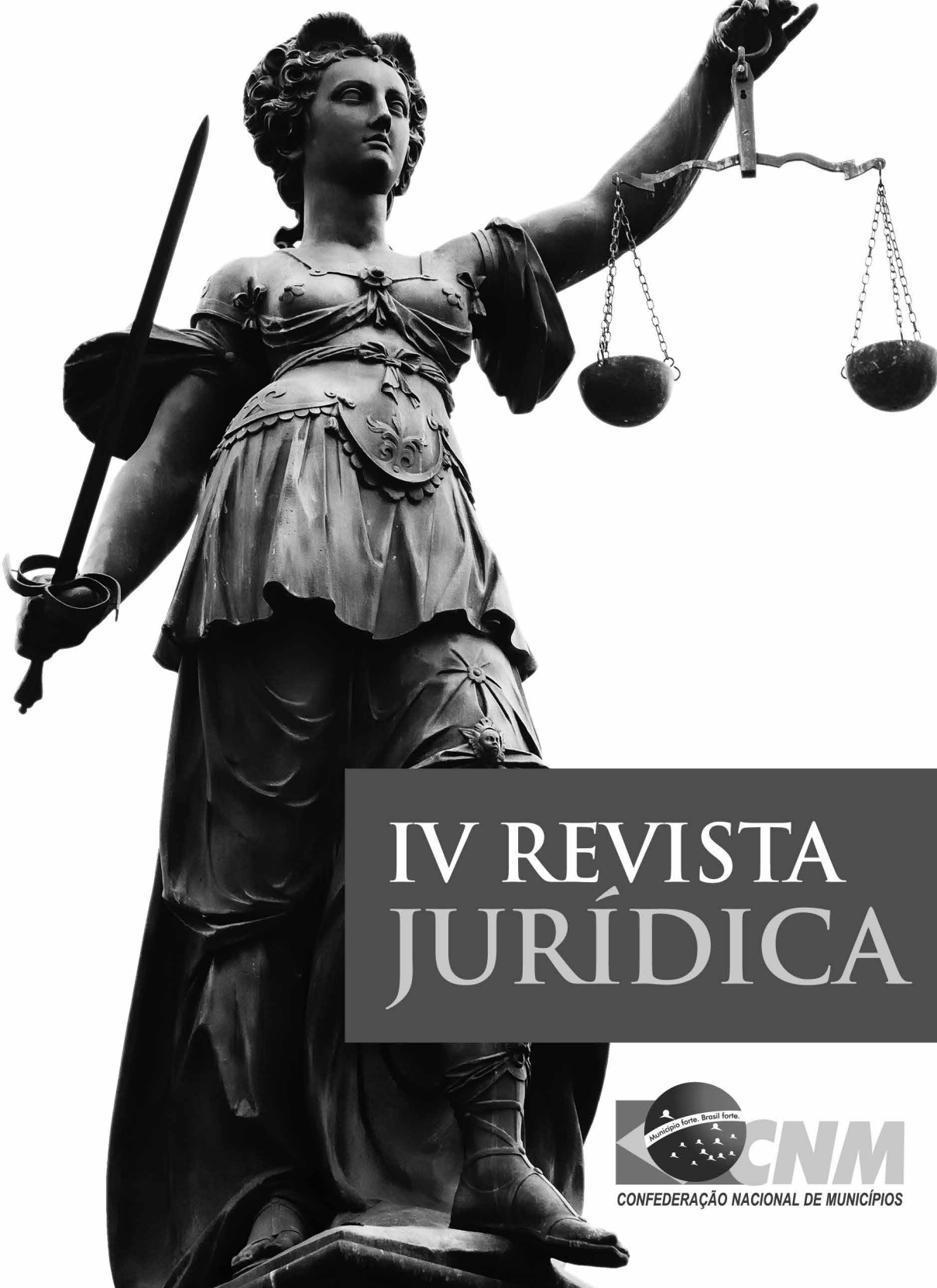




IV REVISTA
JURÍDICA

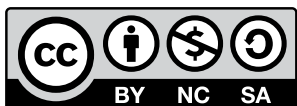




IV REVISTA JURÍDICA



2016 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

Revisão de textos:

Keila Mariana de A. O. Pacheco

Diretoria-Executiva:

Gustavo de Lima Cezário

Diagramação:

Themaz Comunicação

Ficha Catalográfica

Confederação Nacional de Municípios – CNM

IV Revista Jurídica CNM / Confederação Nacional de Municípios – Brasília: CNM, 2016.

256 páginas.

ISSN 2238-5738

I. *Título.*



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

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

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

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	7
PREFÁCIO.....	9
REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS, RESPONSABILIDADES E RECURSOS NO FEDERALISMO COOPERATIVO BRASILEIRO – UMA ABORDAGEM A PARTIR DOS PROBLEMAS ENFRENTADOS PELOS ENTES FEDERADOS LOCAIS	
Elena Pacita Lois Garrido	11
CONSIDERAÇÕES SOBRE OS PRAZOS DE DESINCOMPATIBILIZAÇÃO PARA AS ELEIÇÕES MUNICIPAIS DE 2016	
Vanessa Alexandra Santos Rezende.....	37
INGRESSO FORÇADO DE AGENTES PÚBLICOS EM IMÓVEIS PARA CONTENÇÃO DE DOENÇAS TRANSMITIDAS PELO <i>Aedes Aegypti</i>: UMA ANÁLISE DA MEDIDA PROVISÓRIA 712/2016	
Thiago Santos Rocha.....	50
O ESTADO BRASILEIRO	
Antonio Sérgio Baptista	73
ADICIONAL DE INSALUBRIDADE: DIFERENÇAS ENTRE MUNICÍPIOS CELETISTAS E ESTATUTÁRIOS	
Fábio Luiz Pacheco	76
A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O MARCO REGULATÓRIO DAS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL	
Jamille Lavale de Carvalho Henriques de Moura	90
REMUNERAÇÃO PELO SERVIÇO PÚBLICO DE MANEJO DE ÁGUAS PLUVIAIS URBANAS	
Wladimir Antonio Ribeiro	111
CONDOMÍNIOS HORIZONTAIS DE LOTES:A REALIDADE FÁTICA NOS MUNICÍPIOS E SUA PREVISÃO LEGAL	
João Pedro Lamana Paiva	129

APLICAÇÃO DA IMUNIDADE PREVISTA NO ART. 195, §7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL AOS ENTES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA

Carlos Felipe Gonçalves Demetrio 142

OS MUNICÍPIOS NO MUNDO DIGITAL: DESAFIOS E RESULTADOS PROMISSORES

Milene Coscione, Raquel Guimarães e Luiz Claudio Pimenta Filho 160

A COMUNIDADE PACIFICANDO OS SEUS CONFLITOS: A IMPORTÂNCIA DO PODER LOCAL NA PROMOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS COMUNITÁRIAS DE ACESSO À JUSTIÇA

Marli Marlene Moraes da Costa e Rodrigo Cristiano Diehl 172

DESAFIOS DO SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL

Rodolfo Amaral 196

GESTOR PÚBLICO PODE SER RESPONSABILIZADO NA AQUISIÇÃO DE LUMINÁRIAS PARA ILUMINAÇÃO PÚBLICA QUE NÃO ATENDAM ÀS NORMAS DA ABNT

Alfredo Gioielli 201

A COMPETÊNCIA E A LEGALIDADE DE NOTIFICAÇÃO DE LANÇAMENTO NAS FISCALIZAÇÕES DO IMPOSTO TERRITORIAL RURAL (ITR) PELOS MUNICÍPIOS

Wesley Rocha 209

O CONTROLE SOCIAL DA GESTÃO PÚBLICA MUNICIPAL NA HOMOLOGAÇÃO: A POSSIBILIDADE DE REVISÃO DE TODAS AS FASES DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

Ricardo Hermany e Luiz Felipe Nunes 221

BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS MUNICÍPIOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Ernesto José Toniolo 243

APRESENTAÇÃO



A Confederação Nacional de Municípios (CNM) traz ao leitor a 4ª edição de sua Revista Jurídica com temas recentes e de grande relevância para os gestores e todos aqueles que vivenciam o dia a dia em cada um dos 5.568 Municípios brasileiros.

Nos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, diariamente nos deparamos com propostas e decisões que podem impactar nos Municípios, sendo que, infelizmente, na sua maioria, o impacto tem sido negativo. Tais medidas consequentemente ignoram a autonomia deste Ente da Federação.

O Município deve estar atento a leis, decisões ou até mesmo propostas legislativas que tenham por objetivo alterar a gestão local. Deve lutar incansavelmente para que sua autonomia, garantida pela Constituição Federal, seja respeitada.

É com esse intuito de bem informar que entregamos aos nossos municipalistas a 4ª edição da nossa Revista Jurídica.

Sem dúvida, é motivo de grande satisfação para esta Confederação poder franquear uma obra que discute –sob o olhar municipalista –temas de grande importância para os nossos Municípios.

Boa leitura a todos.

Paulo Ziulkoski

Presidente da CNM

PREFÁCIO

A Constituição Federal garante que o Ente Público Município deve ter o mesmo tratamento que é dispensado à União e aos Estados.

Porém, a realidade insiste em nos mostrar que os Municípios são os Entes mais frágeis da nossa Federação. No final de mais um mandato na esfera municipal, observamos que o desrespeito à autonomia permanece, o que tem feito com que muitos prefeitos e vereadores desistam de disputar as próximas eleições.

Há anos nossos Municípios enfrentam uma crise sem precedentes em que prefeitos se vêem obrigados a descumprir a Lei de Responsabilidade Fiscal, cogitar a entrega de Programas Federais e lutar para que sua autonomia seja respeitada pelo Congresso Nacional, Judiciário e demais Entes da Federação.

Não obstante, a todo momento surgem novas obrigações a cumprir, ainda que comprovadamente não seja possível cumprir nem as existentes.

O Fundo de Participação dos Municípios mensalmente é zerado e não permite que sobre recursos para atender aos anseios da população, que bate diariamente na porta do gabinete do prefeito cobrando melhorias principalmente nas áreas de Saúde, Educação e Assistência Social. Sabemos que população não exige providências da presidenta da República e do governador, mas sim do prefeito e dos vereadores da sua cidade. O povo não quer saber se falta dinheiro nos cofres públicos, o povo quer o cumprimento das garantias que lhe são permitidas por lei. Por outro lado, os promotores de justiça não hesitam em ajuizar ações civis públicas contra os gestores, ainda que saibam das dificuldades que cada Município enfrenta para cumprir o que determina a lei.

A 4ª edição da nossa Revista Jurídica é lançada no momento em que o país tenta minimizar os efeitos da crise que já é permanente e que consequentemente atinge a todos os 5.568 Municípios brasileiros.

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

REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS, RESPONSABILIDADES E RECURSOS NO FEDERALISMO COOPERATIVO BRASILEIRO – UMA ABORDAGEM A PARTIR DOS PROBLEMAS ENFRENTADOS PELOS ENTES FEDERADOS LOCAIS

Elena Pacita Lois Garrido¹

RESUMO: O presente trabalho trata da formação do Estado Federal brasileiro e sua evolução, numa rápida síntese histórica e da inserção no contexto federalista do Ente público – Município – e as contestações que esse ineditismo sofre de parte da doutrina e jurisprudência pátrias e suas justificativas, tendo o foco principal na repartição de competências que responsabiliza no mesmo nível todos os Entes sem, no entanto, por falta de regulamentação, estabelecer parâmetros para a atuação e principalmente sem estabelecer os recursos

¹ Bacharel em Direito pela Universidade de Cruz Alta e pós-graduada em Gestão Estratégica Municipal pela Unisc. E-mail: elenapacita.garrido@gmail.com.

físicos, técnicos e financeiros para fazer frente às obrigações com a população, que em decorrência das alargadas desigualdades regionais e locais exige muito planejamento, ação competente e políticas públicas focadas, dos gestores em todos os níveis. A fundamentação teórica utilizada são os trabalhos de autoria de Gilberto Bercovici com destaque especial para a obra “Dilemas do Estado Federal Brasileiro” e as obras de diversos autores que fundamentaram as discussões e os trabalhos desenvolvidos ao longo do semestre na disciplina Políticas Tributárias e Financeiras.

Palavras-chave: Federalismo Cooperativo. Repartição de competências. Municípios. Responsabilidades. Recursos.

1. INTRODUÇÃO

Originário da Confederação dos Estados livres e independentes nos Estados Unidos da América, que pactuaram uma conciliação para assegurar-lhes o estabelecimento de legislação reguladora da ordem; de regras comerciais; de negociações indispensáveis ao desenvolvimento, fundadas na relação com outros países; da organização política e administrativa, o federalismo resulta da formulação de acordos formais de reciprocidade entre Entes autônomos, voltados para objetivos comuns. Federalismo é pactuação.

Optante por esta forma de Estado, o Brasil após a Proclamação da República instituiu a prática federativa por desagregação, já que o Império do Brasil era um estado unitário, com governo centralizado e sem qualquer tradição de repartição, ao menos de recursos e poder.

A opção federalista não tinha qualquer reconhecimento entre o povo que sequer da República estava convencido e, conseqüentemente, embora expressas as regras do federalismo, a executoriedade dessa condição tem enfrentado inúmeros revezes ao longo dos anos e dos sucessivos formatos de Estados brasileiros que a história vem registrando.

Até bem pouco tempo, a tradição imperial se refletia na consciência popular, visto ser o presidente da República o chefe do Estado e do Governo, o poderoso comandante da Nação, a figura imperial da República Federativa do Brasil. Somente nas últimas décadas, com a facilitação dos meios de comunicação de massa, é que o entendimento mais claro das funções dos diversos poderes que compõem a Federação começam a ser distinguidos pela população brasileira em geral.

Ao contrário desta consciência incipiente do modelo federativo de governo, a intelectualidade e os políticos em atuação, numa reação muito forte ao autoritarismo que absorveu a administração pública no Brasil por boa parcela do século XX, construíram na Constituição de 1988 um modelo federativo avançadíssimo, inédito, incluindo entre os Entes federados também os Municípios e o Distrito Federal. Isso causou discussões e gerou posições divergentes na doutrina e na jurisprudência pátrias.

Ao mesmo tempo em que os avanços formais foram extraordinários, as práticas políticas e administrativas continuam a permear o retrógrado caminho da centralização, principalmente de recursos financeiros, esgarçando de forma muito perigosa a Federação brasileira e reduzindo assustadoramente a capacidade gerencial dos entes federados, fazendo-os dependentes da União e por isso, diminuindo sua importância diante do povo.

A repartição das competências indiscutivelmente está formalmente caracterizada por certa racionalidade, procurando permitir a redução das nossas gritantes desigualdades e possibilitando o atendimento mais direto aos agrupamentos humanos, porém não se desenvolvem políticas públicas de qualidade e com resultados sem recursos físicos, humanos e financeiros compatíveis com as necessidades. Além disso, embora as competências estejam formalmente repartidas, os recursos não estão reciprocamente destinados.

O que se pretende demonstrar no presente estudo é a enorme disparidade entre a formal organização do Estado Federal brasileiro e a real prática política, administrativa e financeira de executoriedade do caos econômico, tributário, fiscal e social do Estado Federal brasileiro.

2. O FEDERALISMO COOPERATIVO BRASILEIRO E A REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS

2.1. Síntese histórica do federalismo brasileiro

O federalismo como sistema político é a reunião de Entes, Estados ou províncias – ou outra denominação que a eles se atribua – que se unem para formar uma instituição maior, mais ampla, mais forte e por vezes diversificada. Um Estado Central que os une, sem, no entanto, diminuir ou suprimir a autonomia dos que por essa forma de Estado optaram. “Na realidade, o único ente titular da soberania é a União. O Estado-Membro é dotado apenas de autonomia, compreendida como governo próprio dentro do círculo de competências traçadas pela Constituição Federal”. (BERCOVICI, 2004, p. 13).

A Ciência Política nos informa que, sendo de origem grega, a autonomia significa liberdade, auto suficiência ou relativa independência e que, portanto, a autonomia de um Ente ou de uma região significa que este elabora sua própria legislação e rege seus procedimentos sem interferência do governo central. A autonomia política respeita as escolhas, relações iguais entre governos, práticas administrativas e gerenciais próprias de cada um.

Fundam-se, portanto, as bases do federalismo na expressão de vontade de Estados autônomos em pactuar uma união sob a guarda de um governo central, sem declinar de suas prerrogativas políticas, administrativas e financeiras.

A questão que decorre desta conceituação é em relação ao federalismo brasileiro: quando esta opção ocorreu e de que forma ela se operou? Que bases sustentaram a opção por esta forma de Estado?

Um estado unitário que se fortaleceu com a vinda da Família Real Portuguesa, que teve sua independência proclamada em decorrência de atritos entre a própria família real e a tentativa de recentralização das cortes portuguesas no que se refere a recursos financeiros, principalmente, e, por essa razão, mantém a mesma forma de governo, substituindo o rei por um imperador. É

também onde todas essas alterações acontecem ao largo da participação popular; é a síntese do Estado que vai chegar à República em 1889 com a opção pela forma de Estado Federado.

Embora inúmeras revoltas, em diferentes regiões, tenham objetivado a implantação da República, o pano de fundo de todas elas era na verdade o problema fiscal, a repartição de receitas e a alta tributação. Ideário Republicano efetivamente não estava impregnado na vontade popular e como exemplo tem-se a Revolução Farroupilha, a qual chegou a proclamar uma república tendo elaborado uma Constituição praticamente cópia da Constituição do Império e as declarações de seus líderes defendendo teses conceitualmente monárquicas. Os farroupilhas defenderam sempre sua união ao Império do Brasil. A proclamação da República Rio-grandense foi um arroubo juvenil do exército após a prisão de seu chefe maior, Bento Gonçalves, que se não estivesse preso não autorizaria a proclamação levada a efeito nos campos do Seival.

A República nasce da forte oposição à forma de governo monárquica. Ela traduz a negação da direção do Estado por parte de pessoa física, que possa representar exclusivamente a nação, a despeito de sua população, que teoricamente é quem detém a soberania. (AGRA, 2005 p. 58).

A República brasileira é proclamada sem qualquer expressão de vontade popular, decorrendo tão somente da total insatisfação do poder econômico e do elevado prestígio do exército, por vitórias sucessivas em confrontos nos campos de batalha. O povo levou um longo tempo para assimilar o novo regime, que criou um presidencialismo quase que imperial.

Embora exista essa constatação da indiferença do povo sobre os rumos da política e práticas governamentais, setores intelectualizados esboçavam já em 1870 uma reação pró-republicanismo, com a publicação do Manifesto Republicano e a organização de um partido político e que entre tantas outras ponderações pregava a implantação de uma Federação brasileira, nos moldes do sis-

tema adotado pelos Estados Unidos. Essas proclamações tentavam demonstrar que o centralismo monárquico era um impeditivo do desenvolvimento nacional.

O unitarismo durou enquanto houve identificação do poder econômico com o poder político, além da ausência de grandes conflitos entre as elites dirigentes. Com o deslocamento do centro dinâmico da economia após 1850, o desequilíbrio criado entre o poder econômico e o poder político deu novo vigor à aspiração federalista (BERCOVICI, 2004, p. 29).

Com a proclamação da República, o Federalismo foi instituído por Decreto, o 1, datado de 15 de novembro de 1889, assim instituía: “Proclama provisoriamente e decreta como forma de governo da Nação Brasileira a República Federativa, e estabelece as normas pelas quais se devem reger os Estados Federais”.

Curiosamente, o art. 2º do Decreto 1 normatiza que “As províncias do Brasil reunidas pelo laço da Federação, ficam, constituindo os Estados Unidos do Brasil”, no art. 3º, por sua vez, estava previsto que: “Cada um desses Estados, no exercício de sua legítima soberania, decretará oportunamente a sua constituição definitiva, elegendo os seus corpos deliberativos e os seus Governos locais”.

A manutenção da ordem era responsabilidade dos Estados e, onde estes não pudessem assegurá-la, o Governo Central interviria. Também estava previsto que não haveria o reconhecimento de nenhum governo local contrário à forma Republicana.

Como se pode deduzir, não foi estabelecida nenhuma pactuação, tampouco foi feita alguma discussão sobre rumos a serem seguidos.

Contrariamente à inspiração para o estabelecimento de um Estado Federal, o brasileiro nasceu de um decreto, de um governo provisório, criado pela força militar.

Informa Bercovici (2004, p. 31) que “o federalismo da Constituição de 1891, moldado no federalismo dualista clássico, praticamente ignorou a cooperação entre União e entes federados”.

O federalismo dual clássico estabelece a total separação das competências entre a União e os Estados Federados; normalmente, a Constituição rege as competências da União, deixando aos Estados tudo o que não está sob a responsabilidade desta. É conhecida como competência residual.

A Constituição Republicana no que se referia a receitas previa que cada Estado deveria encontrar os meios para sua subsistência, e a União prestaria socorro somente nas situações de calamidade pública, após estes comprovarem que haviam exaurido totalmente seus recursos próprios, e, mesmo assim, o atendimento aos pleitos dependeria de avaliação do governo federal.

As finanças estaduais eram auferidas por meio de impostos, que poderiam ser decretados sobre a exportação de sua produção; sobre imóveis rurais e urbanos; transmissão de propriedade; indústrias e profissões e ainda pelas taxações sobre selos de atos de governo e negócios próprios e ainda contribuições relativas aos serviços de correios e telégrafos.

Essas práticas políticas da nova Federação ampliaram as já bem acen tuadas desigualdades entre as regiões brasileiras, privilegiando os Estados economicamente mais fortes, o que também repercutiu no sistema político, pois a força dos governadores dos Estados mais ricos sobrepunha-se ao Congresso Nacional, subjugando-o aos seus interesses. O Poder Executivo assumiu um enorme protagonismo, e as eleições presidenciais eram o auge da ação política que se revezava também entre os Estados mais aquinhoados financeiramente, visto disporem também de maior eleitorado por força da educação mais bem atendida.

Lembra Bercovici (2004, p. 33) que: “o presidente da República distribuía as verbas federais entre os seus aliados nos Estados, podendo utilizar o Exército para depor qualquer governo estadual que se opusesse à sua política”.

Em 1930, o federalismo brasileiro sofre seu primeiro retrocesso, pois ocorreram intervenções em todos os Estados e Municípios que tiveram seus di-

rigentes nomeados pelo governo central, além do fato de que toda a arrecadação tributária passou a ser centralizada na União. Também os Estados foram proibidos de contrair empréstimos, e suas dívidas passaram a ser assumidas pela União.

A Constituição de 1934 manteve a forma de governo da República Federativa e tomou para si a competência para legislar sobre tudo praticamente e de conceder serviços públicos. Aos Estados foi assegurada preferência para as concessões federais em seus territórios, de alguns serviços. Também estava previsto que leis estaduais poderiam suprir lacunas legislativas federais, em temas que lhe fossem peculiares.

A decretação de tributos passou a ser privativa da União, ficando para os Estados o direito de decretar impostos sobre propriedade territorial rural; consumo de combustíveis; vendas e consignações; exportação de sua produção; indústrias e profissões; atos de governo e negócios próprios, além de taxas sobre serviços estaduais.

2.2. Federalismo cooperativo

No art. 9º da Constituição de 1934 surge um esboço de federalismo cooperativo que normatiza ficar facultado à União e aos Estados celebrar acordos para a melhor coordenação e desenvolvimento dos respectivos serviços, e, especialmente, para a uniformização de leis, regras ou práticas, arrecadação de impostos, prevenção e repressão da criminalidade e permuta de informações.

No art. 10 estão listadas as competências concorrentes e chama atenção a possibilidade de criar outros impostos, além dos que são atribuídos privativamente para os Estados-membros, ficando, no entanto, a obrigação de reparti-los com os outros entes. Constituição da República Federativa dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934.

O artigo 10 da Constituição de 1934 fixou, pela primeira vez na história constitucional brasileira, a repartição das competências

concorrentes, dando ênfase à solidariedade entre a União e os entes federados. Já a cooperação propriamente dita foi inaugurada com os artigos 140 e 177, que tratavam do combate às endemias e às secas no Nordeste. (BERCOVICI, 2004, p. 40).

Regrava o art. 140: “A União organizará o serviço nacional de combate às grandes endemias do País, cabendo-lhe o custeio, a direção técnica e administrativa nas zonas onde a execução do mesmo exceder as possibilidades dos governos locais.”

A redação do art. 177 era a seguinte:

A defesa contra os efeitos das secas nos Estados do Norte obedecerá a um plano sistemático e será permanente, ficando a cargo da União, que despenderá, com as obras e os serviços de assistência, quantia nunca inferior a quatro por cento da sua receita tributária sem aplicação especial.

O Estado Novo em 1937 elevou a centralização ao máximo e a Federação esfacelou-se. O art. 1º da Constituição especificava: “O Brasil é uma República. O poder político emana do povo e é exercido em nome dele e no interesse do seu bem-estar, da sua honra, da sua independência e da sua prosperidade”. No art. 3º está presente a afirmação de que o Brasil é um Estado Federal.

Em 1946, retoma-se o federalismo cooperativo e, segundo informa Bercovici (2004, p. 42): “com grande ênfase na redução dos desequilíbrios regionais, favorecendo, apesar do reforço do poder federal, a cooperação e a integração nacional”.

Também a Constituição de 1946, embora assuma para si quase que integralmente a capacidade para tributar, estabelece aspectos bem interessantes como a obrigação de repassar 60% do resultado do imposto sobre produção, comércio, distribuição e consumo, e bem assim importação e exportação de lubrificantes e de combustíveis líquidos ou gasosos de qualquer origem ou natu-

reza, estendendo-se esse regime, no que for aplicável, aos minerais do país e à energia elétrica para Estados e Municípios e 10% do tributo sobre consumo de mercadorias, para os Municípios, entregando-o no quarto trimestre de cada ano.

Um aspecto muito interessante e que poderia ser aproveitado na atualidade para o combate e a redução da pobreza está presente no que prevê o § 1º do art. 15, que trata da capacidade da União para tributar e que assim prevê: “São isentos do imposto de consumo os artigos que a lei classificar como o mínimo indispensável à habitação, vestuário, alimentação e tratamento médico das pessoas de restrita capacidade econômica”.

O federalismo cooperativo estabelece uma relação de interdependência entre os Estados que compõem a Federação, pois há um objetivo maior a ser alcançado por todos, ou vários, como no caso da superação de dificuldades comuns ou únicas que afetam o todo. Estas últimas encontram relevância principalmente nos aspectos ambientais. “Na medida em que há coordenação na Federação, temos várias formas de interdependência entre os agentes nos diversos âmbitos e nos diferentes planos de ação.” (FARIAS, 1999, p. 356).

Ensina Bercovici que é indispensável distinguir, no entanto, a coordenação da cooperação propriamente dita. “A coordenação é, na realidade, um modo de atribuição e exercício conjunto de competências no qual os vários integrantes da Federação possuem certo grau de participação” (BERCOVICI, 2002, p. 16).

A coordenação encontra-se quantificada no texto Constitucional, na repartição dos poderes e das competências, principalmente as elencadas como concorrentes, possibilitando que cada Ente decida, mantendo a prevalência do Direito Federal, o *modus operandi* da execução da obrigação.

É de se perceber que, no federalismo cooperativo, o excesso de intervenção da União pode levar, de direito ou de fato, ao aniquilamento da forma de Estado federal. Mas, por outro lado, respeitadas as autonomias locais, é de se notar que o federalismo, visto como uma possibilidade de o Estado se organizar

para gerir a coisa pública em função das pessoas necessita ser organizado e coordenado. (RODRIGUES, 2013, p. 99).

A cooperação, na Federação brasileira, se revela no elenco de responsabilidades alinhados no art. 23 da Constituição, que obriga a atuação e a responsabilização conjunta das diversas esferas na consecução de obrigações indispensáveis “ao equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional”, como expressa o parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal de 1988.

Não existindo supremacia de nenhuma das esferas na execução das tarefas, as responsabilidades também são comuns, não podendo nenhum dos Entes da Federação se eximir de implementá-las, pois o custo político recai sobre todas as esferas de governo (BERCOVICI, 2002, p. 17).

Indiscutivelmente este é o grande gargalo que pressiona os Entes federados que integram o Estado Federal brasileiro. A existência de inúmeras competências comuns de impacto direto na população e a concentração da arrecadação no governo federal que, ao devolver recursos aos Entes federados, o faz em partículas irrisórias, impactando negativamente tanto nos governos estaduais como nos municipais e favorecendo o endividamento destes e consequentemente o seu enfraquecimento, tendo em vista que não atendem aos clamores populares.

Acredita-se que o modelo federalista, do Brasil, é o cooperativo, tendo-se como certo que a União deve agir como organizadora, harmonizadora e coordenadora de um plano nacional de desenvolvimento que, compatibilizando planos nacionais e regionais, deve buscar o bem-estar, a dignidade, para todos os brasileiros, como o determina a Constituição Federal (RODRIGUES, 2013, p. 105).

Além disso, a criação de programas nacionais de impacto geral cuja execução é repassada aos governos locais sem o suficiente provisionamento de recursos, contrariando todas as normas de responsabilidade fiscal que obrigam todos os gerentes de recursos públicos ou não, aponta para uma negação orquestrada da Federação, que parece querer retornar aos tempos da primeira república.

Há uma tendência centralizadora disfarçada que põe em risco todas as conquistas até aqui alcançadas e não é sem efetiva preocupação que o Congresso Nacional acena com a possibilidade de regulamentar o Pacto Federativo Brasileiro, pois a concentração de recursos é tamanha que os demais Entes federados e a população estão enfrentando o retrocesso de conquistas inadiáveis para a melhoria dos índices de desenvolvimento humano do nosso povo e das nossas regiões vulneráveis, asfixiados pelo excesso de responsabilidades e a falta de recursos mínimos para o seu cumprimento.

Considerando que o Estado Federal é constituído pela junção dos Estados-membros e por uma população que opta por se submeter à organização de um governo central e dos governos regionais, cumprindo obrigações e usufruindo deveres e direitos em ambos, protegidos pela soberania do primeiro e autonomia do segundo, a forma do Estado brasileiro efetivamente é federal, só que: “O Brasil configura um federalismo trino, com três níveis de poder: o federal, o estadual e o municipal, onde os Estados-membros concentram pouca autonomia” (RICCITELLI, 2007, p. 139).

2.3. A tricotomia do Poder na Federação brasileira

Uma das possíveis razões que levaram à adoção do federalismo cooperativo no Brasil foi a extensão territorial do Estado brasileiro e, na continuidade, a conseqüente extensão também dos Estados-membros em sua maioria o que pode ser considerado também como motivação para a condução do Ente local, Município, à situação de Ente federado integrante do Estado Federal,

com autonomia constitucionalmente assegurada e o estabelecimento de competências concorrentes e privativas.

Os Municípios passam a compor o Estado Federal, rompendo o texto de 1988, também neste passo, com tradição de nosso constitucionalismo que foi a de não fazer constar o Município como integrante da estrutura federal. A rigor, não há federação de Municípios, mas de Estados, não se justificando, em princípio, sua inserção no quadro federativo, notadamente se observarmos que os Municípios não dispõem de órgão legislativo próprio, como o Senado Federal, que é câmara dos Estados, para efetivar o princípio da participação na formação da vontade nacional, essencial à caracterização do Estado Federal (CARVALHO, 2010, p.1034).

A doutrina não aceitou muito bem esta ampliação da Federação, que alcançou com prerrogativas de membros de Estado federado os Entes locais. É uma inovação e, como tal, enfrenta resistências já que foge ao “modelo” estabelecido, porém, as federações existentes na atualidade já são diferentes do modelo clássico do federalismo norte-americano.

Também é importante lembrar que, desde a proclamação da República, as Constituições brasileiras fizeram constar em seus textos a autonomia dos Municípios para tratar de temas de seu peculiar interesse, o que precisa ser reconhecido como uma via para se chegar à situação atual. Os governos do Brasil sempre contaram com os Municípios como braço executor de ações administrativas, logo, não muito distante das realidades hoje vivenciadas. A diferença fundamental é a obrigação de repartir poder e recursos.

No Brasil as desigualdades entre regiões do país e entre pequenos grupamentos dentro de algumas regiões são de tal monta que somente o empoderamento dos governos diretamente ligados a essas populações poderá alcançar-lhes políticas públicas capazes de encaminhar a melhoria da qualidade de

vida destas e proporcionar-lhes condições de inserção social e nos mercados de trabalho, de suporte educacional básico e cuidados elementares com a saúde.

Por outro lado, se analisados os preceitos inseridos em todas as Constituições, constatar-se-á que a declaração de autonomia dos Entes Municípios foi sempre a regra, embora não lhes fossem determinadas competências como na Constituição de 1988. Portanto, é uma questão de superação de preconceitos a aceitação do Município como ente integrante da Federação brasileira, com capacidade para se auto administrar e com autonomia política, administrativa e financeira como prevê a norma maior.

O Município brasileiro é entidade estadual integrante da Federação. Essa integração é uma peculiaridade nacional. Em nenhum outro país se encontra o Município constitucionalmente reconhecido como peça do regime federativo. Dessa posição singular do Município brasileiro é que resulta a sua ampla autonomia político-administrativa, diversamente do que ocorrem nas demais federações em que o Município é circunscrição territorial meramente administrativa. (MEIRELLES, 2006, p. 733).

De outra forma, a corrente divergente do entendimento de que os Municípios a partir de 1988 passaram a usufruir o *status* de integrantes da Federação alega entre outras razões que além de não disporem de representação no Senado Federal (questão política que pode ser resolvida se o Congresso assim o desejar), não têm condições de manter o terceiro poder, imprescindível para a existência federativa, o que não é característica fundamental, já que os demais Entes suprem essa lacuna, e o Poder Judiciário está presente nos Municípios cumprindo a função jurisdicional.

Veja-se que é típico do Estado Federal a participação de entidades federadas na formação da vontade federal, do que resulta a criação do Senado Federal, que, entre nós, não tem na

sua composição, representantes de Municípios. Os Municípios tampouco mantêm um Poder Judiciário, como ocorre com os Estados e com a União. Além disso, a intervenção nos Municípios situados em Estado-membro está a cargo deste. Afinal, a competência originária do STF para resolver pendências entre entidades componentes da Federação não inclui as hipóteses em que o Município compõe um dos pólos da *lide* (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 815).

Na verdade, a resistência que se apresenta tem como pano de fundo o aprofundamento da crise de poder dos Estados-membros e de seus governos, que, inviabilizados pelo excessivo endividamento, deixaram de ser os protagonistas da execução de políticas públicas básicas para as populações, perdendo com isso prestígio político.

O prestígio e a importância do cargo executivo municipal elevaram-se de tal forma que a cada eleição é maior o número de deputados federais e senadores que retornam às suas bases eleitorais pleiteando o mandato de prefeito, o que até bem pouco tempo servia tão somente como trampolim para vãos mais elevados.

É, portanto, a Federação brasileira organizada por três esferas de poder, contando com mais uma que acumula dois níveis – o Distrito Federal, que soma as competências e as receitas de Estado e Município, além de contar com o Fundo Constitucional repassado pelo Tesouro Nacional para manter as condições de funcionalidade da sede do governo da República.

As desigualdades a cada década mais profundas impuseram ao Estado Federal brasileiro práticas mais efetivas de gestão e certo protagonismo no desenvolvimento de políticas voltadas para o crescimento quantitativo da economia juntamente com o crescimento qualitativo das condições de vida das populações das regiões mais vulnerabilizadas pelo distanciamento das metrópoles; pela inexistência de infraestrutura capaz de propiciar o progresso e pela

fragilidade das ações formativas de educação e preparação para o mercado de trabalho tecnológico.

O Federalismo Cooperativo se justifica pelo fato de que, em um Estado intervencionista e voltado para a implementação de políticas públicas, como o estruturado pela Constituição de 1988, as esferas subnacionais não tem mais como analisar e decidir, originariamente, sobre inúmeros setores da atuação estatal, que necessitam de um tratamento uniforme em escala nacional. Isso ocorre principalmente com os setores econômico e social, que exigem uma unidade de planejamento e direção (BERCOVICI, 2004, p. 57).

A constituição brasileira trouxe em seu arcabouço a vontade expressa de que os governos locais tivessem atuação direta no esforço conjunto de superação de nossas deficiências e desigualdades sem que, para isso, as culturas regionais, as vocações produtivas locais e as potencialidades de cada região da imensa Nação brasileira fossem desconsideradas e uniformizadas em nome do desenvolvimento que somente por isso já não seria sustentável.

Passou por essas razões certamente a maior virtude da constituinte de 1988 ao inserir o Ente público local como figura integrante da Federação brasileira e ao promover o seu governo local à condição de igualdade e responsabilidade dos demais no espaço físico sob a sua jurisdição.

3. A REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS, RESPONSABILIDADES E RECURSOS NO FEDERALISMO BRASILEIRO

Bercovici (2004, p. 61) leciona que:

A fonte da cooperação federal é a Constituição. Fora dos casos expressamente previstos o texto constitucional (obrigatórios ou facultativos), predomina o princípio da separação e indepen-

dência no exercício das competências constitucionais. No caso brasileiro, as competências comuns do art. 23 da Constituição, após sua regulamentação pela lei complementar prevista no parágrafo único do mesmo artigo, serão obrigatórias para a União e todos os entes federados. A lei complementar prevista não poderá retirar nenhum ente da titularidade das competências comuns, nem restringi-las.

Não foi este o procedimento seguido pelo legislador quando do primeiro passo no caminho dessa regulamentação, que, aliás, precisa andar com maior celeridade, sob pena de desidratar o Pacto Federativo Brasileiro ao alterar a redação do parágrafo único (EC 53/2006), passando para o plural a previsão inicial e regrando que Leis Complementares fixarão normas para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Na regulamentação introduzida pela Emenda Constitucional acima citada, a Educação passou a ter a responsabilidade dividida entre os Entes, ficando para os Municípios a obrigação relativa à educação infantil e ao ensino fundamental, expressamente estabelecido na alteração ao inc. VI do art. 30 da CF e o restante da educação básica (ensino médio), responsabilidade dos Estados.

A regulamentação do art. 23 é urgente, pois há obrigações que precisam ser assumidas claramente pelos Entes e que, por força da inexistência de compromisso expresso, acabam sem o devido atendimento; e a população somente consegue fazer jus ao usufruto do benefício acionando o Poder Judiciário, que também não realiza a redistribuição, normalmente decide pela responsabilização do Ente mais próximo do reclamante, sem verificar a existência ou não de meios capazes de atender ao compromisso. Na área da saúde, ocorrem os exemplos mais gritantes da judicialização.

Pela regra constitucional, são todos os Entes – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – responsáveis por atender saúde e assistência, patrimônio histórico, artístico e cultural; assegurar acesso à cultura, educação e ciência (diga-se pesquisa); proteção ao meio ambiente, combate à poluição, preserva-

ção de florestas, fauna e flora; fomento de produção e organização do abastecimento; programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais e saneamento básico; combate à pobreza, aos fatores de marginalização e promoção da integração social dos setores desfavorecidos; registro, acompanhamento e fiscalização de concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais; políticas de educação para o trânsito. Como se vê, são muitas as responsabilidades e praticamente nada está regulamentado.

Na área da saúde, por exemplo, as competências são extremamente amplas e algumas pactuações conveniadas possibilitam alguns níveis de atendimento entre os Entes, porém, a destinação de recursos acaba por penalizar os Entes com maiores atribuições, os Municípios que estão obrigados a destinar 15% de suas receitas para a saúde, enquanto os Estados precisam destinar 12% e a União não tem qualquer previsão de percentual de receita a destinar para a saúde. A obrigação de União é tão somente de gastar o mesmo do ano anterior acrescido do crescimento do PIB. Se considerarmos que o PIB brasileiro há algum tempo está estagnado, é possível entender porque o país vive o caos atual na saúde e porque a média de gasto dos Municípios com saúde está próxima a 24% das receitas desses Entes.

As críticas às competências concorrentes e comuns expressas na Constituição são bastante significativas e há avaliações muito rigorosas a esta realidade, com o entendimento de que seria fundamental uma clareza maior e uma inevitável descentralização para os Estados e os Municípios. Até certo ponto, o legislador está realizando estas correções como no caso da regulamentação da educação.

