativo. Assim:

DA SEPARAÇÃO DA CONTA DO REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

Art. 15. As disponibilidades de caixa do RPPS, ainda que em extinção, deverão ser sempre depositadas e mantidas em contas bancárias separadas das demais disponibilidades do ente federativo.

SEÇÃO IV

DA ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL

Art. 16. A escrituração contábil do RPPS, ainda que em extinção, deverá ser distinta da mantida pelo ente federativo, inclusive quanto às rubricas destacadas no orçamento para pagamento de benefícios, e obedecer às normas e princípios contábeis previstos na Lei 4.320, de 17 de Março de 1964 e alterações posteriores e ao disposto na Portaria 916, de 15 de Julho de 2003.

Parágrafo único. Considera-se distinta a escrituração contábil que permita a diferenciação entre o patrimônio do RPPS e o patrimônio do ente federativo, possibilitando a elaboração de demonstrações contábeis específicas, mesmo que a unidade gestora não possua personalidade jurídica própria.

1.2 Dos direitos dos servidores

Não há como extinguir ou desamparar os segurados da garantia previdenciária, pois se trata de um princípio. A Lei 9.717/98 impõe ao Município o ônus da responsabilidade pelo pagamento dos benefícios já concedidos ou a conceder daqueles que implementaram os requisitos necessários para concessão dos benefícios, conforme dispõe o art. 10 da Lei nº 9.717/1998.

Em consulta formulada pelo prefeito de Ribeirão Preto, Welson Gasparini, acerca da situação dos servidores ocupantes de cargos de provimento efetivo, após eventual extinção do regime próprio de previdência social respondeu o TCE/SP, em sessão plenária dia 28/03/2007, que:

- a) Titulares de cargos públicos de provimento efetivo, que não houverem até então reunidos todos os requisitos para a aposentadoria segundo as normas do regime próprio de previdência do Município, quando da respectiva extinção, terão de compulsoriamente filiar-se ao regime geral de previdência social, regendo-se sua inatividade pelas regras aí incidentes, feitos o cômputo e as compensações de que cuida ao artigo 201, § 9º, da Constituição Federal.
- b) Igual compulsória filiação atingirá os servidores que venham a ser admitidos após a extinção do regime próprio de previdência, seja estatutário ou celetista o regime de trabalho a que legalmente sujeitos.
- c) A teor dos artigos 8º, parágrafo único, da Lei de Responsabilidade Fiscal, e do artigo 1º, III, da Lei n. 9.717/98, e até por invocação analógica do artigo 167, XI, da Carta da República, é realmente vedada a utilização dos recursos provenientes das

contribuições destinadas a custeio de regime de previdência para a realização de despesas distintas do pagamento dos correspondentes benefícios. É a tal finalidade que servem, aliás, as estipulações dos artigos 51, I, da Lei de Responsabilidade Fiscal, e 73 da Lei n. 4.320/64.

1.3 Revogação da Lei Municipal Instituidora do RPPS e efeitos perante o INSS

Se for revogada a lei instituidora do RPPS, deverão os funcionários efetivos e o Município voltarem a recolher as contribuições junto ao INSS, dado que os servidores não podem ficar desprotegidos.

Assim determina o art. 21 da Portaria MPS 4.992, de 5 de fevereiro de 1999, DOU DE 8/2/1999, ao dispor que:

Art. 21. No caso de extinção de regime próprio de previdência social, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios assumirão integralmente a responsabilidade pelo pagamento dos benefícios concedidos durante a sua vigência, bem como daqueles benefícios cujos requisitos necessários a sua concessão foram implementados anteriormente à extinção do regime próprio de previdência social.

Parágrafo único. **A vinculação dos servidores ao RGPS é obrigatória para o ente estatal que extinguir seu regime próprio de previdência social.** (Alterado pela PORTARIA MPAS Nº 7.796, DE 28 DE AGOSTO DE 2000 – DOU DE 29/08/2000.

Os limites de contribuição do poder público estão estabelecidos na Lei nº 9.717, de 27 de novembro de 1998 – DOU DE 28/11/1998 – Alterada, que estabelece que:

Art. 2º A contribuição da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios aos respectivos regimes próprios de previdência social **não poderá ser inferior ao valor da contribuição do segurado nem superior ao dobro desta contribuição.** (Alterada pela MEDIDA PROVISÓRIA Nº 167, DE 19 DE FEVEREIRO 2004 – DOU DE 20/02/2004)

§ 1º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios são responsáveis pela cobertura de eventuais insuficiências financeiras do respectivo regime próprio, decorrentes do pagamento de benefícios previdenciários.

Cabe ressaltar, igualmente, que a LRF limita estes gastos a 60% das despesas de pessoal.

RPPS	RGPS
Alíquota 11% RPPS	Alíquota de 22%

1.4 Requisitos a serem cumpridos antes da revogação do RPPS

Os requisitos a serem cumpridos pelo ente federado estão dispostos no art. 46 e seguintes da Orientação Normativa MPS/SPS 1, de 23 de janeiro de 2007 – DOU de 25/1/2007, revogada pela Orientação Normativa MPS/SPS 2, de 31 de março de 2009. Determina este dispositivo que:

Art. 46. Para fins de emissão do CRP, o ente federativo deverá encaminhar à SPS os seguintes documentos, relativos a todos os poderes:

I – Legislação completa referente aos regimes de previdência social dos servidores, compreendendo as normas que disciplinam o regime jurídico e o regime previdenciário, contendo todas as alterações;

- II – Demonstrativo Previdenciário;
 - III – Avaliação atuarial inicial do regime próprio;
 - IV – Demonstrativo de Resultado da Avaliação Atuarial – DRAA;
 - V – Demonstrativo Financeiro, relativo às aplicações dos recursos do regime próprio;
 - VI – Comprovante do Repasse e Recolhimento ao Regime Próprio dos valores decorrentes das contribuições, aportes de recursos e débitos de parcelamento; e
 - VII – Demonstrações Contábeis constantes do Anexo III, da Portaria MPS nº 916, de 2003, referentes ao encerramento do exercício anterior.
- § 1º A SPS poderá solicitar outros documentos que julgar pertinentes para a análise da regularidade do regime de previdência social.
- § 2º A legislação referida no inciso I deverá estar acompanhada de comprovante de sua publicação, consideradas válidas para este fim a divulgação na imprensa oficial ou jornal de circulação local ou a declaração da data inicial da afixação no local competente.

1.5 Requisitos a serem cumpridos após a revogação do RPPS

Estabelece a legislação federal que, para obter o Certificado de Regularidade Previdenciária (CRP), o Ente federativo deve, primeiramente, encaminhar à Secretaria de Políticas de Previdência Social (SPS) a legislação específica que trata de previdência e do regime jurídico dos servidores, inclusive quando alteradas ou revogadas e quando ocorrer extinção do regime próprio, para fins de análise e atualização do Sistema de Informações dos Regimes Públicos de Previdência Social (Cadprev).

No caso do ente federativo vincular, por lei, os servidores titulares de cargos efetivos ao Regime Geral de Previdência Social – RGPS, deverá encaminhar à SPS, também, documentos contendo as seguintes informações, relativas aos servidores de todos os poderes:

- I – relação dos servidores ativos que possuem direito a se aposentar pelo regime próprio em extinção em razão de terem adquirido os requisitos necessários antes da vinculação ao RGPS;
- II – nomes dos inativos e dos pensionistas e correspondentes valores dos proventos e das pensões concedidos pelo ente, ainda que mantidos com recursos do tesouro; e
- III – montante das disponibilidades financeiras, relação e valor contábil dos bens, direitos e ativos do RPPS em extinção, inclusive os vinculados a fundos com finalidade previdenciária, existente na competência da vinculação ao RGPS e na competência em que for prestada a informação;

12. A documentação que tenha originado as informações acima deverá permanecer à disposição do MPS pelo prazo estipulado no art. 45 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, contado a partir do recebimento das informações no MPS.

13. Na emissão do CRP dos entes que vincularam, por meio de lei, a partir de 30 de outubro de 1998, ou que venham a vincular, todos os servidores titulares de cargos efetivos ao RGPS, será observado o cumprimento dos critérios previstos nos incisos I, III, V, VI, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIV, XV, e XVI, alíneas “a”, “c”, “d”, “e” e “g”, do item 10 deste informativo, e dos seguintes:

- I – manutenção do pagamento dos benefícios concedidos pelo RPPS; e
- II – concessão dos benefícios cujos requisitos necessários para sua obtenção tenham sido implementados antes da vigência da lei que vinculou os servidores titulares de cargos efetivos ao RGPS.

1.6 Cumprimentos de critérios exigidos para a emissão do CRP

Para emissão do CRP, a Secretaria da Previdência Social examinará o cumprimento dos seguintes critérios e exigências:

I – observância do caráter contributivo do RPPS, que será cumprido por meio de:

A) fixação, em texto legal, de alíquotas de contribuição do ente, dos segurados ativos, dos segurados inativos e dos pensionistas;

B) repasse integral dos valores das contribuições à unidade gestora do RPPS;

C) retenção, pela unidade gestora do RPPS, dos valores devidos pelos segurados e pensionistas relativos aos benefícios e remunerações cujo pagamento esteja sob sua responsabilidade; e

D) pagamentos à unidade gestora do RPPS dos valores relativos a débitos de contribuições parceladas mediante acordo.

II – observância do equilíbrio financeiro e atuarial, correspondente à implementação, em lei, atendidos os parâmetros estabelecidos pelas Normas de Atuária aplicáveis aos RPPS, do que segue:

A) alíquotas de contribuição necessárias para a cobertura de seu plano de benefícios; e

B) plano de amortização ou a segregação de massas para equacionamento de seu déficit atuarial.

III – cobertura exclusiva a servidores públicos titulares de cargos efetivos e a militares e seus respectivos dependentes;

IV – existência de apenas um RPPS e uma unidade gestora do respectivo regime em cada ente federativo;

V – participação de representantes dos segurados, ativos e inativos, nos colegiados e instâncias de decisão em que os seus interesses sejam objeto de discussão e deliberação;

VI – utilização de recursos previdenciários apenas para o pagamento de benefícios e para a taxa de administração do RPPS;

VII – não pagamento de benefícios mediante convênios, consórcios ou outra forma de associação entre Estados, entre Estados e Municípios e entre Municípios;

VIII – pleno acesso dos segurados às informações relativas à gestão do RPPS;

IX – não inclusão nos benefícios, para efeito de percepção destes, de parcelas remuneratórias pagas em decorrência de local de trabalho, de função de confiança ou de cargo em comissão e do abono de permanência de que tratam o § 19 do art. 40 da Constituição, o § 5º do art. 2º e o § 1º do art. 3º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003;

X – manutenção de contas bancárias destinadas aos recursos financeiros do RPPS distintas das contas do tesouro do ente federativo;

XI – concessão de benefícios de acordo com a Lei nº 9.717, de 1998 e Lei nº 10.887, 18 de junho de 2004, observando-se ainda:

A) os requisitos e critérios definidos em ato normativo do MPS que estabeleça os parâmetros gerais para concessão, cálculo e reajustamento dos benefícios;

B) a limitação de concessão apenas dos seguintes benefícios: aposentadorias previstas na Constituição, pensão por morte, auxílio-doença, salário-maternidade, auxílio-reclusão e salário-família; e

C) limitação ao rol de dependentes previsto pelo RGPS.

XII – atendimento, no prazo e na forma estipulados, de solicitação de documentos ou informações pelo MPS, em auditoria indireta, ou pelo Auditor Fiscal, em auditoria direta;

XIII – elaboração de escrituração contábil de acordo com Plano de Contas definido por norma específica do MPS;

XIV – observância dos seguintes limites de contribuição previdenciária ao RPPS:

A) contribuição dos servidores ativos, inativos e dos pensionistas em alíquota não inferior à prevista para os servidores titulares de cargos efetivos da União;

B) contribuição sobre os proventos dos inativos e sobre as pensões, incidente sobre a parcela que ultrapassar o limite máximo estabelecido para os benefícios do RGPS, ou que ultrapassar o dobro desse limite, quando o beneficiário for portador de doença incapacitante, nas mesmas alíquotas aplicadas às remunerações dos servidores ativos do respectivo ente federativo; e

C) contribuição do ente não inferior ao valor da contribuição do servidor ativo nem superior ao dobro desta, além da cobertura de eventuais insuficiências financeiras do respectivo RPPS decorrentes do pagamento de benefícios previdenciários.

XV – aplicação dos recursos do RPPS no mercado financeiro e de capitais de acordo com as normas do Conselho Monetário Nacional;

XVI – encaminhamento à SPS, dos seguintes documentos:

A) legislação completa referente ao regime de previdência social;

B) Demonstrativo de Resultado da Avaliação Atuarial – DRAA – até 31 de março de cada exercício, a partir de 2009, via Internet;

C) Demonstrativo Previdenciário – até o último dia do mês seguinte ao encerramento de cada bimestre do ano civil, via Internet;

D) Demonstrativo de Investimentos e Disponibilidades Financeiras – até o último dia do mês seguinte ao encerramento de cada bimestre do ano civil, via Internet;

E) Comprovante do Repasse e Recolhimento ao RPPS dos valores decorrentes das contribuições, aportes de recursos e débitos de parcelamento – até o último dia do mês seguinte ao encerramento de cada bimestre do ano civil, via Internet e, também, o comprovante assinado via postal ou correio eletrônico;

F) Demonstrativos Contábeis – a partir do exercício de 2009, até 30 de setembro, em relação ao primeiro semestre, e até 31 de março, em relação ao encerramento do exercício anterior, via Internet; e

G) Demonstrativo da Política de Investimentos – até 31 de dezembro de cada exercício em relação ao exercício seguinte, via Internet.

No caso de o Ente federativo vincular, por lei, os servidores titulares de cargos efetivos ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS), deverá encaminhar à SPS, também, documentos contendo as seguintes informações, relativas aos servidores de todos os poderes:

- I – relação dos servidores ativos que possuem direito a se aposentar pelo regime próprio em extinção em razão de terem adquirido os requisitos necessários antes da vinculação ao RGPS;
- II – nomes dos inativos e dos pensionistas e correspondentes valores dos proventos e das pensões concedidos pelo ente, ainda que mantidos com recursos do tesouro; e
- III – montante das disponibilidades financeiras, relação e valor contábil dos bens, direitos e ativos do RPPS em extinção, inclusive os vinculados a fundos com finalidade previdenciária, existente na competência da vinculação ao RGPS e na competência em que for prestada a informação; [...]

2. As vantagens e as possibilidades legais na transformação de todos os servidores celetistas em estatutários

Dentre as diversas vantagens da transformação de servidores celetistas em estatutários, encontramos:

- **Estabilidade dos servidores:** conforme art. 41 da CF, o servidor passa a ser estável no serviço público;
- **Indisponibilidade do cargo:** mesmo que o servidor tenha sua função extinta, ele deverá ser reconduzido para outro cargo, ou seja, ele não perde seu cargo na Prefeitura; no entanto, se for celetista, ele poderá perder, uma vez que o cargo pode ser extinto em determinado caso;

- **Prerrogativas estatutárias:** no caso de perda de cargo, ele somente poderá perder o cargo, estando estável, nos termos do art. 41, parágrafo primeiro, incisos I, II, III, da CF. No regime celetista, a prefeitura pode, de forma unilateral, segundo as regras da CLT, demitir o servidor;
- **Exigência Constitucional:** o Município deverá instituir o regime próprio de previdência, caso ainda não tenha instituído. Com isso, o Município pode gerenciar o regime previdenciário dos servidores; na verdade, o Município é que irá eleger o conselho que fará isso, terminando o regime geral;
- **Valor de contribuição:** é menor que no regime geral, ou seja, o Município acaba tendo uma economia, pois o percentual de contribuição do RGPS (22,5%) é maior que do RPPS.
- **Função Gratificada:** o servidor pode receber função gratificada, o funcionário celetista, em que pese acontecer em alguns casos, não encontra amparo legal para esta possibilidade.

Há de se referir também que alguns Municípios anteriormente podiam manter um regime misto. Contudo, uma decisão do STF determinou que não há como o Município manter dois regimes de previdência.

Os regimes de previdência se dividem em Regime Próprio de Previdência (RPPS), Regime Complementar (RPC) e Regime Geral (RGPS). Como iremos demonstrar, o Regime Próprio apresenta inegáveis vantagens perante o regime geral. Desse modo, podemos apresentar esquematicamente:

QUADRO 1 – FORMAS DE REGIMES DE PREVIDÊNCIA

RPPS	RPC	RGPS
<ul style="list-style-type: none"> • caráter contributivo • filiação obrigatória • critérios de equilíbrio financeiro e atuarial 	<ul style="list-style-type: none"> • facultativo 	<ul style="list-style-type: none"> • assegura aposentadoria e pensão por morte • vedada a existência a mais de um ente estatal
<ul style="list-style-type: none"> • Empregador • Empregado • (até o teto) 	<ul style="list-style-type: none"> • Empregador • Empregado • (até o teto) 	<ul style="list-style-type: none"> • Servidor • Entes Públicos • Cálculo Atuarial
<ul style="list-style-type: none"> • Limitado ao teto 	<ul style="list-style-type: none"> • Complementa os proventos de aposentadorias e pensões, concedidas pelo RGPS e RPPS 	<ul style="list-style-type: none"> • Teto definido pela legislação local

O art. 40 da Constituição Federal assegura aos servidores públicos titulares de cargo efetivo da União, dos Estados e dos Municípios o regime próprio de previdência social. O que significa que todo servidor titular de cargo efetivo, bem como seus dependentes, tem direito a benefícios conforme as regras do regime próprio, ainda que vinculados ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS).

São vantagens do Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) por que instituir o RPPS:

Vantagens para o Município

- maior economia;
- compensação previdenciária;
- evitar ações judiciais;
- ter plano de custeio para corresponder às obrigações decorrentes do art. 40 CF.

Vantagens do RPPS para o servidor

- ausência de teto;
- ausência de carência;
- inexistência de fator previdenciário ;
- abono de permanência;
- acompanhamento da gestão pelos servidores;
- aposentadoria compulsória;
- maior agilidade na concessão dos benefícios;
- maior qualidade de atendimento;
- pensão por morte.

Maior economia para o Município

O RPPS apresenta economia de até 50% nas contribuições patronais incidentes sobre a remuneração dos servidores públicos efetivos, pois a alíquota patronal no âmbito do RGPS é de 22%, enquanto no RPPS, pode ser reduzida a até 11%.

Compensação Previdenciária

A compensação previdenciária constitui-se em um acerto de contas entre o RGPS e os RPPS.

Para ilustrar, veja-se o caso de uma servidora pública que se aposenta após ter contribuído por 30 anos, sendo 10 anos para o RGPS e os últimos 20 anos para o RPPS de determinado Município. Essa servidora será aposentada

pelo RPPS do Município, o qual terá direito a receber recursos da compensação previdenciária do RGPS referentes ao tempo de contribuição vertida a este regime previdenciário, na proporção de 1/3 (10 anos/30 anos).

Veja-se, por exemplo, o caso de uma servidora que se aposenta após ter contribuído por 30 anos, sendo 10 anos para o RGPS e os últimos 20 anos para o RPPS de determinado Município. Essa servidora será aposentada pelo RRPS do Município, o qual terá direito a receber recursos da compensação previdenciária do RGPS referentes ao tempo de contribuição vertida a este regime previdenciário, na proporção de 1/3 (10 anos/30 anos).

Como já foi dito, a compensação previdenciária constitui-se em um acerto de contas entre o RGPS e os RPPS. Assim, um Município vinculado ao RPPS, ao conceder benefício de aposentadoria, poderá receber a título de compensação previdenciária recursos do INSS relativos ao período em que o servidor esteve vinculado àquele regime.

Se o Município não tem RPPS, não tem plano de custeio para corresponder às suas obrigações previdenciárias decorrentes do art. 40, ou seja, não conta com os recursos oriundos das contribuições previdenciárias.

Distintamente do que ocorre no âmbito do RGPS, no RPPS, não há carência para a concessão dos benefícios. No RPPS, o servidor faz jus aos benefícios a partir do momento da posse, desde que preenchidos os requisitos.

No RGPS, depois de feito o cálculo dos proventos pela média aritmética, ainda, aplica-se o Fator Previdenciário (FP), que leva em consideração a idade, a expectativa de sobrevivência e o tempo de contribuição do segurado ao se aposentar. Isso significa redução nos valores dos proventos.

Os servidores públicos que preencherem os requisitos para se aposentar e que optarem por permanecer em atividade farão jus ao abono de permanência, que é o ressarcimento de sua contribuição pelo Ente da federação.

No RPPS não há essa previsão!

O acompanhamento e a fiscalização da gestão do RPPS realizam-se

mediante colegiados ou instâncias de decisão, nos quais é legalmente garantida a participação dos segurados.

O servidor público no RPPS, ao completar 70 anos de idade, será compulsoriamente aposentado. No RGPS, não há previsão de aposentadoria compulsória. A agilidade decorre do número reduzido de beneficiários em relação ao RGPS e do fato de o RH já ter praticamente todos documentos necessários à concessão do benefício.

Em razão da relação de proximidade, certamente os servidores incumbidos da concessão do benefício exercerão suas atividades com mais presteza do que os servidores do INSS, que atendem em nível nacional e, portanto, com excessiva impessoalidade.

A pensão por morte no RPPS, no caso de servidor em atividade, apresenta-se bem mais favorável, pois o benefício pode ultrapassar o teto do RGPS. Neste, o cálculo da pensão por morte pressupõe aplicação da média aritmética.

Os valores poderão ser compensados para fins de recolhimento do INSS. Os Tribunais entendem que esses servidores só podem fazer isso desde que tenham ingressados na prefeitura na forma de concurso público.

Na aposentadoria do RPPS não precisa obedecer o teto máximo. Ele receberá conforme o teto da remuneração percebida ou do benefício. Por exemplo, o teto de um servidor que recebe R\$8.000,00, a aposentadoria será na média dessa remuneração. No RGPS não, ele pode perceber os R\$8.000,00 durante toda a sua função pública, mas na hora de receber a aposentadoria o teto máximo. Esse é um dos grandes benefícios do RPPS.

A compensação financeira entre regimes está prevista no Decreto 3.112, de 6 de julho de 1999, que dispõe sobre a regulamentação da Lei 9.796, de 5 de maio de 1999, que versa sobre compensação financeira entre o Regime Geral de Previdência Social e os regimes próprios de previdência dos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, na contagem

recíproca de tempo de contribuição para efeito de aposentadoria, e dá outras providências

Determina este decreto que a compensação financeira entre o Regime Geral de Previdência Social e os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, na hipótese de contagem recíproca de tempo de contribuição, respeitará as disposições da Lei 9.796, de 5 de maio de 1999, e deste Decreto.

A compensação financeira será realizada, exclusivamente, na contagem recíproca de tempo de contribuição não concomitante, excluído tempo de contribuição fictício. Ao INSS é devido o valor resultante da multiplicação da renda mensal do benefício concedido pelo percentual pago por cada regime de origem na proporção informada.

Os débitos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios com o INSS existentes até 6 de maio de 1999, parcelados ou não, serão considerados como crédito do Regime Geral de Previdência Social quando da realização da compensação financeira prevista neste artigo. A critério do regime de origem, os valores apurados nos termos do artigo anterior poderão ser parcelados em até duzentos e quarenta meses, atualizando-se os valores devidos nas mesmas datas e pelos mesmos índices de reajustamento dos benefícios de prestação continuada pagos pelo Regime Geral de Previdência Social.

Os débitos apurados, parcelados e ainda não liquidados em razão da extinção de regime próprio de previdência social dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com o retorno dos seus respectivos servidores ao Regime Geral de Previdência Social, nos termos do art. 154 do Decreto 2.173, de 5 de março de 1997, aplica-se o disposto neste Decreto. Os débitos de que trata este artigo, já liquidados, poderão ser compensados com as contribuições previdenciárias vincendas devidas ao Regime Geral de Previdência Social, sendo vedada a restituição.

Na hipótese de extinção do regime próprio de previdência, os valores, inclusive o montante constituído a título de reserva técnica, existentes para custear a concessão e manutenção, presente ou futura, de benefícios previdenciários, somente poderão ser utilizados no pagamento dos benefícios concedidos e dos débitos com o INSS, na constituição do fundo previsto no art. 6º da Lei 9.717, de 1998, e para cumprimento deste Decreto.

PARCELAMENTO ESPECIAL DOS DÉBITOS PREVIDENCIÁRIOS: PERSPECTIVAS E DESAFIOS APÓS A PUBLICAÇÃO DA LEI 12.810/2013

Cristina Aguiar Ferreira da Silva¹

RESUMO: Os Municípios brasileiros têm sofrido com o crescente aumento das demandas sociais ao mesmo tempo em que os recursos se tornam cada vez mais escassos. A situação é ainda mais grave porque parte desses recursos está comprometida com o pagamento de uma dívida previdenciária que, por vezes,

¹ Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2006). Habilitada para exercício da advocacia pela OAB/RS e OAB/DF. Pós-graduada em MBA Direito da Economia e da Empresa pela Fundação Getúlio Vargas. Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Professora em cursos de graduação na Universidade Paulista – UNIP. Comentarista das sessões plenárias do Supremo Tribunal Federal na Rádio Justiça. Consultora da Confederação Nacional dos Municípios. Conselheira do Conselho Nacional da Previdência Social – CNPS e do Conselho Nacional dos Dirigentes de Regimes Próprios de Previdência – CONAPREV. Ministra cursos e palestras nas áreas de Direito Constitucional, Administrativo, Trabalhista e Previdenciário. Possui experiência em advocacia consultiva e contenciosa. Possui engajamento e realiza pesquisa científica em áreas que envolvem os Direitos Humanos, Recuperação da Memória e Justiça de Transição.

o próprio Município desconhece o tamanho. A Lei 12.810/2013 traz uma luz ao assunto, mas não tem o condão de resolvê-lo. Para isso, outras alterações legislativas se mostram necessárias, e a realização de planejamento adequado para lidar com essas dívidas é imprescindível para que o problema seja realmente enfrentado. O presente artigo, portanto, aborda as perspectivas e os desafios que os Municípios brasileiros encontrarão com a publicação da referida lei e a adesão ao parcelamento nela proposto.

Palavras-chave: Parcelamento especial. Dívida previdenciária. Municípios. Lei 12.810/2013.

1. Introdução

A questão do endividamento previdenciário não é assunto novo, ele já faz parte da pauta municipalista, pelo menos, há uma década e vem tomando força, apesar das soluções paliativas que são apresentadas.

Certo é que essa dívida deve ser parcelada para ser quitada, já que poucos Municípios dispõem de recursos para resolvê-la de uma só vez. No entanto, também é certo que nem toda a dívida cobrada é devida.

Se, por um lado, o parcelamento apresentado pela Lei 12.810/2013² – resultado da conversão da Medida Provisória 589/2012³ em Lei – possui as melhores condições apresentadas nos últimos anos; por outro, ele maquia um problema estutural: do que é formada a dívida previdenciária dos Municípios?

A resposta a essa questão está longe de ser esclarecida pela maioria dos Municípios brasileiros, já que boa parte desconhece o valor de sua dívida consolidada e, quando a conhece, muitas vezes este valor não condiz com

2 BRASIL. Lei 10.812, de 15 de maio de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12810.htm>. Acesso em: 22 maio de 2013.

3 BRASIL. Medida Provisória 589, de 13 de novembro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Mpv/589imprensa.htm>. Acesso em: 22 maio de 2013.

o valor alegado pela Receita Federal do Brasil (RFB). Em pesquisa realizada no ano de 2012, pela Confederação Nacional de Municípios (CNM),⁴ quase trezentos e oitenta Municípios – dos mais de dois mil e quatrocentos consultados – afirmavam haver divergência entre o débito por eles levantado daquele cobrado pela Receita Federal.

Por essa razão, compreender os reflexos a médio e longo prazo que o parcelamento previsto na Lei 12.810/2013 pode gerar é importantíssimo para a criação de um caminho que efetivamente leve à solução do endividamento previdenciário.

2. Entendendo o endividamento previdenciário

Ao longo dos anos, apesar da previsão constitucional dispondo sobre a criação de Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS) nos Municípios,⁵ muitos desses Entes optaram por permanecer vinculados ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS). Essa vinculação submete o Ente a todas as normas previstas para este tipo de regime, destacando-se – sem prejuízo de outras – as Leis 8.212/91⁶ e 8.213/91.⁷

Para entender como o desenvolvimento dos Regimes Próprios de Previdência Social ainda não atingiu sua plenitude, é suficiente a análise das

4 O resultado total da pesquisa não foi divulgado, mas partes dela podem ser encontrados em documentos publicados pela instituição em seu site.

5 Assim dispõe o *caput* do art. 40 da Constituição Federal:

“Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.” (BRASIL. Constituição Federal, promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 28 maio de 2013).

