



III REVISTA JURÍDICA





III REVISTA JURÍDICA



2015 Confederação Nacional de Municípios – CNM.



Esta obra é disponibilizada nos termos da Licença Creative Commons: Atribuição – Uso não comercial – Compartilhamento pela mesma licença 4.0 Internacional. É permitida a reprodução parcial ou total desta obra, desde que citada a fonte. A reprodução não autorizada para fins comerciais constitui violação dos direitos autorais, conforme Lei 9.610/1998.

As publicações da Confederação Nacional de Municípios – CNM podem ser acessadas, na íntegra, na biblioteca *online* do Portal CNM: www.cnm.org.br.

Editoria Técnica:

Vanessa Alexandra Santos Rezende

Supervisão Editorial:

Jamille Lavale de Carvalho Henriques de Moura

Diretoria-Executiva:

Gustavo de Lima Cezário

Revisão de textos:

Keila Mariana de A. O. Pacheco
Allan Moraes

Diagramação:

Themaz Comunicação

Ficha Catalográfica

Confederação Nacional de Municípios – CNM

III Revista Jurídica CNM / Confederação Nacional de Municípios – Brasília: CNM, 2015.

276 páginas.

ISSN 2238-5738

1. Guardas Municipais 2. Impostos. 3. Procurador Municipal. 4. Regularização Fundiária. 5. Precatórios. 6. Emancipações. 7. Consórcios 8. Alíquotas RAT e FAP. 9. Licitações. 10. Parceria Público-Privada 11. Convênios. 12. Imunidade Parlamentar. 13. Propriedade Intelectual. 14. Regiões Metropolitanas. 15. Iluminação Pública. I. *Título*.

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	7
PREFÁCIO.....	9
BREVE ANÁLISE DA LEI 13.022/2014 – ESTATUTO GERAL DAS GUARDAS MUNICIPAIS	11
INCIDÊNCIA DO ISS SOBRE SERVIÇOS CONCEDIDOS E PERMISSIO- NADOS	36
BREVE CONSIDERAÇÕES SOBRE O CARGO DE PROCURADOR MU- NICIPAL.....	55
O REGISTRO DE IMÓVEIS E A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA NAS CIDADES BRASILEIRAS	69
OS PRECATÓRIOS E OS DESDOBRAMENTOS DA EMENDA CONS- TITUCIONAL 62/2009	113
A SITUAÇÃO ATUAL DAS EMANCIPAÇÕES NO BRASIL: UMA BRE- VE ANÁLISE SOB AS PERSPECTIVAS JURÍDICA E POLÍTICA.....	123
A FORMAÇÃO DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS ASPECTOS TEÓRI- COS E PRÁTICOS	133
ALÍQUOTAS DO RAT E DO FAP PARA A ADMINISTRAÇÃO MUNI- CIPAL – UMA TESE CONTRA O INSS	154
A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E A INEXIGIBILIDA- DE DE LICITAÇÃO.....	167
PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA: ALTERNATIVA EFICIENTE PARA ENFRENTAR O DESAFIO DOS RESÍDUOS SÓLIDOS NOS MUNICÍ- PIOS BRASILEIROS	173

CUIDADOS E RESPONSABILIDADES NA PRESTAÇÃO DE CONTAS DE CONVÊNIOS FEDERAIS	194
IMUNIDADE PARLAMENTAR – O ALCANCE PARA OS VEREADORES	209
A PROTEÇÃO À PROPRIEDADE INTELECTUAL COMO FATOR DE DESENVOLVIMENTO	216
A INTERMUNICIPALIDADE E AS REGIÕES METROPOLITANAS NO DIREITO BRASILEIRO	244
A MITIGAÇÃO DE RISCO DE LESÃO AO ERÁRIO NO PROCESSO DE TRANSFERÊNCIA DOS ATIVOS DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA.....	266

APRESENTAÇÃO

A Confederação Nacional de Municípios (CNM) traz ao leitor a terceira edição de sua Revista Jurídica com temas de grande relevância para prefeitos, vice-prefeitos, vereadores, procuradores e servidores em geral.

Nos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, diariamente nos deparamos com propostas e decisões que podem impactar nos Municípios brasileiros, seja de forma positiva, seja negativa.

O Município deve estar atento a leis, decisões ou até mesmo a propostas legislativas que tenham por objetivo alterar a gestão local.

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

Boa leitura a todos.

Paulo Ziulkoski
Presidente da CNM

PREFÁCIO

De acordo com a Constituição Federal de 1988, a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos.

Prevê ainda que cada um dos 5.568 Municípios que existem em nosso país possui competência para legislar sobre assuntos de interesse local.

Ainda que existam previsões legais de que o Município é um ente federado dotado de autonomia, a realidade nos mostra que a cada instante surgem propostas legislativas, leis, resoluções, decretos e decisões que ferem a autonomia desses Entes públicos.

Após a publicação de leis ou atos normativos, os Municípios são obrigados, por exemplo, a cumprir pisos salariais das mais diversas categorias, assumir responsabilidades sem a devida fonte de custeio, suportar o aumento da carga tributária, assumir a responsabilidade pelos ativos de iluminação pública e ver a cada mês o Fundo de Participação do Município (FPM) ser zerado em razão de dívidas previdenciárias que ao longo dos anos nunca foram consolidadas.

O gestor, eleito por seu povo, vira um mero administrador de recursos que já estão vinculados e acaba não tendo como atender às reais necessidades de sua comunidade.

A terceira edição da nossa Revista Jurídica é lançada no momento em que os gestores locais, as Associações Municipalistas e a Confederação Nacional de Municípios – entidade de representação nacional dos Municípios – defendem o respeito a autonomia dos Municípios e a consequente mudança no pacto federativo.

A Área Jurídica da Confederação Nacional de Municípios buscou trazer ao leitor artigos que versam sobre os mais diversos temas que impactam

nos Municípios, destacando a colaboração de colegas que não fazem parte da entidade, porém possuem vasta experiência municipalista. Agradeço, em nome da equipe da Área Jurídica, a colaboração de todos.

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

Vanessa Rezende
Área Jurídica da CNM.

BREVE ANÁLISE DA LEI 13.022/2014 – ESTATUTO GERAL DAS GUARDAS MUNICIPAIS

Jamille Lavale de Carvalho Henriques de Moura¹

Tiago Rangel Soares Silva²

RESUMO: O presente artigo trata sobre o papel atribuído pelo Constituinte de 1988 às guardas municipais, a autonomia dos Municípios para instituir guarda municipal e legislar sobre assuntos de interesse local e faz uma análise crítica sobre o Estatuto Geral das Guardas Municipais.

Palavras-chave: Guardas Municipais. Lei 13.022/2014. Estatuto Geral das Guardas Municipais.

1 Advogada do Departamento Jurídico da Confederação Nacional de Municípios (CNM). Especialista em Direito Público.

2 Advogado do Departamento Jurídico da Confederação Nacional de Municípios (CNM). Especialista em Direito Tributário.

1. Introdução

Em razão da violência que assola diuturnamente os registros policiais divulgados na mídia nacional, nas mais diversas regiões do país, muitos questionam sobre o papel a ser desenvolvido por cada Ente no enfrentamento da crescente onda de violência. Essa dúvida permeia a sociedade, que se vê indefesa e não sabe efetivamente quem são os órgãos responsáveis que integram o Sistema de Segurança Pública.

Fruto de políticas de setorização, muitos veem na integração federativa a solução para extirpar a criminalidade que enfrentamos nos dias atuais. Contudo, a ideia concebida de solução proporciona medidas paliativas e, muitas vezes, desproporcionais, que são referendadas pelo Congresso Nacional e findam por transferir a responsabilidade pela Segurança Pública aos entes federados mais frágeis, ou seja, os Municípios.

Atribuir novas obrigações aos Entes municipais sem a devida fonte de custeio é uma ação maléfica que visa unicamente mascarar a verdadeira falha existente no trato da Segurança Pública: a ausência de recursos financeiros.

2. Breve histórico sobre as guardas municipais

Cumpre-nos registrar inicialmente o papel atribuído às guardas municipais nos assentos da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988. À época, muitos parlamentares discutiam sobre a possibilidade de integração dessa corporação entre os órgãos responsáveis pela Segurança Pública.

Em análise aos registros dos discursos travados entre parlamentares e especialistas convidados para debater o tema Segurança Pública, na Subcomissão de Defesa do Estado, da Sociedade e de sua Segurança, observa-se a constante resistência dos agentes envolvidos por incluir nas funções de polícia as guardas municipais – conforme consignado no anteprojeto da Constituição.

Ressalta-se que, naquele período, fora levantado uma série de questionamentos sobre a viabilidade ou não de se instituir uma espécie de polícia municipal, bem como sobre o risco de utilizá-la para fins diversos do idealizado. Por essa razão, firmou-se o entendimento consolidado de que as guardas municipais deveriam ser criadas para proteger o patrimônio do Ente municipal.

Nesse sentido, vejamos trecho do discurso do relator, Sr. Ricardo Fiuza:

Acolhendo várias emendas, optamos pela simplificação da competência das Guardas Municipais à vigilância do patrimônio municipal, aliviando os encargos das Forças Policiais.

Apesar de consolidado no âmbito da Subcomissão as atribuições das guardas municipais como instrumento de vigilância do patrimônio Municipal, o Constituinte Ibsen Pinheiro, já na Comissão de Sistematização da Constituição, melhor debateu a matéria, nos seguintes termos:

O SR. CONSTITUINTE IBSEN PINHEIRO: – Sr. Presidente, a explicação do que se trata é deveras singela. Na verdade, a minha emenda era mais ambiciosa e pretendia regular, de modo cabal, o capítulo relativo às polícias militares e civis. No entanto, a construção que se fez neste Plenário torna necessário, na minha visão, que se regule de modo mais adequado a questão das guardas municipais. Sr. Presidente, leio para lembrar aos Srs. Constituintes o dispositivo que está no texto do Substitutivo Cabral 2: “As guardas municipais, além do que dispuserem as constituições estaduais, compete a proteção do patrimônio municipal.” Gostaria de alertar aos integrantes da Comissão de Sistematização para esta oração intercala “além do que dispuserem as constituições estaduais”, alertando-os para o risco de a Constituição Federal abrir um permissivo desta natureza, que poderá levar, em algum caso extremo, a que, eventualmente, constituições estaduais atribuam funções repressivas à guarda municipal. Nosso sistema de segurança está definido exhaustivamente no texto que temos

aprovado esta tarde. As guardas municipais têm outra função, de colaboração para a ordem dos serviços municipais. Por esta razão, Sr. Presidente, entendo que uma definição adequada é aquela que ofereço: “Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção das instalações e dos serviços municipais.” Com isto, Sr. Presidente, Srs. Constituintes, sempre que necessária, a ação da guarda municipal, para a proteção, para a ordenação de serviços municipais, em parques nas repartições municipais, elas prestarão esses serviços à comunidade, mas jamais poderão ser confundidas, eventualmente, num texto constitucional estadual como integrantes do sistema de segurança, que, no plano do Estado, limita-se às polícias civil e militar, e, no plano da União, estão definidas claramente. Sr. Presidente, por entender que oferece uma solução adequada, peço para esta emenda a atenção do Sr. Relator e a aprovação dos Srs. Constituintes. (Palmas)

Nesse cenário, após ampla discussão da matéria, restou definido nos termos do art. 144, §8º da Constituição Federal que os Entes municipais poderiam constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme disposto em lei.

3. Competência Legislativa

O Brasil optou por organizar o exercício do Poder Político de forma descentralizada, distribuindo parte dele aos Estados, Municípios e ao Distrito Federal, Entes federados que, em conjunto com a União, formam a República Federativa do Brasil.

Nesse contexto, 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 independência política, organizacional e financeira. Essa distribuição de competência é a responsável pela determinação das matérias que incidirão

em todo o território nacional, bem como em cada unidade federada, nos limites delineados pela lei maior (Constituição Federal).

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. O texto magno, em seu art. 18, assim define a independência política de cada ente:

A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

Isto significa que a Constituição já atribuiu para cada Ente federado sua respectiva competência, sendo estas distintas entre si, não podendo um Ente invadir a competência e o campo de ação do outro.

Segundo Carrazza (2003, p. 129):

De fato, inexistente hierarquia jurídica entre os entes federativos. Todos são pessoas jurídicas dotadas de capacidade política, enquanto atuam dentro de suas esferas de competência, constitucionalmente traçadas. Portanto, a harmonia deve presidir a conveniência dos entes federativos (pessoas políticas). Há, aliás, implícita na Constituição Brasileira a ideia de que desta conveniência harmoniosa resultará o bem de toda a Nação.

Importa salientar o sentido literal que a Constituição propôs em relação ao que se entende por “autonomia”. José Afonso da Silva (2007, p. 484) ensina:

Autonomia é a capacidade de agir dentro de círculo preestabelecido, como se nota pelos artigos 25, 29 e 32 que a reconhecem aos Estados, Municípios e Distrito Federal, respeitados os princípios estabelecidos na Constituição. É, pois, poder limitado e circunscrito e é nisso que se verifica o equilíbrio da federação, que rege as relações entre União, Estados, Distrito Federal e

Municípios, todos autônomos nos termos da Constituição (art. 18). Esse equilíbrio federativo realiza-se por mecanismos instituídos na constituição rígida, entre os quais sobrepõe a da intervenção federal nos Estados e agora também no Distrito Federal e dos Estados nos Municípios, que está prevista nos arts. 34 e 36.

Por fim, o e. doutrinador Helly Lopes Meireles, na obra *Direito Municipal Brasileiro* (15^a ed., 2^a tiragem, São Paulo, Malheiros, 2007, p. 90-91), leciona que:

Autonomia é prerrogativa política outorgada pela Constituição a entidades estatais internas (Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) para compor seu governo e prover sua Administração segundo o ordenamento jurídico vigente (CF, art. 18). É a administração própria daquilo que lhe é próprio. Daí porque a Constituição assegura a autonomia do Município pela composição de seu governo e pela administração própria no que concerne ao seu interesse local (art. 30, I). (sic). A autonomia não é poder originário. É prerrogativa política concedida e limitada pela Constituição Federal. Tanto os Estados-membros, Distrito Federal como os Municípios têm sua autonomia constitucionalmente, não como um poder de autogoverno decorrente da Soberania Nacional, mas como um direito público subjetivo de organizar seu governo e prover sua Administração, nos limites que a Lei Maior lhes traça.

O que implica dizer que os Municípios são Entes da federação dotados de autonomia para compor sua organização política, administrativa e financeira.

Lei alguma pode alterar a competência atribuída pela Constituição a cada membro integrante do sistema federativo, senão em determinados limites e nas hipóteses previstas dentro da própria Carta Magna.

A despeito do tema, o texto magno delimita as competências de cada uma das partes que compõem o sistema federativo. Em matéria de segu-

rança pública, há repartição de competência legislativa entre União e Estados. A Constituição da República, ao estabelecer a competência legislativa privativa da União, dispõe em alguns incisos sobre temas relacionados à segurança pública, vejamos:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

III – requisições civis e militares, em caso de iminente perigo e em tempo de guerra;

[...]

XXI – normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das polícias militares e corpos de bombeiros militares;

XXII – competência da polícia federal e das polícias rodoviária e ferroviária federais;

[...]

XXVIII – defesa territorial, defesa aeroespacial, defesa marítima, defesa civil e mobilização nacional;

[...]

Excluídas as reservas de competência legislativa da União, compete aos Estados, de forma residual, dispor sobre segurança pública. Nesse sentido, dispõe o art. 25 da CF:

Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

§ 1º – São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.

Ao Ente municipal é autorizado editar leis que o auxilie na organização estrutural e política de sua localidade; inclusive, podendo complementar normas federais ou estaduais, nos limites previstos nas respectivas Constituições, cujo caráter suplementar lhe é inerente.

Apesar da previsão legal no sentido de suplementar a legislação federal e estadual, torna-se salutar registrar que a Constituição Federal reservou determinadas matérias aos municípios. Essa previsão decorre da autonomia do ente municipal na definição de políticas públicas, circunscrita ao interesse local (art. 30, inciso I da CF/88).

Art. 30. Compete aos Municípios:

I – legislar sobre assuntos de interesse local;

II – suplementar a legislação federal e a estadual no que couber

No que se refere ao predomínio do interesse local (art. 30, I, da CF), cumpre-nos transcrever os ensinamentos proferido por Michel Temer,³ que assim dispõe:

Doutrina e jurisprudência, ao tempo da Constituição anterior, se pacificaram no dizerem que é do peculiar interesse aquele em que predomina o do Município no confronto com os interesses do Estado e da União. Peculiar interesse significa interesse predominante. Interesse local é expressão idêntica a peculiar interesse.

Diante do exposto, é possível inferir que inexiste na Constituição qualquer comando que permita a União dispor sobre a organização e estruturação das guardas municipais, visto que essa competência é exclusiva do ente municipal em face predomínio do interesse local.

3 Em Elementos de Direito Constitucional, São Paulo: RT, 1989, p. 105

4. Das guardas municipais

É facultado aos Entes municipais instituir, por meio de lei local, as guardas municipais, cuja atribuição destina-se exclusivamente à proteção patrimonial. Essa é a inteligência do § 8º do art. 144 da Constituição Federal. Senão vejamos:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I – polícia federal

II – polícia rodoviária federal

III – polícia ferroviária federal

IV – polícias civis

V – polícias militares e corpos de bombeiros militares

§ 1º – A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, estruturado em carreira, destina-se a:

I – apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

II – prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

III – exercer as funções de polícia marítima, aérea e de fronteiras;

IV – exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

§ 2º – A polícia rodoviária federal, órgão permanente, estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais.

§ 3º – A polícia ferroviária federal, órgão permanente, estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais.

§ 4º – às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

§ 5º – às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

§ 6º – As polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

§ 7º – A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.

§ 8º – Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei. (grifo nosso)

É evidente que se a guarda municipal vai proteger bens, serviços e instalações do Município, a lei a que se refere o art. 144, parágrafo 8º, da CF/88, é, indiscutivelmente, municipal, uma vez que a matéria é de interesse local, sendo do Ente municipal a competência legislativa.

Da leitura do art. 144, *caput* e incisos, verifica-se que as guardas municipais não foram incluídas no rol que trata dos órgãos integrantes do sistema de segurança pública.

Os constituintes de 1988 rejeitaram todas as tentativas de se atribuir ao Município competências e responsabilidades das polícias civil e militar, bem como recusaram todas as propostas no sentido de criação de uma polícia municipal.

Destaca José Afonso da Silva:

Os constituintes recusaram várias propostas de instituir alguma forma de polícia municipal. Com isso, os Municípios não ficaram com nenhuma específica responsabilidade pela segurança pública.

A vontade do legislador em não atribuir as guardas municipais o policiamento ostensivo fica fortemente evidenciada no texto constitucional no momento em que faculta aos Entes municipais a criação das guardas municipais, cuja atuação destina-se exclusivamente à proteção do seu patrimônio. Caso fosse outro o entendimento, certamente a criação das guardas seria obrigatória e não opcional e integrariam os órgãos de Segurança Pública descritos nos incisos do *caput* do art. 144 da CF.

Observa-se que os únicos órgãos integrantes do sistema de segurança pública, arrolados nos incisos do *caput* do art. 144 são: polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal, polícias civis, polícias militares e corpos de bombeiros militares. O rol transcrito no citado dispositivo é exaustivo e não exemplificativo, não podendo nenhuma outra corporação ser incluída como órgão de segurança pública, por norma infraconstitucional, com atribuições já previstas na Constituição Federal para outros órgãos.

O Excelso Pretório na Ação Direta de Inconstitucionalidade 236-8/600 de 1990 assim se manifestou:

[...] b) os órgãos arrolados em tal dispositivo constituem *numerus clausus*, não comportando a inclusão de outras corporações policiais; [...]

d) e essa contrariedade se deu porque o elenco de órgãos federais e estaduais contidos no transcrito art. 144 da Constituição Federal é exaustivo e não exemplificativo. Por essa razão, a União, os Estados e os Municípios não podem criar novas organizações nesse setor específico da administração pública. (BRASIL, 1991, grifo nosso)

No mesmo sentido:

Os Estados-membros, assim como o Distrito Federal, devem seguir o modelo federal. O art. 144 da Constituição aponta os órgãos incumbidos do exercício da segurança pública. Entre eles não está o Departamento de Trânsito. Resta pois vedada aos Estados-membros a possibilidade de estender o rol, que esta Corte já firmou ser *numerus clausus*, para alcançar o Departamento de Trânsito. (ADI 1.182, voto do Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 24-11-2005, Plenário, DJ de 10-3-2006.) Vide: ADI 2.827, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 16-9-2010, Plenário, DJE de 6-4-2011)

Às guardas municipais restou a função de proteger seus bens, serviços e instalações, conforme disposto em lei, não lhe cabendo os serviços de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública.

Reza o Parecer Conjur/MCidades 1409/2006 a respeito da mencionada lei:

[...] disporia apenas sobre os modos de execução e demais fatores relacionados as nuances administrativas, nunca ampliando o campo de atuação, para acrescentar competência que o constituinte não estabeleceu, como, por exemplo, inserido o município, por intermédio da sua guarda municipal, no contexto da segurança pública.

Sobre as atribuições da Guarda Municipal, Álvaro Lazzarini (2003) discorre:

Recordemos que a melhor doutrina entende, uniformemente, que a Constituição Federal de 1988, apesar das investidas em contrário, não autoriza os Municípios a instituírem órgãos policiais de segurança, pois as Guardas Municipais só podem ser destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, o que equivale dizer que o município não pode ter Guarda que

substitua as atribuições da Polícia Militar. Nesse sentido, igualmente, a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo tem sido pacífica no sentido da incompetência das Guardas Municipais para atos de polícia, como, por exemplo, a condução de alguém, por guardas municipais, para autuação em flagrante, e, até mesmo, a incompetência de guardas municipais para dar busca pessoal. (LAZZARINI, 2003, p. 95)

Ainda sobre o tema Diógenes Gasparini (1992, p. 239) afirma que:

as guardas municipais só podem existir se destinadas a proteção de bens, serviços e instalações do Município. Não lhes cabem, portanto, os serviços de polícia ostensiva, de preservação da ordem pública, de polícia judiciária e de apuração das infrações penais. Aliás, essas competências foram essencialmente atribuídas à polícia militar e à polícia civil, consoante prescrevem os §§ 4º e 5º do suso transcrito no art. 144 da Carta Federal.

Por outro lado, a redação do § 5º do art. 144 é clara ao atribuir às polícias militares o policiamento ostensivo e a preservação da ordem pública.

O Decreto-Lei 667, de 2 de julho de 1969, disciplina em seu art. 3º que compete às Polícias Militares executar com exclusividade, ressalvadas as missões peculiares das Forças Armadas, o policiamento ostensivo e atuar de maneira repressiva, em caso de perturbação da ordem, dentre outras atribuições.

Se os serviços de policiamento ostensivo e repressivo não foram atribuídos as guardas municipais no texto constitucional, o seu exercício por esta corporação, justificado por meio de norma infraconstitucional, deve ser considerado ilegal e inconstitucional.

Nesse sentido, segue o entendimento proferido pelo plenário do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), no julgamento da ADIN nº. 115.804, do município de São Paulo que, em breve síntese, ampliou as atribuições das guardas metropolitanas para preservar a ordem pública. No julga-

mento restou declarado a inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados; senão vejamos:

Ação Direta de Inconstitucionalidade – art. 1º, inc. I da Lei n. 13.866/2004, do Município de São Paulo, que fixa atribuições da Guarda Civil Metropolitana – Art. 147 da Constituição Estadual – Proteção dos bens, serviços e instalações municipais – Matéria debatida é atinente à segurança pública – Preservação da ordem pública – Competência das polícias, no âmbito do Estado – Atividade que não pode ser exercida pelas guardas municipais – Extrapolação dos limites constitucionais – Ação direta julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade do dispositivo

5. Da Lei 13.022/2014

Em 8 de agosto de 2014, foi aprovada a Lei 13.022, em que a União, a pretexto de instituir normas gerais para regular as guardas municipais, invadiu a competência legislativa do Ente municipal ao dispor sobre tema de interesse local. E, por seu turno, ampliou as competências das guardas municipais ao estabelecer o dever de proteger ostensivamente e preventivamente a vida dos cidadãos.

A norma em estudo alterou a natureza das guardas municipais, atribuindo a elas a função de proteção municipal, exercendo as funções das polícias militares e das polícias civis e federais, em total afronta ao texto constitucional.

Ademais, conforme mencionado, o Estatuto fere autonomia municipal ao invadir a competência legislativa do Ente no momento em que estabelece o número máximo do efetivo das guardas municipais; ao obrigar que o município estabeleça carreira única para as guardas municipais e plano de cargos e salários, criando obrigações e despesas para os Municípios; ao estabelecer requisitos básicos para investidura em cargo público na guarda municipal; ao criar órgãos municipais obrigatórios, permanentes, autônomos, como correge-

doria das guardas, ouvidorias das guardas e conselho; e obriga a que os cargos em comissão das guardas municipais deverão ser providas por membros efetivos do quadro de carreira do órgão ou entidade.

É papel exclusivo do Município definir sobre as políticas estruturais dos serviços desenvolvidos em sua localidade por ser matéria inerente ao interesse local. Dessa forma, o Ente municipal dispõe de autonomia administrativa e organizacional para disciplinar a composição e o funcionamento das guardas municipais.

Ao chefe do poder executivo municipal lhe é reservado legislar sobre o plano de cargos e salários, regime jurídico de seus servidores, estabelecer os requisitos específicos para investidura dos cargos públicos, bem como definir a estruturação de seus órgãos (art. 61, §1º da CF).

Ressalta-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no que tange à disciplina normativa dos servidores e ao processo de estruturação, bem como a organização administrativa, traduz matéria que se insere na esfera exclusiva de cada ente.

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 6.065, de 30-12-1999, do Estado do Espírito Santo, que dá nova redação à Lei 4.861, de 31-12-1993. Art. 4º e tabela X que alteram os valores dos vencimentos de cargos do quadro permanente do pessoal da polícia civil. Inadmissibilidade. Inconstitucionalidade formal reconhecida. Ofensa ao art. 61, § 1º, II, a e c, da CF. Observância do princípio da simetria. ADI julgada procedente. É da iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo lei de criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração, bem como que disponha sobre regime jurídico e provimento de cargos dos servidores públicos. Afronta, na espécie, ao disposto no art. 61, § 1º, II, a e c, da Constituição de 1988, o qual se aplica aos Estados-membros, em razão do princípio da simetria. (ADI 2.192, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 4-6-2008, Plenário, DJE de 20-6-2008.)

Em relação à autonomia dos Entes no Pacto Federativo, cumprê-nos registrar posicionamento do Ministro Marco Aurélio, no julgamento da ADI 4.167/DF que tratou da fixação do piso nacional para os profissionais do magistério (EC 53/2006):

Estamos a cotejo da lei atacada com a Constituição Federal, que é um documento rígido e, por isso, goza de supremacia, consideradas as demais fontes normativas. Conforme as lições de Seabra Fagundes, de Caio Tácito, e para me referir a um autor moderno, inexcédível, Celso Antônio Bandeira de Melo, que às unidades da Federação – e nisto está a essência do Pacto Federativo – se há de reconhecer a autonomia governamental, e, observados os princípios básicos da Constituição federal, a autonomia normativa. É, para mim, ainda, diante desta Carta – refiro-me ao texto primitivo da Carta da República –, **inimaginável ter-se a União legislar sobre serviços que ocorram em áreas geográficas de estados e municípios. É inimaginável a União substituir, sob pena de não se ter a Federação, Estados e Municípios.** (sem grifos no original).

O Estatuto Geral das Guardas Municipais, ao adentrar nos aspectos estruturais de funcionamento da respectiva corporação, fere flagrantemente o princípio basilar do Estado federativo: a autonomia dos Entes. Portanto, deve ser rechaçado do ordenamento sob pena de fragilizar o sistema estabelecido pela Carta Magna.

Ante o exposto, sob o pretexto de regulamentar as guardas municipais, a União, por meio da Lei 13.022/2014, acabou adentrando em matéria de competência dos municípios, ampliando as competências e obrigações municipais numa total afronta ao texto constitucional.

5.1. Estatuto do Desarmamento *versus* Estatuto Geral das Guardas Municipais

O art. 16 da Lei 13.022/2014 autoriza o porte de arma de fogo às guardas municipais, conforme previsto em lei.

A lei a que se refere o Estatuto Geral das Guardas Municipais é a Lei 10.826/2003, Estatuto do Desarmamento, que prevê em seu art. 6º que as guardas municipais poderão utilizar armas de fogo nos seguintes casos:

1. Municípios com mais de 500 mil habitantes: os guardas municipais possuem porte de arma de fogo em serviço ou mesmo fora de serviço e podem portar arma de fogo de propriedade particular ou fornecida pela instituição.
2. Municípios com mais de 50 mil habitantes e menos de 500 mil habitantes: os guardas municipais possuem porte de arma de fogo somente quando estiverem em serviço.
3. Municípios com menos de 50 mil habitantes e que sejam integrantes de região metropolitana: os guardas municipais possuem porte de arma de fogo somente quando estiverem em serviço.
4. Municípios com menos de 50 mil habitantes e que não sejam integrantes de região metropolitana: os guardas municipais não possuem porte de arma de fogo.

Verifica-se que de acordo com a atual redação do Estatuto do Desarmamento, instrumento que rege o uso de arma de fogo no território nacional, nos Municípios com população inferior a 50 mil habitantes, que não sejam considerados regiões metropolitanas, as guardas municipais ficam impedidas de utilizar arma de fogo, tanto em serviço como fora dele.

O art. 3º, incisos II, III e V, da Lei 13.022/2014, prevê que são princípios mínimos de atuação das guardas municipais a preservação da vida, a redução do sofrimento e diminuição das perdas, o patrulhamento preventivo e o uso progressivo da força, respectivamente. No entanto, como seria possível alcançar a efetividade de tais princípios sem a utilização dos instrumentos ade-

quados? Como seria possível a guarda municipal se proteger ou garantir a segurança da população contra um indivíduo que utiliza arma de fogo sem portar também uma arma letal?

Importante destacar que de acordo o art. 6º, § 3º, do Estatuto do Desarmamento, a autorização para o porte de arma de fogo das guardas municipais está condicionada à formação funcional de seus integrantes em estabelecimentos de ensino de atividade policial e à existência de mecanismos de fiscalização e de controle interno.

Os dados da Pesquisa de Informações Básicas Municipais (Munic), produzida periodicamente pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), trazidos à baila no Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2013, retratam que no Brasil existiam, no ano de 2012, 96.147 guardas municipais, distribuídas em 993 Municípios, predominantemente nas grandes cidades.

No entanto, dos 993 Municípios, em apenas 38 são utilizadas armas de fogo; em 409 Municípios não são utilizados esses equipamentos e em 409 Municípios esses profissionais utilizam armas não letais. Logo, somente no que tange à utilização de arma de fogo, a grande maioria dos Entes municipais terão que se preparar para a formação funcional de seus integrantes em estabelecimentos de ensino de atividade policial – conforme previsão do Estatuto do Desarmamento – o que acarretará despesas iminentes ao Ente.

Em outras palavras, o exercício das novas atribuições pelas guardas municipais, como a utilização da arma de fogo e formação específica, exigirá do Ente municipal um maior aporte financeiro. Assim, uma vez mais, a União, por meio de instrumento ilegítimo, criou uma nova despesa aos Entes municipais que possuem ou venham a possuir guardas municipais sem a devida contrapartida.

Ora, se os atores envolvidos no tema Segurança Pública pertencem aos Estados-membros e à União, como pode a tarefa de policiamento ostensivo e manutenção da ordem pública, que é de exclusividade das polícias, ser atribuído às guardas municipais sem a devida fonte de custeio?

Ademais, para que as guardas municipais preservem a vida do cidadão, conforme consta no art. 3º, inciso III, da indigitada norma, é necessário também que tenham uma melhor qualificação, devendo ter no mínimo uma avaliação psicológica adequada e periódica, além de treinamento com relação à utilização de armas letais e não letais e sua disciplina de uso.

5.2. Impactos financeiros da Lei 13.022/2014

É indispensável demonstrar os impactos das alterações propostas e os elevados custos que sofrerão os Municípios caso a Lei 13.022/2014 não seja declarada inconstitucional.

O art. 13 da Lei 13.022/2014 determina a criação de órgãos municipais obrigatórios próprios, permanentes, autônomos, como corregedoria, ouvidoria e conselho. Os servidores desses órgãos deverão estar aptos a realizar os trabalhos de fiscalização, investigação e punição dos guardas que agirem com abuso de poder ou desvio de conduta. A instituição desses órgãos próprios representa um alto custo financeiro para os Entes municipais ao exigir uma estrutura complexa para o atendimento pleno das novas atividades das guardas municipais.

As novas competências das guardas municipais, introduzidas pela Lei 13.022/2014, gerarão também aos Municípios um enorme impacto estrutural e financeiro. Isso porque ao atribuir também às guardas municipais as funções exercidas pelos órgãos de segurança pública, a corporação necessitará de estrutura de ensino, instrumentos de comunicações, armamentos, instalações, tecnologia e veículos – o que antes não era necessário.

Para que as guardas municipais tratem de crimes contra a vida é necessário inicialmente uma melhor qualificação já em sua contratação. O custo, por parte do Município, na contratação da empresa que realizará o certame será infinitamente maior, visto que para o cumprimento das expectativas do policiamento ostensivo os candidatos terão de passar por etapas mais complexas, como avaliação psicológica, investigação social e curso de formação es-

pecífico. E os valores ficam ainda maiores se somados aos custos de manutenção dos inúmeros cursos periódicos para aperfeiçoamento.

Se compararmos a formação de um policial ostensivo (soldado da Polícia Militar) de São Paulo com a Guarda Civil Metropolitana de São Paulo verificaremos que a carga horária do curso de formação da primeira corporação é de 1960 horas, enquanto que da segunda é de 600 horas; isso se levamos em consideração o cumprimento de todas as etapas de formação.

A matriz de curso da polícia militar possui inúmeras matérias que se relacionam com as técnicas e ensinamentos necessários para a realização de um policiamento ostensivo (conforme se observa abaixo) e que não estão presentes na matriz curricular do curso para formação de guardas municipais.

MODULO BÁSICO SOLDADO (PMSP)

ÁREA	Nº	MATÉRIA	CARGA HORÁRIA
FUNDAMENTAL	1	Direitos Humanos	58
	2	Ações Afirmativas e Igualdade	15
	3	Direito Penal	71
	4	Direito Penal Militar	18
	5	Direito Processual Penal Comum e Militar	25
		UD-01 – Direito Processual Penal Comum	15
		UD-02 – Direito Processual Penal Militar	10
	6	Direito Civil	15
	7	Direito Administrativo	14
	8	Sociologia	12
	9	Psicologia	26
	10	Português Instrumental	30
11	Medicina Legal	10	
12	Criminalística	27	
PROFISSIONAL	13	Princípios Básicos e Fundamentos da Qualidade	15
	14	Legislação Organizacional	27
	15	Princípios de Hierarquia e Disciplina	30
	16	Deontologia	10
	17	História da Polícia Militar	10
	18	Tiro Defensivo na Preservação da Vida – I – Método Giraldi®	125
	19	Doutrina de Polícia Comunitária	16
	20	Procedimentos Operacionais – I	79
	21	Educação Física	80
	22	Defesa Pessoal	45
	23	Ordem Unida	32
SOMA DA CARGA HORÁRIA DAS MATÉRIAS CURRICULARES			790
	Nº	MATÉRIA EXTRACURRICULAR	
	24	Informática	30
	25	Autoescola	45
SOMA DA CARGA HORÁRIA DAS MATÉRIAS EXTRACURRICULARES			75
EXTRACURRICULARES AVALIAÇÕES			30
PALESTRAS			20
TREINAMENTOS			24
À DISPOSIÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO ESCOLAR			45
SOMA TOTAL			984

MÓDULO ESPECÍFICO SOLDADO (PMSP)

ÁREA	Nº	MATÉRIA	CARGA HORÁRIA
PROFISSIONAL	1	ComunicaçãoOperacional	26
	2	Escrituração Aplicada de Polícia Militar	28
	3	Manutenção e Técnicas de Direção de Viatura Policial	36
	4	Tiro Defensivo na Preservação da Vida –II – Método Giraldi *	60
	5	PolicimentoMotorizado	15
	6	Policimento Escolar	11
	7	PolicimentoemEstabelecimentosPrisionais	10
	8	Transporte e Escolta de Presos	20
	9	ProcedimentosOperacionais – II	92
	10	Policimento de Trânsito	45
	11	Técnicas e Instrumentos de Menor Potencial Ofensivo	14
	12	Programas de Policiamento	14
	13	Resgate e Pronto-socorrismo	45
	14	Criminologia	14
	15	Toxicologia	12
	16	Telecomunicações	28
	17	InteligênciaPolicial	10
	18	SistemasInteligentes	8
	19	Comunicação Social	14
	20	Defesa Civil, Prevenção e Combate a Incêndio	15
	21	Policimento de Choque	10
	22	PolicimentoemEventos	14
	23	PolicimentoAmbiental	10
	24	Gerenciamento de Crises	15
	25	EducaçãoFísica	110
	26	DefesaPessoal	50
SOMA DA CARGA HORÁRIA DAS MATÉRIAS CURRICULARES			726
	Nº	MATÉRIA EXTRACURRICULAR	
	27	Exercício de Preservação da Ordem Pública	30
SOMA DA CARGA HORÁRIA DAS MATÉRIAS EXTRACURRICULARES			30
AVALIAÇÕES			31
VISITAS			20
PALESTRAS			20
ESTÁGIOS OPERACIONAIS SUPERVISIONADOS			80
TREINAMENTOS			24
À DISPOSIÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO ESCOLAR			45
SOMA TOTAL			976

Já no curso de formação específico de capacitação para a Guarda Civil Metropolitana de São Paulo o objetivo é apenas a formação básica da guarda e conhecimento dos programas de políticas públicas da Secretaria Municipal de Segurança Urbana, proteção a pessoas em situação de risco e grupos vulneráveis.

Após a formação inicial, o Decreto 5.123/2004 (§ 3º do art. 42), que regulamenta a Lei do Desarmamento, determina que os guardas municipais devem realizar anualmente o Estágio de Qualificação Profissional (EQP), com carga mínima de 80 horas.

Grade curricular do Estágio de Qualificação Profissional (EQP)

	DISCIPLINA	Carga horária
1	Motivando para excelência	4 horas
2	Noções de Planejamento Institucional	4 horas
3	Postura do GCM no Atendimento ao Cidadão	8 horas
4	Gerenciamento de Crise	4 horas
5	Direitos Humanos	4 horas
6	Pronto Socorrismo	6 horas
7	Regulamento Disciplinar	4 horas
8	Introdução e Conceito da Prevenção e Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas	4 horas
9	Comunicado de Descarte Irregular de Resíduos - CDIR	4 horas
10	Elaboração de Documentos Oficiais	4 horas
11	Cautela e Empréstimo Diário de Armamento e Equipamentos Correlatos	2 horas
12	Técnicas Operacionais	6 horas
13	Defesa Pessoal	10 horas
14	Educação Física	6 horas
15	Tiro Prático e Ações de Desarmamento	8 horas
	Avaliação	2 horas
	Total	80 horas

Fonte: Elaboração própria com dados de SÃO PAULO (2013a, p. 5)

Ressalta-se que a Guarda Civil Metropolitana de São Paulo é referência quanto aos aspectos estruturais e de formação profissional de seus servidores, cujo reflexo não corresponde à realidade fática dos demais municípios. Ou seja, se para adequar a Guarda Civil Metropolitana de São Paulo à Lei 13.022/2014 serão necessários novos treinamentos e adaptação no conteúdo programático para que sejam capazes de cumprir com as novas responsabilidades, o que podemos dizer do restante das guardas municipais existentes no Brasil, que em grande maioria encontram-se completamente despreparadas?

Fica evidente que não há nas guardas municipais experiência em policiamento ostensivo; portanto, a esmagadora maioria das guardas municipais já instituídas (993 no Brasil) teria de rever seus conceitos, primeiramente pelo custo envolvido e posteriormente pela necessidade de ser reinventada nos moldes de um policiamento ostensivo. Cabe frisar que quanto mais distantes estão os Municípios das grandes capitais, maiores são os custos envolvidos

para a aquisição de produtos e serviços, que perdem não apenas pela logística, mas pela escala de compra.

Importante considerar que para uma capacitação e formação adequada é necessária uma academia de polícia bem-estruturada, que vai muito além de um espaço físico, aparato tecnológico e sistemas de informação. Exige metodologia, tempo, planejamento e muito recurso humano, material e financeiro.

Portanto, evidencia-se que o perfil das atuais guardas municipais em nada se assemelham ao das polícia militares, seja na manutenção da ordem ou no policiamento ostensivo.

Outro problema que poderá emergir com o advento da Lei 13.022/2014 diz respeito à eventual equiparação salarial entre as guardas municipais e as polícias militares pelo cumprimento das funções de manutenção da ordem e policiamento ostensivo, o que representaria um valor impagável por parte dos Entes municipais.

6. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5156

A Federação Nacional de Entidades de Oficiais Estaduais (Feneme) ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5156 no Supremo Tribunal Federal (STF), na qual contesta a Lei Federal 13.022 de 8 de agosto de 2014, que dispõe sobre o Estatuto Geral das Guardas Municipais. Na ação, a entidade sustenta que a União não tem competência para legislar sobre guardas municipais, uma vez que são órgãos facultativos a serem criados ou não pelos Municípios, segundo o interesse local. A Feneme argumenta ainda que guarda municipal não pode atuar como polícia.

A Confederação Nacional de Municípios ingressou como *amicus curiae* na ação pois entende, assim como a Feneme, que a legislação é inconstitucional, uma vez que fere a autonomia municipal ao tratar de temas de competência dos Municípios e ao incluir as guardas municipais entre os órgãos responsáveis por segurança pública por meio de lei federal.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. In: Legislação Complementar. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5156.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 236-8/600 de 1990.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.182, voto do Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 24-11-2005, Plenário, DJ de 10-3-2006. Vide: ADI 2.827, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 16-9-2010, Plenário, DJE de 6-4-2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.192, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 4-6-2008, Plenário, DJE de 20-6-2008.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), no julgamento da ADIN nº. 115.804.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.167/DF, voto do Min. Marco Aurélio.

CARRAZZA, A. Roque. Curso de Direito Constitucional Tributário. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GASPARINI, Diógenes. As Guardas Municipais na Constituição Federal de 1988. In: Revista de informação legislativa, Senado Federal, a. 29, v. 113, p. 229-242, jan.-mar. 1992.

LAZZARINI, Álvaro. Segurança Pública e o aperfeiçoamento da polícia no Brasil. In: Revista Forense, n. 316, 1991, p. 3-34.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro. 15. ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

INCIDÊNCIA DO ISS SOBRE SERVIÇOS CONCEDIDOS E PERMISSIONADOS

*Paulo Caliendo*¹

Resumo: O presente artigo pretende verificar o problema da incidência de serviços concedidos e permissionados. Será objeto de análise em especial o caso dos Correios e outros serviços em que exista a alegação de delegação exclusiva como causa de aplicação da imunidade recíproca. Pretende-se demonstrar ao final que os critérios utilizados pela jurisprudência do STF devem ser alterados.

Palavras-Chaves: Imunidade recíproca – Imposto sobre Serviços – Serviços Concedidos e Permissionados.

1 Paulo A. Caliendo V. da Silveira é graduado em Direito pela UFRGS, mestre em Direito dos Negócios pela Faculdade de Direito da UFRGS. É doutor em Direito Tributário pela PUC/SP. Professor Titular em Direito Tributário na PUC/RS, onde compõe o corpo permanente do Mestrado e Doutorado, lecionando na Disciplina de Direito Tributário, e de diversos cursos de Pós-graduação no país. Autor do livro finalista do Prêmio Jabuti 2009 "Direito Tributário e Análise Econômica do Direito", publicado pela editora Elsevier. Conselheiro do Carf, vice-presidente da Academia Tributária das Américas, árbitro da lista brasileira do Mercosul. Advogado. Consultor Tributário da CNM.

1. Introdução

O ISS (Imposto Sobre Serviços) é um imposto de competência municipal e de natureza real, fiscal e direto. Trata-se de um tributo de natureza fiscal, dado que representa um dos mais importantes instrumentos de geração de receitas tributárias para os Municípios brasileiros. Podendo ser considerado como o maior responsável da arrecadação municipal no país.

O contexto institucional do ISS é caracterizado pela sua importância no rol das receitas tributárias dos Municípios, constituindo-se em um dos três pilares das receitas próprias, ao lado do IPTU e do ITBI. A existência de um imposto municipal sobre os serviços não encontra paralelo em outras experiências internacionais, nas quais a tributação sobre serviços encontra-se agregada na incidência do Imposto sobre Valor Agregado (IVA), que não é de competência local.

O ISS possui fundamento constitucional no art. 156, inc. III, que determina:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:
III – serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar.

A Lei Orgânica Municipal de cada Município brasileiro estabelece a instituição do tributo na esfera municipal. Esta pode e deveria ser objeto de regulamentação por meio de um Código Tributário Municipal (CTM), que determinará as suas normas gerais. Existe a possibilidade de existência ainda de Lei Complementar municipal que regule o tributo na esfera local.

O conceito de serviço está vinculado à noção de um processo e não exatamente do resultado da ação de um fazer. Em vista disso é que se diz que

se presta um serviço e ao que se produz ou realiza um serviço. Essa abordagem é utilizada igualmente na teoria econômica para tentar quantificar o setor de serviços na quantificação nas contas nacionais.

O Direito Privado nacional adotou a classificação tripartida das obrigações, em dar (*dare*), fazer (*facere*) e não fazer (*non facere*). Afastam-se as alegações de que nas obrigações de dar sempre existe um fazer e nas obrigações de fazer sempre existe uma entrega. Se utilizarmos a distinção com base no interesse do credor, podemos afirmar que o que interessa nas obrigações de dar é que lhe seja entregue algo, independentemente da atividade do devedor, bem como nas obrigações de fazer que algo lhe seja prestado.

O conceito de prestação de serviço está previsto no Código Civil, em seu art. 593 e seguintes. Não há, contudo, um conceito legal de serviço. Existem conceitos legais de serviços. O contrato de empreitada está previsto no art. 610 do Código Civil, que determina que o empreiteiro de uma obra pode contribuir para ela só com seu trabalho ou com ele e os materiais. No contrato de depósito voluntário, recebe o depositário um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame (art. 627).

O contrato de agência e distribuição é aquele em que uma pessoa assume, em caráter não eventual e sem vínculos de dependência, a obrigação de promover, à conta de outra, mediante retribuição, a realização de certos negócios, em zona determinada, caracterizando-se a distribuição quando o agente tiver à sua disposição a coisa a ser negociada, conforme o art. 710 do Código Civil.

A competência para a cobrança do ISS será estabelecida com base nesses fundamentos e na Lei Complementar 116/2003.

2. O problema da tributação dos serviços concedidos e permissionados: o caso dos Correios

A incidência do ISS sobre os serviços concedidos e permissionados está prevista no art. 1º, § 3º, da Lei Complementar 116/2003, que determina que:

§ 3º O imposto de que trata esta Lei Complementar incide ainda sobre os serviços prestados mediante a utilização de bens e serviços públicos explorados economicamente mediante autorização, permissão ou concessão, com o pagamento de tarifa, preço ou pedágio pelo usuário final do serviço.

Esse dispositivo garante eficácia ao art. 173 da Constituição Federal de 1988 (CF/88), que veda qualquer distinção tributária entre as empresas privadas e as *empresas públicas, as sociedades de economia mista e de suas subsidiárias, que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços*.

Determina a CF/88 que:

Art. 173 [...]. § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) [...]

II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

O texto constitucional vedou expressamente qualquer forma de privilégio fiscal para as empresas públicas. Apesar dessa limitação material, a Em-

presa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) requereu o benefício da imunidade recíproca, alegando a existência de um serviço com delegação exclusiva.

A ECT surgiu da transformação do Departamento de Correios e Telégrafos em empresa pública, por meio do Decreto-Lei 509, de 20 de março de 1969. A autorização para esta transformação foi concedida no art. 167 do Decreto-Lei 200, de 25 de fevereiro de 1967: “[...] art. 167. Fica o Poder Executivo autorizado a transformar o Departamento dos Correios e Telégrafos em entidade de Administração Indireta, vinculada ao Ministério das Comunicações”.

A matéria foi objeto do RE 601.392/PR, julgado em fevereiro de 2013. Tratava-se de recurso da ECT contra a cobrança de ISS pelo Município de Curitiba.

O TRF da 4ª Região entendeu que a imunidade recíproca estava restrita tão somente aos serviços postais, não abrangendo os demais serviços prestados pelos Correios. A ECT recorreu dessa decisão alegando que todos os seus serviços estariam protegidos pela imunidade política.

O ministro relator Joaquim Barbosa votou discorrendo sobre as três funções da imunidade recíproca em nosso sistema constitucional:

- I. como salvaguarda do pacto federativo, impedindo o surgimento de prejuízos indireto à autonomia financeira dos Entes políticos;
- II. proteger as atividades de natureza pública, em que inexista manifestação de capacidade contributiva ou intuito lucrativo; e
- III. proteger a livre iniciativa e a livre concorrência, impedindo o surgimento de atividades danosas à ordem econômica e seus fundamentos.

Discorreu o voto-relator que o texto constitucional pretendeu proteger a efetiva autonomia dos Entes políticos, garantindo uma rígida repartição de competências tributantes. Cada Ente político foi dotado de competência

para instituir e arrecadar tributos na sua esfera específica, sendo vedada a tributação recíproca sobre a renda, patrimônio e serviços.

O direito concedido aos Entes federados para instituir e arrecadar tributos implica uma limitação aos demais Entes para tributarem sobre os mesmos fatos geradores, mas também sobre os fatos praticados por estes Entes que provoquem uma incidência sobre a sua renda, patrimônio e serviços.

Concordamos com o raciocínio exposto pelo ministro relator. Creemos que o objetivo primordial dessa restrição é proteger a Federação e subsidiariamente a ordem econômica. A partir da escolha constitucional do regime federativo a Constituição impõe a necessária autonomia dos Entes políticos. Essa autonomia somente será efetiva se estes possuírem recursos próprios para a realização de suas atividades precípua. De nada adiantaria o texto constitucional proclamar a descentralização política e administrativa se os Entes federados não possuírem recursos para realizarem a sua missão constitucional.

A proteção da ordem econômica é garantida por outro dispositivo constitucional que limita a atuação do Estado na economia. Assim, da leitura conjunta do disposto no art. 150, VI, “a” e do art. 173 da CF/88 chega-se à conclusão de que também é objetivo da imunidade recíproca garantir tão somente a atuação política destituída de interesses lucrativos ou que venha a ferir a livre concorrência. Há uma vedação clara em nosso sistema ao uso de privilégios *civis, comerciais, trabalhistas e tributários* como forma de subsídios cruzados.

Assim, as atividades protegidas pela imunidade recíproca da ECT seriam aquelas previstas no texto constitucional em seu art. 21, inc. X, que determina que “[...] art. 21. Compete à União: [...] X – manter o serviço postal e o correio aéreo nacional.

A atribuição federal não se restringe apenas em assegurar o fornecimento de serviço postal, mas principalmente em garantir o seu bom funcionamento.

O ministro Ayres Brito, ao analisar o uso do verbo manter no texto constitucional, entendeu que esse é utilizado com igual significado em outros dispositivos constitucionais. Assim, a União é obrigada a manter o Poder Judi-

ciário, o Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios e a Defensoria Pública dos Territórios; os serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia de âmbito nacional. No entender do ministro, manter significaria aqui “manter a qualquer custo, a qualquer preço, de qualquer maneira, ainda que sob retumbante, acachapante prejuízo” (RE 601.392/PR).

O serviço postal é monopólio constitucional da União, não podendo ser afastado sob pena de configuração do crime de “violação do privilégio postal da União”, previsto no art. 42 da Lei 6.538/1978. Esta “*dispõe sobre os serviços postais*” e configura o monopólio postal em relação aos seguintes serviços:

Art. 9º – São exploradas pela União, em regime de monopólio, as seguintes atividades postais:

I – recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de carta e cartão-postal;

II – recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de correspondência agrupada;

III – fabricação, emissão de selos e de outras fórmulas de franqueamento postal.