Bercovici (2004) explica a origem dos problemas que se refletem diretamente nos Entes federados, a partir da repartição de receitas durante o processo constituinte, que:

teve como característica a polarização regionalista, não ideológica, dos debates. Deste modo, tornou-se lugar-comum afirmar

que a Constituição de 1988 atribuiu receitas, mas não encargos, para Estados e Municípios. Para solucionar o grave desequilíbrio fiscal gerado pela Constituição, seria necessária uma total reformulação, com base na descentralização e no princípio da subsidiariedade. As receitas até podem ser mantidas no mesmo nível, mas as competências federais devem ser descentralizadas para Estados e Municípios (BERCOVICI, 2004, p.64).

Faltou aos críticos que justificaram suas posições, leitura atenta das competências listadas no art. 23 associada a um conhecimento mínimo de administração ou um pouco de viagens pelo interior do Brasil para entender a dimensão das responsabilidades que foram repartidas entre todos os Entes.

Esta argumentação vai justificar as práticas anti-federalistas desenvolvidas pelos sucessivos governos após 1988 e aprovadas pelo Congresso Nacional, criando inúmeras contribuições sociais que representam um montante considerável de arrecadação (estabelecendo o desequilíbrio financeiro entre os Entes) que não é repartida com os demais Entes federado se também com essa desgovernante justificativa, o governo federal concede isenções fiscais, utilizando, para tanto, os tributos que são base de cálculo das repartições de receita, impondo a total desorganização dos erários de Estados e Municípios.

Na realidade, para Bercovici (2004, p. 65-67):

o grande problema da repartição de rendas realizada pela Constituição de 1988 foi ter sido realizada a descentralização de receitas e competências sem nenhum plano ou programa de atuação definido entre União e entes federados. [...] Após a Constituição de 1988, de modo lento, inconstante e desordenado, os Estados e Municípios vêm substituindo a União em várias áreas de atuação (especialmente nas áreas de saúde, educação, habitação e saneamento), ao mesmo tempo em que outras esferas estão sem qualquer atuação governamental graças ao abandono promovido pelo Governo Federal [...] denominada por Maria Hermínia Tavares de Almeida e Marta Arretche de

“descentralização por ausência”. Esta transferência não planejada e descoordenada de encargos contradiz o lugar-comum de que os entes federados receberam apenas verbas, e não encargos com a nova ordem constitucional.

Esta inexistência de foco por parte do governo federal sobrecarregou as administrações locais, desorganizou as finanças públicas gerando déficit, endividou os Estados e alguns Municípios, principalmente as capitais e os pólos de regiões metropolitanas, ao ponto de estarmos na atualidade com Estados totalmente inviabilizados e alguns Municípios também, embora estes com índices de endividamento ainda viáveis.

Adotando a política de produção de programas governamentais nacionais, permitiu que os governos federais desempenhassem suas obrigações sem despende os recursos necessários para a implementação destes, já que buscou conveniar com os Entes públicos Estados e Municípios a execução, com a promessa de repasse de recursos que não cobrem as despesas e que por não serem convenientemente reajustados representam na atualidade insignificantes aportes para fazer frente às responsabilidades assumidas por Estados e Municípios nos convênios firmados.

O mais grave é que ficou para os entes municipais a responsabilidade de admitir pessoal para a execução desses programas, pois políticas públicas não se realizam sem a presença de agentes públicos técnicos e, conseqüentemente, a partir de 1988, as folhas de pagamento dos Municípios foi a que mais cresceu, chegando ao ponto de tornar inexecúvel qualquer obra de infraestrutura por não terem os Municípios hoje qualquer condição de realizarem investimentos.

Os orçamentos municipais estão totalmente engessados com as responsabilidades que lhes são atribuídas pela esfera federal. Obrigatoriamente precisam destinar 25% de suas receitas para educação, além de terem retidos 20% dos seus tributos para a formação do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica (Fundeb); estão ainda obrigados a destinar 15% de sua

receita corrente líquida para o atendimento da saúde, que, por força da ausência de atuação de Estados e da União, acabam efetivamente gastando em média 24%. Resta-lhes ainda a obrigação de arcar com profissionais para todos estes atendimentos, além da assistência social, cada vez mais exigida num país com tamanhas desigualdades; meio ambiente, cultura, habitação, trânsito, fomento ao desenvolvimento e fornecimento de infraestrutura básica como saneamento, disponibilização de água potável, ruas em condições de trafegabilidade, estradas vicinais, praças, esporte e lazer. Se for considerado que a segurança é um caos nacional, restam ainda aos Municípios as ações de prevenção no sentido de melhorar a segurança dos cidadãos.

Não foram elencadas ainda as grandes responsabilidades dos governos locais frente às calamidades decorrentes da desordem climática e de eventualidades fortuitas que as administrações municipais atuam como o primeiro e, na maioria das vezes, o único socorro das populações atingidas. Ainda respondem na atualidade os Municípios pelas epidemias, sendo a mais grave e ainda incontornável a do uso de drogas ilícitas.

Quando o Governo Federal reconhece o aumento das despesas estaduais e municipais com políticas sociais, identifica este aumento como má gestão e déficit nas contas públicas. Dentre as raras medidas tomadas pelas autoridades federais está o controle e redução do endividamento público estadual e municipal para controlar o déficit público e combater a inflação (BERCOVICI, 2004, p. 68).

O controle do déficit público foi tentado através da edição da Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000, a qual institui normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão, pressupondo uma ação planejada e transparente para prevenir riscos e corrigir desvios de forma a superar o desequilíbrio nas contas públicas.

A Lei pretendeu obrigar o cumprimento de metas entre receitas e despesas e impôs a obediência a limites para a geração de despesas, renúncia de receitas e dívidas consolidada e mobiliária. Restringiu o uso de operações de crédito e a concessão de garantias, além de vetar a inscrição em restos a pagar.

Indiscutivelmente, um instrumento de controle que chegou a possibilitar por algum tempo uma considerável melhora na compatibilidade entre receitas e despesas das finanças públicas. Os Municípios foram os mais afetados, já que obrigados a atender as populações e suas necessidades, mas, ao mesmo tempo, cingidos aos limites de despesa estabelecidos pela lei. Mesmo assim, foram os Entes públicos que mais rapidamente adaptaram seus orçamentos e cumpriram os limites legais, embora, também tenham sido os mais penalizados.

Os gestores públicos locais foram em algumas unidades da Federação diretamente atingidos pelas penas decorrentes da Lei 1.028, de 19 de outubro de 2000, que alterou o Código Penal, e o Decreto-Lei 201, de 1967, para tipificar os crimes e estabelecer as penas das práticas contrárias à Lei de Responsabilidade Fiscal, considerando que no Brasil a ação dos órgãos de controle chega muito rapidamente às administrações municipais, mas tem uma enorme dificuldade em alcançar as administrações estaduais e a federal, então, por esse motivo lhes é praticamente inatingível.

Para justificar os descumprimentos dos governos estaduais, as desculpas foram sempre as condições conjunturais das finanças estaduais, que, completando a LRF 15 anos, estão cada vez mais graves em lugar de terem alcançado alguma superação.

Na União, mudam-se as regras da Lei para não alcançar as ineficiências governamentais e, quando não há como fazer qualquer alteração legislativa, alargam-se os prazos para justificar crimes gravíssimos, como o desrespeito total ao que preceitua o art. 35 da LRF, o que se convencionou chamar de “pedaladas fiscais”.

Para as administrações locais, não há complacência e, sempre que um prefeito ou presidente de Câmara desrespeita alguma regra da LRF, a pe-

nalidade chega breve, e por força dessa rigidez de controles há na atualidade muitos prefeitos cumprindo penas e um bom número impedido de concorrer a qualquer cargo público.

A Federação brasileira vive uma crise fiscal a cada ano mais profunda, pois nada é feito no sentido de superá-la, ao contrário, o governo federal a cada período administrativo concentra mais receitas, amplia o endividamento e deixa a descoberto o atendimento das políticas públicas que por ele deveriam ser coordenadas para que as desigualdades possam ser amenizadas. Os demais Entes, sufocados pela ausência da União no atendimento às necessidades básicas da população, assistem impotentes ao aumento de seu endividamento e à incapacidade de superar obstáculos.

Com certeza, o pacto federativo brasileiro clama por um reordenamento e por efetividade no cumprimento de obrigações eficientemente repartidas e acompanhadas de repartição de receitas equivalentes aos seus impactos.

4. CONCLUSÃO

Os desafios a serem enfrentados são grandiosos. Não contamos com uma coordenação política que projete o Estado Brasileiro para o futuro. Vivemos de políticas de momento que por total ineficiência no planejamento não nos permitem aproveitar como fizeram outros países emergentes as ondas desenvolvimentistas e alçar outros patamares de progresso econômico e consequentemente social.

A Federação brasileira está doente. Não só por que os princípios fundamentais da Administração Pública são permanentemente desconsiderados e porque a corrupção corrói todas as estruturas das nossas instituições, mas principalmente porque a quem compete organizar o Estado Federal e coordenar as políticas de superação das nossas vulnerabilidades não o faz, e, na ausência da União, caminham os demais Entes num “salve-se quem puder” desestabilizador, proliferando a guerra fiscal, o caos administrativo, o desperdício de recur-

sos pelo investimento repetitivo de vários órgãos num mesmo programa e pelo descuido extremo com o povo e seu destino.

Há indiscutivelmente que ampliar os avanços alcançados na área social que afastou muitos cidadãos brasileiros da extrema miséria, porém, se lhes foram alcançados recursos para alimentarem-se melhor, nada lhes foi oferecido no sentido de inseri-los no mercado de trabalho para assegurar a continuidade da melhoria das condições de vida e, no momento em que as dificuldades econômicas (todas previsíveis) chegaram à gestão pública, estas políticas sociais de redistribuição de renda serão afetadas, e as pessoas favorecidas continuam sem condições de reagir, desenhando-se o prenúncio de que retornarão à situação degradante de miserabilidade.

Urge que o preceituado no parágrafo único do art. 23 da Constituição seja efetivamente regulamentado, porém, com responsabilidade, ou seja, distribuindo atribuições compatíveis com a capacidade técnica e financeira de cada Ente. É preciso estabelecer os parâmetros da atuação de cada esfera governamental para que deixem de ocorrer as práticas de retrabalho, ou seja, que dois ou mais Entes atuem de forma desordenada para vencer uma mesma dificuldade ou atacar uma mesma deficiência e estes limites, seguidos da efetiva redistribuição de recursos, para que cada Ente possa realmente fazer frente ao problema ou nível de dificuldade que lhe foi destinada.

Não há como superar as desigualdades enquanto os governos olharem mais para si do que para a Nação e não se erradicará a pobreza sem melhorar as condições de saúde e educação. Não serão efetivas as políticas públicas enquanto a União concentrar consigo 65% das receitas originárias de impostos e contribuições.

Não há como fazer valer o Estado federado e efetivar um pacto federativo honesto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber de Moura. *Republicanism*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BERCOVICI, Gilberto. A repartição de competências no federalismo cooperativo brasileiro. *Revista de Direito Sanitário*, v. 3, n. 1, mar. 2002.

_____. *Dilemas do Estado Federal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. v. 3.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 2 jun. 2015.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 2 jun. 2015.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 2 jun. 2015.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 2 jun. 2015.

_____. *Decreto 1, de 15 de novembro de 1889*. Proclama provisoriamente e decreta como forma de governo da Nação Brasileira a República Federativa, e estabelece as normas pelas quais se devem reger os Estados Federais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D0001.htm>. Acesso em: 22 jun. 2015.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 16. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

FARIAS, Paulo José Leite. *Competência federativa e proteção ambiental*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

RICCITELLI, Antonio. *Direito constitucional: teoria do estado e da constituição*. São Paulo: Manole, 2007.

RODRIGUES, Hugo Thamir. Políticas tributárias e federalismo: uma leitura possível do caso brasileiro. In: *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013. t. 13.

CONSIDERAÇÕES SOBRE OS PRAZOS DE DESINCOMPATIBILIZAÇÃO PARA AS ELEIÇÕES MUNICIPAIS DE 2016

Vanessa Alexandra Santos Rezende¹

RESUMO: O presente artigo irá discorrer sobre os principais prazos de desincompatibilização para os candidatos que desejam concorrer aos cargos de prefeito, vice-prefeito e vereadores nas eleições municipais que serão realizadas em outubro de 2016.

O tema é de grande relevância aos Municípios brasileiros, tendo em vista que muitos gestores e presidentes de associações/federações desejam concorrer à reeleição e devem ficar atentos aos prazos de desincompatibilização previstos nas legislações federais e nas Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral (TSE).

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

Palavras-chave: Município. Candidato. Desincompatibilização. Eleições.

1. Introdução

No dia 2 de outubro de 2016 será realizado nos 5.568 Municípios brasileiros o primeiro turno das eleições municipais para a escolha de prefeito, vice-prefeito e vereadores que cumprirão mandato de 2017 a 2020.

Nos meses que antecedem ao pleito eleitoral, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) publica Resolução onde consta Calendário Eleitoral que visa a trazer os diversos prazos a serem cumpridos antes das eleições, tais como: vedação de realização de despesas com publicidade dos órgãos públicos municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, que excedam à média dos gastos no primeiro semestre dos três últimos anos que antecedem ao pleito; vedação aos agentes públicos de fazer, na circunscrição do pleito, revisão geral da remuneração dos servidores públicos que exceda à recomposição da perda de seu poder aquisitivo ao longo do ano da eleição; realização de inaugurações, contratação de *shows* artísticos pagos com recursos públicos; vedação a qualquer candidato de comparecer a inaugurações de obras públicas etc.

Estas vedações visam a evitar que seja afetada a igualdade de oportunidades entre candidatos durante o pleito eleitoral.

Além dos prazos previstos no calendário eleitoral, é importante destacar alguns prazos que se referem à desincompatibilização.

Para Erival de Oliveira, a desincompatibilização

é o ato pelo qual o candidato se desvincula da inelegibilidade a tempo de concorrer à eleição. Em algumas hipóteses, a desincompatibilização só se dará com o afastamento definitivo da situação funcional em que se ache o candidato, o cônjuge ou

parente. Em outros casos, basta o licenciamento (autoridades policiais, agentes administrativos, entre outros).²

A desincompatibilização se conceitua no direito eleitoral quando um candidato que pretende disputar as eleições deve, em determinado prazo, se afastar definitivamente ou temporariamente de certas funções, cargos ou empregos, na administração pública direta ou indireta, para disputar as eleições.

Os prazos podem variar de acordo com o cargo pretendido e as funções, cargo ou emprego atualmente ocupados pelo candidato.

A Lei Complementar 64, de 18 de maio de 1990, estabelece de acordo com o art. 14, § 9º, da Constituição Federal os casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências.

Sobre o tema, a Constituição Federal de 1988 dispõe que:

Art. 14 [...]

§ 6º –Para concorrerem a outros cargos, o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal e os Prefeitos devem renunciar aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito.

[...]

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

2 OLIVEIRA, Erival da Silva. *Elementos do Direito*. 8. ed. São Paulo: Premier Máxima, 2009, p. 150.

Ademais, periodicamente o TSE publica Resoluções que se tornam precedentes sobre os mais variados casos de desincompatibilização.

Ao descumprir os prazos para se desincompatibilizar, o candidato não pode ser eleito por estar em situação de incompatibilidade, o que conseqüentemente acarreta sua inelegibilidade.

Conforme destaca a Constituição Federal, o instituto da desincompatibilização visa a proteger a probidade administrativa e a moralidade de forma a impedir que o candidato se utilize de seu cargo, emprego ou funções públicas em benefício próprio durante as eleições.

Assim, quem ocupar função incompatível com a candidatura após o término do prazo de desincompatibilização estará inelegível. Por outro lado, aquele que se afastar durante o prazo poderá candidatar-se e, se eleito, assumir o cargo sem impedimentos.

O controle e a avaliação do cumprimento de tais prazos são realizados após o julgamento dos registros dos candidatos.

Ressaltam-se que nem só funções, cargos e empregos públicos podem gerar situações de incompatibilidade, outros casos também podem causar, a exemplo de: ocupantes de cargos ou função de direção, administração ou representação em entidades representativas de classe, mantidas, total ou parcialmente, por contribuições impostas pelo poder público ou com recursos arrecadados e repassados pela Previdência Social, quem exercer cargo ou função de direção, administração ou representação em pessoa jurídica ou em empresa que mantenha contrato de execução de obras, de prestação de serviços ou de fornecimento de bens com órgão do poder público ou sob seu controle, salvo no caso de contrato que obedeça a cláusulas uniformes, entre outras situações.

2. Dos principais prazos a serem observados

Os Tribunais Regionais Eleitorais e o Tribunal Superior Eleitoral publicam, a cada eleição, com base na Lei Complementar 64/1990 e em jurisprudências tabelas de desincompatibilização.

Há inúmeros prazos a serem observados, porém, o objetivo deste artigo é destacar os principais deles.

Os prazos foram retirados do *site* do TSE, cuja última atualização se deu em 23 de abril de 2014.³

A tabela destaca se há ou não desincompatibilização entre o cargo ocupado atualmente pelo candidato e o cargo pretendido, além do prazo para a realização desta.

Vejamos:

Cargo pretendido	Cargo Ocupado	Prazo/tipo de afastamento	Fundamentação Legal
Prefeito/vice-prefeito	Advogado-Geral da União	4 meses (definitivo)	LC 64/1990, art. 1º, II, a, 3 c/c LC 64/1990 art. 1º, IV, a.
Vereador	Advogado-Geral da União	6 meses (definitivo)	LC 64/1990, art. 1º, VII, b c/c LC 64/1990, art. 1º, II, a, 5.
Prefeito/vice-prefeito/vereador	Assistente Social	Desnecessidade	–
Prefeito/vice-prefeito	Autarquia (presidente, diretor, superintendente e dirigente)	4 meses (definitivo)	LC 64/1990, art. 1º, II, a, 9 c/c LC 64/1990 art. 1º, IV, a.

³ Tabela TSE disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/prazo-de-desincompatibilizacao>>. Acesso em: 11 de mar. 2016.

Vereador	Autarquia (presidente, diretor, superintendente e dirigente)	6 meses (definitivo)	LC 64/1990, art. 1º, VII, b c/c LC 64/1990, art. 1º, II, a, 9.
Vereador	Prefeito	6 meses (definitivo)	CF/1988, art. 14, § 6º c/c LC 64/1990, art. 1º, § 1º.
Vice-prefeito	Prefeito em 1º mandato	6 meses (definitivo)	CF art. 14, § 6º.
Prefeito	Prefeito	Reeleição – Desnecessidade	CF/1988, art. 14, § 5º.
Prefeito/vice-prefeito/vereador	Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente (conselheiro)	Desnecessidade	–
Prefeito/vice-prefeito	Defensor – Público	4 meses	LC 64/1990, art. 1º, IV, b.
Vereador	Defensor – Público	6 meses	LC 64/1990, art. 1º, VII, b c/c LC 64/1990, art. 1º, IV, b.
Prefeito/vice-prefeito	Empresa Pública (presidente, diretor, superintendente e dirigente)	4 meses (definitivo)	LC 64/1990, art. 1º, II, a, 9 c/c LC 64/1990 art.
Vereador	Empresa Pública (presidente, diretor, superintendente e dirigente)	6 meses (definitivo)	LC 64/1990, art. 1º, VII, b c/c LC 64/1990, art. 1º, II, a, 9.
Prefeito/vice-prefeito	Entidade mantida pelo poder público (dirigente, administrador ou representante)	4 meses	LC 64/1990, art. 1º, II, a, 9 c/c LC 64/1990, art. 1º, IV, a.
Prefeito/vice-prefeito	Entidade que mantenha contrato com o poder público ou sob seu controle, salvo contrato com cláusulas uniformes (dirigente, administrador ou representante)	4 meses	LC 64/1990, art. 1º, II, i c/c LC 64/1990 art. 1º, IV, a.
Prefeito/vice-prefeito	Entidade que mantenha contrato de cláusulas uniformes com o poder público ou sob seu controle (dirigente)	Desnecessidade	–

Prefeito/vice-prefeito	Entidades de classe – Conselho de Prefeitos (Presidente)	4 meses (temporário)	LC art. 1º, II, g. Ac. no Respe 33.896, de 28/10/2008.
Prefeito/vice-prefeito	Entidades de classe – Conselho do Fundo Municipal de Previdência dos Servidores Públicos (presidente)	4 meses	LC 64/1990, art. 1º, II, g c/c LC 64/1990 art. 1º, IV, a.
Vereador	Entidades de classe – Conselho do Fundo Municipal de Previdência dos Servidores Públicos (presidente)	6 meses	LC 64/1990, art. 1º, II, g.
Prefeito/vice-prefeito/vereador	Entidades de classe – Dirigente sindical	4 meses	LC 64/1990, art. 1º, II, g.
Prefeito/vice-prefeito/vereador	Entidades de classe – Dirigente sindical não remunerado	4 meses	LC 64/1990, art. 1º, II, g.
Prefeito/vice-prefeito/vereador	Entidades de classe em geral (dirigente, administrador e representante)	4 meses	LC 64/1990, art. 1º, II, g.
Vereador	Entidade mantida pelo poder público – Associação de aposentados e pensionistas (presidente)	6 meses	LC art. 1º, II, a, 9.
Vereador	Entidades em geral (dirigente, administrador ou representante)	6 meses	LC 64/1990, art. 1º, VII, b c/c LC 64/1990, art. 1º, II, a, 9.
Vereador	Entidade que mantenha contrato com o poder público ou sob seu controle, salvo contrato com cláusulas uniformes (dirigente, administrador ou representante)	6 meses	LC 64/1990, art. 1º, VII, b c/c LC 64/1990, art. 1º, II, i.

Vereador	Entidade que mantenha contrato de cláusulas uniformes com o poder público ou sob seu controle (dirigente)	Desnecessidade	–
Vereador	Entidades de classe –Membro de conselho fiscal de entidade de classe mantida pelo poder público que não exerce as funções de dirigente, administrador ou representante	Desnecessidade	–
Prefeito/vice-prefeito/vereador	OAB (dirigente, administrador e representante)	4 meses	LC 64/1990, art. 1º, II, g.
Prefeito/vice-prefeito/vereador	Fundação de direito privado não mantida pelo poder público (dirigente)	Desnecessidade	Res. 22.169, de 14/3/2006.
Prefeito/vice-prefeito	Fundação de direito privado que receba subvenções imprescindíveis à sua existência (dirigente)	4 meses	LC 64/1990, art. 1º, II, a, 9 c/c LC 64/1990, art. 1º, IV, a.
Vereador	Fundação de direito privado que receba subvenções imprescindíveis à sua existência (dirigente)	6 meses	LC 64/1990, art. 1º, VII, b c/c LC 64/1990, art. 1º, II, a, 9.
Prefeito/vice-prefeito/vereador	Fundação de direito privado vinculada a partido político, mantida exclusivamente com recursos do Fundo Partidário (dirigente)	Desnecessidade	Res. 20.218, de 2/6/1998.
Prefeito/vice-prefeito	Fundação de direito público (coordenador regional)	4 meses	LC 64/1990, art. 1º, II, a, 16 c/c LC 64/1990, art. 1º, IV, a.
Prefeito/vice-prefeito	Fundação públicas em geral (dirigente)	4 meses (definitivo)	LC 64/1990, art. 1º, II, a, 9 c/c LC 64/1990, art. 1º, IV, a.

Vereador	Fundação públicas em geral (dirigente)	6 meses (definitivo)	LC 64/1990, art. 1º, VII, b. c/c LC 64/1990, art. 1º, II, a, 9.
Vereador	Médico de hospital privado que recebe remuneração proveniente do SUS	Desnecessidade	–
Prefeito/vice-prefeito/vereador	Partido político (dirigente)	Desnecessidade	Res. 20.220, de 2/6/1998.
Prefeito/vice-prefeito	Secretários Municipais ou membros de órgãos congêneres	4 meses (definitivo)	LC 64/1990, art. 1º, III, b, 4 c/c LC 64/1990, art. 1º, IV, a.
Vereador	Secretários Municipais ou membros de órgãos congêneres (diretor de departamento municipal)	6 meses (definitivo)	LC art. 1º, III, b, 4.
Prefeito/vice-prefeito	Servidores públicos efetivos/comissionados, cargo relativo a arrecadação/fiscalização de impostos, taxas e contribuições	4 meses. Sem remuneração	LC 64/1990, art. 1º, II, d c/c LC 64/1990 art. 1º, IV, a. Res. 19.506, de 16/4/1996.
Prefeito/vice-prefeito	Servidores públicos efetivos/comissionados, cargo relativo a arrecadação/fiscalização de impostos, taxas e contribuições	4 meses Remuneração integral	LC 64/1990, art. 1º, II, d c/c LC 64/1990 art. 1º, IV, a. STJ, Resp 58.129/SP.
Vereador	Servidores públicos efetivos/comissionados, cargo relativo a arrecadação/fiscalização de impostos, taxas e contribuições	6 meses Sem remuneração	LC 64/1990, art. 1º, VII, b c/c LC 64/1990, art. 1º, II, d c/c LC 64/1990 art. 1º, IV, a. Ac. no Respe 29.817, de 21/10/2008.
Vereador	Servidores públicos efetivos/comissionados, cargo relativo a arrecadação/fiscalização de impostos, taxas e contribuições	6 meses Com remuneração 3 meses	LC 64/1990, art. 1º, VII, b c/c LC 64/1990, art. 1º, II, d c/c LC 64/1990, art. 1º, IV, a. Res. 18.136, de 12/5/1992.

Vereador	Servidores públicos efetivos/comissionados, cargo relativo a arrecadação/fiscalização de impostos, taxas e contribuições	6 meses Remuneração integral	STJ, Resp 58.129/SP.
Vereador	Servidores públicos comissionados, cargo relativo a arrecadação/fiscalização de impostos, taxas e contribuições	6 meses Definitivo	LC 64/1990, art. 1º, II, d.
Prefeito/vice-prefeito	Servidores públicos, estatutários ou não, dos órgãos da administração direta ou indireta (assessor de diretor de Sociedade de Economia Mista)	3 meses	Ac. no Respe 32.419, de 12/11/2008.
Prefeito/vice-prefeito	Servidores públicos, estatutários ou não, dos órgãos da administração direta ou indireta (Professor de universidade pública)	3 meses (com remuneração)	LC art. 1º, II, I.
Prefeito/vice-prefeito	Servidores públicos, estatutários ou não, dos órgãos da administração direta ou indireta (Agente comunitário de saúde)	3 meses Definitivo (contrato temporário) Remunerado (efetivo)	LC 64/1990, art. 1º, II, I.
Vereador	Servidores públicos, estatutários ou não, dos órgãos da administração direta ou indireta (Agente comunitário de saúde)	3 meses Definitivo (contrato temporário) Remunerado (efetivo)	LC 64/1990, art. 1º, II, I.
Prefeito/vice-prefeito/vereador	Servidores públicos, estatutários ou não, dos órgãos da administração direta ou indireta (Empregado de sociedade de economia mista)	3 meses (com remuneração)	LC 64/1990, art. 1º, II, I.
Prefeito/vice-prefeito	Servidores públicos, estatutários ou não, dos órgãos da administração direta ou indireta (Médico)	3 meses. Definitivo (contrato – CLT) Remunerado (efetivo)	LC 64/1990, art. 1º, II, I.
Prefeito/vice-prefeito/vereador	Servidores públicos, estatutários ou não, dos órgãos da administração direta ou indireta (Servidor de escola pública)	3 meses Remunerado (efetivo), Definitivo (comissionado)	LC 64/1990, art. 1º, II, I.

Prefeito/vice-prefeito/ve-reador	Servidores públicos, estatutários ou não, dos órgãos da administração direta ou indireta (servidor do Poder Legislativo)	3 meses Remunerado (efetivo), Definitivo (comissionado)	LC 64/1990, art. 1º, II, I.
Prefeito/vice-prefeito/ve-reador	Servidores públicos, estatutários ou não, dos órgãos da administração direta ou indireta (Servidores em geral)	3 meses Remunerado (efetivo)	LC 64/1990, art. 1º, II, I.
Prefeito/vice-prefeito/ve-reador	Servidores públicos ocupantes de cargos em comissão por tempo certo não demissível <i>ad nutum</i>	3 meses Remunerado	LC 64/1990, art. 1º, II, I.
Vereador	Servidores públicos ocupantes de cargos em comissão (membro de direção escolar)	3 meses. Definitivo	LC 64/90, art. 1º, II, I
Vereador	Servidores públicos ocupantes de cargos em comissão (membro do conselho tutelar)	3 meses	LC 64/1990, art. 1º, II.
Prefeito/vice-prefeito/ve-reador	Servidores públicos ocupantes de cargos em comissão em geral	3 meses. Definitivo	LC 64/1990, art. 1º, II, I.
Prefeito/vice-prefeito	Sociedade de assistência a Municípios (dirigente)	4 meses	LC 64/1990, art. 1º, III, b, 3 c/c LC 64/1990, art. 1º, IV, a.
Vereador	Sociedade de assistência a Municípios (dirigente)	6 meses	LC 64/1990, art. 1º, VII, b c/c LC 64/1990, art. 1º, III, b.
Prefeito/vice-prefeito	Sociedade de economia mista (dirigente)	4 meses. Definitivo	LC 64/1990, art. 1º, II, a, c/c LC 64/1990, art. 1º, IV, a.
Vereador	Sociedade de economia mista (dirigente)	6 meses. Definitivo	LC 64/1990, art. 1º, VII, b c/c LC 64/1990, art. 1º, II, a, 9.

Prefeito/vice-prefeito	Vice-prefeito que não substituiu o titular nos seis meses nem o sucedeu	Desnecessidade para titular e desnecessidade para vice	LC 64/1990, art. 1º, § 2º c/c CF/1988, art. 14, § 5º.
Vereador	Vice-prefeito que não substituiu o titular nos seis meses nem o sucedeu	Desnecessidade	LC 64/1990, art. 1º, § 2º.
Prefeito/vice-prefeito	Vice-prefeito que sucedeu o titular	Desnecessidade para titular 6 meses para vice	CF/1988, art. 14, § 6º. Res. 22.129, de 15/12/2005.
Vereador	Vice-prefeito que sucedeu o titular	6 meses	CF/1988, art. 14, § 6º. Res. 22.129, de 15/12/2005.
Prefeito/vice-prefeito/vereador	Vice-prefeito que substituiu o titular nos 6 meses anteriores à eleição	Sem anotação	LC 64/1990, art. 1, § 2º. Res. 21.695, de 30/3/2004.

2.1. Da Resolução 21.772/2004

A Resolução 21.772, de 2004, é uma resposta à Consulta 1.072, formulada pelo sr. Arthur Virgílio, senador da República, com os seguintes questionamentos:

1. Se o atual ocupante do cargo de prefeito é obrigado a deixar definitivamente cargo ou função de Presidente de Associação de Municípios, pessoa jurídica de direito privado, que recebe contribuições não obrigatórias de municípios associados de um mesmo Estado, para concorrer como candidato à reeleição, no prazo de quatro meses do art. 1º, IV, a, da Lei Complementar nº 64 de 1990?
2. Caso positivo, se essa desincompatibilização deve abranger também os demais membros da diretoria e/ou membros de conselhos (diretor, fiscal ou consultivo) da mesma associação, candidatos igualmente à reeleição?

O voto do ministro Fernando Neves foi no sentido de que prefeito que é presidente de associação de Municípios, pessoa jurídica de direito privado, que recebe contribuições não obrigatórias de Municípios associados de um mesmo Estado, para concorrer à reeleição, deve desincompatibilizar-se definitivamente do cargo ou da função que exerce, no prazo de quatro meses, conforme dispõe o art. 1º, IV, a, c.c o inc. III, b, item 3, da LC 64/1990.⁴

3. CONCLUSÃO

Pelo exposto, conclui-se que a desincompatibilização é um instituto que deve ser observado com extrema atenção pelo pré-candidato, a fim de evitar que este se torne inelegível.

Nesse sentido, o gestor deve ficar atento para os prazos de desincompatibilização no que se referem às eleições municipais de 2016, quais sejam:

- 6 meses que antecedem às eleições: 2 de abril de 2016;
- 4 meses que antecedem às eleições: 2 de junho de 2016;
- 3 meses que antecedem às eleições: 2 de julho de 2016.

Ressalta-se que para saber o prazo exato é preciso avaliar, com cautela, o cargo ocupado e o cargo pretendido.

Ademais, o pedido de desincompatibilização deve ser formal e deferido pela autoridade à qual o pré-candidato está subordinado, e se não estiver correto, acarretará impugnação do registro.

Desrespeitando os prazos, o candidato até pode ser eleito durante o pleito, porém será declarado inelegível.

4 Disponível em:<<http://inter03.tse.jus.br/SJur/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=false&httpSessionName=brsstateSJUT684115174§ionServer=TSE&docIndexString=5>>. Acesso em: 14 de mar. 2016.

Ingresso forçado de agentes públicos em imóveis para contenção de doenças transmitidas pelo *Aedes aegypti*: uma análise da Medida Provisória 712/2016

Thiago Santos Rocha¹

RESUMO: O presente artigo enfrenta a questão relativa à possibilidade jurídica de ingresso forçado de agentes públicos em imóveis para contenção de doenças transmitidas pelo *Aedes Aegypti*. Tal problema coloca em aparente confronto as normas constitucionais que protegem, de um lado, o direito social à saúde e o dever do Estado de cuidar da saúde pública inclusive por meio de ações de vigilância epidemiológica, e, de outro, o direito individual à inviolabilidade de domicílio. Neste contexto, o presente estudo visa a expor, nos âmbitos normativo e doutrinário, subsídios jurídicos que possam dar maior segu-

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

rança à atuação dos agentes públicos no combate às referidas doenças. Foram realizadas pesquisa documental, análise de direito constitucional, bem como de textos legais e manifestações de tribunais superiores brasileiros. Foram analisados dados estatísticos levantados pelo Ministério da Saúde e pela Organização Mundial da Saúde. O estudo desenvolve a ideia de que o sistema constitucional brasileiro permite o ingresso forçado de agentes públicos em imóveis para contenção de doenças transmitidas pelo *Aedes Aegypti* sem que isso configure lesão ao direito individual à inviolabilidade do domicílio, desde que observados os específicos critérios e procedimentos legais.

Palavras-chave: Saúde Pública. Inviolabilidade do domicílio. Interpretação constitucional.

1. Introdução

O combate ao mosquito *Aedes Aegypti* no Brasil, historicamente conhecido como vetor da dengue, assumiu diferentes contornos a partir de 2015, ano no qual foi identificado significativo aumento de casos de febre chikungunya e da febre do vírus zika, sendo ambas também transmitidas pelo referido mosquito. A situação foi agravada pela forte suspeita de relação do vírus zika com o crescente número de casos de bebês com microcefalia, uma má-formação congênita na qual o cérebro não se desenvolve de maneira adequada.²

2 Embora esta relação seja tratada como certa pelo Ministério da Saúde, há ainda divergências no meio científico, sendo que, em 24 de fevereiro de 2016, a diretora-geral da Organização Mundial da Saúde (OMS), Margaret Chan, afirmou que ainda não está clara a relação do vírus da zika com a microcefalia. NUNES, Kleber. "Ainda não está clara a relação de zika com microcefalia", diz OMS. *Folha de São Paulo*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/02/1742757-ainda-nao-esta-clara-a-relacao-de-zika-com-microcefalia-diz-diretora-da-onu.shtml>>. Acesso em: 5 de mar. 2016.

Conforme o Relatório de situação sobre zika, microcefalia e Síndrome de Guillain-Barré, divulgado pela OMS em 26 de fevereiro de 2016, em tradução livre, "ainda não está provado que o vírus zika seja a causa do aumento da incidência de microcefalia no Brasil. No entanto, dadas as associações geográfica e temporal entre infecções por vírus zika e microcefalia, a descoberta repetida de vírus em tecido de cérebro fetal, e a ausência de uma hipótese alternativa convincente, um papel causal para o vírus zika é uma forte possibilidade que está sob ativa investigação." WORLD HEALTH ORGANIZATION. Zika virus, microcephaly and Guillain-Barré Syndrome situation report. 4 MARCH 2016. p. 7. Disponível em: <<http://apps.who.int/iris/handle/10665/204526>>. Acesso em: 5 de mar. 2016.

Até 23 de janeiro de 2016, foi notificado à Secretaria de Vigilância em Saúde do Ministério da Saúde um total de 4.180 casos suspeitos de microcefalia, identificados em 830 Municípios distribuídos em 24 unidades da Federação. Ainda em 2015, foram registrados 1.649.008 casos prováveis de dengue no país e 20.661 suspeitas de febre chikungunya.³

O Ministério da Saúde declarou, por meio da Portaria 1.813 GM/MS, de 11 de novembro de 2015, emergência em saúde pública de importância nacional (Espin), estabelecendo o Centro de Operações de Emergências em Saúde Pública (Coes) como mecanismo de gestão nacional da resposta coordenada à emergência.

Em 1º de fevereiro de 2016, a OMS (Organização Mundial da Saúde) declarou emergência de saúde pública internacional pela microcefalia e outras anormalidades neurológicas possivelmente relacionadas ao vírus da zika. Ao tomar tal decisão, a OMS expôs que a emergência exige uma resposta urgente e única, com vigilância máxima pelos governos de todo o mundo.

Considerando que o combate aos focos de reprodução do mosquito *Aedes Aegypti* é reconhecidamente o mais efetivo meio de prevenção, mesmo em situações de rotina, o acesso universal aos domicílios é mecanismo fundamental de uma política de saúde pública efetiva no enfrentamento a estas doenças, que já elevaram as preocupações ao nível de emergência internacional.

No entanto, conforme o balanço da Sala Nacional de Coordenação e Controle (SNCC) de Enfrentamento à Microcefalia, elaborado pela Sala Nacional de Coordenação e Controle, instituída pelo Decreto 8.612, de 21 de dezembro de 2015, até 25 de fevereiro de 2016, foram realizadas visitas em 4.901 Municípios. Em tais visitas, foram identificados 1.334.718 imóveis com focos do mosquito, o que representa 3,3% do total de visitados. A Sala Nacional contabilizou a recusa de acesso a 155.291 imóveis, além de 9.214.984 domicílios

3 Dados expostos pelo ministro da Saúde, sr. Marcelo Costa e Castro, na EM 00008/2016 MS, Exposição de Motivos da Medida Provisória 712, de 29 de janeiro de 2016.

fechados. O somatório dos imóveis fechados, ou com recusa de acesso, equivale a 18,42% do total visitado.⁴

Neste contexto, alguns Estados, como Rio de Janeiro⁵ e Ceará,⁶ e Municípios, como São Paulo/SP,⁷ editaram leis autorizando o ingresso forçado dos agentes públicos⁸ nos imóveis em que não forem recebidos pelos moradores. Outros Municípios, como Guarulhos/SP,⁹ decretaram estado de emergência e, por meio de decreto, autorizaram o ingresso forçado nos imóveis.

Estas medidas, contudo, deram ensejo à discussão sobre sua constitucionalidade, não garantindo aos agentes públicos a segurança jurídica para execução das medidas necessárias para o combate dos focos de mosquito. Ademais, diversos Municípios não promulgaram lei ou decreto sobre o tema.

4 MINISTÉRIO DA SAÚDE. SALA NACIONAL DE COORDENAÇÃO E CONTROLE, PARA O ENFRENTAMENTO DA DENGUE, DO VÍRUS CHIKUNGUNYA E DO VÍRUS ZIKA. Informe 6, de 26 de fevereiro de 2016 – Monitoramento das Visitas Domiciliares no Brasil. Disponível em: <<http://combateaes.saude.gov.br/images/pdf/informe-sncc-n-6.pdf>>. Acesso em: 5 de mar. 2016.

5 Ainda em 14 de março 2008, em meio a um surto de dengue no Estado do Rio de Janeiro, foi editada a Lei Estadual 5.208, que dispõe que: “O Estado, no exercício de suas competências de prevenção e de combate à dengue, poderá, observado o devido processo legal, determinar o ingresso de seus agentes em imóveis públicos e particulares, quando essa medida se mostrar fundamental e indispensável para a contenção da doença.”

6 A Lei Estadual 15.959, de 13 de fevereiro de 2016, dispõe que “Art. 1º No caso de risco iminente ou potencial à proliferação do mosquito transmissor da Dengue, Chikungunya e Zika, em razão de ação ou omissão de proprietário ou morador, a qualquer título, de bem imóvel, com ou sem edificação, que venha a servir de criadouro do *Aedes Aegypti*, fica autorizado o ingresso forçado no imóvel pelo agente sanitário sempre que tal medida se mostrar indispensável à contenção das doenças.”