6 BRASIL. Lei 8.212, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm>. Acesso em: 22 de maio de 2013.

7 BRASIL. Lei 8.213, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 22 maio de 2013.

informações disponibilizadas pelo Ministério da Previdência, que afirma que, em maio de 2013, apenas 1.997 dos Municípios brasileiros tinham o RPPS como o regime previdenciário de seus servidores ocupantes de cargo efetivo.⁸

Mesmo esses Municípios podem ter dívidas com o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) em decorrência de vinculação previdenciária anterior ou referente aos servidores contratados temporariamente, empregados públicos e cargos em comissão, que contribuem obrigatoriamente para o Regime Geral de Previdência Social.⁹

A dívida foi criada por anos de ausência de controle e planejamento pela administração pública que, por vezes, optava em aplicar os recursos em outras atividades e deixava parcelas em aberto que, com multas e juros, só cresceram, formando um montante impagável. Isso foi acrescido às divergências de interpretação da legislação que define a base de cálculo, que resultam em autuações.

De acordo com o Anuário Estatístico da Previdência Social de 2011,¹⁰ os Municípios brasileiros deviam aproximadamente R\$ 19.633.113.000,00 (dezenove bilhões seiscentos e trinta e três milhões e cento e treze mil reais) ao INSS, decorrente de débitos previdenciários, multas e juros.

Vejamos um quadro sintético desta dívida:

8 Dados disponíveis no site do Ministério da Previdência: <<http://www.mpas.gov.br/conteudoDinamico.php?id=1084>>. Acesso em: 17 jun. de 2013.

9 Nesse sentido, está o § 13 do art. 40 da Constituição Federal:

“Art. 40. (...)

§ 13 – Ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social.” (BRASIL. Constituição Federal, promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 28 de maio de 2013).

10 BRASIL. Ministério da Previdência Social. Anuário Estatístico da Previdência Social. Brasília: MPS/DATAPREV, 2011. p. 662-665. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/conteudoDinamico.php?id=423>>. Acesso em 10 de jun. de 2013.

QUANTIDADE DE DÉBITOS ADMINISTRATIVOS DOS MUNICÍPIOS BRASILEIROS (escala: R\$ mil)		
Grandes regiões	Ano	Valor
Brasil	2009	11.472.846
	2010	15.262.633
	2011	19.633.113
Norte	2009	1.494.149
	2010	1.839.197
	2011	2.139.880
Nordeste	2009	5.441.959
	2010	7.674.098
	2011	9.571.866
Sudeste	2009	3.231.890
	2010	4.087.465
	2011	6.032.102
Sul	2009	540.723
	2010	678.179
	2011	800.197
Centro-Oeste	2009	764.072
	2010	983.694
	2011	1.089.068

Fonte: Ministério da Previdência. Anuário Estatístico da Previdência Social de 2011. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/conteudoDinamico.php?id=423>>. Acesso em: 5 jun. de 2013.

Parte do problema do crescente endividamento é que o valor informado não leva em consideração os créditos que os Municípios possuem com a União também em matéria previdenciária, o que pela compensação reduziria drasticamente essa dívida, extinguindo-a na totalidade em alguns casos.

3. Cobrança de valores indevidos

Como mencionando antes, parte da dívida previdenciária dos Municípios sequer deveria existir, já que estes possuem créditos com a União. Há, ainda, outra parte que deveria ser revista, que são as parcelas cobradas irregularmente, como é o caso da cobrança sobre a folha de pagamento de servidores públicos que são vinculados ao Regime Próprio de Previdência, dos valores contribuídos em decorrência dos mandatários eletivos no período de 1998 a 2004, sem que houvesse base legal e a utilização de vantagens indenizatórias na base de cálculo da contribuição previdenciária afrontando extensa jurisprudência sobre a matéria.

Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. LICENÇA-MATERNIDADE. NATUREZA SALARIAL. INCIDÊNCIA.

AUXÍLIO-DOENÇA. PRIMEIROS 15 DIAS. NÃO INCIDÊNCIA. 1/3 DE FÉRIAS.

NATUREZA INDENIZATÓRIA. ADEQUAÇÃO À JURISPRUDÊNCIA DO STF. NÃO INCIDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DA FAZENDA NACIONAL NÃO PROVIDO. AGRAVO REGIMENTAL DA EMPRESA CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. É pacífico o entendimento deste Tribunal no sentido de que incide contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título de salário-maternidade, uma vez que tal verba possui natureza remuneratória, sendo, portanto, devido o tributo.

2. Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, não incide a contribuição previdenciária sobre os primeiros 15 dias do auxílio-doença pagos pelo empregador, por possuir natureza indenizatória.

3. “O STJ, após o julgamento da Pet 7.296/DF, realinhou sua jurisprudência para acompanhar o STF pela não-incidência

de contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias” (REsp 1.149.071/SC, Rel. Min. ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJe 22/9/2010) 4. Agravo regimental da Fazenda Nacional não provido. Agravo regimental da empresa parcialmente provido para dar parcial provimento ao recurso especial, excluindo a incidência da contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias¹¹.

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÕES EM MANDADO DE SEGURANÇA. PRELIMINARES REJEITADAS. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. AUXÍLIO-DOENÇA. PRIMEIROS 15 (QUINZE) DIAS DE AFASTAMENTO. NÃO-INCIDÊNCIA. ADICIONAL DE FÉRIAS. NÃO-INCIDÊNCIA. FÉRIAS. INCIDÊNCIA. SALÁRIO MATERNIDADE. EXIGIBILIDADE. TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO OU COMPENSAÇÃO. TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (CPC, ART. 543-B). APLICABILIDADE. COMPENSAÇÃO. CRITÉRIOS. CONTRIBUIÇÕES DA MESMA ESPÉCIE. EXIGIBILIDADE. TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO QUE RECONHECE O DIREITO. EXIGIBILIDADE. [...]

4. Não incide a contribuição social sobre os valores pagos pelo empregador ao empregado nos primeiros 15 (quinze) dias de afastamento de sua atividade laborativa, dada a natureza de auxílio-doença. Precedentes do STJ.

5. Afora a discussão acerca da incidência da contribuição social sobre o adicional de férias, os valores recebidos a título destas integram o salário-de-contribuição. Segundo o art. 28, I, da Lei n. 8.212/91, a totalidade dos rendimentos pagos ou creditados a qualquer título compõe o salário-de-contribuição. Por seu turno, o art. 129 da Consolidação das Leis do Trabalho assegura: “Todo empregado terá direito anualmente ao

11 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EDcl no REsp 1040653/SC. Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima. Primeira Turma, julgado em 18/8/2011, DJe 15/9/2011.

gozo de um período de férias, sem prejuízo da remuneração” (grifei). Fica evidente, pelo texto legal, que os valores recebidos pelo segurado em razão de férias, posto que obviamente não trabalhe nesse período, integram a própria remuneração. Sendo assim, incide a contribuição social (TRF da 3ª Região, AG n. 2008.03.00.035960-6, Rel. Des. André Nekatschalow, decisão, 24.09.08).

6. O STF firmou entendimento no sentido de que “somente as parcelas incorporáveis ao salário do servidor sofrem a incidência da contribuição previdenciária”. Precedentes do STF. O Superior Tribunal de Justiça e a 5ª Turma do TRF da 3ª Região passaram a adotar o entendimento do STF, no sentido de que não incide contribuição social sobre o terço constitucional de férias. Precedentes do STJ e desta Corte.¹²

Conforme se depreende, várias parcelas, como é o caso dos primeiros quinze dias do auxílio-doença e do terço de férias, não deveriam ter a incidência do tributo, mas a sua não retenção expõe os Entes a grande chance de receberem autuações que vêm adicionadas de multas e juros pesados.

Por essa razão, é tão importante que o gestor busque identificar as parcelas que compõem a dívida. Essa medida constitui-se tarefa árdua, já que muitas delas sofreram parcelamentos e reparcelamentos.

A verdade é que boa parte dos gestores não se interessam em buscar a fonte da dívida, porque são coagidos pela União a assinarem estes parcelamentos, sob pena de não obter a Certidão Positiva de Débitos com Efeitos de Negativa, o que impede o recebimento de vários recursos voluntários decorrentes de convênios.

Isso se dá porque a não emissão de Certidão Negativa de Débitos ou de Certidão Positiva de débitos com efeitos de negativa (em decorrência da sus-

12 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Cível 0003330-31.2010.4.03.6112/sp. Relator: desembargador federal André Nekatschalow. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/1711005>>. Acesso em: 17 jun. de 2013.

pensão da exigibilidade pelo parcelamento) gera a inscrição de irregularidade do Município no Cadastro Único de Convênios (Cauc).

Em pesquisa realizada em janeiro deste ano pela Confederação Nacional de Municípios, constatou-se que 2.094 Municípios brasileiros possuíam pendências no Cauc relacionadas à comprovação da regularidade previdenciária. Esse número, que corresponde a mais de 37% (trinta e sete por cento) do total de Municípios brasileiros, é expressivo e deve servir de alerta para a importância de aprofundamento da questão.¹³

Vale lembrar que o poder de cobrança das dívidas entre os Entes federativos é desequilibrado. A União utiliza-se de instrumentos como a Certidão Negativa de Débitos, o Cauc e a retenção direta no Fundo de Participação dos Municípios para viabilizar o seu crédito, enquanto que os Municípios – lado mais frágil da Federação – possuem como recursos apenas o acesso ao Judiciário, em processos que demoram anos para sua conclusão.

Diante dessas informações, qual a perspectiva existente para a melhoria da situação previdenciária com a Lei 12.810/2013? Algumas informações são necessárias para se chegar a esta resposta.

4. A Lei 12.810/2013

A Lei 12.810, de 15 de maio de 2013, foi publicada no Diário Oficial da União em 16 de maio do mesmo ano. Sua origem é a Medida Provisória 589, de 13 de novembro de 2012, que já previa uma forma especial de parcelamento, mas que deixa muito a desejar como solução – ou ao menos – alternativa para a dívida previdenciária.

A Medida Provisória previa, de forma sucinta, a possibilidade de parcelamento especial dos débitos com competência até outubro de 2012, inclusive

13 CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS. *Nota Técnica 006/2013*. Disponível em: <www.cnm.org.br>. Acesso em: 17 jun. de 2013.

os decorrentes de parcelamentos anteriores e de pagamento de décimo terceiro salário. De acordo com esta norma, o pagamento seria realizado com a retenção de 2% (dois por cento) da Receita Corrente Líquida (RCL) diretamente no Fundo de Participação de Municípios (FPM).

Apesar de o percentual parecer baixo, diante da grandiosidade das despesas públicas para manutenção de serviços essenciais, ele compromete quantia pecuniária alta, o que poderia inviabilizar o seu pagamento contínuo.

Durante a tramitação no Congresso Nacional, a Medida Provisória recebeu noventa e oito emendas, cuja compilação resultou no texto da Lei 12.810/2013.

Dentre as alterações realizadas está a ampliação das competências dos débitos que poderiam ser incluídos no parcelamento, que passou de outubro de 2012 para fevereiro de 2013. Essa alteração já resultou em um grande alívio aos gestores municipais, já que 2013 é ano de início de mandato, e os novos prefeitos, em muitos casos, tomaram ciência já nos primeiros dias do ano que sequer a contribuição do décimo terceiro do ano anterior tinha sido quitada.

Outro aspecto que foi melhorado foi o valor máximo da parcela. A Lei 12.810/2013 estabeleceu que a dívida seria paga com divisão do débito em duzentos e quarenta parcelas ou com o comprometimento de 1% (um por cento) da Receita Corrente Líquida, o que for menor. Essa previsão, por si só, reduziu à metade o desembolso mensal a ser realizado pelos Municípios.

A dívida, pela norma em vigor, terá redução de 100% (cem por cento) das multas e 50% (cinqüenta por cento) dos juros, enquanto que a MP de origem previa redução de apenas 60% (sessenta por cento) das multas e 25% (vinte e cinco por cento) dos juros.

Esses pontos já deram ao parcelamento da Lei 12.810/2013 uma imagem de melhoria à situação do endividamento previdenciário, além de suprir pontos críticos de reclamação dos Municípios.

Outro ponto importante é a previsão de que até a consolidação da dívida pela Receita Federal, o que inclui o expurgo de multas e juros na forma

prevista e lei, somente poderá ser retido no Fundo de Participação dos Municípios (FPM) o correspondente a 0,5% (zero vírgula cinco por cento) da Receita Corrente Líquida. O parcelamento especial anterior, promovido pela Lei 1.960/2009 nunca foi consolidado pela Receita Federal, resultando em Municípios que tiveram de continuar o pagamento em decorrência de falta de informação sobre a quitação efetiva do débito.

Esta Lei foi regulamentada pela Portaria Conjunta PGFN/RFB 3, de 24 de maio de 2013, que esclareceu os procedimentos que devem ser adotados para adesão ao parcelamento.

5. Perspectivas e desafios

É evidente que a Lei 12.810/2013 trouxe vantagens para auxiliar os Municípios a quitarem seus débitos previdenciários, mas fica a pergunta se ela é suficiente para resolver o problema.

Se a medida ora implementada não for acompanhada por uma revisão integral da dívida e a realização do efetivo encontro de contas, o problema será apenas adiado. É importantíssimo que a regularização da Certidão Negativa de Débitos pela adesão ao parcelamento não resulte em um descaso do Município com esta dívida, no sentido de não realizar a investigação de sua origem e regularidade.

É sempre bom lembrar que os recursos em questão são públicos e poderiam estar sendo mais bem utilizados em proveito da população. Por essa razão, eventual irregularidade que diminua esta dívida ou que a elida deve ser buscada com afincamento pelo prefeito municipal para garantir a qualidade em sua gestão.

O problema não está solucionado, mas pode ser resolvido com a atuação diligente do Município em buscar as irregularidades em sua dívida e lutar pela realização do efetivo encontro de contas.

Enfrentar a questão do endividamento previdenciário deve ser pauta da luta municipalista, de forma a buscar um equilíbrio real entre os Entes da Federação.

6. Conclusão

O presente trabalho não tem a pretensão de liquidar a matéria, mas apenas contribuir para a reflexão do tema e para a importância de uma mudança de postura em relação ao endividamento previdenciário. O fato de ele ter piorado ao longo dos anos não é justificativa para a eternização do problema.

Identificar a real dívida e exigir uma postura igualitária da União nada mais é que fortalecer a democracia brasileira e suas instituições. Trata-se, portanto, de um objetivo a ser traçado por todos.

Referências

BRASIL. Constituição Federal, promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 28 maio de 2013.

_____. *Lei 8.212, de 24 de julho de 1991*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm>. Acesso em: 22 maio de 2013.

_____. *Lei 8.213, de 24 de julho de 1991*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 22 de maio de 2013.

_____. *Lei 10.812, de 15 de maio de 2013*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12810.htm>. Acesso em: 22 maio de 2013.

_____. *Medida Provisória 589, de 13 de novembro de 2012*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Mpv/589impressao.htm>. Acesso em: 22 maio de 2013.

_____. *Ministério da Previdência Social. Anuário Estatístico da Previdência Social*. Brasília: MPS/DATAPREV, 2011, p. 662-665. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/conteudoDinamico.php?id=423>>. Acesso em: 10 jun. de 2013.

_____. *Ministério da Previdência. Dados estatísticos da Previdência do serviço público*. Disponível em: <<http://www.mpas.gov.br/conteudoDinamico.php?id=1084>>. Acesso em: 17 jun. de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EDcl no REsp 1040653/SC. Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima. Primeira Turma, julgado em 18/8/2011, DJe 15/9/2011.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Cível 0003330-31.2010.4.03.6112/sp. Relator: desembargador federal André Nekatschalow. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumento-Gedpro/1711005>>. Acesso em: 17 jun. de 2013.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS. *Pesquisa sobre endividamento previdenciário de 2012*. Disponibilização interna.

_____. *Nota Técnica 006/2013*. Disponível em: <www.cnm.org.br>. Acesso em: 17 jun. de 2013.

CONCESSÃO DE ALVARÁS PELO PODER PÚBLICO MUNICIPAL

Ana Paula Rodrigues Ziulkoski¹

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar a competência do Município no que concerne à concessão e à fiscalização de alvarás para funcionamento de atividades no âmbito do Município. No presente artigo, com base em normas legais, questiona-se o alcance da competência municipal no que tange a estas licenças, bem como a importância em concedê-las dentro dos limites legais.

Palavras-chave: Artigo Técnico. Administração pública municipal. Concessão de Alvarás pelo poder público. Poder de polícia. Fiscalização. Considerações.

1. Introdução

O sistema jurídico brasileiro prevê que todos os estabelecimentos com atividades comerciais, industriais e de prestação de serviços em geral, incluindo

¹ Ana Paula Rodrigues Ziulkoski é graduada em Direito pela PUC/RS, especialista em Direito Público, advogada e coordenadora da área jurídica da Federação das Associações de Municípios do Rio Grande do Sul (Famurs).

atividades de caráter temporário ou permanente, dependem de autorização para o seu efetivo exercício. Essas autorizações, denominadas licenças, são concedidas mediante requerimento dos interessados e após análise de uma série de requisitos. É por meio da concessão de alvarás que os atos administrativos de licença se concretizam, passando a existir na esfera jurídica.

2. Alvarás – Breve análise sobre concessão e poder de polícia

De acordo com Hely Lopes Meirelles,² “alvará é o instrumento da licença ou da autorização para a prática de ato, realização de atividade ou exercício de direito dependente de policiamento administrativo. É o consentimento formal da Administração à pretensão do administrado, quando manifestada em forma legal”.

Como se pode observar, a concessão do alvará é realizada mediante policiamento administrativo, que é o poder que a administração pública possui para regular a utilização de serviços, ou até mesmo de bens, inerentes ao interesse comum.

Para Marçal Justen Filho,³ “O poder de polícia administrativa é a competência para disciplinar o exercício da autonomia privada para a realização de direitos fundamentais e da democracia, segundo os princípios da legalidade e da proporcionalidade”.

Logo, o fundamento de existência do poder de polícia é derivado de uma obrigação, uma vez que a administração pública tem como prerrogativa proteger o interesse público ante o interesse privado, impondo regras aos cidadãos em prol da coletividade, evitando que interesses privados possam produzir danos a direitos que são de todos.

2 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Ed., 17ª ed., p. 122, 1992.

3 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. rev. e atual. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 567.

Nesse contexto, destaca-se que o Código Tributário Nacional, no art. 78, assim expressa:

Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Dessa maneira, enquadra-se a concessão do alvará como um ato administrativo vinculado à prévia análise do poder público, que irá conceder essa espécie de licença quando do preenchimento de exigências previstas em lei, mediante fiscalização (oriunda do poder de polícia).

3. Competência Municipal para concessão de alvarás

No que concerne aos Municípios, caberá expedir o alvará de localização e funcionamento, ou seja, licenciar o estabelecimento para que determinada atividade seja exercida em determinado local. Para tal, o Município deverá dispor em legislação própria os requisitos para a concessão das licenças, preferencialmente no Código de Posturas municipal.

Dessa forma, os Municípios devem elaborar Códigos de Posturas que estejam de acordo com a legislação e a repartição de competências ou, no caso de já existirem, revisá-los, a fim de identificar se estão em conformidade com as normas legais. Isso se deve ao fato de que é competência do Município legislar sobre assuntos de interesse local, conforme disposto no art. 30, inc. I, da Constituição Federal, que assim dispõe:

Art. 30. Compete aos Municípios:

I – legislar sobre assuntos de interesse local.

Com relação ao Código de Posturas local, deve existir previsão quanto ao tipo de atividade que precisa obter o licenciamento para funcionamento, por exemplo, definição de quais estabelecimentos são obrigados a obter alvará. A título exemplificativo, pode-se mencionar a exigibilidade de alvará para funcionamento de estabelecimentos comerciais em geral, incluindo bares, casas noturnas, restaurantes, lancherias, lojas, farmácias, fábricas, salões de beleza, oficinas, associações, prestadores de serviço sem vínculo empregatício que exerçam atividades em locais fixos, atividades industriais, agrícolas, pecuárias, extrativistas, eventos, atividades por tempo determinado, como feiras, exposições, festas e eventos em geral, profissionais autônomos estabelecidos em unidades não residenciais ou na própria residência e todas as demais atividades voltadas ao comércio em geral e à prestação de serviços. Da mesma maneira, deverá haver previsão local quanto às exceções, caso existam.

Outro requisito que deve ser exigido do administrado é a necessidade de compatibilidade entre a atividade e o local, de forma que o estabelecimento só poderá funcionar se estiver localizado em área permitida, conforme o zoneamento da cidade, bem como previsão quanto à possibilidade de exercício funcional atrelado à natureza da edificação (loja, sala, apartamento, edifício, galpão, casa etc.) ou ao tipo (residencial, comercial, territorial) e disposição quanto ao horário de funcionamento. Como exemplo, é possível destacar a impossibilidade de uma casa noturna funcionar em zona residencial, em razão de uma possível inviabilidade determinada pelo zoneamento local, ou em uma sala, em razão da inviabilidade da natureza e do tipo da edificação.

Importa destacar que, em se tratando de ato vinculado, para que o Município possa exigir os critérios acima exemplificados, deverá possuir legislação específica sobre a matéria, daí a importância de elaborar ou revisar os

Códigos de Posturas e as demais legislações locais.

Portanto, o empreendedor que almeja abrir um estabelecimento, primeiramente, deve se direcionar à prefeitura, a fim de consultar se existe possibilidade de exercer a atividade pretendida no local desejado; isso deverá ser consultado juntamente ao Município, que irá analisar o pedido conforme legislação local referente ao zoneamento e ao uso e à ocupação do solo.

Em seguida, caso a atividade e o lugar pretendido para localização desta encontrem-se em conformidade com a lei, a prefeitura deverá seguir o disposto em sua lei local, que deverá exigir vistoria do Corpo de Bombeiros (órgão estadual), da vigilância sanitária (órgãos municipais, estaduais e federais – Anvisa) e dos órgãos de meio ambiente (órgãos municipais, estaduais – Fepam e federais – Ibama), dependendo da natureza de cada atividade. Quanto mais complexa a atividade, maior o número de licenças que deverá possuir o empreendedor para executar a atividade pretendida.

Nesse contexto, pondera-se que os prazos, o valor das taxas e as exigências variam de acordo com a legislação de cada Município, excetuando-se as micro e as pequenas empresas que possuem regramento próprio. Portanto, observa-se que as gestões municipais devem possuir legislações que protejam os municípios de toda e qualquer forma de perigo, e, para isso, é necessário que a lei local exija procedimentos rígidos para abertura de estabelecimentos potencialmente perigosos.

Especificamente quanto à vistoria e observância às normas de segurança do Corpo de Bombeiros, esclarece-se que, por se tratar de organização submetida aos governos estaduais, seus atos deverão ser regulados por legislação proveniente destes Entes.

É salutar que o Município apenas conceda o alvará após a apresentação de documento que comprove a vistoria do Corpo de Bombeiros e esta vistoria também deve ser considerada quando da renovação da licença de localização e funcionamento.

Os Municípios e os Estados devem agir em conjunto de modo a evitar

que existam irregularidades na concessão dos alvarás. Para tal, por mais que se trate de divisão de competências, os Municípios deverão dar exemplo de boa gestão e condicionar em suas legislações a concessão da licença à apresentação dos documentos de vistoria provenientes do Corpo de Bombeiros. Quanto à aprovação do Corpo de Bombeiros, esta, sim, será de competência deste órgão, cabendo ao Município apenas exigir a devida documentação do proprietário.

4. Fiscalização municipal

Realizadas todas as averiguações mencionadas, passa-se à fiscalização do empreendimento. Dessa maneira, para que o alvará seja expedido, o Município irá contar com seus agentes fiscalizadores, a fim de inspecionar o local antes da concessão da licença. Isso ocorre em detrimento da competência que o Município possui para a fiscalização dos estabelecimentos, uma vez que possui poder de polícia para tal.

A atuação fiscalizadora do Município no exercício desse poder de polícia deverá ser exercida nos limites legais para que os atos dele decorrentes sejam válidos. Dessa forma, ressalta-se que a legislação local deverá obedecer aos princípios da igualdade, proporcionalidade e moralidade, de modo que não existam previsões que oportunizem fiscalizações motivadas por perseguições e favoritismos, o que poderá acarretar abuso de poder quando da fiscalização das atividades.

A legislação deverá ser rígida quanto aos requisitos exigidos, mas jamais a fiscalização poderá alcançar fim diverso daquele que a lei lhe permitiu. Por isso, a importância de revisão das leis locais.

Quanto à atividade de fiscalização em si, o fiscal municipal atuará de modo a fazer cumprir o sistema normativo local, estabelecido pelo Município, com a competência de regular e fazer cumprir tudo quanto respeite ao interesse local e ao bem-estar e proteção da população.

Para que possa exercer essa fiscalização, o agente competente para tal

deverá ser imbuído de poder legal para tanto, conforme atribuições do cargo que ocupa, constantes da lei que criou este cargo, sob pena de anulação do ato. Há de se registrar que, caso ocorra incompetência do agente fiscalizador, este ato poderá ser praticado novamente por agente capaz, pois se trata de vício sanável, desde que não esteja atingido pela prescrição ou decadência.

Para que a concessão do alvará esteja perfeitamente válida, os fiscais deverão exigir dos responsáveis pelos estabelecimentos uma série de documentos, dentre os quais a obrigatoriedade de apresentação de documento comprobatório de aprovação do Corpo de Bombeiros local e da vigilância sanitária. Somente após a análise dos requisitos exigidos por estes órgãos, é que o fiscal poderá expedir a licença.

Observa-se que a jurisprudência pátria tem se posicionado de modo a exigir a estrita adequação das ações fiscalizadoras, tanto no momento da concessão de licenças, como de sua cessação, o que muitas vezes inviabiliza a atividade do agente fiscalizador, pois decisões judiciais revertem as atitudes fiscalizatórias, como se pode observar na decisão abaixo colacionada:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CAUTELAR E ORDINÁRIA. CANCELAMENTO DE LICENÇA DE LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO DE CASA NOTURNA. ESFORÇO DA EMPRESA EM PROCEDER À REGULARIZAÇÃO DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL. DEMASIA DO CANCELAMENTO DA LICENÇA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

O cancelamento de alvará de localização é medida drástica que não se coaduna com os esforços envidados pela empresa autora para a regularização do seu estabelecimento comercial. Não se retira o poder de polícia ínsito à Administração em fiscalizar, constantemente, os estabelecimentos comerciais, e, principalmente, casas noturnas, pois conhecidos os nefastos resultados decorrentes de eventuais infortúnios que ali possam ocorrer.

Sobrelevo da necessidade de oportunizar-se a devida retificação de eventuais irregularidades do projeto.

Incidência dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Necessidade de utilização dos meios menos gravosos para o indivíduo, alcançando-se os mesmos objetivos pretendidos (segurança).

Perícia judicial que logra concluir, de outro canto, que os níveis de pressão sonora aferidos não evidenciam emissão de som incômodo, nos termos da lei.

Honorários de advogado que, diante das peculiaridades da causa, estão a merecer majoração.

SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA MANTIDA, NO MAIS, EM REEXAME NECESSÁRIO.

APELAÇÃO DESPROVIDA E RECURSO ADESIVO PROVIDO. (Apelação e Reexame Necessário nº 70011655495, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Julgado em 13/7/2006).

Ressalta-se que o agente público responsável pela fiscalização e pelo exercício do poder de polícia deverá estar preparado para atuar no sentido de exercer este dentro dos limites legais para que não se caracterize abuso de poder – excesso de poder ou desvio de poder.

O exercício do poder de polícia deverá buscar a finalidade do interesse público em detrimento do interesse particular, busca esta que deverá ser balizada pelos princípios que norteiam a administração pública, de modo a elidir qualquer prática excessiva e arbitrária.

No tocante ao alvará, o poder de polícia de fiscalizar as atividades existentes no Município é de extrema relevância, pois este ato de “vigiar” é o que fará com que os alvarás e as licenças venham a ser concedidos apenas àqueles que possuam condições de exercer suas atividades.

Todavia, muito embora os Municípios tentem fiscalizar as atividades locais, essa fiscalização não poderá ser eivada de ilegalidade e abusos de poder, uma vez que existem entendimentos jurisprudenciais que optem pelo dever de

indenizar quando a atuação da administração pública exorbitar os limites legais, como se pode observar na decisão abaixo colacionada:

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. MEDIDA ADMINISTRATIVA. INTERDIÇÃO. FALTA DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO E POSSIBILIDADE DE AMPLA DEFESA. EXERCÍCIO ABUSIVO DO PODER DE POLÍCIA. A MEDIDA ADMINISTRATIVA DE INTERDIÇÃO DE ATIVIDADES, SEM PREVIO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO E POSSIBILIDADE DE AMPLA DEFESA, MOSTROU-SE EXERCÍCIO ABUSIVO DO PODER DE POLÍCIA. O ATO ABUSIVO DESGARROU DA ORIENTAÇÃO TRAÇADA PELA PRÓPRIA ASSESSORIA JURÍDICA DO MUNICÍPIO QUE, AUSENTE NORMA LEGAL AUTORIZADORA DA MEDIDA DE INTERDIÇÃO, RECOMENDOU A INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PRÓPRIO A CASSAÇÃO DO ALVARÁ. ATO ILEGAL DA AUTORIDADE IMPETRADA VIOLANDO DIREITO LÍQUIDO E CERTO DA ADMINISTRADA AO DEVIDO PROCEDIMENTO REFERENTE A POSSIBILIDADE DO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE AUTORIZADORA, PERMITINDO-SE A AMPLA DEFESA. APELO DESPROVIDO. MANTIDA A SENTENÇA EM REEXAME NECESSÁRIO. Grifamos. (Apelação e Reexame necessário nº 599480019, Primeira Câmara Especial Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Armando Bezerra Campos, Julgado em 10/5/2000).