O monopólio postal da ECT estava originalmente previsto no Decreto-Lei 509, de 20 de março de 1969, que previa em seu art. 2º que:

Art. 2º – À ECT compete:

I – executar e controlar, em regime de monopólio, os serviços postais em todo o território nacional;

Não se incluem dentre as atividades monopolísticas:

Art. 2º (...) § 2º – Não se incluem no regime de monopólio:

a) transporte de carta ou cartão-postal, efetuado entre dependências da mesma pessoa jurídica, em negócios de sua economia, por meios próprios, sem intermediação comercial;

b) transporte e entrega de carta e cartão-postal; executados eventualmente e sem fins lucrativos, na forma definida em regulamento.

A ECT tem realizado outras atividades não previstas no art. 9º da Lei 6.538/1978, que não possuem nenhuma relação com os serviços postais, tais como: a venda de títulos de capitalização, distribuição de boletos, jornais, livros e periódicos.

O STF já havia se manifestado sobre a constitucionalidade da Lei 6.538/1978 na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 46, que assim se manifestou:

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. EMPRESA PÚBLICA DE CORREIOS E TELEGRÁFOS. PRIVILÉGIO DE ENTREGA DE CORRESPONDÊNCIAS. SERVIÇO POSTAL. CONTROVÉRSIA REFERENTE À LEI FEDERAL 6.538, DE 22 DE JUNHO DE 1978. ATO NORMATIVO QUE REGULA DIREITOS E OBRIGAÇÕES CONCERNENTES AO SERVIÇO POSTAL. PREVISÃO DE SANÇÕES NAS HIPÓTESES DE VIOLAÇÃO DO PRIVILÉGIO POSTAL. COMPATIBILIDADE COM O SISTEMA CONSTITUCIONAL VIGENTE. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 1º, INCISO IV; 5º, INCISO XIII, 170, CAPUT, INCISO IV E PARÁGRAFO ÚNICO, E 173 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA LIVRE CONCORRÊNCIA E LIVRE INICIATIVA. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. ARGUIÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO CONFERIDA AO ARTIGO 42 DA LEI N. 6.538, QUE ESTABELECE SANÇÃO, SE CONFIGURADA A VIOLAÇÃO DO PRIVILÉGIO POSTAL DA UNIÃO. APLICAÇÃO ÀS ATIVIDADES POSTAIS DESCRITAS NO ARTIGO 9º, DA LEI.

1. O serviço postal — conjunto de atividades que torna possível o envio de correspondência, ou objeto postal, de um re-

metente para endereço final e determinado — não consubstancia atividade econômica em sentido estrito. Serviço postal é serviço público.

2. A atividade econômica em sentido amplo é gênero que compreende duas espécies, o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito. Monopólio é de atividade econômica em sentido estrito, empreendida por agentes econômicos privados. A exclusividade da prestação dos serviços públicos é expressão de uma situação de privilégio. Monopólio e privilégio são distintos entre si; não se os deve confundir no âmbito da linguagem jurídica, qual ocorre no vocabulário vulgar.

3. A Constituição do Brasil confere à União, em caráter exclusivo, a exploração do serviço postal e o correio aéreo nacional [artigo 20, inciso X].

4. O serviço postal é prestado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos — ECT, empresa pública, entidade da Administração Indireta da União, criada pelo Decreto-Lei 509, de 10 de março de 1.969.

5. É imprescindível distinguirmos o regime de privilégio, que diz com a prestação dos serviços públicos, do regime de monopólio sob o qual, algumas vezes, a exploração de atividade econômica em sentido estrito é empreendida pelo Estado.

6. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos deve atuar em regime de exclusividade na prestação dos serviços que lhe incumbem em situação de privilégio, o privilégio postal.

7. Os regimes jurídicos sob os quais em regra são prestados os serviços públicos importam em que essa atividade seja desenvolvida sob privilégio, inclusive, em regra, o da exclusividade.

8. Argüição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente por maioria. O Tribunal deu interpretação conforme à Constituição ao artigo 42 da Lei n. 6.538 para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º desse ato normativo.”

(ADPF 46, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/08/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-01 PP-00020)

Nesse julgamento partiu-se do entendimento que o serviço postal era atividade excluída da ordem econômica, constituindo-se em serviço público puro. Os serviços públicos são atribuições impostas ao Poder Público, realizadas sob regime público. Determina o art. 175 da CF/88 as suas principais características:

Art. 175 CF. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

O serviço é de titularidade do poder público, mas pode ser prestado diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão. Será realizado sempre sob a égide do regime público, obedecendo especialmente às regras de licitação legais.

O núcleo material do serviço público está no interesse público que deve ser satisfeito de modo contínuo, ininterrupto e efetivo. O núcleo formal está na submissão às regras atinentes ao regime público.

Determina o art. 3º da Lei 6.538/1978, que:

[...] art. 3º. A empresa exploradora é obrigada a assegurar a continuidade dos serviços, observados os índices de confiabilidade, qualidade, eficiência e outros requisitos fixados pelo Ministério das Comunicações.

O interesse público do serviço postal poderia ser buscado na proteção ao direito fundamental ao sigilo, previsto no art. 5º, inc. XII da CF/88, que determina que:

[...] é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; [...]

O art. 4º da Lei 6.538/1978 ressalta o direito de todos em haver a prestação do serviço postal e do serviço de telegrama.

O monopólio postal se justificaria pelo relevante interesse coletivo, configurando-se em uma das exceções à intervenção do Estado na economia. Dispõe o art. 173 da CF/88 que:

[...] ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

A decisão deixou clara que o monopólio postal era decorrente de um *privilegio público justificado*. Este decorreria da exclusividade da prestação dos serviços públicos. É dever do Estado prestar de modo contínuo e ininterrupto um serviço necessário ao interesse da coletividade. A atribuição de um monopólio legal para o serviço postal é tradição em diversos países, tal como nos Estados Unidos. O *United States Postal Service* possui monopólio para determinados serviços.

O fundamento desse privilégio público, transformado em monopólio legal, fundamenta-se no interesse público subjacente. Em geral os argumentos para a atribuição de exclusividade decorrem do elevado custo de manutenção de uma rede de prestação de serviços. Outro argumento geralmente apresentado vincula-se aos custos de manutenção do serviço em áreas de baixa lucratividade para a iniciativa privada.

O RE 601.392/PR tratou de determinar o alcance da imunidade da ECT. Será que esta se estende para atividades que não configuram serviço postal? Estariam imunes os serviços que não são monopólio exclusivo da ECT, tais como: a venda de títulos de capitalização, distribuição de boletos, jornais, livros e periódicos, atividades de Banco Postal ou venda de peças de joalheria em ouro? Como exemplo, citou o ministro Joaquim Barbosa, na ADPF 46, o caso da venda de lingotes banhados a ouro, no formato de selos históricos, em convênio com uma empresa privada.

Uma nova abordagem mudou profundamente o sentido do texto constitucional ao deslocar a imunidade da atividade para o sujeito. A imunidade prevista no texto constitucional se dirigia à atividade postal prestada em regime monopolístico. Assim, dado que é necessário manter o serviço de correios, este deverá ter o privilégio tributário, em prol do interesse público. Nada justificaria a extensão do privilégio fiscal para as atividades prestadas em regime de concorrência.

O argumento utilizado para fundamentar a imunidade subjetiva da ECT vinculava-se ao regime público a que estava submetida, na difícil tarefa de “manter a qualquer custo” o serviço de postal em todos os rincões do país, mesmo que sob “acachapante prejuízo”.

A ECT deveria praticar tarifas módicas, em obediência ao princípio da modicidade tarifária, mesmo quando o serviço fosse deficitário. As empresas privadas não. Estas não teriam a exigência de atuar obrigatoriamente em regiões não lucrativas. Não teriam a exigência de manter permanentemente um serviço ligando todos os cidadãos do país. O serviço de correios seria a pátria com selos, levando o idioma, o Estado, suas ordens, o mercado e a sociedade para cada milímetro do território nacional.

A ECT estaria obrigada ao cumprimento das normas referentes ao regime público, tais como licitações, concursos e controles pelos órgãos de fiscalização (TCU, CGU, entre outros).

Mas o que fazer no caso de abuso? De utilização indevida dessa instituição nacional como forma de arrecadação, por meio da intervenção do Estado na economia.

Alegou-se igualmente a inexistência de prejuízo à concorrência pela atividade da ECT. De um lado, o próprio setor privado se beneficiaria da rede de distribuição desta para ofertar seus serviços. De outro lado, os preços praticados pela ECT seriam em alguns casos até superiores aos da concorrência privada. Por diversos argumentos tentou-se demonstrar que a imunidade recíproca não prejudicaria a livre concorrência no setor de encomendas ou marketing direto.

Agora, se a imunidade recíproca não garantia melhores condições de competição, por que a ECT mantinha participação nesses setores? A explicação está no uso de subsídios cruzados para a ECT. Se esta não obtiver receita em outras atividades, deveria a União repassar recursos do orçamento para manter a continuidade do serviço. Tal situação tem se tornado ainda mais dramática com o surgimento de meios de comunicação informatizados.

O uso de subsídios cruzados para manter o serviço de correios esconde o real custo da atividade para o erário público, bem como distorce os mecanismos de mercado. Ao final se transforma em um subsídio cruzado, em que os Municípios estão a financiar o serviço federal de correios, em direta afronta ao texto constitucional.

3. Considerações finais: outros casos análogos

O julgamento da imunidade da ECT provocou uma miríade de novos questionamentos, que não estavam previstos no texto constitucional. Um grande número de empresas públicas, sociedades de economia mista ou autarquias passaram a requerer a imunidade subjetiva, mesmo que estivessem realizando atividades econômicas que não se caracterizam como sendo serviços públicos *stricto sensu*.

Um exemplo significativo de aplicação direta desse entendimento a casos análogos se refere ao julgamento do RE 817013 SP, de Relatoria da ministra Cármen Lúcia, julgado em 20 de agosto de 2014. Nesse caso, o Município de Nazaré Paulista pretendia cobrar o ISS sobre as tarifas de pedágio da Dersa Desenvolvimento Rodoviário S/A.

Assim vejamos:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL
E TRIBUTÁRIO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA
PRESTADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS. IMUNIDADE

TRIBUTÁRIA RECÍPROCA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO.

Relatório

1. Recurso extraordinário interposto com base na al. a do inc. III do art. 102 da Constituição da República, contra o seguinte julgado da 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo:

ISS – Exercícios de 2002 a 2005 – Município de Nazaré Paulista – Embargos à execução julgados procedentes – Reforma da sentença em grau de apelação, por maioria de votos – Pretensão da DERSA à imunidade a que se refere o artigo 150, VI, ‘a’ da Constituição – Benefício, todavia, não extensivo às sociedades anônimas que exercem, também, atividades de cunho econômico regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou atividades para as quais haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas – Privilégio fiscal, ademais, vedado pelo art. 173, § 2º, da CR – Embargos rejeitados. ISS – Exercícios de 2002 a 2005 – Município de Nazaré Paulista – Embargos à execução julgados procedentes – Reforma da sentença em grau de apelação, por maioria de votos – Exploração de rodovia mediante pedágio – Serviços sujeitos ao ISS -Incidência prevista no DL 406/68 – Alegada bitributação por se tratar de serviços remunerados por pedágio – Inocorrência – Exações cobradas de sujeitos passivos distintos – Embargos rejeitados” (fl. 419).

2. A Recorrente alega ter o Tribunal de origem contrariado o art. 150, inc. VI, al. a, da Constituição da República. Relata que Trata a espécie de ação de execução fiscal promovida pela recorrida buscando receber da recorrente o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS apurado nos períodos de abril/2002 a dezembro/2002, janeiro/2003 a dezembro/2003, janeiro/2004 a dezembro/2004, janeiro/2005 a dezembro/2005, incidente sobre a arrecadação do pedágio, com base no art. 8º, do Decreto-lei n. 406, de 31/12/1968 e item 08.06 da lista de serviços da Lei Municipal n. 520/2000. (...) a recorrente é sociedade de economia mista, cuja atividade corresponde à

própria atuação do Estado na prestação de serviço à população atribuído constitucionalmente ao Poder Público, qual seja, a construção e conservação de vias (art. 150, V, da CRFB/88), correspondente, assim, à própria atuação do Estado, pois a recorrente age como ‘longa manus’ do Estado de São Paulo (e não como concessionária privada de serviço público), sem concorrer com a iniciativa privada. A pretensão inicial envolve a cobrança de ISSQN sobre rodovia então sob a jurisdição administrativa da embargante, sociedade de economia mista, criada pelo Decreto-Lei n. 05, de 06/04/1969, e integrante da administração indireta do Estado de São Paulo. Malgrado tenha sido constituída sob a roupagem de direito privado, sofre o impacto das regras de direito público, desenvolvendo atividades totalmente equivalentes àquelas desenvolvidas pelo estado, mediante delegação, pois opera em campo reservado à atuação estatal, com o objetivo de satisfazer, concretamente, às necessidades coletivas. (...) é por conta do art. 150, inciso VI, ‘a’, da Constituição Federal que se pode afirmar que as sociedades de economia mista, prestadoras de serviços públicos, como é o caso da apelante, gozam da imunidade recíproca, sem receio de que isto implique afronta ao referido art. 173, par.2º, exatamente porque este só limita a concessão de privilégios fiscais (abstraindo o fato de a imunidade não poder ser considerada um privilégio fiscal, mas uma garantia constitucional) às hipóteses de exploração de atividades econômicas, nunca nos casos de prestação de serviços públicos” (fls. 428-439).

Apreciada a matéria trazida na espécie, DECIDO.

3. Razão jurídica assiste à Recorrente. O Desembargador Relator do caso, no Tribunal de Justiça de São Paulo, afirmou:

Data venia do entendimento expressado pelo voto vencido, a embargante, na condição de sociedade anônima e, consequentemente, com fins lucrativos e de cunho mercantil, por força do que dispõem o art. 2º e respectivo § 1º da Lei n. 6.404/76, não se beneficia com a imunidade recíproca de que trata o art. 150, VI, ‘a’, da Constituição, não só ante os dizeres do § 3º,

desse dispositivo, como pelo que estatui do § 2º, do art. 173, da mesma Carta. De acordo com o Estatuto da embargante, dentre os objetivos da mesma não se inclui apenas a prestação de serviços de exploração do uso de rodovias, mediante concessão, de construção e de pavimentação e recuperação de estradas, mas também atividades de caráter eminentemente econômico cujo desempenho deve ocorrer segundo normas próprias de empreendimentos privados, assim as de exploração industrial de centros de cargas e fretes e de terminais de carga, de comercialização de marcas e patentes e de prestação de serviços técnicos especializados a entidades privadas, mediante contrato. Daí não favorecer a ora recorrente o apego ao conteúdo do § 3º, do art. 150, da Constituição, para afirmar que, por não explorar atividades econômicas, acha-se contemplada pelo inciso VI, letra 'a', desse dispositivo. Aquele mesmo parágrafo, ademais, dispõe não se aplicar a vedação sob referência aos casos de exploração de atividades em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas às quais, indiscutivelmente, se dedica a embargante” (fls. 420-421, grifos nossos).

Este Supremo Tribunal assentou que as sociedades de economia mista delegatárias de serviços públicos, diferente das sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica em sentido estrito, são abrangidas pela imunidade tributária recíproca prevista no art. 150, inc. VI, al. a, da Constituição Federal: “

Recurso extraordinário com repercussão geral. 2. Imunidade recíproca. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. 3. Distinção, para fins de tratamento normativo, entre empresas públicas prestadoras de serviço público e empresas públicas exploradoras de atividade. Precedentes. 4. Exercício simultâneo de atividades em regime de exclusividade e em concorrência com a iniciativa privada. Irrelevância. Existência de peculiaridades no serviço postal. Incidência da imunidade prevista no art. 150, VI, 'a', da Constituição Federal. 5. Recurso extraordinário conhecido e provido” (RE 601.392, Redator para o acórdão o Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 5.6.2013,

grifos nossos). “Tributário. Imunidade recíproca. Art. 150, VI, ‘a’, da Constituição Federal. Extensão. Empresa pública prestadora de serviço público. Precedentes da Suprema Corte. 1. Já assentou a Suprema Corte que a norma do art. 150, VI, ‘a’, da Constituição Federal alcança as empresas públicas prestadoras de serviço público, como é o caso da autora, que não se confunde com as empresas públicas que exercem atividade econômica em sentido estrito. Com isso, impõe-se o reconhecimento da imunidade recíproca prevista na norma supracitada. 2. Ação cível originária julgada procedente” (ACO 765, Relatório o Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 4.9.2009, grifos nossos). “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. IMUNIDADE RECÍPROCA. ART. 150, INC. VI, ALÍNEA A, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. EXTENSÃO A SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. PRECEDENTE. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO” (RE 647.881-AgR, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 5.10.2012, grifos nossos). “REPERCUSSÃO GERAL. TRIBUTÁRIO. IPTU. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS (ECT). IMUNIDADE RECÍPROCA (ART. 150, VI, ‘A’, CF). RELEVÂNCIA ECONÔMICA SOCIAL E JURÍDICA DA CONTROVÉRSIA. RECONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO. PRECEDENTES DA CORTE. RECONHECIMENTO DA IMUNIDADE RECÍPROCA. RATIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO PROCEDIMENTO DA REPERCUSSÃO GERAL (ART. 543-B, CPC). 1. Perfilhando a cisão estabelecida entre prestadoras de serviço público e exploradoras de atividade econômica, esta Corte sempre concebeu a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos como uma empresa prestadora de serviços públicos de prestação obrigatória e exclusiva do Estado. Precedentes. 2. No tocante aos tributos incidentes sobre o patrimônio das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde a ACO n. 765, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, na qual se tratava da imunidade da ECT relativamente a veículos de sua propriedade, iniciou-se, no Tribunal,

a discussão sobre a necessidade de que a análise da capacidade contributiva para fins de imunidade se dê a partir da materialidade do tributo. 3. Capacidade contributiva que deve ser aferida a partir da propriedade imóvel individualmente considerada e não sobre todo o patrimônio do contribuinte. Noutras palavras, objetivamente falando, o princípio da capacidade contributiva deve consubstanciar a exteriorização de riquezas capazes de suportar a incidência do ônus fiscal e não sobre outros signos presuntivos de riqueza. 4. No julgamento da citada ACO n. 765/RJ, em virtude de se tratar, como no presente caso, de imunidade tributária relativa a imposto incidente sobre a propriedade, entendeu a Corte, quanto ao IPVA, que não caberia fazer distinção entre os veículos afetados ao serviço eminentemente postal e o que seria de atividade econômica. 5. Na dúvida suscitada pela apreciação de um caso concreto, acerca de quais imóveis estariam afetados ao serviço público e quais não, não pode ser sacrificada a imunidade tributária do serviço público, sob pena de restar frustrada a integração nacional. 6. Mesmo no que concerne a tributos cuja materialidade envolva a própria atividade da ECT, tem o Plenário da Corte reconhecido a imunidade tributária a essa empresa pública, como foi o caso do ISS, julgado no RE nº 601.392/PR, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, redator para acórdão o Ministro Gilmar Mendes, julgado em 1/3/13. 7. Manifesto-me pela existência de repercussão geral da matéria constitucional e pela ratificação da pacífica jurisprudência deste Tribunal sobre o assunto discutido no apelo extremo e, em consequência, conheço do agravo, desde já, para negar provimento ao recurso extraordinário” (ARE 643.686-RG, Relator o Ministro Dias Toffoli, Plenário Virtual, DJe 6.5.2013, grifos nossos).

O julgado recorrido divergiu dessa orientação jurisprudencial.

4. Pelo exposto, dou provimento a este recurso extraordinário (art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil e art. 21, § 2º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal), para cassar o acórdão recorrido e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, para decidir como de direito.

Publique-se. Brasília, 20 de agosto de 2014. Ministra
CÁRMEN LÚCIA Relatora

A aplicação automática do Caso dos Correios como modelo de decisão para todos os serviços delegados, mediante concessão e permissão, provocará graves desajustes. Será prejudicada a Federação e o livre mercado, em prol da abstrata manutenção de serviços públicos. Não é possível defender-se uma imunidade recíproca ampla sem questionar-se o seu núcleo essencial: a preservação da autonomia federativa. Se esta imunidade tem servido como mecanismo de subsídio cruzado das empresas federais, ao ser financiado indiretamente pelos Municípios, não estaria ocorrendo uma ofensa a esta garantia constitucional?

Qual o significado de delegação exclusiva? Existe autorização para o uso de subsídios cruzados? Podem estes subsídios impactarem as receitas municipais?

Estas e tantas outras questões exigem uma reanálise do tema com base em uma leitura atenta do texto constitucional.

BREVE CONSIDERAÇÕES SOBRE O CARGO DE PROCURADOR MUNICIPAL

*Vanessa Alexandra Santos Rezende*¹

RESUMO: O presente artigo irá discorrer sobre a possibilidade de se tornar obrigatória a criação da carreira de procurador municipal.

Pretende-se abordar proposição legislativa e ações judiciais que tratam do tema e discorrer sobre a constitucionalidade da criação desta carreira bem como as obrigações que os Municípios terão caso seja aprovada proposição no sentido de que a administração crie em seu quadro cargos para procurador municipal.

A matéria aqui debatida é claramente relevante aos Municípios brasileiros e inclusive teve reconhecida sua repercussão geral em ação que tramita na mais alta corte do país, ou seja, o Supremo Tribunal Federal (STF).

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

Palavras-chave: Procurador. Município. Carreira. Constitucionalidade.

1. Introdução

Inicialmente é importante citar que, de acordo com a Wikipédia:

O Procurador do Município é o profissional da área jurídica que possui, basicamente, as atribuições de representar, judicial e extrajudicialmente, o Município, bem como promover o assessoramento jurídico da Administração Pública Municipal, direta e indireta. Também é competência do Procurador do Município realizar o planejamento, coordenação, controle e execução das atividades jurídicas de interesse do Município.²

Há muito tempo vem se discutindo sobre a obrigatoriedade do Município realizar concurso público para o ingresso na carreira de procurador municipal.

Atualmente existem nos 5.568 Municípios brasileiros procuradores que são concursados e outros que possuem cargos comissionados, sendo que estes últimos são a maioria.

Os que defendem a criação do cargo de procurador municipal afirmam que esta é uma maneira de preservar a memória jurídico-constitucional do Município, ou seja, que ao final de cada mandato e consequente mudança de gestores e procuradores não sejam perdidas informações jurídicas do Ente público.

Por outro lado, há os que defendem que tais procuradores sejam investidos em cargos em comissão, tendo em vista que devem ser de confiança do atual gestor.

Diante desse cenário, e com a possível aprovação de Proposta de Emenda à Constituição (PEC), que institui a carreira de procurador municipal,

2 Disponível em <http://pt.wikipedia.org/wiki/Procurador_do_Munic%C3%ADpio>. Acesso em: 30 abr. 2015.

é importante tecer algumas considerações de quais serão as inovações com esta alteração na Constituição Federal.

Na Constituição Federal de 1988, o art. 132 disciplina que os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal serão organizados em carreira.

Vejamos:

Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias. (grifo nosso).

A proposta que tramita no Senado Federal pretende incluir os procuradores municipais neste artigo, de forma a equipará-los aos procuradores dos Estados e do Distrito Federal.

2. Da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 17/2012

Originária da Câmara dos Deputados, onde foi apresentada pelo deputado Maurício Rands e tramitou como PEC 153/2003, a proposta chegou ao Senado Federal em abril de 2012 e passou a tramitar como PEC 17/2012. A referida proposta pretende alterar o art. 132 da Constituição Federal de forma a acrescentar neste dispositivo os Procuradores Municipais. A intenção é que cada Município, independentemente do número de habitantes, tenha ao menos 1 (um) procurador concursado.

O texto original apresentado pelo deputado dispõe que:

PEC 153/2003

Altera o art. 132 da Constituição Federal

Art. 1º O artigo 132 da Constituição Federal abaixo enumerado passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 132. Os Procuradores dos Estados, Municípios e Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

Parágrafo único.

Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após 3 (três) anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias.

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entrar em vigor na data de sua publicação.³

Segundo justificativa do Deputado Maurício Rands, autor da proposta, a PEC visa a atender uma pretensão da Associação Nacional dos Procuradores Municipais (ANPM), tendo por escopo regulamentar a questão da Advocacia Pública no âmbito dos Municípios.

Ao inserir os Procuradores municipais neste artigo, estes consequentemente passarão a ter carreira típica de Estado e consequentemente os Municípios deverão realizar concurso público, com participação da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), em todas as fases, para a contratação desses servidores.

³ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=F56CB9D020413E6E2F5A243C337FC1F2.proposicoesWeb2?codteor=160501&filename=PEC+153/2003>. Acesso em: 30 abr. 2015.

Sabe-se que as carreiras típicas de Estado são aquelas imprescindíveis à atuação estatal sendo o seu ingresso somente por concurso público.

As carreiras de Estado não possuem vinculação político-partidária e no desempenho de suas funções devem se ater a observar os princípios e mandamentos constitucionais de forma a resguardar o interesse público.

A Confederação Nacional de Municípios (CNM), entidade de representação nacional dos Municípios, preocupada com o impacto desta proposição nos Municípios, apresentou proposta no sentido de que a obrigatoriedade fosse apenas para Municípios com mais de cem mil habitantes, no entanto, a emenda não foi acatada pelo plenário do Senado Federal.

A Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) do Senado Federal manifestou-se a favor da PEC entendendo que

A criação da carreira de procurador no âmbito dos Municípios propiciará a defesa judicial e extrajudicial desses Entes federados por agentes públicos autônomos, qualificados, eficientes e com independência funcional. Portanto, tal como destacado na justificação, a medida consagra os princípios da moralidade, eficiência, legalidade e impessoalidade na Administração Pública.⁴

Nesse sentido, no Senado Federal, a proposta recebeu apenas emendas de redação e atualmente aguarda sua inclusão na ordem do dia para ser votada.

Com a aprovação da PEC 17/2012, entende-se que não haverá mais diferença de função institucional entre Procuradorias Estaduais, Distrital e Municipais.

É importante destacar que existe entendimento no sentido de que a PEC não vincula a remuneração dos Procuradores Municipais a qualquer outra

4 Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=105021>. Acesso em: 30 abr. 2015.

carreira jurídica, tendo como respaldo jurídico o no inciso XIII do art. 37 da Constituição Federal.⁵

Porém, de acordo com a parte final do inciso XI do art. 37 da Constituição Federal⁶ pode haver o entendimento de que aos Procuradores Municipais, seja fixada a limitação do teto constitucional ao subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado e não ao prefeito, como ocorre com os demais servidores da estrutura municipal.

3. Do teto remuneratório

Em caso da aprovação da PEC 17/2012, uma questão que tem gerado dúvidas e polêmicas é o teto remuneratório a ser aplicado a esses procuradores municipais. Será o teto do chefe do poder executivo (Prefeito), do Desembargador do Tribunal de Justiça do respectivo Estado ou até mesmo de Ministro do Supremo Tribunal Federal?

É importante lembrar que o inciso XI do art. 37 da Constituição Federal dispõe que:

Art. 37. (...)

XI – a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e

5 Art. 37. Inciso XIII: é vedada a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

6 Art. 37. XI – a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003).

fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, **nos Municípios, o subsídio do Prefeito**, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e **o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça**, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, **aplicável este limite** aos membros do Ministério Público, aos **Procuradores** e aos Defensores Públicos; [...] (grifo nosso)

Por essa razão, em razão de atualmente não haver na Carta Magna dispositivo que trate sobre o assunto, entende-se que a remuneração dos procuradores municipais deve ter como teto o subsídio do prefeito.

Porém, vários e recentes são os entendimentos dos Tribunais de Justiça dos Estados no que se refere ao teto remuneratório dos Procuradores Municipais.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG), por exemplo, entende que o teto remuneratório dos procuradores municipais encontra limite no valor do subsídio do Prefeito:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PROCURADORES MUNICIPAIS. REMUNERAÇÃO. LIMITE. SUBSÍDIO DO PREFEITO. ART. 37, INCISO XI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Nos termos da norma do art. 37, inciso XI, da CF/88, **a remuneração devida aos Procuradores Municipais encontra limite no valor do subsídio do Prefeito**, impondo-se destacar que, por óbvia hermenêutica do referido dispositivo constitucional, os Procuradores e Defensores referidos na parte

final da norma são os da esfera estadual. (TJMG, 6ª Câmara Cível, processo n. 1.0024.07.460846-4/004(1) Relator: Des. Antônio Sérvulo, Data do Julgamento: 14/04/2009, Data da Publicação: 22/05/2009).⁷

O Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (TJES) entende que o teto remuneratório dos procuradores municipais fica limitado ao subsídio dos desembargadores:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. APELAÇÃO CÍVEL. TETO REMUNERATÓRIO. PROCURADOR MUNICIPAL. ARTIGO 37, INCISO XI, DA CRFB. SUBSÍDIO DE DESEMBARGADOR. RECURSO DESPROVIDO.

1. A aquiescência tácita com o conteúdo da decisão há de inferir de fatos inequívocos, inconciliáveis com a impugnação da decisão. Inteligência do artigo 503, parágrafo único, do CPC.

2. **Se não há exceção no texto constitucional, deve a remuneração dos Procuradores Municipais, assim como a dos Procuradores Estaduais e Distritais, ficar limitada ao subsídio dos Desembargadores.** Aliás, é regra basilar da hermenêutica que não cabe ao intérprete restringir ou excepcionar onde a lei não o fizer.⁸

Vistos, relatados e discutidos os autos de APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA 024070096706, sendo APELANTE: MUNICÍPIO DE VITÓRIA E APELADO: ASSOCIAÇÃO DOS PROCURADORES DO MUNICÍPIO DE VITÓRIA.

Acorda a Egrégia Primeira Câmara Cível, à unanimidade, rejeitar a preliminar arguida e, no mérito, por igual votação, negar provimento ao recurso e julgar prejudicada a remessa ne-

7 Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=1&paginaNumero=1&iinhasPorPagina=1&palavras=a%20remunera%E7%E3o%20devida%20aos%20Procuradores%20Municipais%20encontra%20limite%20no%20valor%20do%20subs%EDdio%20do%20Prefeito&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 30 abr. 2015.

8 Disponível em: <http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_jurisp.cfm?NumProc=&edProcesso=24070096706&edPesquisaJuris=MANDADO%20DE%20SEGURAN%C3%87A.%20APELA%C3%87%C3%83O%20C%C3%8DVEL.%20TETO%20REMUNERAT%C3%93RIO.%20PROCURADOR%20MUNICIPAL.%20seOrgaoJulgador=&seDes=&edIni=01/01/2005&edFim=16/04/2015&Justica=Comum&Sistema=>>. Acesso em: 30 abr. 2015.

cessária, nos termos do voto do Exm.^o Des. Relator. (TJES, Câmaras Cíveis Reunidas, Processo: 0009670-50.2007.8.08.0024 (024.07.009670-6), Relator: Carlos Henrique Rios do Amaral, Data de Julgamento: 22/11/2011). (grifo nosso)

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) entende que o Procurador Municipal tem seu teto remuneratório baseado no subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal:

DIREITO CONSTITUCIONAL. TETO REMUNERATÓRIO. SERVIDORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA. PROCURADOR DO MUNICÍPIO. ARTIGO 37, XI, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, ALTERADO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL 41/2003. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA JURISDICIONAL EM FAVOR DO AUTOR. AGRAVO. NÃO PROVIMENTO. **O procurador municipal tem seu teto remuneratório baseado no subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal**, como os membros do Ministério Público e da Defensoria Pública. Verba de caráter alimentar. Ausência de prova segura de dano de difícil reparação. Decisão vergastada que se revela moderada e prudente. Aplicação do verbete nº 59, da súmula da jurisprudência deste Tribunal de Justiça. Recurso não provido. (TJRJ, Terceira Câmara Cível, Agravo de Instrumento, 0017764-24.2005.8.19.0000 (2005.002.28318), Rel. Des. Werson Rego, Julgamento: 03/10/2006).⁹ (grifo nosso)

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) também entende que o procurador municipal tem seu teto remuneratório baseado no subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal:

⁹ Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00035A8884A893BB9B8A423E5C70F29F958A85C40201613D>>. Acesso em: 30 abr. 2015.

ACÇÃO DECLARATÓRIA Teto remuneratório dos servidores municipais Extensão, aos servidores do Legislativo Municipal de Campinas, do limite de 90,25% dos subsídios mensais dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, tal qual fixado para os integrantes da carreira de Procurador do Município **Há orientação jurisprudencial no sentido de que o termo “procuradores”, inserido no texto do artigo 37, XI, da Constituição Federal, compreende, na sua extensão, todas as espécies do gênero, abrangendo, pelo menos em tese, os procuradores do município.** Deste ponto de vista, não se vislumbra ilegalidade na diferenciação estabelecida nos artigos 1º e 2º do Decreto 14.580/2004 do Município de Campinas Por outro lado, **se a interpretação da norma constitucional orientar-se no sentido de que a aplicação do teto remuneratório para os Procuradores do Município deve ser o subsídio do prefeito, então inconstitucional se mostraria, em tese, a regra do artigo 2º do Decreto 14.580/2004,** o que exclui, por via de consequência, a possibilidade de extensão do limite previsto neste artigo aos demais servidores municipais Recurso improvido. (TJSP, 7ª Câmara de Direito Público, Apelação 0059043-41.2005.8.26.0114 Relator Des. Luiz Sérgio Fernandes de Souza, Data do julgamento: 16/04/2012, Data de registro: 18/04/2012).¹⁰ (grifo nosso)

Pelo exposto, percebe-se que no caso de aprovação de Emenda Constitucional que cria a carreira de procurador municipal, existe divergência nos Tribunais de Justiça dos Estados sobre qual será o teto a ser aplicado.

4. Da ação em trâmite no STF

Destaca-se que tramita no Supremo Tribunal Federal (STF) o Recurso Extraordinário 663.696, interposto em 2011 pela Associação dos Procuradores Municipais de Belo Horizonte (APROMBH), com repercussão geral reconhecida no mesmo ano, em que a discussão é sobre os limites remuneratórios fixados aos Procuradores Municipais do Município de Belo Horizonte (MG).

A lei orgânica do Município de Belo Horizonte estipulou o teto remuneratório único dos procuradores Municípios e asseverou que as parcelas recebidas por seus servidores tenham por limite máximo o subsídio do prefeito municipal.

Em determinado ano, os vencimentos dos procuradores municipais acrescidos de gratificações previstas na legislação municipal superaram o subsídio do prefeito; por essa razão, o Município restringiu os respectivos pagamentos, limitando-os ao subsídio do gestor.

Pelo exposto, a APROMBH pretende o reconhecimento de que a remuneração dos procuradores municipais tenha por limite máximo o subsídio dos desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, trazendo como fundamento legal o inciso XI do art. 37 da Constituição Federal. A associação afirma que a pretensão se justifica tendo em vista que o Município de Belo Horizonte, ao dispor que o limite máximo é o subsídio do prefeito, desrespeitou a exceção contida na parte final dessa norma constitucional.

Nesse sentido, o STF interpretará o art. 37, inciso XI da Constituição Federal de forma a verificar se teto remuneratório dos procuradores do município de Belo Horizonte é o subsídio dos desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais ou o subsídio do prefeito.

Sabe-se que tal decisão repercutirá em outros Municípios que possuem situações análogas ao Município de Belo Horizonte.

Cita-se que o Recurso Extraordinário está concluso para julgamento desde o dia 25 de agosto de 2014, tendo como relator o ministro Luiz Fux.

No RE ingressaram como *amicus curiae* a Associação Nacional dos Procuradores Municipais (ANPM), o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e a Confederação Nacional de Municípios (CNM).

5. Das implicações financeiras

No que se refere às despesas, caso o STF entenda que o teto do procurador municipal deva ser equiparado ao de desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de origem e não ao do prefeito, o Município consequentemente terá o aumento de despesa.

Nesse sentido, a realidade nos mostra que os prefeitos possuem subsídios muito inferiores aos de um desembargador.

É sabido que a remuneração poderá ser proposta pelo chefe do Poder Executivo conforme as condições de seu Ente federado; porém, se o teto for o do desembargador, este será o único cargo no Município que poderá ter remuneração maior que o subsídio do prefeito.

Assim, se o teto for o do desembargador, é inviável que todos os Municípios criem imediatamente o cargo de procurador municipal. Isso porque se a criação for obrigatória em todos os 5.568 Municípios, deve-se atentar para o fato de que cada Ente possui suas peculiaridades no que se refere às despesas com pessoal, sendo que muitos estão próximos ou até ultrapassaram o limite de despesa com pessoal estabelecido pela Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).

Consequentemente, com essa nova obrigação, diversos Municípios irão exceder os limites de gastos com pessoal estipulado pela Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).

6. Conclusão

Com a aprovação da PEC 17/2012, cada Município deverá ter ao menos um procurador concursado, não sendo exigida a criação de uma procuradoria, sendo que o cargo deverá ser previsto em legislação municipal.

Os procuradores municipais passam a ter maior independência funcional, podendo fiscalizar e propor medidas contra agentes políticos (prefeito, vice-prefeito, vereadores e secretários) do Município, sempre em defesa dos princípios constitucionais.

Conforme assegura o art. 132 da Constituição Federal, os procuradores também poderão prestar consultoria jurídica, que pode ser, por exemplo, na área de licitações e contratos.

Se o Município não tiver ao menos 1 (um) procurador concursado, não será possível a contratação de procuradores sem concurso público, ainda que temporária, sob a alegação de urgência, necessidade etc. A exceção será para a nomeação de procuradores gerais, quando o prefeito poderá manter um advogado de sua confiança, que será o chefe do procurador de carreira.

No que se refere à realização do concurso público, este terá a participação e fiscalização da OAB em todas as suas fases.

Por fim, espera-se, se aprovada proposta no sentido de se tornar obrigatória a criação da carreira de procurador municipal após decisão do STF, que se tenha o entendimento pacífico de que a remuneração encontre limite no valor do subsídio do prefeito; afinal, é coerente que todos os servidores municipais, independentemente do cargo, tenham estabelecido o mesmo teto remuneratório.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. In: *Legislação Complementar*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30 abr. 2015.

_____. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição 153/2003*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=F56CB9D020413E6E2F5A243C337FC1F2.proposicoesWeb?codteor=160501&filename=PEC+153/2003>. Acesso em: 30 abr. 2015.

_____. Senado Federal. *Proposta de Emenda à Constituição 17/2012*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=105021>

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Julgamento do processo 1.0024.07.460846-4/004*.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. *Julgamento do processo 0009670-50.2007.8.08.0024*.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Julgamento do Agravo de Instrumento 0017764-24.2005.8.19.0000*.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Julgamento da Apelação 0059043-41.2005.8.26.0114*.

O REGISTRO DE IMÓVEIS E A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA NAS CIDADES BRASILEIRAS

João Pedro Lamana Paiva¹

Resumo: este artigo apresenta os aspectos mais importantes relativos à regularização jurídica da propriedade imobiliária, que está a cargo dos Registros de Imóveis, no contexto da regularização fundiária urbana brasileira.

1. Introdução

A *regularização fundiária*, nos termos da Lei 11.977/2009, que disciplinou a matéria em nível nacional, foi definida, na dicção de seu art. 46, como sendo

¹ João Pedro Lamana Paiva é especialista em Direito Registral Imobiliário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG) e em Direito Registral pela Faculdade de Direito da Universidade Ramón Llull Esade – Barcelona, Espanha. É o registrador imobiliário titular do Registro de Imóveis da 1ª Zona de Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil; e-mail: cartorio@lamanapaiva.com.br.

[...] o conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Dessa forma, é importante salientar – especialmente no contexto de uma obra que se vai destinar a ser compulsada por dirigentes e gestores municipais – que realizar *regularização fundiária* não se resume, simplesmente, a entregar, ao ocupante da terra, um título (que os mais humildes dizem ser “um papel”) que lhe poderá garantir a propriedade do terreno que ocupa. Essa etapa, relativa à titulação da propriedade, corresponde à *regularização jurídica do imóvel*, que é uma das dimensões da regularização fundiária.

Antes de qualquer outra coisa, realizar regularização fundiária é promover uma readequação do espaço urbano de modo a corrigir as distorções provocadas pelo crescimento desordenado das cidades. Assim, a regularização fundiária vai interferir no redesenho e implantação de vias de circulação urbana, no redimensionamento do tamanho dos terrenos, na realocação de casas situadas em locais de risco, na reconstrução de moradias precárias e na implantação de uma estrutura mínima de serviços essenciais, tais como saneamento básico, iluminação, coleta de resíduos, segurança, posto de saúde, serviços postais, etc. Dessa forma, a regularização jurídica das áreas será uma natural decorrência do reordenamento urbano promovido no contexto da regularização.

Assim, qualquer forma de *regularização fundiária* urbana que se pretenda realizar no país não poderá prescindir da necessária intervenção do Poder Público e do Registro Imobiliário em cuja circunscrição territorial estiverem situados os imóveis a regularizar, pois é por meio desses dois atores principais que será possível a adoção de todas as medidas necessárias ao reordenamento da paisagem urbana e da introdução de serviços públicos de que necessita a população, bem como da regularização jurídica das propriedades surgidas a partir

do processo de intervenção sobre assentamentos urbanos irregulares, resultantes do processo desordenado de urbanização vivido pelas cidades brasileiras.

É de todo evidente que, sem as medidas urbanísticas reclamadas em cada situação específica e sem o provimento dos serviços fundamentais de que as cidades necessitam – atribuições que estão a cargo das administrações municipais – muito pouco ou nada de *regularização fundiária* será possível realizar.

Será por meio do Registro Imobiliário que se vai processar a adequada **titulação** da propriedade imobiliária até então mantida na informalidade. De acordo com nossa tradição jurídica, enquanto não se puder contar com esse elemento essencial – o título hábil ao pleno exercício, devidamente registrado no competente Registro de Imóveis – não se tem propriedade, mas mera posse.

Daí o papel fundamental do órgão de registro imobiliário para a profunda mudança que se pretende operar na reorganização do ambiente estrutural das cidades, conforme definiu a Constituição, o Estatuto das Cidades (Lei 10.257/2001) e toda a legislação recentemente editada (podendo ser citadas as Leis 11.124/2005, 11.481/2007, 11.888/2008, 11.977/2009 e 12.424/2011), que procuram materializar, nos planos ambiental, urbanístico, social e, particularmente no plano jurídico, as profundas transformações reclamadas pelo grande projeto de reestruturação urbana de que o Brasil tanto necessita.

Este texto procura dar ênfase aos aspectos da regularização jurídica, a cargo do Registro de Imóveis. Entretanto, permitamo-nos fazer uma colocação que foge ao aspecto eminentemente jurídico da regularização fundiária, na esperança de que os técnicos das municipalidades possam obter a maximização de resultados em seu trabalho, no que diz respeito à importância da elaboração de um **plano de regularização fundiária** para o Município.

Não se deve confundir esse *plano* com o *projeto de regularização* a que se refere o art. 51 da Lei 11.977/2009. O *plano* de regularização fundiária não é referido em lei, mas parece-nos ser um instrumento importantíssimo, no aspecto estratégico, que conduzirá as ações de regularização fundiária no Município, porque ele se deve caracterizar por retratar a regularização em seu

aspecto *macro* com uma abrangência sobre o *todo* da problemática de regularização no Município, com a capacidade de ser um *mapa* através do qual serão *orientadas* as diversas ações de regularização, através de *projetos* específicos.

Fazemos essa colocação porque, muitas vezes, os problemas de regularização presentes na realidade local são de tal ordem que não se sabe por onde começar, quais as prioridades a serem definidas e o que será necessário fazer em cada situação particular.

Através desse plano, por exemplo, vai se poder definir qual a *modalidade* de regularização a ser operada, de acordo com as características sociais, econômicas e ambientais das diversas regiões do sítio urbano. Ele será um instrumento de *planejamento* fundamental na condução da regularização fundiária e poderá gerar maior tranquilidade às administrações municipais porque, além de definir o ritmo do processo, também dará uma resposta oficial a todos os setores interessados na realização da regularização. Dará um sentido de *ordenação* a um processo em que muitos são os *legitimados* a provocarem o *início* do processo de regularização, mas no qual, afinal, não estão garantidas as *reais possibilidades e condições* para que a regularização seja realizada e concluída a bom termo. Servirá, também, como um grande instrumento através do qual a regularização será *dialogada* com a população, para que ela se sinta, ao mesmo tempo, parte do problema e, também, parte de sua solução.

Há que se ressaltar, finalmente, a importância do desenvolvimento de uma relação amplamente colaborativa e cordial entre os órgãos do Poder Público envolvidos com a concretização da atividade e os Registros de Imóveis para que seja possível a obtenção de resultados positivos no importante trabalho de promoção da regularização fundiária urbana.

2. Vocação e importância do Registro de Imóveis

A voca o histórica do Registro Imobiliário   a de conferir *segurança jurídica*   frui o dos direitos imobiliários e   realiza o dos negócios que envolvam imóveis.

Daí a máxima popular “quem não registra não   dono!”, porque somente o Registro Imobiliário, na nossa tradi o jurídica, está apto a conferir *certeza* acerca da propriedade imobiliária e aos demais direitos a ela conexos ou dela derivados.

Nesse sentido, o Registro Imobiliário constitui um verdadeiro imperativo de ordem social, já que a propriedade imobiliária vai se consolidar em rela o àquele que tiver o **título hábil** inscrito em seu nome no álbum imobiliário, com exclusão de qualquer outra pessoa.

Ao Registro Imobiliário, nos processos de regulariza o fundiária de qualquer modalidade, cabe, fundamentalmente, a regulariza o **jurídica** da propriedade imobiliária. E o que   muito importante salientar   que essa regulariza o jurídica pode ser feita sem a necessidade de interven o do aparelho jurisdicional do Estado, já que, de acordo com os princípios que a orientam, privilegia as soluçoes que não impliquem o estabelecimento do litígio judicial ao dispor que deve ser observado o “estímulo   resolu o extrajudicial de conflitos”, de acordo com as disposi oes do inciso IV do art. 48 da Lei 11.977/2009.

Daí tem relevo, no processo de regulariza o fundiária, o bin mio Poder Público/Registro Imobiliário. O primeiro adota as providências administrativas e operacionais para a interven o na realidade concreta necessária   regulariza o da propriedade irregular e o segundo concretiza a regulariza o procedida no plano jurídico, possibilitando a forma o do direito   plena propriedade imobiliária.

O Registro Imobiliário, assim, tem um papel fundamental na realiza o da regulariza o fundiária porque   o repositório mais confiável de infor-

mações sobre a situação jurídica do imóvel e sobre os direitos a ele relacionados, inclusive os de garantia.

3. A regularização fundiária e suas modalidades

A regularização fundiária, que também pode ser chamada de regularização imobiliária, tem, no Rio Grande do Sul, um dos Estados brasileiros onde essa prática é das mais tradicionais ao longo da história do país,² na legalização da terra e da propriedade imobiliária em geral, por ter sido uma das regiões onde essa noção de direito se fortaleceu como sendo essencial à garantia de uma existência digna para o ser humano, enquanto lhe seja reconhecido, da forma mais plena possível, o exercício do direito à moradia.

Muito antes de a Constituição de 1988 ter consagrado, como garantias fundamentais, tanto o direito à propriedade (art. 170, II e III) como a sua função social (art. 182, § 2º e art. 186) e também antes de o direito à moradia ser consagrado como direito constitucionalmente assegurado – o que só ocorreu por meio da Emenda Constitucional 26/2000 – já eram amplamente praticados instrumentos de regularização fundiária no Rio Grande do Sul por meio dos denominados projetos More Legal e Gleba Legal, atualmente em seu terceiro estágio de evolução, baseado em normas regulamentares editadas no âmbito do Poder Judiciário, inicialmente por meio de provimentos autônomos e, posteriormente, por meio de sua inserção na Consolidação Normativa Notarial e Registral da Corregedoria-Geral de Justiça do Rio Grande do Sul, fazendo uma adequação na aplicação da legislação existente e fixando orientação ao procedimento dos juízes nas respectivas Comarcas.

2 Desde a década de 1980, o Rio Grande do Sul adotou provimentos da Corregedoria-Geral de Justiça, baseados na legislação então existente (especialmente a Lei 6.766/1979) disciplinando o denominado Projeto More Legal e instituindo normas que hoje estão integradas ao texto da Consolidação Normativa Notarial e Registral da Corregedoria Geral de Justiça do Rio Grande do Sul, aprovada pelo Provimento 32/2006-CGJ-RS.

Sem qualquer dúvida, essa experiência pioneira no Rio Grande do Sul em muito auxiliou a formação da recente legislação brasileira que institucionalizou a regularização fundiária, com relevo especial à Lei 11.977/2009.

A regularização fundiária de assentamentos urbanos, instituída em lei e definida nos termos do art. 46 da Lei 11.977/2009, significa a sinalização do momento em que chegamos a uma situação-limite relativamente a qual está sendo fixado um “marco regulatório” no sentido de modificar a realidade das cidades brasileiras quanto à situação urbanística e ambiental caótica em que se encontram, resultante de um processo social e político que determinou a migração massiva da população do campo para as cidades, as quais não estavam preparadas para suportar essa drástica mudança estrutural.

Para a regularização de imóveis no país, a legislação específica editada instituiu várias modalidades de regularização fundiária, pretendendo, com isso, obter um reordenamento do espaço territorial brasileiro, com ênfase especial à busca de melhorias para as condições ambientais do espaço urbano como medida fundamental à integração social e à salubridade da população. São elas:

- a. a **regularização fundiária de interesse social**, que é a forma mais popular e talvez a mais revolucionária de nossa história, disciplinada pelos arts. 53 a 60-A da Lei 11.977/2009 (atualizada pela Medida Provisória 514/2010, que veio a ser convertida na Lei 12.424/2011), destinando-se à regularização de imóveis urbanos, públicos ou privados, ocupados, de forma consolidada e irreversível, por população de baixa renda, predominantemente para moradia, situação que, no plano da realidade, destina-se à regularização das *favelas*, tão presentes no cenário social brasileiro;
- b. a **regularização fundiária de interesse específico**, prevista pelos arts. 61 e 62 da Lei 11.977/2009, destinada à regularização de parcelamentos surgidos já sob a vigência da atual Lei de Loteamentos (Lei 6.766/1979), mas que permaneceram em situação de irregula-

- ridade quanto ao seu registro de parcelamento perante o Registro de Imóveis, destinando-se, portanto, a oferecer uma solução ao passivo ambiental gerado em decorrência da referida lei;
- c. a **regularização fundiária inominada**, prevista pelo art. 71 da Lei 11.977/2009, sendo destinada à regularização de antigos loteamentos surgidos na vigência da legislação **anterior** à atual Lei de Loteamentos (Lei 6.766/1979), destinando-se, portanto, a oferecer uma solução ao passivo ambiental gerado em decorrência da primeira disciplina legal dada aos loteamentos no país, por meio do Decreto-Lei 58/1937;
 - d. a **regularização fundiária de interesse social em imóveis públicos**, autorizada pela Lei 11.481/2007, destinada à regularização de imóveis do patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios quanto à sua ocupação por população de baixa renda para garantia do exercício do direito à moradia, por meio de concessões de uso especial para fins de moradia.

Como podemos ver, foram definidos instrumentos específicos procurando oferecer soluções a cada uma das diversas situações presentes no universo de realidades fundiárias urbanas encontráveis no país, cabendo aos promovedores dos processos de regularização a eleição do instrumento ou instrumentos adequados a cada situação particular.

Não há uma receita pronta para o processo de regularização, dadas as multifárias situações possíveis que podem, ainda, ser aperfeiçoadas e adquirir contornos mais específicos, por força de legislação municipal específica que pode vir a ser editada em decorrência da autorização instituída nos termos do art. 49 da Lei 11.977/2009.

No meio rural, por outro lado, a questão da regularização fundiária, além de significar o estabelecimento de garantia ao direito de moradia, significa, também, a possibilidade de, por meio do trabalho na terra, serem produzidos alimentos para a subsistência das famílias e de ser gerada renda pela comercia-

lização dos excedentes produzidos, sendo de fundamental importância para a melhoria das condições de vida dos agricultores e suas famílias.

Basta que se veja, nesse sentido, dentre as disposições relativas à política agrícola e fundiária, o que dispõe o art. 191 da Constituição de 1988 quanto a usucapião especial rural, que é o modo de aquisição originária da propriedade rural por aquele que tenha tornado a terra produtiva e esteja morando no local, desde que a área ocupada não tenha extensão superior a 50 hectares, como forma tradicional de promover regularização fundiária em nosso país.