7 A Lei Municipal 16.273, de 2 de outubro de 2015, dispõe que “Art. 1º Sempre que se verificar situação de iminente perigo à saúde pública pela presença do mosquito transmissor da dengue e da febre chikungunya, a autoridade máxima do Sistema Único de Saúde no Município deverá determinar e executar as medidas necessárias para o controle da doença ou agravo, bem como intensificar as ações preconizadas pelo Programa Nacional de Controle da Dengue e pelo Programa Municipal de Vigilância e Controle da Dengue. Art. 2º Dentre as medidas que podem ser determinadas para o controle da dengue e da febre chikungunya, destacam-se: [...] III – o ingresso forçado em imóveis particulares, nos casos de recusa ou ausência de alguém que possa abrir a porta para o agente sanitário quando isso se mostrar fundamental para a contenção da doença. Parágrafo único. Todas as medidas que impliquem na redução da liberdade do indivíduo deverão observar os procedimentos estabelecidos nesta lei, em especial os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e legalidade.”

8 Dada a emergência da situação, estão sendo utilizados no combate aos criadouros do mosquito não apenas agentes de endemias, mas também agentes de saúde e até mesmo militares das Forças Armadas.

9 O prefeito de Guarulhos/SP emitiu o Decreto 33.103, publicado no DOM de 26 de janeiro de 2016, que decreta: “Art. 1º SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA na saúde pública, por 180 dias, para execução das ações necessárias ao combate da proliferação do mosquito *Aedes Aegypti* e para a implementação de Programa Municipal de Combate e Prevenção à Dengue. [...] Art. 3º Permissão de ingresso forçado em imóveis particulares, nos casos de recusa ou de ausência de alguém que possa abrir a porta para o agente, quando isso se mostrar fundamental para a contenção da doença ou agravo à saúde dos moradores vizinhos [...]”

Assim, em um cenário marcado pela necessidade de medidas urgentes contra a proliferação das doenças transmitidas por meio do *Aedes Aegypti* e a falta de segurança jurídica para suportar as ações dos agentes administrativos, a presidente da República adotou a Medida Provisória 712, de 29 de janeiro de 2016, que dispõe sobre a adoção de medidas de vigilância em saúde quando verificada situação de iminente perigo à saúde pública pela presença do mosquito transmissor do vírus da dengue, do vírus chikungunya e do vírus zika.

2. Competência constitucional sobre proteção e defesa da saúde

O direito social à saúde está expressamente previsto no art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/1988), a qual, em seu art. 24, XII, estabelece como competência concorrente da União, dos Estados e dos Municípios, legislar sobre proteção e defesa da saúde. Disto decorre o fundamento para União, Estados e Municípios poderem legislar sobre o tema, sendo que a competência da União limita-se a estabelecer normas gerais (art. 24, § 1º), podendo estas serem suplementadas pelas leis estaduais (art. 24, § 2º). Há de se destacar que, com a superveniência da Medida Provisória 712/2016, dotada de eficácia de lei, fica suspensa a eficácia das normas gerais previstas em leis estaduais, naquilo que forem contrárias à norma federal (art. 24, § 4º).

Atualmente, tramitam na Câmara dos Deputados os Projetos de Lei 1.861/2015 e 3.826/2015, que tratam da Política Nacional de Combate à dengue, à chikungunya e ao vírus zika e da permissão do acesso forçado a imóveis para realização de atividades de vigilância epidemiológica em situações de grave ameaça ou risco sanitário. Todavia, dada a situação de relevância e urgência, a Presidente da República decidiu adotar a Medida Provisória 712/2016, valendo-se do previsto no art. 62 da Constituição.

Sob o aspecto material, é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde e assistência pública, da

proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência (art. 23, II). Já o art. 196 estabelece que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”, sendo que, ao sistema único de saúde, compete executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica (art. 200, II).

3. Base legal das atividades de vigilância epidemiológica

No âmbito da competência legislativa prevista no art. 24, XII, da CF/1988, foi editada pelo Congresso Nacional a Lei Orgânica da Saúde (Lei Federal 8.080, de 19 de setembro de 1990), que dispõe:

Art. 6º [...]

§2º Entende-se por vigilância epidemiológica um conjunto de ações que proporcionam o conhecimento, a detecção ou prevenção de qualquer mudança nos fatores determinantes e condicionantes de saúde individual ou coletiva, com a finalidade de recomendar e adotar as medidas de prevenção e controle das doenças e agravos.

As ações de vigilância epidemiológica estão reguladas pela Lei Federal 6.259, de 30 de outubro de 1975, segundo a qual:

Art. 11. Recebida a notificação, a autoridade sanitária é obrigada a proceder à investigação epidemiológica pertinente para elucidação do diagnóstico e averiguação da disseminação da doença na população sob o risco.

Parágrafo único. A autoridade poderá exigir e executar investigações, inquéritos e levantamentos epidemiológicos junto a indivíduos e a grupos populacionais determinados, sempre que julgar oportuno visando à proteção da saúde pública.

Art. 12. Em decorrência dos resultados, parciais ou finais, das investigações, dos inquéritos ou levantamentos epidemiológicos de que tratam o artigo 11 e seu parágrafo único, a autoridade sanitária fica obrigada a adotar, prontamente, as medidas indicadas para o controle da doença, no que concerne a indivíduos, grupos populacionais e ambiente.

Art. 13. As pessoas físicas e as entidades públicas ou privadas, abrangidas pelas medidas referidas no artigo 12, ficam sujeitas ao controle determinado pela autoridade sanitária.

Já a Lei 6.259/1975, que trata da organização das ações de Vigilância Epidemiológica, determina que, recebida a notificação, a autoridade sanitária é obrigada a proceder à investigação epidemiológica pertinente para elucidação do diagnóstico e averiguação da disseminação da doença na população sob o risco (art. 11). A partir dos resultados destas investigações, a autoridade sanitária fica obrigada a adotar, prontamente, as medidas indicadas para o controle da doença, no que concerne a indivíduos, grupos populacionais e ambiente (art. 12), sendo que as pessoas físicas e jurídicas abrangidas por tais medidas ficam sujeitas ao controle determinado pela autoridade sanitária (art. 13).

Da análise deste arcabouço normativo, resta claro que o Estado, por meio de agentes de todos os seus Entes federativos, possui não apenas a faculdade, mas sim o dever de tomar as medidas necessárias para a prevenção e o controle de fatores que possam afetar a saúde individual e coletiva. Em outros termos, há o dever-poder do Estado de agir na persecução do interesse público.

4. Direito individual à inviolabilidade de domicílio x Dever-poder do Estado de proteger a saúde pública

Conforme exposto na introdução deste artigo, parte da insegurança sobre as bases jurídicas para a atuação dos agentes públicos perante situações de imóveis fechados ou de recusa de acesso por parte do morador dava-se pela

ausência de norma específica regulamentando qual conduta a ser adotada em tais situações.

Todavia, o cerne da questão reside em uma tradicional celeuma de direito público, a saber, a de se delimitar até onde vai o poder do Estado de, no exercício de suas atribuições, limitar a esfera de direitos individuais. No caso concreto, trata-se de verificar, dentro do ordenamento constitucional, até onde podem ir as ações do Estado de proteção da saúde pública sem que impliquem ofensa ao direito individual da inviolabilidade de domicílio.

O inc.XI do art. 5º da CF/1988 estabelece que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

Ao decidir sobre o extensão da proteção prevista no dispositivo acima transcrito, o Supremo Tribunal Federal decidiu que:

Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da CF, o conceito normativo de ‘casa’ revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer aposento de habitação coletiva, desde que ocupado (CP, art. 150, § 4º, II), compreende, observada essa específica limitação espacial, os quartos de hotel. Doutrina. Precedentes. Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público poderá, contra a vontade de quem de direito (*invito domino*), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em aposento ocupado de habitação coletiva, sob pena de a prova resultante dessa diligência de busca e apreensão reputar-se inadmissível, porque impregnada 115 Art. 5º, XI de ilicitude originária. Doutrina. Precedentes (STF).” (RHC 90.376, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 3-4-2007, Segunda Turma, DJ de 18-5-2007)

Por sua vez, o art. 150 do Código Penal tipifica o crime de invasão de domicílio:

Art. 150. Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências:

Pena – detenção, de um a três meses, ou multa.

Sob a ótica do Direito Penal, a resposta pode ser dada pelo inc. II do art. 23 do próprio Código Penal, que exclui a ilicitude da conduta ao prever que não há crime no caso em que o agente pratica o ato em estrito cumprimento do dever legal. Assim, desde que não exceda as atribuições a ele legalmente conferidas e adote os procedimentos legalmente previstos, o agente público não praticará crime ao promover o ingresso forçado em domicílios para combater focos do mosquito.

Todavia, sob o prisma constitucional, em especial no que tange ao respeito ao direito à inviolabilidade do domicílio, a questão merece uma análise um pouco mais detida. Isso porque, inquestionavelmente, não há como o agente promover o ingresso no imóvel sem ignorar, nos casos de imóveis fechados, ou mesmo contrariar, nos casos de recusa, a vontade do morador.

Analisando-se exclusivamente o texto do inc. XI do art. 5º da CF/1988, verificamos que ali estão previstas apenas 3 situações em que se admite que alguém entre na casa de um indivíduo sem seu consentimento: 1) flagrante delito ou desastre; 2) prestar socorro; ou 3) por determinação judicial (reserva constitucional de jurisdição), durante o dia.

Notadamente, o exercício das atribuições dos agentes públicos no combate aos criadouros do mosquito não configuram uma das duas primeiras hipóteses. Quanto à terceira, há de se ressaltar que, aguardar o trâmite de um processo que resulte em determinação judicial autorizando o acesso do agente em cada casa, contraria totalmente a eficiência da prática para a saúde pública.

Lembre-se de que, conforme Ministério da Saúde, se trata de combate a mosquito cujo ciclo de incubação dura de 4 a 10 dias.¹⁰

Ocorre que a Constituição não é composta de normas estanques, mas sim de valores que se inter-relacionam de forma harmônica. Não há direito absoluto na Constituição, devendo – mesmo os direitos fundamentais, tais como o direito à inviolabilidade da casa – ser ponderados no caso concreto frente aos demais valores constitucionalmente consignados.

Para esta análise, muito contribuem os princípios de interpretação constitucional, em especial o da unidade da Constituição e o da concordância prática ou harmonização.

Segundo o princípio da unidade constitucional, a Constituição é um todo harmônico, dentro do qual não há antinomias, mas apenas aparentes conflitos identificados quando uma de suas normas é confrontada com outra. Nenhum direito previsto na Constituição é absoluto, devendo as normas em aparente conflito serem ponderadas de forma que todas as normas constitucionais sejam respeitadas em seu núcleo essencial.

Ao se manifestar sobre o conteúdo da expressão “população diretamente interessada” nos casos de desmembramento de Municípios com fundamento no art. 18 da CF/1988, o STF expôs bom exemplo da aplicação do princípio da unidade constitucional:¹¹

10 MINISTÉRIO DA SAÚDE. DENGUE, CHIKUNGUNYA E ZIKA. *Orientações Gerais, Prevenção e Combate*. Disponível em <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/informacoes-tecnicas-dengue>>. Acesso em: 5 de mar. de 2016.

11 Outros exemplos da aplicação do princípio da unidade da Constituição pelo STF:

“[...] Concluiu que, apesar da complexidade dos interesses e dos direitos envolvidos, a ponderação dos princípios constitucionais revelaria que as decisões que autorizaram a importação de pneus usados ou remoldados teriam afrontado os preceitos constitucionais da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado e, especificamente, os princípios que se expressam nos arts. 170, I e VI, e seu parágrafo único, 196 e 225, todos da CF” (ADPF 101, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 11-3-2009, Plenário, Informativo 538).

“A questão do desenvolvimento nacional (CF, art. 3º, II) e a necessidade de preservação da integridade do meio ambiente (CF, art. 225): O princípio do desenvolvimento sustentável como fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia. O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição

Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 7º da Lei 9.709/98. Alegada violação do art. 18, § 3º, da Constituição. Desmembramento de estado-membro e município. Plebiscito. Âmbito de consulta. Interpretação da expressão “população diretamente interessada”. População da área desmembrada e da área remanescente. Alteração da Emenda Constitucional nº 15/96: esclarecimento do âmbito de consulta para o caso de reformulação territorial de municípios. Interpretação sistemática. Aplicação de requisitos análogos para o desmembramento de estados. Ausência de violação dos princípios da soberania popular e da cidadania. Constitucionalidade do dispositivo legal. Improcedência do pedido. 1. Após a alteração promovida pela EC 15/96, a Constituição explicitou o alcance do âmbito de consulta para o caso de reformulação territorial de municípios e, portanto, o significado da expressão “populações diretamente interessadas”, contida na redação originária do § 4º do art. 18 da Constituição, no sentido de ser necessária a consulta a toda a população afetada pela modificação territorial, o que, no caso de desmembramento, deve envolver tanto a população do território a ser desmembrado, quanto a do território remanescente. Esse sempre foi o real sentido da exigência constitucional – a nova redação conferida pela emenda, do mesmo modo que o art. 7º da Lei 9.709/98, apenas tornou explícito um conteúdo já presente na norma originária. 2. A utilização de termos distintos para as hipóteses de desmembramento de estados-membros e de municípios não pode resultar na conclusão de que cada um teria um significado diverso, sob pena de se admitir maior facilidade para o desmembramento de um estado do que para o desmembramento de um município. Esse problema hermenêutico deve ser evitado por intermédio de interpretação que dê a mesma solução para ambos os casos, sob pena de, caso contrá-

inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações.” (ADI 3.540MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 1º-9-2005, Plenário, DJ de 3-2-2006.)

rio, se ferir, inclusive, a isonomia entre os entes da federação. **O presente caso exige, para além de uma interpretação gramatical, uma interpretação sistemática da Constituição, tal que se leve em conta a sua integralidade e a sua harmonia, sempre em busca da máxima da unidade constitucional, de modo que a interpretação das normas constitucionais seja realizada de maneira a evitar contradições entre elas.** Esse objetivo será alcançado mediante interpretação que extraia do termo “população diretamente interessada” o significado de que, para a hipótese de desmembramento, deve ser consultada, mediante plebiscito, toda a população do estado-membro ou do município, e não apenas a população da área a ser desmembrada (...)” (STF, ADI 2650/DF, Pleno, Re. Min. Dias Toffoli, v. u., j. 24/08/2011, DJe 17/11/2011, grifos nossos).

Já o princípio da concordância prática ou harmonização, decorrência lógica da unidade da Constituição, funda-se na ideia de que nenhum direito é absoluto, devendo respeitar os limites necessários à coexistência com outros direitos ou interesses coletivos protegidos pela Constituição.

Assim, quando do aparente conflito no caso concreto entre interesses constitucionalmente protegidos, deve o intérprete, respeitando que tais interesses gozam de mesma hierarquia no plano normativo, chegar à concordância prática para resolver a questão.

Esta concordância prática deve ser alcançada por meio da proporcionalidade e da razoabilidade, aplicando-se a técnica da ponderação de interesses, de acordo com a relevância de cada um dos bens jurídicos envolvidos na situação. Assim, a solução ao aparente conflito deve ser alcançada por meio de redução proporcional e razoável do âmbito de aplicação de cada um dos interesses constitucionais envolvidos, de modo que nenhum deles tenha seu núcleo essencial sacrificado.

O STF possui julgados bastante elucidativos da aplicação do princípio da concordância prática ou harmonização, dentre os quais destacamos:¹²

Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.” (MS 23.452, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 16-9-1999, Plenário, DJ de 12-5-2000.)

Destarte, não raro ocorrerão situações de colisões de direitos fundamentais, as quais deverão ser solucionadas pelo magistrado – quando instado a resolver o caso concreto – mas com observância à lei, que previamente, no plano dos atos legislativos, terá delimitado os cenários em que direitos fundamentais colidem e se restringem mutuamente.

12 Outros bons exemplos:

“O sigilo bancário, espécie de direito à privacidade protegido pela Constituição de 1988, não é absoluto, pois deve ceder diante dos interesses público, social e da Justiça. Assim, deve ceder também na forma e com observância de procedimento legal e com respeito ao princípio da razoabilidade.” (AI 655.298-AgR, rel. min. Eros Grau, julgamento em 4-9-2007, Segunda Turma, DJ de 28-9-2007.)

“[...] A questão posta não é de inviolabilidade das comunicações, e sim da proteção da privacidade e da própria honra, que não constitui direito absoluto, devendo ceder em prol do interesse público.” (HC 87.341, rel. min. Eros Grau, julgamento em 7-2-2006, Primeira Turma, DJ de 3-3-2006.) No mesmo sentido: RHC 108.156, rel. min. Luiz Fux, julgamento em 28-6-2011, Primeira Turma, DJE de 10-8-2011.

No caso em apreço, a Lei 9.296/96 nada mais fez do que estabelecer as diretrizes para a resolução de conflitos entre a privacidade e o dever do estado de aplicar as leis criminais. Em que pese ao caráter excepcional da medida, o inciso XII possibilita, expressamente, uma vez preenchidos os requisitos constitucionais, a interceptação das comunicações telefônicas. E tal permissão existe, pelo simples fato de que os direitos e garantias constitucionais não podem servir de manto protetor a práticas ilícitas. (HC 103.236, rel. min. Gilmar Mendes, julgamento em 14-6-2010, Segunda Turma, DJE de 3-9-2010.)

Mesmo na fundamentação de acórdão em que entendeu como violadora do direito à intimidade a submissão forçada de alguém a um exame laboratorial em investigação de paternidade (HC 71373-4-RS, Tribunal Pleno, rel. Marco Aurélio, j. 10/11/1994), interesse este considerado como privado, o STF destacou a possibilidade de outras constrições físicas determinadas pelo interesse público, tais qual a hipótese da vacinação obrigatória.

Na oportunidade, o ministro Francisco Rezek, relator sorteado, negou a submissão do indivíduo ao exame forçado, mas expôs que:

“(…) o direito ao próprio corpo não é absoluto ou ilimitado. Por vezes a incolumidade corporal deve ceder espaço a um interesse preponderante, como no caso da vacinação, em nome da saúde pública. (...)”

Estou em que o princípio da intangibilidade do corpo humano, que protege um interesse privado, deve dar lugar ao direito à identidade, que salvaguarda, em última análise, um interesse também público.

Acompanhando o relator, o ministro Octávio Gallotti, referindo-se ao direito à determinação da paternidade, assim se manifestou:

E é um direito individual, não corresponde a um interesse coletivo, como sucederia se se tratasse de um processo criminal,

ou também na hipótese, aqui aventada, da vacinação, que responde à proteção de um interesse de saúde pública.

Conforme bem expõe Carlos Ari Sundfeld, analisando o caso acima, “seguindo a lógica do raciocínio, a validade de uma medida sanitária é determinada pela importância do interesse que tutela, não pelo tipo ou grau de restrição que produz sobre o indivíduo.”¹³

À luz dos valores constitucionais e dos princípios de interpretação acima expostos, procede-se à análise do aparente conflito entre, de um lado, o direito social à saúde (art. 6º, CF/1988) e o dever do Estado de cuidar da saúde pública inclusive por meio de ações de vigilância epidemiológica (art. 196 e art. 200, II, CF/1988), e, de outro, o direito individual à inviolabilidade de domicílio (art. 5º, XI).

A solução deste aparente conflito visa a elucidar se o ingresso forçado dos agentes públicos em imóveis, na forma delineada pela MP 712/2016, encontra ou não respaldo no arcabouço constitucional pátrio.

A liberdade individual dos moradores é tratado como um direito fundamental, que visa a proteger o indivíduo de ter a privacidade de sua casa violada arbitrariamente pelo Estado ou mesmo por outro indivíduo. Todavia, não se trata de um direito absoluto e sua aplicação prática deve ser ponderada, no caso concreto, com os demais interesses constitucionalmente tutelados.

Por sua vez, impedir o ingresso forçado dos agentes públicos em imóveis significa excluir da política pública de combate à proliferação do mosquito *Aedes Aegypti* uma média de 18,42% dos possíveis focos de criadouro, conforme dados acima expostos.

Como o mosquito, ao transmitir as doenças, não faz distinção entre moradores e não moradores do imóvel no qual se reproduz, a manutenção de

13 SUNDFELD, Carlos Ari. Vigilância epidemiológica e direitos constitucionais. In: Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Programa Nacional de Controle da Dengue: amparo legal à execução das ações de campo – imóveis fechados, abandonados ou com acesso não permitido pelo morador. 2. ed. – Brasília, Ministério da Saúde, 2006.

possíveis criadouros gera efeitos que não se limitam à esfera jurídica individual, e configuram uma questão de saúde pública.

Em outros termos, impedir o ingresso forçado significa limitar a atuação do Estado ao ponto de atingir o núcleo essencial do seu dever de cuidar da saúde pública e realizar ações de vigilância epidemiológica. Da mesma forma, o direito coletivo à saúde sofre grave ameaça, notadamente se confirmada a relação do vírus da zika com a microcefalia, o que pode colocar sob risco de anormalidades neurológicas toda uma geração.

O que se busca com a autorização aos agentes públicos a adotarem o ingresso forçado em imóveis é uma finalidade de interesse público primário, qual seja, o combate aos focos do mosquito transmissor de doença que levou a estado de emergência em saúde pública nacional e internacional.

Assim, ponderando-se os interesses em questão, apresenta-se como constitucionalmente razoável limitar a abrangência do direito individual de inviolabilidade do domicílio, a fim de resguardar o cerne do direito coletivo à saúde e de sua proteção realizada pelo Estado.

Não se trata de anular a privacidade do indivíduo ou seu direito à inviolabilidade de domicílio, mas apenas de harmonizá-lo com outros interesses tutelados pela Constituição, de modo que todos possuam efetividade.

O objetivo do ingresso nos domicílios, nos termos da MP 712/2016, não é devassar a intimidade dos moradores, buscar informações que deponham contra eles ou qualquer aspecto inerente à privacidade do indivíduo. O que se visa é acessar física e objetivamente o imóvel, e não violar a subjetividade do morador inerente à sua casa.

Frise-se que, para respeitar o cerne da privacidade do morador, o ingresso nos imóveis não deve ser arbitrário, mas sim dentro de determinadas hipóteses e respeitando determinados procedimentos, previstos na MP 712/2016 e em outros dispositivos legais.

Assim, a MP 712/2016 estabeleceu as normas gerais para que, nos casos concretos, os agentes públicos possam adentrar aos imóveis para reali-

zar o dever-poder do Estado de proteção à saúde e de vigilância epidemiológica, limitando o direito individual à inviolabilidade do domicílio, mas sem violar seu núcleo essencial.

5. Principais aspectos da MP 712/2016

A MP 712/2016 dispõe que:

Art. 1º Na situação de iminente perigo à saúde pública pela presença do mosquito transmissor do Vírus da Dengue, do Vírus Chikungunya e do Zika Vírus, a autoridade máxima do Sistema Único de Saúde de âmbito federal, estadual, distrital e municipal fica autorizada a determinar e executar as medidas necessárias ao controle das doenças causadas pelos referidos vírus, nos termos da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e demais normas aplicáveis.

§ 1º Entre as medidas que podem ser determinadas e executadas para a contenção das doenças causadas pelos vírus de que trata o art. 1º, destacam-se: [...]

III –o ingresso forçado em imóveis públicos e particulares, no caso de situação de abandono ou de ausência de pessoa que possa permitir o acesso de agente público, regularmente designado e identificado, quando se mostre essencial para a contenção das doenças.

§ 2º Para fins do disposto no inciso III do § 1º, entende-se por: I –imóvel em situação de abandono –aquele que demonstre flagrante ausência prolongada de utilização, o que pode ser verificado por suas características físicas, por sinais de inexistência de conservação, pelo relato de moradores da área ou por outros indícios que evidenciem a sua não utilização; e

II –ausência –a impossibilidade de localização de pessoa que possa permitir o acesso ao imóvel na hipótese de duas visitas devidamente notificadas, em dias e períodos alternados, dentro do intervalo de dez dias.

[...]

Art. 4º A medida prevista no inciso III do § 1º do art. 1º aplica-se sempre que se verificar a existência de outras doenças, com potencial de proliferação ou de disseminação ou agravos que representem grave risco ou ameaça à saúde pública, condicionada à Declaração de Emergência em Saúde Pública.

O primeiro ponto a ser notado é a terminologia adotada. O texto normativo fala em “imóvel”, e não “casa” ou “domicílio”, denotando que o objeto do ingresso é o espaço físico do ambiente e não intimidade subjetiva do indivíduo.

A competência para determinar e executar as medidas sob análise é da autoridade máxima do Sistema Único de Saúde, de âmbito federal, estadual, distrital e municipal.

Está expresso também que o objetivo do ingresso forçado não pode ser outro senão a contenção das doenças causadas pelo vírus da dengue, da febre chikungunya e do vírus zika, ou outras doenças com potencial de proliferação ou de disseminação ou agravos que representem grave risco ou ameaça à saúde pública, condicionada à Declaração de Emergência em Saúde Pública.

Ou seja, desde que haja Declaração de Emergência em Saúde Pública nos termos da legislação pertinente, o ingresso forçado nos termos regulados pela MP em questão pode ser utilizado não apenas para combater o mosquito *Aedes Aegypti*, mas também a proliferação de outras doenças.

A MP regula o ingresso forçado em duas hipóteses, a saber, imóvel abandonado ou ausência dos moradores, devendo ser observados os critérios do seu § 2º para caracterizar da situação.

Destaque-se que esta norma não tratou da hipótese em que ocorra recusa do morador ao ingresso dos agentes públicos. Como exposto no tópico anterior deste artigo, mesmo nesta situação, o Estado possui respaldo constitucional para implementar as medidas necessárias à garantia da saúde pública.

Todavia, haja vista a não existência de regulamentação legal específica, a medida que traz maior segurança jurídica é a elaboração de um relatório do ocorrido pelo agente público, sendo este encaminhado à Procuradoria

do respectivo Ente federativo para que pleiteie mandado judicial que autorize o ingresso forçado.¹⁴

O art. 2º da MP 712/2016 trata de aspectos procedimentais a serem observados nas hipóteses em que o ingresso forçado se mostrar necessário. Eis o texto:

Art. 2º Nos casos em que houver a necessidade de ingresso forçado em imóveis públicos e particulares, o agente público competente emitirá relatório circunstanciado no local em que for verificada a impossibilidade de entrada por abandono ou ausência de pessoa que possa permitir o acesso de agente público.

§ 1º Sempre que se mostrar necessário, o agente público competente poderá requerer o auxílio à autoridade policial.

§ 2º Constarão no relatório circunstanciado as medidas sanitárias adotadas para o controle do vetor e da eliminação de criadouros do mosquito transmissor do Vírus da Dengue, do Vírus Chikungunya e do Zika Vírus.

Assim, deve o agente público responsável emitir relatório circunstanciado no local do imóvel, no qual constarão as medidas sanitárias adotadas para o controle e eliminação do mosquito. Caso necessário para realizar o ingresso, o agente público poderá solicitar apoio policial.

Já o art. 3º dispõe que, “na hipótese de abandono do imóvel ou de ausência de pessoa que possa permitir o acesso de agente público, o ingresso forçado deverá ser realizado buscando-se a preservação da integridade do imóvel”.

Esta é uma clara demonstração da ponderação dos valores envolvidos, haja vista que os poderes do Estado nas ações de preservação da saúde, assim como o direito do indivíduo à inviolabilidade do domicílio, não são absolutos. Assim, a limitação ao direito individual deve se ater à exata medida

14 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. MP 712/2016 prevê o ingresso forçado em imóveis para eliminar criadouros do mosquito *Aedes Aegypti*. Dizer o Direito. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2016/02/mp-7122016-preve-o-ingresso-forcado-em.html>>. Acesso em: 5 mar. 2016.

necessária para combater os focos do vetor transmissor das doenças, não estando o agente público autorizado a praticar qualquer ato que fuja dos objetivos legais, desrespeitando a liberdade ou a propriedade individuais, sob pena de configurar abuso de poder.

O objetivo do ingresso forçado não é impor qualquer sanção ao morador, muito menos retirar seus bens. Não se trata de investigação criminal nem de busca de apreensão e penhora. Mesmo que se verifique a existência de criadouros do *Aedes Aegypti*, será apenas realizada a limpeza do local e eliminação dos focos de proliferação, não sendo proprietário ou morador punidos por isto.

Conclusão

O Brasil enfrenta hoje um quadro crítico de saúde pública, frente à proliferação de casos de doenças transmitidas pelo *Aedes Aegypti*, em especial o vírus da zika, notadamente por ainda não estarem claros os impactos neurológicos que podem causar em bebês de mães infectadas.

Neste sentido, a efetividade das medidas a serem adotadas na proteção da saúde (art. 196, CF/1988), em especial por meio de ações de vigilância epidemiológica (art. 200, II, CF/1988), constitucionalmente previstas como dever-poder do Estado, pode ser comprometida pela falta de acesso dos agentes públicos aos imóveis que contenham potenciais criadouros do mosquito.

De outro lado, merece respeito o direito individual de inviolabilidade de domicílio (art. 5º, XI, CF/1988), direito fundamental que não pode ser anulado mesmo perante o interesse público em proteger o direito social à saúde (art. 6º, CF/1988).

A solução para a questão encontra respaldo nos princípios de interpretação constitucional, em especial os da unidade da Constituição e o da harmonização ou concordância prática.

Assim, por meio de ponderação entre os interesses constitucionais em questão, verifica-se que se mostra proporcional e razoável limitar o direito individual de inviolabilidade de domicílio de modo que se permita o acesso de agentes públicos para cumprimento de medidas com estrita pertinência ao interesse público de proteção da saúde pública.

Para tanto, devem ser observados os critérios e os procedimentos estabelecidos pela legislação aplicável, em especial as especificamente descritas na MP 712/2016, de modo que seja respeitado o núcleo essencial da privacidade e da propriedade do indivíduo e também garantida a efetividade das políticas públicas de proteção à saúde.

Referências Bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. MP 712/2016 prevê o ingresso forçado em imóveis para eliminar criadouros do mosquito *Aedes Aegypti*. *Dizer o Direito*. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2016/02/mp-7122016-preve-o-ingresso-forcado-em.html>>. Acesso em: 5 de mar. 2016.

NUNES, Kleber. Ainda não está clara a relação de zika com microcefalia, diz OMS. *Folha de São Paulo*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/02/1742757-ainda-nao-esta-clara-a-relacao-de-zika-com-microcefalia-diz-diretora-da-onu.shtml>>. Acesso em: 5 de mar. 2016.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Portal da Legislação. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 5 de mar. 2016.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. DENGUE, CHIKUNGUNYA E ZIKA. *Orientações Gerais, Prevenção e Combate*. Disponível em <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/informacoes-tecnicas-dengue>>. Acesso em: 5 de mar. 2016.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. SALA NACIONAL DE COORDENAÇÃO E CONTROLE, PARA O ENFRENTAMENTO DA DENGUE, DO VÍRUS CHIKUNGUNYA E DO ZIKA VÍRUS. *Informe nº 06 DE 26 de Fevereiro de 2016 – Monitoramento das Visitas Domiciliares no Brasil*. Disponível em <<http://combateaedes.saude.gov.br/images/pdf/informe-sncc-n-6.pdf>>. Acesso em: 5 de mar. 2016.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. SECRETARIA DE VIGILÂNCIA EM SAÚDE. *Programa Nacional de Controle da Dengue: amparo legal à execução das ações de campo – imóveis fechados, abandonados ou com acesso não permitido pelo morador*. 2. ed. – Brasília, Ministério da Saúde, 2006.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Tomo II. Constituição*. 7ª. ed. Portugal: Coimbra Editora, 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Jurisprudência*. Disponível em: <www.stf.jus.br/>. Acesso em: 5 de mar. 2016.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Zika virus, microcephaly and Guillain-Barré Syndrome situation report*. 4 march 2016. Disponível em: <<http://apps.who.int/iris/handle/10665/204526>>. Acesso em: 5 de mar. 2016.

O ESTADO BRASILEIRO

Antonio Sérgio Baptista¹

RESUMO: O presente artigo aborda o tamanho do Estado brasileiro, a crise institucional e coloca, genericamente, algumas sugestões que, na visão do autor, poderiam colaborar para mitigar a crise, ao menos no âmbito dos Municípios.

Palavras-chave: Estado Brasileiro. Administração pública. Reformas. Municípios.

O Brasil ficou pequeno para suportar o gigantismo do Estado brasileiro. Estado no sentido amplo do vocábulo: União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Sim, a máquina pública do Estado brasileiro atingiu tais proporções que não cabe mais no PIB do Brasil!

O que fazer, é a pergunta que não quer calar?

É preciso, em primeiro lugar, enfrentar a tormentosa questão do pacto federativo, editando as leis complementares previstas no parágrafo único do art.23 da Constituição Federal, para que se defina, com clareza, quais as competên-

¹ Advogado especialista em Direito Público. Coordenador do Conselho Técnico Multidisciplinar da Associação Paulista de Municípios (APM).

cias de cada Ente, dentre aquelas comuns relacionadas no referido dispositivo constitucional. Muito já se escreveu, muito já se discutiu, muitas reuniões, seminários e congressos foram realizados, mas pouco ou quase nada se avançou!

Pacto federativo que deve anteceder a reforma tributária tão desejada por todos os segmentos da sociedade brasileira. Reforma que deve ser ampla, e especialmente racional, para desfazer o atual emaranhado de leis, decretos, resoluções e portarias, verdadeira colcha de retalhos, principal causadora da elevada carga tributária – uma das maiores do mundo – que assola os contribuintes e que em contrapartida recebem, quando conseguem, serviços públicos de péssima qualidade.

Mas não basta! É preciso uma ampla reforma da administração pública de todos os níveis.

É preciso reescrever o Capítulo VII da Constituição Federal que trata da Administração Pública que, por suas evidentes benesses e excrecências, está conduzindo nosso país à ingovernabilidade.

É preciso ter coragem de enfrentar temas como a reforma dos sistemas de previdência social: geral, INSS, estaduais, distrital e municipais. Reforma profunda, não simples alterações paliativas e temporárias.

O direito de greve do servidor público que, após vinte e sete anos de vigência da Carta de 1988, ainda depende da edição da lei específica prevista no inc.VII do art.37 da Constituição.

A questão dos limites quantitativos e qualitativos dos cargos em comissão que, por serem de livre nomeação, são utilizados como verdadeiros “cabides”, para acomodar amigos, companheiros, correligionários e até parentes (apesar da Súmula 13), pessoas que, na imensa maioria, não reúnem condições para exercer as atribuições dos cargos para os quais são nomeados.

O regime jurídico único, os concursos públicos para todos os cargos, sem distinção entre os mais simples e os de atribuições mais complexas; o estágio probatório e a estabilidade dos servidores públicos são institutos que merecem uma profunda avaliação e revisão.

Na era digital, as administrações públicas precisam se modernizar, precisam acompanhar os avanços tecnológicos que permitem, por exemplo, a implantação do “home office” e suas vantagens, tanto para o servidores, como para a administração ou, ainda, a implantação de critérios de produtividade em certas atividades, como forma de incentivar a eficiência na prestação dos serviços, eficiência aliás elevada ao patamar de princípio constitucional desde 1998, através da Emenda Constitucional 19.

A administração pública brasileira é ineficiente, burocrática. Os serviços colocados à disposição dos cidadãos, dos contribuintes que sustentam a máquina pública, são precários. A saúde é um caos! Os sistemas de ensino, de todos os níveis, são de péssima qualidade! Basta lembrar que nenhuma universidade brasileira está classificada entre as 200 melhores do mundo. É triste! É vergonhoso!

É preciso uma profunda reforma da Lei 8.666, de 1993, que disciplina as licitações públicas. Verdadeira “colcha de retalhos”, desatualizada na maior parte de seus dispositivos fundamentais e, sem sombra de dúvidas, a grande responsável pela absurda corrupção que assola a Administração Pública brasileira.

Mas, no âmbito dos Municípios, algumas iniciativas podem ser propostas para melhorar a eficiência das administrações locais, começando por uma profunda revisão das Leis Orgânicas e dos Códigos Tributários, enfrentando a necessária atualização, tendo em vista as noventa e uma Emendas da Constituição Federal, bem como aquelas das Constituições Estaduais e, também, da legislação tributária nacional.

Revisão que deve alcançar, também, os estatutos dos servidores em geral, e os específicos, como do magistério e outras categorias, eliminando os absurdos privilégios que, em alguns casos, albergam forte dose de inconstitucionalidade.

As avaliações de desempenho, periódicas e especial, introduzidas no arcabouço constitucional através da Emenda Constitucional 19, de 1998, devem ser mais bem disciplinadas pela legislação de cada Município, para que efetivamente possam aperfeiçoar seu objetivo nuclear: a eficiência, elevada à categoria de princípio constitucional.

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE: DIFERENÇAS ENTRE MUNICÍPIOS CELETISTAS E ESTATUTÁRIOS

Fábio Luiz Pacheco¹

O adicional de insalubridade visa a compensar o trabalhador de atividades ou operações laborais que o exponham a condições, a métodos ou à natureza de trabalhos nocivos à sua saúde, acima dos limites de tolerância, em razão da natureza ou da intensidade do agente e do tempo de exposição.

É uma espécie de “salário-condição”, ou seja, será devido ao trabalhador enquanto perdurar a situação prejudicial à sua saúde, não ilidida por equipamentos de proteção coletivos ou individuais.² Logo, “cessada a causa, deixa de existir o direito ao pagamento do adicional, não se incorporando ao salário”.³

¹ Ex-assessor municipal; ex-consultor jurídico da Confederação Nacional de Municípios – CNM; ex-chefe de Cartório Eleitoral do TRE/RS; ex-assistente de Juiz do Trabalho do TRT da 3ª Região; ex-oficial de Justiça Federal do TRF da 4ª Região; assistente de desembargador do TRT da 4ª Região. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela PUC/RS.

² Observa-se, contudo, que o simples fornecimento do aparelho de proteção pelo empregador não o exime do pagamento do adicional de insalubridade, uma vez que lhe cabe tomar as medidas que conduzam à diminuição ou à eliminação da nocividade, entre as quais as relativas ao uso efetivo do equipamento pelo empregado (Súmula 289 do TST).

³ MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 233.

O ideal seria que a incidência de agentes físicos, químicos, biológicos e mecânicos nas atividades laborais fosse, efetivamente, combatida. O Brasil, no entanto, optou por monetizar a saúde do trabalhador. Ao invés de viabilizar e dar mais força ao que dispõe o inc. XXII do art. 7º da Carta Magna, ou seja, garantir aos trabalhadores a efetiva redução “dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”, optou-se por priorizar a política do pagamento de um “adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei” (art. 7º, XXIII, da Constituição). Os próprios empregados, no afã de majorar sua remuneração, aparentam preferir o recebimento do adicional, mesmo que a supressão da insalubridade seja mais benéfica à saúde deles.

Esta prática, a nosso ver, acaba por desestimular as condutas voltadas à efetiva proteção da saúde dos trabalhadores, uma vez que surge a equivocada ideia de que tal direito (constitucionalmente garantido no art. 196 da CF) é financeiramente compensável.

De qualquer forma, os Entes públicos municipais, tanto aqueles que adotam a legislação trabalhista para reger seus empregados públicos, quanto aqueles que possuem estatuto regulando os seus servidores, acabam submetendo, invariavelmente, alguns deles a atividades insalubres.

Cumpra esclarecer, no entanto, que a depender do regime adotado pelo Ente local (se estatutário ou celetista), o referido instituto tende a diferenciar-se, principalmente quanto à base de cálculo e ao fato gerador.

Por isso, neste primeiro momento, focaremos nossa atenção nos servidores regidos pela CLT (empregados públicos), trazendo um breve esclarecimento sobre as normas que disciplinam o instituto, as gradações percentuais de sua incidência (graus mínimo, médio e máximo) e um resumo histórico do posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho (TST) acerca da sua base de cálculo.

Após, será feita uma análise semelhante em relação aos Entes municipais que não adotam a CLT, ou seja, que possuem servidores estatutários.

A) Empregados Públicos (celetistas)

No âmbito das relações privadas e naquelas em que há a contratação de empregados públicos, as regras que tratam do adicional de insalubridade são encontradas, prioritariamente, na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Assim prevê seu art. 189:

Art. 189. Serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos.