De outro modo, a jurisprudência também é uníssona em declarar a legalidade dos atos prestados pela administração pública quando se encontram dentro dos preceitos de legalidade e moralidade, como se denota da decisão abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. ALVARÁ DE LOCALIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DESA-

TENÇÃO AOS REQUISITOS LEGAIS. Tendo em vista o não cumprimento do disposto no art. 119 do Código de Posturas; 177 e seguintes do Plano Diretor, e artigo 1º e seguintes do Código de Prevenção Contra Incêndio, não poderia a Administração conceder a licença para o exercício da atividade. Assim, menos pela questão dominial, mais pelos requisitos para o exercício da atividade exigidos pela legislação local e não atendidos pela Impetrante, **não se vislumbra ilegalidade ou abuso de poder no ato atacado. Apelo desprovido.** Unânime. Grifamos. (Apelação Cível nº 70023815350, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Genaro José Baroni Borges, Julgado em 4/6/2008).

Portanto, sempre que a administração atuar dentro dos parâmetros legais e observar o plexo de princípios constitucionais, seus atos serão benéficos a toda a coletividade e cumprirão o papel de fiscalizar em prol dos administrados.

Por fim, no que tange à fiscalização dos empreendimentos, observa-se a necessidade de publicidade do alvará. O documento de licença deverá ser preenchido com o nome do responsável que exerce a atividade ou usa o bem, bem como deverá conter o local e a validade do alvará. É importante que ele fique em local visível no estabelecimento e possa ser apresentado aos fiscais da prefeitura, sempre que solicitado.

5. Renovação, anulação e cassação de alvará

Outro aspecto que merece destaque é a questão da renovação do alvará. O Município, ao decidir por renovar um alvará, deverá fazê-lo motivadamente, certificando-se de que o requerente faz jus à renovação por estar atuando nos limites autorizados no alvará anteriormente concedido.

Um tema bastante corriqueiro nos Municípios brasileiros é a renovação de alvarás de localização e funcionamento. O Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, ao julgar ação do Município de Porto Velho, RO, que é lícito ao

Município a cobrança da taxa de renovação de alvará, desde que o exercício do poder de polícia possua regularidade, como se pode vislumbrar da decisão abaixo:

Recurso Extraordinário. 1. Repercussão geral reconhecida. 2. alegação de Inconstitucionalidade da taxa de renovação de localização e de funcionamento do Município de Porto Velho. 3. Suposta violação ao artigo 145, inciso II, da Constituição, ao fundamento de não existir comprovação do efeito exercício do poder de polícia. 4. O texto constitucional diferencia as taxas decorrentes do exercício do poder de polícia daquelas de utilização de serviços específicos e divisíveis, facultando apenas a estas a prestação potencial do serviço público. 5. A regularidade do exercício do poder de polícia é imprescindível para a cobrança da taxa de localização e fiscalização. 6. À luz da jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, a existência do órgão administrativo não é condição para o reconhecimento da constitucionalidade da cobrança da taxa de localização e fiscalização, mas constitui uns dos elementos admitidos para se inferir o efetivo exercício do poder de polícia, exigido constitucionalmente. Precedentes. 7. O Tribunal de Justiça de Rondônia assentou que o Município de Porto Velho, que criou a taxa objeto do litígio, é dotado de aparato fiscal necessário ao exercício do poder de polícia. 8. Configurada a existência de instrumentos necessários e do efetivo exercício do poder de polícia. **9. É constitucional taxa de renovação de funcionamento e localização municipal, desde que efetivo o exercício do poder de polícia, demonstrado pela existência de órgão e estrutura competentes para o respectivo exercício, tal como verificado na espécie quanto ao Município de Porto Velho/RO.** 10. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento, (grifo nosso). (STF, RE nº 588322/RO – RONDÔNIA, Relator Min. GILMAR MENDES, Julgamento: 16/6/2010, Tribunal Pleno).

Com essa decisão, fica claro que o Município poderá cobrar a taxa de renovação de alvará de localização e funcionamento de estabelecimento co-

mercantil e industrial, ao contrário das decisões que eram proferidas com base na Súmula 157, do STJ, que havia declarado a ilegalidade da cobrança e que fora cancelada após as decisões supervenientes, em contrário, do STF. Contudo, condiciona a existência do exercício do poder de polícia, pelo Município, na área de modo genérico, isto é, não necessariamente em relação a determinado contribuinte, conforme item 9 da decisão transcrita.

Por derradeiro, passa-se à questão da anulação e da cassação dos alvarás. O cumprimento de normas legais regulamentares e a exatidão e veracidade dos documentos e das declarações concernentes aos alvarás são condições elementares para que o alvará seja dotado de legalidade. A falta desses elementos gera motivos para que se declare a anulação dos alvarás.

Nesse caso, a legislação do Município é elementar para que se identifiquem os casos de cassação de alvará, que poderão ocorrer mediante exercício de atividade não permitida, perda de validade de documento ou em face da destinação diferente de imóvel frente àquela para a qual fora concedida a licença. Outro caso de cassação de alvará ocorre quando se observam infrações, prejuízos, incômodos e condições que possam vir de encontro à segurança e à saúde da coletividade. Da mesma forma, o cerceamento às diligências necessárias ao exercício do poder de polícia e a prática reincidente de infrações também são causas para a cassação de alvará.

Portanto, o alvará poderá ser anulado se tiver sido concedido sem o cumprimento das normas legais ou em caso de comprovação de falsidade, sendo que as hipóteses de cassação e anulação deverão estar expressamente previstas na legislação local. Sobre o tema, colacionam-se as decisões abaixo transcritas:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. MANDADO DE SEGURANÇA. CASSAÇÃO DO ALVARÁ DE FUNCIONAMENTO DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL. DESVIO DE FINALIDADE E PERTURBAÇÃO DO SOSSEGO E DA ORDEM PÚBLICA. DESCUMPRIMENTO DA LEGISLAÇÃO MUNICIPAL. DIREITO

LIQUIDO E CERTO NÃO CONFIGURADO. SEGURANÇA DENEGADA. Pela descrição dos fatos e documentos juntados aos autos, vê-se que **o ato administrativo de cassação do Alvará de Funcionamento foi precedido de Processo Administrativo que assegurou o contraditório e a ampla defesa**, sendo inclusive realizadas diligências para se verificar in loco a existência de desvio de finalidade quanto ao funcionamento autorizado (Bar, Lancheria e Hotelaria). As conclusões do Ministério Público, da Delegada de Polícia e da Comissão Especial foram no sentido de que o estabelecimento funcionava como Casa de Prostituição. **Pode o Município cassar Alvará de Funcionamento quando houver infringência à legislação vigente. Caso concreto, a apelante vinha descumprindo as normas municipais ao explorar atividade diversa da autorizada, além do fato de estar ocorrendo perturbação do sossego e da ordem pública, não havendo ilegalidade ou abuso de poder no ato da autoridade coatora.** Não comprovado o direito líquido e certo da impetrante, impõe a manutenção da cassação da Licença de Funcionamento. APELO IMPROVIDO. Grifamos. (Apelação Cível nº 70023906506, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Francisco José Moesch, Julgado em 9/7/2008).

APELAÇÃO CÍVEL. **ALVARÁ DE LOCALIZAÇÃO**. NEGATIVA ADMINISTRATIVA. Correto o ato da administração municipal que **negou alvará de localização para bar noturno, em razão dos precedentes ocorridos no local, os quais ensejaram a cassação do alvará anteriormente concedido.** APELO DESPROVIDO. Grifamos. (Apelação Cível nº 70020207239, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rogério Gesta Leal, Julgado em 12/7/2007).

Observa-se que o procedimento de cassação de alvará, de acordo com a legislação brasileira, deverá oportunizar ao ofendido a ampla defesa e o contraditório, oportunizando ao ofendido a possibilidade de defesa. De outra forma, o ato será eivado de ilegalidade, como se pode denotar das decisões abaixo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA DE DESCONSTITUIÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO. DECRETO MUNICIPAL Nº 4.452. INTERDIÇÃO DE ESTABELECIMENTO SEM QUE PRECEDIDA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. **VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA** (ARTIGO 5º, INCISOS LIV E LV DA CF). Com efeito, a Administração pode promover, por seus próprios meios, a submissão do administrado às determinações legais. Todavia, é medida que só tem cabida se expressamente autorizada em lei ou se exigir a urgência e a relevância. A auto executoriedade, portanto, só por si não a legítima. Para valer há de render homenagem à lei e circunscrever-se a uma das hipóteses referidas. Certo, **a interdição administrativa de atividade ou estabelecimento insere-se no poder de polícia**. Mas como ato punitivo que é, há de ser precedido de processo regular e de auto circunstanciado das irregularidades, a possibilitar defesa do interessado, no que não contrasta, não desmerece e nem diminui seus atributos, dentre os quais o da auto executoriedade. No caso, agentes do Poder Público Municipal, em dia e hora não especificados do mês de setembro de 2009 **lavraram o AUTO DE CASSAÇÃO DE ALVARÁ DE LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO nº 002/2009, sem que procedido do devido processo legal**. Do mesmo modo, o Sr. Prefeito Municipal expede o Decreto nº 4.542/2009, interditando o estabelecimento. Sabe-se, todo o ato administrativo, de que o ato de polícia é espécie, submete-se ao controle de legalidade pelo Poder Judiciário. E sob esse prisma, se impõe a antecipação de tutela recursal pelo que de ilegal o ato apontado, com malferir o direito que tem a Agravante ao devido processo legal, ao contraditório e ampla defesa, como lhe assegura o artigo 5º, incisos LIV e LV da CF, e que não lhe foi oportunizado. Agravo provido. Unânime. Grifamos. (Agravo de Instrumento nº 70033985821, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Genaro José Baroni Borges, Julgado em 19/5/2010).

6. Conclusão

Diante do exposto, conclui-se que o Município tem o dever de agir em defesa do bem-estar da coletividade, bem como obrigação de fiscalizar as atividades e as prestações de serviços que são de sua competência, em conformidade com os ditames legais. A sua omissão pode ocasionar danos aos cidadãos, de modo que não existe justificativa para tolerar o que é considerado intolerável.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Código Tributário Nacional. *In: Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14^a ed. São Paulo: Atlas, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 7^a ed. rev. e atual. 1^a reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 17^a ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1992.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <www.stj.gov.br>.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>.

ATA DE REGISTRO DE PREÇOS – ADESÃO – PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

Antonio Sergio Baptista¹

RESUMO: A recente edição do Decreto Federal 7.892/2013 introduziu no Sistema de Registro de Preços, de que trata a Lei 8.666/1993, novos conceitos e definições, que serão abordados neste trabalho. A regulamentação dada ao art. 15 da Lei 8.666/1993, por meio da nova edição do Decreto Federal, é bastante abrangente e envolve normas já existentes em decretos anteriores, introduzindo novos parâmetros de atuação do poder público. O trabalho procura identificar a abrangência do novo Decreto e, em especial, as definições de “órgão gerenciador”, “órgão participante” e a mais nova figura do “órgão não participante”. A seguir, é pontuada a forma de adesão às Atas de Registro de Preços pelos “órgãos não participantes”, restando colocadas as exigências para que a adesão se aperfeiçoe, culminando com as hipóteses de admissibilidade da adesão pelos “órgão ou entidades não participantes”, após análise pontual dos questionamentos mais frequentes a respeito do tema. Por fim, e em tópico específico, é feita

1 Advogado, especialista em Direito Público.

uma abordagem envolvendo os convênios, os consórcios públicos, as regiões metropolitanas, os aglomerados urbanos e as microrregiões.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Licitações. Lei 8.666/1993. Sistema de Registro de Preços. Ata. Decretos Federais 3.931/2001 e 4.342/2002. Lei 7.892/2013. Órgão gerenciador. Órgão participante. Órgão não participante. Convênios. Consórcio público. Região metropolitana. Aglomerado urbano. Microrregiões.

1. Introdução

Em 19 de setembro de 2001, a Presidência da República editou o Decreto 3.931,² posteriormente alterado pelo Decreto 4.342, de 23 de agosto de 2002,³ que, a fim de regulamentar “o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei 8.666/93”, introduziu no ordenamento jurídico, por meio de decretos, significativas alterações no Estatuto de Regência das Licitações e Contratos.

Recentemente, em 23 de janeiro de 2013, a Presidência da República editou o Decreto 7.892,⁴ que, com o intuito de revogar os Decretos anteriores, ampliou o campo de atuação do regulamento, introduzindo novos conceitos e definições, que serão vistos a seguir, sem a pretensão de esgotar o tema, nem muito menos estabelecer polêmica mas, isto sim, orientar os gestores públicos, em especial, no âmbito das entidades municipais.

2. O Decreto 7.892, de 23 de janeiro de 2013

Com calço na Ementa, o Decreto 7.892/2013 se propõe a regulamen-

2 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3931htm.htm>.

3 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4342.htm>.

4 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7892.htm>.

tar, no âmbito da administração federal e de forma bastante abrangente, o Sistema de Registro de Preços a que alude o art. 15 da Lei 8.666/1993, que tem a seguinte redação:

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

I – atender ao princípio da padronização, que imponha compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições de manutenção, assistência técnica e garantia oferecidas;

II – ser processadas através de sistema de registro de preços;

III – submeter-se às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado;

IV – ser subdivididas em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado, visando economicidade;

V – balizar-se pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública.

§ 1º O registro de preços será precedido de ampla pesquisa de mercado.

§ 2º Os preços registrados serão publicados trimestralmente para orientação da Administração, na imprensa oficial.

§ 3º O sistema de registro de preços será regulamentado por decreto, atendidas as peculiaridades regionais, observadas as seguintes condições:

I – seleção feita mediante concorrência;

II – estipulação prévia do sistema de controle e atualização dos preços registrados;

III – validade do registro não superior a um ano.

§ 4º A existência de preços registrados não obriga a Administração a firmar as contratações que deles poderão advir, ficando-lhe facultada a utilização de outros meios, respeitada a legislação relativa às licitações, sendo assegurado ao beneficiário do registro preferência em igualdade de condições.

§ 5º O sistema de controle originado no quadro geral de preços, quando possível, deverá ser informatizado.

§ 6º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar preço constante do quadro geral em razão de incompatibilidade desse com o preço vigente no mercado.

§ 7º Nas compras deverão ser observadas, ainda:

I – a especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca;

II – a definição das unidades e das quantidades a serem adquiridas em função do consumo e utilização prováveis, cuja estimativa será obtida, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas de estimação;

III – as condições de guarda e armazenamento que não permitam a deterioração do material.

§ 8º O recebimento de material de valor superior ao limite estabelecido no art. 23 desta Lei, para a modalidade de convite, deverá ser confiado a uma comissão de, no mínimo, 3 (três) membros.

Como se lê, a norma legal apresenta, em si mesma, um extenso conjunto de regras que, apesar de aparentemente suficientes, merecem uma regulamentação ampliativa, em busca da eficiência operacional do Sistema de Registro de Preços, instrumento de extrema importância para alcançar a necessária celeridade das compras de bens e contratação de serviços, sem afastar-se dos princípios da legalidade e da economicidade estampados no *caput* dos arts. 37 e 70 da Constituição Federal.

Regras que, sob tal enfoque e considerando-se o princípio constitucional da eficiência,⁵ poderiam ser adotadas pelos Municípios, com as cautelas que serão aqui colocadas oportunamente.

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

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder”.

As inovações trazidas pelos Decretos anteriores e agora ampliadas e consolidadas merecem tratamento específico, inclusive quanto à sua aplicabilidade ou não.

3. A abrangência do Decreto

O art. 1º do Decreto nº 7.892/2012 tem a seguinte redação:

Art. 1º As contratações de serviços e a aquisição de bens, quando efetuadas pelo Sistema de Registro de Preços – SRP, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, fundos especiais, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente pela União, obedecerão ao disposto neste Decreto.

Discutiu-se, em face do mesmo artigo dos Decretos anteriores, com a mesma redação, sua aplicabilidade ou não, em relação às administrações dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Afastada, de plano, qualquer obrigatoriedade, a aplicação do Decreto Federal, no âmbito das administrações dos demais Entes federativos, não está vinculada ao conceito de administração pública *lato sensu*, como pontuaram alguns doutrinadores, forte na definição de “administração pública” estampado no art. 6º, inc. XI, da Lei 8.666/1993, confira-se:

Art. 6º Para fins desta Lei, considerando-se:

[..]

XI – Administração Pública – a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas;

Ora, apesar da definição, tal como grafada no Estatuto de Regência das Licitações e Contratos, é por demais evidente a limitação imposta pelo Decreto em si mesmo, quando se refere à sua observância no âmbito da “administração pública federal”.

No entanto, em algumas hipóteses, as inovações introduzidas pelos Decretos Federais podem ser admitidas, com certo temperamento, no âmbito das administrações estaduais, distrital e municipais.

4. As definições inovadoras

O Decreto 7.892/2013 alberga significativa alteração nas definições de “órgão gerenciador” e “órgão participante” e introduz, como novidade, a figura do “órgão não participante”.

Assim é que, de acordo com as definições, o “órgão gerenciador”, tanto quanto o “órgão participante” são, necessariamente, órgãos ou entidades “da administração pública federal”, enquanto que os “órgãos não participantes” podem, ou não, guardar vínculo com a administração à qual se vincula o “órgão gerenciador”.

Neste sentido, confirmam-se as definições estampadas nos incs, III, IV e V do art. 2º do Decreto Federal 7.892/2013, complementada, a do inciso V, pelos textos dos parágrafos 8º e 9º do art. 22:

Art. 2º Para os efeitos deste Decreto são adotadas as seguintes definições:

[..]

III – órgão gerenciador – órgão ou entidade da administração pública federal responsável pela condução do conjunto de procedimentos para registro de preços e gerenciamento da ata de registro de preços dele decorrente;

IV – órgão participante – órgão ou entidade da administração pública federal que participa dos procedimentos iniciais do

Sistema de Registro de Preços e integra a ata de registro de preços; e

V – órgão não participante – órgão ou entidade da administração pública que, não tendo participado dos procedimentos iniciais da licitação, atendidos os requisitos desta norma, faz adesão à ata de registro de preços.

Art. 22 – [...]

[..]

§ 8º É vedada aos órgãos e entidades da administração pública federal a adesão à ata de registro de preços gerenciada por órgão ou entidade municipal, distrital ou estadual.

§ 9º É facultada aos órgãos ou entidades municipais, distritais ou estaduais a adesão a ata de registro de preços da Administração Pública Federal.

5. A utilização das atas por não participantes

A participação nas Atas por adesão *a posteriori*, além de facultativa, é disciplinada pelo art. 22, que estabelece algumas restrições, em destaque:

- Consulta prévia ao “órgão gerenciador” (art. 22, § 1º);
- Justificativa da vantagem (art. 22, *caput*);
- Anuência do “órgão gerenciador” (art. 22, *caput*);
- Aceitação pelo fornecedor (art. 22, § 2º);
- Limitação de quantitativos (art. 22, parágrafos 3º e 4º);
- Prazo para efetivar a aquisição (art. 22, § 6º).

A adesão às Atas pelos não participantes, a popularmente denominada “carona”, sempre foi verberada pela doutrina e, especialmente, pelos Tribunais de Contas da União e dos Estados, seja por (i) configurar meio de “violar o dever de realizar licitação, disposto no inc. XXI do art. 37 da Constituição

Federal e no art. 2º da Lei 8.666/93”;⁶ seja pela (ii) inexistência de norma legal autorizativa ou, ainda, (iii) por impedir o exercício da atividade fiscalizatória, por força da limitação de competência jurisdicional.

6. As hipóteses de admissibilidade da adesão pelos órgãos ou entidades não participantes

No enfrentamento dos questionamentos colocados, há de se contrapor o princípio constitucional da legalidade,⁷ em face do princípio constitucional da economicidade,⁸ que se traduz na exigência de “justificada vantagem”, albergada na norma, para autorizar a adesão, ou seja, o órgão ou a entidade não participante deve fazer prova efetiva da vantagem, para obter a “anuência do órgão gerenciador”.

Portanto, desde que efetivamente comprovada a vantajosidade, não se vislumbra qualquer impedimento para a adesão, *a posteriori*, de “órgãos ou entidades não participantes”, seja do governo federal, sejam estaduais, distritais ou municipais, nas Atas de Registro de Preços decorrentes de certames promovidos por “órgão gerenciador” pertencente à administração federal.

A inexistência de norma autorizativa pode ser suprida pelo princípio constitucional da eficiência,⁹ introduzido no ordenamento constitucional em

6 Tribunal de Contas do Estado de São Paulo – Primeira Câmara – Sessão de 14/5/2013 – Itens 49 a 54 – TC 001564/0003/11 e outros.

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

8 Constituição Federal – “Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder”.

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

1998, por meio da Emenda Constitucional 19,¹⁰ que trata da modernização da administração pública *lato sensu*, mas, até hoje, não satisfatoriamente disciplinada pela legislação infraconstitucional, apesar dos avanços pontuais, através das leis disciplinando o pregão¹¹ e, mais recentemente, o regime diferenciado de contratações.¹²

Resta o questionamento quanto à fiscalização pelos Tribunais de Contas dos Estados e dos Municípios, dos procedimentos que antecedem a formalização da Ata de Registro de Preços.

No entanto, há de se observar que tal fiscalização é suprida, com inegável e comprovada eficiência, pelo Tribunal de Contas da União, no exercício de sua competência constitucional.

7. Os convênios, os consórcios públicos e as regiões metropolitanas, os aglomerados urbanos e as microrregiões

Os convênios envolvendo diferentes Entes federativos são instrumentos que, via de regra, disciplinam repasses de recursos financeiros da União para Estados, Distrito Federal e Municípios ou, ainda, repasses dos governos estaduais para os respectivos Municípios.

Tais convênios abrigam cláusula compulsória de adesão a Atas de Registro de Preços, organizadas pelo órgão ou entidade federal ou estadual conessor dos recursos.

Portanto, e nesta situação fática, a compulsoriedade se opõe à faculdade de que fala o § 9º do art. 22 do Decreto.

10 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm>.

11 Lei 10.520, de 17 de julho de 2002.

12 Lei 12.462, de 4 de agosto de 2011.

Assim sendo, somente resta ao órgão recebedor formalizar contrato com o fornecedor e titular da Ata, com fundamento no art. 25, *caput*, da Lei 8.666/1993, já que inviável a competição.¹³

Em relação aos consórcios públicos, a legislação de regência¹⁴ introduziu os parágrafos 1º e 2º ao art. 112 da Lei 8.666/1993, com a seguinte redação:

Art. 112 [...]

§ 1º Os consórcios públicos poderão realizar licitação da qual, nos termos do edital, decorram contratos administrativos celebrados por órgãos ou entidades dos entes da Federação consorciados.

§ 2º É facultado à entidade interessada o acompanhamento da licitação e da execução do contrato.

Como se lê, desde 2005, encontram-se presentes no ordenamento jurídico das licitações e dos contratos as figuras do “órgão gerenciador”: os consórcios públicos (art. 112, § 1º); do “órgão participante” (art. 112, § 2º) e, também, do “órgão não participante” (art. 112, § 1º), certo que, e a toda evidência, considerada a amplitude da norma autorizativa, consagrada na expressão “realizar licitação”, a permissão nela contida abrange as licitações do Sistema de Registro de Preços.

Pelas mesmas razões, aplicam-se as regras dos consórcios públicos às licitações promovidas pelas regiões metropolitanas, aglomerados urbanos e microrregiões, mesmo porque, tanto os consórcios, quanto estes organismos têm matriz constitucional, sendo oportuno conferir, neste passo, os arts. 25, § 3º e 241 da Carta de 1988:

13 Lei 8.666/93 – “Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição”.

14 Lei 11.107, de 6 de abril de 2005.

Art. 25. [...]

[..]

§ 3º Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.

Artigo 241 – A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

8. Conclusão

A matéria é controvertida, polêmica e já foi amplamente discutida, no âmbito da doutrina e dos Tribunais de Contas da União, dos Estados e dos Municípios.¹⁵

O presente trabalho, sem pretender esgotar o tema, aborda alguns pontos controvertidos e, com certas reservas, admite a aplicabilidade da figura da adesão de “órgão ou entidade não participante”, vinculado a Ente federativo diverso daquele que promoveu o certame, desde que efetivamente comprovada a economicidade que, a toda evidência, decorre da economia de escala, principalmente quando o objeto é o fornecimento de bens.

Por outro lado, resta claro que alguns aspectos abordados neste artigo são incontestes, em destaque:

- a) a figura do “órgão participante” nos procedimentos iniciais da licitação e sua integração na Ata quando a licitação é feita por “órgão ou entidade gerenciador” da mesma administração pública;

15 v. Referência.

- b) o “órgão participante” ou mesmo “não participante”, em licitações promovidas por consórcio público ou região metropolitana, aglomerado urbano ou microrregião, a que pertence; e
- c) a adesão compulsória, decorrente de cláusula expressa hospedada em instrumento de convênio firmado entre órgãos de diferentes Entes federativos.

De qualquer forma, não convém fixar limites rígidos de interpretação das regras postas no Decreto Federal 7.892/2013, sendo preferível analisar caso a caso, sem perder de vista os princípios constitucionais da legalidade, da economicidade e da eficiência.

Referência

BRASIL, Constituição da República Federativa. *Coletânea de Legislação Administrativa*, 13ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Emenda Constitucional nº 19. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

_____. Lei 8.666/1993. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

_____. Lei 10.520, de 17 de julho de 2002. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

_____. Lei 12.462, de 4 de agosto de 2011. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

_____. Decreto 7.892, de 13 de janeiro de 2013. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

COSTA, Renato Martins. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo – PLENO – SESSÃO DE 18/11/2009 – ITEM 03. TCA-008073/026/09. *Estudos relativos à aplicabilidade de Decreto estadual nº 51.809/07, em vista da faculdade de aproveitamento de ata de registro de preços por outro órgão público, bem como da possibilidade de se prorrogar por mais de 1 (um) ano o prazo de validade da ata.*

_____. Primeira Câmara – SESSÃO DE 14/05/2013 – ITEM 49 A 54. TC – 1564/003/11 e outros. Decisão de Irregularidade. D.O.E de 30/05/2013.

SARQUIS, Alexandre Manir Figueiredo; RAMOS, Rosemeire da Silva Cardoso. *Controvérsias do Sistema de Registro de Preço*. São Paulo, novembro de 2011.

RÊGO, Luciana Marback de Moraes. *O “Carona” no Sistema de Registro de Preços*.

LICITAÇÕES SUSTENTÁVEIS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Marion Luiza Heinrich¹

RESUMO: O dever constitucional de preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações impõe à administração pública uma nova forma de gestão. O presente artigo traz a licitação sustentável como uma importante ferramenta a ser utilizada pelos Entes da Federação no desenvolvimento da política ambiental, bem como os instrumentos legais que conferem legitimidade a ela. Também apresenta aspectos a serem considerados na aquisição de bens e contratações de serviços e trata da aplicabilidade da lei, do poder normativo e regulamentar em matéria de licitações.

Palavras-chave: Licitação sustentável. Meio ambiente. Administração pública.

1 Advogada, especialista em Direito Público e consultora da Confederação Nacional de Municípios (CNM).

1. Introdução

Para atender às demandas da sociedade e buscar o desenvolvimento dos Entes federados, a administração pública precisa realizar compras de bens e contratar obras e serviços. Porém, somente poderá fazê-lo atendendo ao princípio da legalidade, em especial o disposto no art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal de 1988.

Ao mesmo tempo, é dever da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas.

Nesse contexto, será abordada a questão da licitação sustentável na administração pública e sua base legal, já que se trata de uma das formas de harmonizar os interesses públicos, no que se refere a aspectos econômicos e à proteção do meio ambiente.

2. Instrumentos legais

O art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal de 1988 impõe à administração pública direta e indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, o atendimento aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da oralidade, da publicidade e da eficiência, bem como, ressalvados os casos previstos em lei, a contratação de obras, serviços, compras e alienações mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes.

A Lei 8.666, de 1993, veio para regulamentar o art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal, subordinando todos os Entes federados às normas gerais de contrato e licitação. O art. 12, inc. VII, da mesma lei já previa a consideração do impacto ambiental nos projetos básicos e projetos executivos de obras e serviços.

Antes de citar as leis ordinárias que trouxeram grandes avanços na questão de compras e licitações sustentáveis, vale lembrar que a Constituição Federal de 1988 já trazia esta possibilidade quando tratou do meio ambiente e dos princípios gerais da atividade econômica. O art. 170, inc. VI, coloca a defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme impacto ambiental dos produtos e dos serviços e de seus processos de elaboração e prestação, como um dos princípios da atividade econômica. Já o art. 225, § 1º, incs. V e VI, prevê, respectivamente, a exigência de estudo prévio de impacto ambiental para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente e incumbe ao poder público controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente.