Apesar disso, não surgiu, até o momento, instrumento legal específico para a promoção da regularização de imóveis rurais cuja ocupação esteja consolidada ou cujo parcelamento esteja em situação irregular.

Nesse particular, tem-se, desde o início da década de 1980, em prática, no Rio Grande do Sul, por exemplo, o denominado Projeto Gleba Legal, destinado a resolver o sério problema dos condomínios rurais *pro diviso*, nos quais há um parcelamento de fato, realizado geralmente de forma consensual entre os comunheiros, mas que permanece em situação irregular perante o Registro de Imóveis, já que o imóvel, apesar de “parcelado”, permanece constituindo objeto de uma só matrícula e, como tal, insuscetível de **disponibilidade** pelo “proprietário” da parcela.

Essa situação com certeza vai se ver pressionada, em breve, como decorrência da exigência do georreferenciamento posicional das propriedades rurais, que necessita ser certificado perante o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra), conforme estabeleceu a Lei 10.267/2001 e sua regulamentação pelos Decretos 4.449/2002 e 5.570/2005 para todo o país.

Assim, levando-se em consideração as dimensões continentais de nosso país e o predomínio das propriedades rurais em termos de extensão na distribuição territorial (estima-se que as cidades, na atualidade, não chegam a ocupar 10% do território nacional), pode-se estimar que a regularização fundiária das propriedades rurais venha a revelar-se uma tarefa hercúlea, visando à pro-

moção do devido parcelamento das propriedades e sua adequada titulação perante o Registro Imobiliário.

3.1. A regularização fundiária de interesse social

A regularização fundiária de interesse social foi o instituto jurídico mais inovador e revolucionário até então criado como instrumento de regularização imobiliária no país.

Visando a solucionar os graves problemas urbanísticos, ambientais e sociais a serem enfrentados no âmbito do reordenamento urbano das cidades brasileiras, essa modalidade de regularização fundiária teve o mérito de possibilitar uma harmonização entre ações dos órgãos do Poder Público, do Registro Imobiliário e das organizações representativas da sociedade civil para o êxito daquela tarefa.

3.1.1. *Pressupostos*

Assim, para que se dê início a um processo de regularização fundiária de interesse social, devem estar presentes três *pressupostos* mínimos (PAIVA, 2010, p. 293). São eles: a) a existência de assentamentos irregulares (não integrados à cidade, cujos ocupantes não possuam titulação da propriedade); b) que essa ocupação seja feita por população de baixa renda³ e c) que o Poder Público tenha interesse em regularizar o assentamento irregular⁴ (tanto por iniciativa sua quanto mediante provocação de outro legitimado).

3 Essa expressão é naturalmente subjetiva e tem-se mantido assim, não só na Lei 11.977 como na legislação anterior e na própria Lei de Registros Públicos. Poder-se-ia lançar mão do estabelecido pelo § 6º do art. 3º da Lei 11.977, passando a considerar assim caracterizada a população cuja renda familiar apurada esteja abaixo do valor indicado no inciso III do mencionado parágrafo, o que, entretanto, não constitui consenso na prática registral.

4 Não há parâmetro para avaliar a adequação da decisão do Poder Público, porque essa decisão tem sido eminentemente política que, ou decorre da iniciativa governamental, ou decorre da mobilização das comunidades interessadas em exigir a adoção de medidas pelo Poder Público.

Verifica-se, dessa forma, que a regularização fundiária prevista na Lei 11.977/2009 constitui uma profunda mudança política no modo tradicional de administração urbanística das cidades brasileiras que, num passado recente, constituía na remoção (ou expulsão) dessas populações novamente para a periferia das grandes cidades (processo denominado de expansão centro-periferia), passando a adotar um modelo que busca fixar essas populações no local em que se deu a ocupação, proporcionando a introdução de infraestrutura básica e de sua inserção urbanística, ambiental e social ao contexto da cidade.

3.1.2. *Demarcação urbanística*

Tendo o Poder Público tomado a deliberação política de promover a regularização fundiária de determinado assentamento irregular, cabe-lhe realizar a **demarcação urbanística** do local, que é o passo inicial do grande processo de transformação a ser experimentado pela comunidade envolvida. Cabe esclarecer, por oportuno, que a lei utilizou a expressão “Poder Público” para abranger uma série de situações ligadas à forma como a Administração Pública pode se organizar para a realização da regularização fundiária, já que os órgãos promoventes podem pertencer tanto à estrutura administrativa federal, como à estadual ou à municipal e, além disso, os órgãos desses níveis político-administrativos podem estar articulados, também, por meio de variados formatos organizacionais, englobando órgãos tanto de sua administração direta como da indireta, que tenham a seu cargo o desenvolvimento das políticas urbana e habitacional. Apesar disso, a predominância de atuação, no país, verifica-se em relação aos órgãos integrantes das administrações municipais,⁵ dado ao caráter eminentemente de *interesse público local* albergado nas questões dessa natureza (Constituição da República, art. 30, incisos I, II e VIII).

5 Exemplos: secretarias municipais de habitação, secretarias de desenvolvimento urbano, secretarias de obras, secretarias de meio ambiente ou órgãos municipais de habitação e desenvolvimento urbano integrantes da administração direta ou indireta.

De tal forma, a demarcação urbanística, que se caracteriza como um procedimento administrativo que envolve o Poder Público e o Registro de Imóveis e que dispensa a atuação do Poder Judiciário (MPRS, 2011, p. 37), vai se materializar por meio da lavratura do **auto de demarcação** previsto no art. 56 da Lei 11.977/2009, pelo órgão do Poder Público que esteja promovendo a regularização fundiária de interesse social, “com base no levantamento da situação da área a ser regularizada e na caracterização da ocupação”. Esse auto de demarcação é um ato administrativo que basicamente proclama a intenção do Poder Público em realizar a regularização fundiária da área que é descrita e especificada no documento, juntando-se, em um só auto de folhas numeradas, todos os documentos determinados em lei.

Esses documentos são aqueles constantes dos incisos do § 1º do art. 56 da Lei 11.977/2009, com a redação dada pela Lei 12.424/2011 (resultante da conversão da Medida Provisória 514/2010):

- I. planta e memorial descritivo da área a ser regularizada, nos quais constem suas medidas perimetrais, área total, confrontantes, coordenadas preferencialmente georreferenciadas dos vértices definidores de seus limites, número das matrículas ou transcrições atingidas, indicação dos proprietários identificados e ocorrência de situações mencionadas no inciso I do § 6º;
- II. planta de sobreposição do imóvel demarcado com a situação da área constante do registro de imóveis e, quando possível, com a identificação das situações mencionadas no inciso I do § 6º; e
- III. certidão da matrícula ou transcrição da área a ser regularizada, emitida pelo registro de imóveis, ou, diante de sua inexistência, das circunscrições imobiliárias anteriormente competentes.

Também devem integrar esse auto as cópias das notificações – e respectivas respostas – enviadas aos órgãos de administração patrimonial dos

demais Entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) para manifestação no prazo de 30 dias, de acordo com a previsão do § 2º do art. 56:

- a. quanto à anuência ou oposição ao procedimento, na hipótese de a área a ser demarcada abranger imóvel público (inciso I do § 2º do art. 56);
- b. quanto aos limites definidos no auto de demarcação urbanística, na hipótese de a área a ser demarcada confrontar com imóvel público (inciso II do § 2º do art. 56); e
- c. se detêm a titularidade da área, na hipótese de inexistência de registro anterior ou de impossibilidade de identificação dos proprietários em razão de imprecisão dos registros existentes (inciso III do § 2º do art. 56).

Anteriormente à edição da Medida Provisória 514/2010, que acrescentou o referido § 2º ao art. 56 da Lei 11.977/2009, a providência de notificar os órgãos de controle patrimonial dos demais Entes federados era obrigatória tão somente se a área demarcada abrangesse área de propriedade pública ou com ela confrontasse. Depois disso, essa notificação passou a ser obrigatória em qualquer hipótese porque, mesmo no caso de inexistirem registros anteriores ou de existirem de forma imprecisa no Registro Imobiliário, poderão os Entes públicos já ter adquirido a titularidade da área ou estarem na iminência dessa aquisição em razão de terem promovido sua discriminação e essas situações ainda não terem ingressado no álbum imobiliário.

Se o Ente público notificado comprovar a titularidade da área, deverá manifestar-se quanto à sua anuência ou oposição ao procedimento da regularização fundiária (§ 5º combinado com o § 2º, inciso I, do art. 56).

No caso de se tratar de área de domínio da União, manda a lei que seja aplicado o procedimento de regularização fundiária de interesse social em imóveis da União de que trata a Seção III-A do Decreto-Lei 9.760, de 5 de setembro de 1946, inserida pela Lei 11.481, de 31 de maio de 2007.

No caso de se tratar de área de domínio de Estados, Distrito Federal ou Municípios, será aplicada a sua respectiva legislação patrimonial, sendo importante observar que o art. 22 da Lei 11.481/2007 autoriza a que os demais Entes federados apliquem o procedimento utilizado pela União (arts. 18-B a 18-F da Seção III-A do Decreto-Lei 9.760/1946) às regularizações fundiárias de interesse social a serem promovidas nos imóveis de sua propriedade se a unidade federada não dispuser de legislação específica.

Prevê o § 3º do art. 56 da Lei 11.997/2009 que, na ausência de manifestação dos órgãos de controle patrimonial dos demais Entes federados, no prazo de 30 dias, o Poder Público dará continuidade à demarcação urbanística. Não há previsão legal de qual procedimento deva ser adotado na hipótese de manifestação tardia ou intempestiva, o que sugere que o Ente federado interessado deverá promover, se for esse o seu interesse preponderante na questão, a interditalização do procedimento de regularização fundiária pela via judicial. Acreditamos, outrossim, que o silêncio, nessa hipótese, equivalerá a uma anuência tácita, de acordo com o que dispõe o § 4º do art. 18-D da Lei 9.760/1946, acrescentado pela Lei 9.760/1946, com a redação dada pela Lei 11.481/2007.

O § 6º do art. 56 da Lei 11.977/2009, acrescido pela Lei 12.424/2011 (resultante da conversão da Medida Provisória 514/2010), esclareceu que o auto de demarcação urbanística poderá abranger parte ou a totalidade de um ou mais imóveis que estejam sob domínio:

- I. privado cujos proprietários não tenham sido identificados, em razão de descrições imprecisas dos registros anteriores;
- II. privado registrados, ainda que de proprietários distintos; ou
- III. público.

Esse dispositivo legal põe em relevo uma importante questão de direito, uma vez que, culminando a regularização fundiária de interesse social na concessão de um título de propriedade fundado na usucapião especial urba-

na, instituída no art. 183 da Constituição e, admitindo a Lei 11.977/2009 que isso possa ocorrer inclusive com imóveis pertencentes ao **domínio público**, verifica-se a necessidade de conciliar esse dispositivo com a disposição do § 3º do referido art. 183, que dispõe que os imóveis públicos são insuscetíveis de aquisição por usucapião.

Assim, para harmonização da interpretação e adequada aplicação da lei, quando o imóvel regularizado se tiver originado a partir de imóvel oriundo do domínio público, ao beneficiário deverá ser outorgado um título de concessão de uso especial para fins de moradia (Cuem) de que trata o art. 1º da Medida Provisória 2.220/2001.

Nesse mesmo sentido é o posicionamento do Ministério Público do RS quanto às concessões de uso nas regularizações (MPRS, 2011, p. 34).

Nesse caso, portanto, a regularização fundiária de interesse social é aquela prevista para os imóveis públicos, cujo procedimento foi instituído pela Lei 11.481/2007, quando introduziu novos dispositivos no Decreto-Lei 9.760/1946, ou com base na legislação específica dos demais Entes federados.

Pelo que se verifica do disposto no § 2º do art. 56 da Lei 11.977/2009, somente se houver manifestação no sentido de que o imóvel seja de interesse para a Administração Pública dos Entes federados é que se justificará uma **oposição** à realização do procedimento de regularização fundiária, de tal forma que esse outro interesse administrativo alegado suplante o manifesto *interesse social* presente na regularização fundiária que está sendo promovida.

De qualquer forma, a disciplina da regularização fundiária de interesse social, nos termos da Lei 11.977/2009, não deixou de ter sido politicamente ousada, no momento em que autorizou regras flexíveis para o dimensionamento de áreas institucionais, de vias públicas e da área mínima dos lotes a parcelar (art. 54 combinado com art. 52 da Lei 11.977/2009); para o uso de áreas de preservação permanente (§ 1º do art. 54) e para a realização das compensações urbanísticas e ambientais (inciso III do art. 51) necessárias à execução dos projetos, de modo a viabilizar uma ampla reorganização urbana.

Uma vez realizada a demarcação urbanística, entrará em cena o Registro Imobiliário, com seu papel relevante.

3.1.3. Averbação do auto de demarcação urbanística

O Poder Público promovente da regularização deverá, a seguir, remeter a demarcação urbanística por ele realizada ao Registro de Imóveis, com pedido de averbação do respectivo auto, conforme dispõe o art. 57 da Lei 11.977/2009.

Recebido o auto no Registro de Imóveis, deverá ser ele protocolado, dando-se início às buscas destinadas a identificar o(s) proprietário(s) da área a ser regularizada e as matrículas ou transcrições que a tenham por objeto.

Realizadas as buscas e identificado(s) o(s) proprietário(s) da(s) área(s) abrangida(s) pelo auto de demarcação, o oficial do Registro de Imóveis deverá notificá-lo(s) assim como aos confrontantes, pessoalmente, por via postal com aviso de recebimento (AR), ou por meio do Registro de Títulos e Documentos da comarca de situação do imóvel ou de domicílio dos notificandos para que estes, querendo, apresentem, em 15 dias, impugnação ao pedido de averbação da demarcação.

O Poder Público promovente da regularização deverá notificar, por edital, eventuais interessados, assim como o(s) proprietário(s) e os confrontantes da área demarcada que não forem localizados nos endereços disponíveis para a realização da notificação pessoal.

A notificação edital será realizada em uma só oportunidade, após a realização das notificações pessoais ou da tentativa de realização da notificação pessoal que resultar infrutífera pela **não localização** do(s) proprietário(s) e confrontantes. Entretanto, ela deverá ocorrer em qualquer hipótese, ainda que para notificação apenas de eventuais interessados, diferentemente do que previa a Lei 11.977/2009 antes da alteração de seu texto pela Medida Provisória 514/2010.

A notificação editalícia apresenta alguns *requisitos* para sua validade, nos termos do § 3º do art. 57. Primeiramente, a publicação deverá ocorrer

no máximo em 60 dias, uma vez na imprensa oficial e uma vez em jornal de grande circulação local. O prazo de 60 dias deve ser contado a partir do recebimento da comunicação do Registro de Imóveis informando ao requerente da averbação de que os proprietários e confrontantes já foram pessoalmente notificados ou de que não foram localizados. O órgão de imprensa oficial a divulgar o edital deve pertencer ao Ente federado que promove a regularização. O jornal onde deve ser publicado o edital não é necessariamente do local onde está ocorrendo o processo de regularização, mas deve nele ter grande circulação.

Em segundo lugar, o edital deve apresentar o resumo do auto de demarcação, com uma descrição que permita a identificação da área a demarcar e seu desenho simplificado. Em terceiro lugar, deve o texto fixar o prazo de 15 dias, contados da data da publicação, para a apresentação da impugnação à averbação da demarcação, perante o Registro de Imóveis.

De acordo com o § 4º do art. 57, se os prazos fixados decorrerem sem que ocorra apresentação de impugnação, a demarcação urbanística será averbada na(s) matrícula(s) alcançada(s) pela planta e memorial descritivo indicados no inciso I do § 1º do art. 56 da Lei 11.977/2009.

A Lei 11.977/2009, anteriormente à vigência da Medida Provisória 514/2010 (convertida na Lei 12.424/2011), pelo que dispunha o § 5º de seu art. 57, determinava, quanto à área demarcada pelo Poder Público para fins de regularização fundiária de interesse social, que, em “não havendo matrícula da qual a área seja objeto, esta deverá ser aberta com base na planta e no memorial indicados no inciso I do § 1º do art. 56.” Essa disposição foi revogada pela Lei 12.424/2011 e acrescida ao texto da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973), na forma do art. 288-A. A providência é tecnicamente adequada porque constitui procedimento de ordem registral da regularização, sendo da natureza de nosso sistema registral imobiliário a abertura de matrícula a todo imóvel que venha a ser objeto de título a registrar (arts. 227 e 236 da Lei 6.015/1973). Nesse sentido, revela-se evidente que não seria possível realizar a inaugural **averbação** do auto de demarcação e do subsequente registro de

loteamento/desmembramento/fracionamento, sem que realizada, previamente, a matrícula do imóvel demarcado.

O imóvel *nasce* com a abertura de sua matrícula e é ela que conta a **história** desse imóvel. De outro lado, mesmo que não prospere o processo de regularização, ensejando o **cancelamento** dessa matrícula, ela é medida essencial à operacionalização da regularização fundiária de interesse social, nos termos em que foi regulada em lei.

Parece-nos, entretanto, que as disposições do novel § 4º do art. 57 seria disposição legal suficiente para autorizar a abertura da matrícula do imóvel demarcado, visando à sua regularização pelo Poder Público. Aliás, o inciso I do art. 66 da Lei 11.977/2009 corrobora essa possibilidade de que a matrícula da gleba demarcada para regularização seja aberta previamente ao correspondente registro de parcelamento inerente à regularização fundiária de interesse social.

3.1.4. Da impugnação à averbação do auto de demarcação

Ocorrendo impugnação à averbação do auto de demarcação urbanística, o Registro de Imóveis deverá notificar o Poder Público promovente da regularização fundiária para que se manifeste dentro do prazo de 60 dias. O prazo começa a correr da data do efetivo recebimento da notificação pelo órgão notificado.

O Poder Público, por sua vez, poderá adotar qualquer medida que possa afastar a oposição manifestada pelo(s) proprietário(s) ou pelos confrontantes à regularização da área demarcada, inclusive retificar o auto de demarcação de modo a conferir maior celeridade ao processo. Alguns autores entendem, inclusive, que o Poder Público pode **excluir integralmente**, do auto de demarcação, a área impugnada (SALLES, 2009), o que equivale a conferir maior *celeridade* à realização do ato de averbação do auto e ao encadeamento das demais fases do procedimento, ainda que reste modificada a pretensão inicial inspiradora da realização do projeto de regularização.

A impugnação pode ser total ou parcial, quando se referir, respectivamente, à totalidade da área demarcada ou somente a uma parcela desta (§ 8º do art. 57 da Lei 11.977/2009). Estabelece a lei que, se a impugnação for parcial, o procedimento poderá ter seguimento em relação à parcela não impugnada.

É importante alertar, nesse particular aspecto da impugnação parcial, que é praticamente impossível dar seguimento ao processo de regularização fundiária somente quanto à parcela não impugnada porque não há como **cindir** o procedimento originário de averbação do auto de demarcação para que cada parte resultante da cisão tenha tramitação independente perante o Registro de Imóveis (pois o que se pode concluir é que uma parte do procedimento – a não impugnada – seguiria para a fase de *averbação do auto* e a outra parte – a não impugnada – seguiria para a fase de *apreciação da impugnação* apresentada).

Nesse caso, portanto, o conveniente é aguardar a finalização da fase de impugnação, que se dará com a manifestação do oficial do Registro Imobiliário no sentido de que não foi possível o acordo ou de que este foi finalizado com êxito, para que, afinal, o auto de demarcação seja ou *retificado* parcialmente nos termos daquilo que resultou acordado ou *retificado* para excluir por inteiro a parcela impugnada.

Surgindo **litigiosidade** nessa fase de impugnação, não cabe ao oficial do Registro Imobiliário solver o litígio lançando decisão em sua instância administrativa porque isso compete às vias ordinárias do Poder Judiciário (SALLES, 2009). Somente enquanto estiverem concordes os envolvidos poderá ser realizado **acordo** de natureza administrativa entre eles, nos autos do procedimento, mediado pelo oficial do Registro Imobiliário. Resultando infrutífera a tentativa de *acordo*, será determinado, pelo oficial, o **encerramento** da demarcação urbanística relativamente à área objeto da impugnação (parágrafos 9º e 10 do art. 57 da Lei 11.977/2009).

Assim, sendo **total** a impugnação, se após a manifestação do Poder Público não restar consensualizado um acordo entre este e o impugnante, o auto de demarcação deverá ser restituído, pelo Registro de Imóveis, ao órgão

do Poder Público promovente da regularização fundiária, informando de seu encerramento em razão da impugnação realizada.

Sendo **parcial** a impugnação, com ou sem acordo, o auto deverá retornar ao Poder Público para ser **retificado**, excluindo-se, por inteiro, a área impugnada ou ajustando-se o alcance da demarcação aos termos do acordo realizado.

Não tendo havido impugnação no prazo marcado ou tendo sido devidamente retificado após a impugnação e o acordo, o auto de demarcação será **averbado** na matrícula do(s) imóvel(is) abrangido(s) pelos limites topográficos e descritivos da demarcação. Não sendo matriculado o imóvel, tanto em razão de **inexistência** de qualquer registro quanto em razão de existir apenas **transcrição** imobiliária baseada no regime registral anterior à Lei 6.015/1973, caberá a **abertura de matrícula** para viabilizar a realização da averbação, como já sustentado anteriormente.

Essa primeira matrícula é uma **matrícula geral** da área demarcada (que será originária às matrículas resultantes do parcelamento), na qual será feito o ato registral de **averbação** do auto de demarcação urbanística.

3.1.5. Execução do parcelamento de solo e titulação da posse

Uma vez averbado o auto de demarcação na matrícula do imóvel, passa-se à execução do projeto de regularização fundiária (art. 51 da Lei 11.977/2009).

Esse projeto deve ser aprovado pelo Município, pois determina a realização do **parcelamento** de solo urbano, previsto para a gleba demarcada, no âmbito territorial do Município onde está tendo lugar a regularização fundiária.

O parcelamento decorrente da execução do projeto deve ser, a seguir, submetido a registro, em obediência ao que dispõe o *caput* do art. 58 da Lei 11.977/2009.

Esse ato de **registro de parcelamento** vai ser lançado na matrícula **geral** aberta para a gleba demarcada.

Para o completo registro de parcelamento originado da execução do projeto de regularização há necessidade, também, de abertura concomitante de matrículas para todas as parcelas decorrentes do projeto, sejam elas destinadas aos lotes, ao sistema viário ou às áreas públicas, nelas lançando-se o respectivo ato de registro de parcelamento.

Depois de realizado o registro de parcelamento, prevê o § 1º do art. 58 da Lei 11.977/2009 que o Poder Público promovente da regularização conceda, aos ocupantes cadastrados, o competente **título de legitimação de posse** que, depois de *registrado* (nº 41 do inciso I do art. 167 da Lei 6.015/1973), confere, em favor do detentor da posse direta sobre o imóvel parcelado, o direito de moradia.

Esse **direito de moradia** conferido pelo título de legitimação de posse, entretanto, não tem natureza de **direito real**, diferentemente do que ocorre com o instituto da **concessão de uso especial para fins de moradia**, decorrente de regularização fundiária de interesse social em imóveis da União ou de outros Entes federados (art. 22-A da Lei 9.636/98), porque somente esta última, que também é baseada em título outorgado pelo Poder Público, foi guindada àquela condição, nos termos do art. 1.225, XI, do Código Civil, depois da alteração promovida pela Lei 11.481/2007.

O título de legitimação de posse é um **título** que só materializa o **fato da posse**, em relação ao titular do domínio útil, marcando o momento a partir do qual começa a contagem do prazo constitucional de posse *ad usucapionem* a ser integralizado pelo possuidor (conforme exige o art. 183 da Constituição da República) para que se dê sua posterior **conversão** em título de **propriedade**, observando-se, entretanto, que constitui requisito exigido para dar-se *início* ao processo de regularização fundiária a posse mansa e pacífica por, no mínimo, cinco anos (alínea “a” do inciso VII do art. 47 da Lei 11.977/2009, com a redação dada pela Lei 12.424/2011), o que sugere a possibilidade de comprovar-se posse anteriormente exercida à emissão do título.

Dessa forma, é possível concluir-se que a outorga do título pode marcar, também, o momento a partir do qual é possível contar **retroativamente** a posse *ad usucapionem* exercida *anteriormente* pelo possuidor, já que o *caput* do art. 60 da Lei 11.977/2009 assegura não ficarem prejudicados os direitos decorrentes da posse exercida anteriormente à concessão do título de legitimação de posse. Entretanto, o problema aqui, como já referido anteriormente, é o da inexistência de previsão legal autorizativa de realização da comprovação da posse anterior, pela via extrajudicial (por escritura pública ou, como sugere o projeto do novo CPC, através de *ata notarial*).

A legitimação de posse é concedida aos moradores cadastrados pelo Poder Público no âmbito de seu projeto de regularização fundiária desde que, nos termos do parágrafo único do art. 59 da Lei 11.977/2009:

- I. não sejam concessionários, foreiros ou proprietários de outro imóvel urbano ou rural;
- II. não sejam beneficiários de legitimação de posse concedida anteriormente; e
- III. os lotes ou fração ideal não sejam superiores a 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados).

Relativamente à legitimação de posse, há duas novidades trazidas pela Lei 12.424/2011. A primeira é a previsão de não concessão de legitimação de posse aos ocupantes a serem **realocados** em razão da execução do projeto de regularização fundiária de interesse social, devendo o Poder Público assegurar-lhes o direito à moradia na forma estabelecida pelo § 3º acrescentado ao art. 57, o que é uma medida de todo evidente, já que os ocupantes da gleba, nessa hipótese, serão removidos para assentamento em outro local. A importância do dispositivo está em estabelecer uma obrigação legal, ao Poder Público, de garantir o direito de moradia aos removidos.

A outra novidade, trazida pelo art. 60-A acrescido à Lei 11.977/2009, é a instituição da possibilidade de que o Poder Público possa **extinguir** o títu-

lo de legitimação de posse emitido quando constatado que o beneficiário não está na posse do imóvel e não houve registro de cessão de posse. Essa medida terá lugar somente após procedimento específico que garanta ampla defesa, operando-se a extinção, no registro de imóveis, mediante cancelamento do título, por averbação, nos termos do art. 250, inciso III, combinado com o novo 27 do inciso II do art. 167 da Lei 6.015/1973.

3.1.6. Da posse à propriedade: a usucapião administrativa

Assevera Melhim Namen Chalhub (2010, p. 211) que, no confronto entre posse e propriedade de imóveis urbanos em que estejam instaladas favelas, nega-se proteção ao proprietário que não explorou o potencial econômico ou social do bem em face dos que, pela posse, o tornaram produtivo ou útil para moradia, em conformidade com as diretrizes da política urbana (arts. 182 e 183 da Constituição) e do próprio Código Civil, no § 4º de seu art. 1.228, o que, afinal, reafirma a preponderância dos fundamentos da usucapião urbana, tanto individual como coletiva, enquanto instrumento operacional para a promoção de regularização fundiária no Brasil.

Assim, o momento final do processo de regularização fundiária de interesse social é marcado pela conversão do título de posse em título de propriedade, significando a instituição legal da **usucapião administrativa** em nosso país, com base no art. 183 da Constituição, o que representa a materialização, também pela via extrajudicial, do mais tradicional modo de aquisição da propriedade em razão da posse prolongada.

O art. 60 da Lei 11.977/2009 autoriza a que o possuidor do título de legitimação de posse, após cinco anos do respectivo registro, requeira ao oficial do Registro de Imóveis a conversão do título de legitimação em título de propriedade sobre o imóvel regularizado, com fundamento no art. 183 da Constituição de 1988.

Apesar de entendermos ser possível antecipar esse pedido de conversão demonstrando o requerente que a posse anterior já era exercida nos termos exigidos pela Constituição, avaliamos que a tendência predominante será a de que os beneficiários da regularização fundiária aguardem a fluência do prazo de cinco anos. Essa afirmação leva em conta a maior dificuldade de realização de uma prova segura da posse retroativa em razão da carga de subjetividade presente nessa situação de fato. Especialmente quando se tratar de demonstrar que o requerente utilizava o imóvel para sua moradia ou de sua família, por exemplo, isso implicará a necessidade de realização de uma verdadeira “audiência de justificação de posse”, fase tradicional e característica da estrutura do procedimento adotado em sede de processo judicial de usucapião, o que significaria um retrocesso procedimental, já que um dos princípios basilares da regularização fundiária é estimular a resolução extrajudicial de conflitos (inciso IV do art. 48 da Lei 11.977/2009). Nesses termos, podemos vislumbrar que a realização dessa prova de “justificação da posse anterior”, visando a abreviar o prazo quinquenal exigido pelo *caput* do art. 60 da Lei 11.977/2009, terminará por exigir a realização de audiência judicial tradicional, já que não prevista em lei a possibilidade de sua realização pela via extrajudicial, por escritura pública lavrada por tabelião.

De qualquer forma, o procedimento estabelecido pelo art. 60, não estando presente a pretensão de abreviar-se o prazo aquisitivo da propriedade, possibilita maior **simplicidade** da prova requerida para a conversão do título porque admite que sejam **presumidos**, pelo simples implemento do prazo, os elementos de convicção exigíveis para a caracterização da posse *ad usucapionem* inerente à modalidade da usucapião especial urbana instituída pelo art. 183 da Constituição de 1988, em razão da **objetividade e publicidade** inerentes ao processo de regularização fundiária para demonstrar o relevante interesse social nele presente.

Assim, cumprido o prazo quinquenal, bastará ao adquirente da propriedade requerer a conversão de seu título de legitimação de posse em título de propriedade, juntando ao pedido, de acordo com o que prevê o § 1º do art. 60:

- I. certidões do cartório distribuidor demonstrando a inexistência de ações em andamento que caracterizem oposição à posse do imóvel objeto de legitimação de posse;
- II. declaração de que não possui outro imóvel urbano ou rural;
- III. declaração de que o imóvel é utilizado para sua moradia ou de sua família; e
- IV. declaração de que não teve reconhecido anteriormente o direito à usucapião de imóveis em áreas urbanas.

Recebido o pedido pelo Registro Imobiliário e verificadas as condições legais, o ato registral correspondente poderá ser lançado na respectiva matrícula imobiliária.

A conversão da legitimação de posse em propriedade é ato de **registro**, nos termos do 42 do inciso I do art. 167 da Lei 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos), com a redação determinada pela Lei 12.424/2011.

Antes do advento da Medida Provisória 514/2010, convertida posteriormente na Lei 12.424/2011, existia uma **vedação ao remembramento** de matrículas imobiliárias originadas de parcelamentos resultantes de processos de regularização fundiária de interesse social, nos termos do art. 70 da Lei 11.977/2009, o qual restou revogado.

Tais remembramentos, evidentemente, só são possíveis de realizar, agora que autorizados, após o **registro** da propriedade imobiliária em nome do(s) beneficiário(s) da regularização fundiária, pela conversão do título de legitimação de posse em título de propriedade.

Relativamente ao que estabeleceu a Lei 11.977/2009, nas disposições do § 2º do art. 58, no sentido de que o título de legitimação de posse (e, conse-

quentemente, o respectivo título de propriedade, adquirida em razão da usucapião especial constitucional) será concedido **preferencialmente** em nome da mulher e registrado na matrícula do imóvel, é possível vislumbrar aspectos de inconstitucionalidade desse dispositivo, se cotejado com o que dispõe o § 1º do art. 183 da Constituição:

[...] o título de domínio (no caso da usucapião do art. 183 da Constituição) e a concessão de uso (no caso do § 1º do art. 1º da Medida Provisória 2.220/2001) serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

Por fim, cabe consignar que o art. 68 da Lei 11.977/2009 estabeleceu gratuidade de emolumentos para o registro do auto de demarcação urbanística, do título de legitimação e de sua conversão em título de propriedade e dos parcelamentos oriundos da regularização fundiária de interesse social. Assim, o Registro Imobiliário brasileiro também dá sua importante parcela de contribuição ao processo de regularização imobiliária urbana, tão necessário ao desenvolvimento de nosso país.

O procedimento administrativo de complexa estrutura relativo à regularização fundiária de interesse social teve seu rito geral desenvolvido por meio do fluxograma apresentado ao final do artigo, facilitando sua compreensão e aplicação, passo a passo, de acordo com as disposições da Lei 11.977/2009, alterada pela Lei 12.424/2011.

3.2. A regularização fundiária de interesse específico

Prevista nos arts. 61 e 62 da Lei 11.977/2009, a regularização fundiária de interesse específico destina-se à regularização de parcelamentos urbanos surgidos já sob a vigência da atual Lei de Loteamentos (Lei 6.766/1979),

os quais permaneceram com seu registro de parcelamento irregular perante o Registro de Imóveis.

Para a realização dessa espécie de regularização fundiária, faz-se necessária a prévia aprovação, pela autoridade licenciadora – que invariavelmente será o Município – do projeto previsto no art. 51 da Lei 11.977/2009.

A regularização fundiária de interesse específico, diferentemente da regularização fundiária de interesse social, em princípio deve observar a aplicação do disposto na Lei 6.766/1979, que é a lei atual aplicável ao parcelamento do solo no país.

Entretanto, por força do art. 52 da Lei 11.977/2009, se o assentamento a regularizar estiver consolidado quando da entrada em vigor da referida lei, o Município poderá autorizar a redução do percentual de áreas destinadas ao uso público e da área mínima dos lotes definidos na legislação de parcelamento do solo urbano.

Essa espécie de regularização fundiária não admite a utilização de áreas de preservação permanente e demais restrições ambientais estabelecidas pela legislação específica, podendo a autoridade licenciadora exigir compensações urbanísticas e ambientais necessárias à viabilização do projeto.

Com base no art. 62 da Lei 11.977/2009, a autoridade licenciadora deve definir, no licenciamento, as responsabilidades relativas à implantação:

- a. do sistema viário;
- b. da infraestrutura básica;
- c. dos equipamentos comunitários definidos no projeto; e
- d. das medidas de mitigação e de compensação urbanística e ambiental exigidas, que integrarão termo de compromisso com força de título executivo extrajudicial.

A critério da autoridade licenciadora, essas responsabilidades poderão ser compartilhadas com os beneficiários da regularização fundiária de interesse específico.

Nos termos do art. 64 da Lei 11.977/2009, o registro do parcelamento resultante do projeto de regularização fundiária de interesse específico deverá ser requerido ao Registro de Imóveis nos termos da legislação em vigor (vale dizer, especialmente, a Lei 6.766/1979) e observadas as disposições específicas previstas no capítulo III da Lei 11.977/2009.

Esse registro de parcelamento, de acordo com a Lei 11.977/2009, determina a abertura de matrículas para a área objeto da regularização (inciso I do art. 66) e para as parcelas resultantes da execução do projeto (inciso II do art. 66). Determina, também, a abertura, de ofício, de matrículas para as áreas destinadas a uso público, com averbação das respectivas destinações e, se for o caso, das restrições administrativas convencionais ou legais (art. 67).

Não há gratuidade de emolumentos, no âmbito do Registro Imobiliário, para os atos de registro de parcelamento resultantes de processos de regularização fundiária de interesse específico.

3.3. A regularização fundiária de antigos loteamentos

A regularização fundiária de loteamentos implantados de acordo com a legislação vigente antes do advento da atual Lei de Loteamentos, também chamada de Lei do Parcelamento do Solo Urbano (Lei 6.766/1979), está disciplinada em conformidade com a previsão do art. 71, parágrafos 1º e 2º da Lei 11.977/2009.

Essa é uma forma de regularização fundiária que pode ser designada como *inominada*, já que a Lei 11.977/2009 não atribuiu um **nome** específico a ela.

Destina-se a promover a regularização de **antigos loteamentos** instalados antes da vigência da Lei 6.766/1979 e que não tenham obtido o respectivo registro de parcelamento perante o Registro Imobiliário.

Antes de 20 de dezembro de 1979, data em que entrou em vigor a Lei 6.766/1979, quem pretendesse vender terrenos urbanos mediante o pagamento do preço a prazo, em prestações ou à vista, deveria, antes de anunciar a venda, preencher as formalidades constantes do Decreto-Lei 58/1937, regulamentado pelo Decreto 3.079/1938, sendo a matéria modificada, posteriormente, pelo Decreto-Lei 271/1967.

Sabe-se que o Decreto-Lei 58/1937 não foi completamente revogado pela Lei 6.766/1979, quando publicada em 20 de dezembro de 1979, tendo restado íntegras as seguintes disposições relativas à forma de regularização de seu parcelamento junto ao Registro Imobiliário competente que, como podemos ver, constituem um procedimento bem mais singelo do que o atual:

Art. 1º – Os proprietários ou coproprietários de terras rurais ou terrenos urbanos, que pretendam vendê-los, divididos em lotes e por oferta pública, mediante pagamento do preço a prazo em prestações sucessivas e periódicas, são obrigados, antes de anunciar a venda, a depositar no cartório do registro de imóveis da circunscrição respectiva:

I – um memorial por eles assinado ou por procuradores com poderes especiais, contendo:

- a) denominação, área, limites, situação e outros característicos do imóvel;
- b) relação cronológica dos títulos de domínio, desde 30 anos, com indicação da natureza e data de cada um, e do número e data das transcrições, ou cópia autêntica dos títulos e prova de que se acham devidamente transcritos;
- c) plano de loteamento, de que conste o programa de desenvolvimento urbano, ou de aproveitamento industrial ou agrícola; nesta última hipótese, informações sobre a qualidade das terras, águas, servidões ativas e passivas, estradas e caminhos,

distância de sede do município e das estações de transporte de acesso mais fácil;

II – planta do imóvel, assinada também pelo engenheiro que haja efetuado a mediação e o loteamento e com todos os requisitos técnicos e legais; indicadas a situação, as dimensões e a numeração dos lotes, as dimensões e a nomenclatura das vias de comunicação e espaços livres, as construções e benfeitorias, e as vias públicas de comunicação;

III – exemplar de caderneta ou do contrato-tipo de compromisso de venda dos lotes;

IV – certidão negativa de impostos e de ônus reais;

V – certidão dos documentos referidos na letra “b” do nº I.

Com relação à regularização de imóveis urbanos, a propriedade informal é aquela originária dos loteamentos ilícitos, que podem ser classificados em **clandestinos** e **irregulares**.

Observa-se que os loteamentos irregulares e clandestinos apresentam uma característica fundamental: a irreversibilidade da situação fática provocada pelo parcelamento realizado, no sentido de que essa irreversibilidade apresenta um caráter de *consolidação do parcelamento de fato* e exercício de posse prolongada de tal forma que já esteja caracterizada como posse *ad usucapionem*, passível de regularização da propriedade imobiliária, tanto pela usucapião judicial como pelos instrumentos de regularização contemplados pelo Projeto More Legal no Estado do Rio Grande do Sul, com base nos provimentos da Corregedoria-Geral de Justiça, instituídos desde a década de 1980 e albergados, hoje, na Consolidação Normativa Notarial e Registral, aprovada pelo Provimento 032/2006-CGJ-RS.

Segundo o conceito dado por Francisco Eduardo Loureiro (2000, p. 29), em seu abalizado trabalho sobre loteamentos clandestinos, entende-se por loteamentos irregulares:

[...] aqueles que, embora aprovados pela Prefeitura e demais órgãos Estaduais e Federais, quando necessário, fisicamente não são executados, ou são executados em descompasso com a

legislação ou com atos de aprovação. Por sua vez, os loteamentos clandestinos são aqueles que não obtiveram a aprovação ou autorização administrativa dos órgãos competentes, incluídos aí não só a Prefeitura, como também entes Estaduais e Federais, quando necessário.

Essa profusão de parcelamentos não conformes às disposições legais foi uma decorrência imediata do que era previsto na Lei 6.766/1979, alterada pela Lei 9.785/1999, que pouco contribuía para a regularização de loteamentos, uma vez que exigia a destinação de 35% da área loteada ao Poder Público municipal, inviabilizando principalmente os parcelamentos destinados a populações de baixa renda, pois essa medida provocava o encarecimento do preço dos lotes nos parcelamentos urbanos.

Hoje, a nova redação do art. 4º da Lei 6.766/1979 acabou com a rigidez anteriormente prevista, na medida em que estabeleceu que a legislação municipal pode fixar a proporção de áreas destinadas a sistemas de circulação, equipamentos urbanos e comunitários, assim como de espaços livres de uso público para cada zona urbanizável onde se situe o loteamento.

3.3.1. A Lei 6.766 e o seu sistema de regularização imobiliária

Como forma de regularização de imóveis urbanos, o art. 40 da Lei 6.766/1979 prevê que o Município regularize o parcelamento do solo nos casos em que o proprietário/vendedor estiver ausente, for inidôneo, ou tiver assumido a titularidade do domínio mediante o instituto da desapropriação, expedindo, posterior e diretamente, os competentes títulos aos possuidores, compromissários, etc.

Três são as formas de regularização previstas na Lei 6.766/1979:

- a. pelo proprietário/loteador, quando notificado para cumprir com sua obrigação de regularizar o empreendimento (art. 38);

- b. pelo possuidor de qualquer documento que identifique a presença no local (Projeto More Legal no Rio Grande do Sul – RS); e
- c. pela Municipalidade (art. 40), competindo ao Município o direito/dever de proceder à regularização quando o loteador não o fizer.

O Registrador, ao receber título para registro em sua Serventia cujo conteúdo apresente indícios ou evidências de loteamento irregular ou clandestino, deverá impugná-lo, noticiando o fato imediatamente ao representante do Ministério Público local, em razão do controle da legalidade exercido pelo Registrador Imobiliário.

Essa modalidade de regularização pretende sanear as irregularidades que, ao tempo da implantação desses loteamentos, impediam seu registro. Geralmente apresentavam as seguintes irregularidades:

- a. loteamentos (ou parcelamentos) clandestinos: não têm projeto aprovado pela municipalidade e, por consequência, também não têm registro imobiliário;
- b. loteamentos (ou parcelamentos) irregulares, que podem apresentar:
 - Irregularidade formal*: loteamentos que, apesar de terem projetos aprovados, não lograram registro imobiliário por defeito ou falta na documentação (muitas vezes envolve loteamentos de glebas sem titulação em nome do loteador).
 - Irregularidade material*: loteamentos que apesar de terem sido aprovados e registrados, não cumpriram com as obrigações assumidas junto à municipalidade (especialmente no que se refere a não realização, a contento, das obras de infraestrutura).

No Rio Grande do Sul, a Corregedoria-Geral de Justiça editou normas destinadas à regularização desses loteamentos instalados anteriormen-

te à vigência da Lei 6.766/1979, nos termos do Provimento 32/2006 (Consolidação Normativa Notarial e Registral).

Essas normas foram originadas na Circular 02/80-CGJ/RS, de 15 de abril de 1980, que autorizava o registro de atos praticados anteriormente à vigência da Lei 6.766/1979 (até 19 de dezembro de 1979), **independentemente** de ter havido aprovação pelo Município ou de registro prévio do respectivo projeto de desmembramento.

Há critérios que podem ser utilizados para a autorização da regularização de parcelamentos realizados anteriormente a 1979, tomando por base as provas documentais que comprovem sua ancestralidade, tais como:

- a. atos que, apesar de não atenderem à Lei 6.766/1979, tenham sido celebrados por escritura pública até 19 de dezembro de 1979;
- b. instrumentos particulares com firmas reconhecidas até 19 de dezembro de 1979 ou registrados no Registro de Títulos e Documentos;
- c. atos ou documentos que importaram obrigações contraídas até 19 de dezembro de 1979, se formalizados de acordo com o item anterior, ou quando se tratar de retificação de ato celebrado até aquela data;
- d. atos que importaram fracionamento ou desdobro de parte com quaisquer dimensões, anexadas por fusão etc.
- e. atos que importaram formalização de parcelamentos já efetivados de fato mediante lotação individual das partes fracionadas, feita pelo Município, para efeitos tributários, desde que não provenham de loteamento clandestino.

A regularização de loteamentos anteriores a 1979, prevista no art. 71 da Lei 11.977/2009, estabelece que

[...] as glebas parceladas para fins urbanos anteriormente a 19 de dezembro de 1979 que não possuírem registro poderão ter

sua situação jurídica regularizada, com o registro do parcelamento, desde que o parcelamento esteja implantado e integrado à cidade.

Assim, esses parcelamentos devem estar de acordo com as normas exigidas à época em que foram realizados, de modo que estejam integrados à estrutura da cidade.

Essa regularização pode envolver a totalidade ou parcelas da gleba loteada e o interessado na regularização deverá apresentar **certificação** de que a gleba preenche as condições da Lei, bem como desenhos e documentos com as informações necessárias à efetivação do registro do parcelamento, nos termos dos parágrafos 1º e 2º do art. 71 da Lei 11.990/2009.

3.3.2. *Regulamentação pelo Município*

Para o registro desses parcelamentos relativos a loteamentos antigos cresce em importância, portanto, a edição de normas, pelos Municípios (autorizadas pelo que dispõe o art. 49 da Lei 11.977/2009), regulando a concessão da certificação referida pelo § 2º do art. 71.

Essa regulamentação em nível municipal é importante porque envolve matéria técnica quanto às plantas, desenhos, memoriais, vistorias a realizar e outros documentos exigíveis, já que essa situação deve conformar-se, na medida do possível, ao previsto pelo Plano Diretor e pela legislação de parcelamento, vigentes no Município.

Somente depois dessa certificação poderá o Registro de Imóveis conceder qualquer regularização, através do competente registro de parcelamento, independentemente de decisão judicial, já que a legislação, ao referir que essa regularização se faz pelo registro do parcelamento, esclareceu que o procedimento a ser observado é *administrativo*, enquanto medida desjudicializadora para a resolução de eventuais conflitos.

Essa certificação poderá corresponder a um alvará de regularização expedido por uma das Secretarias do Poder Público Municipal, sendo que a integração à cidade será avaliada em função da compatibilização da estrutura viária implantada, assim como das estruturas de saneamento e outros serviços públicos existentes.

A questão de estar implantado o loteamento diz com a verificação de que todas as obras previstas no projeto original tenham sido efetivamente executadas, o que sugere a realização de vistorias pelo Município.

3.3.3. Prova de loteamento antigo

Para beneficiar-se dessa regularização é fundamental que o loteamento comprove que sua implantação ocorreu antes de 19 de dezembro de 1979.

Para a comprovação dessa situação, pode-se lançar mão de diversos meios de prova: lançamento tributário, legislação de oficialização de vias e logradouros públicos pelos Municípios, fotos aéreas, documentos extraídos de processos administrativos etc.

3.3.4. Documentos a serem apresentados ao Registro Imobiliário

A regularização deverá contemplar situações consolidadas, na forma do art. 47, II, da Lei 11.977/2009, integradas à estrutura da cidade, podendo o Poder Público competente autorizar ou determinar o registro do parcelamento acompanhado dos seguintes documentos:

- I. título de propriedade do imóvel ou certidão da matrícula ou ainda da transcrição;
- II. certidão de ação real ou reipersecutória, de ônus reais e outros gravames, referente ao imóvel, expedida pelo Ofício do Registro de Imóveis;

- III. planta/desenho do imóvel e memorial descritivo, com Anotação de Responsabilidade Técnica (ART) do responsável técnico pela realização do projeto e pelas obras, aprovados pelo Município;
- IV. prova de que o parcelamento ocorreu antes da vigência da Lei 6.766/1979, ou seja, anteriormente a 19 de dezembro de 1979;
- V. documento expedido pelo Município, certificando que a gleba está com o parcelamento implantado e integrado à cidade.

Há situações como a do Projeto More Legal, do Estado do RS, em que já se dispõe de normas destinadas à regularização desses parcelamentos anteriores a 1979, as quais podem perfeitamente ser aplicadas para a viabilização dessa situação prevista pelo art. 71 da Lei 11.977/2009, pois estabelece a necessária intervenção do Poder Público Municipal, do Poder Judiciário, do Ministério Público e do Registrador Imobiliário, o que confere grande confiabilidade ao procedimento.

3.3.5. Flexibilização das normas de parcelamento do solo

O art. 52 da Lei 11.977/2009 possibilita, para a regularização de loteamentos antigos, prevista no art. 71, que o Município possa flexibilizar as normas definidas na legislação de parcelamento do solo urbano autorizando a redução de percentual das áreas de uso público e de extensão mínima dos lotes.

Aliás, desde a introdução das alterações na Lei 6.766/1979 pela Lei 9.785/1999 o objetivo passou a ser o de proporcionar a simplificação dos documentos a serem apresentados para fins de regularização fundiária:

Art. 53-A. São considerados de interesse público os parcelamentos vinculados a planos ou programas habitacionais de iniciativa das Prefeituras Municipais e do Distrito Federal, ou entidades autorizadas por lei, em especial as regularizações de parcelamentos e de assentamentos.” (*Artigo acrescido pela Lei 9.785/99*).

Parágrafo único. Às ações e intervenções de que trata este artigo não será exigível documentação que não seja a mínima necessária e indispensável aos registros no cartório competente, inclusive sob a forma de certidões, vedadas as exigências e as sanções pertinentes aos particulares, especialmente aquelas que visem garantir a realização de obras e serviços, ou que visem prevenir questões de domínio de glebas, que se presumirão asseguradas pelo Poder Público respectivo. (*Parágrafo acrescido pela Lei 9.785/99*).

É conveniente assinalar, por derradeiro, que a Lei 11.977/2009, com a redação modificada pela recente Lei 12.424/2011 através do acréscimo, ao seu texto, de parágrafo único ao art. 65, teve a finalidade de deixar absolutamente claro que, no desenvolvimento da regularização fundiária de interesse social, está totalmente afastada a aplicação das normas contempladas pela Lei 6.766/1979.

Ou seja, o sistema “especial” instituído pela Lei 11.977/2009, para o registro de parcelamento resultante daquela regularização fundiária, é independente do sistema “geral” instituído pela Lei 6.766/1979.

Já na realização da regularização fundiária de interesse específico, as normas do sistema geral da Lei 6.766/1979 devem continuar a ser observadas (art. 64), ainda que com a aplicação das medidas mitigadoras autorizadas pela Lei 11.977/2009.

Na regularização de loteamentos antigos, prevista no art. 71 da Lei 11.977/2009, também não serão exigidos os requisitos da Lei 6.766/1979, porque anteriores à sua edição, desde que o parcelamento previsto no seu licenciamento original tenha sido concluído até a entrada em vigor da mencionada lei.

3.4. A regularização fundiária em imóveis públicos

A Lei 11.481/2007 estabeleceu novas diretrizes para regularização da propriedade imobiliária, bem como criou novos direitos reais, acrescentando

ao art. 1.225 do Código Civil, a concessão de uso especial para fins de moradia (inciso XI) e a concessão de direito real de uso (inciso XII). Também acrescentou, como bens passíveis de hipoteca, no art. 1.473, o direito de uso especial para fins de moradia (inciso VIII), o direito real de uso (inciso IX) e a propriedade superficiária (inciso X).

As alterações por ela operadas na Lei 9.636/1998, instituíram a possibilidade de a União realizar a **regularização de ocupações** existentes em imóveis pertencentes ao seu patrimônio, inclusive em relação a assentamentos informais de populações carentes e de baixa renda, tanto em imóveis urbanos como rurais, basicamente para fins de moradia.

As inscrições de ocupação dos referidos imóveis ficam a cargo da Secretaria do Patrimônio da União (SPU), podendo haver transferências de posse na cadeia sucessória do imóvel, mediante anotação em seu cadastro administrativo.

Com a alteração do art. 7º do Decreto-Lei 271/1967, foi instituída a **concessão de uso** de terrenos públicos ou particulares, remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como **direito real** resolúvel, para regularização fundiária de interesse social, urbanização, edificação e outras finalidades.

Para **demarcação** desses terrenos visando à regularização fundiária de interesse social em imóveis de seu domínio, a União poderá lavrar auto de demarcação.

São consideradas como de *interesse social* as regularizações destinadas a atender famílias com renda familiar mensal não superior a cinco salários mínimos.

O **auto de demarcação** assinado pelo Secretário do Patrimônio da União (SPU), deverá ser instruído com:

- a. planta e memorial descritivo da área a regularizar;
- b. planta de sobreposição da área demarcada;
- c. certidão da matrícula ou da transcrição da área a regularizar;

- d. certidão da Secretaria do Patrimônio da União – SPU, indicando o Registro Imobiliário Patrimonial – RIP e o responsável pelo imóvel;
- e. planta de demarcação da linha preamar média (LPM) para terrenos de marinha;
- f. planta da linha média de enchentes ordinárias (LMEO), para terrenos marginais a rios federais.