Essas atividades e operações insalubres são editadas e aprovadas pelo Ministério do Trabalho e Emprego (hoje, Ministério do Trabalho e Previdência Social), nos termos do art.190 da CLT.⁴ São disciplinadas, prioritariamente, pela Norma Regulamentadora 15, aprovada pelo Decreto 3.214/1978, do “antigo” MTE.

As Normas Regulamentadoras (NRs) disciplinam as matérias relativas à saúde e à segurança do trabalho, sendo a NR 15 (e seus anexos) a específica sobre as atividades insalubres.

O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), de 20% (vinte por cento) e de 10% (dez por cento) do salário mínimo, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo – conforme o art.192 da CLT.

⁴Art. 190. O Ministério do Trabalho aprovará o quadro das atividades e operações insalubres e adotará normas sobre os critérios de caracterização da insalubridade, os limites de tolerância aos agentes agressivos, meios de proteção e o tempo máximo de exposição do empregado a esses agentes.

Parágrafo único –As normas referidas neste artigo incluirão medidas de proteção do organismo do trabalhador nas operações que produzem aerodispersóides tóxicos, irritantes, alérgicos ou incômodos.”

Quanto aos percentuais de incidência, não há discussões relevantes. Por outro lado, muito já se debateu e ainda debate-se sobre a base de cálculo do adicional de insalubridade, se seria ou não o salário mínimo. No aspecto, será feita uma breve digressão histórica sobre os principais entendimentos que circundam o tema.

A Súmula 17,⁵ do TST, previa que o adicional de insalubridade incidiria sobre o salário mínimo, a não ser nos casos em que acordo coletivo, convenção coletiva, sentença normativa ou lei fixassem um salário profissional – ocasião em que incidiria sobre um destes.

A referida súmula foi cancelada pela Resolução 148, de 26 de junho de 2008, em sessão do Tribunal Pleno do TST. A Corte Suprema Trabalhista decidiu que o adicional de insalubridade teria como base de cálculo o salário básico do empregado – que passou a ser a nova redação da Súmula 228 do TST, a saber:

SÚMULA 228. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. A partir de 9 de maio de 2008, data da publicação da Súmula Vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal, o adicional de insalubridade será calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo.

A redação acima foi impulsionada pela previsão da Súmula Vinculante 4, do Supremo Tribunal Federal, editada em 9/5/2008, que tem os seguintes termos: “Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial”.

Em 2009, no entanto, o Supremo Tribunal Federal, na Reclamação 6.266 (DJE de 5/8/2009), suspendeu liminarmente a aplicação da Súmula 228

⁵ TST – Súmula 17 – Adicional de Insalubridade. O adicional de insalubridade devido a empregado que, por força de lei, convenção coletiva ou sentença normativa, percebe salário profissional será sobre este calculado.

do TST, na parte em que permite a utilização do salário básico para calcular o adicional de insalubridade.⁶

A partir dessa decisão, então, apesar de reconhecer a proibição constitucional de vinculação de qualquer vantagem ao salário mínimo, o STF decidiu que não é possível julgar procedentes pedidos para que a base de cálculo do adicional de insalubridade seja calculada sobre o total da remuneração, ante a impossibilidade de atuar como legislador positivo.

A solução dada à questão pelo STF foi aquela que a doutrina constitucional alemã denomina “Unvereinbarkeitserklärung”, ou seja, declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade. A norma, não obstante ser declarada inconstitucional, continua a reger as relações obrigacionais, em face da impossibilidade de o Poder Judiciário se substituir ao legislador para definir critério diverso para a regulação da matéria.

Em suma, portanto, até que lei formalmente elaborada trate a respeito do assunto, a base de cálculo a ser utilizada para o adicional de insalubridade é o salário mínimo. As únicas exceções a esta regra são a existência de norma coletiva (acordo coletivo, convenção coletiva de trabalho e sentença normativa) ou a previsão em contrato individual de trabalho que prevejam outra base de cálculo. Este é o entendimento predominante do Tribunal Superior do Trabalho:

1) BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. Nos moldes da Súmula Vinculante nº 4 do STF e da reiterada jurisprudência deste Tribunal Superior, a base de cálculo do adicional de insalubridade é o salário mínimo, até que sobrevenha legislação específica dispondo em outro sentido. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. (Processo: RR-21417-70.2014.5.04.0005 Data de Julgamento: 24/02/2016, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 26/02/2016).

⁶ Ainda não houve o julgamento de mérito do feito, que se encontra concluso com a ministra Cármen Lúcia (Relatora) desde 17/3/2014. O acesso ao sitedo STF ocorreu em março/2016.

2) A ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SÚMULA VINCULANTE N.º 4 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. O Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária realizada no dia 30/4/2008, aprovou a Súmula Vinculante n.º 4, consagrando entendimento no sentido de que “o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial”. 2. O Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Resolução n.º 148/2008, cancelou a Súmula n.º 17, que tratava da adoção do salário profissional ou piso salarial como base de cálculo do adicional de insalubridade, diante da contrariedade à referida Súmula Vinculante. 3. Mais recentemente, o Ex.mo Sr. Presidente da excelsa Corte, ao conceder liminar na Reclamação n.º 6.266, suspendeu a aplicação da Súmula n.º 228 do Tribunal Superior do Trabalho na parte em que se determinava a incidência do adicional de insalubridade sobre o salário básico. 4. Ante a impossibilidade de adoção de outra base de cálculo para o adicional de insalubridade mediante decisão judicial, impõe-se manter o salário mínimo até que a incompatibilidade seja suprida por lei ou norma coletiva. 5. Recurso de Revista conhecido e provido. (Processo: RR – 119700-44.2007.5.04.0371 Data de Julgamento: 24/02/2016, Relator Desembargador Convocado: Marcelo Lamego Pertence, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 26/02/2016).

3) ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. Ante a impossibilidade de fixação de base de cálculo diversa por meio de decisão judicial, imperativa a manutenção do salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade até que sobrevenha lei específica ou norma coletiva disciplinando expressamente a base de cálculo a ser considerada na apuração do referido adicional. Recurso de Revista conhecido e provido. (Processo: RR – 588-31.2012.5.08.0101 Data de Julgamento: 24/02/2016, Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 26/02/2016).

Importante observar que, em virtude da competência privativa da União Federal legislar sobre direito do trabalho (art. 22, I, da Constituição), os empregadores de empregados públicos ou privados devem adotar as normas trabalhista acima. Assim, caso o Município adote a CLT, tem o dever de obediência às regras da CLT e da NR 15 do MTE.

B) Servidores públicos (estatutários)

Os servidores municipais estatutários não estão vinculados às mesmas conclusões acima. Assim, nas hipóteses em que os Municípios que não adotam a CLT resolvem pagar o referido adicional, não estão adstritos aos fatos geradores definidos pelo Ministério do Trabalho (na NR 15) nem ao salário mínimo como base de cálculo.

Inicialmente, pondera-se que é o próprio Ente municipal que opta por pagar ou não o adicional de insalubridade, ou seja, não existe a obrigatoriedade de tal pagamento, uma vez que o art.39, § 3º, da Constituição Federal não impõe a obrigatoriedade de os servidores públicos estatutários perceberem os direitos previstos no art. 7º, XXIII, do mesmo diploma (dentre eles, o adicional de insalubridade).

Muitas vezes, ainda que haja lei municipal prevendo o pagamento do adicional, esta condiciona sua percepção à existência prévia de um laudo pericial técnico, normalmente elaborado por um engenheiro ou médico do trabalho, classificando as atividades como insalubres. Exemplificando:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO. MUNICÍPIO DE GRAVATAÍ. AGENTE DE COMBATE A ENDEMIAS. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. ATIVIDADE INSALUBRE EM GRAU MÉDIO. TERMO INICIAL. DATA DO LAUDO ADMINISTRATIVO. BASE DE CÁLCULO. FATOR DE CORREÇÃO DAS DIFERENÇAS. –Regime Jurídico dos Servidores Públicos e a Constitucionalização do Direito Administrativo –

O regime jurídico dos servidores públicos é concebido como complexo de regras e princípios que disciplina a acessibilidade aos cargos públicos, bem como direitos e deveres. Trata-se de núcleo normativo compreendido a partir da supremacia da Constituição, da unidade dos princípios constitucionais que materializam indicações normativas democraticamente construídas. Controle fundado na juridicidade qualidade, por meio da qual a Administração Pública submete-se ao Direito, com o propósito de evitar práticas arbitrárias. -Adicional de Insalubridade – **A Lei Municipal nº 681/1991 prevê o pagamento do adicional de insalubridade quando previsto em laudo pericial exarado por junta médica e/ou engenharia oficial credenciada**, observados os critérios enunciados pelos Anexos da Norma Regulamentadora 15, da Portaria nº 3.214, de 08.06.78, da Secretaria de Segurança e Medicina do Trabalho. **O laudo técnico administrativo realizado em 20/01/2012 classifica o cargo de Agente de Combate a Endemias, desempenhado pela autora, como atividade insalubre em grau médio. Autor que faz jus ao pagamento do adicional de insalubridade desde o reconhecimento da insalubridade da atividade desenvolvida pelo servidor no laudo pericial administrativo, não sendo possível a concessão do benefício em período anterior por expressa disposição legal.** Base de Cálculo De acordo com o art. 95, I, §1º, “b”, da Lei Municipal nº 681/1991, a base de cálculo para a incidência do benefício é o menor vencimento básico de cargo efetivo, merecendo provimento o apelo do Município no ponto, em obediência ao princípio da legalidade. – Fator de Correção das Diferenças – Tem aplicação a Lei 11.960/09 desde a sua vigência até a data de 25/03/2015, momento em que o Supremo Tribunal Federal modulou os efeitos do julgamento da ADI nº 4357-DF, cujos créditos a partir desta data deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E). Apelo do Município parcialmente provido no ponto. REEXAME NECESSÁRIO. Nas hipóteses de sentença condenatória ilíquida proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município e as respectivas autarquias e fundações de direito público interno, é obrigatório o reexame necessário contemplado pelo artigo 475, § 2º, do Código de Processo Civil. Sen-

tença mantida em reexame. NEGADO SEGUIMENTO AO APELO DO AUTOR (ART. 557, CAPUT, DO CPC). APELO DO MUNICÍPIO PARCIALMENTE PROVIDO (ART. 557, §1º-A, DO CPC). SENTENÇA MANTIDA, QUANTO AO RESTANTE, EM REEXAME NECESSÁRIO. (Apelação Cível nº 70067265686, 3ª Câmara Cível do TJ/RS, Pires Ohlweiler, Julgado em 15/02/2016). (Grifos nossos)

Logo, sem que exista lei municipal ou, ainda, laudo pericial prévio, não é possível o pagamento da insalubridade, sob pena de afronta ao Princípio da Legalidade.⁷ Importante ressaltar que, na eventualidade de o Ente municipal efetuar o pagamento do adicional de insalubridade sem que haja a regulamentação (por meio de lei e de laudo técnico), ou em descompasso com a legislação, essa conduta acarretará punições em diversas esferas (civil, criminal e administrativa) e a diversas pessoas (prefeito municipal, secretário e ao servidor que o recebeu, por exemplo).

Embora a maioria dos julgados incline-se para a necessidade de prévio laudo pericial definindo as atividades insalubres,⁸ há decisões em sentido diverso, como esta prolatada pelo Tribunal de Justiça da Bahia:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. AGENTE DE TRÂNSITO MUNICIPAL. ADICIONAL DE INSALU-

⁷ EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO – CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – SERVIDOR PÚBLICO DO MUNICÍPIO DE OURO PRETO CARGO EFETIVO – ARTIGO 39, §3º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – BENEFÍCIO ASSEGURADO POR LEI MUNICIPAL – SUPERVENIÊNCIA DA REGULAMENTAÇÃO ESPECÍFICA PELO ENTE PÚBLICO – IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO – SENTENÇA REFORMADA NO REEXAME NECESSÁRIO.

– O artigo 39, §3º, da Constituição Federal, não estende ao servidor público o direito ao recebimento de adicional de insalubridade, porquanto necessária a edição de lei específica o regulamentando.- Embora a Lei Orgânica do Município de Ouro Preto preveja a concessão do adicional de insalubridade, a ausência de regulamentação local do referido benefício impede o seu pagamento, uma vez que a Administração está vinculada ao princípio da legalidade.

– Antes de institucionalizada a regulamentação do adicional, operável por meio de lei que discrimine os aspectos envolvidos na percepção da verba (alíquotas, base de cálculo, graus de insalubridade), o seu pagamento é voluntário, afastando-se, como consequência, a pretensão inaugural relativa ao pagamento das parcelas vencidas anteriormente à publicação da lei regulamentadora. – Sentença reformada no reexame necessário. (Reexame Necessário-Cv 1.0461.13.007756-7/001; 6ª Câmara Cível do TJ/MG; Relator: Des. Claret de Moraes; Data da publicação da súmula: 05/02/2016).

⁸ Apelação Cível nº 70067866798, 4ª Câmara Cível do TJ/RS, Relator: Francesco Conti, Julgado em 27/01/2016.

BRIDADE. PREVISÃO EXPRESSA NA LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL Nº 01/94. VALORES RETROATIVOS DEVIDOS, DESDE A DATA DE ADMISSÃO DO SERVIDOR. **POR ÓBVIO, a insalubridade da atividade NÃO surgiu apenas após a realização do laudo pericial, pois ela é inerente à natureza do labor.** REFLEXOS DA GRATIFICAÇÃO NAS FÉRIAS E 13º SALÁRIO EM FACE DA SUA NATUREZA REMUNERATÓRIA. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA PARA determinar que os valores devidos ao Autor, pelo Município de Feira de Santana, relativos ao adicional de insalubridade, no percentual de 20% sobre o seu vencimento base, desde 10.10.2001, incidam também sobre as férias e 13º salário. APELAÇÃO IMPROVIDA. RECURSO ADESIVO PROVIDO. (Classe: APELAÇÃO, Número do Processo: 0009597-25.2006.8.05.0080, Relatora: Sílvia Carneiro Santos Zarif, 1ª Câmara Cível do TJ/BA, Publicado em: 7/10/2015).

Outra diferença primordial entre os Municípios celetistas e estatutários, é que estes possuem competência para definir a base de cálculo do adicional de insalubridade – que pode ser diferente de um salário mínimo, como por exemplo o menor padrão de vencimento municipal ou até mesmo o vencimento básico do servidor, a depender da realidade local.⁹

A confirmar esse entendimento, citam-se decisões de diversos Tribunais de Justiça estaduais:

EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO – APELAÇÃO – INÉPCIA DA INICIAL – PRELIMINAR REJEITADA – ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – COMARCA DE POMPÉU – LEI MUNICIPAL Nº 1.086/08 – LAUDO PERICIAL – PROVA DO TRABALHO INSALUBRE – EPI – NEUTRALIZAÇÃO/ELIMINAÇÃO DA INSALUBRIDADE – AUSÊNCIA

⁹ Necessário informar que há decisões judiciais determinando que o menor padrão de vencimento municipal seja igual a um salário-mínimo.

DE PROVA – TERMO FINAL – DATA DA EXONERAÇÃO DO CARGO – **BASE DE CÁLCULO – ADVENTO DA LEI MUNICIPAL Nº 1.086/08 – VENCIMENTO MÍNIMO DO MUNICÍPIO.** (Ap Cível/Reex Necessário 1.0520.12.004471-1/001; 0044711-31.2012.8.13.0520; 7ª Câmara Cível do TJ/MG; Relator: Des. Wilson Benevides; Data de Julgamento: 23/02/2016; Data da publicação da súmula: 01/03/2016).

EMENTA: DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. FALTA DE NOTIFICAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA INTERESSADA. INOCORRÊNCIA DE NULIDADE. BASE DE CÁLCULO DO BENEFÍCIO (VENCIMENTO, E NÃO SALÁRIO-MÍNIMO). AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO PORQUE A MATÉRIA JÁ FOI ANALISADA PELO STF. 1. Quando a autoridade coatora e o representante da pessoa jurídica são a mesma pessoa e esta última (prefeito) é regularmente notificada para prestar as informações no mandamus, afasta-se a nulidade, uma vez que foi exercido satisfatoriamente o contraditório e a ampla defesa. 2. Segundo o firme entendimento do Supremo Tribunal Federal, é inconstitucional a utilização do salário-mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade de servidor público, por ir de encontro a dispositivo da Constituição Federal (art. 7º, inc. IV), ferindo, também, a Súmula Vinculante nº 4, daquela Corte Suprema. **3. Como a própria lei municipal traz dispositivo que autoriza a utilização do vencimento do servidor como base de cálculo para o benefício,** despreza-se a parte do dispositivo, tida por inconstitucional (art. 86, Lei Municipal 1.207/94), e utiliza-se o outro que não está contaminado pela eiva (art. 85), aproveitando-se daquele (art. 86) apenas o percentual ali estabelecido. Duplo Grau de Jurisdição conhecido e não provido. (Processo nº 23294-93.2013.8.09.0036 – APELACAO CIVEL EM MANDADO DE SEGURANCA; 2ª Câmara Cível do TJ/GO; Relator: Des. Zacarias Neves Coelho; Data: 24/03/2015).

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL – ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – MUNICÍPIO DE TUPÃ – BORRACHEIRO – AD-

MISSÃO SOB O REGIME JURÍDICO ESTATUTÁRIO – INSALUBRIDADE EM GRAU MÁXIMO DE ACORDO COM OPINIÃO TÉCNICA –BASE DE CÁLCULO DEFINIDA NA LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL Nº 140/2008 SOBRE O MONTANTE DE UM SALÁRIO MÍNIMO NACIONAL – PROCEDÊNCIA DO PEDIDO – SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA –RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO. REEXAME NECESSÁRIO DESPROVIDO. (Processo nº 0004186-81.2012.8.26.0637; 3ª Câmara Extraordinária de Direito Público do TJ/SP; Relator: João Negrini Filho; Data do julgamento: 15/02/2016; Data de registro: 26/02/2016).

C) Conclusões

Em ambos os casos analisados, o adicional de insalubridade, enquanto percebido, integra a remuneração do trabalhador para todos os efeitos, uma vez que possui natureza salarial, servindo de base de cálculo, por exemplo, para as horas extraordinárias pagas. Como já salientado, pode ser suprimido quando deixar de vigorar o seu fato gerador, “sem que esta redução seja considerada redução de salário”.¹⁰

Ao passo que os Entes locais que adotam a CLT para disciplinar seus empregados públicos devem respeitar, à risca, as disposições trabalhistas consolidadas e a NR15 do Ministério do Trabalho (editadas pela União Federal, face à competência privativa desta para legislar sobre direito do trabalho), os Municípios que adotam o regime jurídico administrativo de trabalho (servidores estatutários) possuem mais liberdade na definição de alguns critérios atinentes ao adicional de insalubridade.

Com base em lei municipal, então, os Entes municipais que possuem servidores públicos estatutários têm maior autonomia para definir as ativida-

10 STURMER, Gilberto. Direito constitucional do trabalho no Brasil. – São Paulo: Atlas, 2014, p. 68.

des insalubres (respaldados em laudo pericial) e a base de cálculo do referido adicional.

Por fim, importante lembrar que em nenhuma das situações acima (servidores celetistas ou estatutários) os Municípios estão obrigados a utilizar como base de cálculo do adicional de insalubridade o salário ou o vencimento do servidor.

Referência Bibliográfica

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 24^a ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E PREVIDÊNCIA SOCIAL. Disponível em: <<http://www.mtps.gov.br>>. Acesso em: 8 de mar 2016.

STURMER, Gilberto. *Direito constitucional do trabalho no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA. Disponível em: <<http://www.tjba.jus.br>>. Acesso em: 9 de mar. 2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS. Disponível em: <<http://www.tjgo.jus.br>>. Acesso em: 9 de mar. 2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 9 de mar. 2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 9 de mar. 2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 9 de mar. 2016.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 10 de mar. 2016.

A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O MARCO REGULATÓRIO DAS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL

Jamille Lavale de Carvalho Henriques de Moura¹

RESUMO: O presente artigo trata sobre os conceitos e regras trazidos pela Lei 13.019/2014, alterada pela Lei 13.204/2015, que trata sobre o novo regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco.

Palavras-chave: Marco regulatório. Organizações da Sociedade Civil. Lei 13.019/2014.

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

I) HISTÓRICO

A Lei 13.019, publicada em 31 de julho de 2014, conhecida como Marco Regulatório para as Organizações da Sociedade Civil, estabeleceu um novo regime jurídico para parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil.

Constava no texto original da lei a entrada em vigor em 90 dias após sua publicação. No entanto, após apelo da Confederação Nacional de Municípios e de outros órgãos, o prazo foi prorrogado para 360 dias da publicação da lei, por meio da Medida Provisória 658, de 30 de outubro de 2014. A entidade alegou à época que, embora reconhecesse os avanços da Lei 13.019/2014, o prazo de 90 dias era insuficiente para que os Municípios se adequassem às mudanças do novo regime.

A MP foi encaminhada para o Congresso Nacional, onde passou a tramitar como Projeto de Lei de Conversão 19, de 2014 (PLV 19/2014), e o texto original da Medida Provisória que tratava da prorrogação da data de entrada em vigor da Lei 13.019/2014 e aperfeiçoamento das regras de transição foi aprovado em 25 de fevereiro de 2015.

Decorrido o prazo estipulado pela MP 658/2014 para entrada em vigor da lei, organizações da sociedade civil, CNM e outras entidades conseguiram após solicitação à presidenta Dilma Rousseff um novo adiamento, ficando estipulado pela Medida Provisória 684, de 22 de julho de 2015, a data de 23 de janeiro de 2016 para entrada em vigor da Lei 13.019/2014.

Em 2 de setembro de 2015, foi instituída Comissão Parlamentar Mista na Câmara dos Deputados, e o relator, deputado Eduardo Barbosa (PSDB/MG), após ouvir diversos órgãos, entre eles a CNM, apresentou seu relatório à Comissão, aprovado por unanimidade, convertendo a MP 684/2015 em Projeto de Lei de Conversão 21, de 2015 (PLV 21/2015), enviado para sanção e veto presidencial.

O PLV 21/2015 foi sancionado pela presidenta Dilma Rousseff em 14 de dezembro de 2015 e possuía sete vetos. Convertido na Lei 13.204/2015, alterou vários artigos da Lei 13.019/2014, dentre eles a entrada em vigor da Lei para 23 de janeiro de 2016, para União, Distrito Federal e Estados, e janeiro de 2017 para Municípios.

II) CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Até a edição da Lei 13.019/2014, não havia nenhum instrumento normativo que abarcasse de forma única as regras para as organizações da sociedade civil. Com a Lei 13.019/2014, de abrangência nacional, fica instituído o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação.

A lei em comento traz, em síntese, prazos e regras para as Organizações da Sociedade Civil (OSC) e agentes públicos, a exigência aos Entes federados de transparência nas parcerias celebradas, realização de chamamento público, prazo de existência e experiência prévia das OSC.

Prevê, ainda, regras para seleção das entidades, bem como para aplicação dos recursos durante a parceria.

III) DEFINIÇÕES IMPORTANTES

Para melhor entendimento da lei, fazem-se necessárias algumas definições trazidas por esta:

- Organização da sociedade civil:

a) entidade privada sem fins lucrativos que não distribua entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados, doadores ou terceiros eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, isenções de qualquer natureza, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplique integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva.

b) as sociedades cooperativas previstas na Lei 9.867, de 10 de novembro de 1999; as integradas por pessoas em situação de risco ou vulnerabilidade pessoal ou social; as alcançadas por programas e ações de combate à pobreza e de geração de trabalho e renda; as voltadas para fomento, educação e capacitação de trabalhadores rurais ou capacitação de agentes de assistência técnica e extensão rural; e as capacitadas para execução de atividades ou de projetos de interesse público e de cunho social.

- Termo de Fomento: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pelas organizações da sociedade civil, que envolvam a transferência de recursos financeiros.
- Termo de Colaboração: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pela administração pública que envolvam a transferência de recursos financeiros.
- Acordo de Cooperação: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco que não envolvam a transferência de recursos financeiros.

- Administrador Público: agente público revestido de competência para assinar termo de colaboração, termo de fomento ou acordo de cooperação com organização da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, ainda que delegue essa competência a terceiros.
- Chamamento Público: procedimento destinado a selecionar organização da sociedade civil para firmar parceria por meio de termo de colaboração ou de fomento, no qual se garanta a observância dos princípios da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.
- Gestor: agente público responsável pela gestão de parceria celebrada por meio de termo de colaboração ou termo de fomento, designado por ato publicado em meio oficial de comunicação, com poderes de controle e fiscalização.

IV) PRINCIPAIS ASPECTOS DA LEI 13.019/2014 COM ALTERAÇÕES DA LEI 13.204/2015

A lei não se aplica

O art.3º da Lei estabelece a sua inaplicabilidade às transferências de recursos homologadas pelo Congresso Nacional ou autorizadas pelo Senado Federal naquilo em que as disposições específicas conflitarem com a lei, aos contratos de gestão das Organizações Sociais (inc.III), às parcerias realizadas no âmbito do SUS (inc.IV), termos de compromisso cultural – Lei Cultura Viva (inc.V), termos de parceria das OSCIPs (inc.VI), aos convênios no âmbito dos fundos educacionais (inc.VII), aos pagamentos realizados a outros títulos a entidades de representação federativa (inc.IX) e às parcerias entre a administração pública e as entidades do Sistema “S” (inc.X).

Capacitação de gestores

Para a celebração de parcerias, é necessário que o administrador público considere, obrigatoriamente, a capacidade operacional da administração pública para celebrar a parceria, avaliar propostas de parceria com o rigor técnico necessário, designar gestores habilitados a controlar e fiscalizar a execução em tempo hábil e de modo eficaz apreciar as prestações de contas na forma e nos prazos determinados pela Lei.

Para assegurar a capacidade técnica e operacional, a administração pública deve adotar as medidas necessárias, tanto na capacitação de pessoal, quanto no provimento dos recursos materiais e tecnológicos necessários.

Transparência

A Lei exige que a administração pública:

- publique nos meios oficiais de divulgação, no início de cada ano, os valores aprovados na lei orçamentária anual vigente para execução de programas e ações do plano plurianual em vigor, que poderão ser executados por meio de parcerias previstas na Lei;
- mantenha na internet até 180 dias após o encerramento da parceria a relação das parcerias celebradas e dos respectivos planos de trabalho;
- divulgue pela internet os meios para apresentação de denúncia sobre a aplicação irregular dos recursos transferidos.

As OSC deverão divulgar na internet e em locais visíveis de suas sedes sociais e dos estabelecimentos em que exerça suas ações todas as parcerias celebradas com a administração pública.

Tanto a organização da sociedade civil, como a administração pública deverão informar também:

- data de assinatura e identificação do instrumento de parceria e do órgão da administração pública responsável;

- nome da organização da sociedade civil e seu número de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) da Secretaria da Receita Federal do Brasil;
- descrição do objeto da parceria;
- valor total da parceria e valores liberados, quando for o caso;
- situação da prestação de contas da parceria (data prevista para apresentação, data em que foi apresentada e prazo para análise e resultado conclusivo);
- quando vinculados à execução do objeto e pagos com recursos da parceria, o valor total da remuneração da equipe de trabalho, as funções que seus integrantes desempenham e a remuneração prevista para o respectivo exercício.

Procedimento de Manifestação de Interesse Social (Pmis)

Instrumento por meio do qual as OSC, os movimentos sociais e os cidadãos poderão apresentar propostas à administração pública para que esta avalie a possibilidade de realização de um chamamento público, objetivando a celebração de parceria.

Caso proposta apresentada preencha os requisitos da Lei, a administração pública deverá tornar pública em seu *site* eletrônico e, verificadas a conveniência e a oportunidade para a realização do Pmis, o instaurará para oitiva da sociedade sobre o tema.

Importante destacar que:

- cada Ente federado definirá por meio de regulamento próprio os prazos e as regras de tais procedimentos;
- é vedado o uso da Manifestação de Interesse Social como pressuposto para a abertura de chamamento público ou a celebração de parcerias.

Plano de Trabalho

Deverá constar do plano de trabalho de parcerias celebradas mediante termo de colaboração ou de fomento:

I – descrição da realidade que será objeto da parceria, devendo ser demonstrado onexo entre essa realidade e as atividades ou projetos e metas a serem atingidos;

II – descrição de metas a serem atingidas ou projetos a serem executados;

III – previsão de receitas e de despesas a serem realizadas na execução das atividades ou dos projetos abrangidos pela parceria;

IV – forma de execução das atividades ou dos projetos e de cumprimento das metas a eles atreladas.

Chamamento Público

A celebração de termo de colaboração ou de fomento será precedida de chamamento público voltado a selecionar organizações da sociedade civil que tornem mais eficaz a execução do objeto.

O edital do chamamento público deverá ser amplamente divulgado em página do *site* oficial da administração pública com antecedência de 30 dias e especificará, no mínimo:

I – a programação orçamentária que autoriza e viabiliza a celebração da parceria;

II – o objeto da parceria;

III – as datas, os prazos, as condições, o local e a forma de apresentação das propostas;

IV – as datas e os critérios de seleção e julgamento das propostas, inclusive no que se refere à metodologia de pontuação e ao peso atribuído a cada um dos critérios estabelecidos, se for o caso;

V – o valor previsto para a realização do objeto;

VI – as condições para interposição de recurso administrativo;

VII – a minuta do instrumento por meio do qual será celebrada a parceria;

VIII – de acordo com as características do objeto da parceria, medidas de acessibilidade para pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida e idosos.

É vedado admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo em decorrência de qualquer circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto da parceria, admitidos:

I – a seleção de propostas apresentadas exclusivamente por concorrentes sediados ou com representação atuante e reconhecida na unidade da Federação onde será executado o objeto da parceria;

II – o estabelecimento de cláusula que delimite o território ou a abrangência da prestação de atividades ou da execução de projetos, conforme estabelecido nas políticas setoriais.

As propostas serão julgadas por uma comissão de seleção – composta por pelo menos um servidor ocupante de cargo efetivo ou emprego permanente do quadro de pessoal da administração pública – previamente designada ou constituída pelo conselho gestor, se o projeto for financiado com recursos de fundos específicos.

Exceção para chamamento público

Serão celebrados sem chamamento público os termos de colaboração ou de fomento que envolvam recursos decorrentes de emendas parlamentares às leis orçamentárias anuais e os acordos de cooperação, exceto, em relação aos acordos de cooperação, quando o objeto envolver a celebração de comodato, doação de bens ou outra forma de compartilhamento de recurso patrimonial, hipótese em que o respectivo chamamento público observará o disposto na Lei.

Hipóteses de dispensa do chamamento público

I – no caso de urgência decorrente de paralisação ou iminência de paralisação de atividades de relevante interesse público, pelo prazo de até cento e oitenta dias;

II – nos casos de guerra, calamidade pública, grave perturbação da ordem pública ou ameaça à paz social;

III – quando se tratar da realização de programa de proteção a pessoas ameaçadas ou em situação que possa comprometer a sua segurança;

IV – no caso de atividades voltadas ou vinculadas a serviços de educação, saúde e assistência social, desde que executadas por organizações da sociedade civil previamente credenciadas pelo órgão gestor da respectiva política.

Hipóteses de inexigibilidade do chamamento público

Na hipótese de inviabilidade de competição entre as organizações da sociedade civil, em razão da natureza singular do objeto da parceria ou se as metas somente puderem ser atingidas por uma entidade específica, especialmente quando:

I – o objeto da parceria constituir incumbência prevista em acordo, ato ou compromisso internacional, no qual sejam indicadas as instituições que utilizarão os recursos;

II – a parceria decorrer de transferência para organização da sociedade civil que esteja autorizada em lei na qual seja identificada expressamente a entidade beneficiária, inclusive quando se tratar da subvenção.

Nos casos de dispensa e inexigibilidade, o administrador público deverá justificar a decisão, cujo extrato deverá ser publicado na mesma data em que for efetivado, sob pena de nulidade do ato de formalização da parceria.

Requisitos para celebração de parcerias

Para a administração pública

A celebração e a formalização do termo de colaboração e do termo de fomento dependerão da adoção das seguintes providências pela administração pública:

- I. realização de chamamento público, ressalvadas as exceções;
- II. indicação expressa da existência de prévia dotação orçamentária para execução da parceria;
- III. demonstração de que os objetivos e as finalidades institucionais e a capacidade técnica e operacional da organização da sociedade civil foram avaliados e são compatíveis com o objeto;
- IV. aprovação do plano de trabalho;
- V. emissão de parecer de órgão técnico da administração pública, que deverá pronunciar-se, de forma expressa, a respeito: do mérito da proposta, em conformidade com a modalidade de parceria adotada; da identidade e da reciprocidade de interesse das partes na realização, em mútua cooperação, da parceria; da viabilidade de sua execução; da verificação do cronograma de desembolso; da descrição de quais serão os meios disponíveis a serem utilizados para a fiscalização da execução da parceria, assim como dos procedimentos que deverão ser adotados para avaliação da execução física e financeira, no cumprimento das metas e objetivos; da designação do gestor da parceria; da designação da comissão de monitoramento e avaliação da parceria;
- VI. emissão de parecer jurídico do órgão de assessoria ou consultoria jurídica da administração pública acerca da possibilidade de celebração da parceria.

Para as Organizações da Sociedade Civil

Para celebrar parcerias, as OSC deverão ser regidas por normas de organização que prevejam os requisitos contidos no art. 33 da Lei, além de possuir no mínimo 1 ano de existência para parcerias com Municípios (2 anos com Estados e 3 anos com a União), admitida a redução do prazo por ato específico de cada Ente na hipótese de nenhuma organização atingi-los (art. 33, V). Deverão possuir também experiência prévia na realização, com efetividade, do objeto da parceria ou de natureza semelhante e instalações, condições materiais e capacidade técnica e operacional para o desenvolvimento das atividades ou projetos previstos na parceria e o cumprimento das metas estabelecidas.

Contrapartida na parceria

Importante ressaltar que não será exigida contrapartida financeira como requisito para celebração de parceria, facultada a exigência de contrapartida em bens e serviços.

Aquisição de bens durante a parceria

Se durante a execução da parceria a organização da sociedade civil adquirir equipamentos e materiais permanentes com recursos provenientes da celebração da parceria, o bem será gravado com cláusula de inalienabilidade, e ela deverá formalizar promessa de transferência da propriedade à administração pública, na hipótese de sua extinção.

Será obrigatória a estipulação do destino a ser dado aos bens remanescentes da parceria, podendo, a critério do administrador público, serem doados quando, após a consecução do objeto, não forem necessários para assegurar a continuidade do objeto pactuado.

Objetos vedados nas parcerias

É vedada a celebração de parcerias previstas nesta Lei que tenham por objeto, envolvam ou incluam, direta ou indiretamente, delegação das funções

de regulação, de fiscalização, de exercício do poder de polícia ou de outras atividades exclusivas de Estado.

Cláusulas essenciais dos termos de fomento ou termo de colaboração ou acordo de cooperação

- I. a descrição do objeto pactuado;
- II. as obrigações das partes;
- III. quando for o caso, o valor total e o cronograma de desembolso;
- IV. a contrapartida, quando for o caso;
- V. a vigência e as hipóteses de prorrogação;
- VI. a obrigação de prestar contas com definição de forma, metodologia e prazos;
- VII. a forma de monitoramento e avaliação, com a indicação dos recursos humanos e tecnológicos que serão empregados na atividade ou, se for o caso, a indicação da participação de apoio técnico;
- VIII. a obrigatoriedade de restituição de recursos, nos casos previstos na Lei;
- IX. a definição, se for o caso, da titularidade dos bens e direitos remanescentes na data da conclusão ou extinção da parceria e que, em razão de sua execução, tenham sido adquiridos, produzidos ou transformados com recursos repassados pela administração pública;
- X. a prerrogativa atribuída à administração pública para assumir ou transferir a responsabilidade pela execução do objeto, no caso de paralisação, de modo a evitar sua descontinuidade;
- XI. quando for o caso, a obrigação de a organização da sociedade civil manter e movimentar os recursos em conta bancária específica;

- XII. o livre acesso dos agentes da administração pública, do controle interno e do Tribunal de Contas correspondente aos processos, aos documentos e às informações relacionadas a termos de colaboração ou a termos de fomento, bem como aos locais de execução do respectivo objeto;
- XIII. a faculdade dos partícipes rescindirem o instrumento, a qualquer tempo, com as respectivas condições, sanções e delimitações claras de responsabilidades, além da estipulação de prazo mínimo de antecedência para a publicidade dessa intenção, que não poderá ser inferior a 60 (sessenta) dias;
- XIV. a indicação do foro para dirimir as dúvidas decorrentes da execução da parceria, estabelecendo a obrigatoriedade da prévia tentativa de solução administrativa, com a participação de órgão encarregado de assessoramento jurídico integrante da estrutura da administração pública;
- XV. a responsabilidade exclusiva da organização da sociedade civil pelo gerenciamento administrativo e financeiro dos recursos recebidos, inclusive no que diz respeito às despesas de custeio, de investimento e de pessoal;
- XVI. a responsabilidade exclusiva da organização da sociedade civil pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais relacionados à execução do objeto previsto no termo de colaboração ou de fomento, não implicando responsabilidade solidária ou subsidiária da administração pública a inadiplência da organização da sociedade civil em relação ao referido pagamento, os ônus incidentes sobre o objeto da parceria ou os danos decorrentes de restrição à sua execução.

Constará como anexo do termo de colaboração, do termo de fomento ou do acordo de cooperação o plano de trabalho, que deles será parte integrante e indissociável.

Despesas da parceria

Fica vedado utilizar recursos para finalidade alheia ao objeto da parceria e pagar, a qualquer título, servidor ou empregado público com recursos vinculados à parceria, salvo nas hipóteses previstas em lei específica e na lei de diretrizes orçamentárias;

Poderão ser pagas, entre outras despesas, com recursos vinculados à parceria:

- I. remuneração da equipe encarregada da execução do plano de trabalho, inclusive de pessoal próprio da organização da sociedade civil, durante a vigência da parceria, compreendendo as despesas com pagamentos de impostos, contribuições sociais, Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), férias, décimo terceiro salário, salários proporcionais, verbas rescisórias e demais encargos sociais e trabalhistas;
- II. diárias referentes a deslocamento, hospedagem e alimentação nos casos em que a execução do objeto da parceria assim o exija;
- III. custos indiretos necessários à execução do objeto, seja qual for a proporção em relação ao valor total da parceria;
- IV. aquisição de equipamentos e materiais permanentes essenciais à consecução do objeto e serviços de adequação de espaço físico, desde que necessários à instalação dos referidos equipamentos e materiais.

A inadimplência da administração pública não transfere à organização da sociedade civil a responsabilidade pelo pagamento de obrigações vinculadas à parceria com recursos próprios.

A inadimplência da organização da sociedade civil em decorrência de atrasos na liberação de repasses relacionados à parceria não poderá acarretar restrições à liberação de parcelas subsequentes.

O pagamento de remuneração da equipe contratada pela organização da sociedade civil com recursos da parceria não gera vínculo trabalhista com o poder público.

Liberação dos recursos pela administração pública

A administração pública deverá viabilizar o acompanhamento pela internet dos processos de liberação de recursos referentes às parcerias.

As parcelas dos recursos transferidos no âmbito da parceria serão liberadas de acordo com o cronograma de desembolso, exceto quando:

- I. houver evidências de irregularidade na aplicação de parcela anteriormente recebida;
- II. constatado desvio de finalidade na aplicação dos recursos ou o inadimplemento da organização da sociedade civil em relação a obrigações estabelecidas no termo de colaboração ou de fomento;
- III. organização da sociedade civil deixar de adotar sem justificativa suficiente às medidas saneadoras apontadas pela administração pública ou pelos órgãos de controle interno ou externo.

Movimentação financeira dos recursos

Os recursos recebidos em decorrência da parceria serão depositados em conta-corrente específica isenta de tarifa bancária na instituição financeira pública determinada pela administração pública.

Os rendimentos de ativos financeiros serão aplicados no objeto da parceria, estando sujeitos às mesmas condições de prestação de contas exigidas para os recursos transferidos.