A Constituição Federal não utiliza a expressão desenvolvimento sustentável, mas a inserção do dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e as futuras gerações representa a essência do princípio da sustentabilidade. Trata-se de um princípio implícito.²

A Lei 6.938/1981, que trata da Política Nacional do Meio Ambiente, também já previa a compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico.

Porém, foi com a edição das Leis 12.187/2009, 12.305/2010 e 12.349/2010 que as compras e as licitações sustentáveis ganharam maior legitimidade.

A Lei 12.187, de 2009, que institui a Política Nacional sobre a Mudança do Clima, trouxe como um de seus instrumentos o estabelecimento de critérios de preferência nas licitações e nas concorrências públicas, compreendidas aí as parcerias público-privadas e a autorização, a permissão, a outorga e a concessão para exploração de serviços públicos e recursos naturais, para

2 SILVA, Maria Beatriz Oliveira. *Tese de Doutorado em Direito*, Université de Limoges, Faculté de Droit et des Seines Économiques, 2008.

as propostas que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais e redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos.

No ano seguinte, foi publicada a Lei 12.305/2010, que trata da Política Nacional de Resíduos Sólidos e deu prioridade nas aquisições e nas contratações governamentais para produtos reciclados e recicláveis e bens, serviços e obras que considerem critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis.

Apenas em dezembro de 2010, por meio da Lei 12.349, que a questão da sustentabilidade foi incorporada à lei de licitações, Lei 8.666/1993, mediante nova redação conferida ao art. 3º.

Também não podemos deixar de citar aqui outro marco legal para a licitação sustentável, apesar de sua natureza de ato administrativo normativo. Trata-se da publicação da Instrução Normativa 1, de 19 de janeiro de 2010, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão da União, que dispõe sobre os critérios de sustentabilidade ambiental na aquisição de bens, contratação de serviços ou obras pela administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

E, por fim, em 2012, foi publicado o Decreto 7.746, que regulamentou o art. 3º da Lei 8.666/1993.

3. Licitação sustentável

A liberdade concedida aos indivíduos para a contratação de serviços e realização de compras não se aplica à administração pública, pois esta deverá atender ao princípio da legalidade, podendo fazer somente o que a lei expressamente autorizar ou determinar.

O art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal, conforme já referido acima, exige para a contratação de obras, serviços, compras e alienações um processo de licitação pública, que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes.

Licitação é um certame que as entidades governamentais devem promover e por meio do qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e as aptidões necessárias ao bom cumprimento das obrigações que se propõem a assumir.³

Já a sustentabilidade nasceu da necessidade de usarmos de forma racional os recursos naturais. Segundo o Relatório Brundtland, elaborado pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento em 1987, desenvolvimento sustentável é “o desenvolvimento que satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades”.

Durante muito tempo, os aspectos ambientais foram desatendidos nos processos de decisões, dando-se um peso muito maior aos aspectos econômicos. A harmonização dos interesses em jogo não pode ser feita ao preço da desvalorização do meio ambiente ou da desconsideração de fatores que possibilitam o equilíbrio ambiental.⁴

Assim, os critérios de sustentabilidade foram sendo inseridos em diversos contextos, em busca de que possa existir de forma efetiva tal equilíbrio.

A Lei 12.349/2010 incluiu a questão da sustentabilidade nas licitações, alterando a redação do art. 3º da Lei 8.666/1993, conforme transcrito abaixo:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a **promoção do desenvolvimento nacional sustentável** e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade,

3 MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª edição. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 532.

4 MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 74.

de, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos (Grifo nosso).

Portanto, licitação sustentável é aquela que busca observar o princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Salienta-se que nem sempre a proposta mais vantajosa será a de menor preço, até porque nos processos de aquisição de bens e contratações de serviços devem ser também observados outros aspectos, como, por exemplo, maior vida útil do produto e menor custo de manutenção do bem e da obra.

O advento desta alteração tornou-se um marco legal para as compras e as licitações sustentáveis no País, obrigando todos os Entes da Federação.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello,⁵ a licitação visa alcançar um triplo objetivo: proporcionar às entidades governamentais possibilidades de realizar o negócio mais vantajoso, assegurar aos administrados ensejo de disputarem a participação nos negócios que as pessoas governamentais pretendam realizar com os particulares e concorrer para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

O princípio da licitação sustentável liga-se à ideia de que é possível, por meio de procedimentos licitatórios, incentivar a preservação do meio ambiente. Ele autoriza a previsão, nos instrumentos convocatórios, de exigências que podem ser vistas como discriminatórias, mas que se harmonizam sim com o princípio da isonomia e da razoabilidade, sendo, também, fundado em preceitos constitucionais.⁶

O Decreto 7.746/2012 veio para regulamentar o art. 3º da Lei 8.666/1993, estabelecendo critérios, práticas e diretrizes para a promoção do

5 MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 534.

6 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 386.

desenvolvimento nacional sustentável nas contratações realizadas pela administração pública federal. Critérios e práticas de sustentabilidade que deverão estar objetivamente definidas no instrumento convocatório, justificadas nos autos e preservar o caráter competitivo do certame.

Ressaltam-se as diretrizes de sustentabilidade elencadas no art. 4º do Decreto 7.746/2012:

- I. menor impacto sobre recursos naturais como flora, fauna, ar, solo e água;
- II. preferência para materiais, tecnologias e matérias-primas de origem local;
- III. maior eficiência na utilização de recursos naturais como água e energia;
- IV. maior geração de empregos, preferencialmente com mão de obra local;
- V. maior vida útil e menor custo de manutenção do bem e da obra;
- VI. uso de inovações que reduzam a pressão sobre recursos naturais; e
- VII. origem ambientalmente regular dos recursos naturais utilizados nos bens, serviços e obras.

Ainda no contexto do Decreto, a administração pública federal direta, autárquica e fundacional e as empresas estatais dependentes poderão exigir no instrumento convocatório para a aquisição de bens que estes sejam constituídos por material reciclado, atóxico ou biodegradável, entre outros critérios de sustentabilidade. Também poderá estar previsto no mesmo instrumento que o contratado adote práticas de sustentabilidade na execução dos serviços contratados e critérios de sustentabilidade no fornecimento dos bens.

É do conhecimento de todos que, para atender às demandas sociais e buscar o desenvolvimento do País, é preciso que haja a compra de bens e a contratação de obras serviços.

O governo brasileiro gasta atualmente mais de 600 milhões de reais com a aquisição de bens e contratações de serviços. Dessa forma, incluir

os critérios de sustentabilidade nas licitações e nas compras do setor público para a aquisição de produtos e serviços, além de fomentar o mercado de bens e serviços sustentáveis, implicará a geração de benefícios socioambientais e a redução de impactos ambientais.⁷

Também deve ser considerado o poder de influência do governo no mercado, por meio das licitações de bens, dos serviços e das obras. As compras do setor público – nos âmbitos federal, estadual e municipal – movimentam cerca de 15% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional.⁸

As compras e as licitações sustentáveis, quando adequadamente realizadas, promovem a sustentabilidade nas atividades públicas. No entanto, é fundamental que os compradores públicos saibam delimitar corretamente as necessidades da sua instituição e conheçam a legislação aplicável e as características dos bens e dos serviços que poderão ser adquiridos. Devem ser considerados no processo de aquisição de bens e contratações de serviços, dentre outros aspectos:⁹

- a) **Custos ao longo de todo o ciclo de vida:** é essencial ter em conta os custos de um produto ou serviço ao longo de toda a sua vida útil – preço de compra, custos de utilização e manutenção, custos de eliminação.
- b) **Eficiência:** as compras e as licitações sustentáveis permitem satisfazer às necessidades da administração pública mediante a utilização mais eficiente dos recursos e com menor impacto socioambiental.
- c) **Compras compartilhadas:** por meio da criação de centrais de compras, é possível utilizar produtos inovadores e ambientalmente adequados sem aumentar os gastos públicos.

7 MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE – MMA. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/a3p/eixos-tematicos/item/526>>. Acesso em: 8 maio de 2013.

8 TOSINI, Maria de Fátima Cavalcanti. Compras no Setor Público: critérios visando ao desenvolvimento sustentável. *Boletim Responsabilidade Social e Ambiental do Sistema Financeiro*. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/pre/boletimrsa/BOLRSA200809.pdf>>. Acesso em: 5 jun. de 2013.

9 MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE (MMA). Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/a3p/eixos-tematicos/item/526>>. Acesso em: 8 maio de 2013.

- d) **Redução de impactos ambientais e problemas de saúde:** grande parte dos problemas ambientais e de saúde em nível local é influenciada pela qualidade dos produtos consumidos e dos serviços que são prestados.
- e) **Desenvolvimento e Inovação:** o consumo de produtos mais sustentáveis pelo poder público pode estimular os mercados e os fornecedores a desenvolverem abordagens inovadoras e a aumentarem a competitividade da indústria nacional e local.

Importante citarmos, aqui, a Instrução Normativa 1/2010, que traz especificações para a aquisição de bens, contratação de serviços e obras por parte dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, que deverão conter critérios de sustentabilidade ambiental, considerando os processos de extração ou fabricação, utilização e descarte dos produtos e das matérias-primas. Quanto ao atendimento de seu conteúdo, fica claro que o instrumento convocatório deverá formular exigências de natureza ambiental de forma a não frustrar a competitividade, evidenciando a compatibilização com o princípio da isonomia. Da mesma forma, está expresso que nas licitações que utilizem como critério de julgamento o tipo melhor técnica ou técnica e preço deverão ser estabelecidos no edital critérios objetivos de sustentabilidade ambiental para a avaliação e a classificação das propostas.

Por fim, oportuno transcrevermos três formas práticas para a implementação concreta da licitação sustentável:¹⁰

1 – Inserção de critérios socioambientais na especificação técnica do objeto: na etapa prévia de planejamento da licitação, devem ser determinadas as especificações técnicas do objeto de forma precisa, permitindo aos licitantes o completo conhecimento das prestações envolvidas na execução contratual, porém desviando-se da exigência de quaisquer elementos que pos-

10 TERRA, Luciana Maria Junqueira; CSIPAI, Luciana Pires; UCHIDA, Mara Tieko. Formas Práticas de Implementação das Licitações Sustentáveis: Três Passos para a Inserção de Critérios Socioambientais nas Contratações Públicas. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (Coord.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. 1ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 155-156.

sam representar direcionamento subjetivo da licitação. Quando da definição das características técnicas do objeto, a administração deve adotar um nível de detalhamento compatível com o atendimento de suas necessidades, inserindo os critérios ambientais pertinentes, aos quais as propostas de todos os licitantes deverão necessariamente atender, sob pena de desclassificação. É imprescindível que a escolha e a especificação do objeto da licitação com base em elementos de sustentabilidade ambiental possuam fundamento objetivo – técnico ou legal – que afaste qualquer alegação de direcionamento do certame ou de restrição injustificada à ampla competitividade e à isonomia entre os participantes.

2 – Inserção de critérios socioambientais nos requisitos de habilitação: deve ser demandado o cumprimento apenas dos requisitos de habilitação necessários para assegurar que o licitante disponha de capacidade efetiva e adequada, sob o ângulo dos parâmetros da proteção ao meio ambiente, para a plena execução contratual. Também é imprescindível a formalização da respectiva justificativa de cunho técnico, a demonstrar a pertinência e a relevância da exigência de habilitação embasada em parâmetros de qualidade ambiental. Normalmente, são três as exigências de habilitação da Lei 8.666/1993 que costumam abarcar critérios ambientais – habilitação jurídica (art. 28, inc. V) e qualificação técnica (art. 30, incs. II e IV).

3 – Inserção de critérios socioambientais nas obrigações impostas à contratada: a administração deve fixar padrões de conduta para o contratado, a fim de certificar-se de que seu desempenho durante toda a fase de execução contratual atenderá aos critérios razoáveis de sustentabilidade ambiental. É possível estabelecer, para o contratado, deveres não apenas inerentes à sua própria atividade comercial ou industrial, mas também relacionados à de seus fornecedores, pois interessa diretamente à administração garantir o respeito aos critérios socioambientais em todas as etapas da execução contratual, diretas ou indiretas. A eficiência de tais previsões depende de rigorosa e constante fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais, sobretudo daquelas relacionadas às exigências ambientais.

4. Aplicabilidade da Lei

Compete à União, nos termos do art. 22, inc. XXVII, da CF/1988, legislar privativamente sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, obedecendo o disposto no art. 37, inc. XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, inc. III. O parágrafo único do mesmo artigo dispõe que Lei Complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas.

A competência conferida aos Estados para a complementação de normas gerais da União não exclui a competência do Município. Por força do art. 30, inc. II, da Constituição Federal, compete aos Municípios suplementar a legislação federal e estadual no que couber, porém não poderá contrariar o disposto pela União e pelos Estados.

Portanto, a nossa lei maior outorga à União a competência para editar normas gerais sobre licitação (art. 22, inc. XXVII) e permite que Estados e Municípios legislem para complementar as normas gerais e adaptá-las às suas realidades.

Cabe ressaltar que o Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que as normas locais sobre licitação devem observar o art. 37, inc. XXI, da Constituição, assegurando “a igualdade de condições de todos os concorrentes”.¹¹

Quanto ao dispositivo regulamentado (art. 3º da Lei 8.666/1993), este tem natureza de norma geral, sendo por essa razão aplicável em âmbito nacional. Em consequência, o decreto regulamentar (Decreto 7.746/2012) tem o mesmo alcance. Apenas no que diz respeito à instituição da Comissão Inter-

11 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3.670, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 18/5/2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/>>. Acesso em: 5 jun. de 2013.

ministerial de Sustentabilidade na Administração Pública (Cisap) e à definição de sua composição e competência, pode-se dizer que o decreto produz somente efeito na esfera federal.¹²

Entretanto, destaca-se a importância de o Município ou o Estado regulamentar os critérios de sustentabilidade para que haja a efetiva aplicação das leis.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, legitimando o exercício do poder normativo, decidiu em Apelação Civil¹³ que o Poder Executivo poderá exigir licenciamento ambiental para habilitação de empresa em licitação para aquisição de bens móveis, se não vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA. DECISÃO DE INABILITAÇÃO EM PREGÃO. EXIGÊNCIA DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL. DECRETO Nº 44.122/05. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. **No exercício de sua competência regulamentar, o Poder Executivo poderá exigir a apresentação de licenciamento ambiental para habilitação de empresa em licitação para aquisição de bens móveis, já que se afigura exigência de qualificação técnica que não implica discriminação injustificada entre os concorrentes, assegura a igualdade de condições entre eles e retrata o cumprimento do dever constitucional de preservação do meio ambiente. A Administração Pública, além de observar a igualdade de condições a todos os concorrentes, também atenderá aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo (art. 3º, Lei nº 8.666/93).** A aplicação da pena por litigância de má-fé deve ser dada apenas nos casos de indubitosa prática de dolo processual. Recursos conhecidos, mas não providos (Grifo nosso).

12 DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26ª edição. São Paulo: Atlas, 2013, p. 386.

13 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Apelação Cível 1.0024.06.935535-2/003. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal/>>. Acesso em: 4 jun. de 2013.

Como não foram trazidas regras legais explícitas de operacionalização desses critérios preferenciais de sustentabilidade nas contratações efetuadas pelo poder público, viabiliza-se a utilização do poder normativo da administração pública para a regulamentação das licitações sustentáveis.

O poder regulamentar deverá ser utilizado como forma de consagração dos valores e das regras estampadas na Constituição Federal e como forma de dar cumprimento aos comandos das leis 12.187/2009, 12.305/2010, 12.349/2010 (no que se refere às alterações promovidas na Lei 8.666/1993), possibilitando, dentro dos limites da reserva legal, a inserção de critérios de preferência para contratação de bens, obras e serviços coerentes com critérios de sustentabilidade socioambiental.¹⁴

Salienta-se que tanto o poder normativo quanto o poder regulamentar são aptos a servir como instrumentos da administração pública em matéria de licitações e contratações.

4. Conclusão

Diante de todo o exposto, cumpre ressaltar a importância da aplicação dos requisitos sustentáveis nas licitações, de forma a ampliar e tornar efetiva a participação da administração pública nas políticas públicas ligadas à área ambiental.

Partindo de exigência vindas do poder público, poderá ser criada uma cadeia de sustentabilidade, na medida em que os demais setores e até mesmo os indivíduos se tornem obrigados ao atendimento de critérios ambientais na produção, na comercialização e nas aquisições de bens e contratações de serviços.

14 SANTOS, Murillo Giordan. Poder Normativo nas Licitações Sustentáveis. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (Coord.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 155-156.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE – MMA. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/responsabilidadesocioambiental/a3p/eixostematicos/526>>. Acesso em: 8 maio de 2013.

SILVA, Maria Beatriz Oliveira. *Tese de Doutorado em Direito*, Université de Limoges, Faculté de Droit et des Sciences Économiques, 2008.

SANTOS, Murillo Giordan. Poder Normativo nas Licitações Sustentáveis.

SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (Coord.). In: *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3.670, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/>>. Acesso em: 5 jun. de 2013.

TERRA, Luciana Maria Junqueira; CSIPAI, Luciana Pires; UCHIDA, Mara Tieko. Formas Práticas de Implementação das Licitações Sustentáveis: *Três Passos para a Inserção de Critérios Socioambientais nas Contratações Públicas*. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (Coord.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. 1. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

TOSINI, Maria de Fátima Cavalcanti. Compras no Setor Público: critérios visando ao desenvolvimento sustentável. *Boletim Responsabilidade Social e Ambiental do Sistema Financeiro*. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/pre/boletimrsa/BOLRSA200809.pdf>>. Acesso em: 5 jun. de 2013.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Apelação Cível 1.0024.06.935535-2/003. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal/>>. Acesso em: 4 jun. de 2013.

O NOVO DECRETO FEDERAL SOBRE O SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS

Kalene Morais Antunes¹

RESUMO: Em fevereiro do corrente ano, entraram em vigor as novas regras para o sistema de registro de preços, procedimento especial para as contratações pelos órgão/entidades públicos federais. O Decreto 7.892, publicado no DOU, em 23 de janeiro de 2013, regulamentou as condições e, taxativamente, estabeleceu os limites quantitativos para a adesão à ata de registro de preços pelos demais órgãos/entidades não participantes do processo licitatório. Ao mesmo tempo em que tornou a Intenção de Registro de Preços (IRP) etapa obrigatória para a fase preparatória da contratação. Essas novas regras são trazidas à análise pontual para compreensão de todos os interessados no assunto.

Palavras-chave: Sistema de Registro de Preços. Ata de registro de preços. Intenção de Registro de Preços. Contratação. Licitação.

¹ Advogada especialista; mestranda em Direito Público; professora de Direito Administrativo; escritora; consultora e palestrante. Sócia-fundadora da Morais Advocacia. Especialista em Direito Público.

1. Introdução

O Sistema de Registro de Preços (SRP) é um procedimento especial realizado pela administração pública, por meio da modalidade concorrência, do tipo menor preço, ou pela modalidade pregão, visando à geração de uma Ata de Registro de Preços (ARP), que registrará os licitantes vencedores, os quantitativos e os respectivos preços, para futuras contratações de serviço ou aquisição de bens, advinda do compromisso assumido pelo licitante vencedor pelo fornecimento, nos termos e nas condições estabelecidas no instrumento convocatório.

É um meio diferenciado de contratação que tem sido bastante adotado pela administração pública, visto que proporciona redução significativa do número de licitações e acarreta, assim, economia tanto em termos de custos (financeiro) quanto de processos e pessoal; além de coibir a possibilidade de fracionamento de despesas.

Está previsto no art. 15, inc. II, §§ 1º ao 6º, da Lei 8.666/1993, de 21 de junho de 1993, e no art. 11 da Lei 10.520, de 17 de julho de 2002. No âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, fundos especiais, empresas públicas, sociedade de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente pela União, é regulamentado pelo Decreto 7.892, publicado no DOU, em 23 de janeiro de 2013.

O SRP é fruto de uma calorosa alteração entre o Tribunal de Contas da União e o Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão (MPOG) à respeito da adesão ilimitada à ARP pelo órgão não participante do processo licitatório, sutilmente conhecido como “carona”.

Em seus julgados (Acórdão 1.487/07²), o TCU iniciou interpelação no sentido de que a ata de registro de preços se tornasse fonte infinita de contratações para o licitante vencedor, que na avaliação seria fator incompatí-

2 Plenário, rel. min. Valmir Campelo, DOU de 3 de agosto de 2007.

vel com os princípios da competitividade e isonomia; reforçou a incidência de exploração comercial das atas por empresas privadas que poderia propiciar a corrupção e a fraude ao processo licitatório, principalmente nas licitações de grande vulto. Assim, a orientação ao Mpog foi no sentido de reavaliação das regras existentes, quer seja do Decreto 3.931/2001.

Já em 2012, o TCU, por meio do Pleno, exarou dois outros Acórdãos, o 1.233/2012, de 23 de maio de 2012, e o 2.311/2012, de 29 de agosto de 2012, com determinações pontuais sobre os limites do “carona”, no qual fixou para o Mpog, até 31 de dezembro de 2012, o prazo “a partir do qual passam a operar os efeitos dos itens 9.3.2.1.4 e 9.3.2.1.5 do Acórdão nº 2.311/12-Plenário”, conforme constou do item 9.5 do Acórdão 2.692/2012 – Plenário, o que fora respondido pelo governo federal com a expedição do Decreto 7.892, de 23 de janeiro de 2013.

Assim, pela relevância do assunto, propomos neste trabalho análise objetiva do Decreto Federal, com o fim de atualizar a matéria aos interessados no assunto, em especial os operadores municipais, quando da aplicabilidade do Decreto 5.504, de 5 de agosto de 2005, e do uso do portal de compras – Comprasnet, sistema que estará adaptado ao novo decreto.

É cediço que compete à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação (art. 22, inc. XXVII, CF), o que se deu com a Lei 8.666/1993, que, em seu art. 15, criou o sistema de registro de preços. Resta aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a regulamentação complementar a este tema, o que não poderá contrariar à regra geral. O que torna saudável a leitura do decreto federal, que de certa forma torna-se o balizador, é a referência entre as leis estaduais, distritais e municipais.

Como metodologia e buscando facilitar a compreensão dos vinte e nove artigos do referido decreto, dividimos as observações pelos dez capítulos abordados nele, relacionando os acréscimos, as alterações e as exclusões constantes do novo Decreto 7.892/2013 em face do Decreto 3.931/2001.

2. A nova regulamentação do SRP

A maior novidade trazida pelo Decreto 7.892/2013 resumiu-se na limitação à adesão à ata de registro de preços e na oficialização da Intenção de Registro de Preços (IRP).

Os conceitos e os atos procedimentais, de forma geral, não foram alterados em sua essência, apenas tiveram ajustados o seu conteúdo, como a inclusão do “termo de referência” juntamente com o projeto básico e a alusão em alguns artigos à Lei 8.666/1993 e à Lei 10.520/2002.

Em suma:

CAPÍTULO 1

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º As contratações de serviços e a aquisição de bens, quando efetuadas pelo Sistema de Registro de Preços – SRP, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, fundos especiais, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente pela União, obedecerão ao disposto neste Decreto.

Art. 2º Para os efeitos deste Decreto, são adotadas as seguintes definições:

I – Sistema de Registro de Preços – conjunto de procedimentos para registro formal de preços relativos à prestação de serviços e aquisição de bens, para contratações futuras;

II – ata de registro de preços – documento vinculativo, obrigacional, com característica de compromisso para futura contratação, em que se registram os preços, fornecedores, órgãos participantes e condições a serem praticadas, conforme as disposições contidas no instrumento convocatório e propostas apresentadas;

III – órgão gerenciador – órgão ou entidade da administração pública federal responsável pela condução do conjunto de procedimentos para registro de preços e gerenciamento da ata de registro de preços dele decorrente;

IV – órgão participante – órgão ou entidade da administração

pública federal que participa dos procedimentos iniciais do Sistema de Registro de Preços e integra a ata de registro de preços; e

V – órgão não participante – órgão ou entidade da administração pública que, não tendo participado dos procedimentos iniciais da licitação, atendidos os requisitos desta norma, faz adesão à ata de registro de preços.

Art. 3º O Sistema de Registro de Preços poderá ser adotado nas seguintes hipóteses:

I – quando, pelas características do bem ou serviço, houver necessidade de contratações frequentes;

II – quando for conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços remunerados por unidade de medida ou em regime de tarefa;

III – quando for conveniente a aquisição de bens ou a contratação de serviços para atendimento a mais de um órgão ou entidade, ou a programas de governo; ou

IV – quando, pela natureza do objeto, não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração.

Manteve-se o art. 1º do Decreto 3.931/2001.

Acréscimo do inc. V. O Decreto 7.892/2013 traz a definição do órgão não participante seguindo o entendimento do art. 8º do Decreto 3.931/2001.

Alteração do *caput* do art. 2º. O SRP passa a ser adotado de forma facultativa e não preferencialmente, conforme previsto no Decreto 3.931/2001.

Acréscimo do inc. II. O Decreto 7.892/2013 delimita a contratação de serviços remunerados por unidade de medida ou em regime de tarefa em confronto com o Decreto 3.931/2001, que usava o conceito mais amplo “contratação de serviços necessários à Administração para o desempenho de suas atribuições”, que possibilitava a contratação de serviços por todos os regimes de execução.

Com essa vedação, poderão ser contratados apenas os serviços sobre regime de empreitada por preço unitário, que são aqueles por preço certo de

unidade determinada ou por tarefa, quando se ajusta mão de obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais, consoante às alíneas “b” e “d” do inc. VIII do art. 6º da Lei 8.666/1993.

Exclusão do parágrafo único do inc. IV, que previa a contratação de bens e serviços de informática.

Entendemos que a restrição à contratação de serviços por empreitada por preço global e integral, a exclusão da possibilidade de contratação de bens e serviços de informática e a alteração de sua aplicabilidade em facultativa e não mais preferencial são desincentivos à adoção do SRP.

CAPÍTULO II

DA INTENÇÃO PARA REGISTRO DE PREÇOS

Art. 4º Fica instituído o procedimento de Intenção de Registro de Preços – IRP, a ser operacionalizado por módulo do Sistema de Administração e Serviços Gerais – SIASG, que deverá ser utilizado pelos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais – SISG, para registro e divulgação dos itens a serem licitados e para a realização dos atos previstos nos incisos II e V do caput do art. 5º e dos atos previstos no inciso II e caput do art. 6º.

§ 1º A divulgação da intenção de registro de preços poderá ser dispensada nos casos de sua inviabilidade, de forma justificada.

§ 2º O Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão editará norma complementar para regulamentar o disposto neste artigo.

Acréscimo de todo o capítulo sem correspondência ao Decreto 3.931/2001. Ainda não foram expedidas as normas complementares ao disposto neste capítulo, principalmente para os demais órgãos ou entidades que não são integrantes do Sistema de Serviços Gerais (SISG), aqueles que não são obrigados a utilizar o portal Comprasnet para efetuar as suas contratações pela modalidade Pregão (§ 4º, art. 2º, Decreto 5.450, de 31 de maio de 2005).

Por outro lado, os órgãos/entidades que são conveniados para uso do Comprasnet, principalmente os estaduais e os municipais, deverão ficar atentos

à etapa de IRP, pois não poderão incluir os órgãos/entidades da administração pública federal em seus processos, visto o disposto no art. 22, § 8º, do Decreto 7.892/2013, que veda a participação destes em atas gerenciadas por órgãos/entidades de outras esferas de governo.

Entendemos que a publicação da IRP é salutar e produzirá os efeitos esperados quanto ao aumento do número de órgão participante no processo de licitação por SRP, até porque há ressalva do § 1º, que dispensa a sua divulgação nos casos de inviabilidade, desde que devidamente justificada.

CAPÍTULO III

DAS COMPETÊNCIAS DO ÓRGÃO GERENCIADOR

Art. 5º Caberá ao órgão gerenciador a prática de todos os atos de controle e administração do Sistema de Registro de Preços, e ainda o seguinte:

- I – registrar sua intenção de registro de preços no Portal de Compras do Governo federal;
- II – consolidar informações relativas à estimativa individual e total de consumo, promovendo a adequação dos respectivos termos de referência ou projetos básicos encaminhados para atender aos requisitos de padronização e racionalização;
- III – promover atos necessários à instrução processual para a realização do procedimento licitatório;
- IV – realizar pesquisa de mercado para identificação do valor estimado da licitação e consolidar os dados das pesquisas de mercado realizadas pelos órgãos e entidades participantes;
- V – confirmar junto aos órgãos participantes a sua concordância com o objeto a ser licitado, inclusive quanto aos quantitativos e termo de referência ou projeto básico;
- VI – realizar o procedimento licitatório;
- VII – gerenciar a ata de registro de preços;
- VIII – conduzir eventuais renegociações dos preços registrados;
- IX – aplicar, garantida a ampla defesa e o contraditório, as penalidades decorrentes de infrações no procedimento licitatório; e
- X – aplicar, garantida a ampla defesa e o contraditório, as penalidades decorrentes do descumprimento do pactuado na ata

de registro de preços ou do descumprimento das obrigações contratuais, em relação às suas próprias contratações.