A regularização fundiária observará o seguinte **procedimento** (arts. 18-A a 18-F do Decreto-Lei 9.760/46, com a redação dada pela Lei 11.481/2007):

- a. prenotado e autuado o **pedido de registro** da demarcação no Registro de Imóveis, o Oficial procederá às buscas verificando a existência de matrículas ou transcrições relativas à área a ser regularizada;
- b. inexistindo matrícula ou transcrição e estando a documentação em ordem, o Registro de Imóveis **abrirá matrícula** do imóvel em nome da União, registrando o auto de demarcação.;
- c. havendo registro anterior, o Registro de Imóveis **notificará pessoalmente** o titular do domínio e, se não for encontrado, por *edital*, assim como os confinantes, ocupantes e terceiros interessados, estes só por edital (cujas duas publicações serão a cargo da União);
- d. decorrido o prazo de 15 dias após a última publicação sem que haja impugnação, o Registro de Imóveis **abre matrícula** em nome da União e registra a demarcação, *cancelando* o registro anterior em virtude da nova abertura e procede às necessárias *averbações* junto aos registros anteriores, se for o caso;
- e. havendo **impugnação**, o Registro de Imóveis dará ciência à União, que tentará acordo com o impugnante. Não havendo acordo, remete-se a questão ao juízo competente (da **Justiça Federal**), prosseguindo o registro quanto à parte incontroversa;

- f. julgada improcedente a impugnação, os autos voltam ao Registro de Imóveis para a **abertura de matrícula** em nome da União, *cancelamento* de registros anteriores e realização das eventuais *averbações* necessárias;
- g. julgada procedente a **impugnação**, os autos são restituídos ao Registro de Imóveis para as necessárias anotações e restituição ao Poder Público;
- h. a **prenotação** do pedido de registro da demarcação fica *prorrogada* até o cumprimento da decisão judicial ou até seu cancelamento a pedido da União, não se aplicando a estas regularizações o cancelamento por decurso de prazo.

O diploma legal regulador possibilitou, ainda, a aplicação desse procedimento às regularizações fundiárias de interesse social em imóveis de propriedade dos **Estados, Distrito Federal e Municípios** que não possuam legislação própria de regência da matéria (art. 22 da Lei 11.481/2007).

Também é importante salientar que as operações imobiliárias envolvendo terrenos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios implicam a apresentação de Declaração sobre Operações Imobiliárias em Terrenos da União – Doitu, em meio magnético, pelos Cartórios de Notas, Registro de Imóveis e Títulos e Documentos, com relação às suas áreas de responsabilidade.

A Lei 11.481/2007 acrescentou, ainda, o art. 290-A ao texto da Lei 6.015/1973, instituindo casos de **gratuidade** no Registro de Imóveis, específicos para regularizações fundiárias de interesse social e para a primeira averbação de construção residencial de até 70 m² em áreas urbanas que tenham sido objeto dessas regularizações, desnecessária a comprovação do pagamento de tributos ou contribuições previdenciárias.

4. Considerações finais

A regularização fundiária é um instrumento dotado de várias dimensões. Neste artigo, foi dada ênfase a sua dimensão jurídica, que se pode realizar por meio de várias modalidades.

Entretanto, seu significado, como conjunto de medidas, vai muito além disso, revelando-se como instrumento que possibilita promover um redimensionamento urbanístico no contexto das cidades, especialmente em relação àqueles lugares que resultaram do crescimento urbano desordenado e que demandam um resgate quanto à recomposição da qualidade de vida.

Dessa forma, a regularização fundiária, apesar de revelar-se como um instrumento de Direito Urbanístico está voltado a redimensionar qualitativamente a cidade, procurando também preservar sua identidade cultural, desde que a dimensão jurídica esteja sintonizada com as demais dimensões do processo de regularização (urbanísticas, ambientais e sociais).

No contexto da dimensão jurídica da regularização fundiária, revela-se como instrumento de vital importância o Registro de Imóveis, procurando encontrar sua sinergia com os demais profissionais envolvidos no desenvolvimento desse processo de intervenção no cotidiano da cidade e de seus cidadãos.

Como se vê, há possibilidade de regularização de qualquer imóvel que se encontre em situação irregular no Brasil, mas, para isso, tem de haver coragem/vontade e interesse de todos, principalmente do Poder Público e especialmente no nível municipal.

A legislação existente, como visto, é prenhe de instrumentos que possibilitam a realização desse trabalho, há muito adiado ao longo de nossa história, mas que, no momento, está a exigir uma atitude proativa no sentido de tirar da informalidade a infinidade de imóveis que ainda estão nessa situação e a promover o grande reordenamento urbano de que o país tanto precisa.

A regularização fundiária de interesse social revelou-se como o instrumento verdadeiramente inovador no conjunto de medidas legais, trazendo

em seu bojo tanto a possibilidade de regularização jurídica dos imóveis que estão na informalidade, no momento em que é capaz de conferir a propriedade imobiliária àqueles que podiam fruir tão somente o que os estreitos limites da posse eram capazes de conferir.

Através de um processo que tem na legitimação da posse o elemento formador do título precário, passível de conversão em título hábil a conferir a propriedade imobiliária, a regularização fundiária de interesse social terminou por inserir-se harmoniosamente na tradição de nosso ordenamento jurídico e inová-lo com a instituição da usucapião administrativa ao mesmo tempo que instrumentalizou o Poder Público a interferir decisivamente no enfrentamento da realidade fundiária nacional.

A regularização fundiária de interesse específico e a regularização fundiária inominada, por sua vez, vieram para resgatar os problemas herdados dos modelos legais de parcelamento do solo urbano vigentes anteriormente no país, viabilizando soluções até então inadmissíveis nas práticas do controle exercido pela Administração Pública nos diversos níveis políticos da Federação.

Outro tormentoso problema em relação ao qual o Poder Público também vivia momentos de indecisões e incertezas recebeu algumas soluções através da instituição da regularização fundiária em imóveis públicos, que, a par de regularizar o patrimônio público, terminou por viabilizar a concessão de uso especial para fins de moradia aos ocupantes desses imóveis pela via de um procedimento que confere legalidade e reconhece a posse exercida por pessoas, ou grupos de pessoas, cuja renda familiar não ultrapasse cinco salários mínimos, com o objetivo de proporcionar o acesso às camadas mais carentes da população à terra urbanizada e à habitação digna e sustentável.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 jun. 2011.

_____. *Emenda Constitucional 26*, de 14 de fevereiro de 2000. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 jun. 2011.

_____. *Lei 6.015*, de 31 de dezembro de 1973, Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 maio 2011.

_____. *Lei 9.636*, de 15 de maio de 1998, Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 maio 2011.

_____. *Lei 9.766*, de 19 de dezembro de 1979, Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 maio 2011.

_____. *Lei 10.406*, de 10 de janeiro de 2002, Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 maio 2011.

_____. *Lei 11.481*, de 31 de maio de 2007, publicada no Diário Oficial da União de 31 de maio de 2007, edição extra, Brasília, DF.

_____. *Lei 11.977*, de 7 de julho de 2009, publicada no Diário Oficial da União de 8 de julho de 2009, Brasília, DF.

CHALHUB, Melhim Namen. 2010. Usucapião administrativa. In: *IDEAL*; Direito Notarial e Registral, São Paulo: Quinta Editorial, p. 211-249.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. Loteamentos clandestinos: prevenção e repressão. In: *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, v. 48, p. 29-46, jan./jun. 2000.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO SUL (MPRS), 2011. *Regularização fundiária: como implantar*. 1. ed. Porto Alegre: CEFAP, (Coord. Lisandra Demari).

PAIVA, João Pedro Lamana. *Procedimento de dívida no Registro de Imóveis*. 2. ed. (Série Direito Registral e Notarial). São Paulo: Saraiva, 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Poder Judiciário. Corregedoria-Geral de Justiça. *Consolidação Normativa Notarial e Registral*. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/export/legislacao/estadual/doc/CNNR_CGJ_Maio_2011_Prov_11.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2011.

SALLES, Venício. *Usucapião Administrativa: Lei 11.977/2009*, publicado em 11 ago. 2009. Disponível em: <www.colegioregistrals.org.br>. Acesso em: 23 jun. 2011.

OS PRECATÓRIOS E OS DESDOBRAMENTOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL 62/2009

*Jamille Lavale de Carvalho Henriques de Moura*¹

Resumo: O presente artigo trata sobre as regras para pagamento de precatórios trazidas pela Emenda Constitucional 62/2009, a declaração de inconstitucionalidade da referida Emenda e a consequente modulação dos efeitos realizada pelo Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Precatórios. Emenda Constitucional 62.

1. Introdução

Precatórios são ordens de pagamento advindas de sentenças judiciais transitadas em julgado que obrigam o pagamento de quantias pela Fazenda Pública devedora.

1 Advogada do Departamento Jurídico da Confederação Nacional de Municípios (CNM). Especialista em Direito Público.

Atualmente as normas jurídicas que regem o pagamento de precatórios estão disciplinadas no art. 100 da Constituição Federal (CF) e no art. 97 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

A Emenda Constitucional 62, promulgada em 9 de dezembro de 2009, alterou a regra permanente do art. 100 da CF, além de ter acrescentado o art. 97 ao ADCT, permitindo aos Estados, Distrito Federal e Municípios adotarem um regime especial de pagamento de precatórios.

O Supremo Tribunal Federal (STF) declarou parcialmente inconstitucional a Emenda Constitucional 62 e em março de 2015 retomou o julgamento da questão de ordem nas Ações Direta de Inconstitucionalidade (ADIs) 4.357 e 4.425, e tratou da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

2. REGRAS TRAZIDAS PELA EMENDA CONSTITUCIONAL 62/2009

A EC 62/2009, além de modificar o art. 100 da CF, fez incluir o art. 97 ao ADCT, criando um novo regime de pagamento de precatório.

2.1. Alterações das regras permanentes do art. 100 CF

No que se refere às regras permanentes do art. 100, as principais modificações trazidas pela Emenda Constitucional 62/2009 foram:

- preferência de pagamento aos idosos com 60 (sessenta) anos ou mais na data da expedição de precatórios e para os portadores de enfermidade grave, até o limite de três vezes o montante definido como dívida de pequeno valor, admitindo-se fracionamento para tanto;

- definição de que a obrigação de pequeno valor não poder ser inferior ao valor pago ao maior benefício do regime geral de previdência social;
- sequestro de valores, não só no caso de quebra à ordem cronológica, mas também para a situação em que o Ente público não realiza a dotação do crédito orçamentário em valor suficiente ao pagamento do débito;
- responsabilização do Presidente do tribunal competente também perante o Conselho Nacional de Justiça;
- compensação dos valores devidos a título de pagamento de precatórios com débitos a que estariam sujeitos seus titulares;
- faculdade, para o credor, de compra de imóveis públicos com créditos em precatórios;
- correção dos valores de precatórios pelo índice oficial de caderнета de poupança, vedada a incidência de juros compensatórios;
- possibilidade de cessão dos créditos em precatórios a terceiros, independente da concordância da Fazenda Pública devedora;
- possibilidade de criar fórmulas de refinanciamento de dívidas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios pela União;
- criação de Regime especial para pagamento de crédito de precatórios de Estados, Distrito Federal e Municípios, a ser instituído por Lei Complementar.

2.2. Regime Especial – art. 97 ADCT

No que tange ao regime especial, o art. 97 do ADCT criou uma nova forma de pagamento na qual Estados, Distrito Federal e os Municípios que em 10 de dezembro de 2009 (data da publicação da Emenda) estivessem em mora na quitação de precatórios vencidos poderiam quitar a dívida de forma anual,

parcelada em até quinze anos, ou mensal, destinando-se parcelas variáveis entre 1% a 2% da receita corrente líquida.

O sistema anual consistia no pagamento da dívida parcelada em até 15 anos. O percentual a ser depositado anualmente em conta especial administrada pelo Tribunal de Justiça deveria ser igual ao saldo total dos precatórios devidos, acrescido do índice oficial da caderneta de poupança, diminuído das amortizações e dividido pelo número de anos restantes no regime especial de pagamento.

Optando pelo sistema de amortização mensal, os Estados, Distrito Federal e os Municípios deveriam depositar mensalmente, 1/12 (um doze avos) do valor calculado percentualmente sobre as respectivas receitas correntes líquidas. O percentual poderia variar de 1% a 2%, dependendo do enquadramento previsto nos incisos I e II do §2º, do art. 97 do ADCT.

Dos recursos depositados, pelo menos 50% (cinquenta por cento) deveriam ser destinados para pagamento de precatórios pela ordem cronológica, respeitada a preferência dos precatórios alimentícios (ano corrente) e dos vinculados a pessoas com 60 anos de idade ou mais ou portadoras de doenças graves (todos os anos).

Os recursos restantes deveriam ser destinados para pagamento por meio de leilão, ordem crescente de valor ou acordo direto com credor.

Pela Emenda ficou estabelecido também a atualização dos precatórios pelo índice da caderneta de poupança e a mora compensada, atualizada por juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios.

3. EMENDA CONSTITUCIONAL 62/2009 E SUA DECLARAÇÃO DE INCONTITUCIONALIDADE.

O STF, em 14 de março de 2013, no julgamento das ADIs 4357 e 4425, declarou inconstitucional parte do art. 100 – que prevê regras gerais –, e

tudo o art. 97 da Emenda Constitucional 62/2009 – que prevê o regime especial de pagamento de precatórios.

Quanto ao art. 100, os ministros julgaram inconstitucionais em parte os parágrafos 2º, 9º, 10 e 12, acompanhando o voto do ministro-relator, Ayres Britto (aposentado). No parágrafo 2º, foi considerada inconstitucional a expressão “na data de expedição do precatório”, que restringe o pagamento preferencial àqueles que já têm 60 anos completos quando da expedição do título judicial. Segundo o voto do ministro Ricardo Lewandowski, “excluir da preferência o sexagenário que completa a idade ao longo do processo ofende a isonomia e também a dignidade da pessoa humana e o princípio da proteção aos idosos, assegurado constitucionalmente”.

Os parágrafos 9º e 10 também foram declarados inconstitucionais, por maioria de votos. Os dispositivos instituem a regra da compensação, no momento do pagamento dos precatórios, dos débitos que o credor privado tem com o poder público. A regra foi considerada inconstitucional porque acrescenta uma prerrogativa ao Estado de encontro de contas entre créditos e débitos que não é assegurada ao entre privado. Os ministros alegam que a compensação embarça a efetividade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV), desrespeita a coisa julgada material (CF, art. 5º, XXXVI), vulnera a Separação dos Poderes (CF, art. 2º) e ofende a isonomia entre o Poder Público e o particular (CF, art. 5º, *caput*), cânone essencial do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, *caput*).

Quanto ao parágrafo 12, foi considerada inconstitucional a expressão que estabelece o índice da caderneta de poupança como taxa de correção monetária dos precatórios, por ficar entendido que este não é suficiente para recompor as perdas inflacionárias.

O regime “especial” de pagamento de precatórios foi declarado integralmente inconstitucional pois os Ministros entenderam que, ao veicular nova moratória na quitação dos débitos judiciais da Fazenda Pública e ao impor o contingenciamento de recursos para esse fim, viola a cláusula constitucional do Estado de Direito (CF, art. 1º, *caput*), o princípio da Separação de Poderes

(CF, art. 2º), o postulado da isonomia (CF, art. 5º), a garantia do acesso à justiça e a efetividade da tutela jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV), o direito adquirido e à coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI).

4. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA EMENDA 62

Passados dois anos da declaração de inconstitucionalidade da Emenda, o Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu em 25 de março de 2015 o julgamento sobre a modulação dos efeitos, ou seja, o alcance dos efeitos dessa decisão. Por maioria, os ministros concordaram com a proposta de modulação apresentada pelos ministros Barroso e Fux, que compilou as sugestões e divergências apresentadas em votos já proferidos.

Segundo a decisão do Supremo, a modulação se deu nos seguintes moldes:

1. O regime especial fica mantido parcialmente pelo período de cinco exercícios financeiros a contar de 1º de janeiro de 2016.

O regime especial que pela redação da EC 62 teria 15 anos de duração, agora com a modulação terá duração de 11 anos, já que ficou prorrogado por mais 5 anos.

Durante o período de prorrogação do regime especial, ficam mantidas:

1.1 A vinculação de percentuais mínimos da receita corrente líquida ao pagamento dos precatórios (art.97, § 10, do ADCT), quais sejam:

I – para os Estados e para o Distrito Federal:

a) de, no mínimo, 1,5% (um inteiro e cinco décimos por cento), para os Estados das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, além do Distrito Federal, ou cujo estoque de precatórios pendentes das suas administrações di-

reta e indireta corresponder a até 35% (trinta e cinco por cento) do total da receita corrente líquida;

b) de, no mínimo, 2% (dois por cento), para os Estados das regiões Sul e Sudeste, cujo estoque de precatórios pendentes das suas administrações direta e indireta corresponder a mais de 35% (trinta e cinco por cento) da receita corrente líquida;

II – para Municípios:

a) de, no mínimo, 1% (um por cento), para Municípios das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, ou cujo estoque de precatórios pendentes das suas administrações direta e indireta corresponder a até 35% (trinta e cinco por cento) da receita corrente líquida;

b) de, no mínimo, 1,5% (um inteiro e cinco décimos por cento), para Municípios das regiões Sul e Sudeste, cujo estoque de precatórios pendentes das suas administrações direta e indireta corresponder a mais de 35 % (trinta e cinco por cento) da receita corrente líquida.

1.2 As sanções para o caso de não liberação tempestiva dos recursos destinados ao pagamento de precatórios (art. 97, §10, do ADCT), que são:

a) sequestro por ordem judicial ou, alternativamente, compensação automática dos tributos devidos e não pagos pelo credor e o precatório e havendo saldo em favor do credor, o valor terá automaticamente poder liberatório do pagamento de tributos de Estados, Distrito Federal e Municípios devedores, até onde se compensarem;

b) proibição de contratação de empréstimos e recebimento de transferências voluntárias;

- c) penalidade do Chefe do Poder Executivo pela Lei de Responsabilidade Fiscal e Improbidade Administrativa;
- d) retenção do FPE ou FPM.

2. Com relação ao índice de correção dos precatórios, consideram-se válidos os precatórios expedidos ou pagos até 25 de março de 2015 pelo índice básico da caderneta de poupança (TR). A partir de 26.03.2015 fica estabelecido o IPCA-E (Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial).

Os precatórios tributários deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários.

Os precatórios federais seguirão regidos pelo disposto nas Leis de Diretrizes Orçamentárias (LDOs) quanto aos anos de 2014 e 2015, caso em que já foi fixado o IPCA-E como índice de correção.

3. Quanto às formas alternativas de pagamento previstas no regime especial, consideram-se válidos os pagamentos pela ordem crescente de crédito e leilões previstos na EC 62/09 e realizados até 25 de março de 15.

A partir de 26 de março de 2015, os pagamentos devem ser feitos pela ordem cronológica, ficando mantida a possibilidade de pagamento por meio de acordo direto com credor, desde que a redução máxima do crédito (deságio) seja de 40% e seja observado o estabelecido em lei própria da entidade devedora.

4. Delegação de competência ao Conselho Nacional de Justiça para que apresente proposta normativa que discipline sobre:

- a) a utilização compulsória de 50% dos recursos da conta de depósitos judiciais tributários para o pagamento de precatórios; e
- b) a possibilidade de compensação de precatórios vencidos, próprios ou de terceiros, com o estoque de créditos inscritos em dívida ativa até 25/3/15, por opção do credor do precatório.

5. atribuição de competência ao CNJ para que monitore e supervisione o pagamento dos precatórios pelos Entes públicos, conforme decisão de modulação.

5. CONCLUSÃO

É incontestável o fato de que embora a Emenda Constitucional 62/2009 tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, representou um enorme avanço na forma de pagamento de precatórios.

Municípios que há quase três décadas não realizavam o pagamento de precatórios passaram a efetuar-los em razão das facilidades na nova sistemática de pagamento trazida pela Emenda Constitucional 62/2009, bem como pelas temidas sanções estabelecidas no caso de não cumprimento da medida.

A modulação de efeitos da decisão que declarou inconstitucional a EC 62/2009 realizada pelo STF foi rechaçado por alguns juristas, pois como disse o ministro Marco Aurélio em seu voto: “O Supremo age unicamente como legislador negativo. Jamais, por melhor que seja a intenção, como legislador positivo”. No entanto, entende-se por acertada, pois caso a Suprema Corte não tivesse agido dessa maneira, estaria criando um tumulto processual e uma grande insegurança jurídica.

Certamente a solução encontrada pelo STF resolverá o problema de grande parte dos Municípios brasileiros, mas tantos outros não conseguirão quitar a dívida no prazo estabelecido de mais cinco anos. No final, a fórmula criada pelo Pretório Excelso para modulação permitirá a muitos Entes federados a quitação do estoque da dívida sem, contudo, inviabilizar a continuidade na prestação dos serviços públicos essenciais. Possivelmente o Congresso Nacional elaborará soluções de pagamento da dívida para aqueles Entes devedores que ficarem inviabilizados de quitar a dívida até 2020.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. In: *Legislação Complementar*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 2 maio 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4357*. (Data de publicação DJE 26/09/2014 – ATA 137/2014. DJE 188, divulgado em 25/09/2014).

_____. Constituição (1988). *Emenda Constitucional 62*, de 9 de dezembro de 2009.

A SITUAÇÃO ATUAL DAS EMANCIPAÇÕES NO BRASIL: UMA BREVE ANÁLISE SOB AS PERSPECTIVAS JURÍDICA E POLÍTICA

Rodrigo Garrido Dias¹

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar a situação jurídica atual das emancipações de Municípios no Brasil. Aborda a evolução constitucional no tratamento do tema e a contradição política do Poder Executivo federal no enfrentamento da questão. Quanto à metodologia empregada, trata-se de uma pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Constituição. Emancipação. Município. Federação.

¹ Bacharel em Direito pela Unisinos – RS. Especialista em Direito Público. Ex-coordenador da Área Jurídica da CNM. Advogado sênior (OAB/RS 47.943) na empresa Arqdigital Ltda. (Brasília-DF).

1. BREVE HISTÓRICO DO SURGIMENTO DO MUNICÍPIO NO BRASIL

Falar do surgimento do Município no Brasil exige um breve retorno aos primórdios da organização das cidades em Portugal. Nesse sentido, o poder local na península ibérica foi um espelho fiel do modelo romano de ocupação. Roma, ao conquistar um grande número de territórios, percebeu a enorme problemática no que concerne ao gerenciamento e ainda o risco da fragmentação, por isso, com o objetivo de garantir o senhorio das terras dominadas, incrementou o estabelecimento de unidades administrativas locais (FAUSTO, 2006).

Ainda que posteriormente, com o fim da dominação romana, os territórios tenham se organizado em feudos e o poder local tenha perdido sua importância, a guerra de reconquista contra a invasão moura trouxe de volta o fortalecimento do espaço local. Isso se deu pela ausência de lideranças nos feudos aliada ao sentimento de união entre aqueles que protagonizaram a derrota dos invasores, o que mais tarde permitiu inclusive a unificação do Reino de Portugal em 1179 (ARAÚJO, 2005).

Assim, em sentido contrário ao restante da Europa, o Município surge em Portugal não do conflito entre os senhores feudais e a Igreja Católica, mas sim da diluição dos feudos após a guerra de reconquista em face dos mouros, o que facilitou a construção das cidades, cujos centros administrativos eram os “concelhos” inspirados na experiência romana.

Passando já para a realidade brasileira, podemos verificar que no período colonial (1500-1822) a marca principal era a dificuldade de lidar com a ocupação de um imenso território “descoberto”.

O sistema das capitanias hereditárias foi uma tentativa de ocupação que de alguma maneira permitiu o estabelecimento das vilas que eram criadas pelas capitanias e não pela coroa. Essa incipiente organização local nasce com perfil acentuadamente rural e seguiu a lógica do Município português, onde os

“concelhos” instalados na colônia já possuíam vereadores, administradores, fiscais e um escrivão (MEIRELLES, 2003).

De qualquer maneira, a lógica do funcionamento das “vilas” era a “[...] dos negócios da metrópole, não a autonomia local” (ARAÚJO, 2005, p.128).

Se a partir daí acompanharmos a história do Município brasileiro, verificaremos, quer seja no período imperial (1822-1889), seja na República Velha (1889-1930), no Governo Vargas (1930-1945), no período democrático de 1946 até 1964, no Regime Militar (1964-1985) ou na transição para a Democracia (1985-1989), a realidade dos Entes locais oscilou entre momentos de maior liberdade política e financeira até a caracterização como mera autarquia estadual.

Ainda que a Constituição de 1946 e a vigência posterior de Cartas Estaduais e leis orgânicas tenha proclamado um âmbito de autonomia municipal, de fato, foi apenas com a elevação do Município ao *status* de Ente federado, com o advento da Constituição Federal de 1988, que passamos a poder falar em autonomia política, financeira e administrativa.

2. A AUTONOMIA DO MUNICÍPIO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A postura inovadora do legislador constituinte originário, erigindo o Município à condição de integrante da Federação, conferiu ao Ente local um alcance inédito até então na história dos sistemas federativos (BONAVIDES, 2004).

A Federação é invenção norte-americana. O constituinte estadunidense de 1787 conseguiu uma maneira engenhosa de criar uma aliança entre Estados soberanos que cederam parte de sua autonomia para o estabelecimento do pacto federal.

As características comuns das federações são a aliança entre unidades autônomas; a impossibilidade de ela ser desfeita ou a inexistência de direito de secessão; o fundamento constitucional do pacto; a descentralização política; a participação dos Estados no Poder Legislativo federal; os órgãos representativos dos Estados-membros; a repartição rígida de competências; a possibili-

dade de intervenção federal, em casos excepcionais; a possibilidade de formação de Estados-membros e também a previsão de um órgão de cúpula do Poder Judiciário (BULOS, 2009).

Verifica-se, assim, que a Federação brasileira apresenta certa peculiaridade em relação aos postulados históricos do modelo federal. Nesse ponto, estamos ainda em uma verdadeira construção da nossa identidade federal.

Podemos apontar, como exemplo dessa incompletude, o fato de que os Municípios não possuem representatividade no poder central, afinal, o nosso sistema bicameral prevê a Câmara dos Deputados como representante do Povo e o Senado Federal como representante dos Estados-membros e do Distrito Federal.

De qualquer maneira, a partir desse *status* de Ente federado, conferido pelo art. 18 da Constituição, ganhou ainda mais valor a autonomia dos Entes locais que, na lição de Meirelles (2006, p. 93), se expressa no:

[...] a) poder de auto-organização (elaboração de lei orgânica própria); b) poder de autogoverno, pela eletividade do prefeito, do vice-prefeito e dos vereadores; c) poder normativo próprio, ou de autolegislação, mediante a elaboração de leis municipais na área de sua competência exclusiva e suplementar; d) poder de auto-administração: administração própria para criar, manter e prestar os serviços de interesse local, bem como legislar sobre seus tributos e aplicar suas rendas.

Pode-se dizer, ainda sobre autonomia, que ela consubstancia exercício de poder limitado pela Constituição. Não se pode, por conseguinte, falar de hierarquia entre União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios; todos atuam sob o influxo de competências estabelecidas na Carta da República.

3. A EMANCIPAÇÃO DE MUNICÍPIOS NO TEXTO ORIGINAL DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O tema da emancipação de Municípios foi tratado pelo texto original da Carta de 1988 da seguinte maneira:

Art. 18 [...]

§4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios preservarão a continuidade e a unidade histórico-cultural do ambiente urbano, far-se-ão por lei estadual, obedecidos os requisitos previstos em lei complementar estadual, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações diretamente interessadas.

Segundo o texto constitucional, a lei de criação do Município é uma lei ordinária estadual que obedece a requisitos mínimos para a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento definidos em lei complementar pelo respectivo Estado-membro. Todos os critérios mínimos, portanto, eram estabelecidos pelas respectivas Assembleias Legislativas.

Foram instalados 1.405 novos Municípios entre 1984 e 1997, muitos dos quais sob a égide desse novo dispositivo constitucional que conferia protagonismo total ao Estado-membro no processo de emancipação (GOMES e MACDOWELL, 2000).

Dois problemas são de fácil percepção nesse marco normativo: critérios diferentes entre os Estados-membros e um número elevado na instalação de novos Entes locais em muitos casos sem a escala econômica indispensável para a viabilidade de um Município.

Em 1996 houve a iniciativa do Congresso Nacional de editar a Emenda Constitucional 15, objetivando justamente tornar mais complexo o processo de criação de novos Municípios.

4. A EMENDA CONSTITUCIONAL 15/1996

A Emenda Constitucional 15/1996 trouxe uma nova redação para o dispositivo constitucional, a saber:

Art. 18 [...]

§4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por lei complementar federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei.

Como se pode depreender da modificação, a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios continuam ocorrendo por meio de lei estadual, porém, passa a haver a exigência de lei complementar federal para determinar o período de tempo no qual será admitido qualquer um desses processos.

O dispositivo constitucional passa a demandar, ainda, uma lei ordinária federal para disciplinar a elaboração dos Estudos de Viabilidade Municipal.

Destaca também que a consulta prévia, mediante plebiscito, deverá abranger as populações dos Municípios envolvidos e não apenas a população diretamente interessada como outrora.

Verifica-se, portanto, uma radical alteração nos parâmetros normativos aptos a ensejar novas emancipações retirando o protagonismo do Estado-membro em detrimento da União que passa a definir por meio de sua legislação tanto o período quanto os critérios mínimos de viabilidade.

Desde 1996, demanda-se a edição dessa legislação preconizada pela Constituição de forma que o panorama atual é de total ausência de parâmetros normativos para a emancipação de Municípios.

5. PANORAMA ATUAL

De fato, não possuímos atualmente a legislação preconizada na Constituição. Contudo, em outubro de 2013, o Congresso Nacional avançou nesse desiderato e aprovou o Projeto de Lei Complementar (PLP 416/2008) de autoria do senador Mozarildo Cavalcanti.

A referida proposta buscou regulamentar a Constituição autorizando a criação, a fusão e o desmembramento de Municípios, mas sob normas consideradas mais rígidas pelos parlamentares, como a necessidade prévia de estudo de viabilidade econômica, a existência de perspectivas de investimento em educação e saúde e de cumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000). Também estabeleceu um número mínimo de habitantes para o novo Município, de acordo com a região do País.

Não obstante ter sido uma proposta negociada por anos com o governo federal recebeu veto integral da Presidente da República sob o argumento de risco de expansão expressiva no número de Municípios no Brasil, com criação de gastos extras sem receita suficiente para cobri-las. Segundo a presidente, o Ministério da Fazenda alertou quanto aos impactos negativos do projeto sobre a sustentabilidade fiscal e a estabilidade macroeconômica.

Após o veto apostado iniciaram novas negociações com o Planalto objetivando a construção de uma proposta “imune ao veto”. Desse concerto nasceu o PLS 104/2014.

O referido Projeto era ainda mais rigoroso. O relator Valdir Rapp (PMDB-RO) atendeu ao pedido do governo e, nas regiões Sul e Sudeste, aumentou a exigência de população mínima de 12 mil habitantes para 20 mil habitantes. No Nordeste, o texto vetado pela Presidente previa população de 8,4 mil. Agora, são 12 mil. No Centro-Oeste e no Norte não houve alteração na exigência de 6 mil moradores.

Para a surpresa de todos, ainda que o Projeto tenha sido negociado com equipes legitimadas do Poder Executivo, recebeu novo Veto Presidencial

sob a mesma alegação de aumento nas despesas com a criação de novas estruturas municipais.

6. CONCLUSÃO

O presente artigo não advoga a criação de Municípios sem critérios. A própria Confederação Nacional de Municípios (CNM), entidade maior de representação dos Municípios brasileiros, sempre atuou com responsabilidade no enfrentamento dessa temática. O fato incontestado é que do jeito que está perdemos todos.

Perdemos porque a inexistência de parâmetros legislativos nacionais impossibilita a discussão de temas importantes para a construção da nossa Federação, como a fusão e a incorporação de Entes locais. Dificulta ainda que o Estado-membro e seus Municípios possam pensar em novos arranjos espaciais objetivando o desenvolvimento sustentável e a superação de mazelas de ordem social e econômica. Cria ainda embaraços para o melhor enfrentamento da questão dos limites territoriais entre Municípios.

Por fim, revela uma profunda contradição política do Poder Executivo federal, já que a presidente vetou – de forma sumária – projetos capitaneados pelo próprio governo. Foram dispendidos recursos humanos importantes do Ministério do Planejamento, Ipea, IBGE e da própria CNM na discussão ampla do tema emancipações. E todo esse esforço acabou por não gerar os frutos que o Brasil merecia.

De qualquer forma, esperamos que num futuro breve esse debate volte a ser enfrentado com a seriedade e a responsabilidade que merece e que o desfecho seja diferente e, assim, a nossa Federação possa sair de fato e de direito mais fortalecida.

BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, Gilda Cardoso de. *Município, federação e educação: história das instituições e das ideias políticas no Brasil*. Tese Apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Educação da Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo, 2005.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

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

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

BULOS, Uadi Lammêgo. *Direito Constitucional ao alcance de todos*. São Paulo: Saraiva, 2009.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2006.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Gustavo Maia; MACDOWELL, Maria Cristina. *Descentralização política, federalismo fiscal e criação de municípios: o que é mau para o econômico nem sempre é bom para o social*. Brasília, Ipea, 2000. (Texto para discussão 706).

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

A FORMAÇÃO DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS ASPECTOS TEÓRICOS E PRÁTICOS

*Wesley Rocha*¹

RESUMO: A Federação brasileira hoje possui alguns mecanismos interessantes para atingir seus principais objetivos. Em um aspecto histórico, observa-se que há muito tempo a ideia de proporcionar serviços essenciais em conjunto, de forma a unir outros Entes Públicos em prol da sua Comunidade, é no Brasil uma constante crescente. Com base em diversas experiências, a união de Entes da Federação tende a ampliar a atuação dos Municípios na oferta desses serviços à sociedade.

Com o dispositivo da Constituição Federal, e após a implementação da Lei dos Consórcios, com seu Decreto regulamentador, foi possível evoluir na busca dessa União. Contudo, as dificuldades na implementação dos consórcios são desafios a serem superados em nossa atual legislação, e que apesar do mecanismo de aprimoramento, existem temas como contratação do quadro de

¹ Advogado da Confederação Nacional de Municípios. Especialista em planejamento tributário. Membro da Comissão de Assuntos Legislativos e de Direito Empresarial da OAB/DF. Professor de execução fiscal.

peçoal dessa figura jurídica criada que precisam ainda ser melhores debatidos pelo legislador e pelos órgãos de fiscalização.

Palavras chave: Federação. Consórcios públicos. Ente Público. Autarquia. Serviços públicos.

1. Introdução

O presente artigo visa a analisar a formação dos consórcios públicos, com o escopo de estudar a natureza jurídica destes, seus objetivos, características, formas de atuação, bem como examinar a lei que instituiu esta figura jurídica.

Com isso, o intuito do material é aclarar a atuação do Ente público municipal no âmbito da formação dos consórcios. Porém, o assunto não se esgota neste ensaio, tendo em vista as crescentes discussões sobre o tema, dúvidas e alterações em alguns entendimentos de órgãos fiscalizadores. Exemplo disso é o fato de o Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, ao final de 2013, ter mudado o entendimento sobre forma de contratação do quadro de pessoal dos consórcios, determinando a transposição do regime celetista para o regime estatutário. Essa posição afetou drasticamente a funcionalidade dos consórcios públicos daquele Estado, pois uma série de entraves e dúvidas estão surgindo diante do atual entendimento daquele Tribunal.

Nota-se que a partir de alguns problemas encontrados, como a inscrição do de algum Município participante no consórcio público no Cauç – Serviço Auxiliar de Informações para Transferências Voluntárias –, ao qual impede o repasse das verbas de convênios firmados entre os órgãos federais quando da existência de pendências, tornam a atuação do consórcio inviabilizada e cria obstáculos para suas gestões. Soluções como alterações na atual legislação é inerente, a fim de perfectibilizar a atuação desses que são cada vez mais crescentes.

Dados oficiais da Secretaria do Tesouro Nacional, constavam que até janeiro de 2013 existiam 688 consórcios públicos. Tendo em vista o lapso de tempo, e a crescente constituição dessa figura jurídica, podemos afirmar que já existem mais de mil consórcios, e que mais da metade do total dos Municípios brasileiros participam de algum consórcio público.

Nesta senda, o objetivo dos consórcios contempla uma forma moderna da administração pública de atuar tendo em vista melhorar a oferta dos serviços essenciais, sendo, contudo, necessário do ponto de vista prático alterar alguns pontos da legislação para tornar mais dinâmica ao remover um pouco da burocracia dessa figura jurídica, que, apesar de necessária, entrava algumas atuações desse setor.

2. Do nascimento da figura do consórcio público

O consórcio público surgiu com o único objetivo de estabelecer cooperação entre os Entes da Federação para a realização de determinados interesses, que surgem na forma de interesse comum entre eles, por meio de políticas e ações conjuntas. Possui origem nas associações dos Municípios, que já eram previstas na Constituição de 1937 e fomentam ações de atividades (bens) essenciais à sociedade, tais como água, lixo e esgoto da região, podendo, inclusive, trabalhar em projetos de construção de hospitais e escolas, dentre outras atuações possíveis. Na definição dada por Maria Raquel Machado, os consórcios públicos “são parcerias formadas por dois ou mais entes da Federação, para a realização de objetivos de interesse comum, em qualquer área”.²

Conforme determina o atual art. 241 da Constituição Federal,³ o consórcio é pessoa jurídica formada exclusivamente por Entes da Federação. Se-

2 Maria Raquel Machado de Aguiar Jardim de Amorim. Consórcios Públicos – o poder do diálogo das prefeituras junto aos governos estadual e federal, no seu trabalho publicado pelo setor extinto da Seplan de Goiás. Disponível em: <<http://seplan.go.gov.br/sepin/pub/conj8/10.htm>>. Acesso: 12 fev. 2015.

3 CF: “Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos

gundo fontes oficiais do Planalto, o governo federal, necessitando regulamentar o referido art. 241, começou a discutir a lei dos consórcios em agosto de 2003 para dar mais segurança jurídica e administrativa às parcerias entre os Entes consorciados. O grupo de trabalho foi coordenado pela Secretaria de Coordenação Política e Assuntos Institucionais e contou com representantes dos ministérios da Casa Civil, Integração Nacional, Cidades, Saúde e da Fazenda.

Foram incorporadas contribuições dos projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional e de experiências utilizadas em outros países. Durante a discussão no Congresso, o governo aceitou unir sua proposta ao Projeto de Lei 1071, de 1999, do deputado Rafael Guerra (PSDB-MG), que já estava no Senado. Essa composição foi um grande avanço político e acelerou a apreciação da matéria. Assim é possível afirmar que o texto representa um grande consenso. O projeto de lei de regulamentação foi encaminhado ao Congresso Nacional em 30 de junho de 2004. Em março de 2005, o Congresso aprovou a nova lei. Em 6 de abril, a lei foi sancionada pelo presidente da República.⁴ Assim, surgiu a Lei 11.107/2005, regulamentada pelo Decreto 6.017/2007, que trata sobre os consórcios públicos.

Vale lembrar que a carta magna de 1988 já permitia a união de Entes públicos para exercer funções públicas de interesse comum, conforme prescreve o art. 25, § 3º, da Constituição Federal, *in verbis*:

Artigo 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.

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.”

4 Texto retirado do site: <<http://www.planalto.gov.br/sri/consorcios/historico.htm>>. Acesso em: 2 abr. 2015.

Nessa linha de raciocínio, cita-se as definições e o estudo dados sobre consórcio pelo professor Floriano de Azevedo Marques Neto em seu parecer sobre o assunto em 8 de março de 2005:

A redação dada pela EC nº 19 ao artigo 241 importou no seguinte: *i)* ficou autorizada a formação de consórcios impuros, é dizer, aqueles formados por entes distintos da Federação e não apenas exclusivamente entre Estados ou entre Municípios; *ii)* a cooperação entre estes entes poderá se dar de duas formas distintas, consórcios ou convênios, obrigando que o intérprete dê a estes dois institutos conformação jurídica distinta; *iii)* a cooperação consorcial dar-se-á pela instituição de entes submetidos em alguma medida ao regime publicístico – diz a CF consórcios públicos – o que prenota alguma diferença em face dos tradicionais consórcios administrativos; *iv)* a disciplina destas duas formas de cooperação e coordenação entre entes federados será feita mediante lei editada pelos três entes, o que acarreta a atribuição de competência legislativa concorrente para disciplinar a matéria; *v)* o objeto destes instrumentos de cooperação e coordenação será a atuação concertada na gestão de serviços públicos, o que envolve a participação de um ente na prestação de um serviço público de titularidade de outro ente; *vi)* para efetivar esta prestação por cooperação admite-se a gestão associada destes serviços, inclusive com a transferência recíproca, total ou parcial, de serviços e encargos.⁵

5 Parecer publicado no site do Planalto: <http://www.planalto.gov.br/sri/consorcios/ParecerFlorianoAzevedoMarquesNeto.pdf>

3. Formação da Personalidade jurídica dos Consórcios

Neste aspecto ainda residem divergências doutrinárias sobre a natureza jurídica do consórcio público. A Lei 11.107/2005, por meio do art. 6º, estabeleceu o seguinte:

Art. 6º O consórcio público adquirirá personalidade jurídica: I – de direito público, no caso de constituir associação pública, mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções; II – de direito privado, mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil.

§ 1º O consórcio público com personalidade jurídica de direito público integra a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados.

O Código Civil, por sua vez, em seu art. 41, considera pessoa jurídica de direito público interno as associações públicas.⁶ Portanto, quis a lei, mesmo com anomalias, que o consórcio público constituiu-se como sendo pessoa jurídica de direito público interno. No caso do consórcio, a lei diz que a figura jurídica criada pelos Entes públicos será parte integrante da administração pública daquele Ente que compõe a associação (art. 6º, parágrafo primeiro da Lei 11.107/2005).

6 Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:

I – a União;

II – os Estados, o Distrito Federal e os Territórios;

III – os Municípios;

IV – as autarquias, inclusive as associações públicas;

V – as demais entidades de caráter público criadas por lei.

Parágrafo único. Salvo disposição em contrário, as pessoas jurídicas de direito público, a que se tenha dado estrutura de direito privado, regem-se, no que couber, quanto ao seu funcionamento, pelas normas deste Código.

O consórcio público é antes de tudo uma descentralização do poder público que, segundo Maria Sylvia Di Pietro, deve guardar os seguintes requisitos:

- reconhecimento de personalidade jurídica ao ente descentralizado;
- existência de órgãos próprios, com capacidade de auto-administração exercida com certa independência em relação ao poder central;
- patrimônio próprio, necessário à consecução de seus fins;
- capacidade específica, ou seja, limitada à execução do serviço público determinado que lhe foi transferido, o que implica sujeição ao princípio da especialização, que impede o ente descentralizado de desviar-se dos fins que justificaram sua criação;
- sujeição a controle ou tutela, exercido nos limites da lei, pelo ente instituidor; esse controle tem que ser limitado pela lei justamente para assegurar certa margem de independência ao ente descentralizado, sem o que não se justificaria sua instituição.⁷

Neste sentido, forma-se, portanto, o consórcio, a fim de subsidiar a administração direta nas tarefas essenciais de seus administrados. Ressalta-se que a matéria é recente, não existindo nenhuma decisão sobre o assunto perante as Cortes Superiores. O que existe são divergências doutrinárias, sendo que atualmente o consórcio atende pela denominação de associação pública, e que constitui, quando formado por Entes públicos, natureza jurídica de direito público interno.

Assim, temos a seguinte definição da personalidade jurídica dos consórcios:

7 DI PIETRO, Maria Sylvia. *Parcerias na Administração Pública*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 51.

- I. Se consórcio de direito público: adquira na ratificação (por lei) de protocolo de intenções, firmado pelos Entes da Federação a se consociarem;
- II. Se consórcio de direito privado: mediante atendimento dos requisitos legais da legislação civil.

Na modalidade de consórcio público, os Entes da Federação organizam-se para estabelecer relações de cooperação, e constituem uma associação pública com personalidade jurídica de direito público e **natureza autárquica**, conforme prescreve o art. 2º do Decreto 6.017/2007.

Assim, percebe-se que o referido decreto, ao tentar regulamentar determinada matéria, aumentou a interpretação da lei, mencionando que os consórcios teriam natureza autárquica, mas que buscou no Código Civil, em seu art. 41, inciso IV, o marco ideal para a regulamentação da Lei, conforme texto já transcrito acima. Essa interpretação causa grandes divergências na doutrina, mas que a nosso ver não tem o condão de tornar a associação pública de consórcio numa espécie de autarquia. Mesmo que o decreto fale em natureza autarquia, acreditamos que o consórcio diferencia-se por possuir regras distintas e por sua cooperação, diferente de uma autarquia que é vinculada à unidade-mãe (administração direta), sendo a ela subordinada, mas que não possui a forma de cooperação e nem interesse comum entre os Entes consorciados.

Com efeito, existe aqui um equívoco do legislador, pois ao colocar as associações públicas como pessoa jurídica de direito público interno ao lado das autarquias, criou-se um impasse na definição da natureza jurídica desta modalidade. Doutrinadores como José Eduardo de Alvarenga mencionam que os consórcios são espécies de autarquias, conforme se constata do posicionamento a seguir:

Para que coubesse dentro do Código Civil, o artigo 16 da nova lei alterou o artigo 41, para incluir no inciso IV um pedúnculo

lo: o inciso, que se referia às autarquias apenas, ficou com a redação: “as autarquias, inclusive as associações públicas”. Isto sem tocar o inciso V do mesmo artigo: “as demais entidades de caráter público criadas por lei”.

Mais uma espantosa contradição dentro da própria lei nova: significa que as associações públicas são espécie do gênero autarquia. A ser assim, só podem ser criadas por lei, como exige o artigo 241, XIX, da Constituição e não através de contrato, como quer o artigo 3º da nova lei.⁸

Ocorre que, mesmo com essa linha interpretativa, ousamos discordar de alguns doutrinadores, pois não nos parece correto comparar de forma simplista que um consórcio possa ser uma autarquia, mesmo que ele seja ratificado por meio de lei específica por Entes federados, pois este age em forma cooperativista e possui diretrizes específicas.

Por outro lado, a criação de um consórcio público não personificado não teria utilidade para atuar de forma ativa e engessaria a forma de atuar, contratar, prestar contas, responsabilidades, entre outras situações, bem como de outros procedimentos que estariam fadados a um insucesso no objetivo de criação dessa figura jurídica, e que com certeza seria mais uma espécie de convênio do que uma pessoa jurídica autônoma nos seus deveres e direitos. Conforme Marçal Justen Filho menciona em seu parecer solicitado pelo governo federal para posicionar-se sobre o tema,

[...] um consórcio não personificado corresponderia a uma associação temporária entre pessoas estatais, voltada à execução de um certo projeto, em que a contratação se faria em nome dos consorciados. Ora, esse esquema corresponde, ba-

8 José Eduardo de Alvarenga, in “Consórcio: A nova pessoa jurídica da administração indireta”. Referência: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2254/Consortorio-A-nova-pessoa-juridica-da-administracao-indireta>

sicamente, à figura do convênio, largamente conhecida no direito brasileiro.⁹

Ficou estabelecido, portanto, conforme a vontade do legislador, mesmo não sendo de forma clara, uma forma anômala de administração indireta, sendo ela parte integrante da administração pública direta. Diante disso, como a Lei dos Consórcios faz essa determinação e o decreto, interpretando o Código Civil, menciona a natureza autárquica dos consórcios, verifica-se que essa definição é respeitada para trazer uma segurança jurídica à figura recentemente criada, bem como para possibilitar um controle maior na prestação de contas de suas atividades. Isso porque ter em seu nascituro a atribuição de personalidade de direito público significa, além do interesse público revestido em sua roupagem, ter funções propriamente públicas.

4. Dos objetivos e atuação

O objetivo claro do consórcio público é viabilizar a atuação do Ente público em questões emblemáticas, custosas, e até com grandes obstáculos, bem como facilitar a gestão local na tentativa de tentar trazer mais benefícios para a sociedade e para a administração pública. Exemplo desse caso sem sombra de dúvidas um consórcio público que atua na área da saúde, ao qual ao adquirir medicamentos para os demais Entes públicos consorciados, consegue obter por um custo muito menor do que poderia obter sozinho pelo Ente público. Eles podem assumir atribuições de planejamento, regulação, operação e manutenção de infraestruturas e serviços urbanos.

9 JUSTEN FILHO, Marçal. Parecer elaborado para o governo federal, em consulta sobre a possibilidade de criação legislativa dos consórcios públicos, p. 20. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/pareceres/consorcio_MarcalJustenFilho.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2015.

Assim, a intenção é viabilizar a gestão pública e a prestação dos serviços públicos atendendo aos princípios constitucionais e sociais, otimizando e aperfeiçoando a capacidade técnica, gerencial e financeira.

No que se refere aos objetivos instituídos pela legislação, verifica-se que conforme o art. 3º do Decreto 6.017/2007 *in fine*, constata-se que houve a tentativa em não limitar a atuação dos consórcios no que diz respeito aos serviços públicos ofertados:

Art. 3º Observados os limites constitucionais e legais, os objetivos dos consórcios públicos serão determinados pelos entes que se consorciarem, admitindo-se, entre outros, os seguintes:

I - a gestão associada de serviços públicos;

II - a prestação de serviços, inclusive de assistência técnica, a execução de obras e o fornecimento de bens à administração direta ou indireta dos entes consorciados;

III - o compartilhamento ou o uso em comum de instrumentos e equipamentos, inclusive de gestão, de manutenção, de informática, de pessoal técnico e de procedimentos de licitação e de admissão de pessoal;

IV - a produção de informações ou de estudos técnicos;

V - a instituição e o funcionamento de escolas de governo ou de estabelecimentos congêneres;

VI - a promoção do uso racional dos recursos naturais e a proteção do meio-ambiente;

VII - o exercício de funções no sistema de gerenciamento de recursos hídricos que lhe tenham sido delegadas ou autorizadas;

VIII - o apoio e o fomento do intercâmbio de experiências e de informações entre os entes consorciados;

IX - a gestão e a proteção de patrimônio urbanístico, paisagístico ou turístico comum;

X - o planejamento, a gestão e a administração dos serviços e recursos da previdência social dos servidores de qualquer dos entes da Federação que integram o consórcio, vedado que os recursos arrecadados em um ente federativo sejam utilizados no pagamento de benefícios de segurados de outro ente, de forma a atender o disposto no art. 1º, inciso V, da Lei nº 9.717, de 1998;

XI - o fornecimento de assistência técnica, extensão, treinamento, pesquisa e desenvolvimento urbano, rural e agrário;

XII - as ações e políticas de desenvolvimento urbano, sócio-econômico local e regional; e

XIII - o exercício de competências pertencentes aos entes da Federação nos termos de autorização ou delegação.

§ 1º Os consórcios públicos poderão ter um ou mais objetivos e os entes consorciados poderão se consorciar em relação a todos ou apenas a parcela deles.

§ 2º Os consórcios públicos, ou entidade a ele vinculada, poderão desenvolver as ações e os serviços de saúde, obedecidos os princípios, diretrizes e normas que regulam o Sistema Único de Saúde - SUS.