Por ocasião da conclusão, denúncia, rescisão ou extinção da parceria, os saldos financeiros remanescentes, inclusive os provenientes das receitas obtidas das aplicações financeiras realizadas, serão devolvidos à administração pública no prazo improrrogável de trinta dias, sob pena de imediata instauração de tomada de contas especial do responsável, providenciada pela autoridade competente da administração pública.

Toda a movimentação de recursos no âmbito da parceria será realizada mediante transferência eletrônica sujeita à identificação do beneficiário final e à obrigatoriedade de depósito em sua conta bancária.

Alteração da vigência da parceria

A vigência da parceria poderá ser alterada mediante solicitação da organização da sociedade civil, devidamente formalizada e justificada, a ser apresentada na administração pública em, no mínimo, 30 (trinta) dias antes do término inicialmente previsto.

A prorrogação de ofício da vigência do termo de colaboração ou de fomento deve ser feita pela administração pública, quando ela der causa a atraso na liberação dos recursos, limitada ao exato período do atraso verificado.

Monitoramento e avaliação do objeto da parceria pela administração pública

A administração pública promoverá o monitoramento e a avaliação do cumprimento do objeto da parceria, devendo emitir relatório técnico de monitoramento e avaliação de parceria e submeter à comissão de monitoramento e avaliação designada, que o homologará.

A comissão de monitoramento e avaliação é o órgão colegiado destinado a monitorar e avaliar as parcerias celebradas com organizações da sociedade civil mediante termo de colaboração ou termo de fomento, constituído por ato publicado em meio oficial de comunicação, assegurada a participação de pelo menos um servidor ocupante de cargo efetivo ou emprego permanente do quadro de pessoal da administração pública.

Poderá a administração pública, para o monitoramento, valer-se do apoio técnico de terceiros, delegar competência ou firmar parcerias com órgãos ou entidades que se situem próximos ao local de aplicação dos recursos.

O relatório técnico de monitoramento e avaliação da parceria deverá conter:

- I. descrição sumária das atividades e das metas estabelecidas;
- II. análise das atividades realizadas, do cumprimento das metas e do impacto do benefício social obtido em razão da execução do objeto até o período, com base nos indicadores estabelecidos e aprovados no plano de trabalho;
- III. valores efetivamente transferidos pela administração pública;
- IV. análise dos documentos comprobatórios das despesas apresentados pela organização da sociedade civil na prestação de contas, quando não for comprovado o alcance das metas e resultados estabelecidos no respectivo termo de colaboração ou de fomento;
- V. análise de eventuais auditorias realizadas pelos controles interno e externo, no âmbito da fiscalização preventiva, bem como de suas conclusões e das medidas que tomaram em decorrência dessas auditorias.

No caso de parcerias financiadas com recursos de fundos específicos, o monitoramento e a avaliação serão realizados pelos respectivos conselhos gestores.

Na hipótese de inexecução por culpa exclusiva da organização da sociedade civil, a administração pública poderá, exclusivamente para assegurar o atendimento de serviços essenciais à população, por ato próprio e independentemente de autorização judicial, a fim de realizar ou manter a execução das metas ou atividades pactuadas:

- I. retomar os bens públicos em poder da organização da sociedade civil parceira, qualquer que tenha sido a modalidade ou título que concedeu direitos de uso de tais bens;
- II. assumir a responsabilidade pela execução do restante do objeto previsto no plano de trabalho, no caso de paralisação, de modo a evitar sua descontinuidade, devendo ser considerado na prestação de contas o que foi executado pela organização

da sociedade civil até o momento em que a administração assumiu essas responsabilidades.

Prestação de contas

A administração pública fornecerá manuais específicos às organizações da sociedade civil quando da celebração das parcerias. O regulamento estabelecerá procedimentos simplificados para prestação de contas.

A organização da sociedade civil prestará contas da aplicação dos recursos recebidos no prazo de até noventa dias a partir do término da vigência da parceria ou no final de cada exercício, se a duração da parceria exceder um ano. O prazo poderá ser prorrogado por até 30 dias, desde que devidamente justificado.

A administração pública dever concluir, alternativamente, pela aprovação da prestação de contas; aprovação da prestação de contas com ressalvas; ou rejeição da prestação de contas e determinação de imediata instauração de tomada de contas especial.

Constatada irregularidade ou omissão na prestação de contas, será concedido prazo de 45 dias, prorrogável por igual período, para a organização da sociedade civil sanar a irregularidade ou cumprir a obrigação.

A administração pública apreciará a prestação final de contas apresentada, no prazo de até cento e cinquenta dias, contado da data de seu recebimento ou do cumprimento de diligência por ela determinada, prorrogável justificadamente por igual período.

A prestação de contas e todos os atos que dela decorram dar-se-ão em plataforma eletrônica, permitindo a visualização por qualquer interessado.

A prestação de contas dar-se-á mediante a análise dos documentos previstos no plano de trabalho, além do relatório de execução do objeto e relatório de execução financeira do termo de colaboração ou do termo de fomento e, quando houver, relatório de visita técnica *in loco* e relatório técnico de monitoramento e avaliação.

O administrador público responde pela decisão sobre a aprovação da prestação de contas ou por omissão em relação à análise de seu conteúdo, levando em consideração, no primeiro caso, os pareceres técnico, financeiro e jurídico, sendo permitida delegação a autoridades diretamente subordinadas, vedada a subdelegação.

Responsabilidades e Sanções

Além de inserir hipóteses na Lei de Improbidade Administrativa, a Lei prevê um prazo prescricional de 5 anos, a contar da data da apresentação da prestação de contas para a aplicação de sanções de natureza administrativa à organização da sociedade civil que agir em desacordo com o plano de trabalho ou com as normas legais vigentes. São elas: advertência; suspensão temporária para participar de chamamentos públicos e impedimento para celebrar parceria ou contrato; e declaração de idoneidade para participar de chamamento público ou celebrar parceria ou contrato. Eventuais envolvidos em mau uso do recurso poderão ficar responsáveis pela restituição aos cofres públicos dos valores que não forem corretamente empregados na parceria quando sua ação ou omissão tenha dado causa a alguma irregularidade.

Regras de Transição

As parcerias existentes no momento da entrada em vigor da lei permanecerão regidas pela legislação vigente ao tempo de sua celebração, sem prejuízo da aplicação subsidiária da Lei 13.019/2014. No caso de atraso na liberação de recursos por parte da administração pública, as parcerias poderão ser prorrogadas de ofício, por período equivalente ao atraso. As parcerias firmadas por prazo indeterminado antes da data de entrada em vigor da Lei 13.019, ou forem prorrogáveis por período superior ao inicialmente estabelecido, no prazo de até um ano após a data da entrada em vigor desta Lei, serão, alternativamente, substituídas pelos termos de fomento ou termos de colaboração, conforme o caso, ou rescindidas unilateralmente pela administração pública.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. *Lei 13.019, de 31 de julho de 2014*. Estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação; define diretrizes para a política de fomento, de colaboração e de cooperação com organizações da sociedade civil; e altera as Leis 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.790, de 23 de março de 1999. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

_____. *Lei 13.204, de 14 de dezembro de 2015*. Altera a Lei 13.019, de 31 de julho de 2014, “que estabelece o regime jurídico das parcerias voluntárias, envolvendo ou não transferências de recursos financeiros, entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público; define diretrizes para a política de fomento e de colaboração com organizações da sociedade civil; institui o termo de colaboração e o termo de fomento; e altera as Leis 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.790, de 23 de março de 1999”; altera as Leis 8.429, de 2 de junho de 1992, 9.790, de 23 de março de 1999, 9.249, de 26 de dezembro de 1995, 9.532, de 10 de dezembro de 1997, 12.101, de 27 de novembro de 2009, e 8.666, de 21 de junho de 1993; e revoga a Lei 91, de 28 de agosto de 1935. Disponível em: <www.planalto.gov.br>

REMUNERAÇÃO PELO SERVIÇO PÚBLICO DE MANEJO DE ÁGUAS PLUVIAIS URBANAS

Wladimir Antonio Ribeiro¹

1. Introdução

Dentre os serviços municipais, um dos mais importantes é o *serviço público de manejo de águas pluviais urbanas*. Isso porque, quando funciona mal, gera enormes prejuízos à propriedade pública e privada, à saúde pública e, mesmo, à vida humana. Inclusive tem sido comum que os tribunais imponham ao Município o pagamento de elevados valores de indenizações, em razão dos danos provocados pelo funcionamento deficiente do serviço.²

1 Advogado da banca Manesco, Ramires, Perez, Azevedo Marques – Sociedade de Advogados, com escritórios em S. Paulo, Brasília, Belo Horizonte e Rio de Janeiro. Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (1990), mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra (2002), foi Secretário de Assuntos Jurídicos dos Municípios de São José dos Campos (SP), Mauá (SP) e Jacareí (SP). Foi Consultor do Governo Federal na elaboração da Lei de Consórcios Públicos, da Lei Nacional de Saneamento Básico e do Plano Nacional de Resíduos Sólidos.

2 Como pode se conferir da Ementa de Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais: “É dever do Município executar as políticas públicas relacionadas à drenagem e ao manejo de águas pluviais, a fim de se resguardar a incolumidade dos munícipes. 4. A omissão do Ente Municipal, ou o desempenho insuficiente de tal mister, enseja a responsabilização civil do Ente Público, presentes os demais requisitos da responsabilidade civil” (2ª Câmara Cível, Embargos de

Doutro lado, trata-se de um serviço público dispendioso, caro. Face à carência de recursos, a exigência de patamares mais elevados para esse serviço público cria situação extremamente desconfortável, em que o Município é cobrado a realizar despesa de elevado valor, não raro despesa incompatível com sua realidade financeira.

A proposta deste artigo é mostrar que podem ser obtidas receitas específicas para se viabilizar a adequada prestação do *serviço público de manejo de águas pluviais urbanas*. Não se trata de nenhum milagre, nem se trata de novidade. Trata-se de viabilizar que o Município recupere os valores que despendeu mediante pagamento dos próprios beneficiários dos serviços, atendendo aos objetivos de justiça tributária e de boa gestão ambiental.

2. Os serviços públicos de manejo de águas pluviais urbanas

Em muitos países, como nos Estados Unidos, a *stormwaterutility* (ou seja, o *serviço público de manejo de águas pluviais urbanas*) é atribuição de uma estrutura administrativa específica, normalmente com receitas próprias.³ No Brasil, infelizmente, este serviço não vem merecendo tratamento institucional adequado, sendo executado em conjunto com outras atividades, sem segregação contábil, sem receitas vinculadas e, ainda, sem um planejamento que lhe oriente as ações.

Entretanto, já está em curso processo de mudança.

Declaração nº 1.0024.08.127068-8/002, Rel. Des. Raimundo Messias Júnior, j. 1.3.2016). Observe-se que a jurisprudência reconhece tal responsabilidade civil nas mais diversas situações, como nos casos de danos provocados (i) pela ausência de tampa de segurança em bueiro (TJ/MG, 8ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0024.09.512839-3/001, Rel. Des. Fernando Botelho, j. 14.7.2011), (ii) pelo entupimento da galeria de drenagem (TJ/SP, 3ª Câmara Extraordinária de Direito Público, Apelação Cível nº 0005357-20.2010.8.26.0053, Rel. Des. Moreira de Carvalho, j. 7.3.2016), ou, mesmo, (iii) pela não conclusão de obras de drenagem (TJ/SP, 11ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Aroldo Viotti, Apelação Cível nº 0004816-95.2008.8.26.0470, j. 1.3.2016).

3 Segundo relatório recente, nos Estados Unidos a *Stormwaterutility* está estruturado em 1417 prestadores locais, a grande maioria com receitas próprias, advindas de cobrança direta dos usuários – sobre o tema v. CAMPBELL, Warren. *StormwaterUtilitySurvey* 2013. Western Kentucky University, 2013.

Em primeiro lugar, porque o *serviço público de manejo de águas pluviais* foi reconhecido um dos cinco *serviços públicos de saneamento básico*, nos termos do que prevê a Lei Nacional de Saneamento Básico (LNSB)– Lei Federal 11.445, de 5 de janeiro de 2007).⁴ Com isso, é serviço público que, devidamente organizado, deve ser colocado à disposição pelo Município, seja diretamente, seja por meio de terceiros contratados.

Em segundo lugar, porque a expressão *manejo de águas pluviais*, utilizada pela Lei Nacional de Saneamento Básico (LNSB), possui significado moderno e diferente da expressão “serviços de drenagem”, antes utilizada.

Isso porque *drenar* significa retirar um líquido de algum lugar, transferindo-o para outro lugar. Ora, meramente transferir, no que se refere às águas pluviais urbanas, pode significar apenas mudar a localização da enchente. Já a expressão “manejo” possui significado mais amplo, significando não apenas a ação de *drenar*, mas, também, as ações de estimular a infiltração das águas pluviais no solo, de detê-las ou, mesmo, de reservá-las temporariamente, para uso – quando suficiente água não potável – ou para ser esgotada de forma e em tempo compatíveis com o dimensionamento do sistema de drenagem.⁵

É a partir dessas premissas que se pode compreender o alcance da definição, normativa, do *serviço público de manejo de águas pluviais urbanas*:

Art. 15. Consideram-se serviços públicos de manejo das águas pluviais urbanas os constituídos por uma ou mais das seguintes atividades: I –drenagem urbana; II –transporte de águas pluviais urbanas; III –detenção ou retenção de águas pluviais urbanas

4 Para uma melhor compreensão do significado jurídico de um serviço ser reconhecido como serviço público de saneamento básico, v. RIBEIRO, Wladimir Antônio. O saneamento básico como um direito social. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 13, n. 52, p. 229-251, out./dez. 2015.

5 Mesmo a LNSB cometeu o equívoco de designar o serviço como “serviço de drenagem e manejo de águas pluviais urbanas” (art. 3º, I, “d”), que se trata de um pleonasma (em “manejo” já está presente “drenagem”). Observe-se que o equívoco foi originado no processo de formação da lei no Poder Legislativo, porque no Projeto de Lei do Executivo a expressão utilizada foi, *tout court*, “serviços públicos de manejo de águas pluviais” (cf. art. 2º, VIII, do Projeto de Lei nº 5.296, de 23 de maio de 2005). Tal equívoco foi desfeito pelo Regulamento da Lei nº 11.445/2007 (Decreto nº 7.217, de 21 de junho de 2010), que designa os serviços, em respeito ao bom uso da língua, como serviços públicos de manejo de águas pluviais urbanas.

para amortecimento de vazões de cheias, e IV –tratamento e disposição final de águas pluviais urbanas.
(Decreto nº 7.217, de 21 de junho de 2010 – Regulamento da LNSB).

Contudo, há que se perguntar: de quais águas pluviais se está referindo? Isso porque há águas pluviais *privadas* e águas pluviais públicas, diferença que possui impacto sobre o regime de remuneração dos serviços.

3. Propriedade das águas pluviais

No regime do revogado Código Civil de 1916, as águas pluviais eram consideradas como *res nullius*, ou seja, coisas sem dono e, por isso, poderiam ser livremente apropriadas. Naquele regime, a propriedade sobre as águas pluviais dependia não apenas que elas caíssem sobre o terreno, mas que o proprietário praticasse efetivo ato de apropriação. Nas palavras de Affonso Gama:

As águas pluviais têm o caráter de *res nullius*, isto é, de coisas sem dono, por cujo motivo pertencem, por ocupação (e não por acessão), ao dono ou proprietário do terreno em que elas caem, ou correm, podendo ser por ele apanhadas ou colhidas, guardadas ou reservadas, e aproveitadas, de acordo com suas necessidades.⁶

Com a edição do Código de Águas, de 1934, tal situação se modificou, passando a se reconhecer a propriedade ao proprietário do terreno *ipso facto* de nele caírem, pelo que se afastou a necessidade de haver ato específico de apropriação. Veja-se: “As águas pluviais pertencem ao dono do prédio onde

6 Das águas no Direito Civil brasileiro, S. Paulo: Livraria Acadêmica, 1928, pág. 101.

caírem diretamente, podendo o mesmo dispor delas à vontade, salvo existindo direito em sentido contrário” (art. 103, Código de Águas).

Observe-se que, no caso de o proprietário de tais águas não as aproveitar, deixando que transponham o limite de seu prédio, não significa que nunca tenha sido proprietário, mas que *abandonou* a propriedade que adquiriu.⁷ Isso também se mostra evidente do disposto no Código de Águas: “Transpondo o limite do prédio em que caírem, abandonadas pelo proprietário do mesmo, as águas pluviais, no que lhes for aplicável, ficam sujeitas às regras ditadas para as águas comuns e para as águas públicas” (art. 104).

Nessa hipótese, passa a valer o que dispõe o Código Civil em vigor, que estipula que “o proprietário de nascente, ou do solo onde caem águas pluviais, satisfeitas as necessidades de seu consumo, não pode impedir, ou desviar o curso natural das águas remanescentes pelos prédios inferiores” (art. 1.290). Em outras palavras: abandonando a propriedade sobre as águas pluviais, não pode o anterior proprietário impedir que tais águas sejam adquiridas pelos proprietários dos prédios inferiores, para onde escoam naturalmente.⁸

7 Recorde-se que “prédio” na linguagem técnica jurídica significa propriedade fundiária, como bem ensina Hely Lopes Meirelles: “prédio, em Direito, é a propriedade fundiária. É o terreno, com as suas construções e servidões, mas o vulgo restringe e confunde o conceito de prédio com o de edificação” (Direito de Construir, 6ª. ed., S. Paulo: Malheiros, 1994, pág. 43).

8 Interessante notar que o descrito regime de propriedade ainda traz traços típicos de normas medievais, ou pré-capitalistas, em face de seu texto, in verbis: “satisfeitas as necessidades de seu consumo, não pode impedir, ou desviar o curso natural das águas remanescentes” (art. 1290, Código Civil). Caberia perguntar: poderia um proprietário reservar mais águas que suas necessidades, para comercializar o excedente, inclusive para o proprietário do imóvel inferior? Evidente que a resposta é positiva, que tal apropriação completa é possível, uma vez que, nos termos do Código de Águas, toda a água pluvial que venha a cair em um imóvel se torna, automaticamente, propriedade do dono do imóvel, a qual pode ser exercida nos termos da lei civil, que não limita a propriedade apenas ao seu valor de uso, reconhecendo também o seu valor de troca. Contudo, caso a propriedade adquirida não cumpra com sua função social, caso não se dê ao bem a sua adequada destinação, não pode ele ser desperdiçado, havendo o dever de um proprietário renunciar à propriedade do bem, permitindo que outro dele se aproprie, para dar-lhe destinação econômica. Combate-se o desperdício, e reconhece-se o princípio da função social da propriedade como fundamento para o direito de propriedade.

Doutro lado, no caso desse escoamento natural, o proprietário do prédio inferior possui a obrigação de receber tais águas, mesmo que lhe causem incômodo, na conformidade do que dispõe o Código Civil:

Art. 1.288. O dono ou o possuidor do prédio inferior é obrigado a receber as águas que correm naturalmente do superior, não podendo realizar obras que embarquem o seu fluxo; porém a condição natural e anterior do prédio inferior não pode ser agravada por obras feitas pelo dono ou possuidor do prédio superior. Art. 1.289. Quando as águas, artificialmente levadas ao prédio superior, ou aí colhidas, correrem dele para o inferior, poderá o dono deste reclamar que se desviem, ou se lhe indenize o prejuízo que sofrer.

Fica evidente que as águas pluviais de propriedade privada se configuram pela só circunstância de águas pluviais terem se precipitado, naturalmente, em um imóvel de *propriedade privada*.

A mesma regra se aplica quando as águas pluviais venham a se precipitar sobre imóveis públicos, eis que se tornam *propriedade pública*, podendo ser inclusive propriedade pública *de uso comum*, como também prevê o Código de Águas: “São de domínio público *de uso comum* as águas pluviais que caírem em lugares ou terrenos públicos de uso comum” (art. 107).

Há, portanto, duas formas de propriedade pública sobre as águas pluviais:

(i) águas pluviais cuja *propriedade é exercida por entidade pública*, porque tal entidade possui a propriedade de prédio onde se precipitaram águas pluviais – pelo que seu regime se equipara ao regime jurídico da das águas pluviais de propriedade privada, sendo “pública” pelo simples fato de o proprietário ser integrante da administração pública; e

(ii) *as águas pluviais de uso comum*, que, no caso das águas pluviais *urbanas* – que são as que interessam a este texto –, são aquelas que se precipitaram sobre as vias públicas e outros bens de uso comum do povo.

4. O poder público é obrigado a receber gratuitamente as águas pluviais urbanas que escoam de prédios urbanos?

Seria o Município obrigado a receber as águas pluviais urbanas que escoam de prédios urbanos, sejam prédios de propriedade privada, sejam de propriedade de entidade pública?

Aplicando-se as normas civis, quando as águas pluviais urbanas escoam naturalmente do prédio para a via pública, o proprietário renuncia à propriedade sobre as águas pluviais, e o poder público é obrigado a recebê-las, adquirindo a propriedade.

A grande questão é que tais águas podem significar, quase sempre, apenas ônus para o poder público, que deve manejá-las para que não prejudiquem a salubridade ambiental urbana, bem como para que venham a integrar, de forma adequada, corpos hídricos. Adquirir tal propriedade significa, em realidade, adquirir uma obrigação. Eis uma aplicação que, talvez, não tenha sido antes imaginada, para a famosa asserção *Eigentumverpflichtet*.⁹

Sob o ponto de vista exclusivamente do Direito Civil, o Município e seu sistema de drenagem seriam responsáveis apenas pelas águas pluviais públicas, que tenham se precipitado nas vias públicas, e, ainda, aquelas que escoam *naturalmente* dos prédios urbanos para as vias públicas. Seriam excluídas de sua responsabilidade as águas pluviais que, precipitando-se sobre um prédio, são *artificialmente* drenadas para a via pública.

Prima facie, somente em relação às águas pluviais que escoem *artificialmente* para a via pública é que poderia recusa em receber por parte do poder público, ou este poderia condicionar o seu recebimento ao pagamento de

⁹ Esta famosa expressão ("a propriedade obriga"), trata-se de uma paráfrase da conhecida expressão francesa noblesse oblige ("a nobreza obriga"), sob forte influência da doutrina alemã, surgiu no texto da Constituição de Weimar (art. 153, II), e atualmente faz parte do texto da Lei Fundamental (Grundgesetz) da República Federal da Alemanha (art. 14, II).

remuneração, neste último caso porque o poder público teria o direito que “se lhe indenize o prejuízo que sofrer” (art. 1.289 do Código Civil).

Contudo, o uso e a ocupação do solo urbano estão sujeitos ao atendimento das normas municipais. E estas podem prever que os prédios urbanos estão obrigados a reter em seu interior todas as águas pluviais que sobre ele se precipitem. De tais normas de uso e ocupação do solo adviria a obrigação de o lote urbano possuir áreas permeáveis, para fins de infiltração de águas pluviais, ou de seu proprietário reservar tais águas, mediante mecanismos adequados, impedindo que venham a acessar a via pública ou o sistema público de drenagem.

Havendo tal norma administrativa, evidentemente que o poder público não seria obrigado a receber águas pluviais urbanas originadas de prédios urbanos, mas, apenas, teria que manejar as águas pluviais que se precipitem sobre as vias públicas e outros logradouros. E nada mais.

Ou seja, nesta hipótese, o *serviço público de manejo de águas pluviais urbanas* seria limitado à apenas a *parcela* das águas pluviais que se precipitaram no território do Município – porque parte destas teriam o seu manejo sob a responsabilidade privada.

5. O serviço público de manejo de águas pluviais urbanas como serviço público remunerado pelos usuários

Contudo, pode a legislação local prever também que os proprietários, ou ocupantes, de prédios urbanos possam optar por reter em seus imóveis todas as águas pluviais que nele se precipitaram ou, então, mediante pagamento, usufruírem do *serviço público de manejo de águas pluviais* – desde que, evidentemente, tal serviço exista e tenha capacidade de receber tal volume de águas.

Nesta situação, o cidadão pode optar por cuidar das águas pluviais de sua propriedade, infiltrando-a no solo de seu imóvel, ou adotando outra solução, ou, então, poderá *optar* por se utilizar do *serviço público de manejo de*

águas pluviais que o Município colocou à sua disposição. Caso faça tal opção, poderá ser instado a remunerar o Município pelo serviço que usufruirá.

Vê-se, assim, com clareza o porquê de a Lei Nacional de Saneamento Básico (LNSB) expressamente prever a remuneração pela prestação dos serviços de manejo de águas pluviais urbanas:

Art. 36. A cobrança pela prestação do serviço público de drenagem e manejo de águas pluviais urbanas deve levar em conta, em cada lote urbano, os percentuais de impermeabilização e a existência de dispositivos de amortecimento ou de retenção de água de chuva, bem como poderá considerar:

I – o nível de renda da população da área atendida;

II – as características dos lotes urbanos e as áreas que podem ser neles edificadas.

Como evidente, a remuneração prevista para os serviços se refere ao manejo das águas pluviais escoadas dos prédios urbanos para as vias públicas, não para o manejo das que se precipitem diretamente sobre as vias públicas. Com isso, as despesas com o manejo das águas pluviais de uso comum do povo devem ser custeadas pelo poder público, mediante suas receitas gerais, especialmente as geradas mediante impostos, e não pode ser objeto de cobrança específica.

De outro lado, as águas pluviais que escoarem dos prédios urbanos para a via pública *podem ser objeto de remuneração por parte do proprietário ou ocupante do prédio*, inclusive prevendo a legislação federal critérios para o cálculo do valor de dita remuneração.

6. É taxa ou tarifa?

Em texto anterior, já nos dedicamos a analisar a questão da diferença, no campo do saneamento básico, entre taxa e tarifa.¹⁰ Cabe aqui retomar o

10 RIBEIRO, Wladimir Antonio. O quadro jurídico novo das tarifas de água e esgoto. Revista Saneamento Ambiental, nº 128,

tema a partir das características específicas do serviço público de manejo de águas pluviais urbanas.

Porém, antes de tudo, importante dizer o porquê de tal distinção ser importante.

A uma, porque

a adoção de taxa pode causar grandes constrangimentos, porque, como categoria tributária, a sua imposição depende de lei, tornando a sua fixação vulnerável a critérios políticos, que desconsiderem os aspectos técnicos do custo efetivo para a manutenção e ampliação dos serviços.¹¹

A duas, porque “a complexidade do processo de edição de uma lei e a demora derivada do atendimento ao princípio da anterioridade são incompatíveis com a premência de se restabelecer a equação econômico-financeira violada [...]”¹². A três, porque, ainda na hipótese de taxa,

haveria o inconveniente de a receita dos serviços passar a ser tratada como *receita pública*, que deve atender a todos os vínculos do regime de contabilidade pública, inclusive o do caixa único, o que gera o risco de a receita de tarifas ser utilizada para o atendimento de outras necessidades públicas, em prejuízo dos serviços e de seu prestador.¹³

Vê-se, assim, que

Edição Especial, Julho de 2007, págs. 80-81. Importante mencionar que “tarifa” é espécie que integra o gênero “preço público” (outras espécies seriam, por exemplo, o “pedágio” ou os “emolumentos”), questão que, apesar de ser ainda polêmica em outros campos, é mansa e pacífica no campo do saneamento básico, porque tal aspecto foi disciplinado pela Lei Nacional de Saneamento Básico – LNSB que, por seis vezes, se refere à “tarifa e outros preços públicos” – no art. 12, § 2º, V, e § 4º; no art. 29, caput, I e II, e § 1º; e no art. 45, caput.

11 RIBEIRO, *op. cit.*, pág. 80.

12 SCHWIND, Rafael Wallbach. *Remuneração do Concessionário*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, pág. 49.

13 RIBEIRO, *ibidem*, pág. 80.

os regimes jurídicos das taxas e das tarifas são bastante diferentes entre si. De um lado, tem-se o regime tarifário, que é mais flexível, mas oferece menos garantias formais aos usuários – uma vez que pode haver alteração de valores a qualquer momento, sem a necessidade de edição formal de lei.¹⁴

É taxa ou tarifa?

Apesar de possuírem regimes jurídicos com consequências tão diferentes, a distinção entre as hipóteses de taxa ou tarifa nem sempre é simples,¹⁵ sendo a polêmica marcada pelo entendimento jurisprudencial moldado a partir dos ditames da Constituição de 1946, que motivou o Supremo Tribunal Federal (STF) a, em 1969, tendo em foco em especial os serviços de água e esgoto, editar a Súmula 545, de seguinte teor: “Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu”.

A questão, sob o aspecto da compulsoriedade da fruição dos serviços, foi analisada de forma lapidar por Hugo de Brito Machado:

Se a ordem jurídica obriga a utilização de determinado serviço, não permitindo o atendimento da respectiva necessidade por outro meio, então é justo que a remuneração correspondente, cobrada pelo Poder Público, sofra as limitações próprias dos tributos [...].

Por outro lado, se a ordem jurídica não obriga a utilização do serviço público, posto que não proíbe o atendimento da correspondente necessidade por outro meio, então a cobrança da

¹⁴ SCHWIND, *op. cit.*, pág. 48.

¹⁵ Para Ricardo Lobo TORRES, “a distinção entre preço público e taxa é um dos assuntos mais tormentosos do Direito Constitucional Tributário” (TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 11ª ed., Rio Janeiro: Renovar, 2004, pág. 187 – apud ALMEIDA, Aline Paola Correa Braga Câmara de. *As tarifas e as demais formas de remuneração dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pág. 55).

remuneração correspondente não ficará sujeita às restrições do sistema tributário. Pode ser fixada livremente pelo Poder Público, pois o seu pagamento resulta de simples conveniência do usuário do serviço.

À liberdade que tem o Poder Público na fixação do preço público, sem a necessidade de lei a estabelecer os critérios para determinação do valor devido, corresponde a liberdade do cidadão em utilizar, ou não, o serviço correspondente.¹⁶

Apesar de a opinião de Machado não esgotar o tema, porque atualmente se reconhecem hipóteses em que *tarifa* pode ser utilizada mesmo para *serviços de utilização compulsória*, inclusive os de água e esgoto,¹⁷ de se ver que para a análise aqui empreendida não é necessário ir mais longe.

Como visto acima, o proprietário de um prédio urbano, caso as normas municipais prevejam, pode ter as seguintes opções: (i) conter as águas pluviais de sua propriedade no interior do prédio, viabilizando sua infiltração no solo ou dando outro uso, ou (ii) encaminhar tais águas para o serviço público. O serviço público, neste caso, não é compulsório, porque seu uso depende da vontade do usuário, que, como se disse, pode tanto reter as águas pluviais, como encaminhá-las para o serviço público.

Com isso, até mais que na situação dos serviços de abastecimento de água potável e de esgotamento sanitário, é claro que a remuneração dos serviços públicos de manejo de águas pluviais urbanas trata-se de hipótese de preço público, ou seja, de hipótese de tarifa, e não de taxa.

¹⁶ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*, 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 412.

¹⁷ Como se pode inferir da seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ): "O Colendo STF já decidiu, reiteradamente, que a natureza jurídica da remuneração dos serviços de água e esgoto, prestados por concessionária de serviço público, é de tarifa ou preço público, consubstanciando assim, contraprestação de caráter não-tributário" (RESP 740.967-RS, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 11.4.2006).

7. Uma decisão em sentido contrário

Apesar da clareza de que é viável a remuneração do usuário pela prestação dos serviços de manejo de águas pluviais urbanas, o que inclusive previsto pela legislação federal, há decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em sentido contrário, proferida no julgamento de Arguição de Inconstitucionalidade, suscitada pela 15ª Câmara de Direito Público do mesmo Tribunal, em face do disposto na Lei 7.606, de 1997, do Município de Santo André. A decisão é extremamente sintética:

O fundamento da arguição é o inciso II do artigo 145 da Constituição da República, ou seja, a ausência de especificidade e divisibilidade do serviço público a ser custeado pelo tributo.

Os requisitos constitucionais não foram atendidos pela legislação local. Todos se aproveitam desse benefício gerado pelo serviço público de drenagem de águas pluviais. E para isso o sistema tributário nacional contempla a *taxa*, tributo instituído para remunerar a utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos *específicos* e *divisíveis*, prestados ao contribuinte ou colocados à sua disposição. Por isso que, *“diferentemente dos impostos, a característica essencial das taxas é a existência de uma atividade estatal específica e divisível, ou seja, há a necessidade de o serviço realizado trazer, em tese, benefício potencial e determinado ao contribuinte que deverá pagá-lo, mesmo que não utilize”*.

Na espécie não há uma prestação mensurável. Mesmo aquele que eventualmente viesse a não pagar a taxa, seria beneficiado com a drenagem das águas pluviais. Por isso é que essa obrigação da Municipalidade há de ser satisfeita com outra espécie de tributo: o imposto. Esta a definição legal de imposto: *“Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte”*. É o que leva Hugo de Brito Machado a afirmar que *“o imposto é uma exação não vinculada, isto é, independente de atividade estatal específica”*.

Ao vulnerar o preceito do inciso II do artigo 145 da Constituição da República, a Lei nº 7.606, de 23.12.1997, do Município de Santo André, viu-se fulminada de incompatibilidade com a ordem fundante em ambas as entidades federativas, pelo princípio da simetria.

Por estes fundamentos, conhece-se parcialmente do incidente e se declara a inconstitucionalidade da Lei 7.606, de 23.12.1997, do Município de Santo André, determinada a remessa dos autos à Câmara Suscitante para prosseguimento do julgamento. (Arguição de Inconstitucionalidade nº 990.10.247740-1, Órgão Especial do TJ/SP, Rel. Des. Renato Nalini, j. 11.8.2010)

Como se percebe facilmente, ou a Lei Municipal de Santo André previa que todos os custos do serviço de manejo de águas pluviais urbanas deveriam ser custeados pelos usuários, inclusive a parcela de custo dos serviços que visa a atender as águas pluviais de uso comum do povo (que, efetivamente, só pode ser custeada mediante receitas gerais, como a originada de impostos), ou o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo não percebeu a diferença entre a parcela remunerável e não remunerável de ditos serviços.

De qualquer forma, o precedente apontado serve para demonstrar três aspectos importantes:

- (i) Importante se utilizar dos critérios fixados pela Lei Nacional de Saneamento Básico (LNSB), o que não aconteceu de forma expressa no caso julgado, até porque a lei municipal analisada é anterior à LNSB;
- (ii) necessário todo o cuidado na elaboração da lei municipal, para evitar confusões que podem pôr a perder a remuneração pela prestação dos serviços; e
- (iii) a matéria é nova, e os operadores do Direito, inclusive o Judiciário, não conhecem o tema, pelo que é grande a possibilidade de equívocos quanto à interpretação dos fatos, e, por conseguinte, na aplicação do direito.

8. Como cobrar pelos serviços públicos de manejo de águas pluviais urbanas

Retomemos as conclusões principais: (i) é possível que os *serviços públicos de manejo de águas pluviais urbanas* sejam remunerados pelos seus usuários, vale dizer, por aqueles que escoam as águas pluviais de seus imóveis para o sistema público; (ii) a legislação federal prevê critérios para orientar a cobrança, quais sejam:

Art. 36. A cobrança pela prestação do serviço público de drenagem e manejo de águas pluviais urbanas deve levar em conta, em cada lote urbano, os percentuais de impermeabilização e a existência de dispositivos de amortecimento ou de retenção de água de chuva, bem como poderá considerar:

I – o nível de renda da população da área atendida;

II – as características dos lotes urbanos e as áreas que podem ser neles edificadas.

É evidente que a cobrança leva em consideração o desejo do usuário em usufruir do serviço, a partir do momento em que este, ao invés de reter as águas pluviais de sua propriedade, e dar a elas destino adequado, opta por encaminhá-las para o sistema público, o que permite que o poder público lhe exija o pagamento de tarifa.¹⁸

Porém, a pergunta que fica é: *qual valor cobrar e como?*

Quanto à primeira questão, de se ter em conta que os serviços de manejo de águas pluviais urbanas possuem uma infraestrutura grande e complexa,

¹⁸ Esta cobrança possui o importante efeito colateral de incentivar cada proprietário ou ocupante de prédio urbano a colaborar com o manejo adequado de águas pluviais, evitando sua concentração – medida que tem se mostrado muito mais eficiente para evitar enchentes e alagamentos que, simplesmente, se acreditar que o Poder Público tem condições de efetuar o manejo de todas as águas pluviais urbanas. Doutro lado, corrige uma injustiça, porque o proprietário ou ocupante de prédio urbano, consciente que deve colaborar com o manejo de águas pluviais urbanas, que instale meios de conter tais águas em seu imóvel, assume um ônus, e vê muitas vezes os seus vizinhos simplesmente drenando tais águas para a via pública, muitas vezes de forma irresponsável, sem pagar qualquer contrapartida para o ônus que transferiram para a coletividade, ou mesmo, em face dos danos que venham a ser provocados para a propriedade, a saúde e a incolumidade públicas.

que necessita de constante manutenção, e que fica ociosa boa parte do tempo. Ou seja: os usuários devem pagar não só um “aluguel” pelo momento que estão usando a infraestrutura, mas, também, os custos para que ela esteja à disposição, sejam os custos de implantação, sejam os de manutenção.¹⁹

Evidente que uma parte de tais custos deve ser suportada por recursos fiscais, como os originados dos impostos, porque se referem aos serviços de manejo das águas pluviais *de uso comum do povo*, ou seja, relativas às águas pluviais que se precipitam sobre as vias públicas. Subtraída essa parte dos custos, haverá valor remanescente, para ser suportado pelos usuários dos serviços, mediante critérios objetivos, como os previstos no art. 36 da Lei Nacional de Saneamento Básico (LNSB).

Conhecido o valor, como operacionalizar a cobrança?

Pode-se adotar, por exemplo, a *ligação direta* do sistema do prédio urbano com o sistema público, sem a necessidade da drenagem superficial por meio da via pública, instalando-se, nessa ligação, *um medidor*. Porém, na maioria das hipóteses, tal solução não seria recomendável por seus custos de implantação ou operação. O exemplo aqui lançado serve, apenas, para demonstrar que *até a medição* seria possível, como na cobrança de diversas outras tarifas.²⁰

Não há como avançar mais aqui, tendo em vista a necessária brevidade deste texto. Afora isso, a questão de como operacionalizar a cobrança é

19 Evidente que há uma questão preliminar implícita: a de que o serviço público de manejo de águas pluviais urbanas seja adequadamente organizado, aos moldes, por exemplo, da stormwaterutilityamericana. Somente com esta providência se saberá quais bens estão vinculados ao serviço e o seu custo de manutenção, bem como se assegurará que a receita advinda da cobrança pela utilização do serviço estará segregada, a fim de evitar que seja utilizada para custear atividades estranhas ao serviço público da qual é contraprestação. Quanto aos investimentos, é necessário haver planejamento, para se estimar os investimentos futuros, sejam de reposição, sejam de ampliação. Como corolário, a atividade de regulação, por ente especializado, é fundamental para que o planejamento e a gestão sejam executados de forma correta e com transparência. Vê-se, assim, que os pressupostos de (i) adequada organização institucional; (ii) planejamento e (iii) regulação, previstos pela Lei Nacional de Saneamento Básico – LNSB Lei federal nº 11.445, de 2007, são necessários e perfeitamente aplicáveis ao serviço público de manejo de águas pluviais urbanas.

20 Insista-se: o exemplo apenas demonstra a juridicidade da tarifa pela prestação dos serviços públicos de manejo de águas pluviais urbanas, não sendo defesa de nenhum modelo de cobrança por tais serviços. Uma das maneiras simples de efetuar a medição poderia ser o diâmetro das tubulações de lançamento das águas pluviais privadas no sistema municipal de drenagem.

questão tecnológica e de engenharia, não jurídica – apesar de ter pressupostos jurídicos. De qualquer forma, para quem quer conhecer os modelos existentes e sua adequação à situação concreta,²¹ recomendam-se os estudos, extremamente rigorosos e precisos, do professor Carlos E. M. TUCCI, do Instituto de Pesquisas Hidráulicas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, publicados no livro *Gestão de Drenagem Urbana*.²²

Vê-se, em conclusão a este tópico, que, mediante técnica adequada, é possível saber o valor a recuperar e, mediante critérios objetivos, e proporcionais, *também é possível saber quanto cada usuário do serviço deve pagar*.