§ 1º A ata de registro de preços, disponibilizada no Portal de Compras do Governo federal, poderá ser assinada por certificação digital.

§ 2º O órgão gerenciador poderá solicitar auxílio técnico aos órgãos participantes para execução das atividades previstas nos incisos III, IV e VI do caput.

Este capítulo corresponde ao § 2º, do art. 3º do antigo Decreto 3.931/2001.

Acréscimos estão nos inc. I, IX, X, § 1º e § 2º, do art. 5º, Decreto 7.892/2013, em suma:

- Inc. I: requer o registro do IRP no Portal de Compras do Governo Federal, dispositivo este que ainda depende de regulamentação por força do § 2º do art. 4º do Decreto 7.892/2013;
- Inc. IX e X: imputa a aplicação de sanção administrativa, prevista no Capítulo IV da Lei 8.666/1993 e no art. 7º da Lei 10.520/2002, garantido, em ambos os casos, o contraditório e ampla defesa.
- § 1º: prevê a assinatura da ata por certificação digital e sua disponibilização no Portal de Compras do governo federal. Entendemos ser este um ponto positivo se dispensar a impressão da Ata para juntada aos autos do processo licitatório.
- § 2º: prevê participação mais ativa do órgão participante, principalmente quanto ao seu auxílio técnico, o que deve contribuir com o sucesso da licitação.

Alterações nos incs. II, III, IV, V, VI, VII, VIII, da seguinte forma:

- Inc. II e V: incluíram o termo de referência juntamente ao projeto básico, sem alteração processual, já que o termo de referência é próprio da modalidade Pregão e correspondente ao projeto básico das modalidades da Lei 8.666/1993.

- Incs. II, VI, VII, VIII: simplificaram o texto, deixando-os na forma mais geral. Não há alteração significativa, até porque se tornaria repetitivo em face das inclusões constantes do Decreto 7.892/2013.
- Inc. IV: inclui a consolidação dos dados das pesquisas de mercados pelo órgão gerenciador, realizadas pelos órgãos e pelas entidades participantes. Assim, esclarece que a obrigação pela pesquisa de preço é do órgão/entidade participante, delegando a esta mais responsabilidade no sucesso da licitação.

Exclusão do inciso I, IX, do art. 3º do Decreto 3.931/2001, que determinava o convite aos órgãos para participarem do registro de preços e reunião prévia com licitantes. Tais dispositivos não se justificavam, haja vista que o Decreto 7.892/2013 prevê a IRP e a participação mais efetiva do órgão participante, desburocratizando o processo de contratação.

CAPÍTULO IV DAS COMPETÊNCIAS DO ÓRGÃO PARTICIPANTE

Art. 6º O órgão participante será responsável pela manifestação de interesse em participar do registro de preços, providenciando o encaminhamento ao órgão gerenciador de sua estimativa de consumo, local de entrega e, quando couber, cronograma de contratação e respectivas especificações ou termo de referência ou projeto básico, nos termos da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, adequado ao registro de preços do qual pretende fazer parte, devendo ainda:

I – garantir que os atos relativos a sua inclusão no registro de preços estejam formalizados e aprovados pela autoridade competente;

II – manifestar, junto ao órgão gerenciador, mediante a utilização da Intenção de Registro de Preços, sua concordância com o objeto a ser licitado, antes da realização do procedimento licitatório; e

III – tomar conhecimento da ata de registros de preços, inclusive de eventuais alterações, para o correto cumprimento de suas disposições.

Parágrafo único. Cabe ao órgão participante aplicar, garantida a ampla defesa e o contraditório, as penalidades decorrentes do descumprimento do pactuado na ata de registro de preços ou do descumprimento das obrigações contratuais, em relação às suas próprias contratações, informando as ocorrências ao órgão gerenciador.

Este capítulo corresponde ao § 3º, do art. 3º, do antigo Decreto 3.931/2001.

Acréscimos estão no *caput*, incs. I, II, III, e parágrafo único, do Decreto 7.892/2013, em suma:

- *Caput*: inclui o local de entrega e o termo de referência, fazendo menção às leis federais. Desnecessário, pois o local de entrega deve ser elemento do termo de referência, bem como o atendimento à legislação.
- Incs. I, II, III: ajustes quanto à aprovação da autoridade competente dos atos, da manifestação mediante IRP e o acompanhamento da ata pelo órgão participante com relação a eventuais alterações.
- Parágrafo único: esclarece que é competência do órgão participante a aplicação de sanção administrativa ao fornecedor em relação às suas próprias contratações, garantido o contraditório e a ampla defesa. Situação esta que deverá ser comunicada ao órgão gerenciador.
- O *caput* do § 4º e incs. I, II, IV, do antigo Decreto 3.931/2001, foram excluídos sem correspondência no Decreto 7.892/2013, por inclusão do IRP por maior contribuição do órgão participante no processo de contratação.

CAPÍTULO V

DA LICITAÇÃO PARA REGISTRO DE PREÇOS

Art. 7º A licitação para registro de preços será realizada na modalidade de concorrência, do tipo menor preço, nos termos da Lei nº 8.666, de 1993, ou na modalidade de pregão, nos termos da Lei nº 10.520, de 2002, e será precedida de ampla pesquisa de mercado.

§ 1º O julgamento por técnica e preço poderá ser excepcionalmente adotado, a critério do órgão gerenciador e mediante despacho fundamentado da autoridade máxima do órgão ou entidade.

§ 2º Na licitação para registro de preços não é necessário indicar a dotação orçamentária, que somente será exigida para a formalização do contrato ou outro instrumento hábil.

Art. 8º O órgão gerenciador poderá dividir a quantidade total do item em lotes, quando técnica e economicamente viável, para possibilitar maior competitividade, observada a quantidade mínima, o prazo e o local de entrega ou de prestação dos serviços.

§ 1º No caso de serviços, a divisão se dará em função da unidade de medida adotada para aferição dos produtos e resultados, e será observada a demanda específica de cada órgão ou entidade participante do certame.

§ 2º Na situação prevista no § 1º, deverá ser evitada a contratação, em um mesmo órgão ou entidade, de mais de uma empresa para a execução de um mesmo serviço, em uma mesma localidade, para assegurar a responsabilidade contratual e o princípio da padronização.

Art. 9º O edital de licitação para registro de preços observará o disposto nas Leis nº 8.666, de 1993, e nº 10.520, de 2002, e contemplará, no mínimo:

I – a especificação ou descrição do objeto, que explicitará o conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado para a caracterização do bem ou serviço, inclusive definindo as respectivas unidades de medida usualmente adotadas;

II – estimativa de quantidades a serem adquiridas pelo órgão

gerenciador e órgãos participantes;

III – estimativa de quantidades a serem adquiridas por órgãos não participantes, observado o disposto no § 4º do art. 22, no caso de o órgão gerenciador admitir adesões;

IV – quantidade mínima de unidades a ser cotada, por item, no caso de bens;

V – condições quanto ao local, prazo de entrega, forma de pagamento, e nos casos de serviços, quando cabível, frequência, periodicidade, características do pessoal, materiais e equipamentos a serem utilizados, procedimentos, cuidados, deveres, disciplina e controles a serem adotados;

VI – prazo de validade do registro de preço, observado o disposto no caput do art. 12;

VII – órgãos e entidades participantes do registro de preço;

VIII – modelos de planilhas de custo e minutas de contratos, quando cabível;

IX – penalidades por descumprimento das condições;

X – minuta da ata de registro de preços como anexo; e

XI – realização periódica de pesquisa de mercado para comprovação da vantajosidade.

§ 1º O edital poderá admitir, como critério de julgamento, o menor preço aferido pela oferta de desconto sobre tabela de preços praticados no mercado, desde que tecnicamente justificado.

§ 2º Quando o edital previr o fornecimento de bens ou prestação de serviços em locais diferentes, é facultada a exigência de apresentação de proposta diferenciada por região, de modo que aos preços sejam acrescidos custos variáveis por região.

§ 3º A estimativa a que se refere o inciso III do caput não será considerada para fins de qualificação técnica e qualificação econômico-financeira na habilitação do licitante.

Art. 10. Após o encerramento da etapa competitiva, os licitantes poderão reduzir seus preços ao valor da proposta do licitante mais bem classificado.

Parágrafo único. A apresentação de novas propostas na forma do caput não prejudicará o resultado do certame em relação ao licitante mais bem classificado.

As alterações introduzidas por este capítulo são correspondentes ao *caput* do art. 3º e seu § 1º; art. 4º; art. 5º e art. 9º e as exclusões referentes ao § 2º do art. 4º; inc. III e parágrafo único do art. 6º e inc. III, do art. 9º, todos do antigo Decreto 3.931/2001.

Das exclusões realizadas na legislação, a mais importante refere-se à impossibilidade de prorrogação da ARP, nos termos do art. 57, § 4º, da Lei 8.666/1993, quer seja por mais doze meses em caráter excepcional, bem como da desnecessidade de o edital contemplar o preço unitário máximo que a administração se dispõe a pagar.

No mais, os artigos e os incisos deste capítulo foram agrupados com as seguintes alterações:

- Art. 7º, *caput*, e § 1º: não trouxeram alterações procedimentais, apenas de semântica. O seu § 2º consolidou o entendimento doutrinário sobre a desnecessidade de indicar dotação orçamentária quando da instauração da licitação por SRP, em esclarecimento ao art. 11 do revogado decreto.
- Art. 8º alterou o art. 5º, *caput*, e parágrafo único do Decreto 3.931/2001 e esclareceu que cabe ao órgão gerenciador o poder discricionário de dividir a quantidade total do item em lotes, em busca de maior competitividade, prevendo, no caso de serviços, a divisão em função da unidade de medida adotada (§ 1º). No art. 8º, acrescentou-se o § 2º como alerta para a contratação em um mesmo órgão de mais de uma empresa para execução de um mesmo serviço, em uma mesma localidade. Parágrafo este sem lógica procedimental, haja vista que consoante ao inc. II, do art. 3º, estamos diante de um serviço simples, de empreitada por preço unitário ou por tarefa, o que não prejudicaria em nada a responsabilidade contratual ou o princípio da padronização. Afronta, ainda, o disposto no inc. I do art. 11 do próprio Decreto 7.892/2013.

- Art. 9º do *caput* incluiu a menção às Leis 8.666/1993 e 10.520/2002. Os incs. I, IV, V, VII, § 2º foram mantidos sem alteração ao Decreto 3.931/2001. Os incs. II, VI, VIII, IX, § 1º, foram alterados, da seguinte forma:
- Inc. II: indicou que a estimativa de quantidades do edital são referentes ao órgão gerenciador e aos órgãos participantes.
- Inc. VI: remete o prazo de validade do registro de preço para o art. 12.
- Inc. VIII, IX e § 1º: simplificou os dispositivos, não trazendo alteração substancial.

Incluiu-se o inc. III, X, XI, § 3º, e art. 10 e seu parágrafo único, em suma:

- Inc. III: exigiu que o edital indicasse a estimativa de quantidades a serem adquiridas por órgãos não participantes, no caso do edital permitir adesões;
- Inc. X e XI: determinou a inclusão da ata de registro de preços como anexo e a realização de pesquisa de mercado para comprovação da vantajosidade.
- § 3º: faz remissão ao inc. III do *caput* do art. 9º e estabelece que não será considerada a estimativa para fins de qualificação técnica e econômico-financeira na habilitação do licitante. Entendemos que este dispositivo ficou sem conexão com as demais regras além de bastante confuso. Não se sabe a real intenção do legislador!
- Art. 10: permite a redução dos preços ao valor da proposta do licitante mais em classificado após a etapa competitiva, sendo que pelo parágrafo único indica-se que a apresentação de novas propostas não prejudicará o resultado do certame em relação ao licitante mais bem classificado.

Entendemos que este acréscimo legal também não adere ao princípio da competitividade, principalmente em relação à modalidade pregão, pois nesta

todos os interessados têm oportunidade de ofertarem lances. Assim, permitir uma nova redução de preços dos licitantes após a etapa competitiva é retomar à fase de disputa de preço, o que poderá prejudicar a celeridade e a transparência do processo, além de trazer prejuízos ao licitante de proposta mais vantajosa. De certo que tal possibilidade esquivará os bons licitantes da administração pública, o que será uma grande perda, principalmente, porque é a competitividade o motivador da redução dos preços.

CAPÍTULO VI

DO REGISTRO DE PREÇOS E DA VALIDADE DA ATA

Art. 11. Após a homologação da licitação, o registro de preços observará, entre outras, as seguintes condições:

- I – será incluído, na respectiva ata, o registro dos licitantes que aceitarem cotar os bens ou serviços com preços iguais ao do licitante vencedor na sequência da classificação do certame;
- II – o preço registrado com indicação dos fornecedores será divulgado no Portal de Compras do Governo federal e ficará disponibilizado durante a vigência da ata de registro de preços; e
- III – a ordem de classificação dos licitantes registrados na ata deverá ser respeitada nas contratações.

§ 1º O registro a que se refere o caput tem por objetivo a formação de cadastro de reserva, no caso de exclusão do primeiro colocado da ata, nas hipóteses previstas nos arts. 20 e 21.

§ 2º Serão registrados na ata de registro de preços, nesta ordem:

- I – os preços e quantitativos do licitante mais bem classificado durante a etapa competitiva; e
- II – os preços e quantitativos dos licitantes que tiverem aceito cotar seus bens ou serviços em valor igual ao do licitante mais bem classificado.

§ 3º Se houver mais de um licitante na situação de que trata o inciso II do § 2º, serão classificados segundo a ordem da última proposta apresentada durante a fase competitiva.

Art. 12. O prazo de validade da ata de registro de preços não será superior a doze meses, incluídas eventuais prorrogações, conforme o inciso III do § 3º do art. 15 da Lei nº 8.666, de 1993.

§ 1º É vedado efetuar acréscimos nos quantitativos fixados pela

ata de registro de preços, inclusive o acréscimo de que trata o § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993.

§ 2º A vigência dos contratos decorrentes do Sistema de Registro de Preços será definida nos instrumentos convocatórios, observado o disposto no art. 57 da Lei nº 8.666, de 1993.

§ 3º Os contratos decorrentes do Sistema de Registro de Preços poderão ser alterados, observado o disposto no art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993.

§ 4º O contrato decorrente do Sistema de Registro de Preços deverá ser assinado no prazo de validade da ata de registro de preços.

As alterações introduzidas por este capítulo são correspondentes ao art. 6º, art. 4º e art. 12 do revogado Decreto 3.931/2001.

- Art. 11: foi incluído apenas para traçar interpretação lógica para seus incisos, da seguinte forma:
- Inc. I: esclareceu que deve ser observada a sequência da classificação do certame para o registro dos licitantes que aceitarem cotar os bens ou os serviços com os preços iguais ao vencedor.
- Inc. II: permitiu a divulgação dos preços e dos fornecedores no Portal de Compras do governo federal. Tal dispositivo afronta o § 3º do art. 15 da Lei 8.666/1993 no sentido que determina a publicação na imprensa oficial.
- Inc. III: apenas simplificação do texto, não havendo alteração importante.

Foram acrescentados o § 1º, 2º, com os incs. I, II e 3º, que esclarecem que o registro tem por objetivo a formação de cadastro de reserva. Isto é, constituir um “almoxarifado virtual” com preços, fornecedores e condições estabelecidas para possíveis contratações futuras. O § 2º trata do conteúdo da ata de registro de preços, sendo que os fornecedores ficarão diferenciados em dois grupos, compreendendo os classificados na etapa competitiva e os que tiverem aceitado

cotar seus bens ou serviços em valor igual ao licitante mais bem classificado. Obrigação esta que talvez não traga nenhum efeito prático ou legal, e, ainda, o § 3º, que em caso de empate prevê vencedor o licitante, segundo a ordem de envio de propostas durante a fase competitiva.

- Art. 12: restringe a validade da ata para o prazo máximo de doze meses, incluindo eventuais prorrogações. O seu § 1º veda possibilidades de acréscimos nos quantitativos de que trata o § 1º do art. 65 da Lei 8.666/1993. Tal proibição veio inibir a prática existente de interpretação desvinculada dos contratos administrativos derivados da ata de registro de preços, no sentido de que estes poderiam ser prorrogados em até 25% do valor inicial, no caso de obras, serviços ou compras. Enquanto o § 2º mantém a regra da vigência dos contratos decorrentes do SRP às regras do art. 57 da Lei 8.666/1993.
- O § 3º e 4º referem-se à alteração dos contratos, que deverá respeitar o art. 65 da Lei 8.666/1993 e da formalização (assinatura) do contrato até a prazo de validade da ata de registro de preços.

DA ASSINATURA DA ATA E DA CONTRATAÇÃO COM FORNECEDORES REGISTRADOS

Art. 13. Homologado o resultado da licitação, os fornecedores classificados, observado o disposto no art. 11, serão convocados para assinar a ata de registro de preços, dentro do prazo e condições estabelecidos no instrumento convocatório, podendo o prazo ser prorrogado uma vez, por igual período, quando solicitado pelo fornecedor e desde que ocorra motivo justificado aceito pela administração.

Parágrafo único. É facultado à administração, quando o convocado não assinar a ata de registro de preços no prazo e condições estabelecidos, convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para fazê-lo em igual prazo e nas mesmas condições propostas pelo primeiro classificado.

Art. 14. A ata de registro de preços implicará compromisso de

fornecimento nas condições estabelecidas, após cumpridos os requisitos de publicidade.

Parágrafo único. A recusa injustificada de fornecedor classificado em assinar a ata, dentro do prazo estabelecido neste artigo, ensejará a aplicação das penalidades legalmente estabelecidas.

Art. 15. A contratação com os fornecedores registrados será formalizada pelo órgão interessado por intermédio de instrumento contratual, emissão de nota de empenho de despesa, autorização de compra ou outro instrumento hábil, conforme o art. 62 da Lei nº 8.666, de 1993.

Art. 16. A existência de preços registrados não obriga a administração a contratar, facultando-se a realização de licitação específica para a aquisição pretendida, assegurada preferência ao fornecedor registrado em igualdade de condições.

As alterações introduzidas por este capítulo são correspondentes aos arts. 10, 11, 7º e 12 do extinto Decreto 3.931/2001.

- Art. 13: acrescenta a possibilidade de prorrogação do prazo de assinatura da ata de registro de preços quando solicitado pelo fornecedor e desde que ocorra motivação aceita pelo órgão/entidade contratante, prevendo, também, a convocação dos licitantes remanescentes na ordem de classificação.
- Art. 14: estabelece o compromisso de fornecimento ao licitante e seu parágrafo único a possibilidade de aplicação de penalidade em caso de recusa da assinatura da ata.
- Art. 15: não trouxe novidade ao art. 11 do antigo decreto, bem como ao art. 16, que corresponde ao revogado art. 7º.

CAPÍTULO VIII

DA REVISÃO E DO CANCELAMENTO DOS PREÇOS REGISTRADOS

Art. 17. Os preços registrados poderão ser revistos em decorrência de eventual redução dos preços praticados no mercado ou de fato que eleve o custo dos serviços ou bens registrados,

cabendo ao órgão gerenciador promover as negociações junto aos fornecedores, observadas as disposições contidas na alínea “d” do inciso II do caput do art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993.

Art. 18. Quando o preço registrado tornar-se superior ao preço praticado no mercado por motivo superveniente, o órgão gerenciador convocará os fornecedores para negociarem a redução dos preços aos valores praticados pelo mercado.

§ 1º Os fornecedores que não aceitarem reduzir seus preços aos valores praticados pelo mercado serão liberados do compromisso assumido, sem aplicação de penalidade.

§ 2º A ordem de classificação dos fornecedores que aceitarem reduzir seus preços aos valores de mercado observará a classificação original.

Art. 19. Quando o preço de mercado tornar-se superior aos preços registrados e o fornecedor não puder cumprir o compromisso, o órgão gerenciador poderá:

I – liberar o fornecedor do compromisso assumido, caso a comunicação ocorra antes do pedido de fornecimento, e sem aplicação da penalidade se confirmada a veracidade dos motivos e comprovantes apresentados; e

II – convocar os demais fornecedores para assegurar igual oportunidade de negociação.

Parágrafo único. Não havendo êxito nas negociações, o órgão gerenciador deverá proceder à revogação da ata de registro de preços, adotando as medidas cabíveis para obtenção da contratação mais vantajosa.

Art. 20. O registro do fornecedor será cancelado quando:

I – descumprir as condições da ata de registro de preços;

II – não retirar a nota de empenho ou instrumento equivalente no prazo estabelecido pela Administração, sem justificativa aceitável;

III – não aceitar reduzir o seu preço registrado, na hipótese deste se tornar superior àqueles praticados no mercado; ou

IV – sofrer sanção prevista nos incisos III ou IV do caput do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993, ou no art. 7º da Lei nº 10.520, de 2002.

Parágrafo único. O cancelamento de registros nas hipóteses previstas nos incisos I, II e IV do caput será formalizado por

despacho do órgão gerenciador, assegurado o contraditório e a ampla defesa.

Art. 21. O cancelamento do registro de preços poderá ocorrer por fato superveniente, decorrente de caso fortuito ou força maior, que prejudique o cumprimento da ata, devidamente comprovados e justificados:

I – por razão de interesse público; ou

II – a pedido do fornecedor.

Este capítulo faz remissão ao art. 12 e 13 do Decreto 3.931/2001 não introduzindo alterações substanciais.

- Art. 17: inclui ao § 1º do art. 12 da norma revogada apenas a referência à alínea “d” do inc. II do art. 65 da Lei 8.666/1993.
- Art. 18: trata do ajuste do preço registrado quando se tornar superior ao praticado pelo mercado. O que não traz alterações ao antigo § 2º, incs. I, II e III do Decreto revogado, mantendo a sistemática de respeito à ordem de classificação para convocação dos fornecedores para reduzir seus preços aos valores de mercado, bem como desobrigando aqueles que assim não aceitarem.
- Art. 19 refere-se ao contrário do art. 18, quando o preço de mercado tornar-se superior ao preço registrado na ata. No novo decreto, foi mantida a disciplina prevista no § 3º, I e II, na qual também prevê a liberação do fornecedor do compromisso assumido, bem como a convocação dos demais, respeitando a ordem de classificação, para assegurar igualdade de oportunidade de negociação. O parágrafo único ao art. 19 manteve, também, o entendimento anterior do § 4º no sentido de proceder à renovação da ata para obtenção da contratação mais vantajosa, quer seja reabrir outro processo de licitação, facultando ser por SRP.
- O art. 20 prevê o cancelamento do registro do fornecedor nas mesmas hipóteses anteriormente previstas nos incs. I, II e III do de-

creto revogado. O inc. IV transformou-se no inc. I do art. 21. Enquanto foi acrescido o inc. IV prevendo o cancelamento quando o fornecedor sofrer sanção administrativa. O parágrafo único garante o contraditório e a ampla defesa para aplicação dos incs. I, II e IV, excluindo o inc. III por se tratar de processo anterior quando da negociação de preços, o qual já fora assegurado o contraditório e a ampla defesa.

- O art. 21 arrola as condições para o cancelamento por fato superveniente decorrente de caso fortuito ou força maior que prejudique o cumprimento da ata, devidamente comprovados e justificados por razão de interesse público ou pedido do fornecedor.

CAPÍTULO IX

DA UTILIZAÇÃO DA ATA DE REGISTRO DE PREÇOS POR ÓRGÃO OU ENTIDADES NÃO PARTICIPANTES

Art. 22. Desde que devidamente justificada a vantagem, a ata de registro de preços, durante sua vigência, poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da administração pública federal que não tenha participado do certame licitatório, mediante anuência do órgão gerenciador.

§ 1º Os órgãos e entidades que não participaram do registro de preços, quando desejarem fazer uso da ata de registro de preços, deverão consultar o órgão gerenciador da ata para manifestação sobre a possibilidade de adesão.

§ 2º Caberá ao fornecedor beneficiário da ata de registro de preços, observadas as condições nela estabelecidas, optar pela aceitação ou não do fornecimento decorrente de adesão, desde que não prejudique as obrigações presentes e futuras decorrentes da ata, assumidas com o órgão gerenciador e órgãos participantes.

§ 3º As aquisições ou contratações adicionais a que se refere este artigo não poderão exceder, por órgão ou entidade, a cem por cento dos quantitativos dos itens do instrumento convocatório e registrados na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e órgãos participantes.

§ 4º O instrumento convocatório deverá prever que o quantitativo decorrente das adesões à ata de registro de preços não poderá exceder, na totalidade, ao quádruplo do quantitativo de cada item registrado na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e órgãos participantes, independente do número de órgãos não participantes que aderirem.

§ 5º O órgão gerenciador somente poderá autorizar adesão à ata após a primeira aquisição ou contratação por órgão integrante da ata, exceto quando, justificadamente, não houver previsão no edital para aquisição ou contratação pelo órgão gerenciador.

§ 6º Após a autorização do órgão gerenciador, o órgão não participante deverá efetivar a aquisição ou contratação solicitada em até noventa dias, observado o prazo de vigência da ata.

§ 7º Compete ao órgão não participante os atos relativos à cobrança do cumprimento pelo fornecedor das obrigações contratualmente assumidas e a aplicação, observada a ampla defesa e o contraditório, de eventuais penalidades decorrentes do descumprimento de cláusulas contratuais, em relação às suas próprias contratações, informando as ocorrências ao órgão gerenciador.

§ 8º É vedada aos órgãos e entidades da administração pública federal a adesão a ata de registro de preços gerenciada por órgão ou entidade municipal, distrital ou estadual.

§ 9º É facultada aos órgãos ou entidades municipais, distritais ou estaduais a adesão a ata de registro de preços da Administração Pública Federal.

Este capítulo é o de maior novidade e faz menção ao *caput* do art. 8º e seu § 1º, 2º, 3º, e art. 14 do revogado Decreto 3.931/2001.

- Art. 22: autoriza o uso da ata de registro de preços durante a sua vigência por qualquer outro órgão ou entidade da administração pública federal que não tenha participado do certame. O § 1º impõe a necessidade do órgão interessado de consulta ao órgão gerenciador da ata para manifestação sobre a possibilidade de adesão. O parágrafo primeiro exigiu a manifestação do órgão gerenciador

sobre a possibilidade de adesão, o que significa dizer que cabe a este autorizar ou não a adesão do órgão não participante.

- O § 2º manteve o entendimento de que cabe ao fornecedor beneficiário da ata de registro de preços optar pela aceitação ou não do fornecimento decorrente de adesão, desde que não prejudique as obrigações decorrentes da ata.
- O § 3º ampliou o revogado § 3º do art. 8º acrescentando que as contratações adicionais não poderão exceder, por órgão ou entidade, a cem por cento dos quantitativos dos itens do edital e registrados na ata para o órgão gerenciador e órgãos participantes. Esclarece, assim, que o adicional de 100% está sobre os itens que representa a soma daqueles destinados ao órgão gerenciador e órgãos participantes.
- Os §§ 4º ao 9º foram acrescentados ao Decreto 7.892/2013 e estabelecem:
 - a) Que o edital deve determinar o quantitativo permitido para as adesões à ata de registro de preços, que não poderá ultrapassar o quádruplo da quantidade total de cada item. Entende-se por quantidade total a soma da quantidade do órgão gerenciador e dos órgãos participantes.
 - b) Cabe ao órgão gerenciador autorizar adesão à ata. Autorização esta que certamente se dará por meio do sistema eletrônico Comprasnet do governo federal. Essa autorização só poderá ocorrer após a primeira aquisição feita pelo órgão gerenciador ou por qualquer um dos órgãos participantes, desde o edital não contenha o impedimento à adesão.
 - c) Caso seja autorizado pelo órgão e aceito o fornecimento decorrente da adesão pelo fornecedor beneficiário da ata, o órgão não participante terá noventa dias para efetivar sua contratação, observando o prazo de vigência da ata.
 - d) A responsabilidade pela gestão do contrato decorrente da adesão é do órgão participante, o que inclui também, neste caso, eventuais pena-

lidades, garantidos sempre o contraditório e ampla defesa. Em todo caso, qualquer intercorrência o órgão não participante deverá comunicar ao órgão gerenciador.

- e) É proibido aos órgãos e às entidades da administração pública federal a adesão de registro gerenciada por outro órgão ou entidade municipal, distrital ou estadual, sendo que § 9º autoriza o contrário, isto é, a adesão pelos órgãos ou entidades municipais, distritais ou estaduais à ata de registro de preços da administração pública federal.

DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 23. A Administração poderá utilizar recursos de tecnologia da informação na operacionalização do disposto neste Decreto e automatizar procedimentos de controle e atribuições dos órgãos gerenciadores e participantes.

Art. 24. As atas de registro de preços vigentes, decorrentes de certames realizados sob a vigência do Decreto nº 3.931, de 19 de setembro de 2001, poderão ser utilizadas pelos órgãos gerenciadores e participantes, até o término de sua vigência.

Art. 25. Até a completa adequação do Portal de Compras do Governo federal para atendimento ao disposto no § 1º do art. 5º, o órgão gerenciador deverá:

I – providenciar a assinatura da ata de registro de preços e o encaminhamento de sua cópia aos órgãos ou entidades participantes; e

II – providenciar a indicação dos fornecedores para atendimento às demandas, observada a ordem de classificação e os quantitativos de contratação definidos pelos órgãos e entidades participantes.