Assim, verifica-se que os consórcios podem atuar em diversas áreas para possibilitar um serviço adequado, com o intuito de melhor atender à sociedade com base nos princípios da eficiência, economia, especialidade. Esse objetivo, quando bem empregado e sabendo respeitar todas as determinações da legislação tende a ser mais econômico, eficaz e benéfico, atendendo ao interesse público, em diversos setores:

1. área da saúde – aqui permite aos Entes consorciados a aquisição de remédios, medicamentos, insumos equipamentos necessários para atender à demanda dos Entes consorciados por valores bem mais baixos do que se eles comprassem sozinhos;
2. serviço público – os Municípios podem se organizar para prestar o serviço essencial para as suas comunidades, amortizando os custos fixos e possibilitando atingir um maior número de administrados;
3. consórcio de administração tributária – essa é uma forma que os Municípios menores, e até mesmo os mais abrangentes, poderiam ser organizar em sua estrutura administrativa tributária, sem, é claro, abrir mão das funções vinculadas e inerentes ao contexto públi-

co administrativo. Nesse sentido, segundo o artigo sobre consórcios municipais de administração tributária, publicado pela Escola da Administração Fazendária, a competência administrativa de fiscalizar e arrecadar tributos, a chamada capacidade tributária ativa, é delegável, também, nos termos do art. 7º do Código Tributário Nacional. Assim, as funções de execução administrativa, arrecadação e fiscalização poderiam perfeitamente serem repassadas a essa figura jurídica, realizando, inclusive, função de cadastros (art. 154, §1º, CF/88), positivação e certidões, controle, inscrição e cobrança da dívida ativa.¹⁰

4. resíduos sólidos – com a lei 12.305/2010, muitos Municípios estão tendo que se adequar a ela e proporcionar seu cumprimento; desse modo, em várias regiões do país se deu início à criação de consórcios para atender a essa demanda, o que pode incorrer o gestor em pesadas multas em caso de descumprimento. Porém, os Municípios devem avaliar se a criação desse tipo de consórcio pode ser benéfica, pois muitos não estão tendo o objetivo almejado e os custos ficaram elevados demais. Por isso, deve haver um estudo adequado para viabilizar esse procedimento.
5. consórcios multidisciplinares – esses podem abranger mais áreas e estarem atuando de forma mais ampla, em vários setores. Para a sua criação é necessário haver em suas previsões estatutárias as atividades, o formato e o campo de atuação e desenvolvimento.

10 CHRISPIM, Anna Carla Duarte; TURCHETTI, Débora Pereira; GOUVÊA, Marcus de Freitas; ANTINARELLI, Mônica Ellen Pinto Bezerra. Consórcios municipais de administração tributária. In: Cadernos de Finanças Públicas. Escola de Administração. n. 11. Brasília: Esaf, dez. 2011, pp. 99-110.

5. Principais características do sistema de governança

Conforme as diretrizes legais instituídas pela Lei dos Consórcios e o decreto regulamentador, acatadas também em atuações do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão em recentes trabalhos executados, os consórcios para sua administração se organizam da seguinte forma:

- a. Assembleia Geral – instância decisória superior, da qual participam os chefes dos Poderes Executivos dos Entes consorciados;
- b. o protocolo de intenções deve prever o número de votos dos consorciados na Assembleia Geral, garantido pelo menos um voto para cada Ente consorciado;
- c. o representante legal do consórcio deve ser um chefe do poder executivo de um dos Entes consorciados (critérios de eleição e duração do mandato dispostos no protocolo de intenções);
- d. órgãos colegiados, constituídos por representantes dos Entes consorciados, sendo permitida a participação de representantes da sociedade civil;
- e. organização e funcionamento disposto nos estatutos.¹¹

6. Contrato de Rateio

Este é um instrumento pelo qual os Entes consorciados comprometem-se a fornecer recursos financeiros para as despesas do consórcio. O contrato de rateio é formalizado em cada exercício financeiro.

11 O Ministério do Planejamento recentemente, no segundo semestre de 2014, elaborou e executou projetos em parcerias público-privadas. Juntos, os consórcios intermunicipais do Vale do Rio Cuiabá (MT), do Sudoeste da Grande São Paulo (Cognisud), da Fronteira (PR), da Bacia do Jacuípe (BA) e do Tapajós (PA), englobam 45 municípios brasileiros e representam uma população de aproximadamente 2,5 milhões de pessoas.

Os Entes consorciados entregarão recurso ao consórcio mediante contrato de rateio (art. 8º da Lei 11.107/2005). Vale lembrar que esses valores a serem repassados seguem o rito normal de despesas da administração pública, devendo conter previsão orçamentária na Lei Orçamentária Anual e na Lei de diretrizes Orçamentárias.

7. Contrato de Programa

É o instrumento onde estão constituídas e reguladas as obrigações dos Entes consorciados estabelecidas entre si, no âmbito do consórcio, inclusive pela administração indireta.

8. Protocolo de intenções

É o contrato preliminar firmado entre os Entes consorciados, por eles convertidos em lei posteriormente, que estabelece os requisitos essenciais do estatuto do consórcio. Constitui o contrato de consórcio.

Neste respectivo protocolo deve prever o direito dos Entes consorciados de exigirem o pleno cumprimento do contrato de consórcio dos demais Entes, gerando assim vínculo obrigacional.

9. Autonomia Orçamentária dos consórcios e fiscalização

Os consórcios possuem autonomia orçamentária por meio do art. 9º da Lei 11.107/2005, e está sujeito à fiscalização contábil, operacional e patrimonial do Tribunal de Contas competente para apreciar as contas do chefe do poder executivo, representante legal do consórcio. Com isso, o regime contábil e financeiro seguem as normas das entidades públicas.

Os órgãos de controle externo e interno dos Entes federados, integrantes do consórcio, possuem legitimidade para fiscalização contábil, opera-

cional e patrimonial, e sofrem supervisão da administração direta de todos os Entes consorciados.

Os valores destinados aos consórcios são de todo modo considerados despesas para o Ente transferidor e receita pelo consórcio.

Atualmente, no que diz respeito à captação de recursos, os consórcios enfrentam as dificuldades inerentes de qualquer setor público. Contudo, a fim de que se constitua uma autonomia orçamentária maior, é enorme a tentativa de viabilizar esse procedimento.

Nesse sentido, verifica-se que uma das principais formas de receita dos consórcios são retirados das seguintes fontes: *i)* por meio do contrato de rateio, onde os Entes públicos destinam os valores para suas atuações; *ii)* firmar convênios, possibilitando o recebimento de auxílios, contribuições e subvenções sociais ou econômicas de outras entidades ou órgãos e setores do governo; *iii)* ser contrato por meio de dispensa de licitação para prestar determinado serviço à administração direta ou indireta dos Entes da Federação consorciada, sendo que o contrato administrativo segue as regras da Lei 8.666/1993; *iv)* e ainda por meio da arrecadação de tarifas e outros preços públicos, que podem ser gerados por meio de serviços prestados ou pelo uso de bens públicos pelos consórcios que eventualmente possam administrar, mediante autorização específica.

10. Contratação

Inobstante, a regra na contratação feita pelos consórcios, sendo ele público ou privado, observa normas de direito público na realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e à admissão de pessoal.

Ressalta-se que o consórcio público tem flexibilidade na aplicação dos limites de dispensa e das modalidades simplificadas de licitação, que obedecem ao dobro dos valores estabelecidos na Lei 8.666/1993.

11. Quadro de Pessoal

O consórcio público pode dispor de quadro específico de cargos em comissão e função comissionada. Porém, esse tema está longe de ser resolvido ao entendimento de muitos aplicadores do direito e normas fiscalizadoras.

Existem algumas interpretações de que os consórcios teriam que contratar por meio do regime estatutário, assim como no caso do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, que ao final do ano de 2013, no processo 99842-0200/09-7, acatando o parecer 4197/2013 do Ministério Público de Contas, que determinou que os consórcios públicos realizassem a transposição do regime CLT para o regime estatutário. A interpretação dada ao caso foi que a medida cautelar concedida na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2135, que revigorou o texto do art. 39 da Constituição Federal, considerou que consoante a interpretação dos dispositivos constitucionais aplicáveis à figura dos consórcios públicos, ao qual possui personalidade jurídica de direito público, se submetiam aos preceitos do regime jurídico de direito público interno, uma vez que possuem natureza autárquica, e porque integram a administração indireta de todos os Entes da Federação consorciada.

O tema ainda não é consenso e, para os consórcios públicos, deve haver uma uniformização desse entendimento. Isso porque a figura criada tem data para finalizar e ela teria sérias dificuldades em ser contratada pelo regime estatutário, pois, ao encerrar suas atividades, onde seriam enviados os servidores contratados? Para qual cargo na administração pública iriam? Para qual Ente consorciado iria esse servidor e quem iria ter de prever aumentos em suas despesas e custos? Essas e outras perguntas na prática podem ficar confusas, e no parecer elaborado pelo Tribunal de Contas, essas possibilidades sequer foram mencionadas.

Apesar das considerações de diversos doutrinadores, preferiu-se utilizar de uma conclusão interessante dada por Roberto Sorbili Filho, ao qual menciona que alguns casos devem ser proferidos à extensão do entendi-

mento das funções do “empregado público”, concluindo por uma espécie de trabalhador público, o qual possui relação de trabalho com o Estado ou com suas entidades, e que passa a fazer parte dos objetivos estatais. Com a mesma conclusão, mas afastada da essência do objetivo da norma interpretada pelo doutrinador citado, ousamos dizer que, no caso dos consórcios públicos, mesmo que exista a correlação de diversas características de empregado público, as situações acabam sendo secundariamente diversas, pois trazem uma série de entraves como os já citados acima.¹²

Com essas considerações, citamos então as duas possibilidades de servidores: no regime de pessoal estatutário, o Ente público cede servidor de seu quadro próprio, na forma e condições da legislação de cada Ente consorciado, e este é o responsável por aquele. O pagamento de adicionais ou gratificações, que deve ter previsão específica no contrato do consórcio público que fixa forma e requisitos, não gera novo vínculo com o servidor cedido, inclusive para apuração de responsabilidade trabalhista e previdenciária (art. 22 e 23 do Decreto 6.017/2007).

No caso de admissão de celetistas, dependerá de previsão do contrato de consórcio público que lhe fixe a forma e os requisitos de provimento e sua respectiva remuneração.

12. Conclusão

No presente artigo, as circunstâncias da figura jurídica abordada pode nos trazer algumas reflexões importantes.

Primeiro, a união de Entes da Federação para atingir determinado objetivo é mecanismo cada vez mais procurado pelos Municípios.

12 SORBILLI FILHO, Roberto. Regime de trabalho em consórcios públicos. In: Consórcios públicos, instrumento do federalismo. Belo Horizonte: Fórum, 2008, pp. 196-199.

Segundo, os benefícios que os consórcios públicos podem agregar à administração local e na sociedade são muito consideráveis caso sejam estudados e utilizados de forma racional, principalmente no atual momento da nossa conjuntura federativa, que anseia por melhorias no seu pacto federativo.

Por consequência da atuação desses Entes públicos, existem necessidades de alterações legislativas nos consórcios, como, por exemplo, estabelecer um dispositivo claro sobre o quadro de pessoal nos consórcios públicos, e viabilizar algum método melhor para que os Entes consorciados, quando estejam inscritos no Cauç, não tenham inviabilizados os repasses de convênios firmados pelos consórcios. Conforme consulta feita a diversos consórcios em vigor, essa é uma reclamação constante.

Contudo, essa premissa ainda deve superar a questão constitucional sobre o regime único de contratação, ao qual existem algumas discussões sobre o caso, haja vista a dificuldade de tratamento diferenciado aos Consórcios não só nesse aspecto, mas também a diversos outros, como a legitimidade do consórcio poder estar em um litígio de forma ativa ou passiva, sem necessitar da presença do Ente Público local.

Esses temas, podem ser objetos de novos estudos e de novas pesquisas no intuito de subsidiar a atuação dos Consórcios Públicos, a fim de implementar cada vez mais seus objetivos com segurança jurídica.

BIBLIOGRAFIA

ALVARENGA, José Eduardo de. Consórcio: a nova pessoa jurídica da administração indireta. In: *Parecer*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2254/Consortio-A-nova-pessoa-juridica-da-administracao-indireta>>. Acesso em: 10 fev. 2015.

ALVES DE AZEVEDO, Damião. *A natureza jurídica das associações de municípios e consórcios intermunicipais*. Disponível em: <<http://ibam.org.br>>. Acesso em 10 fev. 2015.

AMORIM, Maria Raquel Machado de Aguiar Jardim de. Consórcios Públicos – o poder do diálogo das prefeituras junto aos governos estadual e federal. Publicado pela Seplan de Goiás. Disponível em: <<http://seplan.go.gov.br/sepin/pub/conj8/10.htm>>. Acesso em: 15 fev. 2015.

AZEVEDO, Floriano Marques de. *Parecer*. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03revista/revistajuridica/indez.htm>. Acesso em: 10 fev. 2015.

BRASIL. Código Civil. *Lei 10.406*, de 10 de janeiro de 2002.

_____. *Lei 11.107*, de 6 de abril de 2005. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências.

CHRISPIM, Anna Carla Duarte; TURCHETTI, Débora Pereira; GOUVÊA, Marcus de Freitas; ANTINARELLI, Mônica Ellen Pinto Bezerra. Consórcios municipais de administração tributária. In: *Cadernos de Finanças Públicas*. Escola de Administração. n. 11. Brasília: Esaf, dez. 2011, pp. 99-110.

MEIRELLIS, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*, 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

SORBILLI FILHO, Roberto. Regime de trabalho em consórcios públicos. In: *Consórcios públicos*, instrumento do federalismo. Belo Horizonte: Fórum, 2008

ALÍQUOTAS DO RAT E DO FAP PARA A ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL – UMA TESE CONTRA O INSS

*Fábio Luiz Pacheco*¹

RESUMO: O presente artigo tem por escopo alertar os gestores locais acerca de possíveis pagamentos equivocados e a maior realizados em favor do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), em relação à parcela previdenciária denominada RAT Ajustado. Ademais, busca o presente estudo trazer à tona que a base de cálculo da mencionada parcela previdenciária pode estar sendo computada sobre base de cálculo superior à devida.

Palavras-chave: Previdência. INSS. RAT. FAT. Alíquotas.

¹ Ex-consultor jurídico da CNM; ex-assessor jurídico municipal; ex-servidor do TRE/RS; ex-servidor do TRT/MG; ex-servidor do TRF/4ª Região; servidor do TRT/4ª Região.

1. Introdução

Assunto sempre em voga nas discussões sobre gestão pública, o caos das finanças públicas municipais é tema muito debatido. Apesar de ter recursos financeiros extremamente limitados, os Entes locais são responsabilizados por cada vez mais obrigações.

Dessa forma, todas as medidas tendentes a qualificar a arrecadação do Município ou, ainda, a auxiliar na economia do erário local, são muito bem-vindas e devem ser aplicadas pelos gestores.

Centenas de Entes públicos municipais apresentam dívidas com o INSS, por diversas razões. A mencionada autarquia federal, por sua vez, também possui dívidas com os erários locais – o que impulsionou a CNM a defender, há alguns anos, o chamado Encontro de Contas com a referida autarquia.

A matéria discutida no presente estudo em questão tem por intuito a revisão da alíquota do RAT (Riscos Ambientais do Trabalho) aplicável aos Municípios, assim como alertar os Entes sobre a alíquota do FAP (Fator Acidentário de Prevenção). Por fim, será abordada a base de cálculo sobre a qual é calculado o RAT Ajustado.

2. Riscos Ambientais do Trabalho (RAT) e Fator Acidentário de Prevenção (FAP)

2.1. Noções iniciais:

O RAT (Riscos Ambientais do Trabalho), antigo SAT, representa uma contribuição dos empregadores à Previdência Geral (INSS), prevista no inciso II do art. 22 da Lei 8.212/1991, e consiste em percentual que mede o risco da atividade econômica, com base no qual é cobrada a contribuição para financiar

os benefícios previdenciários decorrentes do grau de incidência de incapacidade laborativa (GIIL-RAT).

A alíquota de contribuição para o RAT será de 1% se a atividade é de risco mínimo; 2% se de risco médio e de 3% se de risco grave, incidentes sobre o total da remuneração paga, devida ou creditada a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos. Tais percentuais estão previstos no anexo V do Decreto 3.048/1999, alterado pelo Decreto 6.957, de 2009.

Para os Municípios, de acordo com a Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE), o grau de risco é médio (2%), pois está vinculado à atividade de “Administração Pública em geral” (8411-6/2000).

Por sua vez, o FAP (Fator Acidentário de Prevenção) é um fator multiplicador do RAT, que afere o desempenho do empregador, dentro da respectiva atividade econômica, relativamente aos acidentes de trabalho ocorridos num determinado período. O FAP consiste num multiplicador variável num intervalo contínuo de 0,5% a 2%, aplicado com quatro casas decimais sobre a alíquota RAT (cinco décimos (0,5000) a dois inteiros (2,0000)).

Leva em consideração, principalmente: índice de frequência, índice de gravidade e índice de custo² e rotatividade.

O FAP tem fundamento legal no art. 10 da Lei 10.666/2003 e no art. 202-A do Decreto 3.048/1999. Os critérios de cálculo são encontrados nas Resoluções CNPS 1308/2009 e 1309/2009.

O multiplicador FAP é encontrado no sítio da Previdência Social (www.previdencia.gov.br), mediante CNPJ + senha.

2 Lei 10.666/03. Art. 10. A alíquota de contribuição de um, dois ou três por cento, destinada ao financiamento do benefício de aposentadoria especial ou daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, poderá ser reduzida, em até cinqüenta por cento, ou aumentada, em até cem por cento, conforme dispuser o regulamento, em razão do desempenho da empresa em relação à respectiva atividade econômica, apurado em conformidade com os resultados obtidos a partir dos índices de frequência, gravidade e custo, calculados segundo metodologia aprovada pelo Conselho Nacional de Previdência Social. O art. 202-A, §4º, do Decreto 3.048/99, prevê algumas informações gerais que os índices acima deverão observar para a feitura do cálculo – as Resoluções CNPS 1.308/09 e 1.309/09, por sua vez, criaram fórmulas matemáticas para o cálculo do FAT, incluindo os três índices.

Quanto mais baixo for o FAP, menor será a alíquota do “RAT Ajustado” ($\text{RAT Ajustado} = \text{RAT} \times \text{FAP}$). Por isso, sugerem-se algumas medidas que os Municípios podem adotar para ter diminuída tal alíquota, a saber:

- aplicar todas as normas de saúde e segurança do trabalhador, visto que o FAP é composto basicamente pelos índices de acidentes e benefícios concedidos pela Previdência Social em decorrência de acidentes e doenças do trabalho;
- anualmente, os Municípios podem apresentar defesa administrativa ao Ministério da Previdência, mediante formulário eletrônico e na data estabelecidos por ele.

Conforme já mencionado, da multiplicação desses dois conceitos ($\text{RAT} \times \text{FAP}$) resulta o “RAT Ajustado”. A expressão “RAT Ajustado” foi atribuída pela Receita Federal do Brasil – RFB e equivale à alíquota que as empresas terão de recolher, sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos, a partir de janeiro de 2010, para custear as aposentadorias especiais e aqueles benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho.

Por meio de portarias conjuntas, o Ministério da Previdência e o Ministério da Fazenda dispõem sobre os índices de frequência, gravidade e custo, por atividade econômica, considerados para o cálculo do FAP do ano seguinte, bem como sobre o processamento e julgamento das contestações e recursos apresentados pelos empregadores em face do índice FAP a eles atribuídos.

Os Municípios devem ficar atentos aos prazos previstos nas portarias editadas, pois são elas que preveem o período apto para a apresentação de defesas administrativas daqueles empregadores que não concordarem com a alíquota atribuída ao seu FAP. As defesas administrativas são realizadas por formulário eletrônico, divulgados no *site* do Ministério da Previdência.

Em regra, os índices de frequência, gravidade e custo que serão usados para o cálculo do Fator Acidentário de Prevenção (FAP) são divulga-

dos no Diário Oficial da União (DOU), via portaria interministerial (Previdência Social e Fazenda), no final do mês de setembro. E, no mês seguinte são abertos os prazos para a defesa administrativa.³

2.2. Atividades preponderantes *versus* grau de risco *versus* CNAE:

Conforme já salientado, o FAP incide sobre as alíquotas das empresas/empregadoras, as quais são divididas em 1.301 subclasses da Classificação Nacional de Atividade Econômica (CNAE 2.1).

De acordo com o anexo V do Decreto 3.048/1999 (com redação dada pelo Decreto 6.957, de 2009), a relação de atividades preponderantes e correspondentes graus de risco (conforme a CNAE) para a atividade de “Administração Pública em geral” (8411-6/00) é de risco médio (2%).

Todavia, para que as atividades sejam classificadas em risco mínimo, médio e grave (1%, 2% e 3%, respectivamente), deve-se levar em conta a atividade preponderante realizada. Nesse sentido, a Lei 8.212/1991 prevê em seu art. 22, inciso II:

Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de: [...]

II – para o financiamento do benefício previsto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos:

a) 1% (um por cento) para as empresas em cuja **atividade preponderante** o risco de acidentes do trabalho seja considerado leve;

3 Nesse sentido, a Portaria Interministerial 438/2014, assinada pelo ministro da Previdência Social e pelo ministro da Fazenda em 24/09/2014 – que divulgou os índices do FAP com vigência no ano de 2015.

- b) 2% (dois por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado médio;
- c) 3% (três por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado grave.

No mesmo diapasão, o Decreto 3.048/1999, que aprova o Regulamento da Previdência Social, dispõe em seu art. 202, § 3º o que seja atividade preponderante: “Considera-se preponderante a atividade que ocupa, na empresa, o maior número de segurados empregados e trabalhadores avulsos”.

Também de acordo com a IN RFB 971/2009, em seu art. 72, §1º, I e II:

[...]

§ 1º A contribuição prevista no inciso II do caput será calculada com base no grau de risco da atividade, observadas as seguintes regras: (Redação dada pela Instrução Normativa RFB 1.071, de 15 de setembro de 2010)

I – o enquadramento nos correspondentes graus de risco é de responsabilidade da empresa, e deve ser feito mensalmente, de acordo com a sua atividade econômica preponderante, conforme a Relação de Atividades Preponderantes e Correspondentes Graus de Risco, elaborada com base na CNAE, prevista no Anexo V do RPS, que foi reproduzida no Anexo I desta Instrução Normativa, obedecendo às seguintes disposições: (Redação dada pela Instrução Normativa RFB 1.080, de 3 de novembro de 2010)

[...]

b) a empresa com estabelecimento único e mais de uma atividade econômica, simulará o enquadramento em cada atividade e prevalecerá, como preponderante, aquela que tem o maior número de segurados empregados e trabalhadores avulsos;

Importante, ainda, analisar mais detalhadamente as alíneas “c” e “d” do mesmo dispositivo:

c) a empresa com mais de 1 (um) estabelecimento e com mais de 1 (uma) atividade econômica deverá apurar a atividade preponderante em cada estabelecimento, na forma da alínea “b”, exceto com relação às obras de construção civil, para as quais será observado o inciso III deste parágrafo. (Redação dada pelo(a) Instrução Normativa RFB 1453, de 24 de fevereiro de 2014).

d) os órgãos da Administração Pública Direta, tais como Prefeituras, Câmaras, Assembleias Legislativas, Secretarias e Tribunais, identificados com inscrição no CNPJ, enquadrar-se-ão na respectiva atividade, observado o disposto no § 9º; e (Incluída pela Instrução Normativa RFB 1.080, de 3 de novembro de 2010)

O mencionado parágrafo 9º prevê: “Na hipótese de um órgão da Administração Pública Direta com inscrição própria no CNPJ ter a ele vinculados órgãos sem inscrição no CNPJ, aplicar-se-á o disposto na alínea “c” do inciso I do § 1º”.

Já o inciso II do parágrafo 1º prevê:

II – considera-se preponderante a atividade econômica que ocupa, no estabelecimento, o maior número de segurados empregados e trabalhadores avulsos, observado que na ocorrência de mesmo número de segurados empregados e trabalhadores avulsos em atividades econômicas distintas, será considerada como preponderante aquela que corresponder ao maior grau de risco; (Redação dada pela Instrução Normativa RFB 1.453, de 24 de fevereiro de 2014).

Assim, de acordo com os dispositivos supracitados, é considerada atividade preponderante aquela que ocupa *o maior número de segurados*.

Destacadas as balizas acima, cabe o exame do setor ou setores em que mais concentram servidores dentro da administração municipal.

Nos Municípios, a maior parte dos servidores atua na área da Educação, bem como em atividades “burocráticas” (ex.: assistentes administrativos.).

Logo, de acordo com a relação de atividades preponderantes e correspondentes graus de risco (conforme a Classificação Nacional de Atividades Econômicas) – Anexo V, do Decreto 3.048/99, alterado pelo Decreto 6.957/2009 –, as atividades de ensino correspondem ao risco leve, equivalente ao percentual de 1%.

De acordo com a CNAE,⁴ a atividade de “educação infantil – pré-escola” compreende:

- as atividades de ensino pré-escolar em escolas maternas e jardins-de-infância, preferencialmente, para crianças de 4 e 5 anos de idade;
- as atividades das classes de alfabetização (CA), quando prestadas por escolas maternas e jardins-de-infância;
- as escolas de educação especial que desenvolvem atividades educacionais regulares de educação infantil.

Por sua vez, a CNAE⁵ dispõe que atividade de “ensino fundamental” engloba:

- as atividades de ensino fundamental de 1ª a 9ª séries regulares;
- as instituições que oferecem cursos e exames supletivos no nível de conclusão do ensino fundamental (1ª a 9ª séries), da modalidade de educação de jovens e adultos, ministrados nos estabelecimentos de ensino fundamental;

4 Disponível em <http://www.cnae.ibge.gov.br>.

5 Disponível em <http://www.cnae.ibge.gov.br>.

- os serviços de educação especial no ensino fundamental oferecidos em escola exclusivamente especializada;
- as atividades dos cursos de alfabetização de adultos;
- as atividades de ensino à distância no ensino fundamental;
- as atividades de ensino especial do ensino fundamental.

Essas duas atividades correspondem, respectivamente, às classes 8512-1 e 8513-9, da CNAE.

Igualmente, prevê a CNAE que a Subclasse “Administração Pública em Geral” (8411-6/00) **NÃO** compreende:

- a regulação das atividades de saúde, educação, serviços culturais e outros serviços sociais (84.12-4)⁶;
- as atividades ligadas à defesa civil (84.25-6);
- a restauração artística e conservação de lugares e prédios históricos (91.02-3).

Inegável que a maioria dos servidores municipais estão envolvidos com atividades ligadas a estas três anteriores, juntamente com aquelas ligadas ao ensino (profissionais da educação). Para todas elas, o grau de risco da atividade é leve, conforme o Anexo V, do Decreto 3.048/1999, alterado pelo Decreto 6.957/2009, e o percentual do RAT é de 1%.

6 Essa classe compreende: a regulação, controle, definição de política e coordenação de atividades voltadas a melhorar o bem-estar da população quanto a: saúde, educação, cultura, esporte, lazer, meio ambiente, habitação, serviços urbanos, ação social etc.

2.3. Base de cálculo do RAT e supedâneo jurisprudencial

A base de cálculo do RAT é a mesma da contribuição previdenciária patronal. Logo, não há a incidência de nenhuma parcela de natureza indenizatória em seu cômputo.

A análise pretérita tem como intuito embasar os Entes municipais e pleitear a aplicação da alíquota do RAT em 1%, em vez dos atuais 2% pagos. A fim, então, de evidenciar o entendimento jurisprudencial sobre a matéria (ainda pouco debatida nos tribunais brasileiros), colacionam-se alguns julgados.

1. TRF 4ª Região – APELAÇÃO CÍVEL Nº 2004.71.15.004069-4/RS, Relator Des. Federal VILSON DARÓS, 1ª Turma, Data: 29/08/2007.

EMENTA: CONTRIBUIÇÃO PARA O SEGURO DE ACIDENTES DE TRABALHO – SAT. GRAU DE RISCO. LEI 8.212/1991.

Considerando que a Prefeitura Municipal desenvolve atividade preponderantemente de ensino, na qual envolve a maioria da mão-de-obra a seu serviço, o grau de risco da atividade é leve, sendo devido o SAT à alíquota de 1%.

2. STJ – REsp 492.704/RS, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Segunda Turma, DJ 6/6/06.

PREVIDENCIÁRIO. CONTRIBUIÇÃO. SAT. ATIVIDADE PREPONDERANTE. SERVIÇO PÚBLICO. ATIVIDADE BUROCRÁTICA. MUNICÍPIO. PREFEITURA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. ART. 17, I, DO CPC.

1. A Administração Pública Municipal deve contribuir para a previdência social para financiar a complementação das prestações por acidente de trabalho com base no percentual de 1% (um por cento), uma vez que atividade preponderante é serviço burocrático, cujo risco de ocorrência de acidente de trabalho é considerado leve, conforme previsto no anexo do Decreto n. 612/92.

2. Caracteriza litigância de má-fé deduzir pretensão contra expresse dispositivo de lei. Art. 17, I, do CPC.
3. Recurso especial não-provido.

3. STJ – REsp 1042413 / RS – RECURSO ESPECIAL – 2008/0063236-1 – Primeira Turma; Data: 22/04/2008.

1. (..)

Considerando que a Prefeitura Municipal desenvolve atividade preponderantemente de ensino, na qual envolve a maioria da mão-de-obra a seu serviço, o grau de risco da atividade é leve, sendo devido o SAT à alíquota de 1%.

Em sede de recurso especial, a Fazenda Nacional aponta negativa de vigência do art. 22, II, da Lei n. 8.212/91. Sustenta, em síntese, que as prefeituras municipais, por exercerem atividade de risco alto, devem enquadrar-se com alíquota para o SAT em 3% (três por cento).

3. [...] No caso específico em apreciação, o Município instruiu a inicial com declarações firmadas pelos chefes dos Poderes Municipais (fls.21-26), embasadas em relações de folhas de pagamento (fls. 27-963), dando conta que, entre 1994 e 1999, a atividade preponderante desenvolvida pelos empregados do Município em nada se relacionava com aquelas sujeitas a risco grave, listadas conjuntamente com o item ‘Prefeituras Municipais’ (ligadas a esgotos e saneamento; abertura de valas e canalização; purificação e distribuição de água; distribuição de energia elétrica; produção de gás; instalação e manutenção de redes telegráficas e telefônicas; e serviços de entrega). Diversamente, do exame das citadas declarações denota-se que a atividade preponderante prestada pelos funcionários da parte autora ligava-se precipuamente ao ramo de ensino (o Município contou com 98 professores nos anos de 1994 e 1995; 58 professores nos anos de 1996 e 1997; e 44 professores nos anos de 1998 e 1999 – fls. 21-26). E embora a atividade ligada ao ensino não se caracterize, exatamente, como burocrática, por certo se assemelha muito mais com esta do que com aquelas. De qualquer sorte, os Decretos 356/91 e 612/92, também consideravam as atividades de ensino como sujeitas a grau de risco leve (Estabelecimentos de Ensino – código 701), impondo-se,

destarte, concluir que a alíquota do SAT no período em discussão, aplicável ao Município de Santa Rosa, deve corresponder, de fato, a 1% (um por cento, para as empresas em cuja atividade preponderante o risco de acidentes do trabalho seja considerado leve – art. 22, II, ‘a’, da Lei 8.212/91), e não a 3% (três por cento, para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado grave – art. 22, II ‘c’, da Lei 8.212/91).

3. Conclusão

A interpretação sistemática do disposto no art. 22, inciso II, da Lei 8.212/1991 com o disposto no art. 202, § 3º, do Decreto 3.048/99 e respectivo anexo V, conduz necessariamente à conclusão de que a alíquota do RAT aplicada aos Municípios deve limitar-se ao percentual de 1%, correspondente às atividades de grau 1, que envolvem riscos leves, devendo ser afastada a classificação genérica prevista pela norma (“Administração Pública em Geral” = 2%).

Aliada à alíquota de 1% do RAT (que tem o condão de gerar grandes economias aos cofres públicos), os Entes locais também devem esforçar-se ao máximo para que a alíquota do FAP seja fixada no mínimo possível, ou seja, 0,5. Dessa maneira, o RAT Ajustado do Município passará ao percentual de 0,5% (RAT x FAP).

As medidas referidas trarão, inegavelmente, representativa economia aos erários municipais.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br>>. Acesso em: 24 maio 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 24 maio 2013.

_____. Ministério da Previdência Social. Disponível em: <<http://www.mpas.gov.br>>. Acesso em: 25 maio 2013.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Disponível em: <<http://www.cnae.ibge.gov.br>>. Acesso em: 25 de maio 2013.

_____. Secretaria da Receita Federal do Brasil. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br>>. Acesso em: 25 de maio 2013.

A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E A INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

Antonio Sergio Baptista¹

Cristina Barbosa Rodrigues²

RESUMO: O presente artigo trata sobre a polêmica na discricionari-
riedade administrativa e a inexigibilidade de licitação.

Palavras-Chave: Licitação. Inexigibilidade. Discricionari-
riedade

O tema é polêmico e, por essa razão, é melhor iniciar sua abordagem
registrando a lição do inesquecível mestre Hely Lopes Meirelles:³

[...] a discricionari-
riedade administrativa encontra fundamen-
to e justificativa na complexidade e variedade dos problemas

1 Advogado Especialista em Direito Público. Coordenador do Conselho Técnico Multidisciplinar da Associação Paulista de Municípios – APM.

2 Advogada, mestre em Direito e Pós-Graduada em Direito Administrativo Econômico.

3 3. MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 37 ed. São Paulo: Malheiros p. 173.

que o Poder Público tem que solucionar a cada passo e para os quais a lei, por mais casuística que fosse, não poderia prever todas as soluções, ou pelo menos, a mais vantajosa para cada caso ocorrente.

Até porque, conforme percebe Celso Antonio Bandeira de Mello⁴ festejado administrativista pátrio, se a lei sempre “regulasse vinculadamente a conduta do administrador, padronizaria sempre a solução, tornando-a invariável mesmo perante situações que necessitariam ser distinguidas e que não se poderia antecipadamente catalogar com segurança”. Daí a conveniência e oportunidade existente na escolha dos meios, ou seja, do modo de atuar, para chegar ao fim a ser atingido.

E, na mesma senda o professor Cretella Júnior⁵ registra que

ao livre e legal pronunciamento da autoridade administrativa que, consultando a oportunidade e a conveniência da medida, se traduz em *ato* desvinculado de prévia regra estrita de direito condicionante de seu modo de agir, num dado momento, damos o nome de poder discricionário da administração.

Dessa forma, se há alusão à possibilidade de escolha, sobressai determinada margem de liberdade, conferida ao administrador, para eleger, segundo critérios razoáveis, um dentre no mínimo dois comportamentos aplicáveis ao caso concreto, para adotar a solução mais conveniente para a satisfação da vontade legal, qual seja o interesse público.

Nessa seara, considerando que a finalidade pública é o fio condutor da atuação da Administração Pública, destacam-se no ato discricionário: (i) a possibilidade de escolha de uma dentre várias opções de ação; (ii) a devida per-

4 MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Malheiros: 2010. p. 970.

5 ENCICLOPÉDIA Saraiva de Direito; vol. 59. São Paulo: Saraiva. p. 95.

cepção, pelo Administrador, do fim público envolvido e, por fim, (iii) a possibilidade de valoração subjetiva daquelas opções, para decidir pela solução mais adequada para alcançar seus objetivos.

O fato é que a decisão, adotada pelo administrador público, por ocasião da aplicação da lei, não reflete, via de regra, avaliações livres e ilimitadas desse mandatário da vontade pública, mas traduz a concretização da solução mais adequada e satisfatória, tendo em vista critérios abstratamente previstos em lei ou derivados do conhecimento técnico-científico ou da prudente avaliação da realidade, por onde se constata que esse juízo subjetivo nasce da lei que o autorizou e encontra limite no alcance da finalidade pública.

Diante do que foi ponderado e como bem pontua o já citado Celso Antônio,⁶ percebe-se que o fundamento da discricionariedade reside no intento de se cometer à autoridade o

dever jurídico de buscar identificar e adotar a solução apta a, no caso concreto, satisfazer de maneira perfeita a finalidade da lei, bem como reside na inexorável contingência prática de servir-se de conceitos pertinentes ao mundo do valor e da sensibilidade, os quais são conceitos chamados vagos, fluidos ou imprecisos.

Assim, delimitado o conceito de ato discricionário, adentra-se à segunda parte do tema, agora estabelecendo contraponto com a Lei 8.666/93,⁷ estatuto que, em diversas oportunidades, abre espaço para a atuação discricionária do administrador despontando, em especial, dois institutos que, amparados em matriz constitucional,⁸ abrem espaço pleno para o exercício da atividade discricionária do administrador público: (i) a dispensa e (ii) a inexigibilidade

6 Idem, *ibidem* p. 975.

7 Regulamenta o art.37, XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

8 Constituição Federal, art. 37, XXI.

de licitação;⁹ institutos que abrigam um traço comum, ou seja, a permissão de contratação direta, para alcançar o objeto desejado pela Administração Pública.

Mas, é a inexigibilidade de licitação, disciplinada no art. 25 da Lei 8.666/93 que, pelas suas características, abre maior espaço para a atuação discricionária do administrador público, bastando lembrar, como ponto de partida, que as hipóteses de dispensa de licitação, como postas na norma, não decorrem de inviabilidade de competição, como acontece, necessariamente, com as inexigibilidades.

Neste passo, é momento de anotar que o art. 25 da Lei de Licitações alberga quatro hipóteses de contratação direta por inexigibilidade de licitação.

A primeira delas, estampada no *caput* do art. 25, trata da *inviabilidade de de competição* como regra geral, que se aplica a todas as hipóteses da existência de uma única solução, ou seja, a absoluta ausência de qualquer possibilidade de competição, situação que não permite ao administrador algum tipo de escolha, ou seja, é aquela “ausência de pluralidade de alternativas” a que alude Marçal Justen Filho¹⁰ e, portanto, não há que se falar em discricionariedade do administrador.

A segunda hipótese, hospedada na regra de exceção das licitações, apesar da especificidade: *a aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros*, também resulta em escolha única. “Se existe apenas um único produto em condições de atender à necessidade estatal, não há sentido em realizar licitação. Seria um desperdício de tempo realizar licitação”, anota o mesmo Marçal.¹¹

Nestes dois casos, a discricionariedade reside, apenas, na avaliação do interesse público para praticar ou não o ato, que não alberga qualquer outro tipo de vinculação.

9 Lei 8.666/93, arts. 24 e 25.

10 FILHO, Marçal Justen. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Editora Dialética, 10. ed. 2004, p. 270.

11 *Idem, ibidem*, p. 273.

Mas, diferentemente, as duas últimas hipóteses de contratação direta, por inexigibilidade de licitação, estampadas nos incisos II e III do art. 25, abrem espaço para o exercício do poder discricionário do administrador, porque admitem a escolha subjetiva, desde que preenchidos os requisitos postos na norma de regência.

Na hipótese do inciso II, estando presentes os requisitos de “serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização”, é discricionária a avaliação, grafada na parte final do § 1º do art. 25, que permite ao administrador “inferir” que o trabalho do profissional (ou empresa) “é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato”.

Escolha discricionária, que carrega forte dose de subjetividade, presente no “requisito da confiança da Administração em quem *deseje* contratar”, como bem anota o ministro Eros Grau, em decisão do Supremo Tribunal Federal, da qual foi relator, assim ementada:

Serviços técnicos profissionais especializados” são serviços que a Administração deve contratar sem licitação, escolhendo o contratado de acordo, em última instância, com o grau de confiança que ela própria, Administração, deposite na especialização desse contratado. Nesses casos, o requisito da confiança da Administração em quem *deseje* contratar é subjetivo. Daí que a realização de procedimento licitatório para a contratação de tais serviços – procedimento regido, entre outros, pelo princípio do julgamento objetivo – é incompatível com a atribuição de exercício de subjetividade que o direito positivo confere à Administração para a escolha do “trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato” (cf. o § 1º do art. 25 da Lei 8.666/93). O que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança.” (AÇÃO PENAL 348-5 SANTA CATARINA – TRIBUNAL PLENO – 15/12/2006)

E, para completar o raciocínio, não há porque deixar de enfrentar o quanto posto na hipótese estampada no inciso III do art. 25 do estatuto, que admite a escolha do administrador “para contratação de profissional de qualquer setor artístico”, desde que atendidos os requisitos grafados na lei, tratando-se, a toda evidencia, de opção altamente discricionária, na medida em que carrega excepcional dose de subjetividade, porque vinculada ao gosto pessoal, à sensibilidade artística de quem escolhe.

PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA: ALTERNATIVA EFICIENTE PARA ENFRENTAR O DESAFIO DOS RESÍDUOS SÓLIDOS NOS MUNICÍPIOS BRASILEIROS

Lucas Navarro Prado¹

RESUMO: O presente artigo trata parceria público-privada de forma a apresentar alternativas para os Municípios.

Palavras-chave: Municípios. Resíduos Sólidos. Parceria Público-Privada.

¹ Lucas Navarro Prado é sócio de Navarro Prado Advogados. Graduado em direito pela USP e pós-graduado em Finanças Corporativas pela FIA/USP, é coautor dos livros "Comentários à Lei de PPP" (juntamente com Maurício Portugal Ribeiro) e "Regime Diferenciado de Contratação" (juntamente com Maurício Portugal Ribeiro e Mário Engler Pinto Júnior). Foi Consultor do Banco Mundial (2011-2012), Superintendente Jurídico da SABESP (2009-2010), assessor jurídico da Unidade de PPP do governo federal (2005-2007), Conselheiro de Administração da CEG Rio de Janeiro (2006-2007) e Conselheiro de Administração da SESAMM – Serviços de Saneamento de Mogi Mirim (2009-2010).

1. Introdução

Em agosto de 2014, encerrou-se o prazo para adaptação dos Municípios à exigência de disposição ambientalmente correta de rejeitos, conforme art. 54 da Lei Federal 12.305/2010 (dispõe sobre a política nacional de resíduos sólidos).

Lixões e até mesmo os “aterros controlados” já deveriam ter sido totalmente substituídos por aterros sanitários. Infelizmente, no entanto, grande parte dos Municípios brasileiros permanece irregular.

Sabe-se que a capacidade de investimento dos Municípios tende a ser reduzida, em vista do sistema tributário do país que concentra receitas na União. Daí a necessidade de exercer a criatividade para que se realizem, senão todos, ao menos parte significativa dos investimentos necessários em nível municipal.

Uma alternativa interessante para viabilizar investimentos no setor de resíduos sólidos é a utilização de Parceria-Público Privada (PPP) de que trata a Lei Federal 11.079/04 (Lei de PPP). A PPP é estruturada, em regra, com a mesma lógica econômica das concessões comuns de serviços públicos (grandes investimentos realizados pelo concessionário no início da concessão, amortizados no longo prazo mediante a exploração dos serviços). A novidade é que na PPP existem pagamentos públicos regulares ao concessionário em vista da prestação de serviços. Tais pagamentos são chamados de “contraprestações públicas” e podem ser realizados em pecúnia ou ainda mediante bens e/ou direitos da Administração.

O objetivo principal do presente artigo é, de forma sucinta, oferecer uma visão geral sobre as principais diferenças entre uma PPP e os contratos administrativos tradicionais, particularmente aqueles regidos pela Lei Federal 8.666/93 (Lei de Licitações), sem prejuízo de comparações também com as concessões comuns.

Além disso, trata em mais detalhes dois temas de interesse dos Municípios, visto que têm figurado, frequentemente, como os maiores obstá-

culos para a realização de PPPs por esses Entes federativos: (i) o limite de 5% sobre a Receita Corrente Líquida para aplicação em projetos dessa natureza e (ii) a disponibilidade de garantias contra o risco de não pagamento de contraprestações públicas.

Preende-se, assim, dar uma contribuição prática aos Municípios que desejem estruturar PPPs de resíduos sólidos.

2. Porque a PPP pode ser uma solução mais viável e eficiente

Os Municípios estão premidos pela legislação e pela opinião pública a produzirem soluções ambientalmente sustentáveis para os resíduos sólidos.

A destinação final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos pode ser feita por meio da reutilização, da reciclagem, da compostagem, da recuperação e do aproveitamento energético ou de outras destinações admitidas pelos órgãos competentes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama), do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária (SNVS), e do Sistema Unificado de Atenção à Sanidade Agropecuária (Suasa), entre elas a disposição final, observando normas operacionais específicas de modo a evitar danos ou riscos à saúde pública e à segurança e a minimizar os impactos ambientais adversos (cf.: art. 3º, inc. VII, da Lei Federal 12.305).

Por sua vez, a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos requer sua distribuição ordenada em aterros, observando normas operacionais específicas de modo a evitar danos ou riscos à saúde pública e à segurança e a minimizar os impactos ambientais adversos (cf.: art. 3º, inc. VII, da Lei Federal 12.305)².

A destinação dos resíduos sólidos e, em especial, a disposição dos rejeitos, tendem a implicar investimentos de larga monta.

2 Agradecemos a Cláudia Lins Lima – área técnica de Saneamento da CNM – por nos chamar a atenção para a diferença no tratamento legal dado por meio das expressões “destinação de resíduos sólidos” e “disposição de rejeitos”.

O ideal seria estruturar projetos em que os resíduos pudessem não apenas ser fonte de despesas, mas também de receitas, de maneira a evitar ou reduzir o gasto orçamentário. Entre as diversas possibilidades, a geração energética a partir dos resíduos parece uma das mais interessantes para ajudar a viabilizar financeiramente o projeto.

Ainda assim, a tendência é que eventuais receitas geradas a partir dos resíduos coletados e tratados não se mostrem suficientes para tornar o negócio autossustentável. Isso se dá, particularmente, nos casos em que o projeto envolva também a coleta e o transporte até o ponto de destinação final. Mesmo com forte esforço criativo, a grande maioria dos Municípios dependerá de recursos orçamentários significativos para viabilizar uma solução ambientalmente sustentável para a coleta, transporte, tratamento e disposição final dos rejeitos.

Como já mencionado, normalmente, a solução ambientalmente sustentável envolve um investimento relevante na partida, por exemplo, para a construção de um aterro sanitário. Isso significa que, salvo se o Município dispuser de grande disponibilidade orçamentária, terá que recorrer a financiamento para viabilizar o projeto. Esse financiamento pode ser tomado pelo próprio Município ou, alternativamente, estar implícito na contratação de uma PPP.

A PPP abre aos Municípios uma alternativa interessante para o financiamento de investimentos no setor de resíduos sólidos, sem necessariamente comprometer seu nível de endividamento.³

Não é apenas, porém, por uma questão de acesso a financiamento privado que a PPP se justificaria. Aliás, parece-nos que essa sequer é a principal razão.

A PPP se mostra interessante para estruturar projetos no setor de resíduos sólidos porque permite um contrato de longo prazo, no qual quem constrói

3 A PPP pode ou não impactar a Dívida Pública Consolidada do Município. A principal referência normativa a esse respeito ainda é a Portaria 614/2006 da Secretaria do Tesouro Nacional. Para uma discussão detalhada sobre a Portaria 614, do Tesouro Nacional, ver nossos Comentários à Lei de PPP: fundamentos econômico-jurídicos (São Paulo: Malheiros, 2007. p. 408 a 437), em coautoria com Maurício Portugal Ribeiro.

a obra fica também responsável pela sua operação, criando-se, assim, incentivos para que o investimento seja bem executado. Quem investir, por exemplo, na construção de um aterro sanitário, deverá operá-lo por diversos anos, incorrendo nos riscos respectivos.

Além disso, os pagamentos públicos devidos à concessionária, na forma de contraprestações, podem ser vinculados ao nível de qualidade da prestação de serviços, por meio de indicadores de desempenho (medem resultados alcançados).⁴

A PPP, portanto, compromete o contratado com a prestação de serviços de forma muito mais significativa que um contrato administrativo tradicional, pois o mantém obrigado no longo prazo e por parâmetros de resultado.

Em suma, duas razões objetivas costumam estar associadas à opção pela PPP:

- a. maior flexibilidade para alocar riscos e modelar os pagamentos públicos no curto, médio e longo prazo, o que facilita a criação de incentivos adequados a execução de investimento e a prestação de serviços em padrões elevados de eficiência; e
- b. maior previsibilidade do gasto orçamentário, bem como sua diluição no longo prazo, o que se mostra muitas vezes essencial para viabilizar investimentos no setor de resíduos sólidos.

A tendência é uma contratação mais eficiente, conseguindo-se mais (serviços e investimentos) com menos (recursos orçamentários), desde que, obviamente, o projeto seja bem modelado.

4 A título exemplificativo, são apresentados abaixo alguns indicadores utilizados no Projeto de PPP da Região Metropolitana de BH: (a) Índice de Processamento das Estações de Transbordo, que reflete o inverso do percentual de resíduos que pernoita nas estações de transbordo, ou seja, a nota é maior quanto menor for o volume de resíduos que permanece nas estações de transbordo por mais de 72 horas; (b) Índice de Redução de Resíduos Aterrados, que mede o percentual de Resíduos destinados de forma distinta ao aterro, como reaproveitamento ou reutilização; e (c) Índice de Disponibilidade de Destinação Final que mede a efetiva destinação de resíduos entregues ao contratado.

3. A licitação da PPP

O procedimento licitatório de uma PPP é o mesmo da Lei Federal 8.666/1993, na modalidade de concorrência, com algumas novidades específicas. As principais são destacadas abaixo:

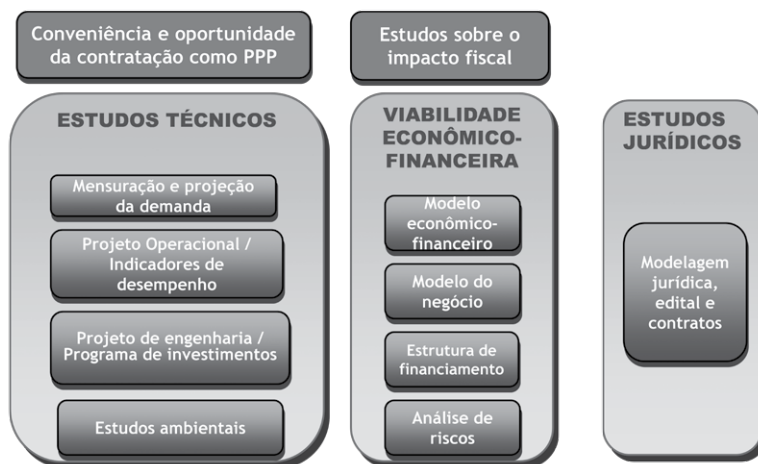
- a. Inversão de fases – a Lei de PPP prevê a possibilidade de inversão das fases de habilitação e de julgamento, em linha, por exemplo, com a experiência anterior bem-sucedida das licitações no âmbito da Anatel e do Pregão. Nesse contexto, é possível prever que se analise a documentação de habilitação apenas do licitante com a melhor proposta. Posteriormente, a possibilidade de inversão de fases também foi incorporada à Lei de Concessões (Lei Federal 8.987/95) e, mais recentemente, passou a ser a regra do próprio Regime Diferenciado de Contratação (RDC). Trata-se, pois, de ajuste no procedimento tradicional de licitação que tende a se consolidar como regra geral.
- b. Possibilidade de oferecimento de lances em viva voz – a Lei de PPP prevê a possibilidade de que as propostas escritas sejam seguidas de lances em viva voz. Busca-se, assim, ampliar a competição, novamente, inspirada na experiência da Lei do Pregão. Não se admite, ainda, no entanto, que a licitação se dê em formato eletrônico.
- c. Possibilidade de que o julgamento das propostas seja precedido de etapa de qualificação técnica – abre-se aqui a possibilidade de se exigir uma pontuação técnica mínima para que a proposta de preço seja considerada. Não se confunda essa possibilidade com o critério de julgamento de “técnica e preço”, pois, neste caso, há uma ponderação entre as notas técnicas e de preço. No caso da precedência de etapa de

qualificação técnica, no entanto, trata-se de um critério de *passa ou falha*. Todos os licitantes qualificados tecnicamente disputarão pelo critério de preço, sem qualquer diferença entre aqueles que tenham obtido maior ou menor nota técnica.

- d. Critérios de julgamento da licitação podem ser ‘menor contraprestação’ ou ‘combinação de melhor técnica com menor contraprestação’ – na prática, no entanto, em nossa experiência, a maioria dos projetos tem sido licitada pelo critério de menor contraprestação, dado os entendimentos restritivos dos Tribunais de Contas e outros órgãos de fiscalização.

Os estudos necessários à licitação de uma PPP são basicamente os mesmos requeridos para uma concessão comum de serviços públicos:⁵

FIGURA 1 – ESTUDOS USUALMENTE NECESSÁRIOS A UMA PPP



5 A figura em questão reflete, com leves modificações, aquela já apresentada em nossos Comentários à Lei de PPP, em coautoria com Maurício Portugal Ribeiro, publicado pela Ed. Malheiros (2007).

As duas principais diferenças em relação aos estudos tradicionais de uma concessão comum são (i) o estudo de conveniência e oportunidade da contratação como PPP, e (ii) os estudos sobre o impacto fiscal diante do provável comprometimento significativo de recursos orçamentários.