9. Conclusão: o reconhecimento de que o manejo das águas pluviais urbanas é um problema de todos

O manejo das águas pluviais urbanas não é apenas desafio do prefeito, do Município, mas, também, da sociedade. Por mais que se façam obras, em vista da enorme e crescente impermeabilização das cidades brasileiras, as enchentes e os alagamentos continuarão a fazer parte do dia a dia, e, também, a implantação de sistemas públicos de drenagem ou de retenção de águas pluviais traz sempre o sério problema de como dar-lhes manutenção adequada, que é de alto custo.

Afora isso, a dinâmica da ocupação urbana faz com que as soluções de drenagem, custosas, logo se desatualizem e deixem de produzir efeitos. Não

21 A menção à concreta situação, porque há Municípios que, por exemplo, possuem cadastros insuficientes de sua rede de drenagem, ou dos imóveis urbanos, o que pode dificultar a adoção de alguns dos modelos de cobrança pela prestação dos serviços.

22 Brasília: Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe da Organização das Nações Unidas (CEPAL)/Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2012. Merecem atenção, até porque dialogam e confirmam os resultados do Professor Tucci, os seguintes estudos: (i) Taxa de Drenagem Urbana O que é? Como Cobrar?- elaborado por Maíra Simões Cúcio, e fruto de Seminário da Escola Politécnica da Universidade de São Paulo (novembro de 2009) e (ii) o excelente artigo de Cristina LENGLER e Carlos André Bulhões MENDES, intitulado “O financiamento da manutenção e operação do Sistema de Drenagem Urbana de Águas Pluviais no Brasil – taxa de drenagem”, publicado na Revista Brasileira de Estudos Urbanos e Regionais, vol. 15, n. 1, maio/2013, págs. 201-218.

raro, poucos anos após a implantação de grandes obras, o que se vê é, apenas, a mudança do local da enchente ou do alagamento.

Evidente que a questão não pertence apenas ao poder público, e só terá solução efetiva na medida em que a sociedade também participe da solução. É a água de cada um dos lotes e edifícios da cidade que, “empurrada” para a via pública, está na origem das tragédias das enchentes, dos alagamentos, dos deslizamentos, sem contar na ameaça das doenças de vetor hídrico, ou cujo vetor está associado ao manejo inadequado das águas.

Ao se instituir, *atendido os pressupostos previstos na Lei Nacional de Saneamento Básico*, a remuneração pela prestação dos serviços de manejo de águas pluviais urbanas, surgirá um estímulo econômico para que os proprietários das águas pluviais deem-lhe solução adequada.

Sabendo que, caso não deem destinação adequada, terão de pagar pela água pluvial que encaminham para o sistema público, os proprietários de prédios urbanos, especialmente dos maiores (como os estacionamento e os supermercados, que possuem grande impacto), poderão ser induzidos a adotar soluções locais, seja diminuindo a área impermeabilizada, seja por meio de reservatórios no interior dos lotes (“piscininhas”), ou permitindo a utilização mais inteligente do sistema público de drenagem.²³

Efetivamente, a cobrança pela utilização dos serviços públicos de manejo de águas pluviais colabora para que a sociedade entenda que a enchente não é “problema do prefeito”, mas problema da coletividade urbana, e que está diretamente ligada a como esta coletividade se apropria do território e dos recursos naturais.

Há de se concordar com os ambientalistas: nada mais educativo do que a aplicação do princípio do poluidor-pagador.

23 O Poder Público local também pode dar o exemplo manejando adequadamente as águas de chuvas interceptadas por vias públicas e demais logradouros, com soluções alternativas de reservação e infiltração que podem embelezar a cidade, como no conhecido exemplo da Barragem Santa Lúcia, em Belo Horizonte.

CONDOMÍNIOS HORIZONTAIS DE LOTES: A REALIDADE FÁTICA NOS MUNICÍPIOS E SUA PREVISÃO LEGAL

João Pedro Lamana Paiva¹

1. Introdução

Preliminarmente, à abordagem relativa à realidade do condomínio de lotes no país, é importante ressaltar a propositura do Projeto de Lei do Senado (PLS) 208, de 2015, em tramitação na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, que introduz alterações na Lei 6.766, de 10 de dezembro de 1979, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e, ainda, na Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil, para disciplinar o condomínio edilício de lotes urbanos.

¹ Oficial do Registro de Imóveis da 1ª Zona de Porto Alegre RS. Presidente do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil – IRIB. Membro da Academia Brasileira de Direito Registral Imobiliário

A proposição está alinhada com a realidade fática existente em diversos Municípios brasileiros. O referido projeto só contribui para o aperfeiçoamento da legislação em vigor que representa uma criativa solução para os problemas decorrentes do parcelamento urbano, por meio de loteamentos convencionais, que é uma questão de grande repercussão para o desenvolvimento do nosso país.

Como podemos observar, o tema afeta diretamente os Municípios e a aprovação do referido PLS 208/2015 conferirá maior *segurança jurídica* à implantação de condomínios de lotes, evitando a proliferação dos indesejados “loteamentos fechados”.

Nos últimos cinquenta anos, verificou-se um vertiginoso **êxodo rural**, colhendo as cidades de surpresa. Não havia planejamento urbano, nem legal, nem estrutural. A tecnologia agrícola condenou os minifúndios, tudo aliado à falta de planejamento familiar dos rurícolas.

Os que permaneceram no meio rural, muito especialmente os não-proprietários, frente à introdução da agricultura mecanizada, migraram para os grandes centros urbanos à procura de emprego. Disso resultou que as cidades receberam uma sobrecarga demográfica sem estarem estruturalmente preparadas. As administrações municipais descuidaram na fiscalização, permitindo assentamentos de toda ordem. Até havia estímulo, com fins eleitoreiros ou no interesse de alienação de frações ideais, criando-se os chamados condomínios “*pro-diviso*”, dentro de um todo maior.

O primeiro diploma legal de alta expressão consistiu no Decreto-Lei 58, de 1937, quando foi criada a figura jurídica do loteador, tendo toda a legislação se voltado em prol dos adquirentes, instituindo-se um direito real de aquisição “*sui generis*”, ou seja, um Compromisso de Compra e Venda, com eficácia “*erga omnes*”.

O litoral brasileiro foi ocupado, em boa parte, sob os auspícios de tal legislação. As zonas periféricas dos grandes centros urbanos, igualmente. Ainda assim, grassaram inúmeros parcelamentos do solo sem o cumprimento das

normas específicas. Isso obrigou o legislador a adotar legislação mais severa, o que aconteceu por meio da chamada **Lei do Parcelamento do Solo**, de número 6.766, do ano 1979, quando se distinguiram as figuras do loteamento e do desmembramento. Impôs-se metragem mínima para os lotes. Na época, foi estabelecido o percentual de 35% da gleba para conversão em área pública. Os requisitos urbanísticos foram ampliados. O descumprimento das normas tidas como de ordem pública passou a ser considerado crime contra a administração pública e não mais contra o patrimônio. A autonomia municipal ficou sensivelmente atingida.

No final do milênio, mais precisamente, nas últimas duas décadas, houve uma virada histórica: **o êxodo passou a ser urbano**.

A violência nas cidades; o custo de vida; a qualidade de vida nas metrópoles passou a ser comprometida, o que compeliu a classe média (alta e baixa) a passar a residir nos **condomínios fechados** ou **loteamentos fechados**, localizados tanto na periferia dos grandes centros, como na zona rural, antigamente denominada suburbana. Isso adveio da capacidade criativa dos técnicos, prestando importante colaboração social.

As vantagens para o poder público foram e são evidentes: desonerar-se do trabalho de promover e manter o sistema viário, bem assim a coleta do lixo. Não fica somente aí: não está compelido a fornecer iluminação pública, que deve ser suportada pelos usuários, especificamente, e a segurança será privada, às custas dos condôminos.

Em suma: cuida-se de fórmula inteligente para desonerar o poder público e permitir precioso espaço, às custas de seus usuários, exclusivamente, desonerando o Estado.

2. Condomínio de lotes

Atualmente, porém, têm-se discutido a possibilidade de nova forma de parcelamento do solo para fins residenciais, com profunda repercussão no ramo

do Direito Registral Imobiliário, como se pode perceber dos estudos elaborados pelo desembargador Décio Antônio Erpen, pelo registrador Mário Pazutti Mezzari e por muitos outros operadores do Direito. Trata-se da figura do **condomínio horizontal de lotes**, no qual não há a prévia construção das casas. A unidade autônoma é o próprio lote condominial; o proprietário desse lote pode nele erigir a casa segundo seus interesses pessoais, respeitadas, obviamente, as limitações impostas pela municipalidade e pelo próprio instituidor do condomínio.

Essa quarta via não constitui loteamento fechado, porque a propriedade do sistema viário e dos equipamentos comunitários não passa ao Município, ao contrário, permanece como propriedade dos condôminos. A aprovação do projeto e os procedimentos registrários obedecem aos ditames da legislação de condomínios (Lei 4.591, de 1964 e, a partir de 10 de janeiro de 2003, ao novo Código Civil).

Para o condomínio horizontal de lotes, não existe a exigência legal de que 35% da gleba sejam destinados a equipamentos públicos. Como se sabe, com a alteração da Lei 6.766/1979, o percentual ficou a critério de cada Município, que definirá esse *quantum*, quase sempre em índices bem inferiores.

O fundamento legal dessa nova modalidade condominial – condomínio de lotes – encontra-se no art. 8º da Lei 4.591/1964 e no art. 3º do Decreto-Lei 271/1967. Conforme a Lei 4.591/1964, somente havendo edificação é que se pode instituir o regime condominial. Mas, por força do art. 3º do Decreto-Lei 271/1967, equiparam-se as obras de infraestrutura à construção da edificação:

Art. 3º – Aplica-se aos loteamentos a Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, equiparando-se o loteador ao incorporador, os compradores de lote aos condôminos e as obras de infraestrutura à construção da edificação.

Logo, a realização das obras básicas do empreendimento supre a necessidade da prévia construção do prédio (casa/edifício), pois o requisito legal

contido na lei de condomínios já estará atendido tão logo a infraestrutura esteja concluída.

A unidade autônoma será o lote e não a edificação sobre esse. Admite-se a cada proprietário de unidade autônoma a livre utilização e edificação no lote, respeitadas as normas de ordem pública e as prévias estipulações constantes da Convenção de Condomínio. Como acessões que são, as edificações aderirão ao lote, sem, no entanto, alterar a condição jurídica estipulada de que é o lote a unidade autônoma. Na prática, isso tornará desnecessária qualquer alteração nos cálculos, quadros de áreas, projetos, registros e averbações do condomínio, a cada vez que houver construção/demolição/reconstrução. Isso se explica porque, no condomínio horizontal tradicional, os cálculos e os registros são feitos com base na área construída e, portanto, sujeitos a alterações a cada modificação que nela venha a ser operada. Já na modalidade do condomínio horizontal de lotes, os cálculos e os registros são feitos com base na área do lote e, por consequência, permanecem imutáveis, mesmo que significativas alterações venham a ocorrer nas edificações.

3. Discussões acerca do supedâneo legal da modalidade

No que pertine à pretensa ilegalidade dos condomínios de lotes, não menos importante do que toda a motivação legal já debatida, e, também, em razão de tantas situações fáticas consolidadas no Distrito Federal e nos 26 Estados da Federação, temos a dizer que no contexto atual do país, existem questões de estrutura que devem ser mencionadas, por sua direta ligação à problemática urbana que apontam o condomínio de lotes como uma grande **solução** para os Municípios e não como um problema nacional.

Os Entes da Federação, lamentavelmente, restam completamente falidos! A União, os Estados e os Municípios não possuem atualmente a menor condição de oferecer segurança pública, ruas em boas condições, limpeza, cal-

çadas, iluminação pública, esgotamento pluvial e cloacal. A violência alcança níveis alarmantes, jamais vistos, comparáveis aos piores do mundo!

Diante das dificuldades enfrentadas pelos Entes públicos em realizar ao particular, é oportunizado colaborar no esforço das realizações na área pública, como está se tornando cada vez mais comum, ou seja: zelar por sua segurança e estrutura à sua volta. Nos condomínios de lotes, o particular arca com as despesas de segurança, fornecimento de água, limpeza, recolhimento de lixo, esgotos, iluminação, proporciona áreas de lazer, com a eficiência do setor privado. Ou seja: auxiliam os Municípios a levarem a bom termo suas competências perante o ordenamento jurídico.

Desta forma, o particular zela e faz valer seus direitos sociais, o que desafoga e desonera os Municípios de tais atribuições do poder público, construindo *shoppings centers* na atividade comercial e nos condomínios de lotes no contexto residencial, onde proporciona ao cidadão tudo aquilo que o poder público poderia prover.

Ainda em várias capitais do país, há décadas, na maioria das vezes em bairros residenciais, ruas são fechadas com cancelas e portões com acesso controlado, guaritas com vigia são colocadas, tudo de forma irregular, no intuito de o cidadão proteger-se diante da insegurança que assola o país. No entanto, na modalidade de condomínio de lotes, tudo é feito em conformidade com a lei, e, portanto, **não há falar em ilegalidade dessa modalidade consolidada de condomínio**, que visa também à proteção dos direitos do cidadão.

Não há como negar a existência de previsão legal para o instituto, tampouco ignorar que muitos condomínios dessa espécie estão regularmente constituídos e são bem-sucedidos em seu funcionamento. O condomínio horizontal de lotes está plenamente previsto no art. 8º da Lei 4.591/1964, combinado com o art. 3º do Decreto-Lei 271/1967, e suplementarmente autorizado pela legislação do respectivo Município, respeitadas as normas gerais federais, especialmente a Constituição de 1988 (art. 30, VIII), a fim de planejar e comandar seu próprio processo de urbanização.

A **legislação municipal** é quem cria a **regulamentação específica** da lei federal a respeito do condomínio horizontal de lotes, pois, na esfera federal, existem normas de caráter geral associadas a uma construção doutrinária já acolhida por alguns tribunais. Ditas normas são de Direito Urbanístico e disciplinam a possibilidade administrativa da aprovação do projeto a ser implantado de acordo com as normas condominiais, as quais serão submetidas à análise do Município, quando do exame do referido projeto. A **convenção condominial** deverá ser minuciosa, contemplando as normas que vigerão entre os condôminos, bem como as limitações edilícias e de uso do solo relacionadas a cada unidade, tudo em consonância com o Plano Diretor e a legislação urbanística vigente.

Nessa modalidade de empreendimento, regido pela lei do condomínio em edificações e das incorporações imobiliárias, importa frisar: o **LOTE é a unidade autônoma**, e não o que futuramente será construído sobre o respectivo terreno pelo condômino, construção essa que, embora atenda aos interesses de cada proprietário de lote, fica vinculada aos moldes e aos limites de construção integrantes do projeto e aprovados pelo Município. A realização das obras básicas do empreendimento supre a necessidade da prévia construção do prédio (casa/edifício), pois o requisito legal contido na lei de condomínios já estará atendido tão logo a infraestrutura esteja concluída.

Portanto, não há de se falar em aplicabilidade da Lei do Parcelamento do Solo, até porque o condomínio de lotes não é um simples parcelamento. O seu resultado não é a criação de terrenos individuais e sem vínculo entre si. Pelo contrário, são **lotes** que utilizarão um contexto estrutural urbano de responsabilidade do condomínio por eles formado. Mais do que a incumbência de manutenção e conservação de áreas de uso comum, como salão de festas, *playground* e piscinas, os condôminos dessa espécie de empreendimento comungam de uma responsabilidade ainda maior: zelar pela manutenção de ruas, iluminação e segurança coletiva da área em que estão inseridos. O condomínio de lotes será, portanto, necessariamente submetido à prévia aprovação dos ór-

gãos municipais, tais como a Secretaria do Meio Ambiente, Secretaria do Planejamento, Secretaria de Urbanismo etc. Havendo essa aprovação, todas as considerações de natureza político-urbanística e, principalmente, a possibilidade de ocorrência de fraude à legislação de parcelamento do solo, estarão superadas.

Dessa forma, não há a necessidade de transferência de áreas para a constituição de vias públicas, essas áreas serão as de uso comum do condomínio de lotes, a fim de viabilizar o acesso das unidades autônomas à via pública ou à áreas de lazer e recreação. A realização de obras de infraestrutura supre a necessidade de edificação de prédios na formação do condomínio, já que a construção será de escolha do proprietário do lote, desde que respeitadas as normas de ordem pública, a legislação municipal específica e as estipulações integrantes da convenção de condomínio.

4. Vantagens do condomínio de lotes

As vantagens para o poder público municipal são evidentes: desonera-se do trabalho de promover e manter o sistema viário e a coleta do lixo, além de não estar compelido a fornecer iluminação pública, uma vez que essa é suportada pelos condôminos. E como se isso já não fosse benéfico o suficiente, ainda há o fato de que a segurança das ruas internas dos Condomínios de Lotes será privada, ou seja, seu custo será suportado pelos condôminos. Isso porque, como antes referido, cada lote constituirá uma unidade autônoma, com uma área privativa e outra global e participação proporcional nas coisas condominiais (pórticos, guaritas, muros, vias de acesso e circulação, saneamento, iluminação, áreas de lazer etc.), todas elas de uso privativo dos condôminos, posto que, não se tratando de loteamento, não se transfere ao domínio público.

O que ocorre nesses casos é uma compensação pelas áreas que ficarão inseridas no condomínio, mediante uma contrapartida do incorporador ao Ente municipal, na forma **de benfeitorias à cidade**, tais como o **asfaltamento de uma via pública, ou de uma doação de área diversa para a construção**

de uma escola ou creche municipal, de uma praça ou de um prédio público, fora do condomínio, ensejando outras utilidades para o Município, em benefício da comunidade.

Nos últimos anos, como já dito, tem sido cada vez maior a procura por esses empreendimentos, especialmente pela **segurança proporcionada aos moradores**, que buscam neles a possibilidade de que seus filhos possam experimentar a mesma vivência de suas infâncias, quando era possível brincar nas ruas. A criminalidade cada vez maior de nossas cidades **não mais permite que se possa transitar em paz pelas vias da cidade**: estamos sempre em estado de alerta. As crianças de hoje ficam “presas” dentro dos apartamentos. O condomínio de lotes proporciona melhor qualidade de vida a seus moradores, pois garante a segurança, fazendo com que as crianças possam brincar pelas ruas do condomínio, tendo contato com a natureza e praticando esportes.

Nos países desenvolvidos, como os Estados Unidos, essa modalidade é vastamente utilizada e não há notícia de que isso tenha interferido de maneira prejudicial no crescimento e na mobilidade das grandes metrópoles. Até mesmo no Brasil, onde existem muitos condomínios dessa espécie, como, por exemplo, nos Municípios de Gramado, Canela, Capão da Canoa, Sapucaia do Sul, Xangri-lá, entre outros, no Estado do Rio Grande do Sul, essa espécie de empreendimento em nada tem interferido no cotidiano de seus moradores. Ao contrário, é nítido o desenvolvimento econômico que os condomínios trouxeram a essas regiões.

Isto ocorre porque o planejamento territorial urbano permanece sendo exercido pelo Município, uma vez que o projeto de condomínio de lotes não é um documento vago e impreciso, como os críticos ao instituto querem fazer parecer. Na verdade, é minucioso e elaborado em conformidade com as disposições legais do Município, já trazendo em seu conteúdo as limitações edilícias que os condôminos deverão observar na realização das construções em seus lotes, limitações essas que fatalmente estarão atreladas à legislação urbanística. Logo, após a aprovação municipal do condomínio de lotes, na hipótese

de o condômino não observar os limites do projeto aprovado no planejamento e na execução da obra, não haverá concessão da Carta de Habitação para sua construção. Ou seja, há, sim, controle urbanístico por parte do Ente municipal, reforçado, até mesmo, pelo acompanhamento vigilante da própria administração condominial, que tem o dever de velar pelo respeito à lei e às normas condominiais estabelecidas para esse âmbito privado.

5. Requisitos caracterizadores do condomínio de lotes

Assim, são requisitos para a configuração do condomínio de lotes, nos quais não haja a prévia construção do prédio (casa/edifício):

- a) que o empreendimento seja projetado nos moldes da Lei 4.591/1964 (com as alterações ditadas pelo Código Civil) e Decreto-Lei 271/1967, em que **cada lote** será considerado como **unidade autônoma**, a ele atribuindo-se uma fração ideal da área privativa e das coisas comuns, sendo que nesse todo existirão também as áreas e as edificações de uso comum;
- b) que o Município disponha de legislação específica, prevendo a possibilidade legal de implantação de condomínio de lotes, no mais pleno exercício das competências que lhe reservam a Constituição; e
- c) que haja uma convenção de condomínio, contendo as limitações edilícias e de uso individual e coletivo do solo, elaborada de modo a resguardar a pacificação das relações entre os condôminos.

6. Procedimentos registrares aplicáveis

Quanto aos procedimentos registrares, para a implementação dessa espécie de parcelamento do solo, faz-se *mister* que o proprietário/empreendedor apresente ao ofício do Registro de Imóveis os seguintes documentos:

- a) requerimento solicitando o registro da instituição condominial em que conste referência expressa aos dispositivos legais supracitados e a legislação municipal específica;
- b) roteiro para o registro da incorporação de condomínio de lotes;
- c) projeto devidamente aprovado pela municipalidade, que deverá conter legislação que autorize a aprovação desse tipo de empreendimento, contendo:
 - I) memorial descritivo informando todas as particularidades do empreendimento (descrição das unidades autônomas, contendo especialmente as áreas privativas, comuns e total e a fração ideal correspondente na área total etc.), bem como a descrição do lote;
 - II) planta de lotes;
 - III) planilha de cálculo de áreas;
 - IV) planilha de custos da realização da infraestrutura (documentos exigidos pela NB 12.721);
 - V) convenção de condomínio – grande protagonista desta modalidade de empreendimento – na qual deverão constar, entre outras cláusulas previstas em lei, as formas e características que cada construção poderá apresentar, os direitos e os deveres de cada condômino etc. (arts. 1.332 e 1.334 do Código Civil);
 - VI) Anotação de Responsabilidade Técnica (ART) do responsável pelo projeto;
 - VII) aprovação das autoridades competente (Município, órgão ambiental estadual, órgão de planejamento metropolitano etc.).

Ressalte-se que, para a consecução do condomínio de lotes, deverá haver a formação de incorporação imobiliária (art. 32 da Lei 4.591/1964), com posterior individualização e instituição condominial, ou realizar-se diretamente

te com a individualização e a instituição condominial (o que ocorrerá quando o empreendimento já estiver concluído).

É oportuno referir, ainda, que a Lei 10.406/2002 (Código Civil) alterou dispositivos da Lei 4.591/1964, ao prever um capítulo denominado “Do Condomínio Edilício” (art. 1.331 e seguintes). Porém, é de todo evidente que o art. 8º da Lei 4.591/1964 permanece em pleno vigor, eis que não há previsão em contrário no Código Civil.

Os procedimentos registrais a serem observados são:

- a) registro da incorporação imobiliária (se houver), ou da instituição do condomínio junto à matrícula da gleba (Livro 2 – Registro Geral);
- b) averbação da conclusão das obras de infraestrutura também junto à matrícula da gleba;
- c) registro da convenção de condomínio no livro próprio (Livro 3 – Registro Auxiliar) e, ato contínuo, averbação na respectiva matrícula;
- d) abertura de matrículas para as unidades autônomas – lotes –, nelas lançando as transferências dominiais, as constituições de ônus, as edificações, a referência ao registro da convenção de condomínio e todos os demais atos de registro relativos a cada unidade;
- e) quando da averbação, na matrícula do lote, existindo registro da convenção condominial, é recomendável que sejam consignadas as principais regras estabelecidas quanto ao uso do solo e as restrições edilícias, para sua plena publicidade.

7. Conclusão

Apesar de ainda haver alguma polêmica quanto à forma de instituição do condomínio de lotes, é indubitável que ela está plenamente prevista em nosso ordenamento jurídico, sendo inquestionável sua contemplação pela le-

gislação federal e pela legislação municipal reguladora do ordenamento territorial, parcelamento e ocupação do solo. Tanto é verdade, que há projeto de lei em tramitação para aperfeiçoá-lo.

Finalmente, o condomínio de lotes é uma realidade nacional que fomenta a economia brasileira, trazendo oportunidades aos empreendedores, investidores, administradores imobiliários e inúmeras vantagens ao poder público municipal, estimulando a construção civil e beneficiando sobremaneira os adquirentes que buscam segurança e lazer.

APLICAÇÃO DA IMUNIDADE PREVISTA NO ART. 195, §7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL AOS ENTES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA

Carlos Felipe Gonçalves Demétrio¹

Resumo: A organização administrativa é composta pela administração pública direta e indireta, conforme previsão expressa da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional. Já o terceiro setor, não integrante da referida organização, é composto por entidades privadas da sociedade civil, sem finalidade lucrativa, que têm por desígnio o exercício de atividades que atendam ao interesse público. Partindo desse contexto, diferentemente daquelas, estas, sobre as quais não há discussão doutrinária ou jurisprudencial, são amparadas pela imunidade em relação ao recolhimento de contribuições destinadas à seguridade social, conforme estabelece o §7º do art. 195 do Texto Maior, tendo

¹ Procurador Jurídico do Município de Capão Bonito SP. Advogado autônomo. Pós-graduado em Direito Público com ênfase em Gestão Pública pela Faculdade Damásio de Jesus.

esta o contorno de um privilégio. No entanto, através de uma leitura atenta do referido artigo e de entendimentos jurisprudenciais, vislumbra-se a aplicação da imunidade aos Entes da administração indireta, ocasionando vantagens ao Ente público beneficiado, tais como: aumento de receita na área de atuação e redução do índice de despesa total com pessoal.

Palavras-chave: Organização administrativa. Terceiro setor. Imunidade de contribuição. Aplicação ao Ente público.

1. Introdução

O presente artigo se desenvolve na área do Direito Administrativo e Tributário, especificamente abordando aspectos relevantes sobre a imunidade de contribuição para a seguridade social das entidades beneficentes de assistência social, saúde e educação, prevista no art. 195, §7º, da Constituição Federal, bem como quais procedimentos devem ser adotados para sua fruição.

Como é cediço, a organização administrativa brasileira é composta da administração pública direta pelas pessoas federativas – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – e indireta – autarquias, fundações, sociedades de economia mista, empresas públicas e consórcios públicos –, conforme previsão expressa da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional.

De modo oposto, o chamado terceiro setor, não integrante da organização supra, é composto por entidades privadas da sociedade civil, cuja finalidade é o exercício de atividades que atendam ao interesse público, e não alcancem fins lucrativos.

Diferentemente das pessoas jurídicas de direito público, as entidades privadas, sobre as quais não há discussão doutrinária ou jurisprudencial, são amparadas pela imunidade em relação ao recolhimento de contribuições destinadas à seguridade social, tendo a prerrogativa constitucional, contorno de um privilégio.

Entretanto, por meio de uma leitura atenta do artigo citado acima, observa-se que em nenhum momento, no conteúdo da norma, o legislador constituinte citou se a vantagem tributária é aplicável às entidades públicas ou pri-

vadas, mencionando somente entidades beneficentes de assistência social que cumpram os requisitos estabelecidos em lei.

Dessa feita, o objetivo do presente artigo é investigar os atuais contornos do tratamento dispensado em relação à imunidade em comento, em especial, a sua aplicabilidade aos Entes públicos da administração indireta.

Para se chegar às conclusões almejadas, o desenvolvimento deste trabalho científico englobou pesquisas descritivas, utilizando-se dos procedimentos técnicos de análise documental, bibliográfica, jurisprudências oriundas do Poder Judiciário e apreciação dos textos normativos sobre o tema, de modo que, diante da amplitude da matéria, este artigo não pretende exauri-la.

2. Organização Administrativa Brasileira

Organização Administrativa é a composição interna da administração pública, os órgãos e pessoas jurídicas que a compõem. É, atualmente, elemento de estudos do denominado Direito Administrativo Organizatório, que cuida do ordenamento estrutural dos órgãos da administração.

A administração tanto pode desenvolver por si mesma as atividades de sua competência como pode proporcioná-las através de outros sujeitos.

Por fim, não se pode deixar de registrar serem inúmeras leis que disciplinam o assunto, porém, relevante destacar que no âmbito federal, o tema é abarcado pelo Decreto-Lei 200/1967, com alterações posteriores, o qual se propôs a regular a estrutura administrativa federal, dividindo-a em administração direta e indireta.

2.1. Breves incursões sobre os Entes da administração pública direta e indireta

Com as considerações descritas no item anterior, pode-se afirmar que, quando as pessoas federativas – União, Estados, Distrito Federal e Municípios

– desempenham por si próprias as atividades administrativas que têm constitucionalmente a seu encargo, elas estarão mantendo tais competências centralizadas, dando ensejo à denominada administração pública direta.

Todavia, há se dizer que esta entidade não é propriamente constituída de atividades concentradas, mas, sim, de repartições no seu interior, entre diferentes unidades representativas, com escopo de definir os assuntos que lhes são dedicados. Tais unidades são nominadas órgãos – centros de competência sem personalidade jurídica –, que consistem nas unidades de atuações integrantes do poder público.

Desse modo, sob o aspecto mencionado acima, pode-se definir que a administração pública direta é aquela que se compõe de um conglomerado de órgãos integrados de cunho técnico dentro da sua estrutura administrativa.

De outra banda, tem-se a chamada administração pública indireta, que compreende a distribuição de competências, através da descentralização administrativa, às pessoas jurídicas autônomas criadas ou autorizadas por lei para exercer determinada finalidade.

Diante deste panorama, na lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, compõem a administração indireta, “no direito positivo brasileiro, as autarquias, as fundações instituídas pelo Poder Público, as sociedades de economia mista, as empresas públicas e os consórcios públicos²”.

Por último, insta mencionar que a natureza jurídica desses Entes determinam diversas características especiais, e, ainda, à luz do disposto na legislação constitucional e infraconstitucional, são pessoas jurídicas de direito público as autarquias, as fundações constituídas pelo poder público e os consórcios públicos, ao passo que possuem personalidade jurídica de direito privado as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 493.

3. Breves incursões sobre o Terceiro setor e a imunidade prevista no art. 195, §7º, da Constituição Federal

O terceiro setor é composto por entidades privadas da sociedade civil que têm por escopo o exercício de atividades que atendam ao interesse público sem finalidade lucrativa. A propósito, a administração pública incentiva, pautada na função administrativa, denominada como fomento, o desenvolvimento das atividades dessas entidades em razão do alcance social de sua atuação.

Vale a pena destacar que o regime jurídico aplicável a elas, é predominantemente privado, sofrendo derrogações por normas de direito público, cada qual com suas especificidades.

Ademais, por estarem ligadas aos desígnios de interesse público e sem fins lucrativos, o §7º, do art. 195, da Constituição Federal, prevê que essas entidades beneficentes, desde que atendam às exigências estabelecidas em lei, são imunes de contribuição para a seguridade social.

É imperioso registrar que, com precisão, em liminar deferida na Adin2.028-5, o Supremo Tribunal Federal entendeu que

entidade beneficente, para efeito da imunidade prevista no § 7º do art. 195 da CF, abrange não só as de assistência social que tenham por objetivo qualquer daqueles enumerados no art. 203 da CF, como também as entidades de saúde e educação, tendo em vista que entidade de assistência social é toda aquela destinada a assegurar os meios de vida aos carentes.

Derradeiramente, importante frisar que, para serem detentoras de tal privilégio, as entidades devem possuir o título de Utilidade Pública ou o Certificado que é emitido pelo Conselho de Assistência Social e preencher uma série de requisitos exigidos por este, no âmbito de cada Ente estatal, ou seja, não é qualquer entidade que atenda ao interesse público sem fins lucrativos que faz jus ao privilégio tributário.

4. Aplicação da imunidade prevista no art. 195, §7º, da Constituição Federal às entidades públicas da administração indireta

Como se notou, os Entes pertencentes ao terceiro setor, por desempenharem atividades privadas de interesse público, mediante fomento e controle pelo Estado, sem qualquer discussão doutrinária ou jurisprudencial sobre a matéria, gozam da imunidade estampada no art. 195, § 7º, da Constituição Federal.

Por outro lado, num primeiro momento, a partir de uma leitura desatenta do supracitado artigo, há diversos entendimentos de que as pessoas jurídicas de direito público que fazem parte da estrutura administrativa indireta, por sua vez, não fazem jus à imunidade tributária destinada às entidades do terceiro setor.

Nada obstante, como se sabe, consoante entendimento firmado na doutrina e jurisprudência, a norma que contenha em seu bojo previsão de imunidade deverá ser interpretada de maneira ampliativa.

Em outras palavras, o hermeneuta, ao interpretar dispositivos que contemplam imunidades, não pode pretender reduzi-los em seu alcance, eis que a pretensão do legislador foi atribuir-lhe um sentido amplo.

Dadas essas considerações, o § 7º, do art. 195, do Texto Maior, estabelece que “são isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei”.

Percebe-se que, em nenhum momento, o dispositivo constitucional exposto, refere-se a entidades públicas ou privadas, à medida que somente menciona entidades beneficentes de assistência social e exige o cumprimento dos requisitos estabelecidos em lei.

Ou seja, o legislador constituinte, na substância do texto normativo, não definiu expressamente, se a imunidade de contribuição para a seguridade social é aplicável a entidades beneficentes de assistência social privadas ou públicas, e se este assim não o fez, não cabe ao intérprete fazê-lo, pois, se a Carta

Magna não especificou se pública ou privada, a norma não deve ser interpretada de forma a restringir a sua abrangência.

Baseado nessa breve exposição, necessário se faz trazer à baila julgados que corroboram o objeto deste artigo, cuja finalidade é apresentar a aplicação da imunidade constitucional aos Entes da administração pública indireta.

Observe-se os entendimentos jurisprudenciais:

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RE-DISCUSSÃO. INADEQUAÇÃO DA VIA RECURSAL ELEI-TA. 2. Não prospera a alegação de violação ao art. 195, § 7º da CF, pois no caso concreto restaram suficientemente declinadas, conforme a fundamentação supra, as razões pelas quais se justifica a expedição da CND na hipótese. **Não se sustenta a afirmação de que a imunidade em questão tem por fim incentivar a iniciativa privada apenas, diante da conclusão inequívoca em sentido contrário manifestada no teor do julgado. De resto, não prospera a alegação de que está equivocada sua extensão a pessoas jurídicas de direito público (no caso, consórcio de direito público), não havendo qualquer violação aos princípios constitucionais que regem a seguridade social.** (TRF-4. Agravo de Instrumento nº 5026834-15.2014.404.0000, Primeira Turma, Relator: JOEL ILAN PACIORNIK, Data de Julgamento: 08/04/2015, PRIMEIRA TURMA) (Grifo nosso).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. § 7º DO ART. 195 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. POSSIBILIDADE. REQUISITOS LEGAIS. Conforme jurisprudência deste Tribunal, o fato de ser pessoa jurídica de direito público não afasta a aplicação da regra da imunidade. A postulante à imunidade deve observar os requisitos legais, quais sejam, aqueles constantes dos arts. 9º e 14 do Código Tributário Nacional(CTN) e dos arts. 4º a 11 da Lei nº 12.101, de 2009. (TRF4, AG 5029796-45.2013.404.0000, Segunda Turma, Relator p/ Acórdão Roberto Fernandes Júnior, juntado aos autos em 26/02/2014) (Grifo nosso).

TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE. ART. 195, §7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. APLICABILIDADE DO ART. 55 DA LEI Nº 8.212/91. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. SUFICIÊNCIA DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS MATERIAIS. LIMITE DA CAUSA DE PEDIR. PRESCRIÇÃO. 4. O simples fato de a autora constituir uma autarquia municipal não constitui motivo legítimo a impedir-lhe a fruição da imunidade tributária, já que o conceito constitucional de entidade beneficente de assistência social não contempla restrição alguma à natureza da beneficiária da imunidade tributária em tela. Pelo contrário; no caso, é justamente de sua natureza pública que decorrem o seu caráter beneficente e a sua utilidade pública, bem como a ausência de fins lucrativos e a aplicação integral de seus recursos na atividade, isto é, o atendimento aos requisitos materiais para o gozo da imunidade. Ademais, a lei 8.212/91 não dispõe que os requisitos nela contidos só se aplicam às pessoas jurídicas de direito privado, diversamente do que ocorre na lei 12.101/09. 5. Havendo prova de que o apelado atende aos requisitos materiais elencados no art. 55 da lei 8.212/91, o fato de ele não dispor do CEBAS ou de declaração de utilidade pública federal, estadual ou municipal não constitui óbice ao reconhecimento do seu direito ao gozo da imunidade tributária, em atendimento ao próprio postulado normativo-aplicativo da razoabilidade. (TRF 4, APEL/REEX NECESSÁRIO Nº 5000870-60.2010.404.7210, 1ª Turma, Des. Fed. JOEL ILAN PACIORNIK, POR UNANIMIDADE, JUNTADO AOS AUTOS EM 17/11/2011) (*Grifo nosso*).

É perceptível que os casos colacionados – entre outros precedentes³ – comportam suas peculiaridades, pois os autores das ações em busca da imu-

3 TRF4, APELREEX 5008050-41.2011.404.7001, Primeira Turma, Relatora p/ Acórdão Maria de Fátima Freitas Labarrère, juntado aos autos em 04/12/2013; TRF4, APELREEX 5000122-28.2010.404.7210, Segunda Turma, Relatora p/ Acórdão Luciane Amaral Corrêa Münch, juntado aos autos em 29/06/2012; TRF4, APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 5000870-60.2010.404.7210, Primeira Turma, Relator p/ Acórdão Joel Ilan Paciornik, juntado aos autos em 17/11/2011; TRF 4, APELAÇÃO/REEXAME, 2006.70.15.001269-3, Segunda Turma, p/Acordão Otávio Roberto Pamplona, D. E. 02/09/2010; TRF 4, APELAÇÃO/REEXAME Nº 2006.70.15.001269-3, Segunda Turma, Relator p/Acordão, Otávio Roberto Pamplona, D. E. 02/09/2010; TRF 4, AGRAVO DE INSTRUMENTO, 2006.04.00.032175-0, Segunda Turma, Relator p/Acordão Otávio Roberto Pamplona, D.E. 31/01/2007; TRF 4, APELAÇÃO CIVEL, 2000.71.00.002763-0, Segunda Turma, Relator p/ Acórdão Leandro Paulsen, DJ 25/01/2006.

nidade são Entes da administração pública indireta, criados ou autorizados por lei, mantidos pelo poder público e destinados ao desempenho de atividades do Estado na ordem social.

Ambos são responsáveis pela prestação de serviços nas áreas de saúde e educação, sendo, pois, instrumentos de ações e serviços do Estado, segundo preceptivos assegurados no texto constitucional.

Ademais, considerando o caráter público desses Entes, diferentemente das entidades do terceiro setor, por exemplo, vislumbra-se que não há possibilidade de registro no Conselho de Assistência Social competente e tampouco da obtenção do Certificado de Entidade Beneficente (Cebas), sob à luz do que reza o art. 1º da Lei 12.101/2009, porquanto esta somente se prestou a estabelecer os procedimentos para as entidades privadas.

Diante disso, tendo em vista a falta de regramento específico acerca dos requisitos formais para obtenção da imunidade do art. 195, §7º, da Constituição Federal, pelas entidades públicas, percebe-se que aos episódios concretos, as postulantes observaram as disposições dos arts. **9º e 14 do Código Tributário Nacional (CTN)**.

De mais a mais, as exigências materiais para o gozo da imunidade emanam da própria natureza jurídica dos Entes da administração pública indireta, pois desta decorrem o seu caráter beneficente e a sua utilidade pública, bem como a ausência de fins lucrativos e a aplicação integral de seus recursos na atividade exercida.

Portanto, o fato de ser a pessoa jurídica um Ente da administração pública indireta, por si só, não é motivo fidedigno de impedir que ela faça jus à imunidade do art. 195, § 7º, da Carta Republicana, assim como o caso de não dispor do Ceba sou da declaração de Utilidade Pública, uma vez que, para tal finalidade, devem ser atendidas as disposições materiais dos **arts. 9º e 14 do CTN** para fruição do privilégio tributário.

5. Breve análise sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal e a aplicação da Imunidade Constitucional no Município de Itararé-SP

Após a promulgação da Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000, a denominada, Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), os gestores públicos estão restritos ao que esta estabelece, à medida em que foi editada com a finalidade de fixar diretrizes que servem de indicadores para pautar a responsabilidade dos gestores na execução e gestão das receitas e despesas realizadas por Órgãos Públicos e Poderes de todos os Entes da Federação.