Art. 26. Até a completa adequação do Portal de Compras do Governo federal para atendimento ao disposto nos incisos I e II do caput do art. 11 e no inciso II do § 2º do art. 11, a ata registrará os licitantes vencedores, quantitativos e respectivos preços.

Art. 27. O Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão poderá editar normas complementares a este Decreto.

Art. 28. Este Decreto entra em vigor trinta dias após a data de sua publicação.

Art. 29. Ficam revogados:

I – o Decreto nº 3.931, de 19 de setembro de 2001; e

II – o Decreto nº 4.342, de 23 de agosto de 2002.

Brasília, 23 de janeiro de 2013; 192º da Independência e 125º da República.

Nas disposições finais, o Decreto 7.892/2013 mantém a possibilidade de utilizar recursos de tecnologia da informação para a operacionalização do SRP, nos moldes do antigo art. 14 do Decreto 3.931/2001.

Os arts. 24 ao 26 seguintes validam as atas sob vigência, realizadas pelo decreto revogado até a sua vigência; determina condições para assinatura da ata e divulgação dos fornecedores ao interessados, até que o Comprasnet esteja adequado para assinatura por certificação digital, com consequente publicado no sistema de compras.

Determina, também, pelo art. 26 que a ata registre os licitantes vencedores, quantitativos e respectivos preços, até adequação do Comprasnet dos ajustes necessários à ata, nos termos do art. 11 do Decreto 7.892/2013.

3. Conclusão

As condições e os limites para adesão à ata de registro de preços pelo órgão não participante da licitação foram publicados a fim de contentar o afã do TCU.

O Decreto 7.892/2013, em resumo, atuou em três linhas de ação, dificultar a carona do órgão não participante no processo licitatório; para isso, o instrumento convocatório deverá estabelecer a quantidade permitida e, posteriormente, aguardar autorização do órgão gerenciador; negar preliminarmente à adesão, consoante cláusula editalícia; e a de promover a substituição do *sta-*

tus de órgão não participante para o de participante, com a obrigatoriedade de execução da IRP.

Os operadores da norma federal deverão ficar atentos às inovações em face das novas atribuições e responsabilidades do órgão gerenciador e do órgão participante na realização do processo licitatório, e na gestão do contrato, que inclui a aplicação de sanção administrativa.

Referências

BRASIL. *Constituição Federal*, de 5 de outubro de 1988. Atualizada com as Emendas Constitucionais Promulgadas.

BRASIL. *Lei 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inc. XXI da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

BRASIL. *Decreto 3.931, de 19 de setembro de 2001*. Regulamenta o Sistema Registro de Preços.

ANDRADE, Wladimir de Oliveira. *Editais de Licitação – Técnicas de Elaboração e Sistema de Registro de Preços*. 2ª ed. São Paulo: Del Rey, 2012.

BITTENCOURT, Sidney. *Licitação de Registro de Preços*. 2ª ed. São Paulo: Fórum, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GUIMARÃES, Edgar & NIEBUHR, Joel de Menezes. *Registro de preços: aspectos práticos e jurídicos*. 1ª ed. São Paulo: Fórum, 2008.

OFERTA DA EDUCAÇÃO INFANTIL: LEGISLAÇÃO E PODER JUDICIÁRIO

Mariza Abreu¹

RESUMO: Este artigo aborda a problemática da expansão da oferta da educação infantil para crianças de até 5 anos pelas administrações municipais no Brasil. Em primeiro lugar, analisa o direito à educação infantil na Constituição Federal e na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, acompanhando as alterações promovidas por emendas constitucionais e leis federais na LDB. Na sequência, trata do PNE 2001-2010 e do projeto de lei do novo PNE, quanto às metas relativas à educação infantil. Em segundo lugar, apresenta dados sobre a evolução das taxas de atendimento educacional da população de até 3 anos e de 4 e 5 anos de idade e das matrículas em creche e pré-escola, desde 2000. Por fim, aborda as ações e as decisões judiciais com determinação a prefeituras de matrícula de crianças em instituições de educação infantil. A partir da consideração de que tais iniciativas pouco contribuem para a solução do problema,

¹ Consultora em educação da CNM.

o artigo finaliza com a apresentação de propostas no âmbito do Legislativo federal e dos Executivos, em regime de colaboração, que poderiam vir a criar condições efetivas para a garantia do direito à educação infantil, com a obrigatoriedade da pré-escola até 2016 e o atendimento à demanda manifesta por creches, de forma articulada, com programas de orientação e apoio às famílias com crianças de até 3 anos.

Palavras-chave: Educação Infantil. Creche. Pré-escola. Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Plano Nacional de Educação. Matrículas. Judicialização da demanda por vagas.

1. Introdução

Nos últimos anos, um dos principais desafios enfrentados pelas administrações dos Municípios consiste na expansão da oferta de vagas na pré-escola e nas creches.

Diante das dificuldades dos Municípios em atender à demanda social por matrículas na educação infantil, o País vem assistindo a uma judicialização dessa questão, com inúmeras ações ajuizadas pelo Ministério Público que resultam em sentenças do Poder Judiciário determinando a matrícula das crianças nas instituições municipais de educação infantil, notadamente nas creches.

O objetivo deste artigo é contextualizar o processo de judicialização do acesso à creche e à pré-escola a partir da compreensão da legislação vigente e do conhecimento da realidade da educação infantil no Brasil.

2. A educação infantil na legislação nacional

2.1 Constituição Federal

O direito à educação é regulado no art. 208 da Constituição Federal de 1988, que dispõe sobre o dever do Estado brasileiro em relação à oferta da educação, com redação alterada pelas Emendas Constitucionais 14/1996, 53/2006 e 59/2009.

As modificações da EC 14/1996 no texto constitucional não tratam da educação infantil, pois foram alterados os incs. I e II, relativos ao ensino fundamental e ao médio.²

Já a EC 53/2006 substituiu a redação do inc. IV de “atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade” por garantia de “educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade”. Na realidade, essa mudança consiste em adaptação do texto constitucional à introdução na LDB, pelas Leis 11.114/2005 e 11.274/2006, do ensino fundamental de nove anos letivos com matrícula obrigatória aos seis anos de idade. Essa iniciativa constava como meta do Plano Nacional de Educação 2001-2010, instituído pela Lei 10.172/2001, que previa “ampliar para nove anos a duração do ensino fundamental obrigatório com início aos seis anos de idade, à medida que for sendo universalizado o atendimento na faixa de 7 a 14 anos”.

Observe-se, também, que, ainda em vigência o inc. III do art. 208, que trata do “atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino”, a expressão “atendimento” foi suprimida do inc. IV pela EC 53/2006: em lugar de “atendimento em creche e

2 A EC 14/1996, que criou o Fundef, modificou a redação do inc. I para explicitar que a obrigatoriedade do ensino fundamental aplica-se à população na chamada idade própria, e não a jovens e adultos com idade superior a essa, e no inc. II substituiu a “progressiva extensão da obrigatoriedade” pela “progressiva universalização” do ensino médio.

pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade”, desde 2006, o texto constitucional dispõe sobre a garantia de “educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças de até 5 (cinco) anos de idade”.

Por fim, a EC 59/2009 alterou a redação do inc. I, ampliando o dever do Estado de garantia do “ensino fundamental obrigatório e gratuito” para “educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade”, com prazo para sua implementação progressiva até 2016, com apoio técnico e financeiro da União.

A redação do inc. I dada pela EC 59/2009 coexiste com a do inc. IV da EC 53/2006: pela primeira, a pré-escola para crianças de 4 e 5 anos torna-se obrigatória a partir de 2016; pela segunda, não é obrigatória a oferta da creche e pré-escola para crianças de até 5 anos. Para coerência do texto constitucional, melhor seria que a redação do inc. IV se referisse apenas à creche para crianças de até 3 anos de idade.

Portanto, do texto constitucional hoje vigente, conclui-se pela obrigatoriedade da pré-escola e pela oferta não obrigatória da creche, respectivamente, nas idades de 4 e 5 anos e de até 3 anos.

2.2 Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional

Foi a Lei 9.394/1996, que estabelece as diretrizes e as bases da educação nacional, que introduziu as expressões educação infantil e educação básica na organização da educação escolar brasileira, posteriormente incorporadas no texto constitucional respectivamente pelas EC 53/2006 e 59/2009.

Desde o texto de 1996 da LDB, a educação infantil é compreendida como primeira etapa da educação básica, sendo oferecida em creches e pré-escolas.

No que se refere à educação infantil, somente neste ano, a LDB foi alterada pela Lei 12.796/2013. Nos arts. 29 e 30, trata-se de adequação da faixa etária correspondente à educação infantil, com “até 5 anos” em lugar de “até 6

anos”, ou da idade própria para a pré-escola, com “4 (quatro) a 5 (cinco) anos” em lugar de “quatro a seis anos”.

A mudança significativa foi promovida no art. 31 da LDB, com substituição de um dispositivo relacionado somente à avaliação das crianças na educação infantil por outro com regras comuns para a organização dessa etapa da educação escolar.

Entre essas regras, a mais importante é a que aplica à educação infantil a mesma duração do ano letivo e da jornada escolar diária que, no texto de 1996, referia-se somente aos ensinos fundamental e médio.³ Portanto, agora, também a creche e a pré-escola devem ser oferecidas com um mínimo de 800 horas anuais, distribuídas por um mínimo de 200 dias de trabalho educacional. Ao mesmo tempo, a Lei dispõe que o atendimento à criança em tempo parcial é de no mínimo 4 horas diárias e de 7 horas na jornada integral. Observe-se que a Lei não se refere ao mínimo de 7 horas, e sim a 7 horas diárias. Por fim, determina controle de frequência pela instituição de educação pré-escolar, exigida a frequência mínima de 60% do total de horas.

Enquanto o texto original da LDB dispensava tratamento diferenciado à educação infantil em relação aos ensinos fundamental e médio, a Lei 12.796/2013 “escolariza” a creche e a pré-escola. Por exemplo, se nos ensinos fundamental e médio a frequência mínima de 75% do total das horas letivas é condição para aprovação do aluno (art. 24, inc. VI), não fica claro para que fim se passa a exigir frequência mínima de 60% das crianças na educação infantil.

Por fim, a Lei 12.796/2013 também dá nova redação ao art. 6º da LDB, para dispor que o dever dos pais ou responsáveis consiste na matrícula na escola dos menores a partir dos 4 anos de idade, e não dos 7 anos, como no texto original de 1996, ou dos 6 anos, conforme alteração da Lei 11.114/2005.

3 LDB, art. 24. “A educação básica, nos níveis fundamental e médio, será organizada de acordo com as seguintes regras comuns: I – a carga horária mínima anual será de oitocentas horas, distribuídas por um mínimo de duzentos dias de efetivo trabalho escolar, excluído o tempo reservado aos exames finais, quando houver; [...]”.

Portanto, conclui-se que:

- 1º) o dever do poder público é de oferecer matrículas na creche e na pré-escola em jornada escolar parcial, e não necessariamente em tempo integral;
- 2º) quando oferecida em jornada integral, essa deve ser de 7 horas diárias, e não de no mínimo 7 horas.

2.3 Planos Nacionais de Educação

No Plano Nacional de Educação 2001-2010, instituído pela Lei 10.172/01, a meta relativa à ampliação da oferta da educação infantil propôs o atendimento, “em cinco anos, a 30% da população de até 3 anos de idade e 60% da população de 4 e 6 anos (ou 4 e 5 anos) e, até o final da década, de 50% das crianças de 0 a 3 anos e 80% das de 4 e 5 anos”.

Entre as metas relativas à educação infantil, o primeiro PNE previa

estabelecer, até o final da década, em todos os Municípios e com a colaboração dos setores responsáveis pela educação, saúde e assistência social e de organizações não-governamentais, programas de orientação e apoio aos pais com filhos entre 0 e 3 anos, oferecendo, inclusive, assistência financeira, jurídica e de suplementação alimentar nos casos de pobreza, violência doméstica e desagregação familiar extrema.

No Projeto de Lei 8.035/2010, do Poder Executivo, que aprova o Plano Nacional de Educação com vigência por 10 anos, a contar da publicação da Lei, a meta 1 propõe

universalizar, até 2016, a educação infantil na pré-escola para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade e ampliar a oferta de educação infantil em creches de forma a atender, no mínimo, cinquenta por cento das crianças de até 3 (três) anos até o final da vigência deste PNE.

Quanto à pré-escola, o projeto de lei cumpre a determinação constitucional de escolaridade obrigatória a partir dos 4 anos de idade, com prazo de implementação até 2016. Quanto à creche, a meta proposta repete a do PNE 2001-2010.

Considerando que parte significativa da expansão das matrículas na educação infantil, notadamente nas creches, tem ocorrido nas instituições privadas sem fins lucrativos conveniadas com as prefeituras, o projeto de PNE em discussão no Congresso Nacional contém estratégia que prevê a expansão das matrículas gratuitas em creches de forma articulada entre as entidades beneficentes de assistência social na área de educação e a rede escolar pública.

À medida que a matrícula até os 3 anos de idade não é obrigatória, o projeto de PNE introduz na legislação educacional o conceito de “demanda manifesta” como critério de planejamento da oferta de creches.

Por fim, à semelhança do primeiro PNE, o projeto do segundo PNE incorporou, como resultado de emenda parlamentar oferecida na Câmara dos Deputados, a estratégia de “implementar, em caráter complementar, programas de orientação e apoio às famílias, por meio da articulação das áreas da educação, saúde e assistência social, com foco no desenvolvimento integral das crianças de até 3 (três) anos de idade”.

2.4 Obrigatoriedade e não obrigatoriedade do ensino na legislação vigente

Quanto ao direito e ao dever em relação à educação, os conceitos de obrigatoriedade, universalização e atendimento são diversos entre si.

Obrigatoriedade implica dever do poder público – de assegurar matrícula a todos – e dos pais ou responsáveis – de matricular e assegurarem a frequência de crianças e jovens à escola –, em contrapartida do direito do indivíduo – entendida a escolarização como condição necessária à sua socialização

– e da sociedade – pela mesma razão, ou seja, devido à necessidade de escolarização para formação de indivíduos aptos à convivência social.

A universalização implica dever do poder público – de assegurar matrícula para todos quantos demandarem –, mas é direito das famílias – não dever – à assim como dos indivíduos. E atendimento também implica obrigação por parte do poder público, mas este deve atender à demanda manifesta por matrícula, considerando-se suas condições financeiras, estruturais e de gestão pública.

A obrigatoriedade tem consequências no âmbito jurídico, em defesa dos direitos da cidadania e na responsabilização dos atores sobre os quais recai o dever de assegurar o acesso à educação escolar. Por um lado, segundo a Constituição Federal (art. 208, § 1º e 2º), o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo e seu não oferecimento, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente. E (CF, art. 208, § 3º) o poder público tem o dever de recensear as crianças e os jovens para o ensino obrigatório.

Na LDB, o direito público subjetivo, restrito ao acesso ao ensino fundamental obrigatório na redação original de 1996, foi ampliado pela Lei 12.796/2013 para o acesso à educação básica obrigatória na faixa etária dos 4 aos 17 anos, por adequação do texto legal à EC 59/2009. Qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída e, ainda, o Ministério Público (LDB, art. 5º) podem acionar o poder público na esfera judicial para exigir acesso à educação obrigatória.

A redação dada pela Lei 12.796/2013 a dispositivos da LDB também ampliou o dever do poder público para com o recenseamento anual da população: no texto de 1996, população em idade escolar para o ensino fundamental e jovens e adultos que não tiveram acesso a esse nível de ensino; no texto deste ano, as crianças e os adolescentes em idade escolar, bem como os jovens e adultos que não concluíram a educação básica. Além do recenseamento, também compete ao poder público a chamada dessa população para a matrícula no sistema educacional e o zelo, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola.

Pelo lado dos pais ou responsáveis, a legislação brasileira dispõe sobre seu dever no que tange ao ensino obrigatório. Segundo a LDB, é dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula de seus filhos ou dependentes no ensino obrigatório: de acordo com o texto de 1996, a partir dos 7 anos de idade no ensino fundamental; pela redação da Lei 2011.114/05, a partir dos 6 anos no ensino fundamental; e, por fim, com a redação atual dada pela Lei 12.796/2013, a partir dos 4 anos de idade na educação básica.

Também o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) dispõe sobre a obrigação dos pais ou responsável de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino (art. 55) e de acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar (art. 129, V), prevendo àqueles que não cumprirem suas obrigações com os filhos ou dependentes, entre as quais a educação, a aplicação de medidas que vão desde a advertência até a destituição do poder familiar (art. 129, incs. VII a X).

Por fim, o Código Penal Brasileiro (art. 246) prevê o crime de abandono intelectual, que consiste em “deixar, sem justa causa, de prover a instrução primária de filho em idade escolar”, com pena de detenção de 15 dias a um mês, ou multa. Portanto, o abandono intelectual é crime cometido pelos pais de não matricularem seus filhos na idade escolar em estabelecimento de ensino da rede pública ou privada. Entende-se que esse conceito deve ser revisto a par das alterações relativas à obrigatoriedade do ensino promovidas na Constituição Federal, e que, com a EC 59/2009, os pais passam a estar incursos nas penas do crime de abandono intelectual se não promoverem educação obrigatória aos seus filhos dos 4 aos 17 anos de idade.

3. A oferta de educação infantil no País

O atendimento educacional às crianças de 4 e 5 anos vêm aumentando no País. Segundo os censos demográficos do IBGE, cresceu de 51,4%, em 2000, para 80,1%, em 2010. Portanto, a meta do PNE 2001-2010 foi cumprida.

Embora com crescimento permanente, de acordo com a Pnad/IBGE atingindo 81,7% em 2011, a universalização desse atendimento até 2016, conforme dispõe a Constituição Federal, exigirá esforço das atuais administrações municipais. Em 2011, cerca de um milhão de crianças nessa faixa etária ainda estava fora da escola.

Dos zero a 3 anos, o percentual de atendimento educacional passou de 9,4%, em 2000, para 23,6%, em 2010, ficando, pois, muito distante da meta fixada no PNE 2001-2010.

**TABELA 1 – ATENDIMENTO EDUCACIONAL DE 0 A 3 ANOS
E DE 4 E 5 ANOS, 2000 E 2010**

	0 a 3 anos			4 e 5 anos		
	população residente	frequentavam a escola	taxa de atendimento	população residente	frequentavam a escola	taxa de atendimento
2000	13.035.007	1.229.133	9,4%	6.778.748	3.484.684	51,4%
2010	10.938.914	2.575.954	23,6%	5.801.583	4.647.001	80,1%

Fonte: IBGE – Censos Demográficos.

No planejamento do número de novas vagas a serem oferecidas, na pré-escola até 2016 e na creche até o final da vigência do novo PNE, os gestores precisam projetar a evolução do número de crianças residentes em seus Municípios. As mudanças demográficas pelas quais passa o país, com redução de nascimentos e aumento da expectativa de vida, resultam em redução da população em idade escolar e em envelhecimento da população.

Pode-se observar no quadro abaixo pequena redução das matrículas na pré-escola entre 2008 e 2011, o que deve ser explicado pelo processo de implantação da matrícula obrigatória aos seis anos no ensino fundamental e pela tendência de redução da população na faixa etária adequada, pois não ocorreu redução da taxa de atendimento educacional. Ao mesmo tempo, o crescimento das matrículas na creche foi significativo nos últimos seis anos.

TABELA 2 – MATRÍCULAS NA EDUCAÇÃO INFANTIL E POPULAÇÃO DE 0 A 5 ANOS, 2007 A 2012 – BRASIL

Ano	Matrículas na educação infantil			População por idade	
	total	creche	pré-escola	0 a 3 anos	4 e 5 anos
2007	6.509.868	1.579.581	4.930.287	10.956.920	5.928.375
2008	6.719.261	1.751.736	4.967.525	10.726.657	5.765.405
2009	6.762.631	1.896.363	4.866.268	10.536.824	5.644.565
2010	6.756.698	2.064.653	4.692.045	10.925.892	5.802.254
2011	6.980.052	2.298.707	4.681.345	10.485.209	5.698.280
2012	7.295.512	2.540.791	4.754.721		
2010/2012	8,0%	23,1%	1,4%		

Fonte: MEC/Inep.

Quanto à dependência administrativa das matrículas na educação infantil, é evidente o papel desempenhado pelo Municípios, responsáveis por 70,3% das matrículas nas redes municipais e, ainda, por mais 7,3% na rede conveniada com o poder público, totalizando, portanto, 77,6% das matrículas nessa etapa da educação básica no País.

TABELA 3 – MATRÍCULAS NA EDUCAÇÃO INFANTIL POR DEPENDÊNCIA ADMINISTRATIVA, 2012 – BRASIL

Matrículas na Educação Infantil por dependência administrativa – 2012							
	Total	Federal	Estadual	Municipal	Conveniada c/ Municípios	Conveniada c/ DF	Privada
creche	2.540.791	1.245	6.433	1.603.376	386.301	3.547	539.889
pré-escola	4.754.721	1.309	51.392	3.526.373	148.644	2.878	1.024.125
total	7.295.512	2.554	57.825	5.129.749	534.945	6.425	1.564.014

Fonte: MEC/Inep (os Estados não tem instituições conveniadas na educação infantil)

Ao mesmo tempo, sem desconhecer as várias pesquisas e estudos que demonstram ser a frequência à pré-escola fator importante para o desempenho escolar do indivíduo ao longo de toda a sua escolarização, os dados comparados das taxas de atendimento às crianças de 4 e 5 anos na pré-escola e dos percentuais de crianças não alfabetizadas aos 8 anos de idade, inevitavelmente, conduzem a uma reflexão sobre a qualidade da oferta da educação infantil nas diferentes regiões do país.

Conforme os dados apresentados na tabela a seguir, Estados do Nordeste apresentam simultaneamente altas taxas de escolarização das crianças na idade própria à pré-escola e altas taxas de crianças analfabetas aos 8 anos. Por exemplo, Alagoas apresenta a maior taxa de analfabetos (35,0%) aos 8 anos, mais do que o dobro da média nacional (15,2%), e uma alta taxa de escolarização na idade de 4 e 5 anos (83,4%), acima da média nacional (81,7%). O Piauí tem a maior taxa de escolarização (92,1%) e a quarta maior taxa de analfabetismo (28,7%).

No outro extremo, Rondônia apresenta a menor taxa de atendimento educacional das crianças de 4 e 5 anos no País (53,3%) e a menor taxa de analfabetismo aos 8 anos (11,0%) entre os 16 Estados do Norte e do Nordeste, pouco acima de alguns Estados do Centro-Oeste e Sudeste. O Rio Grande do Sul tem a segunda menor taxa de atendimento (66,3%) e a terceira menor taxa de analfabetismo (6,7%), atrás apenas de Santa Catarina (5,1%) e do Paraná (4,9%), as menores do país.

TABELA 4 – DADOS DOS ESTADOS DO NORDESTE

	Taxa de crianças não alfabetizadas aos 8 anos - 2010	Taxa de Atendimento de 4 e 5 anos - 2011
BR	15,2%	81,7%
AL	35,0%	83,4%
MA	34,0%	91,8%
PA	32,2%	76,9%
PI	28,7%	92,1%
AM	28,3%	66,4%
RN	26,9%	85,2%
AC	26,1%	73,1%
PE	23,9%	81,1%
SE	23,8%	90,9%
AP	23,0%	70,8%
BA	23,0%	86,2%
PB	22,4%	84,8%
RR	22,4%	77,5%
CE	18,7%	90,8%
TO	17,2%	69,2%
RO	11,0%	53,3%
MT	10,9%	77,7%
ES	10,0%	84,0%
RJ	9,3%	85,2%
GO	9,0%	66,4%
MS	8,8%	74,0%
SP	7,6%	88,6%
DF	6,8%	75,2%
MG	6,7%	80,1%
RS	6,7%	66,3%
SC	5,1%	76,9%
PR	4,9%	73,2%
Fonte: IBGE		

Esses dados não permitem desconsiderar, repetimos, a importância da frequência à pré-escola para a aprendizagem ao longo da vida escolar do indivíduo, mas colocam como desafio duas ordens de fatores que devem influenciar na alfabetização das crianças: a qualidade da pré-escola que frequentam e o ambiente sociocultural de suas famílias.

Em consequência, para além da compreensão de que o dever do poder público consiste somente na garantia de acesso ao atendimento educacional institucionalizado, são imprescindíveis iniciativas quanto à definição de indicadores e acompanhamento da qualidade da oferta da educação infantil e à implementação de programas de apoio e orientação às famílias com crianças na primeira infância.

3. Judicialização e soluções para oferta da educação infantil

Em vários Municípios do país, inúmeras decisões judiciais vêm determinando a prefeituras a matrícula de crianças em instituições municipais de educação infantil, por meio de sentenças proferidas em ações ajuizadas pelo Ministério Público ou pela defensoria pública.

Essas ações e decisões judiciais, que se baseiam no direito à educação infantil assegurado pela Constituição Federal (art. 208, inc. IV), intensificaram-se a partir de decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) negando provimento em recurso de agravo do Município de São Paulo em 2011, com a sistemática concessão de liminares pelos juízes de primeira instância em demandas por vagas nas creches.

Entretanto, em virtude da impossibilidade de acolhimento ao menos da totalidade dessas matrículas – por insuficiência de recursos financeiros, prédios adequados e/ou pessoal habilitado –, essas decisões terminam por não resultar na escolarização de todas essas crianças, mas somente na sua inscrição em uma listagem de prioridades para as próximas matrículas a serem efetivadas nas redes municipais de ensino ou em instituições conveniadas com o poder público.

Portanto, é forçoso concluir que tais ações e decisões judiciais não vêm criando condições para a solução do problema da falta de vagas na educação infantil, gerando, por outro lado, sobrecarga de trabalho tanto na primeira quanto na segunda instâncias do poder judiciário, além do gasto público delas

decorrentes. Difícil saber quem efetivamente é beneficiado com essa judicialização das questões sociais no país.

No âmbito do judiciário, merece destaque a decisão proferida pelo STF no ano de 2012 em agravo de instrumento do Município de Criciúma, em Santa Catarina, com base na qual o Supremo suspenderia todos os recursos em ações propostas sobre o tema das vagas na educação infantil, pela aplicação do princípio da repercussão geral, ou seja, de idêntico conflito como fundamento de vários recursos encaminhados ao Supremo (Código de Processo Civil, art. 543-B).

Além de liminares e sentenças judiciais, em outros Estados também órgãos de controle e/ou o Ministério Público vêm tomando iniciativas de cobrança a prefeituras municipais quanto ao atendimento educacional das crianças de até 5 anos de idade.

Por exemplo, no Rio Grande do Sul, com base em estudos realizados a partir da competência de 2007 pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (TCE/RS) sobre as taxas de atendimento da educação infantil em todos os Municípios do Estado, o Ministério Público Estadual (MPE) vem propondo a prefeituras gaúchas a assinatura de Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) para expansão das matrículas nos termos dos dados produzidos por aquele Tribunal.

Em seus estudos, o TCE/RS comparou as taxas de atendimento na educação infantil no Estado com as metas fixadas pelo primeiro PNE para o ano de 2010, aplicando os percentuais de 50% para as matrículas na creche e 80% para as realizadas na pré-escola a cada um dos 496 Municípios gaúchos.

Por outro lado, o envolvimento proativo com a educação do MPE levou à criação de promotorias regionais especializadas que têm interagido com as administrações municipais no sentido da garantia do direito da população à educação, notadamente à educação infantil.

Sem contestar a relevância de as cortes de contas avançarem em relação à fiscalização das políticas públicas além dos aspectos estritamente fiscais

e contábeis e de o Ministério Público potencializar sua atuação na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, há de se considerar que:

1º) as metas do primeiro PNE estão superadas, seja pelo fim da década à qual ele se reportava, seja pelo advento da EC 59/2009, que fixou no texto constitucional a obrigatoriedade da pré-escola para crianças de 4 e 5 anos; portanto, consagrando a meta do atendimento de 100%, ou de porcentual aproximado, nessa faixa etária;

2º) entretanto, a mesma EC 59/2009 fixou prazo até 2016 para implementação da obrigatoriedade da educação básica dos 4 aos 17 anos; portanto, é possível concluir que o ajuizamento de ações, com base no princípio constitucional do ensino obrigatório como direito público subjetivo, somente será juridicamente possível para as faixas etárias de 4 e 5 anos e de 15 a 17 anos após o término desse prazo;

3º) à medida que o primeiro PNE não mais vigora e que o segundo encontra-se em tramitação no Congresso Nacional, portanto, ainda não transformado em norma legal, não há meta em vigor com a exigência de atendimento de, no mínimo, 50% das crianças até 3 anos em creche;

4º) as metas relativas à obrigatoriedade do ensino que implicam atendimento educacional de 100% da população, ou de percentuais muito próximos desse, necessariamente devem ser aplicadas à totalidade das regiões, Estados e Distrito Federal, e Municípios; isso porque o país somente atingirá a meta de 100% de escolarização se em todos e em cada um de seus Municípios esse porcentual for cumprido;

5º) entretanto, quando as metas fixadas pelo PNE não implicam atingir 100% de atendimento educacional, os percentuais são fixados para o conjunto do país, e não há dispositivo legal determinando sua aplicação uniforme a todo o território nacional, considerando regiões geográficas, Unidades Federadas e Municípios.