Em razão das limitações do presente artigo, não é possível comentar cada um dos estudos acima referidos.⁶ Serão explorados abaixo apenas os aspectos de responsabilidade fiscal.

3.1. Os aspectos de responsabilidade fiscal⁷

O impacto das PPP em termos de responsabilidade fiscal tem sido altamente debatido, seja nacional ou internacionalmente. A Lei de PPP refletiu essas preocupações. De um lado, reafirmou conceitos e regras já vigentes por conta da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).⁸ De outro, criou um limite específico de 1% sobre a Receita Corrente Líquida (“RCL”) para o total de gastos com PPP, o qual, com a alteração promovida pela Lei 12.766/12, foi elevado para 5% da RCL, conforme adiante explicitado.

Em razão das limitações espaciais do presente artigo, pretende-se focar aquele que parece ser o controle mais rígido. Trata-se do limite de 5% da RCL estabelecido no art. 28 da Lei de PPP.

Tal dispositivo implica a *virtual proibição*⁹ para os Estados, Distrito Federal e Municípios de contratação de nova PPP caso:

6 Para uma análise de cada um desses estudos, sugerimos a leitura do nosso Comentários à Lei de PPP, em coautoria com Maurício Portugal Ribeiro, publicado pela Editora Malheiros (2007) e/ou o nosso artigo Condições prévias para a licitação de uma PPP. In: MARQUES NETO, Floriano Azevedo; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). Estudos sobre a lei das parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

7 Temos insistido nesses pontos já há algum tempo. Nesse sentido, a seguinte referência bibliográfica de nossa autoria: PRADO, Lucas Navarro. *Condições prévias para a licitação de uma PPP*. In: MARQUES NETO, Floriano Azevedo; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). Estudos sobre a lei das parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

8 Lei Federal Complementar 101, de 4 de maio de 2000.

9 De fato, o art. 28 da Lei de PPP não proíbe diretamente os Estados, Distrito Federal e Municípios de contratarem PPP acima do limite de 5% de sua respectiva receita corrente líquida. No entanto, proíbe a União de fazer transferências voluntárias ou

- a. a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas tenha excedido, no ano anterior, 5% da RCL do exercício; ou
- b. as projeções das despesas anuais dos contratos vigentes, nos 10 anos subsequentes, excedam a 5% da RCL também projetada para os respectivos exercícios.

O limite de 5% da RCL nos remete à discussão sobre sua metodologia de cálculo. Diversas questões podem ser discutidas a esse respeito, eis que as normas vigentes deixam bastante espaço para interpretação.

Selecionamos abaixo algumas delas para breve análise, cabendo alertar o leitor de que as posições abaixo defendidas não estão validadas pela sexta edição do Manual de Demonstrativos Fiscais (versão mais recente do Manual, aplicável ao exercício de 2015), aprovado pelo Secretário do Tesouro Nacional, que deve ser seguido pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

As sugestões abaixo, portanto, poderiam ser uma *bandeira* dos Municípios para facilitar a implantação de novas PPP. É importante que elas venham a ser formalmente reconhecidas como válidas pelo governo federal, a fim de evitar o risco de suspensão das transferências voluntárias, uma consequência bastante gravosa que adviria do descumprimento do limite de 5% da RCL.

3.2. O valor integral da contraprestação deve ser incluído no limite de 5% da RCL ou apenas o valor incremental em relação a despesas anteriormente já existentes?

conceder garantias para qualquer ente que eventualmente ultrapasse o limite. Como, na prática, a maior parte desses entes depende de garantias e de transferências voluntárias da União, o art. 28 acaba por lhes impor o limite de 5% indiretamente.

A Administração Pública, como regra, já incorre em despesas relevantes de coleta, transporte, tratamento e destinação de resíduos sólidos. Imagine-se, agora, que a fim de promover a ampliação da capacidade de um aterro sanitário ou mesmo modernizá-lo a ponto de atender os parâmetros mínimos da legislação ambiental, o Poder Público decide licitar o direito de construir e explorar o novo aterro por meio de contrato de PPP. Nesse ponto, surge a questão: as obrigações contraídas pelo contrato de PPP serão consideradas pelo valor integral, para efeito do cálculo do limite de 5% da RCL? Ou será utilizado apenas o incremento na despesa decorrente do contrato de PPP em relação às despesas preexistentes?

É preciso refletir sobre qual seria o objetivo de se estabelecer um limite específico para as PPP. Não nos parece razoável supor que o limite de 5% da RCL tenha sido pensado com a finalidade de desestimular a contratação de PPP indistintamente. Ao contrário, pensamos que tal limite foi criado com um objetivo bastante claro: evitar que, por força de classificação inadequada, as PPP fossem utilizadas como instrumento de ocultação de endividamento dos Entes contratantes e isso viesse a causar sério problema fiscal.

Ao longo da discussão do projeto de lei que resultou na Lei 11.079/04, não se chegou a um acordo sobre os critérios de classificação das despesas com PPP, que permitissem identificar com objetividade e transparência quais deveriam impactar o endividamento da respectiva contratante. Por isso, por ocasião da discussão do projeto de lei, tomaram-se duas importantes decisões:

- I. delegar à Secretaria do Tesouro Nacional a competência para estabelecer os critérios identificadores das situações que devam impactar o endividamento do Ente público contratante (art. 25 da Lei de PPP); e
- II. criar na Lei de PPP um limite objetivo, capaz de evitar manipulações contábeis, com a única finalidade de burlar os limites de endividamento, o que colocaria em risco o sistema de controle fiscal

da LRF. O limite objetivo escolhido foi justamente o de 1% da RCL, o qual, conforme já informado, acabou elevado para 5% da RCL pela Lei 12.766/12.

Ora, se esse limite foca o problema da classificação contábil e o risco fiscal inerente, não faz sentido aplicá-lo para impedir que a Administração troque (i) despesas com contratos vigentes de prestação de serviços por (ii) despesas com contratos de PPP. O importante é o efeito líquido da operação, pois apenas no incremento da despesa pode existir qualquer risco fiscal.

Interpretação divergente cria um forte desincentivo para a estruturação de projetos de PPP que envolvam serviços já em operação, embora em quantidade e/ou qualidade inadequada, sem que exista qualquer lógica econômica para esse tratamento.

3.3. Se houver classificação como endividamento, a parcela da contraprestação relativa a esse montante deve ser incluída no limite de 5% da RCL?

Preliminarmente, vale esclarecer que, para efeito de saber se uma dada PPP deve ou não impactar o nível de endividamento da Administração, é preciso aplicar os critérios baixados pela Secretaria do Tesouro Nacional, por meio da Portaria 614, de 21 de agosto de 2006. Em suma, essa Portaria determina o acréscimo de endividamento do Ente contratante, pelo valor do ativo contabilizado na concessionária, se o parceiro público tiver assumido mais de 40% do risco de demanda, disponibilidade ou construção, conforme definidos nesse ato normativo.¹⁰

¹⁰ Para uma discussão detalhada sobre a Portaria 614, do Tesouro Nacional, ver nosso Comentários à Lei de PPP: fundamentos econômico-jurídicos (São Paulo: Malheiros, 2007. p. 408 a 437).

Imagine-se, agora, que a modelagem adotada para o novo aterro sanitário seja a de uma PPP administrativa, com pagamentos fixos à concessionária prestadora dos serviços, independentemente do volume de rejeitos encaminhados ao aterro, conjugados com pagamentos variáveis conforme o volume. Em linha com o critério adotado na Portaria STN 614/2006, se os pagamentos fixos representarem mais de 40% das receitas da concessionária, não terá sido transferido o risco de demanda e, dessa perspectiva, o ativo deverá ser contabilizado no balanço da entidade pública contratante, com o correspondente lançamento de valor equivalente no passivo patrimonial, a título de endividamento.

Ora, uma vez verificada a contabilização de um passivo no balanço da entidade contratante equivalente ao ativo desenvolvido por meio da PPP, não há que se cogitar qualquer tentativa de burla aos limites de endividamento impostos aos Estados e Municípios. Isso porque, nesses casos, o registro do endividamento mostra-se transparente e, por consequência, viabiliza a aplicação eficiente dos controles previstos na LRF, ou ainda nos acordos de dívida celebrados com a União, em regra mais rígidos que os limites da própria LRF.

A parcela da contraprestação que corresponda ao pagamento desse passivo, por conseguinte, não deveria ser incluída no cálculo do limite de 5% da RCL.

4. O contrato de PPP

O contrato de PPP pode ser firmado em duas modalidades: concessão patrocinada e concessão administrativa.¹¹

Na modalidade patrocinada, é uma concessão de serviço público em que há, ao mesmo tempo, cobrança de tarifas e pagamentos públicos ao concessionário. Trata-se da modalidade indicada para os casos nos quais existe um

¹¹ Para uma discussão detalhada sobre as diferentes modalidades do contrato de PPP, sugerimos os nossos Comentários à Lei de PPP, em coautoria com Maurício Portugal Ribeiro, publicado pela Ed. Malheiros (2007).

serviço público econômico, capaz de gerar receitas, mas insuficiente para viabilizar os investimentos e manter a operação dos serviços em bom nível.

Na modalidade administrativa, é uma concessão que pode ou não ter por objeto a prestação de serviço público e, em qualquer caso, a remuneração da concessionária se dá, como regra, essencialmente a partir de pagamentos públicos (nomeados de “contraprestações públicas”), sem cobrança de tarifas dos usuários.

A concessão administrativa foi criada justamente para viabilizar a utilização da lógica econômica da concessão para prestação de serviços que, usualmente, não se sujeita ao pagamento de tarifas. É o caso típico dos serviços de coleta, transporte, tratamento e disposição final de resíduos.

Vale lembrar, por exemplo, que no passado já se estruturou projetos de resíduos sólidos por meio de concessões comuns em que as “tarifas” eram os pagamentos realizados pela própria Prefeitura. Isso acabou muito criticado por juristas tradicionais, como o professor Celso Antônio Bandeira de Mello, que considerou “grotesco” esse tipo de equiparação¹² e vaticinou ser nulo o respectivo contrato, citando como exemplo uma concessão de resíduos sólidos no Município de São Paulo.

A criação da concessão administrativa se deu, justamente, para resolver esse tipo de crítica, permitindo que a Administração remunere diretamente o concessionário, independentemente de cobrança dos usuários. Não que isso tenha aplacado a crítica de juristas como o professor Celso Antônio, mas ao menos criou base legal para a estruturação do negócio. Muitas concessões administrativas têm sido celebradas com base nesse novo instrumento, sem que

12 Ao criticar o modelo de concessão administrativa, o Professor Celso Antônio assim se manifestou “[...] não basta chamar um contrato de prestação de serviços como concessão para que ele adquira, como em um passe-de-mágica, esta qualidade. Também não basta chamar de tarifa o pagamento feito ao prestador de serviço em um contrato desta índole para que tal pagamento se converta em tarifa e o dito contrato se transforme em uma concessão [...]” e, em nota de rodapé, arremata: “75. Foi este meio grotesco o de que se utilizou a Prefeitura Municipal de São Paulo, na última gestão, para efetuar contratos de prestação de serviços de recolhimento de lixo com prazo correspondente ao de concessões, atribuindo tal nome ao contrato e chamando de ‘tarifa’ o pagamento que fazia prestador. É evidente que o contrato em tais condições é nulo de pleno direito”. In: Curso de Direito Administrativo, 20. ed., p. 731.

qualquer delas tenha sido considerada nula. Dessa perspectiva, parece-nos que a crítica restou superada na prática em vista da expressa previsão legal da modalidade de concessão administrativa. Essa, portanto, a modalidade em princípio adequada para a contratação de PPP de resíduos sólidos.

As principais novidades de um contrato de PPP em relação ao modelo tradicional da Lei Federal 8.666/93 e ao contrato de concessão comum são as seguintes:

- a. contrato de longo prazo: o contrato pode alcançar até 35 anos, incluindo eventuais prorrogações, enquanto nos contratos de prestação de serviços regidos pela Lei 8.666/1993 não se podem ultrapassar 5 anos e nos contratos de concessão comum não há limite de prazo;
- b. pagamento por performance: a Lei de PPP expressamente admite o pagamento variável vinculado ao desempenho do contratado, o que é uma das principais razões a tornar esse modelo de contratação mais eficiente;
- c. flexibilidade para alocação de riscos: a Lei de PPP atribui ao contrato a função de alocar quaisquer riscos entre as partes, sem limitação, o que diverge da construção doutrinária tradicional em torno dos contratos regidos pela Lei Federal 8.666/1993 e dos contratos de concessão comum. Assim, riscos como álea econômica extraordinária, caso fortuito e força maior podem ser eventualmente atribuídos ao concessionário, bem como risco de demanda pode ficar com a Administração Pública. Mais recentemente, os contratos de concessão comum também estão se mostrando mais flexíveis a respeito, por influência, aparentemente, dos contratos de PPP;
- d. possibilidade de previsão de arbitragem: a Lei de PPP prevê a possibilidade de resolver os eventuais conflitos decorrentes do contrato por

meio de arbitragem, o que, ainda hoje, é polêmico no âmbito de contratos regidos pela Lei 8.666/1993 (maior parte dos juristas se posiciona de forma contrária). Após ser introduzida na Lei de PPP, a previsão de arbitragem também foi incorporada à Lei Federal 8.987/1995, de maneira que não há mais diferença entre PPPs e concessões comuns neste aspecto;

- e. possibilidade de previsão de garantias contra o risco de não pagamento de contraprestações públicas: como a grande maioria dos projetos de PPP implica investimentos relevantes no início da concessão e sua amortização no longo prazo, é necessário prever essas garantias, sob pena de dificultar ou até mesmo inviabilizar o projeto (baixa atratividade e/ou inviabilidade de acessar financiamento).

Muitos autores tratam em detalhes dessas diferenças e suas implicações e, em vista das limitações deste artigo, não é possível tratar de cada uma delas em mais detalhes.¹³ Aproveita-se a oportunidade, tão somente, para desdobrar um pouco mais o tema das garantias contra o risco de não pagamento de contraprestações públicas.

4.1. O desafio da estruturação de uma garantia para pagamento das contraprestações

Em análise não exaustiva sobre diversos projetos de PPP municipais no setor de resíduos sólidos, notou-se que todos eles previram alguma forma de garantia contra o risco de não pagamento das contraprestações públicas.

Vale notar, todavia, de forma até surpreendente, que em nenhum dos casos se adotou a cobrança de taxa dos municípios como fonte de receita para

¹³ Para uma análise detalhada, remetemos o leitor aos nossos Comentários à Lei de PPP, em coautoria com Maurício Portugal Ribeiro, publicado pela Editora Malheiros (2007).

custear os serviços. A existência de uma taxa de resíduos sólidos poderia ser utilizada como garantia contra o risco de não pagamento de contraprestações públicas, assim como se tem pretendido utilizar a Contribuição de Iluminação Pública como garantia para projetos de PPP de Iluminação Pública.

Esse fato chama a atenção porque, embora tenha havido muita polêmica no passado, o Supremo Tribunal Federal considera a cobrança legal nos termos da Súmula Vinculante 19¹⁴: a taxa cobrada exclusivamente em razão dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis não viola o art. 145, II, da Constituição Federal.

14 Existem também diversos julgados favoráveis: “[...] observo, inicialmente, que o Supremo Tribunal Federal fixou balizas quanto à interpretação dada ao art. 145, II, da Constituição, no que concerne à cobrança de taxas pelos serviços públicos de limpeza prestados à sociedade. Com efeito, a Corte entende como específicos e divisíveis os serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis, desde que essas atividades sejam completamente dissociadas de outros serviços públicos de limpeza realizados em benefício da população em geral (uti universi) e de forma indivisível, tais como os de conservação e limpeza de logradouros e bens públicos (praças, calçadas, vias, ruas, bueiros). Decorre daí que as taxas cobradas em razão exclusivamente dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis são constitucionais, ao passo que é inconstitucional a cobrança de valores tidos como taxa em razão de serviços de conservação e limpeza de logradouros e bens públicos. [...] Além disso, no que diz respeito ao argumento da utilização de base de cálculo própria de impostos, o Tribunal reconhece a constitucionalidade de taxas quem na apuração do montante devido, adote um ou mais dos elementos que compõem a base de cálculo própria de determinado imposto, desde que não se verifique identidade integral entre uma base e a outra.” RE 576.321 RG-QO, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgamento em 4.12.2008, DJe de 13.2.2009. Vale destacar ainda outros julgados:

“Ementa [...] 1. Pacífica é a jurisprudência desta Corte no sentido de ser legítima a cobrança de taxa de coleta de lixo domiciliar, haja vista ser esse serviço de caráter divisível e específico.” RE 596.945 AgR, Relator Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, julgamento em 14.2.2012, DJe de 29.3.2012.

“Ementa [...] 1. O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido da legitimidade da taxa de coleta de lixo proveniente de imóveis, entendendo como específico e divisível o serviço público de coleta e tratamento de lixo domiciliar prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.” Al 311.693 AgR, Relator Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, julgamento em 6.12.2011, DJe de 19.12.2011.

“Ementa: [...] 1. O exame da possibilidade de o serviço público ser destacado em unidades autônomas e individualizáveis de fruição não se esgota com o estudo da hipótese de incidência aparente do tributo. É necessário analisar a base de cálculo da exação, que tem por uma de suas funções confirmar, afirmar ou infirmar o critério material da regra-matriz de incidência. As razões de agravo regimental, contudo, não indicam com precisão como a mensuração do tributo acaba por desviar-se da prestação individualizada dos serviços de coleta e remoção de lixo. 2. “A taxa cobrada exclusivamente em razão dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis, não viola o art. 145, II, da Constituição Federal” (Súmula Vinculante 19). Agravo regimental ao qual se nega provimento.” RE 571.241 AgR, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgamento em 20.4.2010, DJe de 4.6.2010.

No mesmo sentido: RE 540.951 AgR, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgamento em 28.8.2012, DJe de 19.9.2012; Al 632.521 AgR, Relator Ministro Ayres Britto, Segunda Turma, julgamento em 1.2.2011, DJe de 25.4.2011; RE 602.741 AgR, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgamento em 25.5.2010, DJe de 25.6.2010.

Do ponto de vista estritamente jurídico, essa seria uma das opções para gerar garantias robustas. Todavia, ao analisarmos casos concretos, como já se disse, notamos que essa não tem sido a opção preferencial dos Municípios.

Aliás, em muitos casos, verificaram-se garantias equivalentes a apenas 3 meses de contraprestações públicas, o que parece muito pouco como fator de atratividade e facilitador de acesso a financiamento pelo projeto. Veja-se a tabela abaixo¹⁵:

15 Agradecemos a Carolina Mendes Carvalho a pesquisa e o apoio para a elaboração da tabela.

TABELA 1 – GARANTIAS EM PPPs MUNICIPAIS DE RESÍDUOS SÓLIDOS

Município	Garantia de Pagamento	Observações
Região Metropolitana de Belo Horizonte e Colar Metropolitano	<p>Cláusula 24ª – Para garantia de adimplemento dos valores devidos pelo Poder Concedente à Concessionária, referidos na Cláusula 15ª – DO VALOR DO CONTRATO E DA REMUNERAÇÃO DA CONCESSIONÁRIA deste CONTRATO, o poder concedente assegurará o penhor de bens de sua propriedade.</p> <p>Em cada ano de vigência da CONCESSÃO ADMINISTRATIVA, será assegurado o penhor de bens com valor total mínimo correspondente ao fixado na tabela da cláusula 24.2.</p>	<p>Será preservado um estoque mínimo de liquidez com valor correspondente a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), em cada um dos lotes.</p> <p>Prazo: 30 anos.</p> <p>Valor estimado do contrato (soma dos valores nominais das contraprestações) ao longo do prazo de vigência da concessão administrativa:</p> <p>Lote 1: R\$ 1.199.510.756,63 (média de 3.331.975,00/mês)</p> <p>Lote 2: R\$ 1.243.199.228,59 (média de 3.453.332,00/mês).</p> <p>O poder concedente assegurará, inicialmente, o penhor em primeiro grau, em favor da concessionária, em caráter irrevogável e irretroatável, dos bens que representam a soma dos seguintes valores:</p> <p>Lote 1: R\$ 56.595.501,84</p> <p>Lote 2: R\$ 29.890.209,18</p>
Ribeirão Preto	<p>Cláusula 21ª – Para GARANTIA DE PAGAMENTO da CONTRAPRESTAÇÃO PÚBLICA MENSAL devida à CONCESSIONÁRIA, o PODER CONCEDENTE, deverá depositar o valor total de R\$ 8.400.000,00 (oito milhões e quatrocentos mil reais) na CONTA GARANTIA, nos termos do seguinte cronograma. (Cronograma estabelecido na cláusula 21.1 da minuta do contrato)</p>	<p>Valor total estimado da contraprestação mensal é de R\$ 10.573.837,47</p> <p>Prazo: 20 anos.</p>
São Bernardo do Campo	<p>Cláusula 23ª – O Município arrola como instrumentos garantidores, para fins de garantia real da Parceria Público-Privada de que trata este contrato os imóveis abaixo especificados, de acordo com a Lei Municipal n.º 6.137/11, Anexo VII deste edital.</p> <p>O valor total dos imóveis é de R\$ 48.463.036,95.</p>	<p>Remuneração Mensal pelo Município: R\$ 60,00/tonelada de resíduos processados e tratados.</p> <p>O valor total estimado para a contratação é de R\$ 4.356.672.290,00 (média de 12.101.868,00/mês).</p> <p>Prazo: 30 anos.</p>

Jacareí	<p>Cláusula 22ª – Para garantia de pagamento da CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA MENSAL devida à CONCESSIONÁRIA, o PODER CONCEDENTE constituirá garantia correspondente a 18 vezes o valor da CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA MENSAL por qualquer uma das seguintes modalidades.</p> <p>(i) Vinculação de receitas; (ii) criação de fundos especiais; (iii) constituição de garantias reais admitidas em lei sobre direitos de crédito alocados ao Fundo ou contra as instituições financeiras depositárias dos recursos que constituem as receitas e disponibilidades do Fundo, dentre as quais o penhor e a cessão fiduciária de valores e bens, conforme permitido pela legislação aplicável; (iv) cessão de direitos creditórios ou de créditos outros de titularidade do PODER CONCEDENTE; (v) oferecimento de títulos da dívida pública federal ou de outros valores mobiliários adquiridos para essa finalidade com recursos orçamentários ou recursos alocados ao Fundo; (vi) constituição de conta vinculada junto a instituição financeira, por meio de contrato bancário que regule a indisponibilidade da conta ao seu proprietário, a remuneração pelo depósito, o momento da liberação e a destinação do saldo da conta; (vii) outros mecanismos admitidos em lei.</p>	<p>PODER CONCEDENTE constituirá garantia correspondente a 18 vezes o valor da CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA MENSAL.</p> <p>Prazo: 20 anos.</p> <p>O valor estimado da contratação decorrente da licitação é de R\$ 291.000.000,00.</p>
Piracicaba	<p>Cláusula 24ª – Até a data de assunção dos SERVIÇOS, o MUNICÍPIO se obriga a (I) implementar e regulamentar o FUNDO GARANTIDOR, adotando, inclusive, as medidas jurídicas pertinentes e necessárias para tanto; e, (II) destinar ao FUNDO GARANTIDOR o patrimônio suficiente para garantir as obrigações do MUNICÍPIO neste CONTRATO, destinando-lhe os recursos necessários para tanto, nos termos especificados nesta Cláusula 24ª.</p>	<p>Será constituído patrimônio de afetação do FUNDO GARANTIDOR para garantir as obrigações MUNICÍPIO nesse CONTRATO, de bens cujo valor corresponda a, no mínimo, 3 (três) vezes o valor da CONTRAPRESTAÇÃO prevista na PROPOSTA COMERCIAL da LICITANTE VENCEDORA, valor este que deverá ser reajustado na periodicidade e na forma previstas na Cláusula 20ª do CONTRATO.</p> <p>Prazo: 20 anos.</p> <p>O valor estimando pelo Município para a execução do objeto do contrato é de R\$ 711.545.498,54.</p>

Embu	Cláusula 24ª – Para fins de garantir o pagamento da remuneração devida pelo MUNICÍPIO, será aberta pelo MUNICÍPIO, concomitantemente com a celebração do CONTRATO, uma CONTA GARANTIA no BANCO, a qual deverá ter, permanentemente, um saldo mínimo de 03 (três) vezes o valor médio das 3 (três) últimas CONTRAPRESTAÇÕES devidas.	O valor estimado da contratação é de R\$ 738.936.619,20. Prazo: 30 anos.
------	---	---

5. Conclusões

O presente artigo pretendeu oferecer uma visão geral sobre a possibilidade de realizar PPPs no setor de resíduos sólidos, apresentando breves comparações entre esse tipo de contratação e os tradicionais contratos regidos pela Lei 8.666/1993 e ainda as concessões comuns de serviço público.

A par dessa visão geral, buscou-se aprofundar dois temas em especial, que parecem estar entre os principais obstáculos práticos para a celebração de PPP pelos Municípios brasileiros.

De um lado, o limite de 5% sobre a Receita Corrente Líquida. A esse respeito, foram apresentadas duas interpretações que, a nosso ver, são legítimas e deveriam ser postuladas pelos Municípios junto ao Tesouro Nacional: (i) que apenas as despesas incrementais sejam computadas nesse limite, expurgando-se o valor correspondente às despesas já existentes, vez que a grande maioria dos Municípios já incorre em despesas relevantes para coleta, transporte, tratamento e disposição final de resíduos, ainda que não em regime de PPP; e (ii) que, na hipótese de classificação da PPP como endividamento nos termos da Portaria 614/2006 da STN, os valores correspondentes às contraprestações públicas também não sejam computados nesse limite, pois já há controle específicos sobre endividamento estabelecidos na Lei de Responsabilidade Fiscal.

De outro, apresentaram-se dados específicos sobre garantias constituídas em projetos de PPP municipais de resíduos sólidos (contra o risco de não pagamento das contribuições públicas). Como se pôde perceber, os Muni-

cípios não vêm se utilizando da constituição de uma taxa de resíduos sólidos para custear esses serviços, embora a constitucionalidade da taxa já tenha sido pacificada pelo Supremo Tribunal Federal. Estima-se, no entanto, que essa taxa poderia viabilizar muitos projetos de PPP no setor de resíduos sólidos, além de facilitar seu financiamento e reduzir, assim, o custo financeiro da operação. Fica, então, a sugestão de que os Municípios reflitam melhor sobre a conveniência de adotar a referida taxa, a despeito do custo político envolvido.

CUIDADOS E RESPONSABILIDADES NA PRESTAÇÃO DE CONTAS DE CONVÊNIOS FEDERAIS

*Jamille Lavale de Carvalho Henriques de Moura*¹

*Tiago Rangel Soares Silva*²

RESUMO: O presente artigo trata sobre os cuidados a serem observados pelos gestores municipais na prestação de contas dos convênios federais.

Palavras-chave: Convênio. Portaria Interministerial/MP/MF/CGU 507/2011. Prestação de contas.

1. Introdução

Em razão da escassez de recursos financeiros para investimentos em áreas estruturais da Administração Municipal, diversos Municípios buscam por meio de programas e projetos disponibilizados pelo governo federal cus-

1 Advogada do Departamento Jurídico da Confederação Nacional de Municípios (CNM). Especialista em Direito Público.

2 Advogado do Departamento Jurídico da Confederação Nacional de Municípios (CNM). Especialista em Direito Tributário.

tear ações que visem a estimular o desenvolvimento social e estrutural de sua região. Nesse sentido, os instrumentos de repasses voluntários intergovernamental são, em regra, os mecanismos mais utilizados pelos gestores para viabilizar o desenvolvimento da local.

Em que pese os diversos instrumentos de repasse como os convênios, termo de parceria, contrato de repasse e instrumentos congêneres, o presente artigo visa fornecer aos gestores municipais esclarecimentos quanto a prestação de contas e os cuidados decorrentes dos convênios federais.

2. Convênios

As transferências voluntárias são instrumentos disciplinadores que visam a execução indireta de programas ou ações do governo federal por meio de terceiros interessados, em regime de mútua cooperação. E, como partes integrantes, de um lado a União, representada por um dos seus órgãos, e, de outro, Estados, Distrito Federal, Municípios, bem como Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista, Fundações ou Organização Particular, as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, sempre com interesse recíproco.

O Convênio representa um importante instrumento de descentralização financeira e auxilia as relações entre os convenientes em prol do cidadão, visto que, em sua essência, caberia à Administração Pública Federal, direta e indiretamente, a execução daquele programa de trabalho cuja responsabilidade pela implementação e acompanhamento é transferida a outro Ente ou interessado, sempre na busca dos resultados esperados pela sociedade.

As transferências voluntárias reguladas por meio do Convênio são definidas no art. 25 da Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000, art. 116 da Lei 8.666 de 21 de junho de 1993 e na esfera federal, pelo Decreto 6.170, de 25 de julho de 2007, e Portaria Interministerial/MP/MF/CGU 507, de 24 de novembro de 2011.

A execução de programa de governo mediante transferências voluntárias envolve, necessariamente, a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação.

O representante municipal interessado em celebrar convênio com a União deverá credenciar-se no Portal de Convênios do governo federal – Siconv; realizar o cadastramento da entidade a qual representa (no caso a Prefeitura); verificar quais ajustes se adequam às necessidades do Município e apresentar proposta de trabalho que será submetida ao órgão concedente que dispõe do recurso.

Desde 1º de setembro de 2008, os convênios e contratos de repasse são operacionalizados no Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse (Siconv), disponível por meio do Portal de Convênios, que pode ser acessado no sítio eletrônico: www.convenios.gov.br.

O Portal de Convênios visa atribuir uma maior visibilidade no trato dos recursos públicos e prima pelo exercício do controle social nos recursos voluntários transferidos a Estados, Municípios e entidades privadas sem fins lucrativos. Esse mecanismo é gerenciado pelo Departamento de Gestão Estratégica da Informação (DGEI), da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI) do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

Importante destacar que desde 1º de setembro de 2008 a utilização do Siconv é obrigatória para a celebração e liberação de recursos, acompanhamento da execução e a prestação de contas dos convênios, contratos de repasse e termos de parceria firmados com recursos transferidos voluntariamente pela União.

No entanto, as regras relativas ao Siconv não se aplicam aos convênios celebrados antes desta data, devendo ser observadas as normas em vigor na época da celebração daqueles acordos, entre as quais se destaca a Instrução Normativa 01/1997 da Secretaria do Tesouro Nacional.

3. PRESTAÇÃO DE CONTAS

A Prestação de Contas é obrigatória para qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária, conforme disposto no parágrafo único, do art. 70, da Constituição Federal de 1988 (CF/88). Além de estar disciplinada no artigo 93 do Decreto-Lei 200/1967 e na Lei 10.522/2002 (com a redação dada pela lei. 12.810/2013).

O objetivo da prestação de contas é verificar a regular aplicação dos recursos transferidos, além de comprovar a realização do objetivo pactuado entre as partes, sendo necessário a apresentação de provas documentais. Não basta a afirmação do gestor de que os recursos foram aplicados em prol da comunidade ou que não desviou os valores recebidos.

A apresentação da prestação de contas, que deverá ser encaminhada por meio do Siconv, deverá ser realizada no prazo de até 60 dias contados após o encerramento da vigência ou da conclusão da execução do objeto, o que ocorrer primeiro. O prazo deve ser definido no termo do convênio.

O saldo financeiro não aplicado na execução do convênio, incluídos os rendimentos decorrentes da aplicação financeira, deverá ser devolvido ao órgão ou entidade repassador dos recursos no prazo estabelecido para apresentação da prestação de contas.

A devolução será realizada observando-se a proporcionalidade entre os recursos transferidos e os da contrapartida, independentemente da época em que foram aportados pelas partes e deve se dar por meio da Guia de Recolhimento da União, que pode ser extraída por meio do site: www.tesouro.fazenda.gov.br/siafi/index_GRU.asp.

De acordo com art. 74 da Portaria Interministerial 507, de 24 de novembro de 2011, a prestação de contas será composta de:

a) Relatório de Cumprimento do Objeto;

As ações executadas devem estar de acordo com as programadas no plano de trabalho do convênio e os benefícios alcançados devem ser coerentes com os objetivos do convênio.

É importante ressaltar na elaboração do relatório de cumprimento do objeto dados qualitativos e quantitativos uma vez que o Tribunal de Contas da União – TCU possui jurisprudência no sentido de que o relatório genérico de cumprimento de objeto de convênio, sem detalhamento e sem informações que permitam adequada avaliação, é inapto à comprovação da regular aplicação dos recursos repassados e acarreta julgamento pela irregularidade das contas. (Acórdão 52/2008 – 2ª Câmara, Relator Ministro Aroldo Cedraz)

b) Notas e comprovantes fiscais, quanto aos seguintes aspectos: data do documento, compatibilidade entre o emissor e os pagamentos registrados no Siconv, valor, aposição de dados do convenente, programa e número do convênio;

Os comprovantes de despesa devem estar dentro do prazo de validade para sua emissão; ser original e não conter rasuras; ser emitidos em nome do convenente; estar devidamente identificados com o número do convênio; conter especificação detalhada dos materiais adquiridos e/ou serviços prestados e conter a verificação do recebimento.

c) Relatório de prestação de contas aprovado e registrado no Siconv pelo convenente;

Declaração de realização dos objetivos a que se propunha o instrumento;

O gestor deve declarar expressamente que os objetivos do convênio foram alcançados, quando for o caso. O Tribunal de Contas da União – TCU possui jurisprudência no sentido de que a apresentação de declaração inverídica acerca do cumprimento do objeto do convênio sujeita o gestor a imputação de sanção pelo TCU.

(Acórdão 3.140/2006 – 2ª Câmara, Relator Ministro Benjamin Zymler)

Relação de bens adquiridos, produzidos ou construídos, quando for o caso;

Esta relação deve conter dados sobre os bens adquiridos, produzidos ou construídos, tais como:

- modalidade e número da licitação que originou a contratação, número do processo que originou e fundamento legal da contratação direta, se for o caso;
- número da nota de empenho da despesa;
- número e data de emissão do comprovante fiscal/fatura da contratação;
- especificação do bem adquirido, produzido ou construído;
- quantidade do item especificado;
- valor unitário e total de cada item;
- valor total dos itens adquiridos;
- número e data do documento comprobatório do recebimento definitivo do bem;
- identificação do responsável pelo recebimento do bem;
- especificação clara da unidade, setor ou local em que o objeto do convênio pode ser encontrado;
- declaração de que a especificação e a quantidade dos bens adquiridos estão de acordo com o previsto no plano de trabalho;
- nome e assinatura do responsável pela elaboração do documento.

Relação de treinados ou capacitados, quando for o caso;

Nos convênios que envolvam treinamento, a prestação de contas deve conter relação com dados sobre as pessoas treinadas, tais como:

- tema do treinamento e carga horária,
- período de execução do treinamento;
- quantidade de pessoas treinadas;
- dados pessoais dos treinados (nome, endereço, telefone);
- dados sobre a avaliação do treinamento;
- declaração da compatibilidade do treinamento com o previsto no plano de trabalho;
- nome e assinatura do responsável pela elaboração do documento

Relação dos serviços prestados, quando for o caso;

Nos convênios que envolvam a contratação de serviços, a prestação de contas deve conter relação com dados sobre os serviços contratados, tais como:

- modalidade e número da licitação que originou a contratação, número do processo e fundamento legal da contratação direta, se for o caso;
- número da nota de empenho da despesa;
- número e data de emissão do comprovante fiscal/fatura da contratação;
- especificação do serviço prestado;
- quantidade do item especificado;
- valor unitário e total de cada item;
- valor total dos itens contratados;
- número e data do documento comprobatório do recebimento definitivo do serviço;
- identificação do responsável pelo recebimento dos serviços;
- declaração de que a especificação e a quantidade dos serviços contratados estão de acordo com o previsto no plano de trabalho;
- nome e assinatura do responsável pela elaboração do documento.

Comprovante de recolhimento do saldo de recursos, quando houver; e

Termo de compromisso por meio do qual o conveniente será obrigado a manter os documentos relacionados ao convênio. No termo de compromisso de guarda dos documentos, o gestor deve declarar expressamente que os documentos relacionados ao convênio serão mantidos em arquivo, em boa ordem, à disposição do concedente e dos órgãos de controle interno e externo, pelo prazo de dez anos, contado da data em que foi aprovada a prestação de contas.

Além dos documentos relacionados acima, cujo conteúdo é meramente exemplificativo, importa registrar que os órgãos e entidades concedentes podem exigir a apresentação de outros comprovantes na prestação de contas.

A Lei 12.810, de 15 de maio de 2013, no que tange à matéria, trouxe importantes alterações no sentido de ampliar as hipóteses que permitem os repasses aos Entes Federados, a título de recursos voluntários, mesmo que os Entes estejam com restrição junto ao Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal (Cadin) e Sistema Integrado de Administração Financeira do governo federal (Siafi).

Nesse sentido, a nova redação do art. 26 da lei 10.522/2002 ampliou a sistemática para celebração e liberação de recursos federais, senão vejamos:

Art. 26. Fica suspensa a restrição para transferência de recursos federais a Estados, Distrito Federal e Municípios destinados à execução de ações sociais ou ações em faixa de fronteira, em decorrência de inadimplementos objetos de registro no Cadin e no Sistema Integrado de Administração Financeira do governo federal – SIAFI. (NR)

Uma das principais inovações no que tange aos convênios federais refere-se à materialização das responsabilidades do atual gestor, antes disciplinada pela IN 01/97, expedida pela Secretaria do Tesouro Nacional (STN), que atribui a incumbência por realizar a prestação de contas.

A ideia do legislador consiste em atribuir a unicidade do Ente municipal, independentemente da gestão, ou seja, a atual administração, torna-se responsável por apresentar os documentos indispensáveis da prestação de contas dos convênios firmados entre União e Município em períodos anteriores ao seu respectivo mandato. Vejamos as diretrizes normativas:

Art. 26A. O órgão ou entidade que receber recursos para execução de convênios, contratos de repasse e termos de parcerias na forma estabelecida pela legislação federal estará sujeito a

prestar contas da sua boa e regular aplicação, observando-se o disposto nos §§ 1^aa 10 deste artigo.

§ 1^a Norma específica disporá sobre o prazo para prestação de contas e instauração de tomada de contas especial, se for o caso.

§ 2^a Quando a prestação de contas não for encaminhada no prazo estabelecido, será concedido o prazo máximo de 30 (trinta) dias para sua apresentação, ou recolhimento dos recursos, incluídos os rendimentos da aplicação no mercado financeiro, atualizados monetariamente e acrescidos de juros de mora, na forma da lei.

§ 3^a Para os convênios em que não tenha havido qualquer execução física nem utilização dos recursos, o recolhimento à conta única do Tesouro deverá ocorrer sem a incidência de juros de mora, mas com os rendimentos da aplicação financeira.

§ 4^a Apresentada a prestação de contas, o concedente deverá apreciá-la aprovando ou rejeitando, total ou parcialmente, as contas, de forma motivada.

§ 5^a Na ocorrência de uma das hipóteses de inadimplência previstas nos §§ 1^aa 4^a, ou no caso de as contas prestadas serem rejeitadas total ou parcialmente, o concedente registrará a inadimplência no sistema de gestão do instrumento e comunicará o fato ao órgão de contabilidade analítica a que estiver vinculado, para fins de instauração de tomada de contas especial, ou outro procedimento de apuração no qual sejam garantidos oportunizados o contraditório e a ampla defesa das partes envolvidas.

§ 6^a Confirmada a existência de prejuízo ao erário ou desvio dos recursos na forma do § 5^a, serão implementadas medidas administrativas ou judiciais para recuperação dos valores, sob pena de responsabilização solidária.

§ 7^a Cabe ao prefeito e ao governador sucessores prestarem contas dos recursos provenientes de convênios, contratos de repasse e termos de parcerias firmados pelos seus antecessores.

§ 8^a Na impossibilidade de atender ao disposto no § 7^a, deverão ser apresentadas ao concedente justificativas que demonstrem o impedimento de prestar contas e solicitação de instauração de tomada de contas especial.

§ 9º Adotada a providência prevista no § 8º, o registro de inadimplência do órgão ou entidade será suspenso, no prazo de até 48 (quarenta e oito) horas, pelo concedente.

§ 10. Norma específica disporá sobre o prazo para registro de inadimplência no sistema de gestão do instrumento e a forma de notificação prévia com os referidos prazos.” (grifo nosso)

De igual modo dispõe o art. 72 e parágrafos da Portaria Interministerial/MP/MF/CGU 507/2011.

Assim, nas prestações de contas de convênios, contratos de repasse e termos de parceria, compete ao atual gestor a prestação de contas dos recursos provenientes de convênios, contratos de repasse e termos de parcerias firmadas pelos seus antecessores.

Nesse sentido, dispõe o Tribunal de Contas da União (TCU) na súmula 230, a seguir transcrita:

Compete ao prefeito sucessor apresentar as contas referentes aos recursos federais recebidos por seu antecessor, quando este não o tiver feito ou, na impossibilidade de fazê-lo, adotar as medidas legais visando ao resguardo do patrimônio público com a instauração da competente Tomada de Contas Especial, sob pena de corresponsabilidade.

Ao apresentar a prestação de contas, o órgão concedente deverá apreciá-la, aprovando ou rejeitando, total ou parcialmente, as contas, de forma motivada. Ou seja, por se tratar de ato vinculado, a decisão administrativa do órgão conveniente que rejeitar as contas deverá estar amparada pelas razões de natureza material e técnica.

Caso não seja possível a prestação de contas do antecessor, o gestor deverá apresentar ao órgão concedente as justificativas que demonstrem o respectivo impedimento e solicitar a instauração de tomada de contas especial para fins de atribuir o efeito suspensivo à restrição.

No que se refere à tomada de contas, cabe informar o entendimento de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes a respeito:

Tomada de contas especial é um processo excepcional, de natureza administrativa, que visa apurar responsabilidade por omissão ou irregularidade no dever de prestar contas ou por dano causado ao erário.

É importante esclarecer que, no caso de a documentação referente ao convênio não ter sido deixada na prefeitura, o atual gestor deve implementar medidas tais como: ação judicial para busca e apreensão de documentos, ação de reparação de danos, ação de improbidade administrativa, entre outras, conforme o caso.

Após as justificativas da impossibilidade da prestação de contas do gestor anterior e o pedido de providências, o registro de inadimplência do órgão ou da entidade será suspenso, no prazo de até 48 (quarenta e oito) horas, pelo concedente.

Na ocorrência de inadimplemento ou no caso de as contas prestadas serem rejeitadas, total ou parcialmente, o concedente registrará a inadimplência no sistema de gestão do instrumento e comunicará o fato ao órgão de contabilidade analítica a que estiver vinculado, para fins de instauração de tomada de contas especial.

Se confirmada a existência de prejuízo ao erário ou o desvio dos recursos, serão implementadas medidas administrativas ou judiciais para recuperação dos valores.

4. Penalidades no caso de não prestação de contas

A não prestação de contas de recursos recebidos pelo gestor mediante convênio viola um princípio fundamental da República: constitui ato de im-

probidade administrativa e crime de responsabilidade e faz nascer a presunção de desvio dos recursos. (Acórdão TCU 1.928/2005 – Segunda Câmara, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues)

A Lei 8.429/92, de natureza civil, impõe sanções aplicáveis aos agentes públicos que, por ação ou omissão, violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, lealdade às instituições e notadamente: a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); b) causem prejuízo ao erário (art. 10); c) atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11) compreendida nesse tópico a lesão à moralidade administrativa.

Conforme disposto no art. 11, do referido diploma legal, constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, sobretudo quando deixar de prestar contas, estando o agente obrigado a fazê-lo.

A omissão da prestação de contas viola o disposto no art. 93 do Decreto-Lei 200/1967, *in verbis*:

Art. 93. Quem quer que utilize dinheiros públicos terá de justificar seu bom e regular emprego na conformidade das leis, regulamentos e normas emanadas das autoridades administrativas competentes.

5. Conclusão

É responsabilidade do concedente registrar no Siconv o recebimento da prestação de contas. No entanto, é importante que o gestor guarde cópia do recibo da remessa de sua prestação de contas e acompanhe o trâmite do processo no órgão/entidade repassador. Desta forma, irá se prevenir contra eventuais extravios ou alegações de que a prestação de contas não foi apresentada.

Após o registro no Siconv, a prestação de contas será avaliada no prazo de 90 dias pelo concedente quanto aos aspectos técnico e financeiro. Aprovada a prestação de contas, o concedente deverá efetuar o registro no Siconv e prestar declaração expressa de que os recursos transferidos tiveram boa e regular aplicação.

Caso a prestação de contas não tenha sido encaminhada no prazo convencionado ou tenham sido constatados indícios de irregularidade nos documentos apresentados, o concedente notificará o conveniente para que, no prazo máximo de 30 dias, apresente a prestação de contas devida; corrija as falhas apontadas; ou recolha os recursos repassados, atualizados monetariamente e acrescidos dos juros de mora, na forma da lei.

Se, ao final do prazo, o conveniente não apresentar a prestação de contas nem devolver os recursos, o concedente registrará a inadimplência no Siconv e irá instaurar processo de tomada de contas especial, sem prejuízo da adoção das demais medidas de sua competência.

Para os convênios nos quais não houve qualquer execução física, nem utilização dos recursos, o recolhimento ao Tesouro deverá ocorrer sem a incidência dos juros de mora.

Assim, é necessário que o gestor municipal busque informações sobre os convênios assinados, executados e em execução, e também sobre os assinados e não executados. A falta de prestação de contas ou a prestação insuficiente ou irregular pode caracterizar inadimplência do Município, o que irá deixá-lo irregular no Cauç e o impedir de receber novos recursos da União por meio de convênios e contratos de repasse, bem como poderá resultar na devolução pelo gestor municipal, com seu próprio patrimônio, dos valores impugnados.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. In: *Legislação Complementar*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 25 abr. 2015.

_____. Lei Complementar 101, de 04 de maio de 2.000. In: *Legislação Complementar*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 25 abr. 2015.

_____. Lei 8.666 de 21 de junho de 1.993. In: *Legislação Complementar*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 25 abr. 2015.

_____. Lei 10.522, de 19 de julho de 2.002. In: *Legislação Complementar*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 25 abr. 2015.

_____. Decreto 6.170, de 25 de julho de 2007. In: *Legislação Complementar*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 25 abr. 2015.

_____. Decreto-Lei 200, de 25 de fevereiro de 1967. In: *Legislação Complementar*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 25 abr. 2015.

_____. Decreto-Lei 200, de 25 de fevereiro de 1967. In: *Legislação Complementar*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 25 abr. 2015.

_____. Portaria Interministerial/MP/MF/CGU n. 507, de 24 de novembro de 2011. In: *Legislação Complementar*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 25 abr. 2015.

_____. Tribunal de Contas da União. Convênios e outros repasses. 5. ed. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2675299.PDF>>. Acesso em: 25 abr. 2015.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Tomada de contas especial: processo e procedimento nos tribunais de contas e na administração pública. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 31

IMUNIDADE PARLAMENTAR – O ALCANCE PARA OS VEREADORES

*Camila Cristina Murta*¹

RESUMO: O presente artigo trata sobre a imunidade parlamentar e o seu alcance para os vereadores, sendo tema de interesse para o poder legislativo.

Palavras-chave: Imunidade Parlamentar. Vereadores.

A imunidade parlamentar é uma prerrogativa constitucional concedida aos vereadores e consubstanciada no art. 29, inciso VIII da Constituição Federal e no caput do art. 53 do mesmo diploma legal.

Esta prerrogativa contida na Magna Carta se faz presente a todo político quando expressar a sua manifestação sobre fatos ou acontecimentos políticos durante o exercício do seu mandato.

A grande problemática em nosso entendimento é o alcance desta imunidade parlamentar, uma vez que pairam dúvidas se o vereador no exercício do

1 Advogada, Pós-Graduada em Direito Administrativo Municipal.

seu mandato vem a ser beneficiado por esta prerrogativa concedida pela Magna Carta em seu art. 53, caput, face ser uma disposição confeccionada pelo legislador e aplicada aos deputados e senadores da República Federativa do Brasil.

Vale aqui mencionar a farta jurisprudência do Pretório Excelso sobre o tema aqui levantando e a aplicabilidade do art. 53, caput, estendida de forma inquestionável aos senhores vereadores no exercício do mandato.

Neste entendimento, segue abaixo farta jurisprudência a respeito do tema, atestando desde logo, o nosso pronunciamento acerca da imunidade parlamentar estendida aos senhores vereadores, que devem sempre atuar com liberdade e independência, dentro das suas próprias convicções, no exercício de suas funções.

Acerca do tema, segue a remansa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que passamos a transcrever:

Ementa: Imunidade Parlamentar em sentido material (inviolabilidade) Declarações divulgadas pelo boletim diário da sessão plenária da câmara legislativa e entrevistas jornalísticas publicadas pela imprensa local. Impossibilidade de responsabilização civil de membro do poder legislativo, pressupostos de incidência da garantia constitucional da imunidade parlamentar prática “in officio” e prática “propeterofficium”. Recurso Improvido. AI 401600 – REL Min Celso de Mello.

A garantia constitucional da imunidade parlamentar em sentido material CF art. 53 caput exclui a possibilidade jurídica de responsabilização civil do membro do poder legislativo, por danos eventualmente resultantes de suas manifestações, orais ou pelo desempenho do mandato escritas, desde que motivadas pelo desempenho do mandato (prática “in officio”) ou externadas em razão desta (prática (prática “proterofficium”), qualquer que seja o âmbito espacial (locus) em que seja exercido a liberdade de opinião, ainda que fora do recinto da própria casa do legislativo independentemente dos meios de divulgação utilizados, nestes incluídas as entrevista jornalísticas. (Doutrina Precedentes. Re 226643 Rel. Min. Carlos Velloso)

A EC 35/2001, ao dar nova fórmula ao art. 53, caput, da Constituição da República, explicitou diretriz que, firmada anteriormente pelo STJ (RTJ 177/1375-1376, Rel. Min Sepúlveda Pertence), já reconhecia, em favor do membro do legislativo, a exclusão de sua responsabilidade como decorrência da garantia fundada na imunidade parlamentar material, desde que satisfeitos determinados pressupostos legitimadores da incidência dessa excepcional prerrogativa jurídica.

Essa prerrogativa político-jurídica que protege o parlamentar em tema de responsabilidade civil pressupõe, para que possa ser invocada, que exista nexo de implicação recíproca entre as declarações moralmente ofensivas, de um lado, e a prática inerente ao ofício legislativo, de outro.

A garantia constitucional da imunidade parlamentar impede que os membros do Poder Legislativo sejam responsabilizados civil e penalmente por danos causados por manifestações, orais ou escritas, durante o mandato. Com este entendimento, o decano do Supremo Tribunal Federal, ministro Celso de Mello, negou provimento ao Agravo de Instrumento de um ex-vereador de Presidente Venceslau (SP), que pedia indenização por dano moral a outro ex-parlamentar da cidade.

A inviolabilidade parlamentar alcança, também, o campo da responsabilidade civil” (RE 210.917 RJ Min Sepúlveda Pertence).

As manifestações dos parlamentares, ainda que feitas fora do exercício do mandato, mas em consequência deste, estão abrangidas pela imunidade material, que alcança também, o campo da responsabilidade civil. (RTJ 169/Rel Min Carlos Velloso).

Corroborado de forma objetiva sobre o assunto o professor de Direito Constitucional Michel Temer, que assim se posiciona sobre o assunto:

A inviolabilidade diz respeito à emissão de opiniões, palavras e votos [...] Opiniões e palavras que ditas por qualquer pessoa, podem caracterizar atitude delituosa, mas que assim não se configuram pronunciadas por parlamentar. Sempre, porém, quando tal pronunciamento se der no exercício do mandato, ou seja, o parlamentar diante do Direito, pode agir como cidadão comum ou como titular de mandato. Agindo no primeiro caso não é coberto pela inviolabilidade. A inviolabilidade está ligada à ideia de exercício de mandato. Opiniões, palavras e votos proferidos sem nenhuma relação com o desempenho do mandato representativo não são alcançados pela inviolabilidade.

A tão providencial separação dos poderes proposta por Montesquieu, que preconizava a vivência harmoniosa e independente dos poderes legislativo, executivo e judiciário, fez com que a existência das imunidades parlamentares, abrangendo o sentido mais amplo, venha a se tornar um instituto de vital importância para a garantia da livre expressão de opinião dos membros do poder legislativo.