A referida legislação regula e estabelece parâmetros para o Ente público em relação à despesa com pessoal. O art. 18 da LRF traz em seu bojo como despesa total com pessoal o somatório dos gastos dos Entes federativos com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer classes remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas-extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo Ente às entidades de previdência.

Ou seja, conclui-se que os encargos e as contribuições recolhidas a Previdência Social recaem sobre as despesas com pessoal, pois é obrigação dos Entes federativos cumprirem este desígnio.

Ademais, corroborando ao que preconiza o art. 169 da Constituição Federal, o art. 19 da LRF estabelece pormenorizadamente a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada Ente da Federação, expondo em seu inc. III que os Municípios não poderão exceder em 60% da receita líquida para fins deste intento.

Ainda, o art. 20, inc. III, “a” e “b”, da LRF, especificou os percentuais, discorrendo que, na esfera municipal, dos 60% permitidos, 6% se desti-

nam aos custeios com pessoal do Legislativo, incluindo, quando houver, o Tribunal de Contas do Município, e 54% para o Poder Executivo.

Pois bem. Arrazoadas as considerações necessárias em relação ao conteúdo disposto na LRF, demonstrando especificamente os parâmetros a serem seguidos relativos aos gastos públicos do Ente municipal, passamos à análise da aplicação da imunidade objeto do presente trabalho no Município de Itararé, SP.

No segundo quadrimestre do exercício de 2014, o Município de Itararé/SP apresentou o índice de despesas com pessoal elevado, na medida em que o total das Receitas Correntes Líquidas (RCL) foi de R\$ 88.875.635,68, e o montante dispendido com pessoal foi de R\$ 47.568.398,88, perfazendo, assim, um percentual de 53,34%.

Desta forma, considerando-se que a LRF versa sobre a matéria em questão, observa-se que o limite prudencial no período supramencionado foi ultrapassado,⁴ ficando limítrofe do total permitido, que é de 54%, conforme se verifica na tabela abaixo:

Tabela 1 – Porcentagem de gasto com pessoal do Município de Itararé/SP

Receita Corrente Líquida	R\$ 88.875.635,68
Gastos com pessoal	R\$ 47.568.398,88
Porcentagem de gasto com pessoal	53,32%

Fonte: Autoria própria (2014).

Sendo assim, percebe-se que o Município de Itararé-SP ficou à beira de ultrapassar o limite de gasto com pessoal permitido pela LRF. Registre-se

4 Art. 22. A verificação do cumprimento dos limites estabelecidos nos arts. 19 e 20 será realizada ao final de cada quadrimestre. "Parágrafo único. Se a despesa total com pessoal exceder a 95% (noventa e cinco por cento) do limite, são vedados ao Poder ou órgão referido no art. 20 que houver incorrido no excesso" (BRASIL, 2000, p. 1.784).

que, ferida essa disposição legal, a administração pública está sujeita a sofrer graves consequências com essa infração, ocasionando, em especial, problemas em relação ao princípio da continuidade do serviço público.

5.1. Da criação de Autarquia e/ou Fundação Pública no Município de Itararé-SP e a possibilidade de extensão da Imunidade Constitucional

Como já analisado, o Município de Itararé-SP esteve à beira de extrapolar o limite previsto na LRF no que diz respeito ao índice de gastos com pessoal.

Nessa baila, sopesando-se que, à época, houvesse a criação de uma Autarquia e/ou Fundação Pública de Educação no Município e este ente fosse imune à contribuição, consideravelmente seria reduzido o índice de gastos com pessoal.

Pois, se analisarmos a dedução da cota patronal dos funcionários mantidos com recursos do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb) e do Ensino, estes custeados com recursos próprios, teríamos a seguinte situação:

Tabela 2 – Cota patronal dos Funcionários mantidos com recursos do Fundeb

Gastos totais com pessoal	R\$ 47.568.398,88	
Cota patronal Fundeb	R\$ 3.857.703,18	(-)
Cota patronal ensino	R\$ 83.279,88	(-)
Gasto total final	R\$ 43.627.415,82	(=)

Fonte: Aatoria própria (2014).

Com relação à RCL:

Tabela 3 – Receita Corrente Líquida com a incidência da imunidade constitucional

Receita Corrente Líquida	R\$ 88.875.635,68
Gastos com pessoal	R\$ 43.627.415,82
Porcentagem de gasto com pessoal	49,09%

Fonte: Autoria própria (2014).

A partir dessa análise (ainda que de maneira simplória), observa-se que Município teria o índice de 53,32% reduzido para 49,09%, e, ainda, a economicidade de R\$ 3.940.983,06 em um exercício e, considerando-se um mandato de quatro anos, o administrador público teria um montante R\$ 15.763.932,24 nos cofres públicos para investimento exclusivo na área de educação.

Estes números podem representar a construção e a manutenção de duas unidades de creches ao ano e até mesmo para viabilizar o pagamento dos aumentos salariais dos professores, sem que isso venha implicar desrespeito aos preceitos da LRF.

É imperioso registrar que talvez não seja essa a solução definitiva da questão, mas a adoção dessa medida contribuiria, ao menos por um bom período.

Por fim, e não menos importante, essa medida poderia ser tomada para principalmente enfrentar o grave problema de gasto com pessoal que enfrentam diversos Municípios brasileiros e, além disso, contribuir para que outras pseudossoluções, como a terceirização de serviços educacionais, não prosperem no campo educativo.

6. Conclusão

Como demonstrado, a imunidade de contribuição para seguridade social está calcada no art. 195, §7º, da Constituição Federal, cuja norma estabelece

que as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei são isentas – diga-se de passagem, imunes – de contribuição.

Fácil é notar que em nenhum momento o artigo supramencionado refere-se expressamente a entidades públicas ou privadas, mencionando somente entidades beneficentes de assistência social que cumpram os requisitos estabelecidos em lei.

Sob a égide do ordenamento jurídico brasileiro, o hermeneuta, ao interpretar dispositivos que contemplam imunidades, não pode pretender reduzi-los em seu alcance, eis que a pretensão do legislador foi atribuir-lhe um sentido amplo.

Em outras palavras, se o constituinte, ao instituir a benesse imunitória, não fez ressalvas redutoras de abrangência da norma, não cabe ao intérprete fazê-lo valendo-se de um juízo subjetivo. A norma não deve ser interpretada restritivamente, conforme o brocardo *ubilex non distinguit nec nos distinguere debemus*.

Não se pode perder de vista o atendimento das condições materiais previstas em lei, pois ante a falta de regramento específico acerca dos requisitos legais para obtenção da imunidade às entidades públicas, deve ser observado pelas postulantes à imunidade o *iter* procedimental a ser percorrido, constantes dos arts. **9º e 14 do Código Tributário Nacional**.

Ad argumentandum, havendo a descentralização, ocorrerá o efeito de reordenação e otimização dos processos de Gestão Pública, ocasionando vantagens ao Ente público, tais como: aumento de receita na área de atuação e redução do índice de despesa total com pessoal previsto na Lei de Responsabilidade Fiscal.

Pelas razões expostas, bastante fortalecidas pelos julgados colacionados ao presente artigo, considerando-se a criação de um Ente público descentralizado, desde que preenchidos os requisitos legais, há de se cogitar para este a possibilidade da aplicação da imunidade constitucional prevista no art. 195, §7º, do Texto Maior.

REFERÊNCIA BIBLIOGRAFICA

BRASIL. Tribunal Regional Federal 4ª região. *APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO 5000870-60.2010.404.7210, São Miguel do Oeste. SC*. Disponível em: <http://www.jfpr.jus.br/consulta/acompanhamento/resultado_pesquisa_popup.php?selForma=NU&txtValor=50008706020104047210&chkMostrar-Baixados=S&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=TRF&sistema=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=>>. Acesso em: 3 de set. 2015.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 19 de ago. 2015.

_____. *Decreto-Lei 200, de 25 de fevereiro de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em: 19 de ago. 2015.

_____. *Lei 12.101, de 27 de novembro de 2009*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112101.htm>. Acesso em: 19 de ago. 2015.

_____. *Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>. Acesso em: 19 de ago. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 2028-5, Plenário*. Brasília. DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=2028&classe=ADI-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 24 de ago. 2015.

_____. Tribunal Regional Federal 4ª região. *AGRAVO DE INSTRUMENTO 2006.04.00.032175-0, Apucarana. PR.* Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=200604000321750&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=01/01/1970&selOrigem=TRF&sistema=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=&txtChave=>>. Acesso em: 3 de set. 2015.

_____. Tribunal Regional Federal 4ª região. *AGRAVO DE INSTRUMENTO 5026834-15.2014.404.0000, Araranguá. SC.* Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=50268341520144040000&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=01/01/1970&selOrigem=TRF&sistema=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=&txtChave=>>. Acesso em: 3 de set. 2015.

_____. Tribunal Regional Federal 4ª região. *AGRAVO DE INSTRUMENTO 5029796-45.2013.404.0000, Londrina. PR.* Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=50297964520134040000&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=01/01/1970&selOrigem=TRF&sistema=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=&txtChave=>>. Acesso em: 3 de set. 2015.

_____. Tribunal Regional Federal 4ª região. *APELAÇÃO CÍVEL, 2000.71.00.002763-0, Porto Alegre. RS.* Disponível em: <http://www.jfpr.jus.br/consulta/acompanhamento/resultado_pesquisa_popup.php?selForma=NU&txtValor=200071000027630&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=TRF&sistema=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=>> Acesso em: 3 de set. 2015.

_____. Tribunal Regional Federal 4ª região. *APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 5008050-41.2011.404.7001, Alvorada do Sul. PR.* Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=50080504120114047001&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=01/01/1970&selOrigem=TRF&sistema=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=&txtChave=>>. Acesso em: 3 de set. 2015.

_____. Tribunal Regional Federal 4ª região. *APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 5000122-28.2010.404.7210, Anchieta. SC.* Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=50001222820104047210&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=01/01/1970&selOrigem=TRF&sistema=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=&txtChave=>>. Acesso em: 3 de set. 2015.

_____. Tribunal Regional Federal 4ª região. *APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 5000870-60.2010.404.7210, Dionísio Cerqueira. SC.* Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=50008706020104047210&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=01/01/1970&selOrigem=TRF&sistema=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=&txtChave=>>. Acesso em: 3 de set. 2015.

_____. Tribunal Regional Federal 4ª região. *APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 2006.70.15.001269-3, Apucarana. PR.* Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=200670150012693&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=01/01/1970&selOrigem=TRF&sistema=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=&txtChave=>>. Acesso em: 3 de set. 2015.

_____. Tribunal Regional Federal 4ª região. *APELAÇÃO/REEXAME N° 2006.70.15.001269-3, Apucarana. PR*. Disponível em: < http://www.jfpr.jus.br/consulta/acompanhamento/resultado_pesquisa_popup.php?selForma=NU&txtValor=200670150012693&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=PR&sistema=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=> Acesso em: 3 de set. 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

OS MUNICÍPIOS NO MUNDO DIGITAL: DESAFIOS E RESULTADOS PROMISSORES

Milene Coscione¹

Raquel Guimarães²

Luiz Claudio Pimenta Filho³

1. *Smartcities*: o que as diferencia das demais cidades?

Você já pensou em viver em uma cidade onde se sabe em quanto tempo o ônibus chegará, onde a iluminação pública é ativada automaticamente com o escurecer, onde se sabe em quais estacionamentos há vagas disponíveis, onde os dados do atendimento médico de emergência são registrados de forma digital, facilitando o acesso dos médicos e mantendo um histórico do paciente

1 Advogada especialista em Telecomunicações e Tecnologia da Manesco, Ramires, Perez e Azevedo Marques Sociedade de Advogados.

2 Advogada da Manesco, Ramires, Perez e Azevedo Marques Sociedade de Advogados.

3 Estagiário da Manesco, Ramires, Perez e Azevedo Marques Sociedade de Advogados.

nos computadores dos hospitais? Estes são apenas alguns exemplos dos serviços integrados que podem ser oferecidos nas chamadas “cidades inteligentes”.

A ideia das chamadas *smartcities* já vem sendo implantada em diversas cidades do mundo, inclusive no Brasil. O Plano de Implementação Estratégica de cidades inteligentes na Europa apresenta uma clara definição para o conceito de “cidades inteligentes” como:

um sistema de pessoas interagindo e usando fluxos de energia, materiais, serviços e financiamento, para catalisar o **desenvolvimento econômico sustentável**, garantindo resiliência e **melhoria na qualidade de vida**; esses fluxos e interações tornam-se inteligentes através do **uso estratégico de infraestrutura e serviços de informação e comunicação** em um processo de planejamento e gestão urbanos transparentes, que responda às necessidades sociais e econômicas da sociedade.⁴

É natural que esta integração não ocorra de forma imediata. Geralmente, observam-se primeiro a digitalização e a automatização de alguns serviços individualmente, o que já representa uma melhoria para a eficiência daquele serviço específico e, conseqüentemente, para a qualidade de vida da população. Contudo, isso é ter serviços inteligentes, e não uma cidade inteligente.

Para atender ao conceito, é necessário que haja comunicação entre os serviços, que passam a funcionar de forma integrada. O objetivo é atingir estágios de integração nos quais, por exemplo, o atendimento médico de emergência preencha uma ficha digital do paciente, que é enviada para os sistemas dos hospitais mais próximos, com os possíveis diagnósticos, a fim de que se leve o paciente direto ao hospital mais próximo que conte com a capacidade necessá-

4 European Innovation Partnership on Smart Cities and Communities, p. 5: “Smart cities should be regarded as systems of people interacting with and using flows of energy, materials, services and financing to catalyse sustainable economic development, resilience, and high quality of life; these flows and interactions become smart through making strategic use of information and communication infrastructure and services in a process of transparent urban planning and management that is responsive to the social and economic needs of society”.

ria a atendê-lo. Esta simples medida reduz o tempo de permanência do paciente em uma ambulância, evita que a ambulância cause maior congestionamento enquanto circula à procura de um hospital com leitos disponíveis e possibilita manter o cadastro do paciente para consultas posteriores.

Além da saúde, outros setores-chave também podem ser beneficiados, como segurança pública, energia, transportes etc. Alguns exemplos de conexão entre os serviços seriam a possibilidade de detecção de um eventual disparo de tiro por sensores instalados em postes, que passam a aumentar a iluminação da área e enviam uma mensagem para que a viatura da polícia mais próxima se dirija ao local, criando estatísticas de periculosidade que auxiliam a gestão da segurança pública. Também se pode controlar a iluminação dos postes, conforme a luminosidade do local, por meio de sensores.

É possível, ainda, melhorar o trânsito, com sensores que detectam a presença de veículos, fazendo os semáforos funcionarem de maneira a permitir o escoamento do tráfego onde há maior congestionamento e instalando um controle digital em cada ponto de ônibus, que permite aos usuários verificar o horário de chegada de cada linha, não apenas no painel local, mas também em aplicativos acessados no celular ou no computador, de modo que consigam planejar melhor seus percursos.

Inicialmente, estes exemplos parecem retratar cidades do futuro, algo quase intangível, que ainda dependeria de grande evolução tecnológica para se tornar realidade. Contudo, todos já estão sendo implantados em diversas cidades do mundo.

A detecção de tiros por sensores instalados em postes já foi implantada em Nova Iorque. Com o auxílio de microfones e de um GPS, os sensores funcionam em conjunto, detectando a hora e a localização exata do disparo, com a combinação das informações de 10 sensores, permitindo que a polícia seja chamada ao local em um processo que dura em média 40 segundos.

Ainda no setor de segurança pública, há ótimos exemplos da integração de sistemas de câmera de circuito fechado em todo o Município por meio

de rede de fibra ótica. A cidade de Drancy, França, implantou 300 câmeras integradas utilizadas pelas forças de segurança com ótimo resultado, reduzindo em 30% a criminalidade na cidade, mesmo diante de um aumento populacional de 10%. Além disso, o sistema instalado é utilizado para conectar 80 prédios municipais, 200 negócios locais e 6.000 residências, além de ser alugado para provedores de internet, que fornecem banda larga comercial por valores abaixo dos praticados normalmente.

Um exemplo no âmbito da dinamização do transporte e do trânsito é Cingapura, onde a utilização de sensores integrados permite a notificação imediata de acidentes para pronta solução dos danos causados, o redirecionamento do trânsito por meio de placas inteligentes e até mesmo o controle inteligente dos semáforos, com encurtamento do tempo em ausência de pedestres e aumento do tempo em caso de pedestres com necessidades especiais, como idosos, identificados por meio de cartões distribuídos pelo Estado.

Como se pode ver, o número de cidades que tem digitalizado seus serviços, como uma forma de iniciar o processo para se tornarem “inteligentes” tem crescido bastante nos últimos anos. Este cenário decorre dos resultados positivos das experiências já em funcionamento, que demonstraram o notável aumento na eficiência dos serviços e uma grande economia nos gastos para prestá-los, o que representa um importante avanço no sentido de se atingir o tão desejado desenvolvimento sustentável.

A ideia é ter uma cidade onde os mais diferentes setores estejam interconectados, de modo a aprimorar a **administração e gestão pública**, o que inclui o planejamento urbano e a segurança pública; desenvolver o setor de **infraestrutura e meio ambiente**, com projetos de utilização de energias não poluentes, de melhoria dos sistemas de transportes e de saneamento básico; além de dar atenção a **direitos sociais**, como saúde e educação. A IBM sintetiza esta ideia em sua página na internet, por meio do seguinte diagrama:



Fonte: Disponível em <http://www.ibm.com/smarterplanet/br/pt/smarter_cities/overview/>.

Há, porém, alguns desafios que devem ser endereçados quando se desenvolve projetos de digitalização dos serviços.

2. Desafios à implantação

Em geral, ao receberem informações sobre a implantação de mecanismos capazes de transformar seus Municípios em “cidades inteligentes”, a primeira preocupação apontada pelos prefeitos tem sido a escassez de recursos e de fontes de financiamento. Em segundo lugar, são mencionadas algumas dificuldades referentes à complexidade da modelagem da contratação.

É natural que estas questões surjam, uma vez que o tema é relativamente novo e que ainda não há muito material produzido a respeito no país.

Contudo, é importante lembrar que há diversas experiências positivas em território nacional e que muito do que foi aplicado em outros países pode ser também aplicado ao Brasil. Portanto, devemos deixar claro que há, sim, diversas alternativas que se colocam à disposição daqueles prefeitos que desejarem ini-

ciar o processo de modernização das suas cidades, tanto em relação ao financiamento, como sobre as formas de contratação, as quais devem ser desenvolvidas conforme as especificidades do local onde se pretende desenvolver o projeto.

Passemos, então, a um breve comentário sobre as alternativas de financiamento, para, posteriormente, abordarmos os modelos contratuais.

2.1. Alternativas de financiamento

Conforme já afirmado, o financiamento é geralmente colocado como a principal barreira ao desenvolvimento de projetos de cidades inteligentes. Contudo, existem diversas alternativas aptas a solucionar essa questão, as quais devem ser analisadas e adaptadas, de acordo com as características de cada Município.

Em muitos casos, uma análise de previsões e execuções orçamentárias é capaz de fornecer respostas bastante esclarecedoras sobre a situação financeira do Município e sobre as melhores formas de financiar o projeto.

Ainda que não haja disponibilidade de caixa, é possível obter recursos para a execução do projeto. Para tanto, pode-se verificar se o Município atende aos requisitos dos programas disponíveis para o financiamento ou o fomento ao setor que se pretende modernizar ou desenvolver outras formas de financiamento.

As principais ferramentas que se colocam à disposição dos Municípios que desejam desenvolver projetos de cidades inteligentes são os programas de financiamento de instituições federais, como o BNDES, a Caixa Econômica Federal e os bancos regionais de desenvolvimento, ou de instituições multilaterais, como o Banco Mundial e o Banco Interamericano de Desenvolvimento.

O BNDES, por exemplo, dispõe de uma modalidade de financiamento denominada Programa de Modernização da Administração Tributária e da Gestão dos Setores Sociais Básicos (Pmat) voltada a projetos de modernização da gestão pública, que engloba projetos de modernização da administração

tributária, de gestão de serviços de saúde e educação, centrais de atendimento e eGovernment, contudo, há a limitação de que os *softwares* e tecnologias sejam nacionais.⁵

Por sua vez, o Banco Interamericano de desenvolvimento (BID) possui programas de cooperação técnica para o *fortalecimento institucional, transferência de conhecimentos e estudos, incluindo diagnóstico, pré-investimento e estudos setoriais que apoiam o desenho e a preparação do projeto, que podem ser não reembolsáveis (doações), reembolsáveis (empréstimos), ou de recuperação contingente (reembolsável se o programa recebe financiamento adicional)*⁶.

Ainda no âmbito dos recursos públicos, pode-se contar com financiamentos de Programas do Governo Federal, como o PAC, de agências de fomento, como o Finep ou de fundos estaduais, além de ser possível criar incentivos fiscais para que as empresas desenvolvam os projetos.

De acordo com o setor que se irá desenvolver, é possível, ainda, contar com recursos de origem privada, por meio do mercado de capitais, de equity ou de financiamentos bancários.

Adicionalmente, é possível contar com outros mecanismos, a depender do setor que se trabalha e da disponibilidade e interesse da população. Por exemplo, ao desenvolver projetos que reduzam a emissão de gases poluentes, é possível gerar créditos de carbono, os quais podem ser negociados em mercado de balcão ou utilizados como garantia ao setor privado. Ou, caso o projeto se relacione-se ao setor de iluminação pública, é possível instituir a cobrança da Contribuição para Custeio do Serviço de Iluminação Pública (Cosip).

A experiência internacional também menciona a utilização do chamado *crowdfunding* ou *crowdfinance*, quando a população decide colaborar para que se arrecade a verba suficiente à realização do investimento inicial.

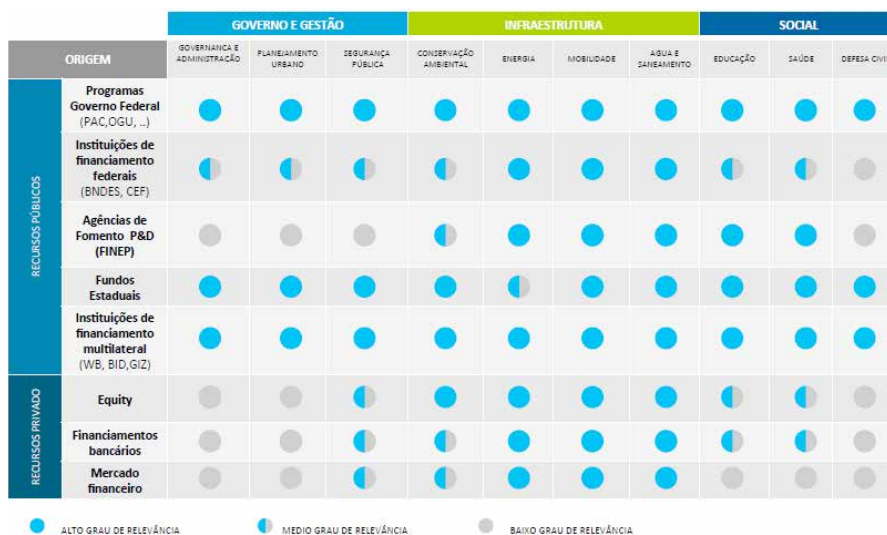
5 Banco Nacional do Desenvolvimento – BNDES. Possibilidade de apoio a Cidades Inteligentes. Disponível em: <http://pt.slideshare.net/ConnectedSmartCities/governana-lincoln-santini-brando-gerente-de-projetos-da-rea-de-infraestrutura-social-do-bndes?from_action=save>.

6 Disponível em: <<http://www.iadb.org/pt/sobre-o-bid/financiamento-do-bid/cooperacao-tecnica,6042.html>>.

Portanto, não se pode definir de antemão qual é a melhor opção. É necessário analisar cada Município e cada projeto, de modo a garantir a melhor escolha. Há, porém, estudos que demonstram a relevância de determinados tipos de recursos em detrimento de outros, de acordo com o setor trabalhado.

Investimentos privados, por exemplo, dificilmente seriam utilizados em projetos de melhoria da administração, tendo seu foco em projetos que permitam um maior retorno do capital investido, ou seja, no setor de infraestrutura. Por outro lado, recursos de programas do governo federal ou de instituições multilaterais têm maior flexibilidade de aplicação.

Um desses estudos foi apresentado pela FVG Projetos no seminário “Soluções urbanas inovadoras e financiamento de *SmartCities*”, realizado em São Paulo, no dia 23 de setembro de 2014, que trouxe a seguinte figura ilustrativa:



Fonte: Disponível em <<http://hiria.com.br/html/smart-cities/pdfs-2014/Marco-Contardi-Smart-Cities-2014-Valor-Hiria.pdf>>.

Há, ainda, possibilidade de desenvolver outros mecanismos para angariar recursos, os quais devem ser pensados de acordo com as especificidades de cada caso.

2.2. Modelos de contratação

Definido o projeto de digitalização e a forma de financiamento a ser utilizada, surge um desafio final: qual a modelagem contratual a ser utilizada para a implementação? Como garantir a correta execução do projeto e a preservação dos interesses de ambas as partes?

Dentro do Direito Administrativo, existem diversas possibilidades que devem ser utilizadas conforme as especificações de cada caso, como investimento inicial, duração do contrato, complexidade do serviço, dentre inúmeros outros.

Caso a digitalização não envolva a construção de nova infraestrutura, mas mera prestação de serviços à própria prefeitura na integração e digitalização interna, se utilizando da infraestrutura já disponível pelo Município, é possível a utilização do contrato de prestação de serviço previsto no art. 7º da Lei 8.666/1993. Também será possível a contratação de obra de infraestrutura e posterior serviço que a utilize.

Por outro lado, caso os serviços públicos prestados aos cidadãos sejam informatizados, ou surjam novos serviços públicos decorrentes da transformação da cidade em uma cidade inteligente, a concessão destes serviços a particulares poderá se utilizar da modelagem da Lei 8.987/1995. Inclusive em hipóteses onde seja necessária a estruturação de infraestrutura para prestação do serviço, a hipótese do art. 2º, III, será plenamente aplicável para a execução do projeto.

Por fim, para projetos de grande porte e complexidade, onde é necessária intensa cooperação entre o particular e o público na implantação do projeto em razão dos riscos envolvidos, é possível a utilização de uma parceria público-privada, nos termos da Lei 11.079/2004. Nesta hipótese, o investimento inicial mínimo é de 20 milhões de reais, e o tempo mínimo de contrato

de 5 anos; ele é reservado para projetos de grande monta para digitalização total de serviços-chave do Município.

3. Resultados esperados de uma cidade inteligente

Por meio da implantação do modelo de cidades inteligentes, os benefícios alcançados são múltiplos. O primeiro é o aumento da qualidade dos serviços prestados, uma vez que a integração e a digitalização aumentam a segurança, diminuem a burocracia e dinamizam de maneiras inovadoras a própria prestação do serviço. Imaginemos, por exemplo, a digitalização do atendimento médico: em um caso de emergência, o atendimento no local chegará mais rápido, o transporte até o hospital poderá ser priorizado no trânsito e o tratamento no hospital será mais rápido e contará com informações completas instantaneamente.

Outro grande benefício das cidades inteligentes é a redução do desperdício e dos custos de operação relacionados à prestação de serviços públicos. Em Londres, por exemplo, a integração do sistema de fiscalização do pedágio urbano aliado à modernização dos ônibus de dois andares provocou uma diminuição de 20% do trânsito e uma economia de 30% no combustível utilizado, economia significativa e com impactos sobre a cobrança de passagens e sobre a economia geral do Município.

Outro grande potencial de economia com impactos macroscópicos é a implantação de redes elétricas inteligentes e de sistemas inteligentes de administração elétrica em prédios. Uma experiência, vinda de Taiwan, foi a utilização de automação inteligente no Taipei 101, tendo como resultado uma redução em 30% na utilização da eletricidade, equivalente a US\$ 700.000,00. A digitalização do controle de eletricidade dos prédios públicos e da rede da cidade pode poupar milhões e aumentar o potencial energético do Município, permitindo captar investimentos.

Este é um ponto fulcral para adoção do modelo das “smartcities”: a atração de capital produtivo, humano e financeiro para a cidade. O primeiro é simples: a redução de custos associados à produção, como trânsito e transporte, burocracia, preço da energia, dentre inúmeros outros, tornam a cidade extremamente atrativa para a instalação da sede de indústrias e companhias, pela economia gerada e potencial de crescimento. Já a atração de capital humano se dá pela diminuição da violência e da dificuldade de locomoção e pelo aumento das diversas comodidades geradas pela digitalização, tendo como resultado o influxo de mão de obra não só com grande capital aquisitivo, mas também formação qualificada. Já o último chamariz, do capital financeiro, decorre dos dois anteriores: a soma do potencial das companhias instaladas no Município com a força de trabalho especialmente capaz é terreno fértil para a inovação e o surgimento de novas motrizes econômicas a serem financiadas pelo mercado, gerando vantagens mútuas a todos os envolvidos.

A atração de investimentos nas cidades Inteligentes já é comprovada, não só pelas razões elencadas, mas também por estudos que demonstram que tais cidades atraem em média 17,8% mais investimentos que cidades normais.⁷ Além disso, cidades conectadas têm um índice de crescimento do PIB 0.7% maior, uma taxa de desemprego 1% inferior, e uma ocupação de escritórios 2,5% maior do que cidades que não possuem as mesmas tecnologias.⁸ Fica amplamente demonstrado que ainda que o investimento inicial seja grande, podendo ser amplamente suportado pelas alternativas anteriormente exploradas, a longo prazo o retorno é praticamente imensurável, mas certamente muito grande.

⁷“What the results show is that assuming that a non-smart city has exactly the same characteristics as a smart city; the smart city will attract on average 1.178 investments more than the non-smart city. From this we can think of the smart, non-smart division as a paramount factor that encompasses all the additional and advantageous characteristics that are possessed by smart cities”. RODRIGUEZ-BOLIVAR, Manuel Pedro (Editor). *Transforming City Governments for Successful Smart Cities*, Springer, Espanha, p. 105. Disponível em: <<http://bit.ly/1TPiv7O>>. Acesso em: 1o de mar.2016.

⁸ Smart Grid-Connected Cities See Higher GDP Growth – Energy Manager Today.

4. Conclusão

Sem dúvida o futuro das cidades passa pela utilização das novas tecnologias como motores do desenvolvimento local. O potencial das cidades pode ser amplamente expandido pela dinamização, aumento da qualidade dos serviços, vasta economia de recursos, diminuição de diversas externalidades, dentre outras inúmeras vantagens decorrentes da digitalização e do uso de sistemas inteligentes. Com a velocidade e a rapidez das mudanças tecnológicas, as possibilidades são praticamente ilimitadas.

Há muitas formas de financiamento por meio da interação entre o poder público, particulares e outros órgãos. Por meio da utilização dos modelos brevemente explorados no artigo, é perfeitamente possível que as novas tecnologias passem a integrar o dia a dia dos Municípios brasileiros.

Em um cenário de crescente competitividade entre as cidades pela instalação de companhias e por investimentos, o modelo das *smartcities* é um fortíssimo atrativo, que permite um desenvolvimento sustentável e duradouro. Mesmo com os desafios da implementação, é certo que os benefícios são extremamente promissores, valendo a pena a recompensa.

A COMUNIDADE PACIFICANDO OS SEUS CONFLITOS: A IMPORTÂNCIA DO PODER LOCAL NA PROMOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS COMUNITÁRIAS DE ACESSO À JUSTIÇA¹

Marli Marlene Moraes da Costa²

Rodrigo Cristiano Diehl³

1 Esse estudo é fruto dos debates e reflexões oportunizados pelo grupo de pesquisa "Direito, Cidadania e Políticas Públicas" do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul e coordenado pela Professora Pós-Dra. Marli Marlene Moraes da Costa.

2 Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, com pós-doutoramento em Direito pela Universidade de Burgos – Espanha, com bolsa CAPES. Professora da Graduação e Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da UNISC. Coordenadora do Grupo de Estudos Direito, Cidadania e Políticas Públicas na mesma Universidade. Especialista em Direito Privado. Professora do Curso de Direito da FEMA. Psicóloga com Especialização em Terapia Familiar. Advogada. Autora de livros e artigos em revistas especializadas. E-mail: marlim@unisc.br

3 Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul, com bolsa PROSUP/CAPES, na linha de pesquisa em Políticas Públicas de Inclusão Social. Especializando em Direito Constitucional e Administrativo pela Escola Paulista de Direito – EDP. Graduado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul, com bolsa Probic/Fapergs (2015). Estuda temáticas voltadas aos Direitos Humanos, métodos consensuais de pacificação de conflitos, políticas públicas e controle de constitucionalidade. Advogado. E-mail: rodrigocristianodiehl@live.com

RESUMO: O presente estudo tem por objetivo analisar a importância da comunidade e do poder local na promoção de políticas públicas comunitárias de acesso à justiça. Desse modo, questiona-se: a comunidade por intermédio do poder local desempenha um papel decisivo na implementação de políticas públicas de acesso à justiça? Diante desse contexto, inicialmente trabalhar-se-á com o acesso à justiça na comunidade local, realizando um estudo com foco nos aspectos contemporâneos para que na sequência seja possível analisar a verdadeira pacificação dos conflitos, tendo como protagonista as práticas restaurativas e a efetivação dos direitos humanos. Como instrumento de construção, utilizar-se-á o método hipotético dedutivo, com base em levantamento bibliográfico.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Comunidade. Poder local. Práticas restaurativas.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Considerando a formação atual da sociedade e o papel que os indivíduos desempenham dentro de suas comunidades, cada vez mais tem-se buscado (re)pensar o sentido de justiça dado as relações humanas. Nesse contexto, surgem as práticas restaurativas enquanto métodos alternativos e comunitários de pacificação de conflitos, como uma proposta de pacificar os conflitos, que são inerentes à convivência social, no local onde brotam, ou seja, na própria comunidade. Portanto, a comunidade por meio do poder local desempenha um papel decisivo na implementação de políticas públicas de acesso à justiça com a finalidade de pacificar os conflitos que ali surgem e se desenvolvem?

Como instrumento para responder tal questionamento, tem-se que o acesso à justiça pode ser classificado como um dos principais direitos do ser humano que devem ser imediatamente garantidos, pelo fato de que é através do pleno exercício desse que os demais serão reconhecidos. Todavia, entende-se por acesso à justiça, toda e qualquer forma efetiva da prestação da justiça, não somente aquele direito peticionado ao Poder Judiciário, mas também os métodos alternativos de pacificação de conflitos.

Consequentemente, as práticas restaurativas consistem em uma experiência de cunho democrático, onde todos os participantes direta ou indiretamente do conflito (vítima, agressor, familiares, comunidade) tem a oportunidade de falar e de ouvir de forma respeitosa. Contudo, seja qual for o processo restaurativo utilizado, os valores da Justiça Restaurativa devem guiar estes encontros, e incumbe ao facilitador, pessoa qualificada e membro daquela comunidade, conduzir este espaço de diálogo.

Dessa maneira, a emancipação do sujeito exige o protagonismo local, onde os principais responsáveis pelo desenvolvimento de uma comunidade e por consequência o processo inverso da alienação são os próprios indivíduos que nela vivem. Para que se alcance esse objetivo, é fundamental aprofundar o conhecimento sobre os métodos de promover e fortalecer a confiança interpessoal, assim como fomentar junto aos indivíduos a reciprocidade e o sentimento de pertencimento social, que pode ocorrer por meio de políticas públicas ou iniciativa da própria comunidade.

Assim, para alcançar os objetivos aqui propostos, utiliza-se o método de abordagem hipotético-dedutivo, uma vez que parte de um problema ao qual se oferece uma solução provisória através de hipóteses, passando-se em um segundo momento a analisar a sua viabilidade. No que se refere aos métodos de procedimentos empregados na execução do presente trabalho, eles compreendem o método histórico, que consiste na investigação de situações ocorridas no passado para verificar sua influência na sociedade atual, bem como o método monográfico, o qual respalda no estudo de grupos, indivíduos, comunidades, instituições, entre outros, a fim de obter generalizações e conceituações.

1. O ACESSO À JUSTIÇA NA COMUNIDADE LOCAL: ASPECTOS CONTEMPORÂNEOS

Desde os primórdios, as organizações humanas tiveram como qualidade comum, independente de cultura, a existência de regras sociais para uma

melhor convivência. Não é demais lembrar, contudo, “[...] que a institucionalização do exercício do poder, imprescindível para maior organização das sociedades, deu origem ao Estado, que também passou a exercer o controle das normas sociais e do órgão estatal sobre os indivíduos” (MATTOS, 2011, p. 62). Do mesmo modo que o Estado, o direito processual e a jurisdição surgem em resposta para as necessidades de se definirem formas de resolução e pacificação dos conflitos e que seriam as autoridades responsáveis para oferecer alternativas aos conflitos apresentados.

A propósito, não é desprezível assegurar que o Poder Judiciário, forma tradicional de acesso à justiça, enfrente bruscas crises, o que torna custoso ao Estado proporcionar a efetivação do almejado direito. Além disso, “salienta-se que esse mesmo judiciário, por si só, não consegue promover com exclusividade o mencionado acesso [...]” (MATTOS, 2011, p. 63). Para abrandar o crescente descrédito da sociedade, sem falar no sentimento de insegurança jurídica, também o judiciário tem sido forçado a adotar práticas alternativas (e comunitárias) de pacificação de conflitos, sendo essas alternativas aos obstáculos erguidos, por sua vez, vão desenhando um novo enfoque que deve ser dado à questão do acesso à justiça tanto no Brasil quanto no mundo.

Diante deste cenário, a impossibilidade de acesso à justiça, especialmente, pelas camadas sociais classificadas como hipossuficientes e marginalizadas, é uma grave violação de direitos humanos, e que, devido à globalização e das relações cada vez menos humanizadas, vem sendo esquecida, como se a justiça fosse um tanto inatingível para o comum dos mortais. Desta forma, o acesso à justiça, há algum tempo, tem marcado presença nos catálogos dos direitos humanos, assim sendo reconhecido por constituições estatais e declarações internacionais de proteção dos direitos humanos e fundamentais. Contudo, o seu significado pode ser analisado por mais de um ângulo “[...] e muitas concepções sobre ele pode se pode ter, e seu significado certamente sofrerá variações conforme o ordenamento jurídico constitucional em concreto em que for situado” (PAROSKI, 2008, p. 138).

Neste contexto, o acesso à justiça deve ser visto não somente a partir do acesso aos meios estatais de resolução de conflitos, mas também por meio da própria tutela dos direitos subjetivos, uma concepção mais ampla, onde prestigia outras formas de pacificação de conflitos, como, a exemplo, os métodos alternativos e comunitários, uma vez que se enquadram melhor na atual configuração dos conflitos sociais.

Sendo assim, inicialmente faz-se necessária a análise do conceito de justiça, onde a ideia central consiste na aplicação do princípio da igualdade, ou melhor, desde Platão e Aristóteles, passando por Santo Tomás, até os juristas, moralistas e filósofos contemporâneos, esse conceito de justiça está presente. No entanto, o “essencial é definir essa aplicação de tal forma que, mesmo constituindo o elemento comum das diversas concepções de justiça, ela possibilite as suas divergências” (PERELMAN, 2000, p. 1).

No mesmo entendimento, a discussão de acesso à justiça, assim como os direitos humanos, incide na busca por valores próprios que cada ser humano define e elege em tal patamar, utilizando como base as circunstâncias em que vive, contrapondo as satisfações e as necessidades de cada indivíduo dentro do seu próprio grupo social. Neste sentido, em um conceito de justiça ligado a instituição do Poder Judiciário, acredita que cabe a esse “[...] a obrigação de encontrar meios de atingir o sentimento de justiça e de pacificar a sociedade em todos os seus segmentos” (TORRES, 2005, p. 23).

Portanto, a busca por um acesso à justiça justo e de todos, sem dúvida, perpassa pela valorização da cidadania, ou além, o fato do direito, principalmente em um contexto social, ser um propulsor do desejo permanente do homem na realização da justiça, e que, segundo Monreal (1988, p. 62), numa concepção ética, afirma que a justiça, “[...] constitui um dado primário do espírito humano, isto é, todo o homem aspira, nas relações com os demais, e experimenta uma reação colérica quando ela é ofendida”.