Esse é o caso da meta de 50% de atendimento em creches, mas também de outras metas do PNE em discussão, como a meta 6, que prevê a oferta

de educação em tempo integral em, no mínimo, 50% das escolas públicas, de forma a atender, pelo menos, 25% dos alunos da educação básica.

Nos Municípios, a demanda por creche para crianças de até 3 anos é variada em função de fatores como população total, população residente na zona rural, atividade econômica, índice de pobreza ou vulnerabilidade social etc. Por exemplo, é extremamente diversa a necessidade da oferta de creche em um Município de grande porte e predominância de atividade industrial e em outro de pequeno porte e economia predominantemente agrícola.

No Brasil, os Municípios são bastante diferenciados em número de habitantes. No quadro a seguir, encontra-se a distribuição dos Municípios brasileiros por faixas de população residente, segundo o Censo Demográfico de 2010.

TABELA 6 – DISTRIBUIÇÃO DOS MUNICÍPIOS BRASILEIROS POR FAIXAS DE POPULAÇÃO RESIDENTE, 2010

Nº de Municípios e população no Censo Demográfico 2010	
até 5.000	1.301
5.001 a 10.000	1.212
10.001 a 20.000	1.401
20.001 a 50.000	1.043
50.001 a 100.000	325
100.001 a 500.000	245
mais de 500.000	38
Total	5.565

Fonte: IBGE.

Do total de Municípios brasileiros, 89% possuem até 50 mil habitantes, ou 70% até 20 mil. Os problemas a serem resolvidos pelas administrações

municipais, inclusive quanto à oferta educacional, são significativamente diferenciados daqueles 11% com mais de 50 mil ou dos apenas 38 com mais de 500 mil habitantes.

Em consequência desses dados e considerações, a solução para a questão social relativa à expansão da oferta de vagas na educação infantil, notadamente para o atendimento da demanda manifesta por matrícula nas creches, deverá envolver diferentes atores sociais, necessariamente os agentes públicos, tanto nos poderes Executivo e Legislativo quanto no Judiciário.

No âmbito do legislativo federal, seria conveniente o aperfeiçoamento da meta 1 do PNE em debate no Senado Federal e que certamente retornará à Câmara dos Deputados para deliberação final antes do encaminhamento do respectivo projeto de lei à sanção presidencial. Sem alterar a meta de atender no mínimo 50% das crianças de até 3 anos até o final da vigência do PNE, poder-se-ia contribuir para a solução do problema por meio da explicitação de que esse percentual deveria ser atingido em âmbito nacional com percentuais diferenciados por grupos de Municípios formados segundo variáveis como população total, percentual da população rural, atividade econômica e percentual da população abaixo da linha de pobreza.

Observe-se que as políticas educacionais conhecem soluções semelhantes. O valor *per capita* do Programa Nacional de Apoio ao Transporte Escolar (Pnate) é diferenciado por grupos de Municípios, sendo definido pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) com base no índice “Fator de Necessidade de Recursos do Município (FNRM)”, criado a partir das seguintes variáveis: percentual da população rural do Município (IBGE); área do Município (IBGE); percentual da população abaixo da linha da pobreza (Ipeadata); Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (Ideb) (Inep).

No caso do Ideb, criado em 2005, o Ministério da Educação fixou metas para que o país alcance, em 2021, o nível de qualidade educacional da média

dos países desenvolvidos (média dos países membros da OCDE)⁴ observada atualmente. Para o alcance das metas nacionais projetadas, o MEC estabeleceu metas intermediárias para a trajetória do Ideb no Brasil, Estados, Distrito Federal, Municípios e Escolas, com base nos seguintes princípios:

- as trajetórias do Ideb, para o Brasil e para todas as redes, reconhecem que para um dado “esforço” obtém-se uma melhora cada vez menor do indicador.
- as trajetórias do Ideb por rede de ensino devem contribuir para o alcance da meta nacional e para a redução das desigualdades em termos de qualidade educacional.
- para que o Brasil alcance a meta estipulada no tempo adequado, o esforço de cada rede de ensino, estadual ou municipal, deve contribuir a partir de metas individuais diferenciadas.

Em consequência, a partir do Ideb de 3,8 nos anos iniciais do ensino fundamental em 2005, para que o Brasil atinja Ideb igual a 6,0 em 2021, as metas das 27 Unidades Federadas fixadas para aquele mesmo ano variam entre 5,0 e 6,8.

No âmbito dos Executivos, por meio do exercício do regime de colaboração em fórum representativo dos Municípios e do governo federal, seria imprescindível a construção de metas diferenciadas por grupos de Municípios de forma a atingir em âmbito nacional, até o final da década correspondente ao novo PNE, a meta de 50% de atendimento educacional em creches para a faixa etária de 0 a 3 anos. Mais: os percentuais diferenciados para a matrícula na creche podem e devem ser articulados com outros percentuais de atendimento na primeira infância pela implementação de programas de orientação e apoio às famílias com crianças de até 3 anos, por meio da articulação das áreas da

4 Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico é uma organização internacional de 34 países que aceitam os princípios da democracia representativa e da economia de livre mercado, que procura fornecer uma plataforma para comparar políticas econômicas, solucionar problemas comuns e coordenar políticas domésticas e internacionais. A maioria dos membros da OCDE são economias com um elevado PIB per capita e Índice de Desenvolvimento Humano e são considerados países desenvolvidos, à exceção do México, Chile e Turquia.

educação, saúde e assistência social, conforme a estratégia 1.12 do novo PNE.

Recorrendo mais uma vez ao Rio Grande do Sul, naquele Estado foi criado em 2003, e institucionalizado pela Lei Estadual 12.544/2006, o Programa Primeira Infância Melhor (PIM), que consiste em programa de apoio às famílias com crianças de 0 a 5 anos e gestantes, em situação de vulnerabilidade social, desenvolvido com base na experiência do Projeto cubano “Educa a tu Hijo” do Centro de Referencia Latinoamerica para La Educación Preescolar (Celep). Por meio de visitadoras, é realizada a orientação às famílias, a partir de sua cultura e experiências, para o desenvolvimento integral das crianças, em duas modalidades, ambas com atividades semanais: individual, com visitas às casas das famílias, para crianças de zero a 3 anos, e coletiva, com atividades em local da comunidade, para grupos de crianças de 4 e 5 anos. O PIM prevê adesão das prefeituras e assistência técnica e financeira do governo do Estado, por meio da Secretaria da Saúde. Em 2010, com matrícula total de 279.165 na educação infantil no Estado, o PIM atendeu a 87.877 crianças, ou seja, o correspondente a mais 11,21% da população nesta faixa etária.

Essas metas diferenciadas, que viessem a ser pactuadas por grupo de Municípios, articulando porcentual de matrícula em creche com porcentual de atendimento a crianças de até 3 anos por meio de programas de orientação e apoio às suas famílias, é que deveriam vir a ser consideradas pelos Executivos e Legislativos municipais na elaboração ou na adequação dos Planos Municipais de Educação em todo o país, processo para o qual o projeto de lei do novo PNE prevê prazo de um ano, contado da publicação da Lei. Sem essa iniciativa coordenada nacionalmente, a tendência será a inclusão em cada um dos planos municipais da meta de 50% de matrícula em creche, independentemente da realidade local.

Por fim, com base em um ordenamento legal e em uma política pública mais consistente, será a vez de o Poder Judiciário aprimorar sua atuação, a partir da compreensão de que a judicialização não vem contribuindo para a solução do problema da expansão da oferta das vagas na educação infantil no país.

Referências

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.

_____. *Emenda Constitucional 14, de 12 de setembro de 1996*. Modifica os arts. 34, 208, 211 e 212 da Constituição Federal e dá nova redação ao art. 60 do Ato das Disposições constitucionais Transitórias. (Cria o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério – Fundef.)

_____. *Emenda Constitucional 53, de 19 de dezembro de 2006*. Dá nova redação aos arts. 7º, 23, 30, 206, 208, 211 e 212 da Constituição Federal e ao art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. (Cria o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – Fundeb).

_____. *Emenda Constitucional 59, de 11 de novembro de 2009*. Acrescenta § 3º ao art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para reduzir, anualmente, a partir do exercício de 2009, o percentual da Desvinculação das Receitas da União incidente sobre os recursos destinados à manutenção e desenvolvimento do ensino de que trata o art. 212 da Constituição Federal, dá nova redação aos incisos I e VII do art. 208, de forma a prever a obrigatoriedade do ensino de quatro a dezessete anos e ampliar a abrangência dos programas suplementares para todas as etapas da educação básica, e dá nova redação ao § 4º do art. 211 e ao § 3º do art. 212 e ao *caput* do art. 214, com a inserção neste dispositivo de inciso VI.

_____. *Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996*, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.

_____. *Lei 10.172, de 9 de janeiro de 2001*. Aprova o Plano Nacional de Educação e dá outras providências.

_____. *Lei 11.114, de 16 de maio de 2005*. Altera os arts. 6º, 30, 32 e 87 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, com o objetivo de tornar obrigatório o início do ensino fundamental aos seis anos de idade.

_____. *Lei 11.274/06, de 6 de fevereiro de 2006*. Altera a redação dos arts. 29, 30, 32 e 87 da Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, dispondo sobre a duração de 9 (nove) anos para o ensino fundamental, com matrícula obrigatória a partir dos 6 (seis) anos de idade.

_____. *Lei 12.796, de 4 de abril de 2013*. Altera a Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para dispor sobre a formação dos profissionais da educação e dar outras providências.

_____. *Projeto de Lei 8.035, de 20 de dezembro de 2010*, do Poder Executivo. Aprova o Plano Nacional de Educação para o decênio 2011-2020 e dá outras providências.

FREITAS, Vladimir Passos de. “*Creches, ativismo judicial e reflexos nos municípios*”, artigo publicado em 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Lei 12.544, de 3 de julho de 2006. *Institui o Programa Primeira Infância Melhor – PIM*.

_____. *RADIOGRAFIA DA EDUCAÇÃO INFANTIL NO RS – Análise do desempenho 2009/2010*. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso de Agravo do Município de São Paulo*. Provimento Negado. Segunda Turma. Relator ministro Celso de Mello. Em 23 de agosto de 2011.

_____. *Repercussão Geral no Agravo de Instrumento 761.908 Santa Catarina*. Plenário. Relator ministro Luiz Fux. Em 24 de maio de 2012.

A UTILIZAÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA COMO FORMA DE EQUILÍBRIO FINANCEIRO E JUSTIÇA SOCIAL

Tiago Rangel Soares Silva¹

RESUMO

O presente trabalho, longe de esgotar seu conteúdo, destina-se a esclarecer aspectos gerais sobre o instituto da contribuição de melhoria, delimitando as hipóteses de incidência e seu foco no âmbito municipal. Apesar de ser um instituto antigo, esquecido no tempo, representa um mecanismo eficaz e uma alternativa viável no custeio de obras públicas por meio dessa exação.

Palavras-chave: Contribuição de melhoria. Obra pública. Valorização imobiliária. Município.

1 Advogado da Confederação Nacional de Municípios (CNM).

1. Introdução

A dificuldade financeira dos Municípios vem de longa data, com componentes históricos externos que se refletem diretamente nas políticas locais. Nos últimos anos, é notório o enfraquecimento contínuo das administrações municipais que, seja pelos eventos desfavoráveis na economia mundial ou em razão das constantes atuações desonerativas dos Entes responsáveis pela arrecadação dos impostos partilhados, sofrem irremediavelmente os efeitos da crise.

Os Municípios, em sua grande maioria, dependem dos recursos constitucionais para a composição de seus orçamentos e suportam, em decorrência das constantes desonerações promovidas pelo governo federal – que traz impactos diretos nos repasses financeiros por meio do Fundo de Participação dos Municípios (FPM) e das políticas de incentivos fiscais promovidas pelo governo estadual, representado pelo ICMS –, as limitações impostas pela carência de recursos financeiros que não os permitem desenvolver suas regiões.

A escassez de recursos financeiros atrelados à crescente necessidade da população faz com que o gestor municipal não tenha condições de promover os investimentos necessários em infraestrutura, como nos casos de melhoria de conjuntos habitacionais, obras de pavimentação asfáltica, ampliação da rede de iluminação pública, construção de praças, dentre outras benesses destinadas ao bem estar dos munícipes.

Essas melhorias na infraestrutura municipal, em muitas vezes, ficam no aguardo de recursos oriundos das emendas parlamentares (governo federal) ou da adesão a convênios (federal ou estadual) que trazem uma série de responsabilidades ao gestor local. O resultado disso compõe o atual quadro nos Municípios: obras incompletas ou abandonadas pelo poder público.

Nesse sentido, o presente artigo visa a incentivar os gestores municipais a criar novos instrumentos de gestão que possam auxiliá-los na execução de obras voltadas ao desenvolvimento de sua região, bem como propagar a política participativa com a integração da população no planejamento e custeio

das obras públicas por meio da contribuição de melhoria.

2. Da contribuição de melhoria

A contribuição de melhoria tem seus critérios definidos em nosso ordenamento jurídico na Constituição Federal (art. 145, inc. III), abaixo transcrito, no Código Tributário Nacional e no Decreto-Lei 195/1967, cuja exigibilidade do tributo se impõe aos proprietários de imóveis valorizados em decorrência de obras públicas realizadas pelo Ente tributante.

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

[..]

III – contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.²

O presente tributo é de competência comum dos Entes públicos – União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Ou seja, dentro dos limites de atribuições, cada Ente poderá instituir a contribuição de melhoria decorrente de obras públicas.

Não obstante a autorização constitucional, imperioso registrar que para instituir a contribuição de melhoria não basta simplesmente a execução da obra, é necessário observar os demais dispositivos infralegais que exigem a efetiva valorização imobiliária – conforme as diretrizes do art. 81 da Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional).

Art. 81. A contribuição de melhoria cobrada pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, é instituída para fazer face ao

² Art. 145, inc. III, da Constituição Federal de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado.³

Seguindo essa linha, entende-se que a exigibilidade da contribuição de melhoria fica condicionada ao preenchimento de dois critérios materiais: existência de obra pública e valorização imobiliária; devendo, por seu turno, existir entre ambas nexos de causalidade entre atividade estatal (obra pública) e valorização imobiliária.

Nesse sentido, registre-se que o nascimento da exigibilidade da contribuição de melhoria deve observar o elemento normativo que exige uma atuação direta do Ente tributante. Assim, corroborando com entendimento aqui delineado, o professor Roque Carrazza é categórico em afirmar que:

Esta atuação estatal – porque assim o exige o art. 145, III da Constituição da República – só pode consistir numa obra pública que cause valorização imobiliária, isto é, que aumenta o valor de mercado dos imóveis localizados em suas imediações. Já percebendo, pois, que a contribuição de melhoria, embora decorra de obra pública, depende para nascer, de um fator intermediário: valorização de imóvel do contribuinte, em razão dessa atuação estatal.⁴

Na seara de aplicação dos tributos em geral, para uma melhor compreensão do instituto, torna-se conveniente destacarmos alguns aspectos elementares que diferenciam a contribuição de melhoria das demais espécies. No caso dos impostos, destaca-se a capacidade contributiva do contribuinte; nas

3 Art. 81 da Lei nº. 5.172/1966 disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm>.

4 CARRAZZA, Roque Antonio; Curso de Direito Constitucional Tributário; 24ª edição. Ed: Malheiros. São Paulo, 2008. Pg. 548.

taxas, o princípio norteador que justifica sua exigibilidade é o caráter da remuneração do serviço público – contrapartida pelo serviço; já nas contribuições de melhoria predomina a idéia de proporcionalidade ao benefício “especial” recebido em razão da obra pública.

A contrário senso, surgiram inúmeros contribuintes questionando a legitimidade ou a revogação tácita superveniente dos limites apostos no Decreto-Lei 195/1967 e dos arts. 81 e 82 do Código Tributário Nacional por incompatibilidade material com a Constituição Federal de 1988. Contudo, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) pacificou o entendimento no sentido de que os artigos que tratam da contribuição de melhoria, arts. 81 e 82 do CTN e o Decreto-Lei 195/1967, estão vigentes e aplicáveis em nosso ordenamento; exigindo-se para sua instituição a demonstração da valorização efetiva do imóvel.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA. PLENO VIGOR DOS ARTS. 81 E 82 DO CTN E DL 195/1967. VALORIZAÇÃO DO IMÓVEL. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO.

1. Cuidam os autos de cobrança de contribuição de melhoria com base no custo da obra e não na valorização do imóvel, onde o agravante, ao argumento de que os arts. 81 e 82 do CTN e os arts. 1º e 2º do DL 195/67 teriam sido revogados por legislações supervenientes, sustenta que o legislador optara por substituir o critério valorização pelo critério custo.

2. A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que: i) os artigos 81 e 82 do CTN estão em pleno vigor; ii) a contribuição de melhoria é tributo cujo fato impositivo decorre da valorização imobiliária causada pela realização de uma obra pública, cabendo ao ente público o ônus da sua comprovação a fim de justificar o tributo estipulado. Precedentes.

3. Agravo regimental não provido

(Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Agravo de Instrumento nº 1.159.433/RS. DJE 5/11/2010).

Trata-se, na espécie, de um tributo de caráter especial cuja exigibilidade restou condicionada ao cumprimento dos requisitos de atividade estatal específica e valorização imobiliária.

2.1 Caracterização de obra pública

A obra pública que define a incidência da contribuição de melhoria tem como característica essencial a permanência, visto que as obras dotadas de caráter provisório, mesmo que realizadas pelo Ente público, não justificam a cobrança do tributo. Assim, uma construção feita provisoriamente para cumprimento de um objetivo transitório, como é o caso de uma exposição ou evento local, não acarretará a contribuição de melhoria.

Faz-se necessária, neste momento, uma breve distinção dos conceitos entre obra pública e serviço público. Apesar de ambos serem realizados pela administração e, por consequência, podendo ensejar a incidência de tributos, não se confundem. A primeira caracteriza-se com o efetivo exercício da atividade estatal por prazo determinado e objeto específico – finda com a conclusão da obra. Já no serviço público, a atividade estatal tem o caráter continuado – não se interrompe com o tempo. Essa distinção é salutar, visto que na obra pública enseja a instituição e a arrecadação da contribuição de melhoria; enquanto no serviço público, por seu turno, enseja a instituição e a arrecadação da taxa.

Essa distinção, inclusive, é delineada por Hugo de Brito Machado nos seguintes termos: “na obra pública há o desempenho de atividade estatal que termina quando fica pronto o bem público correspondente, no serviço público, pelo contrário, a atividade é permanente, não termina, pois se deixa de ser exercitada o serviço deixará de existir”.⁵

5 MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Editora Malheiros, 2007, p. 438.

O Decreto-Lei 195/1967, em seu art. 2º, esclarece o comando das obras públicas que permitem a incidência da contribuição de melhoria.

Art. 2º Será devida a Contribuição de Melhoria, no caso de valorização de imóveis de propriedade privada, em virtude de qualquer das seguintes obras públicas:

I – abertura, alargamento, pavimentação, iluminação, arborização, esgotos pluviais e outros melhoramentos de praças e vias públicas;

II – construção e ampliação de parques, campos de desportos, pontes, túneis e viadutos;

III – construção ou ampliação de sistemas de trânsito rápido inclusive todas as obras e edificações necessárias ao funcionamento do sistema;

IV – serviços e obras de abastecimento de água potável, esgotos, instalações de redes elétricas, telefônicas, transportes e comunicações em geral ou de suprimento de gás, funiculares, ascensores e instalações de comodidade pública;

V – proteção contra secas, inundações, erosão, ressacas, e de saneamento de drenagem em geral, diques, cais, desobstrução de barras, portos e canais, retificação e regularização de cursos d'água e irrigação;

VI – construção de estradas de ferro e construção, pavimentação e melhoramento de estradas de rodagem;

VII – construção de aeródromos e aeroportos e seus acessos;

VIII – aterros e realizações de embelezamento em geral, inclusive desapropriações em desenvolvimento de plano de aspecto paisagístico.

Em que pese os posicionamentos doutrinários contrários, filiamonos à corrente que defende a taxatividade do rol estabelecido no art. 2º do DL 195/1967; bem como aos limites condicionantes ao custo da obra e da valorização imobiliária para a incidência do presente tributo.

2.2 Caracterização da valorização imobiliária

A valorização imobiliária é o elemento fático que fundamenta a contribuição de melhoria, sendo um requisito indispensável à cobrança do referido tributo pelo Ente tributante. Em outros termos, a valorização imobiliária é parte integrante da chamada hipótese de incidência do tributo, sem a qual não é possível ao Ente público estabelecer o valor a ser restituído aos cofres públicos pelos contribuintes.

Registre-se, por seu turno, no caso de recapeamento asfáltico, a obra não acarreta valorização apta a gerar o respectivo acréscimo imobiliário, impedindo remuneração por meio da contribuição de melhoria. O recapeamento asfáltico é obra que em sua execução traz somente “benefício”, pois se reflete em serviço de manutenção ou conservação da via pública.

Nesse sentido, segue entendimento proferido pelo Supremo Tribunal Federal.

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA. ART. 18, II, DA CF/67, COM REDAÇÃO DADA PELA EC N. 23/83. RECAPEAMENTO ASFÁLTICO. [...] Hipótese de recapeamento de via pública já asfaltada: simples serviço de manutenção e conservação que não acarreta valorização do imóvel, não rendendo ensejo a imposição desse tributo. RE conhecido e provido.

(Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 115.863/SP. DJ 29/10/1991).

Para que ocorra a possibilidade da cobrança da exação em tela, não basta que haja uma valorização, é necessário que essa valorização seja decorrente da realização de uma obra pública – atividade estatal; e que exista a efetiva valorização, não bastando a mera expectativa de aumento do valor do imóvel.

2.3 Dos limites da contribuição de melhoria

Houve uma série de questionamentos dentre o histórico da contribuição de melhoria na fixação dos limites da referida exação ou da fixação da base de cálculo sendo fixada de acordo com o critério adotado, podendo ser o *quantum* de valorização que o imóvel sofreu em razão da obra pública – se for adotado o critério da valorização – ou o valor das despesas da obra atribuível a cada imóvel – se for acolhido o critério do custo.

Apesar desses questionamentos, no direito brasileiro, foi adotado o critério do *quantum* da valorização que a obra pública causou aos imóveis a ela adjacentes. Determinado o *quantum* da obra, a alíquota poderá chegar ao custo integral da obra. Ressalta-se que esses limites, base de cálculo e alíquota devem ser fixadas por meio de lei da entidade tributante; obedecendo, assim, ao princípio da legalidade.

O Decreto-Lei 195/1967 e o Código Tributário Nacional fixam a base de cálculo da contribuição de melhoria a dois elementos a serem observados: o valor global da obra e a valorização individual do imóvel. O limite global da obra obsta a cobrança excessiva frente ao custo total da obra, e o limite individual impede que a cobrança do tributo exceda à valorização experimentada pelo contribuinte.

Apesar de o texto constitucional vigente não fazer qualquer menção aos dois limites global e individual, essas limitações estão previstas implicitamente pela adoção da interpretação sistemática das legislações tributárias que é aplicável na presente espécie.

Permanece, assim, seja na instituição ou na arrecadação pelo Ente tributante, o limite individual; não podendo ser cobrado do contribuinte um percentual superior à valorização imobiliária que a obra pública lhe propiciou; e o limite global da obra, onde não é possível a cobrança de percentuais que superem o custo efetivo despendido na execução da obra; pois, caso contrário,

o poder público incorreria no desvio de finalidade ao exigir dos contribuintes valores superiores ao que realmente investiu na realização da obra.

A uso da contribuição de melhoria pelo poder público consiste em um importante instrumento de governo pelo qual se retira do proprietário do imóvel a vantagem adicional que ele, individualmente, auferiu com a realização da obra pública. Logo, persiste a ideia de proporcionalidade e justiça social, visto que o contribuinte deverá contribuir de acordo com a valorização de seu imóvel e devolver aos cofres públicos apenas os investimentos decorrentes da respectiva obra. Se o incremento no valor dos imóveis, no total, é maior do que o custo da obra, prevalece este como limite global a ser restituído ao poder público. Os contribuintes serão, nesse caso, beneficiados proporcionalmente.

De mesma sorte, se não houver valorização imobiliária, não há o que se falar em exigibilidade da contribuição de melhoria.

O referido Decreto-Lei 195/1967, em seu art. 3º, traz a regulação do cálculo a ser realizado a partir do limite individual e, no art. 4º, estabelece os critérios a serem seguidos para definir o custo da obra. Conforme o disposto a seguir:

Art. 3º A Contribuição de melhoria a ser exigida pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, para fazer face ao custo das obras públicas, será cobrada pela Unidade administrativa que as realizar, adotando-se como critério o benefício resultante da obra, calculado através de índices cadastrais das respectivas zonas de influência, a serem fixados em regulamentação deste Decreto-Lei.

Art. 4º A cobrança da Contribuição de melhoria terá como limite o custo das obras, computadas as despesas de estudos, projetos, fiscalização, desapropriações, administração, execução e financiamento, inclusive prêmios de reembolso e outras de praxe em financiamento ou empréstimos e terá a sua expressão monetária atualizada na época do lançamento mediante aplicação de coeficientes de correção monetária.

§ 1º Serão incluídos, nos orçamentos de custo das obras, to-

dos os investimentos necessários para que os benefícios delas decorrentes sejam integralmente alcançados pelos imóveis situados nas respectivas zonas de influência.

§ 2º A percentagem do custo real a ser cobrada mediante Contribuição de melhoria será fixada tendo em vista a natureza da obra, os benefícios para os usuários, as atividades econômicas predominantes e o nível de desenvolvimento da região.

A contribuição relativa a cada imóvel deve ser determinada pela divisão da parcela do custo da obra pelos imóveis situados na zona atingida, levando-se em conta os respectivos fatores individuais de valorização. Deve o Ente público observar o limite máximo do valor da obra. Assim, o Município só poderá arrecadar o valor que foi despendido na execução da obra, pouco importando se a soma dos valores acrescidos nos imóveis beneficiados ultrapassou o montante gasto pelo Ente tributante.

3. Contribuição de melhoria nos Municípios

Em que pese a viabilidade de instituir e arrecadar a contribuição de melhoria nos Municípios, muitos gestores preferem pleitear recursos junto ao governo federal ou estabelecer convênios com outros Entes para desenvolver sua região.

Ao optar pela captação de recursos externos para investir no Município, o gestor se condiciona à aceitação das imposições e das exigências requeridas do Ente concedente, assumindo, por muitas vezes, encargos que oneram ainda mais o orçamento municipal. Reitera-se que grande parte das obras públicas nos Municípios, como soberjamente noticiado nas mídias sociais, não são concluídas em decorrência do excesso de burocracia ou por atrasos na liberação dos recursos pactuados. Assim, os Municípios não conseguem implementar os serviços essenciais para sua população, a qual, em regra, espera ansiosa por soluções que reflitam na qualidade de vida na região.

Para muitos gestores, um dos principais entraves na aplicação dessa modalidade tributária consiste em estabelecer parâmetros exatos para aferir a real valorização da propriedade particular; ou seja, o correto percentual a ser restituído aos cofres públicos frente ao montante gasto na obra. Por oportuno, cumpre registrar que as importantes lições de Geraldo Ataliba quanto ao aspecto da contribuição de melhoria, assim asseverando:

Efetivamente, se o proprietário em nada concorre para a obra – que gera a valorização – não é justo que se aproprie deste específico benefício. Pelo contrário, a comunidade que custeou a obra é que deve ficar com a expressão financeira desse proveito. Razões financeiras o impõem: a necessidade de recurso com que enfrentar outras, ou a própria obra. Razões econômicas o recomendam: desestimular a especulação imobiliária que se alimenta da esperança de valorização, pela simples posse prolongada (os inconvenientes da especulação são notórios: não uso e retenção dos terrenos nos arredores das cidades, aguardando valorização, com consequente desvio de capitais de empreendimentos produtivos, criação de favelas etc). Razões políticas o exigem: devolver a coletividade os benefícios e frutos de sua ação e não premiar a inércia, a improdutividade dos que adquirem imóveis por preço baixo, para aguardar sua valorização por efeito progressivo comunitário, expansão urbana e realização de obras públicas.⁶

Ressalta-se que a entidade tributante detém o ônus de demonstrar a efetiva valorização imobiliária decorrente da obra pública. Entendimento este, inclusive, consolidado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

EMENTA: TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA.

1. A entidade tributante ao exigir o pagamento de contribui-

ção de melhoria tem de demonstrar o amparo das seguintes circunstâncias: [...] c) a base de cálculo é a diferença entre dois momentos: o primeiro, o valor do imóvel antes da obra ser iniciada; o segundo, o valor do imóvel após a conclusão da obra. [...] 4. Adoção, também, da corrente doutrinária que, no trato da contribuição da melhoria, adota o critério de mais-valia para definir o seu fato gerador ou hipótese de incidência (no ensinamento de Geraldo Ataliba, de saudosa memória). (Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 169.131/SP. Dj 2/6/1998).