Sobre o mesmo assunto se pronuncia o ilustre professor Alexandre de Moraes na obra “Constituição do Brasil comentada”:

Para o bom desempenho do mandato será necessário que o parlamentar ostente ampla e absoluta liberdade de convicção, pensamento e ação, afastando-se a possibilidade de ficar vulnerável às pressões dos outros Estados.

Dessa forma, imprescindível a existência das imunidades parlamentares a prática da democracia, significando verdadeira condição de independência do Poder Legislativo em face dos demais Poderes e garantia de liberdade de pensamento, palavra e opinião, sem a qual inexistirá Poder Legislativo independente e autônomo que possa representar, com fidelidade e coragem, os interesses do povo e do país, pois, e é sempre importante ressaltar, essas imunidades não dizem respeito à figura do parlamentar, mas à função por ele exercida, no intuito de resguardá-la da atuação do executivo ou do Judiciário,

consagrando-se como garantia de sua independência perante outros poderes constitucionais.

A aplicação desta imunidade aos Edis é reforçada pelo entendimento do Mestre Hely Lopes Meirelles, que assim já mencionou:

No desempenho do mandato os vereadores auferem, além das prerrogativas regimentais, duas outras de origem constitucional e legal: a inviolabilidade pelas opiniões, palavras e votos emitidos no exercício do mandato e na circunscrição do Município e a prisão especial enquanto não houver decisão condenatória definitiva” (cf. Direito Municipal Brasileiro, 11. ed., Malheiros, 2000, p. 521).

O ilustre doutrinador vai ainda mais além, ao ponderar acerca desta imunidade que:

Protege o parlamentar em todas as manifestações que tenham relação com o exercício do mandato, ainda que produzidas fora da casa legislativa. Presente o necessário nexó entre o exercício do mandato e a manifestação do vereador, há que preponderar a inviolabilidade constitucionalmente assegurada. (op. cit., p. 523).

Nem poderia ser diferente, uma vez que, se assim não fosse, o Edil poderia ter cerceado seu direito de livre expressão, deixando de se manifestar pelo temor de serem responsabilizados civil e criminalmente por suas opiniões.

Não se trata, assim, de impunidade, mas do livre exercício do mandato político, em sua mais ampla expressão democrática.

José Nilo de Castro, invocando precedente do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, confirma que:

Não somente a questão pertinente ao exercício do mandato stricto sensu, mas todas as questões (lato sensu) levadas ao plenário da Câmara Municipal, como acusações a autoridades outras que não as municipais, incentivo (na moda hoje) à prática de atos delituosos e incentivo à invasão de terras, ao não-pagamento de tributos, estão acobertados pelo instituto, protegendo o Vereador, porque se protege a corporação. A inviolabilidade, portanto, repete-se, torna o Vereador irresponsável civil e penalmente por suas manifestações. (cf. Direito Municipal Positivo. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 109)

O Tribunal de Justiça de São Paulo assim decidiu:

Ementa: INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS E À IMAGEM **VEREADOR IMUNIDADE PARLAMENTAR** OFENSAS IRROGADAS A SECRETÁRIO MUNICIPAL DURANTE TRANSMISSÃO RADIOFÔNICA IMPOSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO PELAS PALAVRAS E VOTOS NO EXERCÍCIO DO MANDATO E NA CIRCUNSCRIÇÃO DO MUNICÍPIO APLICAÇÃO DO ART. 29, VIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA IMPROCEDÊNCIA AUSÊNCIA DE ILICITUDE MANIFESTAÇÃO CONEXA AO EXERCÍCIO DO MANDATO SENTENÇA MANTIDA RECURSO DESPROVIDO. (Apelação APL 5271452820108260000 SP 0527145-28.2010.8.26.0000, Relator Theodureto Camargo, 8ª Câmara de Direito Privado – Publicado em 08/6/2011)

A previsão contida no art. 29, VIII, da Constituição Federal destaca a prerrogativa da inviolabilidade dos parlamentares municipais na expressão de suas opiniões, palavras e votos.

Mas, ainda que assim não fosse, a aplicação dos comandos específicos do mencionado art. 53 da Carta Constitucional vigente se sustenta em face do princípio da simetria. O dito princípio encontra supedâneo no princípio federativo e da igualdade constitucional entre os Entes federados e se fun-

damenta na aplicação das mesmas regras e preceitos pertinentes à União aos Estados e Municípios, ressalvadas algumas exceções.

Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior ensinam:

O princípio da simetria, segundo consolidada formulação jurisprudencial, determina que os princípios magnos e os padrões estruturantes do Estado, segundo a disciplina da Constituição Federal, sejam tanto quanto possível objeto de reprodução nos textos das constituições estaduais. (**Curso de** Direito Constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2002).

Esse princípio determina que os demais Entes federados (Estados, Municípios e Distrito Federal), devem organizar-se de forma harmônica ao texto constitucional, reproduzindo, quando mister, os princípios e as diretrizes emanados da Magna Carta, em razão de sua supremacia.

O princípio da simetria é, por certo, um norteador na elaboração das Constituições Estaduais ou Leis Orgânicas. Assim sendo, as mesmas limitações impostas à União devem ser estendidas aos Estados e Municípios.

Eis mais uma razão para se afirmar que as imunidades do art. 53, caput, da Constituição Federal, aplicáveis aos Senadores e Deputados, se estendem aos representantes do legislativo municipal.

Concluimos que resta evidente que a imunidade parlamentar enunciada no caput do art. 53 abrange também, sem a menor sombra de dúvida, a classe legislativa dos vereadores, concedendo-lhes o Pretório Excelso por uma interpretação mais ampla a imunidade parlamentar, a fim de que possam no sagrado exercício do mandato expressar de forma livre e de firme convicção os pensamentos e opiniões dentro do tom e afinado com a democracia moderna.

A PROTEÇÃO À PROPRIEDADE INTELLECTUAL COMO FATOR DE DESENVOLVIMENTO

Elena Pacita Lois Garrido¹

Resumo: O presente trabalho trata da importância da proteção à propriedade intelectual no desenvolvimento do Brasil e de outros países em desenvolvimento, destacando a pouca valorização que por longos anos os inventores e os governos dedicaram à proteção de seus inventos, com o registro das patentes relativas às criações e com as marcas dos produtos e empresas que conquistaram mercados. Avaliam-se o tratamento dado à proteção à propriedade intelectual, os diversos acordos internacionais na área; a força das patentes para o crescimento dos países bem como os entraves para que este seguimento desenvolvimentista se propague fugindo à subserviência de interesses de grupos e de conglomerados globais. Tomou-se por base a obra “Propriedade intelectual e desenvolvimento”, organizada por Welber Barral e Luiz Otávio Pimentel (2007), que reúne artigos de diversos estudiosos da matéria, estabelecendo

¹ Bacharel em Direito pela Universidade de Cruz Alta e Pós-Graduada em Gestão Estratégica Municipal pela UNISC; e-mail: elenapacita.garrido@gmail.com.

uma visão econômica e jurídica do trato com a proteção à propriedade intelectual ao longo do tempo.

Palavras-chave: Propriedade Intelectual. Proteção. Marcas e desenvolvimento.

1. Introdução

Nos países pobres, a inovação entendida como propulsora do desenvolvimento é praticamente inexistente e, por essa razão, o avanço tecnológico é muito lento e incipiente.

O olhar mais atencioso para os avanços tecnológicos e a instituição de políticas de ciência e tecnologia, são recentes nos países em desenvolvimento e nos mais pobres estas preocupações ainda nem sequer chegaram. Até poucas décadas atrás os assuntos relacionados com a ciência e a pesquisa, eram temas de interesse dos poucos países ricos e talvez por esta razão, entre outras, falta aos países mais pobres e em desenvolvimento, uma base científica mínima, para impulsionar as práticas desenvolvimentistas.

Os dez países que ponteiavam o ranking da inovação são autores de aproximadamente 94% de todas as patentes obtidas nos Estados Unidos no ano de 2000. O Brasil há muitas décadas investe em biotecnologia e física, e nos outros segmentos nossa participação é pífia. Colocamo-nos em patamares insignificantes frente a produção mundial no que diz respeito à inovação.

Há um divisor estabelecido para classificar os países quanto ao uso de tecnologias. Reconhecem-se como países geradores de tecnologia aqueles em que a inovação é muito significativa e tudo o que é patenteado encontra mercado para sua comercialização tanto interna quanto externamente. Informa Roriz de Almeida (2009, p. 156) que nesses países vivem cerca de um bilhão de pessoas.

São classificados como países difusores de tecnologia aqueles que absorvem novas tecnologias que foram desenvolvidas pelos geradores, acrescen-

do a elas inovações que as adaptam ao mercado nacional. Nestes vivem aproximadamente três bilhões e meio de pessoas.

Temos ainda os países excluídos de tecnologia e nos quais vivem mais ou menos um bilhão e meio de pessoas e nos quais o uso de novas tecnologias é extremamente baixo e estão limitados àquelas tecnologias distribuídas por todo o planeta.

Nosso país está entre aqueles que figuram na classificação de difusores de tecnologia.

Grande parte das inovações é de origem privada, empresas que investem em pesquisa e criação de bens e produtos novos, com foco no mercado, e isso explica em parte a localização do investimento e da produção inovadora.

Há, no entanto, uma considerável parcela de investimento em ciência e tecnologia que é público, resultando no fornecimento de bens públicos de grande interesse e responsáveis por desenvolvimento e melhoria das condições de vida, como os enormes avanços ocorridos na área meteorológica, química atmosférica, meio ambiente, geologia, controle de endemias; detecção e monitoramento de terremotos; controle da qualidade do ar e da água. Nessas áreas, o maior interessado e usuário final é a população em geral e, em razão disso, o investimento para a manutenção e atualização desses inventos, bem como para a geração de novas descobertas, precisa ser público ou associado à área pública e iniciativas privadas.

A incapacidade de investimento de alguns governos acaba por privar consideráveis contingentes populacionais de usufruir destas inovações significativas para melhorar as condições de vida, o que por sua vez são os maiores limitadores do desenvolvimento mínimo em ciência e tecnologia e da inexistência de inovação e capacidade científica.

A ausência de regramento protetor da propriedade intelectual, embora em países onde a produção seja pequena, origina o não aproveitamento das potencialidades nacionais, a busca de outros países para fazer prosperar a invenção e a conseqüente renúncia a divisas que a criação pode oportunizar,

além de desmotivar a luta por espaço para a inovação dentro do país de origem. Estabelece-se um circuito pouco virtuoso de promoção da educação, da pesquisa, da criação e do desenvolvimento.

A insegurança jurídica também pode ser apontada como fator capaz de inibir o ritmo de crescimento, pois as incertezas afastam investidores que se sintam inseguros no que tange à proteção de seus direitos.

Este trabalho pretende discorrer sobre a importância da proteção à propriedade intelectual no desenvolvimento de uma nação e analisar a forma como o Brasil tem tratado dessa matéria, procurando demonstrar o quão importante ela pode ser para atuar como propulsora do desenvolvimento nacional.

A base de pesquisa das abordagens é a obra “Propriedade intelectual e desenvolvimento”, organizada por Welber Barral e Luiz Otávio Pimentel (2007), que reúne artigos de vários estudiosos do tema, apresentando os diversos segmentos da propriedade intelectual e analisando o arcabouço jurídico existente para assegurar os direitos dos inventores.

2. O tratamento oferecido à propriedade intelectual no brasil

A valorização do conhecimento e da inovação realmente sofreu grande impulso a partir da metade do século XX e, desde então, é perceptível que os países que melhor aproveitaram os avanços tecnológicos são indiscutivelmente os que também apresentam maior crescimento econômico; logo, a certeza de que a inovação é muito importante para o desenvolvimento dos países é matéria reconhecida.

Pesquisa realizada em 1988, o estudo Fagerberg demonstrou que existe uma relação positiva entre PIB (Produto Interno Bruto) per capita e atividade tecnológica, medida tanto pelos gastos em Pesquisa e Desenvolvimento (P&D) quanto pelo número de patentes (SILVA; LOTUFO, 2009, p. 188).

Diz Michele Copetti (2007, p. 203) que:

Hoje a riqueza e o poder de um país se medem não mais por fatores de ordem puramente material, mas pela detenção de conhecimento tecnológico. A sociedade que seria chamada de pós-industrial é hoje a sociedade do conhecimento. A informação ganhou novas dimensões, sejam políticas, sejam econômicas, sem precedentes, tornando-se imprescindível a sua proteção.

O século XX acelerou a valorização do conhecimento e a projeção inquestionável da ciência que se transformou em capital, riqueza e conhecimento, daí a valorização extraordinária da educação como fonte primeira de todo o desenvolvimento.

No Brasil, a ciência tem alcançado relativo crescimento graças a investimentos governamentais que nas últimas décadas priorizaram o uso da tecnologia e a democratização da pesquisa e da informação como fomento ao desenvolvimento tecnológico. Este, por sua vez exige cuidados, responsabilidade e preocupação de parte dos governos e sociedade, visto ser fator primordial de progresso econômico, social e intelectual de qualquer nação.

A definição de propriedade intelectual, objeto dessa preocupação e responsabilidade social no mundo moderno, com maior enfoque na atualidade, nos vem da Convenção da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), que reúne a União de Paris e de Berna e outros tratados e que diz:

Propriedade Intelectual é a soma dos direitos relativos às obras literárias, artísticas e científicas, às interpretações dos artistas intérpretes e às execuções dos artistas executantes, aos programas e às emissões de radiodifusão, às invenções em todos os domínios da atividade humana, às descobertas científicas, aos desenhos e modelos industriais, às marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como às firmas comerciais e denominações comerciais, à proteção contra a concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos

domínios industrial, científico, literário e artístico. (BARBOSA, 2010, p. 10)

No período colonial, não era permitido no Brasil qualquer invenção na área da lavoura ou indústria de produtos ou gêneros que fossem produzidos na metrópole. Um alvará da rainha Dona Maria I, datado de 1785, proibia a existência de fábricas, indústrias e manufaturas na Colônia.

Informam Barral e Pimentel (2007, p.13-14) que a existência de regras jurídicas para proteção da propriedade intelectual não é assunto novo no direito brasileiro e que antes da Independência já vigorava o Alvará de 1808 de D. João VI, que privilegiava com a exclusividade os inventores e introdutores de novas máquinas e invenções que beneficiassem a indústria das artes.

Este Alvará estabelecia, entre outras vantagens, isenção de direitos à importação de matérias primas; à exportação de produtos manufaturados e o direito aos inventores e introdutores de novas máquinas, de explorar com exclusividade suas invenções por 14 anos.

Aspecto interessante do régio alvará determinava que “os interessados deveriam apresentar o seu plano de invenção à Real Junta do Comércio”, que faria a análise e, se o invento fosse reconhecido, seria concedido o privilégio de exploração exclusiva.

A primeira invenção brasileira patenteada foi uma máquina para descascar café, em julho de 1822, de autoria de Luiz Louvain e Simão Clothe.

A primeira lei brasileira a tratar de patentes data de 1830 e visava o fomento à Indústria, pois concedia privilégio ao que descobrir, inventar ou melhorar uma indústria útil e um prêmio ao que introduzir uma indústria estrangeira. A lei também regulava a concessão.

Estabelecia a Lei de 28 de agosto de 1830:

Artigo 1º – A lei assegura ao descobridor, ou inventor de uma indústria útil a propriedade e o uso exclusivo da sua descoberta ou invenção.

Artigo 2º – O que melhorar uma descoberta ou invenção, tem no melhoramento o direito de descobridor ou inventor.

Artigo 3º – Ao introdutor de uma indústria estrangeira se dará um prêmio proporcionado à utilidade e dificuldade da introdução.

Os demais artigos, são 12 no total, estabelecem penalidades a eventuais infrações; formas de disponibilidade do invento; suspensão dos privilégios e outras regras relativas ao uso da propriedade resultante do invento.

Em 1847, uma discussão jurídica em torno de uma marca, com a atuação brilhante do advogado Rui Barbosa, que não ganhou a causa, foi motivadora do surgimento da primeira lei que veio regular o uso das novas marcas de fábrica no Brasil: Decreto 2.682 de 1875.

Tanto o Alvará de D. João VI quanto a legislação produzida a partir de 1822 projetaram o Brasil com destaque no mundo, pois foi um dos primeiros países a regulamentar o direito de propriedade intelectual.

No artigo que trata do Direito de Propriedade Intelectual, Barral e Pimentel (2007, p. 13) afirmam:

É necessário considerar que as normas brasileiras em matéria de propriedade intelectual, ao longo da história, não foram o resultado exclusivo do interesse dos detentores do poder econômico nacional. É possível deduzir isto, porque os privilégios aos inventores e outros benefícios dos direitos industriais só teriam razão de ser a partir de uma política industrial reclamada pelo setor industrial emergente e, depois, na tentativa da sua consolidação.

Nesse caminho de industrialização, o país teve projetos de governo que pretendiam estimulá-la e como tal, temos alguns ciclos que podem ser citados, já que destacados como: a Era Vargas, focada nos interesses da classe

industrial; as metas desenvolvimentistas, 50 anos em 5, de Juscelino Kubitschek (1956 a 1960); e o “milagre econômico” nos governos militares a partir de 1968.

Embora esses ciclos tenham sido especiais em termos de desenvolvimento, a legislação destinada a proteger a propriedade intelectual apenas evoluiu nos períodos 1963 a 1974 e 1995 a 2002 e isso decorreu muito da pressão exercida pelas grandes corporações e dos governos dos países em que elas estão sediadas. Por outro lado, a perspectiva de que essas tecnologias influenciassem positivamente o desenvolvimento local serve de motivação para uma participação efetiva dos nossos governos, na elaboração dos tratados internacionais, o que lhes impôs a obrigação de reproduzir internamente essa legislação.

O Brasil é signatário dos mais importantes tratados internacionais, como as Convenções de Berna, sobre direitos autorais e de Paris sobre propriedade industrial e acordos como o TRIPs.

Nossa legislação disciplina a matéria pelas Leis 9.279/96 que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, tratando da concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade; de registro de desenho industrial; de registros de marca e de repressão à concorrência desleal e às falsas indicações geográficas.

A Lei 9.456 de 25 de abril de 1997, institui a Lei de Proteção de Cultivares, estabelecendo que ela se efetiva através da concessão de Certificado de Proteção do Cultivar, que é considerado bem móvel.

Também através da Lei 9.609 de 19 de fevereiro de 1998, trata-se da proteção da propriedade intelectual de programas de computador e sua comercialização no país.

Contamos ainda, com a Lei 9.610/98 que atualiza e consolida a legislação que trata de direitos autorais no Brasil entendendo sob esta denominação todos os direitos de autor e os que lhe são conexos. A lei conceitua várias criações e termos utilizados sobre a matéria, suprimindo assim eventuais lacunas de entendimento.

Na Constituição da República, no título II, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, art. 5º, temos os incisos XXII e XXIII, que somados aos incisos XXVII, XXVIII e XXIX, formam o corolário de proteção e garantias indispensáveis à propriedade de criação no Brasil.

O Instituto Nacional da Propriedade Industrial (Inpi), criado em 1970, é responsável pelo aperfeiçoamento, disseminação e gestão do sistema brasileiro de concessão e garantia dos direitos de propriedade intelectual. É de sua competência os registros de marcas, desenhos industriais, indicações geográficas, programas de computador e topografias de circuitos. Também são de sua responsabilidade as concessões de patentes e as averbações de contratos de franquia e das diversas modalidades de transferências de tecnologia.

A Fundação Biblioteca Nacional tem como missão a guarda e a difusão da produção intelectual brasileira, e os postos estaduais dos Escritórios de Direitos Autorais, são responsáveis em cada Unidade da Federação pelo registro e averbações das obras artísticas e intelectuais. Os escritórios têm por fim assegurar aos autores o reconhecimento da autoria, dos direitos morais e patrimoniais e delimitam os prazos de proteção para o autor e seus sucessores.

Também é da competência dos Escritórios de Direitos Autorais o depósito legal das obras registradas.

O registro é facultativo nos direitos do autor e obrigatório na propriedade industrial, de cultivares e de topografias de circuitos integrados excetuando-se nesta classificação as indicações geográficas.

Os direitos patrimoniais relativos à propriedade intelectual têm tempo estabelecido de acordo com a espécie de bem e gozam de exclusividade de uso no território do país onde foram protegidos. Além disso, o titular de um direito pode negociar a propriedade, transmitindo ou autorizando a exploração por terceiros.

O registro gera benefícios como possibilitar a observação e a evolução do conhecimento aplicado à indústria, no que é pertinente às novas tecno-

logias; a avaliação e análise permanente dos fluxos industriais e comerciais; a origem das inovações e outros (BARRAL; PIMENTEL, 2007, p. 19-20).

Expressam os autores citados acima:

O uso do vocábulo “autor”, “inventor” e “obtentor” designa o produtor de alguma coisa, ou o criador de uma obra artística, literária, científica ou tecnológica; é como este sentido que se lhes reservam os direitos de propriedade (usar, gozar e dispor) da obra por si criada, inventada ou obtentada – quer dizer que é um direito originário da criação. (BARRAL; PIMENTEL, 2007, p. 19-20).

A propriedade pode ser explorada por seu autor ou pode ser objeto de cessão, o que significa a transferência dos direitos totais ou parciais mediante cláusula de gratuidade ou de onerosidade. Pode também ser objeto de licenciamento, que é uma autorização de uso ou gozo, limitada ou exclusiva, mediante pagamento ou não.

Esse arcabouço que mantemos com o intuito de proteger a criação e a propriedade intelectual no Brasil merece de parte dos estudiosos do tema uma análise crítica que aponta para o entendimento de que esta estrutura normativa precisa ser revista pois da forma como está organizada, muito pouco contribui com o desenvolvimento do país e na avaliação de Barral e Pimentel (2007, p. 30):

A busca pelo desenvolvimento, que passa pela existência de um conjunto normativo claro e bem estruturado, requer um código ou estatuto da propriedade intelectual, iniciando com os princípios e regras comuns e logo particulares de cada espécie.

A falta de especificidade e direcionamento adequado da norma às situações e aos tipos de conflitos e de espécies de inovações, bem como a inexistência de normativos adequados nas esferas comercial e de concorrência, trabalhista, civil e criminal, produz uma insegurança jurídica extremamente pre-

judicial e desmotivadora das providências de registro e demais obrigações relativas à preservação da propriedade intelectual.

Por sua vez, a atuação do Poder Judiciário nessa área é preponderante, pois as decisões, seu retardamento ou sua instabilidade produzem impacto efetivo sobre a gestão da economia e a atuação de empresas e investidores no país, afetando com isso o crescimento.

No Brasil, a morosidade do Poder Judiciário pode ser apontada como um problema que favorece os devedores em detrimento dos credores, tornando-se um poder financiador da mora de maus pagadores, por força da demora das decisões.

Informa Roriz de Almeida (2009, p. 170) que segundo cálculo da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB e do Instituto de Pesquisa Aplicada – Ipea

[...] a economia brasileira perde cerca de US\$ 10 bilhões por ano com a morosidade da Justiça; [...] Apenas as dez maiores causas em tramitação no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, somaram R\$ 250 bilhões.

3. Registro de marcas: uma marca de desenvolvimento

As marcas no Brasil, com raríssimas exceções, não têm o significado e a importância econômica que muitas marcas, no mundo, conseguem conquistar. No entanto, há empresas que enfrentaram extremas dificuldades, chegando ao estado falimentar e que, graças às suas marcas famosas e respeitadas, conseguiram reerguer-se e voltaram a atuar no mercado com força, embora não tão potentes economicamente como antes. São casos a serem citados como exemplos a Hering, a Ortopé e a Estrela. No entanto, na tradição brasileira esses fenômenos são raros, pois somos um país que exporta produtos, e não produtos com marcas.

A falta de tradição faz com que nossas exportações correspondam a simples embarque de mercadorias, visto que nossos produtos não levam marcas brasileiras.

Essas proteções em termos internacionais estão inseridas nos tratados, sendo o mais importante e abrangente o Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights – ADPIC/TRIPs – anexo do Tratado de Constituição da Organização Mundial de Comércio (OMC), e que além de estabelecer padrões mínimos de proteção jurídica a bens intangíveis, sujeita os países que não observarem as regras estabelecidas a sanções comerciais.

A legislação brasileira assegura o respeito ao TRIPs (Trade Related Intellectual Property Rights) através do Decreto 1.355 de dezembro de 1994, e a legislação que regulamenta os procedimentos sobre marcas é a Lei 9.279 de 1996. Por ela, marca

[...] é todo sinal distintivo, visualmente perceptível, que identifica e distingue produtos e serviços de outros análogos, de procedência diversa, bem como certifica a conformidade dos mesmos com determinadas normas ou especificações técnicas”. (COPETTI, 2007, p. 205).

Dados estatísticos comprovam que os empresários brasileiros não entendem como relevante a proteção das marcas de seus produtos, pois apenas 15% das empresas registradas na Junta Comercial requerem o registro das marcas junto ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial (Inpi).

A Constituição de 1988 tratou as marcas como parte do direito de propriedade estabelecendo que deveria ser editada lei para assegurar a utilização temporária das criações, por parte dos inventores, logo, de acordo com o art. 124 da Lei 9.279 de 14 de maio de 1996, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial – LPI, todos os sinais distintivos e visualmente perceptíveis de uma criação são passíveis de registro, e a propriedade somente se adquire por este procedimento.

São dois os princípios a distinguir este direito específico de proteção: o da especialidade que assegura ao titular o uso exclusivo na função específica da criação. Excepciona apenas as marcas que adquiriram renome de forma a que este transcende ao objeto específico da criação. O outro é o princípio da territorialidade, que estabelece estar a propriedade vinculada ao registro expedido de acordo com as regras legais. Essa proteção não ultrapassa os limites do território, circunscrevendo a limitação da exclusividade do uso da marca (COPETTI, 2007, p. 206-207).

As marcas são divididas em espécies conforme sua finalidade, recebendo as classificações de: marcas de produto ou serviço, usadas para distinguir produto ou serviço de outro semelhante, idêntico ou afim; marcas coletivas, usadas para identificar produtos ou serviços que advêm de uma coletividade e as marcas de certificação, utilizadas para atestar que um produto ou serviço está de acordo com as normas ou especificações técnicas ditadas para sua produção ou feitura.

Nossa legislação descreve também o que não é considerado como parte registrável de uma marca, no art. 124 da LPI, assim dispendo:

[...] sinal de caráter genérico, necessário, comum, vulgar ou simplesmente descritivo, quando tiver relação com o produto ou serviço a distinguir, ou aquele empregado comumente para designar uma característica do produto ou serviço. (COPETTI, 2007, p. 210)

A preocupação em proteger as criações e suas marcas objetiva principalmente o estímulo a novas criações, já que asseguram ao titular a exclusividade no uso do bem, de forma a garantir-lhe o ressarcimento do investimento feito.

Há situações em que a proteção à propriedade industrial pode ser somada à proteção ao direito autoral, obedecendo as regras de proteção à propriedade intelectual. Por essa razão, há o risco de conflitos que são impeditivos para o registro e que Michele Copetti (2007, p. 212) anota: “marca versus

domínio; marca versus nome empresarial; marca versus marca; e domínio versus nome empresarial”.

O nome de domínio é o que identifica e localiza conjunto de computadores na internet; e no Brasil, o órgão responsável por sua gestão é o Comitê Gestor da Internet no Brasil. Como o registro pode ser feito pela Internet e o Inpi não assegura o registro de marcas nesse espaço eletrônico, estamos enfrentando uma situação de insegurança nos registros, pois este é concedido ao primeiro solicitante que atender às exigências, o que não ocorre nas práticas do Inpi, que é bem mais minucioso e cuidadoso para assegurar o registro de uma marca.

A marca é o sinal distintivo do produto ou produtos que a empresa disponibiliza, logo, uma única empresa pode ter várias marcas.

Os registros precisam ser realizados nas Juntas Comerciais dos respectivos Estados-sede e no Instituto Nacional da Propriedade Industrial – Inpi e ainda é recomendável registrar a marca internacionalmente visto que o registro no Inpi assegura a proteção somente no território nacional.

As marcas brasileiras ou princípios ativos de descobertas nossas estão sendo registradas por empresas estrangeiras em seus países, principalmente porque nossos inventores não têm por tradição realizar o registro de seus inventos. Também está se tornando comum a apropriação indevida de nossa biotecnologia, aliás, riquíssima, e das nossas tradições e conhecimentos genéticos (COPETTI, 2007, p. 218).

Nosso país é certamente um dos mais atingidos pela biopirataria, que movimenta algo em torno de sessenta bilhões de dólares em todo o mundo e que, por essa razão, cobra da OMC regras mínimas que possibilitem práticas idênticas às consagradas no TRIPs através da Convenção de Diversidade Biológica.

A biopirataria é, segundo Copetti (2007, p. 220):

[...] ato de aceder ou transferir recurso genético (animal ou vegetal) e/ou conhecimento tradicional associado à biodiversidade, sem a expressa autorização do Estado de onde fora extraído

o recurso ou da comunidade tradicional que desenvolveu e manteve determinado conhecimento ao longo dos tempos (prática esta que infringe as disposições vinculantes da Convenção da Organização das Nações Unidas sobre Diversidade Biológica). A biopirataria envolve ainda a não-repartição justa e equitativa – entre Estados, corporações e comunidades tradicionais – dos recursos advindos da exploração comercial ou não dos recursos e conhecimentos transferidos.

Vários são os exemplos de biopirataria de produtos e tradições brasileiras registradas como marcas de propriedade de empresas no exterior; e o Brasil têm atuado diplomaticamente no sentido de coibir estes abusos, mas o uso dos nomes genéricos registrados como marcas, embora com proteção prevista pelo TRIPS e pela Convenção de Paris, continua sendo usurpado por empresas estrangeiras que os registraram como marcas suas em seus países.

Teremos ainda muitos anos de lutas e desgastes para reaver ou defender nossas marcas e patentes, mas o Brasil, com o intuito de evitar que registros continuem a ser concedidos indevidamente no exterior, listou aproximadamente 3 mil nomes associados à biodiversidade brasileira para distribuí-la em todo o mundo junto aos órgãos responsáveis por registros.

As salvaguardas ao direito da propriedade intelectual são instrumentos de desenvolvimento tanto econômico como social, político e cultural, protegendo e favorecendo a criação dos nossos inventores, protegendo nossos conhecimentos tradicionais, preservados e repassados de geração a geração e atuando como mecanismo de controle de entrada e saída de divisas.

O empresariado nacional não foi ainda despertado para o grande valor que podem ter suas marcas se bem protegidas e projetadas internacionalmente, agregando força aos negócios das empresas. Há por parte dos empresários brasileiros grande desconhecimento sobre a adoção de medidas protetivas das marcas de seus produtos ou serviços. Pesquisa realizada pela Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (Fiesp), demonstra que 80% das empresas

pesquisadas nunca registraram suas marcas no exterior; embora o fato de que, destas, 61% tenham enfrentado problemas com pirataria nos países do Mercosul.

Uma vez que estão mais amplos os espaços de comércio no exterior por força da globalização, torna-se cada vez maior a importância em se registrar as marcas no país e internacionalmente, pois elas são também fonte de riqueza e fator de desenvolvimento.

4. A biotecnologia, suas patentes e as implicações no desenvolvimento

Segundo ensina Salette Oro Boff no artigo “Patentes na biotecnologia e desenvolvimento”, publicado na obra “Propriedade Intelectual e desenvolvimento” (2007, p. 253-279), a capacidade criativa do homem associa-se ao desenvolvimento dos povos, e desde a antiguidade esta realidade se ratifica, e os Estados organizados preocuparam-se com regramentos e práticas capazes de proteger a capacidade inventiva.

Na forma de patentes, títulos que asseguram a propriedade da invenção, os Estados não só protegem as invenções como também estimulam novas criações, assegurando aos inventores o ressarcimento dos custos e a possibilidade de lucro ao manter a propriedade por um espaço de tempo sob seu domínio.

Cientificamente as vantagens vão além dos aspectos comerciais, visto que incentivam novos inventos e asseguram, com a divulgação, a ampliação de pesquisas sobre a novidade.

A propriedade industrial foi entendida inicialmente como direito pessoal do criador, porém, hoje, é reconhecida de forma diferenciada, como um novo direito de natureza especial e desenvolvido exclusivamente para a proteção de novas e originais ideias, distinguindo-se dos direitos reais e pessoais.

As patentes caracterizam-se pela condição temporal da exclusividade que é assegurada pelo Estado, condicionando que em troca ocorra a divulgação que possibilite à sociedade o livre acesso ao conhecimento do seu ob-

jeto. A garantia da exclusividade decorre de requisitos a serem atendidos no registro, que deve ser feito em órgão oficial, com a finalidade de distinguir um invento de outro.

A utilização por terceiros assegura o pagamento de royalties, mas a exclusividade do inventor se sujeita ao interesse público, que em condições especiais poderá utilizar-se do invento através das chamadas licenças compulsórias, embora o atendimento à necessidade pública não interrompa a garantia do direito do inventor. Em países desenvolvidos, essas licenças são concedidas com ressalvas, de forma a proteger todos os interesses do inventor, prevendo inclusive indenizações pelo uso.

Os inventos geram indiscutivelmente novas oportunidades de negócios e a sua proteção assegura divisas aos criadores e aos Estados.

No Brasil, a proteção às criações data do período colonial, com a vinda da corte portuguesa, impulsionada posteriormente com a proclamação da independência, que trouxe a garantia da proteção na Constituição do Império, ratificada posteriormente por todas as Constituições Republicanas. Em 1967 foi incluído também o direito marcário e o nome comercial nos objetos de proteção.

A Constituição de 1988 coloca a proteção à propriedade industrial entre os direitos e garantias fundamentais e também impõe a obrigação do exercício de função social pela propriedade, expandindo outros valores além do simplismo comercial. A Lei 9.279 de 14 de maio de 1996 é que regula os direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.

Além de proporcionar o desenvolvimento, a proteção às patentes também produz divisas, incrementa a troca de conhecimento e evita o dispêndio de esforços ao diminuir os riscos de duplicidade de pesquisas e criações.

Diz Boff (2007, p. 257):

Pode-se acrescentar à função da patente, a proteção do interesse público, ao possibilitar a rápida comercialização dos inventos, além de incrementar a troca de informações, o que evita dis-

pêndio de esforços com a duplicação de investigação sobre a mesma matéria.

A adoção de regras rígidas de proteção não é pacífica entre os Estados, pois os países em desenvolvimento nem sempre oferecem as condições necessárias para a realização dos projetos, e as legislações restritivas podem impedir que os mesmos se realizem em outros Estados, impossibilitando dessa forma o avanço tecnológico ou impedindo a sociedade nacional de usufruir dos resultados da invenção. É urgente e necessário encontrar-se o equilíbrio.

Sob a influência dos Estados Unidos, União Europeia e Japão, sob os auspícios do General Agreement on Tariffs and Trade – GATT (Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio), surge o TRIPs para proteger os direitos de propriedade intelectual, mas vinculando-o ao comércio internacional, que dará efetividade aos compromissos firmados no acordo pois o descumprimento significa sanções, na esfera do comércio internacional, aos infratores.

O TRIPs conseguiu reduzir as distorções e os entraves, estabelecendo parâmetros mínimos de proteção, proibindo a comercialização de falsificações, regulamentando as matérias relativas a patentes, estabelecendo os direitos dos inventores, regulamentando a pirataria e outras regras gerais sobre registro.

Pelo TRIPs não são patenteáveis métodos de diagnósticos para tratamento ou cirurgias em humanos ou animais, plantas e animais e processos biológicos para a obtenção de plantas ou animais. Excetuam-se os micro-organismos. Estabelece ainda que as matérias relativas à biotecnologia e variedades vegetais seriam revistas após quatro anos de vigência do acordo.

Os Estados Unidos protegem de forma ampla seus inventores e suas patentes, sendo competência do Congresso Nacional a promoção do progresso da ciência e da arte, bem como a proteção aos inventores. Os princípios básicos para a obtenção de patentes nos Estados Unidos são a novidade, a utilidade e a não obviedade. É o país que mais se destaca na proteção de inventos e patentes.

A partir dos anos 1980 foi muito expressivo o crescimento de pedidos de patentes, explicável por mudanças institucionais e legais que estimularam a promoção de pequenas empresas, a simplificação de procedimentos, a redução de taxas e o acesso direto aos inventores para efetivar seus pedidos de patentes.

Havia uma retração na concessão de patentes relacionadas com micro-organismos ou organismos vivos sob o argumento de que careciam de “novidade”, o que era requisito essencial para o reconhecimento como invenção. Uma decisão da Suprema Corte, em 1980, determinando que micro-organismos manipulados pela mão do homem pudessem ser considerados como produto protegido, passou a possibilitar o reconhecimento de proteção a outras formas de vida, permitindo patentear o primeiro animal geneticamente modificado, usado como cobaia para detectar o câncer de mama.

Em 5 de outubro de 1973 a Comunidade Europeia criou a Convenção da Patente Europeia, cuja legislação sofreu alterações em 1978 e que exclui da proteção: as descobertas, as teorias científicas, os métodos matemáticos, as criações estéticas, os planos, princípios e métodos no exercício de atividades intelectuais em matéria de jogo ou no domínio das atividades econômicas, os programas de computadores e as apresentações de informações. Também não são protegidos os métodos de tratamento cirúrgico ou terapêutico ou de diagnósticos do corpo humano ou animal, excetuando as substâncias ou composições a serem utilizadas nesses métodos.

A Comunidade Europeia buscava desde 1980 a harmonização legal da proteção às invenções biotecnológicas, para incentivar e preservar os investimentos nessa área, enfrentando dificuldades como a proteção uniforme do material biológico, inexistência de regulamentação ética, falta de clareza sobre o patenteamento de material com genes humanos isolados. Aprovou em 1998 a Diretiva 98/44 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, que equipara o nível de proteção observado nos Estados Unidos e tem como principais pontos a harmonização das leis referentes à proteção da biotecnologia e

suas práticas nos diferentes países membros da comunidade e a introdução da dimensão ética na lei de patentes.

A Diretiva está de acordo com o TRIPs e a Convenção sobre Diversidade Biológica, estabelecendo a obrigação de “proteger as investigações biotecnológicas” e, no art. 3º, relaciona os materiais considerados patenteáveis como invenções novas que impliquem atividade inventiva e sejam suscetíveis de aplicação industrial mesmo que incidam sobre produto composto por ou que contenha matéria biológica. Prevê ainda a possibilidade de proteção de seres vivos no caso de invenção que exista na natureza, material biológico isolado do seu ambiente natural ou produzido por processo técnico. Para salvaguarda dos direitos humanos, estabelece a obrigatoriedade de avaliações periódicas. Considerando as condições éticas, exclui da proteção os processos de clonagem de seres humanos; os processos que modifiquem a linhagem de identidade genética do ser humano para fins industriais ou comerciais; os que modifiquem a identidade genética de animais ocasionando sofrimento aos mesmos e sem utilidade médica e ainda animais obtidos por esse processo.

A legislação brasileira foi adequada a estes regramentos internacionais com a Lei 9.279 de 14 de maio de 1996, que protege as pessoas físicas e jurídicas nacionais ou domiciliadas no Brasil, assegurando assim o princípio do tratamento nacional.

Não é admitido o registro de patente de organismos geneticamente modificados “que não sejam micro-organismos transgênicos, por exemplo, linhagens de células animais e vegetais geneticamente modificadas”.

Orienta Boff (2007, p. 267) sobre as controvérsias estabelecidas com o trato desta matéria:

Há muita polêmica sobre a questão da patenteabilidade de seres vivos, uma vez que está extrapolada os direitos individuais do inventor, envolvendo aspectos éticos e morais e, por outro lado, questões de ordem científica e econômica, não menos complexas para o Direito.

No art. 18 da LPI está expressa a vedação a toda a invenção que contrarie a moral, os bons costumes, a segurança, a ordem e a saúde públicas, como também as matérias relativas à transformação do núcleo atômico e o todo ou parte de seres vivos, excetuando-se os micro-organismos transgênicos que não sejam meras descobertas.

A LPI veda ainda o patenteamento de novas formas derivadas de raça animal “através de caracteres genéticos novos”, como também a invenção que tenha como objeto o todo ou parte de seres vivos. Veda ainda o registro de patentes sobre micro-organismos tais como se encontram na natureza (descoberta), possibilitando, no entanto, a concessão de patentes aos processos microbiológicos e aos produtos obtidos através deles.

Por outro lado, a Constituição de 1988 impôs limites à manipulação do patrimônio genético. Veda a clonagem, trata da pesquisa genética no art. 225 e destaca a necessidade de “preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético” e de “fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e a manipulação do material genético”.

Sobre a proteção da biodiversidade, o Brasil firmou em 1992, no Rio de Janeiro, a Convenção sobre a Diversidade Biológica (CDB). Editou a Lei de Cultivares (9.456/1997) e a Lei da Biossegurança (11.105/2005), que estabelece regramento específico para o uso de técnicas de engenharia genética que, segundo a crítica, apresenta algumas deficiências, a começar pelas definições.

Nossa legislação Pátria concede proteção para micro-organismos geneticamente modificados e para cultivares de plantas, excluindo as sequências de DNA (representação da estrutura primária de uma molécula ou cadeia de DNA) de qualquer espécie de ser vivo.

Ensina Boff (2007, p. 269) que:

Ao referir-se aos organismos geneticamente modificados, a norma os define como “aqueles resultantes de técnicas que

impliquem a introdução direta, num organismo, de material hereditário, desde que não envolvam a utilização de moléculas de ADN/ARN recombinante ou OGM, tais como fecundação in vitro, conjugação, transdução, transformação, indução poliplóide e qualquer outro processo natural. No tocante à utilização de células-tronco embrionárias, a lei passa a permitir a sua utilização para fins de pesquisa e terapia desde que essas células sejam obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento e, ainda, sejam inviáveis ou congelados há mais de três anos.

Há de parte dos Estados e da comunidade científica uma séria preocupação com o desenvolvimento da biotecnologia, em decorrência do que através dela pode ser produzido; e é uma área em que persistem dificuldades na aplicação da legislação patentária. Por outro lado, as legislações dos Estados contemplam requisitos comuns que estabelecem freios à proliferação desordenada, como a necessidade de o resultado representar uma inovação e ter aplicação industrial. A utilidade associa-se ao sucesso comercial. É indispensável a atividade inventiva, a repetibilidade e a descrição do microrganismo.

Há países que exigem dos requerentes o depósito em instituição que assegure a manutenção do micro-organismo, exigência também seguida por boa parte dos países europeus.

5. A positiva significação do regime jurídico da OMC para o desenvolvimento

São inúmeras e contundentes as críticas aos TRIPs, partindo principalmente do entendimento de que ele foi uma imposição aos países em desenvolvimento para assegurar a proteção da propriedade à enorme gama de inovações dos Estados Unidos. Considerando a moderação com que se expressou a Comissão Britânica de Direitos de Propriedade Intelectual (CIPR), tem-se que os países em desenvolvimento aderiram aos TRIPs não pelo fato de a proteção

à propriedade intelectual ser para eles prioridade, mas porque houve o entendimento de que o que lhes era oferecido os favorecia, visto que incluía a redução do protecionismo comercial nos países desenvolvidos (STRAUS, 2009, p. 127).

O Prêmio Nobel em Ciências Econômicas Joseph Stiglitz, em entrevista concedida à revista “Gerenciando a propriedade intelectual”, citado por Straus (2009, p. 128), afirmou que: “É preciso estabelecer mecanismos institucionais de modo que possamos olhar para trás e reconhecer a necessidade dos países em desenvolvimento, por exemplo, de ter alguma transferência de tecnologia.”

Na Declaração de Genebra sobre o Futuro da Organização Mundial da Propriedade Intelectual, em outubro de 2004, o Prêmio Nobel, juntamente com outros estudiosos do tema, assinou que: “A OMPI abraçou a cultura de criar e expandir privilégios monopolistas, não raro sem considerar as consequências” (STRAUS, 2009, p. 128).

Afirma também que: “A OMPI por anos reagiu predominantemente aos interesses mesquinhos de editoras, indústrias farmacêuticas, agricultores e outros interesses comerciais” (STRAUS, 2009, p. 128).

Indica ainda que deve agora preocupar-se com: “O trato das necessidades fundamentais da proteção ao consumidor e aos direitos humanos. Os interesses dos pobres, doentes, deficientes visuais e outros, há tanto negligenciados, devem ter prioridade.” (STRAUS, 2009, p. 128).

Merece destaque também a recomendação encaminhada à OMPI pelo Brasil e pela Argentina através da “Agenda para o Desenvolvimento”, de que “o papel da OMPI não se limite exclusivamente a promover a proteção da propriedade intelectual” (DOCUMENTO OMPI/WO/GA/31/11, III citado por STRAUS, 2009, p. 129).

A recomendação sugere também que os atuais acordos devam incluir disposições sobre transferência de tecnologia; freios à concorrência e assegurar a priorização do interesse público. Ainda expressam os signatários, sua posição contrária a que os acordos façam referência a aspectos comerciais da propriedade intelectual.

As metas que o sistema jurídico da OMC estabeleceu e pelas quais os países em desenvolvimento acataram o TRIPs como integrante, segundo a avaliação de Straus (2009, p. 130):

[...] representa a liberalização do comércio internacional e a distribuição igualitária dos seus benefícios pelos países desenvolvidos e em desenvolvimento. Isto requer fundamentalmente que os mercados dos países desenvolvidos e em desenvolvimento estejam abertos igualmente um ao outro.

Mesmo que os Estados integrantes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento – OECD ainda não cumpram plenamente as exigências da OMC, no setor agrícola, a colheita dos países em desenvolvimento tem sido bastante positiva. Há um crescimento acelerado das economias destes países, apresentando as taxas mais elevadas dos últimos 30 anos.

Esta é uma realidade nas economias dos países que mantêm um crescimento médio de 6% ao ano, como China, Índia, Brasil e Rússia, embora nos últimos 4 anos o crescimento do Brasil tenha ficado bastante aquém dessas taxas.

Chama especial atenção o crescimento da China, que se apresenta surpreendente e ocorre por força de uma série de fatores, mas indiscutivelmente também porque as empresas estrangeiras, como Siemens, Philips, Nokia, General Electric, Motorola e outras tantas, não teriam aportado na China se os produtos lá fabricados não tivessem livre acesso aos mercados globais, o que se tornou possível graças ao novo regime jurídico da OMC.

As duas grandes economias, China e Índia, mostram na área de proteção à propriedade intelectual pontos comuns. A Índia, por exemplo, somente a partir dos anos 1990 liberalizou sua economia e iniciou um processo de privatização, realizando concomitantemente a adaptação da legislação patenária do país às regras do TRIPs. Hoje conta com uma estrutura científica, tecnológica e industrial, invejável, apresentando baixos custos de produção e angariando um aumento em torno de 65% de investimentos estrangeiros no país.

Atualmente a Índia é um grande centro de investimentos da indústria farmacêutica, de informática, de tecidos e vestuário principalmente. O crescimento da indústria de informática na Índia é o maior já registrado em todo o mundo.

Os níveis de globalização alcançados tornaram as regras do Acordo Geral de Tarifas e Comércio – GATT e do TRIPs praticamente unificadas e os dados levantados por diversos organismos mostram que as vantagens foram maiores para os países em desenvolvimento.

Em decorrência desses fatores, começa uma reação dos países industrializados, que perderam postos de trabalho e divisas por conta do deslocamento da produção para os países em desenvolvimento, no sentido de se voltarem para o protecionismo e o isolacionismo.

Tem-se, portanto, que o funcionamento adequado da proteção internacional dos direitos de propriedade intelectual, em escala mundial, está sujeito ao cumprimento das normas inscritas nos acordos, por parte dos países membros da OMC.

6. Conclusão

A proteção à propriedade intelectual é certamente um marco indissociável do desenvolvimento dos países que por longos períodos ficaram relegados do conhecimento e dos inventos produzidos nos grandes centros de pesquisa e de ampliação das fronteiras do desenvolvimento, por tradição, detentores do conhecimento, da produção e da riqueza.

A maioria dos Estados já oferece certo grau de proteção aos direitos de propriedade intelectual em suas legislações; e, no Brasil, consideráveis são os avanços, embora ainda existam dificuldades, em sua maioria burocráticas, que entravam o aumento das práticas de proteção.

Uma nova ordem política e econômica, advinda dos sucessivos acordos internacionais que responsabilizaram os países pela implementação das regras firmadas, passou o controle para a OMC, instituição independente do

sistema ONU e que operou um novo status no âmbito das políticas internacionais de comércio.

Esses fatores vêm impondo aos críticos desta nova ordem normativa a obrigação de reconhecer que a proteção à propriedade intelectual e a especial atenção aos direitos do autor e à proteção de patentes deixou de ser um conjunto de regras voltados para atender aos interesses dos mais ricos. Os indicativos de que o sistema tende a ser melhorado, incluindo também a proteção a outros bens, é uma realidade que se configura para superar alguns desequilíbrios que ainda persistem; no entanto, os avanços e o crescimento que esta regulação tem alcançado aos países pobres e em desenvolvimento é um fato concreto e por isso inegável.

BIBLIOGRAFIA

ABAPI. Patentes e marcas no mundo e no Brasil. Disponível em: <www.abapi.org.br/abapi2014/livros/abapi50anos2>. Acesso em: 10 nov. 2014.

ALMEIDA, Liliane do Espírito Santo Roriz de. Desenvolvimento, propriedade industrial e judiciário: importância da propriedade intelectual para países em desenvolvimento. In: GORINI, Attilio José Ventura et al. (Org.). Propriedade intelectual: plataforma para o desenvolvimento. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BARBOSA, Denis Borges. Direito da inovação. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

_____. Uma introdução à propriedade intelectual. Lumen Júris, 2010. Disponível em: <<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (Org.). Propriedade intelectual e desenvolvimento. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

BRASIL. Lei 9279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm>. Acesso em: 10 nov. 2014.

COPETTI, Michele. Registro de marcas: propulsor para o desenvolvimento? In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (Org.). Propriedade intelectual e desenvolvimento. Florianópolis: Boiteux, 2007.

COSTA, Marli Marlene Moraes da; LEAL, Mônia Clarissa Hennig (Org.). Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013. t. 13.

INSTITUTO DANNEMANN SIEMSEN. Propriedade intelectual: plataforma para o desenvolvimento. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PRONER, Carol. Propriedade intelectual e direitos humanos: sistema internacional de patentes e direito ao desenvolvimento. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2007.

SILVA, Rodrigo Guerra M. e; LOTUFO, Eduardo Machado e Roberto A. Propriedade intelectual e inovação no Brasil: o papel das universidades e a experiência da Unicamp. In: GORINI, Attilio José Ventura et al. (Org.). Propriedade intelectual: plataforma para o desenvolvimento. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

STRAUS, Joseph. O impacto da nova ordem mundial no desenvolvimento econômico: o papel do regime dos direitos de propriedade intelectual. In: GORINI, Attilio José Ventura et al. (Org.). Propriedade intelectual: plataforma para o desenvolvimento. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VARELLA, Marcelo Dias (Org.). Propriedade intelectual e desenvolvimento. São Paulo: Lex, 2005.

A INTERMUNICIPALIDADE E AS REGIÕES METROPOLITANAS NO DIREITO BRASILEIRO

Marcela de Oliveira Santos¹

Wladimir António Ribeiro²

Resumo: As regiões metropolitanas no Brasil não têm um regime jurídico constitucional bem delineado. Cada arranjo instituído na prática tem sido uma experiência peculiar e, infelizmente, na maioria delas, o Estado tem preponderado sobre os Municípios, ignorando o espaço da intermunicipalidade. Diante desse cenário, o presente artigo pretende apresentar, de forma breve, os contornos do conceito de intermunicipalidade relacionado ao regime jurídico das regiões metropolitanas no direito brasileiro. Para tanto, retomará a evolução do federalismo, explicando a passagem do federalismo dual ao federa-

1 Graduada em Direito pela Universidade Federal de Goiás – UFG, no ano de 2013. Pós-graduação em Direito Constitucional na Universidade Estácio de Sá, em curso. Sócia do escritório Manesco, Ramires, Perez, Azevedo Marques – Sociedade de Advogados.