Entretanto, uma solução viável para contornar esse obstáculo é o planejamento prévio da obra junto à sociedade – a chamada política participativa. Não obstante a participação da sociedade, é exigível do Ente tributante a edição de lei específica que delimite os moldes da exação. Assim, o art. 82 do CTN prevê uma série de atos que devem ser observados pelo Ente tributante na instituição da contribuição de melhoria no Município. E, assim dispõem:

Art. 82. A lei relativa à contribuição de melhoria observará os seguintes requisitos mínimos:

I – publicação prévia dos seguintes elementos:

- a) memorial descritivo do projeto;
- b) orçamento do custo da obra;
- c) determinação da parcela do custo da obra a ser financiada pela contribuição;
- d) delimitação da zona beneficiada;
- e) determinação do fator de absorção do benefício da valorização para toda a zona ou para cada uma das áreas diferenciadas, nela contidas;

II – fixação de prazo não inferior a 30 (trinta) dias, para impugnação pelos interessados, de qualquer dos elementos referidos no inciso anterior;

III – regulamentação do processo administrativo de instrução e julgamento da impugnação a que se refere o inciso anterior, sem prejuízo da sua apreciação judicial.

§ 1º A contribuição relativa a cada imóvel será determinada pelo rateio da parcela do custo da obra a que se refere a alínea c, do inciso I, pelos imóveis situados na zona beneficiada em função dos respectivos fatores individuais de valorização.

§ 2º Por ocasião do respectivo lançamento, cada contribuinte deverá ser notificado do montante da contribuição, da forma e dos prazos de seu pagamento e dos elementos que integram o respectivo cálculo.

Esse conjunto de regras permite aos municípios um maior acompanhamento de todas as etapas da implantação da obra. No caso, o planejamento prévio com a participação popular é o elemento delimitador da exação, cuja as bases permitem aos Entes públicos investirem regularmente no desenvolvimento do Município.

4. Conclusão

Em meio à carência econômica dos Municípios e à expressiva escassez de recursos a serem aplicados em investimentos produtivos no território, as autoridades públicas municipais devem atender ao traço mais marcante desta fase de desenvolvimento, qual seja, a necessidade de realização de grandes obras de infraestrutura básica – em geral deixadas a cargo do governo.

Um dos pontos positivos para a instituição da contribuição de melhoria é o acompanhamento expressivo da população; sendo uma espécie de tributo democrático, visto que permite um acompanhamento contínuo de todas as fases da obra, desde a etapa prévia até a sua respectiva conclusão. De outro plano, auxilia o Ente municipal por viabilizar alternativas para custear as obras públicas nos Municípios.

A contribuição de melhoria, nesse cenário, tem uma dupla função dentro da administração municipal: auxilia no desenvolvimento da região e exerce uma política de índole redistributiva. Quanto ao critério de desenvolvimento,

permite à administração realizar as obras de infraestrutura de grande interesse dos municípios – independente de recursos externos, seja do governo federal ou estadual. No que se refere à política redistributiva, dispõe que a arrecadação dessas contribuições serão utilizadas exclusivamente para cobrir os custos das obras públicas; restabelecendo, assim, o equilíbrio financeiro e a equidade na aplicação das verbas públicas.

Em que pese os benefícios da presente exação, o uso da contribuição de melhoria tem sido pouco explorado pelos Entes municipais, os quais, infelizmente, não amadureceram a idéia de política participativa; permitindo aos municípios que se manifestem e contribuam efetivamente para o desenvolvimento de sua região.

Referências

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 18 maio de 2013.

_____. *Lei 5.172, de 24 de outubro de 1966*. Código Tributário Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm>. Acesso em: 18 maio de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Agravo de Instrumento 1.159.433/RS*. DJE 5/11/2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 169.131/SP*. Dj 2/6/1998.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 115.863/SP*. DJ 29/10/1991.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 24ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 28ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

O PREJUÍZO CAUSADO PELO ASSÉDIO MORAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL

Fábio Luiz Pacheco¹

RESUMO: O presente trabalho tem por fim alertar os gestores públicos municipais sobre a existência cada vez mais frequente do assédio moral no âmbito da administração pública municipal. Igualmente, é a intenção deste ensaio evidenciar os prejuízos sociais e financeiros acarretados pelo assédio moral dentro das organizações públicas locais. Buscar-se-á, portanto, ilustrar condutas lesivas praticadas por servidores públicos em desfavor de outros servidores e os malefícios que daí decorrem. Por fim, serão abordados alguns mecanismos para evitar a ocorrência do assédio moral no ambiente de trabalho público. Toda a pesquisa tem como parâmetro o raciocínio lógico indutivo e baseia-se em pesquisa doutrinária e jurisprudencial.

¹ Ex-consultor jurídico da CNM; ex-assessor jurídico municipal; ex-servidor do TRE/RS; ex-servidor do TRT/MG; atual servidor do TRF/4ª Região.

Palavras-chave: Assédio moral. Administração pública municipal. Indenização. Prejuízo.

1. Introdução

Assunto que a cada dia ganha mais espaço na realidade forense, o assédio moral nas organizações laborais está contido em milhares de ações judiciais que tramitam no Poder Judiciário brasileiro.

Sua ocorrência tem diversos motivos e, por lógico, diversas consequências; todas, frisa-se, negativas para a sociedade. Essas consequências tornam-se ainda mais maléficas à sociedade quando o assédio é cometido dentro de entidades e órgãos públicos.

Muito estudada nas relações privadas – aquelas entre empregados e empregadores, pessoas jurídicas de direito privado ou pessoas físicas –, a temática do assédio moral é cada vez mais percebida na esfera pública.

Diante de situações de assédio moral (conforme a seguir relatadas), além do prejudicado principal (assediado), existem outras organizações que também são igualmente “danificadas”. Mostrar-se-á adiante, pois, os inúmeros e os vultosos prejuízos de imagem, financeiros e sociais que os Municípios experimentam, em decorrência de condutas ignorantes e excludentes de alguns servidores seus, que acarretam o assédio moral.

De igual sorte, cabe trazer à tona sugestões de condutas que os Entes públicos locais podem tomar quando restar configuradas situações assediadoras, no intuito de penalizar o ofensor, restituir-se financeiramente e, principalmente, restaurar a moralidade pública maculada.

2. Conceito de assédio moral

O assédio moral caracteriza-se pela conduta reiterada de violência psicológica, que desestabiliza e perturba o equilíbrio psíquico/emocional do

trabalhador. É visto pela repetição de condutas tendentes a expor a vítima a situações incômodas ou humilhantes.

Como bem ensina Marie France Hirigoyen (MENEZES, 2002),² o assédio moral corresponde a “qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude [...]) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho”.

A referida especialista, psiquiatra e professora da Universidade de Paris, em abril de 2012, palestrou no Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (RS) sobre o assunto. Abaixo, transcreve-se notícia extraída do *site* oficial do TRT gaúcho:³

[..]

Em sua conferência, a especialista explicou que o assédio moral insere-se no grupo dos chamados riscos psicossociais. Ela elaborou uma definição própria sobre o assunto, segundo a qual o assédio moral constitui-se em estratégias ou comportamentos perversos que visam ao ponto fraco de uma pessoa e com o objetivo desestabilizá-la. Trata-se de uma agressão sutil e progressiva, muito difícil de provar e favorecida pela solidão da vítima e apoio social precário. De acordo com a psiquiatra, o assédio moral forma-se a partir de três componentes: o agressor, o alvo e o contexto em que a prática ocorre.

Conforme a psicanalista, existem quatro tipos de condutas hostis caracterizadoras de assédio moral. A primeira consiste em pequenas agressões reiteradas, cujo acúmulo causa o trauma. A francesa recorreu a um exemplo oferecido por Santo Agostinho

2 MENEZES, Cláudio Armando Couce de. Assédio Moral e seus Efeitos Jurídicos, *Revista Justiça do Trabalho*, Porto Alegre: HS, 2002, n. 228, p. 16.

3 Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/comunicacao/noticia/info/NoticiaWindow?cod=556302&action=2&destaque=false>>. Acesso em: 24 maio de 2013.

para ilustrar esse aspecto: “Um leão pode matar um homem com apenas uma mordida, mas se este homem for jogado em um buraco com muitas pulgas, também será morto, só que mais demoradamente”. Outra conduta identificada pela especialista é o isolamento e a recusa de comunicação. “Eu tive um paciente que disse se sentir transparente, porque ninguém falava com ele”, afirmou Marie-France. “É muito difícil aguentar a falta de identidade, a falta de existência no cotidiano”, explicou.

A terceira conduta hostil relacionada ao assédio moral é chamada pela psiquiatra de “atentado às condições de trabalho”. As pessoas, neste caso, são impedidas de exercer com competência suas atribuições. Segundo ela, as vítimas de assédio moral não são preguiçosas: pelo contrário, investem muito no seu trabalho e por esse motivo incomodam. “O objetivo do assédio é sempre se livrar de alguém que incomoda”, salientou a francesa, que citou o atentado à dignidade da pessoa como quarta prática configuradora de assédio moral: trata-se do registro da humilhação e da degradação da vítima, que deixará sequelas muitas vezes definitivas. No limite, explicou a especialista, essas práticas levam à violência física propriamente dita.

Não há como negar que o trabalho representa para o homem (em sua concepção geral, que abrange homens e mulheres) uma forma de alcançar sua dignidade. A dignidade no trabalho decorre da dignidade da pessoa humana (um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, nos moldes do art. 1º, inc. III, da Constituição Federal), que se relaciona à forma como os trabalhadores são vistos pela sociedade, bem como da visão que têm sobre si mesmos.

Nesse sentido, Alexandre Agra Belmonte (In: *Danos Morais no Direito do Trabalho*, 3ª Edição, Renovar, p. 381), citando Sebastião Vieira Cai-xeta, observa que

[..] o contrato de trabalho comporta com absoluta primazia a obrigação de respeito à dignidade da pessoa humana, uma vez que o trabalhador antes é humano e cidadão. Acima de tudo, tem

o empregador a obrigação de respeitar a personalidade moral do empregado na sua dignidade absoluta de pessoa humana.

Nota-se que, de fato, o assédio moral acarreta, a depender de sua intensidade e tempo de exposição do ofendido, violação de direitos fundamentais. Enganam-se aqueles que acreditam que os servidores públicos, detentores de estabilidade (art. 41, da Carta Maior), não sejam alvos das condutas acima narradas.

3. Formas de ocorrência do assédio moral na administração pública municipal

O assédio moral, embora mais percebido nas organizações privadas (pelo que se imagina, pelo número muito maior de empresas privadas do que de órgãos públicos), também está presente nas organizações públicas, em todas as esferas federativas e em todos os Poderes.

Em especial nos Municípios, considerando o número de Entes no Brasil,⁴ as manifestações dos assediadores tomam incontáveis formas. Os assediadores, servidores públicos municipais (concurados e ocupantes de cargos em comissão), utilizam-se de variados instrumentos para lograr êxito em suas condutas maléficas.

No caso de superiores hierárquicos que assediam moralmente seus subordinados, verifica-se o assédio vertical descendente. Em tais casos, a qualidade e alcunha de “chefe” ou “gerente”, por exemplo (acompanhado ou não de compensação financeira), por si só, tem o condão de transformar negativamente alguns servidores, os quais, de uma hora para outra, resolvem descontar angústias, desilusões, traumas etc. em seus inferiores.

São comuns atitudes de superiores hierárquicos que tratam com frieza

4 No total, o Brasil tem 5.568 Municípios. Dados da CNM.

e desprezo seus subalternos, não lhes dirigindo a palavra ou não os chamando pelo nome. Aliás, a prática de tratar os colegas por “apelidos” em repartições públicas quase sempre visa a salientar um defeito ou fraqueza do outro.

De outra maneira, mas com o mesmo desprezo, há superiores que se comunicam com seus subordinados por meio de gritos, xingamentos, palavras de baixo calão, gestos descoordenados; transmitindo, tão só, raiva e agressividade.

Outra prática muito percebida é o isolamento do assediado. Seja como “penalidade”, seja por diferenças pessoais ou profissionais, o distanciamento do trabalhador do convívio dos demais é prática lastimável, ainda mais quando o dito isolamento ocorre em local de pouca estrutura, longe da sede da prefeitura, com pouca ventilação e escassa iluminação. Nessas ocasiões, são frequentes ordens dos superiores para que nenhum outro servidor converse ou mantenha amizade com o servidor vítima – o que piora sua situação e, ademais, acarreta medo nos demais servidores, os quais imaginam que “o próximo” pode ser um deles.

Igualmente poderosas e perversas são as ações tomadas pelos superiores que incumbem seus subalternos de serviços que vão além de suas forças, competência ou especialidade. Isso ocorre, mormente, quando o chefe quer deixar de fazer algo de sua responsabilidade e transfere essa atribuição aos demais, o que possibilita àquele eximir-se de eventuais equívocos cometidos pelos últimos no desempenho da tarefa.

Outra tática de assédio consiste em desacreditar o trabalhador na frente dos demais colegas, ora desqualificando a qualidade de seu trabalho, ora colocando em xeque o modo de execução do mesmo labor. Comentários como “*está uma porcaria esse relatório; faça outro para hoje ainda!*”, dentre inúmeros outros, têm o potencial de, a depender da frequência das agressões e da autoestima do servidor agredido, ceifar uma brilhante carreira.

Além de condutas comissivas, as omissões também podem provocar

situações de assédio moral. Nesse sentido, percebem-se aqueles chefes que jamais elogiam um subordinado; que não reconhecem um serviço bem feito; que não oportunizam o *feedback* necessário ao crescimento profissional. Isso desmotiva a feitura de serviços e estipula um baixo padrão para o serviço público.

Deixar o funcionário sem ter o que fazer, ocioso, também pode configurar assédio moral. O trabalho proporciona inserção social e orgulho aos trabalhadores, por isso, cumprir suas obrigações profissionais com qualidade é motivo de satisfação pessoal e de recompensa. Inviabilizar esses sentimentos, a depender da forma como é feita, pode caracterizar assédio.

Uma das práticas que mais se vê nos Municípios brasileiros como forma de atingir moralmente servidores públicos é a prática da cedência – o que fere sobremaneira o requisito da finalidade dos atos administrativos. A depender do grupo político vencedor do pleito, ao assumir, automaticamente, encaminhará alguns servidores para atuarem fora do âmbito da administração municipal. São comuns, então, com o único propósito de prejudicar servidores pertencentes a partidos políticos diversos, cedências de funcionários a órgãos diversos, estaduais e federais mormente. Citam-se como exemplo de órgão para os quais são cedidos servidores municipais com o único propósito de prejudicá-los: Justiça Estadual (fórum), Justiça Eleitoral, postos do INSS etc.

Ressalta-se, outrossim, a existência do assédio moral horizontal, que é aquele cometido por colegas de trabalho contra outros colegas, em situações similares às acima narradas.

Existe posicionamento doutrinário que, por sua vez, classifica o assédio moral considerando o número de vítimas que são atingidas. Assim, há o assédio interpessoal, onde o agredido é um trabalhador específico, determinado e definido. Por outro lado, há o assédio coletivo ou estrutural, aquele em que as práticas agressivas são direcionadas a todos os trabalhadores ou grupo destes, caracterizando-se como métodos de ameaças e estresse coletivos.

Práticas como as supra comentadas (que têm cunho exemplificativo) podem destruir o entusiasmo e a vida pessoal e profissional de incontáveis ser-

vidores públicos. Cabe ressaltar que aquele cidadão, o qual estudou e tornou-se apto a laborar no serviço público – haja vista aprovação em concurso público –, apresenta alto nível de qualificação técnica e está com grandes expectativas de melhorar o próprio serviço público. Parece, então, que os assediadores, pessoas frustradas e tecnicamente inferiores, querem desqualificar o profissional e a prestação do serviço à comunidade. São pessoas inseguras e pouco qualificadas que se apegam a um cargo como forma de poder. As lesões provocadas, além de desqualificar o serviço público, provocam prejuízos muito mais amplos do que se imagina.

4. Os prejuízos que advêm dessa prática

De imediato, é fácil perceber o prejuízo do assediado, aquela pessoa que sofre com as práticas do assediador. Transtornos psicológicos (crise do pânico, mal-humor, entre outros) e físicos (perda de apetite, problemas para dormir, perda de cabelo etc.) são notados com frequência. Em casos mais graves, as consequências são drásticas, como o suicídio.

Os servidores que não sofrem diretamente o assédio, mas o presenciaram, também são lesados. Tornam-se servidores igualmente desestimulados e receosos, já que sabem que a qualquer momento podem ser eles o alvo das condutas assediadoras.

Destaca-se que

A garantia da estabilidade no serviço público não é broquel suficiente a defender o servidor das agressões considerando que o agente assediador pretende transformar o meio ambiente do trabalho e a vida profissional de seu “alvo” em algo insuportável, o que muitas vezes pode acarretar o afastamento deste por licença médica ou até mesmo um pedido de exoneração do cargo público. Isso acontece pelo fato de a vítima não aguentar mais as investidas morais e/ou sexuais sofridas no ambiente de

trabalho da Administração. Nesse ponto, a estabilidade no serviço público em nada serve à vítima que é minada em seu psicológico até o ponto de “voluntariamente” pedir exoneração.⁵

Esses são os principais prejuízos causados às pessoas envolvidas em situações de assédio moral no âmbito municipal. Só que além de causar danos aos servidores, condutas como as ora analisadas têm o condão de prejudicar o próprio Ente público.

Por conta das condutas lesivas, a tendência é que os assediados tenham sua produtividade diminuída e, a depender da gravidade do dano, necessitem de amparo médico/psicológico. Com isso, a execução do trabalho fica diretamente prejudicada e mais: ao faltar ao serviço ou, eventualmente, gozar de alguma licença remunerada (o que, frisa-se, não é culpa da vítima), acaba sendo um desperdício de dinheiro público, pois, além de custear as despesas médicas e psicológicas, os cofres públicos remuneram servidores que não estão em atividade.

Em virtude de uma conduta irresponsável e ignorante de um servidor (assediador), quem se prejudica é a administração pública e, por consequência, toda a comunidade local – que amarga a ausência de melhorias, pela ausência de verba pública.

Nas ações judiciais indenizatórias, quem figura no polo passivo da lide é o Ente público, em razão de sua responsabilidade civil objetiva (art., 37, § 6º, da CF). Ou seja, mais gastos para os cofres públicos com advogados, idas ao fórum, despesas processuais etc.

O Ente governamental poderá ser alvo, então, de demandas individuais (ação ajuizada por um só servidor), demandas coletivas (movidas por vários trabalhadores ou por sindicato profissional) ou de ações específicas, como a de

5 BRITO, Marcelo Palma de. O Assédio Moral e o Assédio Sexual no âmbito da Administração Pública – Competência Material da Justiça do Trabalho, *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, 2011, n° 84, p. 227.

dano moral coletivo ingressada pelo Ministério Público. Certamente, a administração pública será condenada a indenizar o trabalhador assediado, o que gerará mais gastos e mais precatórios a serem pagos.

Citam-se os casos abaixo para ilustrar as consequências jurídicas negativas ao Ente público que agiu com negligência ao não preservar o ambiente de trabalho saudável:

1. Decisão concedida em ação do Ministério Público do Trabalho proibiu hospital de Santa Maria de continuar a praticar assédio moral com seus empregados. A medida impede grosseiras, gritos, xingamentos, castigos, humilhações, perseguições e tratamento com rigor excessivo por parte de chefias da unidade médica, sob pena de multa diária de R\$ 2 mil.⁶

2. **EMENTA:** ASSÉDIO MORAL. INDENIZAÇÃO. Constitui-se em assédio moral a exposição de trabalhador a situações humilhantes e vexatórias, repetitivas e prolongadas, durante a jornada de trabalho ou no exercício das funções profissionais. (Acórdão do processo 0001072-34.2011.5.04.0411 (RO); 9ª Turma do TRT 4ª Região; Redator: CARMEN GONZALEZ; Data: 16/05/2013; Condenou o Réu Município de Palmares do Sul/RS a pagar indenização de R\$ 15.000,00).

3. **EMENTA:** ASSÉDIO MORAL. SERVIDORA PÚBLICA. TRANSFERÊNCIAS ENCETADAS COM O FITO DE PREJUDICAR A TRABALHADORA. CARACTERIZAÇÃO. O processo administrativo anexado aos autos por determinação do Juízo é prova suficiente do assédio moral empreendido contra a reclamante, pois evidencia que, não obstante fosse portadora de graves problemas de saúde e possuísse mais de 60 anos, teve a análise de seus requerimentos deliberadamente postergados, seja pela utilização de expedientes burocráticos desnecessários, seja pelo represamento do processo no Gabinete do

6 Disponível em: <<http://www.mpt.gov.br>>. Acesso em: 25 maio de 2013. Notícia veiculada em 15/5/2013.

Prefeito sem o cumprimento das orientações dos profissionais pertinentes. Não bastasse, a postura do Secretário Municipal de Governo indica o total desprezo pela postulação, sendo certo que cada nova transferência da obreira era efetuada de modo a agravar ainda mais suas condições de trabalho. Assédio moral caracterizado. ASSÉDIO MORAL. TRANSFERÊNCIAS PERPETRADAS COM CLARO INTUITO MALICIOSO. CONFIGURAÇÃO. Transferência de servidora, determinada por agentes políticos, em total discordância com as determinações médicas, revela o ápice do assédio moral empreendido. Não se pode conceber que uma servidora acometida de cardiopatia grave, com dois episódios de edema agudo no pulmão e com recomendação médica de proibição de esforços físicos e estresse emocional que pudessem precipitar descompensações cardíacas graves, seja transferida para local ermo, que dificulte o socorro médico, caso este seja necessário, para realização de limpeza de local desativado, em atividade incompatível com seu estado de saúde. ASSÉDIO MORAL. SERVIDORA MUNICIPAL. COMPROVAÇÃO CABAL. RESPONSABILIZAÇÃO E DIREITO DE REGRESSO. Uma vez patente a intencional exposição da reclamante a situação vexatória, humilhante e indigna, desrespeito perpetrado por agentes políticos da Administração, cabível a responsabilização do Município, sem se perder de vista o fato de que o assédio moral no serviço público enseja a tríplice responsabilidade do assediador (civil, penal e administrativa), sendo plenamente aplicável o direito de regresso do ente público contra o agente causador do prejuízo, nos termos do artigo 934, do Código Civil, visando resguardar interesse patrimonial daquele que não foi o autor material do ilícito. (Acórdão do processo nº 0000982-69.2011.5.15.0136; 8ª Câmara do TRT 15ª Região; Relatora: Erodite Ribeiro dos Santos de Biasi; Publicado: 22/06/2012; Condenou o Município de Pirassununga/SP a pagar R\$ 30.000,00).

4. EMENTA: ASSÉDIO MORAL. CARACTERIZAÇÃO. Para a configuração do dano moral é necessário o preenchimento de seus suportes fático-jurídicos: a ação ou omissão, o nexo causal e o dano. Comprovada nos autos a conduta abusiva,

repetida ou sistemática, de forma a expor a reclamante à situação humilhante e constrangedora, não há negar a ocorrência de assédio moral, passível de indenização. Recurso do reclamado improvido. (Processo no 0040100-75.2009.5.07.0029 ; 1ª Turma do TRT 7ª Região; Relatora: MARIA ROSELI MENDES ALENCAR; Publicação: 31/05/2011; Condenou o Município de Tianguá a pagar a R\$ 10.000,00).

Caso o servidor vítima peça exoneração, os prejuízos também são enormes, pois se perde um trabalhador treinado e preparado, o que envolveu diversos treinamentos pagos pela administração e horas de esforço coletivo para torná-lo apto ao trabalho.

Embora seja possível a tentativa de recuperação por parte do Ente público no que foi despendido em juízo com indenizações – tendo em vista que lhe é assegurado o direito de regresso contra o servidor agressor –, isso também provoca gastos ao erário municipal.

Além desses custos quantificáveis, importante mencionar que condutas de assédio moral no ambiente público violam, sobremaneira, princípios norteadores da administração pública, destacando-se o da moralidade e o da eficiência – previstos no *caput* do art. 37 da Carta Magna. Essa lesão prejudica a própria forma como a população enxerga seus gestores públicos, os quais ficam maculados por condutas que não conseguiram impedir.

5. Sugestões de formas de reduzir e extinguir o assédio moral

Não podem os administradores municipais ficar à mercê de servidores desqualificados que provocam lesões de toda ordem moral aos demais servidores. A negligência, neste caso, é imperdoável e provoca prejuízos a toda a comunidade.

De início, devem os prefeitos municipais tomar conhecimento do tema (proposta do presente artigo). Sabe-se que a rotina do gestor municipal é

desgastante e tumultuada e, por isso, acaba sem acesso a algumas informações importantes.

Tão logo tome ciência do tema, o gestor deve providenciar o treinamento de servidores, a fim de que se tornem aptos a detectar ações ou omissão que possam acarretar assédio moral – acredita-se que um(a) psicólogo(a) seja a pessoa mais apta para a função.

Caso o dito profissional depare-se com a lesão ora abordada, deve documentar o caso, levá-lo ao prefeito e este deve providenciar a abertura de um processo administrativo com fins de melhor apurar o caso e, conforme a conclusão, embasar futuro processo administrativo de suspensão ou demissão do ofensor. Não restam dúvidas, também, de que o cometimento de assédio moral pode originar ao servidor agressor um processo de improbidade administrativa e, inclusive, uma ação na esfera penal.

É muito importante o auxílio ao servidor prejudicado, mormente, por meio de tratamento psicológico. Isso garantirá ao Ente a ausência de ação judicial ou, em caso de ingresso de uma, a minoração da quantia indenizatória – já que o órgão público não agiu com negligência e buscou reverter as consequências maléficas provocadas ao agredido.

Outra conduta a ser tomada pela municipalidade é a realização de palestras sobre o tema, com profissional especializado, a fim de que todos os servidores adquiram conhecimentos, mesmo que superficiais, a respeito da matéria. A consciência dos servidores diminuirá a ocorrência de lesões da espécie ora tratada.

O conhecimento por parte dos servidores permite que os assediados não fiquem sofrendo em silêncio, “escondidos”.. Essencial, então, é a criação de mecanismos de comunicação aos funcionários agredidos, como uma ouvidoria, que garanta agilidade e sigilo na apuração dos fatos.

Em reação a essas práticas perversas, muitos Municípios brasileiros estão regulamentando o assunto, a fim de proporcionar um combate eficiente e justo aos agressores. Citam-se alguns que já o fizeram, a saber: São Paulo/

SP, Osasco/SP, Rio de Janeiro/RJ, Contagem/MG, Natal/RN, Cascavel/PR e Capão da Canoa/RS.

6. Conclusão

Embora seja clichê, a afirmação de que o trabalho dignifica o homem está longe de distanciar-se da realidade. A inserção social está intimamente ligada ao trabalho de cada um. Por ter essas características, dentre outras tão importantes quanto, o ambiente laboral deve ser preservado. Infelizmente, no entanto, são cada vez mais aparentes e repetitivas as situações de assédio moral experimentadas por trabalhadores.

Esse problema também encontra espaço no âmbito da administração pública e, muito frequentemente, nas gestões locais. Servidores públicos, dentro das repartições, são alvos de assédio moral, provocados por outros servidores. As consequências que daí advêm lesam a vida profissional e pessoal do trabalhador agredido. E mais: causam transtornos e prejuízos financeiros aos cofres públicos.

O combate ao assédio moral no âmbito público, então, é medida que se impõe. Pessoas que lesam moralmente seus colegas ou subordinados devem ser extirpadas do serviço público.

A proteção ao erário é outra medida imprescindível, pois é por meio dela que são atingidos os fins públicos. Conhecer a matéria, divulgá-la e combatê-la são atitudes que se esperam de um atento gestor público.

Referências

BELMONTE, Alexandre Agra. *Danos Morais no Direito do Trabalho*. 3ª ed. Renovar.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Disponível em: < HYPERLINK “<http://www.trt4.jus.br/>” <http://www.trt4.jus.br>>. Acesso em: 24 maio de 2013.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região. Disponível em: < HYPERLINK “<http://www.trt7.jus.br/>” <http://www.trt7.jus.br>>. Acesso em: 24 maio de 2013.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Disponível em: < HYPERLINK “<http://www.trt15.jus.br/>” <http://www.trt15.jus.br>>. Acesso em: 26 maio de 2013.

_____. Ministério Público do Trabalho. Disponível em: < HYPERLINK “<http://www.mpt.gov.br/>” <http://www.mpt.gov.br>>. Acesso em: 25 maio de 2013.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BRITO, Marcelo Palma de. O Assédio Moral e o Assédio Sexual no âmbito da Administração Pública – Competência Material da Justiça do Trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, 2011, n. 84.

MENEZES, Cláudio Armando Couce de. Assédio Moral e seus Efeitos Jurídicos, *Revista Justiça do Trabalho*. Porto Alegre: HS, 2002.



SCRS 505, Bloco C Lote 01 - 3ª andar
Brasília/DF • CEP 70.350-530
Tel.: (61) 2101-6000 • Fax: (61) 2101-6008

www.cnm.org.br