2 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.

lismo cooperativo e a repercussão deste último no regime jurídico das regiões metropolitanas. Em seguida, abordará a relação entre a assimetria municipal e a necessidade de criação de instrumentos de cooperação e de coordenação federativas, trazendo exemplos de arranjos intermunicipais e interfederativos no direito comparado. Por fim, a intermunicipalidade será analisada no âmbito do regime jurídico constitucional das regiões metropolitanas, à luz das recentes decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

1. Introdução necessária: do federalismo dual ao federalismo cooperativo

A compreensão adequada sobre o tema da intermunicipalidade e das regiões metropolitanas envolve o estudo sobre as relações entre os Entes federados, em especial no que diz respeito ao exercício de competências constitucionais. Nesse sentido, requer o resgate histórico da evolução do federalismo.

Tradicionalmente, o federalismo clássico, que em muito influenciou o federalismo pátrio, assenta-se sobre a repartição de competências de forma estanque. Baseia-se, assim, no reconhecimento de dois campos absolutamente separados, ao que se passou chamar federalismo dual. Caracterizando-o, diz Bernard Schwartz que “[no federalismo dual] o equilíbrio apropriado necessário ao funcionamento [...] é assegurado e mantido pela estrita demarcação da autoridade federal e estadual.”³

Tal modelo serviu, inclusive, para garantir politicamente o sistema econômico fundamentado na doutrina do *laissez faire*, dominante até a década

3 SCHWARTZ, Bernard. O Federalismo norte-americano atual. Tradução: Elcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994, p. 26-27.

de 20 nos Estados Unidos, uma vez que tal sistema só funcionaria se lhe fosse permitido operar livre de interferências governamentais.

O mesmo autor conta que, a partir dos anos 1920 e com o aprofundamento da crise econômica que resultaria, em 1929, na quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque, a política governamental passou a se pautar na doutrina keynesiana e no New Deal, que previa a ampliação da atuação do Estado na economia, atribuindo-lhe novas funções, notadamente de caráter social. Nesse sentido, foi necessário desenvolver arranjos governamentais que permitissem ao Estado a execução de múltiplas funções.

Abandonou-se, assim, a doutrina do federalismo duplo, ampliando-se a noção, antes restrita, relativa ao exercício de competências e à interação entre poder local e poder central. É nesse sentido que o federalismo evoluiu para o que podemos chamar de federalismo cooperativo.

No Brasil, a república brasileira já nasceu sob a forma de Estado federativo, com a Constituição de 1891. Interessante notar que essa Carta previa o princípio da autonomia dos Municípios, sob pena de intervenção da União nos Estados, porém sem nenhum detalhamento.⁴ Disso resultou que a autonomia municipal ficou apenas no campo teórico.

4 No Título III – Do Município, art. 68, previu-se o seguinte: “Art. 68. Os Estados organizar-se-hão de forma que fique assegurada a autonomia dos municípios, em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse.” Já o art. 6º, modificado pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926, assim dispunha:

“Art.6º – O Governo federal não poderá intervir em negocios peculiares aos Estados, salvo: [...]”

II – para assegurar a integridade nacional e o respeito aos seguintes principios constitucionais:

- a) a forma republicana;
- b) o regime representativo;
- c) o governo presidencial;
- d) a independência e harmonia dos Poderes;
- e) a temporiedade das funções electivas e a responsabilidade dos funcionários;
- f) a autonomia dos Municípios;
- g) a capacidade para ser eleitor ou elegível nos termos da Constituição;
- h) um regimen eleitoral que permita a representação das minorias;
- i) a inamovibilidade e vitaliciedade dos magistrados e a irreductibilidade dos seus vencimentos;
- j) os direitos politicos e individuaes assegurados pela Constituição;

A partir do golpe de Estado da década de 30, embora as Constituições de 1934⁵ e 1937⁶ tenham mantido textualmente a previsão de autono-

k) a não reeleição dos Presidentes e Governadores;

l) a possibilidade de reforma constitucional e a competência do Poder Legislativo para decreta-la” (grifo nosso).

5 A Constituição de 1934 não apenas manteve a obrigação de o Estado respeitar a autonomia do Município, como previu instrumentos de autonomia, inclusive recursos pertencentes aos Municípios:

“Art. 13 – Os Municípios serão organizados de forma que lhes fique assegurada a autonomia em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse; e especialmente:

I – a eletividade do Prefeito e dos Vereadores da Câmara Municipal, podendo aquele ser eleito por esta;

II – a decretação dos seus impostos e taxas, a arrecadação e aplicação das suas rendas;

III – A organização dos serviços de sua competência.

§ 1º – O Prefeito poderá ser de nomeação do Governo do Estado no Município da Capital e nas estâncias hidrominerais.

§ 2º – Além daqueles de que participam, ex vi dos arts. 8º, § 2º, e 10, parágrafo único, e dos que lhes forem transferidos pelo Estado, pertencem aos Municípios:

I – o imposto de licenças;

II – os impostos predial e territorial urbanos, cobrado o primeiro sob a forma de décima ou de cédula de renda;

III – o imposto sobre diversões públicas;

IV – o imposto cedular sobre a renda de imóveis rurais;

V – as taxas sobre serviços municipais.

§ 3º – É facultado ao Estado a criação de um órgão de assistência técnica à Administração municipal e fiscalização das suas finanças.

§ 4º – Também lhe é permitido intervir nos Municípios a fim de lhes regularizar as finanças, quando se verificar impontualidade nos serviços de empréstimos garantidos pelos Estados, ou pela falta de pagamento da sua dívida fundada por dois anos consecutivos, observadas, naquilo em que forem aplicáveis, as normas do art. 12.”

Também limitou a atuação do Estado no art. 7º:

“Art. 7º – Compete privativamente aos Estados:

I – decretar a Constituição e as leis por que se devam reger, respeitados os seguintes princípios:

a) forma republicana representativa;

b) independência e coordenação de poderes;

c) temporariedade das funções eletivas, limitada aos mesmos prazos dos cargos federais correspondentes, e proibida a reeleição de Governadores e Prefeitos para o período imediato;

d) autonomia dos Municípios;

e) garantias do Poder Judiciário e do Ministério Público locais;

f) prestação de contas da Administração;

g) possibilidade de reforma constitucional e competência do Poder Legislativo para decretá-la;

h) representação das profissões; [...]”

Além disso, permitiu que os Municípios se organizassem em territórios:

“Art. 16. [...] § 2º – A lei assegurará a autonomia dos Municípios em que se dividir o território.”

6 A Constituição de 1937 manteve, em linhas gerais, as normas da anterior:

“Art. 26 – Os Municípios serão organizados de forma a ser-lhes assegurada autonomia em tudo quanto respeite ao seu pe-

mia do Município, assistiu-se a um processo centralizador por parte da União. É curioso notar uma inovação trazida pela Constituição de 1937, que previa, em seu art. 29, que os Municípios da mesma região poderiam se agrupar para a instalação, exploração e administração de serviços públicos comuns, tendo o agrupamento personalidade jurídica limitada a seus fins. Ao Estado caberia regular as condições de constituição e administração de tais agrupamentos.⁷ Viu-se, aí, uma previsão de instrumento de cooperação entre os Municípios, isto é, *intermunicipalidade*.

Apesar da previsão, não há notícia de funcionamento pleno de tais agrupamentos, especialmente em razão do cenário cada vez mais centralizador que se instaurou a partir da Constituição de 1937.

Com a redemocratização, marcada pela Constituição de 1946, o debate relativo ao papel dos Municípios se reacendeu, mas ainda enquanto forma de descentralização estritamente administrativa. A autonomia municipal continuou na Carta, com os detalhamentos das Constituições anteriores.⁸

cular interesse, e, especialmente:

- a) à escolha dos Vereadores pelo sufrágio direto dos munícipes alistados eleitores na forma da lei;
- b) a decretação dos impostos e taxas atribuídos à sua competência por esta Constituição e pelas Constituições e leis dos Estados;
- c) à organização dos serviços públicos de caráter local.

Art. 27 – O Prefeito será de livre nomeação do Governador do Estado.

Art. 28 – Além dos atribuídos a eles pelo art. 23, § 2, desta Constituição e dos que lhes forem transferidos Pelo Estado, pertencem aos Municípios:

- I – o imposto de licença;
- II – o imposto predial e o territorial urbano;
- III – os impostos sobre diversões públicas;
- IV – as taxas sobre serviços municipais.”

7 “Art. 29 – Os Municípios da mesma região podem agrupar-se para a instalação, exploração e administração de serviços públicos comuns. O agrupamento, assim constituído, será dotado de personalidade jurídica limitada a seus fins.

Parágrafo único – Caberá aos Estados regular as condições em que tais agrupamentos poderão constituir-se, bem como a forma, de sua administração”

8 Foi resgatada a previsão da intervenção da União nos Estados para garantir a autonomia municipal:

Art 7º – O Governo federal não intervirá nos Estados salvo para: [...]VII – assegurar a observância dos seguintes princípios:

Todavia, a tendência de estabilização do poder municipal como mecanismo autônomo de governo foi interrompida pela intervenção militar e posterior edição da Constituição de 1967 e da Emenda Constitucional 1, de 1969. O que se viu, neste período, foi a centralização das decisões e dos recursos financeiros na União, desenvolvendo-se mecanismos de intervenção e controle dos demais Entes.

-
- a) forma republicana representativa;
 - b) independência e harmonia dos Poderes;
 - c) temporariedade das funções eletivas, limitada a duração destas à das funções federais correspondentes;
 - d) proibição da reeleição de Governadores e Prefeitos, para o período imediato;
 - e) autonomia municipal;
 - f) prestação de contas da Administração;
 - g) garantias do Poder Judiciário."

Os instrumentos de garantia da autonomia dos Municípios foram mantidos:

"Art 28 – A autonomia dos Municípios será assegurada:

I – pela eleição do Prefeito e dos Vereadores;

II – pela administração própria, no que concerne ao seu peculiar interesse e, especialmente,

a) à decretação e arrecadação dos tributos de sua competência e à aplicação das suas rendas;

b) à organização dos serviços públicos locais.

§ 1º Poderão ser nomeados pelos governadores dos Territórios os prefeitos das respectivas capitais, bem como pelos governadores dos Estados e Territórios os prefeitos dos Municípios onde houver estâncias hidrominerais naturais, quando beneficiadas pelo Estado ou pela União.

§ 2º – Serão nomeados pelos Governadores dos Estados ou dos Territórios os Prefeitos dos Municípios que a lei federal, mediante parecer do Conselho de Segurança Nacional, declarar bases ou portos militares de excepcional importância para a defesa externa do País."

A fonte de receitas dos Municípios também foi prevista, alterada pela Emenda Constitucional 5, de 1961:

"Art. 29. Além da renda que lhes é atribuída por força dos §§ 2º, 4º, 5º e 9º do art. 15, e dos impostos que, no todo ou em parte, lhes forem transferidos pelo Estado, pertencem aos Municípios os impostos:

I – Sobre propriedade territorial urbana

II – predial;

III – sobre transmissão de propriedade imobiliária inter vivos e sua incorporação ao capital de sociedades;

IV – de licenças;

V – de indústrias e profissões;

VI – sobre diversões públicas;

VII – sobre atos de sua economia ou assuntos de sua competência.

Parágrafo único. O imposto territorial rural não incidirá sobre sítios de área não excedente a vinte hectares, quando os cultive, só ou com sua família, o proprietário" (grifo nosso)

A Constituição de 1967 foi a primeira e prever o instituto das regiões metropolitanas, em seu art. 157, incorporado pela Emenda 1/69 no art. 164.⁹ Com a edição das Leis Complementares federais 14, de 8 de junho de 1973, e 20, de 1º de julho de 1974, o instituto das regiões metropolitanas funcionou quase que exclusivamente como mecanismo de controle, centralização e como resultado prático da convergência das competências para a União.¹⁰ Assim, nesse período, o federalismo não pôde ser desenvolvido plenamente, tampouco seus arranjos de cooperação e integração entre os Entes federados, de forma a permitir arranjos e interações entre os Entes federados – o que só foi ocorrer a partir da redemocratização, sob a ordem constitucional inaugurada pela Constituição Federal de 1988.

Nas palavras de André Pucinelli Júnior e Allan Thiago Barbosa Arakaki:

Invertendo a lógica centralizadora, a Constituição de 1988 perfilhou um modelo cooperativo que procura nivelar União, Estados, Distrito Federal e Municípios, promovendo maior descentralização política e administrativa ao estabelecer equânime distribuição de competências materiais e legislativas.¹¹

E continuam:

9 Não se ignora o debate sobre a normatividade da Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional 1, de 17 de outubro de 1969. Quanto ao tema das regiões metropolitanas, ela manteve a disciplina introduzida pela Constituição de 1967, no art. 157, §10. A questão passou a ser disciplinada no art. 164 da “Carta de 1969”. A Constituição de 1967, no §10 do art. 157, previu nos seguintes termos: Art. 157, §10º. “A União, mediante Lei Complementar, poderá estabelecer regiões metropolitanas, constituídas por Municípios que, independentemente de sua vinculação administrativa, integrem a mesma comunidade sócio-econômica, visando à realização de serviços de interesse comum”.

O advento da Emenda Constitucional nº 1/1969 teve apenas o condão de alterar ligeiramente sua redação, mantendo seu sentido original no art. 164, que previu:

“Art. 164. A União, mediante Lei Complementar, poderá para a realização de serviços comuns, estabelecer regiões metropolitanas, constituídas por Municípios que, independentemente de sua vinculação administrativa, façam parte da mesma comunidade sócio-econômica”.

10 Assim, na esteira do projeto centralizador que caracterizou o período inaugurado em 1964, reservou-se à Lei Complementar da União instituir essas regiões. Para tal fim, foi editada a Lei Complementar nº 14/1973 que criou as regiões de São Paulo, Belo Horizonte, Porto Alegre, Recife, Salvador, Curitiba, Belém e Fortaleza, prevendo ainda as normas gerais de sua organização.

11 PUCINELLI JÚNIOR, André; ARAKAKI, Allan Thiago Barbosa. O Federalismo Cooperativo e a Reserva do Possível. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2013, p. 84.

Por outras palavras, o pacto federativo redesenhado pela Constituição de 1988, além de estabelecer absoluta paridade entre os seus signatários, contrapõe-se ao chamado “Federalismo dual”, posto não se caracterizar pela separação cirúrgica de competências estanques e “ensimesmadas”, mas, ao revés, pelo estímulo às ações conjuntas e pela previsão da “atuação de concerto” ou “da obrigação de entendimento” – ao menos em assuntos estratégicos que pertinem a todos os Entes políticos – União, Estados e Municípios – como evidencia o art. 23, parágrafo único, da Lei fundamental.¹²

De todo modo, do ponto de vista teórico, a autonomia dos Municípios sempre esteve presente nas Constituições, não tendo sido, contudo, operacionalizada. No contexto redemocratizador, a Constituição de 1988 qualifica ao máximo essa autonomia, alçando os Municípios à condição de Entes federativos. Diante disso, a partir da instrumentalização e detalhamento do exercício da autonomia dos Municípios, inclusive com competências próprias, abriu-se espaço para a pauta das articulações e possibilidades de arranjos entre os Entes, de forma a viabilizar o atendimento e a realização das amplas funções atribuídas ao Poder Público, em todas as esferas da Federação.

Foi nesse cenário que foram previstas as *regiões metropolitanas*, no art. 25, § 3º do texto Constitucional, nos seguintes termos:

Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

[...]

§ 3º – Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de Municípios limítrofes, para

12 *Idem, ibidem*, p. 85.

integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.

Tal dispositivo, localizado no Título III, da Organização do Estado, Capítulo III, dos Estados Federados, previu a região metropolitana como importante *instrumento de coordenação federativa*. Embora haja distinção conceitual entre coordenação e cooperação federativa, as duas ideias enquadram-se no quadro geral do *federalismo cooperativo*, permeado pela possibilidade de integração dos Entes federativos, seja de forma compulsória, seja de forma voluntária.¹³

Tal movimento teve importante desdobramento na forma de exercício das competências pelos Entes federados, inclusive quando associados, uma vez que não há cessão ou transferência de competências, mas um exercício colegiado, conjunto delas, em nome de uma função pública de interesse comum que precisa ser atendida.

Além desse processo de arranjos institucionais relacionado à própria forma de Estado, é de se notar que o Município passou a ganhar grande relevância no âmbito político, em especial pela percepção de que, no espaço local, o exercício da cidadania dá-se de forma mais capilarizada e, portanto, mais democrática.

Ao mesmo tempo, foi necessário reconhecer as limitações dos próprios Municípios, aos quais a Constituição atribuiu competências complexas, gerando verdadeira *assimetria*.

Nas palavras de Andreas Joachim Krell, “não devemos esquecer que a posição jurídica extraordinariamente forte do Município brasileiro se contra-

13 Por coordenação federativa entende-se a atuação conjunta de Entes da Federação de forma *compulsória*. Este conceito, após alguns debates iniciais, tornou-se pacífico na doutrina jurídica, inclusive para designar as relações intergovernamentais nos Estados unitários descentralizados constitucionalmente. Cf. TEJADA, Javier Tajadura. *El principio de cooperación en el estado autonómico*. Granada: Editorial Comares, 1998, p. 21 e ss. Cf., ainda, ROVIRA, Enoch Alberti. *Federalismo y Cooperación en la República Federal Alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986 e MONTALVO, Rafael Fernández. *Relaciones Interadministrativas de colaboración e cooperación*. Barcelona: Diputació de Barcelona, 2000.

põe a sua capacidade bastante limitada de atuação prática”¹⁴. Passamos, então, a explicar a relevância desse dos temas das intermunicipalidades e das regiões metropolitanas.

2. A assimetria municipal e a cooperação/coordenação interfederativa

Pode-se afirmar que analisar as regiões metropolitanas envolve, obrigatoriamente, refletir sobre o problema que tal instituto visa a solucionar. Como visto, a região metropolitana afigura-se um instrumento para a coordenação interfederativa e, por isso, sua compreensão exige o estudo da finalidade para a qual ela foi concebida.

E a finalidade da criação das regiões metropolitanas, bem como de diversos outros institutos assemelhados, não só no Brasil, mas praticamente em diversos outros países, reside no que se pode chamar de assimetria municipal, ou seja, no fato de que os territórios municipais são naturalmente desiguais e não necessariamente guardam equivalência nem em termos populacionais nem em termos econômicos.¹⁵

Ou seja, embora a criação de um Município seja – ou deveria ser – uma decisão que deve levar em consideração aspectos técnicos¹⁶, tal decisão é em realidade essencialmente política, na ampla acepção do termo, muitas vezes vinculadas por razões históricas e pelas exigências da democracia (sem-

14 KREEL, Andreas Joachim. *O Município no Brasil e na Alemanha: Direito e Administração Pública comparados*. São Paulo: Oficina Municipal, 2003, p. 47.

15 Cf. em sentido semelhante CORRALO, Giovanni da Silva, *Município: Autonomia na Federação Brasileira*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 180: “A Constituição Federal, em reconhecimento à grande assimetria do federalismo brasileiro, manteve formas institucionais já existentes para a amenização das desigualdades entre as unidades federadas, nas quais se ressaltam as ‘regiões de desenvolvimento’ e as ‘regiões metropolitanas’.

16 Nos termos do § 4º do art. 18 da Constituição Federal, “[a] criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei”.

pre lembrando da máxima que ensina que um país democrático é um país des-centralizado, com o poder ao alcance de seus cidadãos).

O Município é expressão da autonomia local que, conforme ensina Massivo Severo Giannini, reside no

fato de o órgão fundamental dos Entes locais territoriais ser o povo em corpo eleitoral e de, conseqüentemente, tais Entes derivarem a respectiva orientação político-administrativa, não do Estado, mas da sua própria comunidade, ou seja, da maioria da própria comunidade. Donde resulta que tal orientação pode divergir da do Estado, e até contrastar com ela, quando não haja correspondência de maioria na comunidade estatal e nos Entes territoriais.¹⁷

Tal decisão nem sempre resulta em Municípios grandes, porque a dinâmica de ocupação do território, aspectos históricos, as referências geoeconômicas, e as exigências da democracia podem levar à criação de médios e pequenos Municípios. Ou seja, a assimetria é uma característica da vida municipal. E o seu enfrentamento exige instrumentos adequados.

Afora isso, mesmo após a criação do Município, o processo urbano continua e traz transformações. Por vezes, a cidade, entendida como a mancha urbana, acaba por não mais se limitar ao território de apenas um Município. E não raro o sócio histórico acaba por divergir do jurídico-econômico.¹⁸

17 GIANNINI, Massivo Severo. *Autonomia pubblica*. In: *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Milão: Giuggrè, 1959, p. 364, apud NABAIS, José Casalta. A autonomia local. In: *Estudos sobre autonomias territoriais, institucionais e cívicas*, Coimbra: Almedina, 2010, p. 92.

18 Conforme anota Eros GRAU, “[a] região sócio-histórica [...] compreende uma coletividade territorial sócio-histórica que se afirma como ordem institucionalizada estável com base em um acervo particularizado de herança cultural. Dela se pode dizer, enquanto tal, ser portadora de um direito – um direito regional – que lhe é próprio.[...] A região sócio-histórica distingue-se da região jurídico-econômica, que se define como o conjunto de relações jurídico-econômicas sob condições de mercado espacialmente organizado pelo Estado” (Desenvolvimento regional, conceitos: à procura de uma literatura nacional do desenvolvimento regional. In: *Revista Brasileira*, Fase IV, 49, Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras – ABL, out/dez 2006, página 109.

Com isso, não só é possível, como bastante comum, que se reconheça faltar a muitos Municípios escala para gerir diversas das políticas públicas de sua competência, ou, ainda, que há influências entre instâncias municipais, ou porque a cidade ficou maior que o Município, ou porque a política pública possui uma dinâmica territorial para além do território estritamente municipal, sendo necessário que os Municípios envolvidos coordenem o exercício de suas competências.

As soluções geralmente adotadas para esses problemas de escala e de coordenação são duas: pode-se, por um lado, (i) retirar estas competências do Ente local e centralizá-las no governo regional ou no governo nacional, o que, embora solucionasse pontualmente o problema, teria de lidar com o esvaziamento da autonomia municipal, colocando em risco o próprio projeto jurídico-constitucional de democracia; por outro lado, pode-se (ii) reconhecer a existência de espaços de intergovernabilidade, ou seja, espaços em que coexistam interesses locais comuns e cujo exercício das competências se dê de forma concertada e colegiada.

A bem da verdade, a cooperação intergovernamental entre os Municípios é um fenômeno de caráter reconhecidamente mundial e que tem se fortalecido nos últimos anos.¹⁹ Na França, a experiência de *Coopération Intercommunale* deu origem a diversas figuras, como por exemplo os *Districts* (Distritos), as *Communauté de Villes* (Comunidades de Cidades), a *Communauté Urbaine* (Comunidades Urbanas), as *Communauté d'Agglomération* (Comunidades de Aglomeração) e as *Communauté de Communes* (Comunidades de Municípios).²⁰ Na Itália, há os consórcios públicos e as comunidades montanhesas.

19 Sobre o tema, cf. THEMOTEO, Reinaldo José. (Coord.) *Cadernos Adenauer XII* (2011), n. 4. Municípios e Estados: experiências com arranjos cooperativos. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2012. Cf. também CORREIA, Fernando Alves. *Formas Jurídicas de Cooperação Intermunicipal*. Coimbra: Almedina, 1986.

20 Cf. LEAL, Suely Maria Ribeiro, A Cooperação Consorciada: Aportes da Experiência Intermunicipal na França para o Caso Brasileiro. In: *Cadernos Metrópole*, 20, São Paulo: Educ, 2008, páginas 57-79.

Na Espanha, temos as mancomunidades, que são nada mais que agrupamentos de Municípios.

Já na Alemanha, existem os *Kreise*, que figuram como órgãos clássicos de cooperação intermunicipal e intergovernamental, os quais, inclusive, envolvem os Estados, sem que haja supressão da autonomia municipal. Conforme anota Aspásia Camargo, na Alemanha,

[...] os mecanismos de cooperação horizontal entre Municípios são muito mais eficazes, em torno do *Kreis*, e correspondem a unidades microrregionais de planejamento, e as ações estratégicas de conjunto, a mecanismos de controle e execução nas quais se aplica o princípio da subsidiariedade em favor dos mais fracos, sempre de maneira complementar e respeitando o espaço de autonomia das comunas.²¹

E segundo anota Andreas Joachim Krell, na Alemanha “existem hoje cerca de 300 *Kreise* (em média com 20 a 30 Municípios membros) e 110 Grandes Cidades, Municípios maiores que não fazem parte de nenhum *Kreis*”.²²

Se, por um lado, as experiências do direito estrangeiro representam importante ponto de partida para inspirar os arranjos intermunicipais no Brasil, claro está que a compreensão das regiões metropolitanas no Brasil é necessariamente diferente dos demais arranjos mencionados, pois aqui o Município é autêntico *Ente federado*.

Essa característica, a par de colocar o Brasil numa situação *sui generis*, tem por desdobramento a existência de um sistema de repartição de

21 CAMARGO, Aspásia. Federalismo Cooperativo e o Princípio da Subsidiariedade: Notas sobre a Experiência Recente do Brasil e da Alemanha. In: HOFMEISTER, Wilhelm e CARNEIRO, José Mario Brasiliense (Orgs.). *Federalismo na Alemanha e no Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001, p. 82.

22 KRELL, Andreas Joachim. *Lei de Normas Gerais, Regulamentação do Poder Executivo e Cooperação Intergovernamental em tempos de Reforma Federativa*, Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 130. Importante dizer que as *Großstädte* (“Grandes Cidades”), na Alemanha, se tratam dos Municípios com mais de cem mil habitantes, a que a *Grundgesetz* (“Lei Fundamental”, que funciona como uma espécie de Constituição) confere um regime específico, com maior autonomia.

competência notadamente mais complexo, exigindo do intérprete do direito um trato mais sofisticado.²³

A complexidade da própria teoria constitucional e a realidade fática que enseja a cooperação/coordenação federativa demandam, assim, o desenvolvimento de uma postura menos polarizada, em que a cooperação seja de fato viabilizada, por meio do reconhecimento de instâncias de exercício de competências e de poder que, por um lado, não anulem a autonomia municipal, mas, ao mesmo tempo, permitam a efetiva solução de problemas que afetam mais de um Município, ainda que, para tanto, o Estado tenha que participar do arranjo.

Nesse sentido, a bipolarização Estado *versus* Município deve ser superada, pois não é capaz de responder aos desafios do espaço metropolitano. Mas, afinal, qual o conceito-chave que está por trás da superação dessa bipolaridade? Trata-se da *intermunicipalidade*.

3. Para além do Estado e do Município: a *intermunicipalidade*

Como visto, o *regime intermunicipal* é assaz comum no ambiente europeu, seja por união voluntária dos Municípios, como nos casos dos consórcios intermunicipais, ou imposto mediante lei, como é o caso das áreas metropolitanas ou, ainda, do *Kreis* alemão, sendo que nesta última hipótese se reúne não só os Municípios, mas, também, o Estado-membro (*Land*).

No direito brasileiro, o tema também não é novidade, tendo sido analisado de forma aprofundada pelo Professor Hely Lopes Meirelles, em sua tese “Autarquias intermunicipais”, publicada na Revista de Administração Municipal 54, set.-out. 1962, pp. 374-384. Tal tese influenciou diretamente a previsão do instituto da região metropolitana na Carta de 1967, primeira que lhe dedicou dispositivo.

23 Nesse sentido, cf. HERMANY, Ricardo. Município da Constituição. Poder Local no Constitucionalismo Luso-Brasileiro. Curitiba: Juruá, 2012, p. 46.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal teve e oportunidade de se debruçar sobre o tema, por ocasião do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade que tramitaram por mais de treze anos: o acórdão da ADI 1.842/RJ foi publicado em 6 de setembro de 2013; na ADI 2.077/BA, no dia 9 de outubro de 2014, foi publicada decisão referente à medida cautelar.²⁴ As ADIs foram ajuizadas por partidos políticos em face de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais estaduais, respectivamente, do Rio de Janeiro e da Bahia, pleiteando a declaração da inconstitucionalidade da avocação por ambos da titularidade das funções e serviços públicos de interesse comum nas respectivas regiões metropolitanas de suas capitais.

Na ADI 1.842, a decisão, reiterada basicamente em tudo no julgamento da ADI 2.077/BA, ao interpretar o dispositivo constitucional (art. 25, § 3º) atribuiu vários novos sentidos ao texto, que não estavam expressos na Constituição, em especial esclarecendo os limites ao regime especial de competências municipais.

Em que pese haver embargos de declaração opostos em face da decisão,²⁵ as decisões apontaram com clareza para a seguinte conclusão, de reconhecimento do exercício de competências no espaço da *intermunicipalidade*: as competências municipais não são transferidas para o Estado membro instituidor da região metropolitana. O seguinte trecho da ementa do julgado na ADI 1.842 é claro nesse sentido:

5. Inconstitucionalidade da transferência ao Estado-membro do poder concedente de funções e serviços públicos de inte-

24 A ADI 1.842/RJ foi ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) e distribuída ao Ministro Relator Maurício Corrêa em 10/06/1998. A esta Ação foram apensadas a ADI 1.843/RJ, movida pelo Partido da Frente Liberal (PFL), a ADI 1.906/DF, movida pelo Partido Popular Socialista (PPS), e a ADI 1.826/RJ, movida pelo Partido dos Trabalhadores (PT). Já a ADI 2.077-BA foi proposta pelo PT e distribuída ao Ministro Relator Ilmar Galvão em 30/09/1999. Importante, ainda, ressaltar a existência da ADI 1.841/RJ.

25 Em face do acórdão, tanto o PT quanto o PDT e o PPS opuseram embargos de declaração. Tem-se, assim, um cenário de incerteza quanto ao posicionamento do STF sobre as regiões metropolitanas, inclusive quanto à sua institucionalização.

resse comum. O estabelecimento de região metropolitana não significa simples transferência de competências para o Estado.

Restou expresso, assim, que a região metropolitana não é um *locus* de predominância do Estado sobre os Municípios, mas um arranjo interfederativo que só se justifica em face dos interesses de caráter regional.

Além disso, o fato de ter a lei complementar estadual caráter compulsório em absolutamente nada limita a autonomia municipal, mas é mero reflexo de uma escolha constitucional para evitar que diferenças políticas entre os Municípios ou entre Estado e Municípios possam inviabilizar a instituição das regiões metropolitanas.²⁶

Sobre o tema, escreveu o ministro Gilmar Mendes:

Na verdade, tais aspectos de integração metropolitana (interesse comum e compulsoriedade) não são incompatíveis, em tese, com o núcleo essencial de autonomia dos Municípios participantes. Com efeito, a decisão e a execução colegiadas são aptas a, por um lado, garantir o adequado atendimento do interesse comum e vincular cada comunidade e, por outro lado, preservar o autogoverno e a autoadministração dos Municípios.²⁷

Há, ainda, outra questão fundamental: se, por um lado, as competências não são transferidas ao Estado, por outro, também não podem ser exercidas de forma isolada pelos Municípios, sob pena de esvaziamento da região metropolitana instituída. As competências, portanto, continuam com os respectivos Entes federados – até porque lei complementar estadual não pode alterar

26 De se ver, inclusive, que a Constituição de 1988 inovou ao passar para os Estados a competência para instituir as regiões metropolitanas, que antes era da União, justamente em nome do princípio democrático e da descentralização. Sem dúvidas, o Estado está mais próximo dos Municípios e dos problemas regionais do que a União, o que, repita-se, não significa a ablação das competências municipais.

27 MENDES, Gilmar Ferreira. *Regiões metropolitanas e saneamento público*. In: MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias et al (Coord.). *Direito Público em Evolução: Estudos em homenagem à Professora Odete Medauar*. São Paulo: Fórum, 2013, p. 691.

o sistema de repartição de competências que a Constituição criou –, mas o seu exercício será realizado no âmbito da *intermunicipalidade*, de forma colegiada. Trata-se, assim, de um regime especial de exercício de competência, excepcional em face da regra da autonomia municipal.

Mas qual deve ser a postura do Município no âmbito de uma região metropolitana que não está apta a tomar as decisões de forma colegiada, seja por razões políticas, seja por ausência de estrutura de governança consolidada?

Primeiramente, deve-se lembrar que a Constituição previu expressamente competências complexas aos Municípios, como verdadeiros Entes federados. Ora, se as suas competências não podem ser alteradas ou transferidas pela lei complementar que criou a região metropolitana, o Município continua a ter o dever constitucional de exercê-las, não podendo ficar aguardando a atuação do arranjo metropolitano.

Sobre o tema, há duas interpretações possíveis. De um lado, pode-se afirmar que o Município em todo e qualquer caso somente poderia atuar conforme a região metropolitana respectiva, resultando em um juízo de conformidade. Por outro lado, pode-se também dizer que o Município pode atuar sempre, desde que não contrarie a decisão do Ente metropolitano, o que resultaria em um juízo de compatibilidade.

Isto é, parafraseando a conhecida fórmula de Dietrich Jesch, relativa às relações entre a lei e a Administração, há que se saber se a atuação da região metropolitana funcionaria como um *limite* da autonomia municipal (*juízo de compatibilidade*) ou se tal atuação seria também o *pressuposto* para a atuação do Município naquela mesma matéria (*juízo de conformidade*).²⁸

28 Diogo Freitas do Amaral de forma bem sintética esclarece tal questão: “A preferência da lei (ou legalidade-limite) consiste em que nenhum acto de categoria inferior à lei pode contrariar o bloco de legalidade, sob pena de ilegalidade. A reserva de lei (legalidade-fundamento) consiste em que nenhum acto de categoria inferior à lei pode ser praticado sem fundamento no bloco de legalidade” (Curso de Direito Administrativo, vol II, Coimbra: Almedina, pág. 50). Sobre o mesmo tema, v. também OLIVEIRA, Mario Esteves de. GONÇALVES, Pedro Costa; PACHECO DE AMORIM, J. Código do Procedimento Administrativo Comentado. Coimbra: Almedina, 1998, p. 86 e ss.

Aqui, parece ser fundamental reconhecer que a segunda concepção, vale dizer, o juízo de compatibilidade, é a que mais se mostra adequado à noção de autonomia municipal e é, ao mesmo tempo, coerente com a *intermunicipalidade*. Quer dizer, defender que o Município, como efetivo detentor da competência constitucional, possa sempre agir para dar concreção a suas atribuições desde que não contrarie o que for decidido em âmbito metropolitano acaba, de uma só vez, por (i) garantir o princípio da autonomia municipal e por (ii) viabilizar o exercício da regra constitucional e legal da atuação do Ente metropolitano em caso “funções públicas de interesse comum”.

Para ilustrar, faça-se aqui um paralelo com o exercício de competências legislativas: na ausência de legislação federal especificada na Constituição, podem os Estados ou Municípios editarem leis para suprirem a lacuna caso alguma de suas competências materiais possa ser comprometida. Nesse caso, obviamente, uma diretriz resulta na impossibilidade de a legislação local contrariar a legislação federal, sob pena de invalidade. Esse é o entendimento de Carlos Ari Sundfeld (1993):

Nos temas de competência privativa, a lei será editada pela pessoa política a quem houver sido outorgada a atribuição; a ela cabe regular exaustivamente o tema. Porém, em três hipóteses é possível, dentro do mesmo tema, a edição de lei por outra pessoa que não a titulada constitucionalmente: [...]

b) em caso de omissão da União na edição de lei essencial ao desempenho de atividade estadual ou municipal, a lacuna poderá ser suprida por Estados e Municípios; [...]

A possibilidade de edição de lei estadual ou municipal para suprir a omissão do legislador nacional resulta de os Estados e Municípios terem certas atribuições, previstas constitucionalmente, que estão obrigados a exercer, cuja regulamentação incumbe à União. Tratando-se de poderes-deveres – embutidos em toda e qualquer competência administrativa – não podem deixar de ser exercidos pelo fato de o Congresso Nacional

omitir sua regulamentação. Como, porém, toda atividade administrativa é sublegal (art. 37, caput), segue-se a necessidade de edição de lei (estadual ou municipal, conforme a hipótese) para, suprimindo a lacuna, permitir o cumprimento do dever.²⁹

Conclui-se, então, que tanto a doutrina quanto a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, interpretando a Constituição Federal, reconhecem e apontam o caminho da *intermunicipalidade* como sendo o único compatível com as normas constitucionais, no que diz respeito ao exercício de competências nas regiões metropolitanas.

A instituição da região metropolitana pelo Estado-membro, justificada pela necessidade de integração, organização e execução das funções públicas de interesse comum, longe de representar a usurpação, pelo Estado, das competências municipais, é, antes, um instrumento de coordenação federativa, propiciando o exercício de competências de forma colegiada no âmbito da *intermunicipalidade*.

29 SUNDFELD, Carlos Ari. Sistema Constitucional das Competências. In: Revista trimestral de Direito Público, n. 1, São Paulo: Malheiros, 1993, p. 275.

BIBLIOGRAFIA

AMARAL, Diogo de Freitas. *Curso de direito administrativo*. v. II, 2. ed. Coimbra: Almedina, 1994.

CAFFÉ ALVES, Alaôr. Regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões: novas dimensões constitucionais da organização do estado brasileiro. In: *Temas de direito ambiental e urbanístico*. Guilherme José Purvin de Figueiredo (Org.). Max Limonad, Advocacia Pública & Sociedade, ano II, n. 3, 1998, Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública.

CAMARGO, Aspásia. Federalismo cooperativo e o princípio da subsidiariedade: notas sobre a experiência recente do Brasil e da Alemanha. In: HOFMEISTER, Wilhelm e CARNEIRO, José Mario Brasiliense (Orgs.). *Federalismo na Alemanha e no Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

CORRALO, Giovani da Silva. *Município: autonomia na federação brasileira*. Curitiba: Juruá, 2009.

CORREIA, Fernando Alves. *Formas jurídicas de cooperação intermunicipal*. Coimbra: Almedina, 1986.

KREEL, Andreas Joachim. *O Município no Brasil e na Alemanha: direito e administração pública comparados*. São Paulo: Oficina Municipal, 2003.

_____. *Lei de Normas Gerais, Regulamentação do Poder Executivo e Cooperação Intergovernamental em tempos de Reforma Federativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

GIANNINI, Massimo Severo. Autonomia pubblica. Enciclopedia del diritto, v. IV, Milão: Giugggrè, 1959, p. 364, *apud* NABAIS, José Casalta. A autonomia local. In: *Estudos sobre autonomias territoriais, institucionais e cívicas*. Coimbra: Almedina, 2010.

GRAU, Eros. Desenvolvimento regional, conceitos: à procura de uma literatura nacional do desenvolvimento regional. In: *Revista Brasileira*, fase IV, n. 49. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras (ABL), out/dez 2006.

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

LEAL, Suely Maria Ribeiro. A cooperação consorciada: aportes da experiência intermunicipal na França para o caso brasileiro. In: *Cadernos MetrÓpole*, n. 20, São Paulo: Educ, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Regiões metropolitanas e saneamento público*. In: *MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias et al (Coord.). Direito Público em evolução: estudos em homenagem à professora Odete Medauar*. São Paulo: Fórum, 2013.

MONTALVO, Rafael Fernández. *Relaciones Interadministrativas de colaboración e cooperaci3n*. Barcelona: Diputaci3 de Barcelona, 2000.

OLIVEIRA, Mario Esteves de. GONÇALVES, Pedro Costa; PACHECO DE AMORIM, J. *C3digo do Procedimento Administrativo Comentado*. Coimbra: Almedina, 1998.

PUCINELLI JÚNIOR, André; ARAKAKI, Allan Thiago Barbosa. *O federalismo cooperativo e a reserva do possível*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2013.

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

SUNDFELD, Carlos Ari. Sistema constitucional das competências. In: *Revista trimestral de Direito Público*, n. 1. São Paulo: Malheiros, 1993.

SCHWARTZ, Bernard. *O Federalismo norte-americano atual*. Tradução: Elcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994,

TEJADA, Javier Tajadura. *El principio de cooperación em el estado autonómico*. Granada: Editorial Comares, 1998.

THEMOTEO, Reinado José. (Coord.) Cadernos Adenauer XII (2011), n. 4. *Municípios e Estados: experiências com arranjos cooperativos*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adanauer. Abril 2012.

A MITIGAÇÃO DE RISCO DE LESÃO AO ERÁRIO NO PROCESSO DE TRANSFERÊNCIA DOS ATIVOS DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA

Alfredo Gioielli¹

As recentes mudanças na legislação do setor elétrico, pela entrada em vigor da Resolução Normativa 414 de 15 de setembro de 2010, com as alterações implementadas pela Resolução 479 de 3 de abril de 2012 e a Resolução 587 de 10 de dezembro de 2013, ambas da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), trouxeram uma grande preocupação para os gestores públicos, em razão da necessidade de adoção de medidas visando mitigar o risco de lesão ao erário no processo de transferência dos ativos de iluminação pública.

1 Advogado e palestrante, especialista no segmento de iluminação pública. Atua desde 1995 para o setorial, prestando consultoria e assessoria, auxiliando na viabilização de projetos de eficiência energética e modernização do parque de iluminação. Autor de diversos pareceres publicados em revistas jurídicas e do segmento de iluminação pública voltado para área de licitações. Entre os principais projetos e trabalhos desenvolvidos em alguns Municípios estão: o Programa Nacional de Iluminação Pública Eficiente – Reluz e a elaboração de projetos de lei com avaliação orçamentária para implantação e/ou realinhamento da contribuição para o custeio da Iluminação Pública – Cosp. Atua também pela Associação Brasileira da Indústria de Iluminação (Abilux), é sócio do escritório Gouveia Gioielli Advogados, é especializado em Direito Processual Tributário, pós-graduado em Direito Tributário e Conselheiro do Conselho Superior de Direito da Federação do Comércio do Estado de São Paulo (Fecomércio).

Com efeito, por força do malfadado art. 218 da referida resolução, os Municípios serão obrigados a receber os ativos pertencentes às distribuidoras de energia, de maneira que os custos com gestão, manutenção de todo sistema de distribuição, atendimento, operação e reposição de lâmpadas, suportes, chaves, troca de luminárias, reatores, relés, cabos condutores, braços e materiais de fixação e conexões elétricas, ficarão a cargo do Ente municipal.

Muito se tem discutido a respeito da legalidade dessa imposição da agência reguladora, sendo que no Estado de São Paulo existem mais de vinte sentenças de mérito afastando essa obrigatoriedade, com posições majoritárias da segunda instância favoráveis aos Municípios.

O art. 2º da Lei 9.427/1996, que disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica, também criou a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), atribuindo a ela a competência para regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal.

Importante destacar que a referida lei não atribuiu à Agência reguladora poderes para criar obrigações como as inseridas no art. 218 da resolução citada, patente, portanto, que a Aneel exorbitou sua competência reguladora, posto que no exercício de seu poder regulamentar, referida autarquia em regime especial não possui atribuição jurídica para criar essa imposição, uma vez que está vinculada ao Ministério de Minas e Energia, que, conforme o art. 64 do Decreto 41.019/57, fixa competência exclusiva ao Ministro de Minas e Energia para realizar tal transferência.

Cumpre registrar, ainda, que o fato do serviço de iluminação pública ser de interesse local e, portanto, como já salientado, da competência do Município, que poderá prestá-lo diretamente ou sob regime de concessão ou permissão e, inclusive, instituir contribuição para o seu custeio (arts. 30, inciso V e 149-A, da Constituição Federal), não afasta a necessidade de que tal prestação ocorra nos termos da lei, a teor do que reza o art. 175 da Lei Maior.

Rigorosamente, a transferência dos ativos somente poderia ser imposta à medida que cada Município estivesse em condições de recebê-los, sem risco à continuidade do serviço de iluminação pública. Não é admissível presumir tal circunstância do simples escoamento de um prazo preestabelecido de forma abstrata e genérica, mormente quando este se apresenta relativamente exíguo, consideradas a multiplicidade e a complexidade das providências que precisam ser tomadas não apenas pelas distribuidoras de energia elétrica, mas sobretudo pelos Municípios, em relação aos quais, vale ressaltar, a Aneel não tem nenhuma ingerência.

Superadas as questões da viabilidade ou não de se judicializar a presente questão, é fundamental que o gestor público faça uso dos instrumentos legais inseridos na própria resolução normativa, visando mitigar o risco de lesão ao erário, exigindo das distribuidoras fundamentalmente: **a)** Plano de repasse – Incluído pela Resolução Aneel 479/12; **b)** Relatório de detalhamento do ativo imobilizado – Incluído pela Resolução Aneel 479/12 – deve atender ao art. 54 do Decreto 41.019/57, que fixa que as distribuidoras são obrigadas a organizar e manter atualizado o inventário de sua propriedade em função do serviço (art. 44); e **c)** Termo de Responsabilidade declarando que os ativos estão sendo transferidos em perfeitas condições de uso e dentro da norma – Incluído pela Resolução Aneel 587/13 e a entrega dos dados sobre o sistema de iluminação pública – **§ 7º do art. 218.**

A distribuidora deve atender às solicitações da pessoa jurídica de direito público competente quanto ao estabelecimento de cronograma para transferência dos ativos, assim como acerca da entrega dos dados sobre o sistema de iluminação pública em arquivo aberto que possibilite ao Município realizar a migração para seu sistema próprio. (art. 218, §7º, da REN 414/2014).

Ressaltamos que a negativa de atendimento às solicitações dos Municípios, além de ser contrário ao interesse público, constitui infração prevista no art. 3º, inciso III e art. 4º, inciso IV ambos da Resolução Normativa 63/2004, que aprovou os procedimentos para aplicação de multa as distribuidoras de

energia, podendo os Municípios requerer perante Aneel a aplicação do disposto no art. 14 da referida normativa citada, que fixa percentuais de multas sobre seus faturamentos.

Nesse passo, o Acórdão do Egrégio Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, em precedente do dia 08.10.2014 – TC 3809/989/14-8 –, determinou que para realização do processo licitatório, visando assumir a gestão do parque de iluminação pertencente à distribuidora, seja exigido a base de dados sobre a situação atual do parque, bem como a necessidade da entrega do termo de responsabilidade por parte da distribuidora, no qual se declare que o sistema está sendo transferido dentro das normas e em condições de operação.

Uma das maiores preocupações relacionadas ao processo de transferência é o Estado em que se encontram os ativos de iluminação pública, em grande parte, fora de norma, obsoleto, degradado, além de sucateado. Nesse sentido, com a entrada em vigor da Resolução 587/2013, o gestor público deverá exigir da distribuidora a entrega desses equipamentos dentro das condições de operação e respeitando as normas da ABNT, em especial a NBR 15129:2012 (Luminárias para iluminação pública – requisitos particulares), sendo vedada a entrega de luminárias abertas, com lâmpadas queimadas ou com difusores quebrados.

Assim, o Município tem por obrigação avaliar se tais equipamentos encontram-se em adequadas condições como forma de evitar custos futuros desnecessários. O profissional legalmente habilitado para efetuar essa avaliação é o engenheiro eletricista, que deve elaborar laudo técnico com base em amostragem representativa e abertura de anotação de responsabilidade técnica (ART), de forma a comprovar que o Município assumiu a responsabilidade de forma diligente.

Dessa forma, após elaboração de laudo técnico de inspeção que venha a diagnosticar que as luminárias da cidade não atendem às normas, inexistindo a proteção exigida pela NBR-15129:2012, nos termos inseridos no § 6º do art. 218 da Resolução 414/2010 da Aneel, impõe-se aqui a impossibilidade do recebimento desses ativos pelo Município, por força da previsão con-

tida no § 5º do art. 218 da referida resolução, que caracteriza o motivo da não transferência por responsabilidade da distribuidora, o que deve ser representada à agência reguladora, para que excepcionalmente haja a dilação de prazo do processo de transferência até que se efetive as adequações necessárias nos equipamentos que serão transferidos, evitando com isso eventual interrupção de uma prestação de serviço essencial a população.

Diversos editais de licitações foram suspensos pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo desde a edição da determinação da Aneel, em razão de vícios que macularam os instrumentos convocatórios; entre eles a modalidade inadequada de licitação como pregão, aglutinação irregular de objetos em razão da natureza bastante diversa dos serviços que integram a contratação e que poderiam possuir o condão de promover a redução do universo da disputa de mais licitantes.

Nesse sentido, o Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo, no sentido de orientar a gestão municipal, emitiu importante parecer nos autos do TC 008/989/2014 – 7, vinculado à Prefeitura Municipal de Mairiporã, onde, de forma objetiva, traçou, além das condições de recebimento dos ativos de iluminação, as modalidades de licitações previstas dentro das condições de transição de domínio de gestão da iluminação pública Municipal.

Não obstante o exposto, o Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo, no uso de suas atribuições e a pedido do Centro de Apoio Operacional de Patrimônio Público e Social, publicou no Diário Oficial do Estado de São Paulo, no dia 17 de setembro de 2014, o Comunicado 376/2014-PGJ aos Promotores de Justiça que atuam na área respectiva que atentem para as providências adotadas pelos Municípios em virtude da Resolução Normativa Aneel 414/2012, alterada pelas Resoluções 479/2012 e 587/2013, em especial quanto ao art. 218, que determina às distribuidoras de energia elétrica a transferência do sistema de iluminação pública registrado como Ativo Imobilizado em Serviço (AIS) a pessoa jurídica de direito público competente até 31 de dezembro de 2014. Nesse contexto, a interrupção na prestação do serviço público que é

essencial e de relevância pública; eventual omissão quanto ao impacto orçamentário, financeiro e logístico decorrentes da assunção destes serviços e das responsabilidades a ele inerentes, bem como a assunção de ativos em situação precária e/ou sem que tenham sido observadas e cumpridas as normas técnicas da ABNT aplicáveis, poderá ensejar responsabilização dos gestores públicos que se omitirem ou negligenciarem a esse respeito.

De outra parte, comungando com a necessidade de avaliação do estado de conservação e funcionamento do sistema de iluminação pública, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, em seu papel fundamental de órgão fiscalizador, após a realização do Seminário Iluminação das Cidades – Regulação e Práticas Administrativas, editou, no dia 27 de novembro de 2014, o Comunicado SDG 34/2014, recomendando aos Municípios a elaboração de um diagnóstico antes que ocorra a transferência de domínio, visando detectar eventuais problemas e verificar se o recebimento desses ativos atendem as condições fixadas na resolução da Aneel, o que possibilita aos Municípios exigirem das distribuidoras de energia os reparos e adequações que se fizerem necessárias.

Em função de toda complexidade que se exige observar no processo de transição de domínio de gestão dos ativos de iluminação pública de natureza acautelatória, para fins de mitigação do risco de danos ao erário em tal transição, recomenda-se: *i)* que os Municípios exijam das distribuidoras o relatório de detalhamento do parque de iluminação, individualizando todos os pontos do inventário em que as concessionárias são obrigadas a manter atualizado, nos termos do art. 54 da Lei 41.019/57; *ii)* antes do recebimento do parque de iluminação pela Prefeitura, que seja contratado um laudo de inspeção a ser realizado por engenheiro eletricista, mediante amostragem, com a finalidade de avaliar o cumprimento das normas da ABNT e avaliar o estado de conservação dos equipamentos; *iii)* que a municipalidade exija a entrega do Termo de Responsabilidade após o cumprimento das fases anteriores, resguardando-se de eventuais falhas ou lacunas decorrentes da inércia da distribuidora ao longo da transição; *iv)* que nos processos licitatórios instaurados pelas Prefei-

turas não seja adotada a modalidade pregão para tal objeto, e; v) que a licitação preveja que os licitantes apresentem para os respectivos equipamentos, ensaios de laboratórios acreditados pelo Inmetro para fins de verificação de cumprimento da norma ABNT (“ensaio de tipo”) e para fins de manutenção e expansão da rede de iluminação.

Diante do exposto, é legítimo ao Município se opor ao recebimento dos ativos de iluminação pública, em casos que a distribuidora de Energia não venha realizar a adequação dos equipamentos que estão fora de norma, comprovadamente demonstrada essa inadequação por meio de laudo técnico de inspeção, trazendo para a Concessionária a previsão contida no § 5º do art. 218 da referida resolução, que caracteriza o motivo da não transferência por responsabilidade da distribuidora.



Sede

SCRS 505, Bl. C – Lt. 01 – 3º Andar
CEP: 70350-530 – Brasília/DF
Tel/Fax: (61) 2101-6000

Escritório Regional

Rua Marcílio Dias, 574
Bairro Menino Deus
CEP: 90130-000 – Porto Alegre/RS
Tel/Fax: (51) 3232-3330

www.cnm.org.br

 /PortalCNM

 @portalcnm

 /TVPortalCNM

 /PortalCNM