E, deste modo, em uma sociedade onde a ordem jurídica não garante nem a prevenção tampouco o restabelecimento dos direitos, “[...] na iminência

de sofrer lesão ou lesados, respectivamente, incluindo os direitos civis, políticos, culturais, econômicos e sociais, não se pode falar em pleno acesso à justiça” (PAROSKI, 2008, p. 139).

Neste sentido, a pacificação dos conflitos pelas vias formais, isto é, na busca pela prestação jurisdicional estatal, é cara e dispendiosa. Entretanto, essa alta onerosidade não abarca somente as custas processuais, mas também todas as despesas que podem envolver um conflito, sem contar do envolvimento emocional das partes em um processo na espera de uma solução que, segundo Mattos (2011), afastam o cidadão do Judiciário.

Ademais dos emaranhados labirintos que os processos judiciais devem percorrer de forma lenta, as denominadas custas desanimam até mesmo aqueles que dispõem de recursos financeiros. Para os hipossuficientes economicamente, a justiça é “[...] mais barreira intransponível que uma porta aberta. As manifestações de desalento e descrença quando uma ofensa ao direito é constatada não muitas vezes mais numerosas que as palavras ou gestos de confiança” (SANTOS, 2003, p. 168). Atrelado a isto, percebe-se a inadequação ou até mesmo a desatualização que se encontram os tribunais, que, oficialmente, seria os guardiões da justiça e da paz social.

A priori, o maior esforço que a ciência jurídica pode realizar é na concretização dos direitos humanos e, principalmente, aqueles voltados a autêntica realização por parte do Estado e de toda sociedade, no fortalecimento dos meios necessários para que haja um acesso à justiça com o objetivo central muito além do melhoramento e celeridade da prestação jurisdicional, mas também de pacificação social (MENEZES, 1998).

Neste contorno, de acordo com Cappelletti e Garth (1988, p. 12), “o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos [...]” – que objetiva não somente garantir e proclamar o direito de todos, mas sim efetivar demais direitos humanos e fundamentais, mas isso implica uma expansão e um aprofundamento dos objetivos e dos métodos da moderna ciência.

Desta forma, o acesso à justiça estatal está diretamente ligado às relações entre a sociedade e a justiça social, entre a desigualdade socioeconômica e a igualdade jurídico-formal. Também, a procura por um sentimento de justiça cumprida está mais estritamente acoplada ao âmbito civil do que ao penal. Uma vez que, de acordo com Santos (1996, p. 167), “definidas as suas características internas e medido o seu âmbito em termos quantitativos, é possível compará-la com a oferta da justiça produzida pelo Estado [...]”.

Portanto, a democratização da administração da justiça, para uma melhor prestação jurisdicional, é fundamental para a democratização da vida social, econômica e política. Essa democratização passa por duas vertentes, onde na primeira tem-se alteração da constituição interna do processo, incluindo diversas orientações, tais como “[...] o maior envolvimento e participação dos cidadãos, individualmente ou em grupos organizados, na administração da justiça; o incentivo a conciliação das partes”. (SANTOS, 2003, p. 177). Já a segunda vertente diz respeito a democratização do próprio acesso à justiça, neste sentido, é imprescindível a criação de um sistema nacional que, geridos pelo Estado e pelas autarquias locais com a colaboração das organizações profissionais e sociais, garantam a igualdade do acesso à justiça das partes das diferentes classes ou estratos sociais, e assim consolidando o acesso à justiça estatal.

Deste modo, dever-se-ia aumentar o acesso de todos à jurisdição, mas especialmente os mais carentes de justiça, à estrutura do Judiciário. Tal parcela da sociedade, que é representada pela maioria da população brasileira, pois é menos privilegiada economicamente, “[...] necessita de informação acerca do acesso à justiça, porque à medida que aumentarmos a demanda do judiciário, através do aumento do seu acesso à justiça, este poder terá que viabilizar procedimentos de participação popular” (CASTRO FILHO, 1998, p. 31). Este fato teria como principal finalidade a melhorar da eficácia de seus serviços.

Dito isso, vale ressaltar que cabe ao ordenamento atender à solicitação daquele que deseja exercer o seu direito a uma jurisdição ou a mais ampla defesa de forma completa e eficiente. E para que isso ocorra, é necessário que

o processo disponha de mecanismos capazes de realizar a devida prestação jurisdicional com qualidade, qual seja, de garantir ao jurisdicionado o seu direito real, efetivo, e no menor lapso temporal possível.

Até mesmo porque, uma justiça tardia não pode ser considerada uma justiça, senão uma injustiça qualificada. Porque o processo por muito tempo nas mãos do julgador contradiz o direito entre as partes, fazendo com que as leses no patrimônio, liberdade e honra. Ainda, a culpa desta morosidade, em parte, é dos juízes, que a lassidão comum vai tolerando. “Mas sua culpa tresdobra com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinquente poderoso, em cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente” (BARBOSA, 1947, p. 70).

Também nesse entendimento, Bielsa e Grana (1994, p. 65) advertem que “a demora processual irá perdendo progressivamente seu sentido reparador, na medida em que se postergue o momento do reconhecimento judicial dos direitos”. E que ultrapassado o tempo razoável para pacificar o conflito, qualquer solução dada será, de maneira inexorável, injusta, por maior que seja o mérito científico do teor da decisão.

Dessa maneira, o acesso à justiça, como um direito humano, requer uma atuação sintonizada e firme por parte do Estado e de outras estruturas organizadas nas comunidades, em uma ação conjunta, para que se procure pacificar determinadas situações que normalmente não chegariam ao Poder Judiciário, seja devida a ausência dos poderes, ou pelos altos custos que um processo acarreta, ou ainda, como visto, pela demora de tramitação. Este último, já é considerada uma marca que se dissemina e se torna, lamentavelmente, em uma verdade constrangedora e desestimulante na busca de justiça nos fóruns brasileiros (TORRES, 2005).

Assim, precisam, conseqüentemente, expandir sua pesquisa para além dos próprios tribunais e utilizar métodos de análise do conflito estudados na sociologia, na política, na psicológica e até mesmo na economia, isto é, aprender por meio das diversas outras culturas. “O acesso não é apenas um direito social

fundamental, crescentemente reconhecido, ele é também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística” (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 12). Seu estado implica em um alargamento e aprofundamento dos desígnios e métodos da moderna ciência jurídica.

Acrescente-se ao exposto o fato de que a prestação jurisdicional, enquanto método de controle social por parte do Estado, não é mais suficiente para a pacificação dos conflitos. Isso reflete, segundo Mattos (2011), de maneira direta e negativa sobre as possíveis modalidades de melhoria das condições sociais, em especial a efetivação da democracia e o desenvolvimento econômico. Dessa maneira, por meio da relação atual no modo de funcionamento de todos os sistemas jurídicos, os críticos oriundos das outras ciências sociais podem ser nossos aliados na atual fase de uma longa batalha histórica, a luta pelo acesso efetivo à justiça.

De tal modo, calcado em modalidades igualitárias de direito e justiça, tal instituto deve ser compreendido como o mais básico dos direitos fundamentais do ser humano. “Não é por outra razão que a incapacidade do Estado em promover a integração efetiva de parcelas marginalizadas da população tem-se mostrado como um dos grandes obstáculos à efetivação das promessas da democracia” (MATTOS, 2011, p. 70). Outro aspecto importante a ser entendido é a exclusão econômica da qual decorre a exclusão jurídica que resulta da incapacidade do Estado em garantir a todo o cidadão o acesso e a efetivação dos direitos humanos.

À vista disso, a expressão acesso à justiça é reconhecidamente de difícil definição, porém pode ser determinada a partir de suas duas finalidades, que a primeira, de acordo com Cappelletti e Garth (2002, p. 12), representa

[...] o sistema que deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individuais e socialmente justos. De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez

que a titularidade de direitos é destituída de sentina, na ausência de mecanismos para sua reivindicação. O acesso à justiça, pode, portanto, ser encarado como requisitos fundamental – o mais básicos dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

Neste mesmo entendimento, vale ressaltar que a Constituição não poderá ser enquadrada como constitucional se não for democrática. Que a democracia só é democrática se observados os limites constitucionais e que o Estado só pode ser o centro da esfera pública caso não for privatizado pela administração, isto é, se e quando concretamente atuar em defesa dos interesses da sociedade, observada a Constituição, e não na defesa de um ou outro determinado grupo, pois “não há governo ou governabilidade sem respeito às diferenças. A há ditadura” (CATTONI, 2006, p. 22).

Desta forma, a todos os indivíduos devem ser assegurado às mínimas oportunidades para alcançarem matérias imprescindíveis para o pleno exercício de seus direitos constitucionais, como a liberdade, igualdade e fraternidade. E que, nas palavras de Cattoni (2006, p. 28) é preciso “porque já os reconhecemos como cidadãos iguais e livres, portanto, como cidadãos, desde o início, livres e iguais, titulares dos direitos fundamentais, tendo oportunidade de responder por suas opções e de com elas aprender”.

Contudo, a completa efetivação do direito humano ao acesso à justiça passa pelos mais variados métodos de gestão de conflitos, e entre eles estão os meios alternativos e comunitários de pacificação social onde as práticas restaurativas formam um espaço de diálogo e possibilita a comunicação rompida entre as partes em função do litígio instalado e pela espera de um terceiro – leia-se Estado, para resolvê-lo.

Desta forma, os desacordos e conflitos fazem parte do meio comunicativo quando analisado em seu formato amplo, e assim, o surgimento das experienciais que atordoam os aspectos rotineiros e tidos como adquiridos, cons-

tituindo uma fonte de contingências. “[...] Também frustram as expectativas, funcionam ao contrário dos modos habituais de percepção, originam surpresas e tornam-nos conscientes de determinados aspectos” (SPENGLER, 2012, p. 174). As experienciais são sempre novas, compondo uma contrapartida a tudo aquilo a que se está habituado e é diante desse contexto que o risco de haver um desacordo inerente à comunicação linguística é absorvida, regulada e controlada nas práticas cotidianas.

Nestes termos, sem ter a pretensão de suprimir com o sistema coercitivo mínimo de pacificação dos conflitos, mas sim de efetivar o acesso à justiça, e não somente ao Poder Judiciário, mas uma justiça mais próxima dos cidadãos e preocupada com as suas consequências é que a medição comunitária e as práticas restaurativas, enquanto mecanismo instigador da comunicação entre os conflitantes, surge como um método democrático para reorganizar as relações em conflitos e baseada na formação de um consenso.

Por consequência, acredita-se que o direito humano ao acesso à justiça, trate-se de um dos aparelhos essenciais das sociedades democráticas atuais e, por conta disso, deve ser encarado como um direito vital e latente para o pleno exercício das garantias fundamentais e humanas de todos os cidadãos. Sendo assim, quando trabalhado com a ideia de pacificar os conflitos na própria comunidade, através dos métodos alternativos e comunitários, possibilita que aquele indivíduo, ao pacificar o seu conflito de forma autônoma e por meio do diálogo, é retirado do contexto de alienação social e passa para um cenário de sujeito emancipado, o que reflete diretamente na comunidade que, a partir desse processo de utilização das práticas restaurativas consegue se empoderar implicando no bem-estar social. Temática esta tratada no capítulo seguinte.

2. A VERDADEIRA PACIFICAÇÃO DOS CONFLITOS: DIÁLOGOS ENTRE AS PRÁTICAS RESTAURATIVAS NA COMUNIDADE E OS DIREITOS HUMANOS

As práticas restaurativas têm sua origem nos modelos de organização das sociedades comunais pré-estatais europeias e nas coletividades nativas, que, por sua vez, exerciam a regulamentação social embasadas na manutenção da coesão do grupo, privilegiando os interesses coletivos em detrimento dos individuais. Nessas comunidades, a transgressão de uma norma implicava o restabelecimento do equilíbrio quebrado, buscando encontrar uma solução para o problema causado. Nas sociedades ocidentais, a Justiça Restaurativa é implementada utilizando os modelos de tradições indígenas do Canadá, dos Estados Unidos e da Nova Zelândia. Corrobora-se que a Irlanda é o primeiro país a empregar práticas restaurativas, especialmente na resolução de conflitos envolvendo adolescentes (CUSTÓDIO; COSTA; PORTO, 2010).

Os autores distinguem Justiça Restaurativa de práticas restaurativas, quando mencionam que “o conceito de práticas restaurativas tem suas raízes na Justiça Restaurativa, uma maneira de encarar a justiça criminal que se concentra em reparar o dano causado às pessoas e aos relacionamentos” (COSTELLO; WACHTEL; WACHTEL, 2011, p. 8). Em vez de punir os infratores – mesmo que a aplicação da Justiça Restaurativa e das práticas restaurativas não impedem a prisão de infratores ou outras sanções. Originária dos anos 70 como uma mediação entre vítimas e infratores, incluindo comunidades de cuidados também, com a participação das famílias e dos amigos das vítimas e dos infratores nos processos colaborativos denominados de práticas restaurativas.

Assim, apresentam-se como uma ferramenta emancipatória e comunitária de pacificar os conflitos através de uma comunicação não violenta, priorizado pela harmonia e pelo (re)estabelecimento da comunicação e das relações sociais entre os cidadãos. A partir disso, rompe-se com paradoxos punitivos e retributivos que voltam-se apenas para o autor do fato delituoso, uma vez que somente essa punição não é suficiente para garantir os direitos humanos e fundamentais dos indivíduos atingidos pelo dano.

Do ponto de vista das práticas restaurativas, fazer justiça significa fornecer resposta sistemática para as infrações e a medir as suas consequências,

ênfatisando a cura das feridas causadas pelo malfeito, dando destaque a dor, a magoa e a ofensa, contando para este feito com a colaboração e participação de todos os envolvidos na pacificação dos conflitos. Assim, práticas de justiça com finalidades restaurativas “[...] identificam os males infligidos e influem na sua reparação, envolvendo as pessoas e transformando suas atitudes e perspectivas em relação convencional com sistema de Justiça” (SCURO, 2000, p. 18).

De tal modo, as práticas restaurativas são um processo comunitário, não somente jurídico, em que as pessoas envolvidas em uma situação de violência ou conflito, vítima, ofensor, familiares, comunidade, participam de um círculo restaurativo, coordenado por um facilitador, em que é proporcionado um espaço de diálogo, onde essas pessoas abordam seus problemas, identificam suas necessidades não atendidas e buscam construir soluções para o futuro, procurando restaurar a harmonia e o equilíbrio entre todos os envolvidos no litígio. A abordagem realizada tem o foco nas necessidades determinantes e emergentes do conflito, visando uma aproximação e responsabilização dos envolvidos, com um plano de ações que procura restaurar os laços sociais, os danos e criar responsabilidades e compromissos futuros harmônicos.

Para a implementação das práticas restaurativas, é essencial à existência de democracia participativa, mecanismo capaz de fortalecer as relações entre indivíduos e comunidade, contribuindo para que os próprios cidadãos assumam o papel de pacificar seus próprios conflitos, atenuando os índices de violência. Logo, percebe-se que há um reforço na interconexão entre os atores sociais, ao passo que as práticas reconhecem que todos os membros de uma comunidade, independentemente de serem vítimas ou infratores, estão unidos através de princípios comuns por constituírem uma sociedade compartilhada. Por consequência, as infrações ocorridas no meio social também são de responsabilidade da comunidade local, que pode contribuir com a restauração dos danos causados à vítima, assim como, com a reintegração do ofensor ao seio social.

Entretanto, essas práticas restaurativas não são, de modo algum, resposta para todas as situações. Nem está claro que devam substituir o sistema

penal, mesmo num mundo ideal. Muitos entendem que, mesmo que as práticas restaurativas pudessem ganhar ampla implementação, algum tipo de “sistema jurídico ocidental (idealmente orientado por princípios restaurativos) ainda seria necessário como salvaguarda e defesa dos direitos humanos e fundamentais” (ZEHR, 2012, p. 23).

As diferentes e múltiplas ferramentas que se utilizam neste novo modelo, como ponto de partida, pode-se dar uma unificação das práticas restaurativas, que, em geral, é acolhida por diversos autores, pois se trata de um processo pelo qual todas as partes que tem interesse em uma determinada ofensa se juntam para pacificá-lo coletivamente e para tratar suas implicações de futuro. Deste modo, uma das principais diferenças que presente o sistema das práticas restaurativas em relação ao modelo tradicional de justiça é a existência de um diálogo, entendido como um processo comunicacional. Este novo modelo preconiza um diálogo acerca do sucesso delitivo entre as partes (SANTANA, 2007).

Pretende-se com isso a participação das partes que se envolveram em um sucesso delitivo, em consequência, *a priori*, o infrator e a vítima são partes indispensáveis. Ambas as partes guiadas através do processo comunicacional por meio do facilitador, que a aplicação das práticas restaurativas proporciona, cuja tarefa é auxiliar os integrantes a gerar um clima suficientemente aceitável para buscar soluções ao conflito. Os princípios da Justiça Restaurativa estão baseados no respeito à dignidade de todas as partes afetadas por um fato delituoso. Em este movimento se dá uma prioridade máxima para as necessidades humanas de participação e comunicação de sentimento e necessidades reais (SANTANA, 2007).

Diante deste contexto, as práticas restaurativas podem ser tidas para alguns como um processo de encontro, um método de lidar com o delito e a injustiça, outros acreditam que se trata de um rol de valores que buscam a cooperação e a pacificação do conflito de forma respeitosa; para outro, representa uma mudança na atual concepção de justiça, e, por fim, há quem afirme que se

visa a transformação nas estruturas da sociedade e na forma com que os seres humanos interagem com o seu meio (PALLAMOLLA, 2009).

Procurar uma definição para as práticas restaurativas não é tarefa simples, desde o seu surgimento até o grande destaque vem conquistando dentro da área do Direito, tanto seus organizadores quanto adeptos têm tomado grande cautela ao tentar defini-la. O que se justifica quando se olha para as inúmeras e infrutíferas teorias e paradigmas comportamentais criados ao longo da história jurídica a fim de encontrar um adequado instrumento de controle social. Para ter um conceito do que são as práticas restaurativas, então, é preciso aprender a aceitar que esta pode ser uma herança cultural, um conjunto de práticas conciliadoras, uma filosofia de vida, um movimento jurídico, uma alternativa ao defasado sistema retributivo-penal, tudo junto e ao mesmo tempo. De qualquer forma, em origem, todas as suas interpretações podem ser traduzidas em uma única coisa: a proposta de se repensar a justiça enquanto valor (COSTA; PORTO, 2014).

O que diferencia as práticas restaurativas, então, de uma maneira geral dos outros métodos de pacificação de conflitos é a sua forma de encarar e agir fundamentadas em valores e princípios como o respeito, a honestidade, a humildade, a responsabilidade, a esperança, o empoderamento, a interconexão, a autonomia, a participação, a busca de sentido e de pertencimento na responsabilização pelos danos causados. Baseia-se numa ética de inclusão e de responsabilidade social, promovendo o conceito de responsabilidade ativa (COSTA; PORTO, 2014).

Portanto, as práticas restaurativas consistem em uma experiência democrática, na qual os participantes falam e escutam de forma respeitosa a todos, assim são compreendidas como algo a alcançar bons resultados, mas a questão principal é saber se estes resultados foram efetivamente alcançados. E, na busca pela solução da questão, “[...] passou-se a prestar atenção nos valores que devem guiar estes encontros, mesmo que se trate de diferentes processos restaurativos” (PALLAMOLLA, 2009, p. 56).

A vista disso, as práticas restaurativas são um caminho de abertura da justiça que põem ênfase em reparar as consequências do conflito. O fato delituoso é entendido como uma violação da comunidade, das relações e uma destruição da paz social. É colaborativa e inclusiva, regenera e supõe a participação da vítima, do ofensor e da comunidade afetada pelo feito, buscando uma solução que se encaminhe para a participação do dano e a harmonia destruída. O principal propósito da intervenção social é restaurar a paz social, remediar o dano causado, evitar a revitimação, frente a um paradigma construído baixo aos elementos da mediação, reconciliação, restituição e compensação. (SANTANA, 2007).

Assim, o que se está apresentando com a Justiça Restaurativa, e por consequência, com as práticas restaurativas, é que um elemento fundamental da justiça está diretamente ligado com criação de sentido. Onde a justiça é feita quando o sentido do delito é construído a partir de experiências e perspectivas daqueles que foram afetados, como vítima, agressor e os membros da comunidade local. “Esse sentido não pode ser imposto por especialistas ou representantes externos, é necessário que a voz das vítimas, bem como a dos infratores, seja ouvida diretamente” (ZEHR; TOEWS, 2006, p. 419). Contudo, para isso, necessita-se de uma reorganização dos papéis e valores dos atores sociais, inclusive dos facilitadores.

Neste sentido, o facilitador – aquele que conduz as práticas restaurativas, mediante o uso de técnicas muito precisas – vai progressivamente delimitando os aspectos das diferenças entres os facilitados, transformando suas paixões em posições, suas posições em interesses e este, finalmente, em pedidos. Inclusive, permite as partes participar ativamente na regulação de seu próprio problema, fazê-los protagonistas não tanto da criação do conflito, mas da pacificação do mesmo, mudando de atitude diante dos demais e regenera uma transformação de paradigma cultural, devolvendo a comunidade local uma cota de protagonismo em seus próprios conflitos. Permite-os apropriar-se de seu próprio conflito (SANTANA, 2007).

Desta forma, assume-se como verdadeira a premissa de que o impacto de cada atendimento orientado pelos valores da Justiça Restaurativa e, conseqüentemente, aplicado às práticas restaurativas não se restringe apenas às pessoas presentes, todavia, alcança seu entorno familiar e comunitário, multiplicando o alcance dos ideais restaurativos. Como resultado deste fenômeno, instaurar-se-á novo paradigma, baseado em uma Cultura de Paz, no qual as pessoas e comunidades aprenderão a pacificar seus próprios conflitos e a prevenir a violência ao mesmo tempo em que consolidam o direito humano ao acesso à justiça (COSTA; PORTO, 2014).

Desta maneira, quando uma pessoa se expressa oralmente, suas palavras jamais poderão separar-se completamente da pessoa, isto ocorre inclusive nas ocasiões em que as palavras são ouvidas por testemunhas, que, então, confrontar com o emissor da respectiva mensagem devido ao caráter flexível e transitório do meio de comunicação. Porém, as palavras escritas, de outra parte, criam uma distância entre o autor da mensagem e a maneira em que essa mensagem se expressa, entre uma afirmação da voluntária da pessoa e um fetiche interpessoal que adquire vida própria. Por uma parte, está a autonomia do compromisso escrito e a possibilidade de uso contra a própria pessoa que realiza esse compromisso. Pela outra, existe um sentimento de alienação experimentado pelo indivíduo diante de sua própria criação, um sentimento de antiposse e, para tanto, de impotência para afrontar e controlar o compromisso como seu (SANTOS, 2010).

Desta forma, cabe salientar que a exigência da voluntariedade como característica essencial das práticas restaurativas permite ademais incorporar prestações a favor da vítima que não sejam exigíveis na via civil ou prestações reparadoras em benefício da comunidade. As práticas restaurativas, assim entendidas, como a contribuição autônoma ao restabelecimento, constitui um aliado perante a exigência coativa de responsabilidade através da pena, mas também um aliado frente a simples condenação de ressarcimento do dano causado (SANTANA, 2007).

Portanto, o (re)empoderamento do ato de fala, do diálogo, pode ser talvez o grande rompimento com a sociedade moderna e sua juridicidade tributária de dinâmicas judiciosas, hierarquizadas e cerradas ao monopólio da fala aos detentores de poder-saber oficial. O (re)empoderamento da fala constitui-se em um verdadeiro ato de profanação ao paradigma de juridicidade, para romper com as suas procedimentalidades castradoras e de pacificação de conflitos com a produção da dor adicional (SALM; LEAL, 2012)

O que interessa não é necessariamente revelar uma verdade objetiva como processo de alta integridade para tornar visível o que podem acabar sendo verdades múltiplas – em que a verdade da vítima pode ser diferente da do ofensor. Neste sentido, a razão conectada com a emoção através da experiência prática forja a integridade como um propósito holístico. Esse propósito em questão é a finalidade de descobrir toda a verdade por meio de experiência prática efetiva para todos os membros. Para que a busca da verdade seja de grande utilidade, deve ser deliberativa, atenta às múltiplas formas de evidências, e aberta ao exame e às críticas da sociedade (BRAITHWAITE, 2006).

Como tal característica, o regulamento responsivo defende uma quantidade contínua de respostas, em lugar de respostas singulares e prescritas. Esta abordagem “[...] pode ser contrastada com formalismo regulador, onde o problema e as respostas são predeterminados e designadas por códigos de conduta, leis e outras regras de compromisso”. (MORRISON, 2005, p. 303). Caracteristicamente uma resposta formalizada engloba julgamento moral acerca da gravidade da ação e um julgamento legal sobre o castigo apropriado.

Essa falta de uniformidade, que pode surpreender ou mesmo escandalizar a quem enxerga com os olhos etnocêntricos do direito oficial, não é, sem dúvida, caótica. “*Es determinada por las exigencias normativas y de seguridad, que se van definiendo a lo largo del proceso de prevención o resolución de los conflictos*” (SANTOS, 2010, p. 220). Assim, as formas e requisitos processuais mantenham um estrito caráter instrumental e como tal são utilizados somente na medida em que possam contribuir para uma decisão justa para

o conflito, sendo desenvolvidas assim, a partir do formalismo elaborado pelo sistema jurídico estatal, um formalismo denominado popular.

Entretanto, é necessário a urgente avaliação dos métodos empregados, avaliando inclusive os processos, resultados, bem como os objetivos e o funcionamento das organizações. Precisa-se aliar o que está sendo feito e comparar com o que pensa-se estar fazendo. “Uma maneira interessante de avaliar um programa de Justiça Restaurativa é perguntar a todas as partes e autores envolvidos o que eles acreditam estar fazendo e o porquê” (ZEHR, 2006, p. 414). Ao realizar este procedimento, é possível chegar a conclusão de que todo mundo está participando de um jogo distinto e que nem todos estão vendo as coisas da mesma maneira que os demais.

Portanto, as práticas restaurativas são um caminho que “[...] reúne a sabedoria ancestral da vida comunitária com os conhecimentos modernos sobre dons individuais e o valor da discordância e das diferenças” (PRANIS, 2010, p. 92). Durante a aplicação dos procedimentos respeita-se tanto o individual quanto o coletivo, assim, fundo dentro de cada membro e também se sai ao encontro da ligação com o espírito coletivo.

O resultado restaurativo significa um acordo alcançado devido a um processo restaurativo, incluindo responsabilidades e programas, tais como reparação, restituição, prestação de serviços comunitários, objetivando suprir as necessidades individuais e coletivas das partes e logrando a reintegração da vítima e do ofensor. De qualquer sorte, as práticas restaurativas estão dentro do contexto de efetividade do direito humano ao acesso à justiça, de forma que podem ser empregadas nas instituições que constituem a sociedade, como, por exemplo, nas escolas, nos centros comunitários, entre outros. Diferente das formas habituais de prevenção de conflitos, a encenação chega como uma proposta simples, emancipadora e eficiente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As questões sociais demandam uma profunda reflexão e ação frente as suas diferentes necessidades e, desta forma, evitar o acirramento delas é tarefa e desafio de todos os setores da sociedade envolvidos na construção da democracia como um valor humano de garantia universal de direitos humanos. Deste modo, defendeu-se uma nova interpretação do mundo contemporâneo a partir de um olhar multidisciplinar, em que o dinheiro e as informações, de vezes distorcidas e massificadas, são a base da evolução global, e que, ao mesmo tempo, evidencia o inverso, são condições de que muitos não dispõem.

Neste cenário, um dos desafios centrais foi demonstrar que a comunidade, por intermédio do poder local, possui condições reais de (re)estabelecer o compartilhamento de responsabilidade com o Estado, este caracterizado como agente capaz de impulsionar políticas públicas que atendam às necessidades de seus cidadãos, por meio de um espaço democrático, igualitário e de maior proximidade com a comunidade ao aplicar as práticas restaurativas como mecanismo de efetivação do acesso à justiça.

Desse modo, as relações sociais entre os indivíduos são marcadas pelos conflitos, visto que os seres humanos estão sempre em busca de interesses, expectativas e valores, o que, em inúmeras vezes, não se harmonizam com os interesses de seus iguais. E é justamente essa busca individualizada que faz desencadear o conflito; contudo, ele deve ser encarado como algo inerente a convivência humana, e não deve ser visto como algo negativo. Desta forma, mesmo sendo o conflito algo construtivo, deve ser pacificado quando ultrapassa os limites da sociabilidade, de maneira que ambas as partes não sejam classificadas como adversárias, o que pode levar a confrontos e violências, motivo pelo qual se faz de extrema importância a utilização das práticas restaurativas enquanto instrumentos eficazes para a sua pacificação.

Neste contexto de emancipação, acredita-se que o direito humano ao acesso à justiça, se trata de um dos instrumentos essenciais das sociedades de-

mocráticas e, por conta disso, dever ser encarado como um direito vital para o pleno exercício das garantias fundamentais e humanas dos cidadãos. E esse acesso, como visto durante o estudo, contempla os meios alternativos de pacificação de conflitos, que podem ocorrer inclusive na comunidade, pois nada se mostra mais interessante do que ter mecanismos capazes de pacificar os conflitos no local onde se nascem e afluam.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Rui. *Orações aos Moços*. Rio de Janeiro: Simões, 1947.

BIELSA, R. A; GRAÑA, E. R. El tiempo y el proceso. *Revista del Colegio de Abogados de La Olata*. La plata, 1994.

BRAITHWAITE, John. Entre proporcionalidade e a impunidade: confrontação verdade- prevenção. In: SLAKMON, Catherine. (Org.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília-DF: Ministério da Justiça, 2006, p. 389-410.

BRANDÃO, P. T.; MARTINS, D. R. Julgamento antecipado da lide, direito à prova e acesso à justiça. In: ROSA, Alexandre Moraes da (Org.). *Para um direito democrático: diálogos sobre paradoxos*. São José: Conceito, 2006, p. 9-23.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

_____. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 2002.

CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. *A democratização do Poder Judiciário*. Porto Alegre: Fabris, 1998.

CATTONI, Marcelo. *Poder constituinte e patriotismo constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COSTA, M. M. M.; PORTO, R. T. C. *Justiça restaurativa & Gênero: por uma humanização que desarticule a violência*. Curitiba: Multideia, 2014.

COSTA, M. M. M.; REIS, S. S. A educação como vínculo emancipatório para a construção e para o exercício da cidadania. In: GORCZEWSKI, Clovis (Org.). *Direitos humanos, educação e cidadania*. Porto Alegre: UFRGS, 2007, p. 89-106.

COSTA, M. M. M.; REIS, S. S. Espaço local: o espaço do cidadão e da cidadania. In: HERMANY, Ricardo. *Gestão local e políticas públicas*. Porto Alegre: IPR/Corag, 2010, p. 103-124.

COSTA, Marli Marlene Moraes da. Políticas públicas de prevenção a delinquência juvenil. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da (Org.). *Direito, Cidadania e Políticas Públicas*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2006, p. 12-30.

COSTELLO, B.; WACHTEL, J.; WACHTEL, T. *Círculos restaurativos nas escolas: Construindo um sentido de comunidade e melhorando o aprendizado*. Lima: International Institute for Restorative Practices, 2011.

CUSTÓDIO, A. V.; COSTA, M. M. M.; PORTO, R. T. C. P. *Justiça restaurativa e políticas públicas: uma análise a partir da teoria da proteção integral*. Curitiba: Multideia, 2010.

MATTOS, Fernando Pagani. *Acesso à justiça: um princípio em busca de efetivação*. Curitiba: Juruá, 2011.

MENEZES, Carlos Alberto. A prestação jurisdicional e a efetividade dos direitos declarados. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 1998.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PAROSKI, Mauro Vasni. *Direitos fundamentais e acesso à justiça na Constituição*. São Paulo: LTr, 2008.

PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PRANIS, Kay. *Processos Circulares*. São Paulo: Palas Athena, 2010.

SALM, J.; LEAL, J. S. *A Justiça Restaurativa: multidimensionalidade humana e seu convidado de honra*. Florianópolis: Revista Sequência, n. 64, 2012.

SANTANA, Luis F. Gordillo. *La justicia restaurativa y la mediación penal*. Madrid: Iustel, 2007.

SANTOS, B. S. et al. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português*. Porto: Afrontamento, 1996.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2003.

_____. *Sociología jurídica crítica: para un nuevo sentido común en el Derecho*. Madrid/España – Bogotá/Colômbia: Editorial Trotta / ILSA, 2010.

SCURO NETO, Pedro. *Manual de Sociologia Geral e Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Fundamentos políticos da mediação comunitária*. Ijuí: Ed. Unijui, 2012.

TORRES, Jasson Ayres. *O acesso à justiça e soluções alternativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ZEHR, H.; TOEWS, B. Maneiras de conhecer para uma visão restaurativa de mundo. In: SLAKMON, Catherine (Org.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília: Ministério da Justiça, 2006, p. 419-432.

ZEHR, Howard. Avaliação e princípios da Justiça Restaurativa. In: SLAKMON, Catherine (Org.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília: Ministério da Justiça, 2006, p. 411-418.

DESAFIOS DO SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL

Rodolfo Amaral¹

Palavras-chave: saneamento. Marco regulatório. Municípios.

A Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) decidiu adotar o Saneamento Básico como tema da Campanha da Fraternidade Ecumênica de 2016, iniciativa que dará destaque para uma discussão de relevante interesse público, mas que vem sendo tratada com uma visão parcial pelas autoridades constituídas.

A Lei Federal 11.445, de 5 de janeiro de 2007, introduziu em todo o país um novo marco regulatório para o saneamento básico e instituiu alguns princípios básicos para este setor, entre os quais é destacada a universalização do serviço.

A partir desta época, uma grande discussão nacional se formou em torno deste assunto, da mesma forma em que foram estabelecidos prazos legais para a implantação dos seus efeitos práticos em todos os Municípios brasileiros.

¹ Consultor financeiro e tributário, diretor da R Amaral & Associados e professor de MBA em Gestão Pública.

Inicialmente, foi estabelecido o período de três anos para que os Municípios implantassem seu Plano Municipal de Saneamento Básico, considerando, entre outros aspectos, o conceito amplo de saneamento básico, envolvendo abastecimento de água potável; esgotamento sanitário; limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos; assim como drenagem e manejo de águas pluviais urbanas.

A citada legislação foi regulamentada pelo Decreto Federal 7.217/2010 e a ela veio somar a Lei Federal 12.305/2010, que, por sua vez, instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos.

Não bastasse a barreira do volume de recursos necessários para oferecer à população condições dignas de saneamento básico – hoje estimado em mais de R\$ 500 bilhões –, há de se considerar que as desigualdades econômicas, estruturais e o próprio perfil de ocupação dos Municípios brasileiros contribuem para impedir o avanço de investimentos neste segmento de importância ímpar até mesmo para a saúde pública.

Nas localidades com maior nível de desenvolvimento urbano e elevada densidade demográfica, normalmente a prestação de serviços de saneamento é desenvolvida por companhias de economia mista de natureza estadual e algumas cidades de médio porte optaram inclusive pela execução da atividade com empresas de caráter municipal.

Ocorre que a maioria dos Municípios brasileiros – cerca de 70% – possui população de até 20 mil habitantes e neste cenário as chances de viabilizar o equilíbrio econômico-financeiro da exploração dos serviços de saneamento são bem mais complexas, notadamente se a ocupação populacional estiver dispersa em extensa área territorial.

Se considerarmos o perfil populacional de até 50 mil moradores – com o consequente potencial de oferta de 14.500 economias de água e de esgoto –, a representatividade destes Municípios no contexto nacional sobe para 88,5%, reforçando a tese de que é difícil equacionar a exploração econômica de serviços de saneamento básico no modelo de subsistência tarifária.

Não é à toa que cerca de 35 milhões de brasileiros ainda não têm acesso aos serviços de água tratada, e outros 100 milhões estão desprovidos do acesso à coleta de esgotos, de acordo com organismos que coletam estatísticas desta atividade.

No Estado de São Paulo – localidade com o maior nível de desenvolvimento do país –, 366 Municípios delegaram à Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (Sabesp) o direito de explorar os serviços de saneamento básico, enquanto outras 279 cidades não têm vínculos diretos com as atividades desenvolvidas por esta empresa de economia mista do Estado.

Há de se destacar, no entanto, que no universo operado pela Sabesp 242 Municípios (ou 66,12%) registram população de até 20 mil moradores e, se expandir tal contingente para 50 mil habitantes, o número de cidades vinculadas sobe para 295 (80,60%), revelando um cenário não muito distante da realidade nacional.

A necessidade de se compatibilizar a oferta de um serviço público essencial com a remuneração tarifária, portanto, é um complicador real para a atividade.

Ressalte-se, ainda, que os investimentos na oferta deste serviço precisam estar dimensionados à extensão territorial de cada localidade, fato que impõe a exigência do adensamento populacional e, neste aspecto, os Municípios de menor porte tendem a enfrentar maior dificuldade para alcançar o estágio de universalização concebido na própria Lei de Saneamento Básico.

O Município de Iguape, por exemplo, exhibe a maior extensão territorial verificada nas 645 cidades paulistas, com uma área de 1.977,95 km². Dispõe, porém, de uma população de apenas 30 mil moradores, cenário que lhe confere o registro de pouco mais de 10.600 economias de água, para uma extensão de rede da ordem de 160 km lineares e apenas 63 km de rede de esgotos.

Tais situações mencionadas demonstram que a obediência às legislações vigentes nem sempre é uma questão de vontade política de um adminis-

trador público e tanto isso é verdade que pouco mais de 50% dos Municípios brasileiros conseguiram instituir até agora o seu Plano de Saneamento Básico.

É verdade que a ocupação desordenada do território brasileiro causou transtornos de infraestrutura nas grandes e médias cidades e também nas regiões metropolitanas, assim como é fato que a adequação destas localidades exige enorme soma de investimentos nas mais diferentes atividades públicas.

Neste contexto, as políticas públicas voltadas para os Municípios de pequeno porte acabam ficando para segundo plano e aos poucos a ocupação das cidades com este perfil também vão ocorrendo sem o mínimo planejamento e com enormes carências estruturais, inclusive na oferta de serviços de saneamento.

A instituição de um marco regulatório para o desenvolvimento de serviços essenciais, portanto, requer adaptações legais vinculadas à realidade de cada localidade, sem que haja o prejuízo dos princípios básicos.

No caso do Saneamento Básico, há de se levar em consideração elementos adicionais ao conceito atual de concessão de exploração destes serviços, admitindo-se, por exemplo, a atuação simultânea de mais de uma concessionária por Município ou região, de modo que seja inclusive ampliado o potencial de investimentos.

A tendência natural de investimentos de uma concessionária de serviços de saneamento é privilegiar a expansão das redes de água e esgoto nos bairros mais adensados de determinado Município, diante da vinculação do negócio ao retorno tarifário.

Essa lógica difere do interesse público e ainda impede que o território da cidade esteja dotado de capacidade estrutural para receber novas moradias em locais pouco adensados e isso é amplamente perceptível em Municípios do interior.

Os levantamentos mais recentes do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (Snis), referentes a 2014, indicaram que a atividade de saneamento movimentou cerca de R\$ 99,7 bilhões anuais, subdividido em R\$ 45,1 bilhões de receitas operacionais; R\$ 42,4 bilhões de despesas operacionais;

e mais R\$ 12,2 bilhões de investimentos; contudo, esse cenário não foi capaz de evoluir a contento no limitado universo de 70,9% de coleta de esgotos, com um índice de tratamento de apenas 40,8%.

Ressalte-se, ainda, que para um total de 53.784.040 economias ativas de água registradas no país existem somente 31.419.324 economias ativas de esgotos, ou 58,42%, o que resulta em dizer que há um enorme desafio para equacionar o equilíbrio desses dois serviços essenciais à política de saneamento.

Somam-se a tais indicadores setoriais o registro médio de 36,7% de perdas de água no processo de distribuição e um nível de consumo *per capita* de água de 165,3 litros/habitante/dia, fatores que surgem como outros dois grandes desafios diante das carências de recursos para investimentos e de natureza hídrica.

Os cenários narrados, portanto, demonstram que o Estado brasileiro precisa avançar no debate sobre a oferta de saneamento básico envolvendo uma intervenção direta de recursos orçamentários dos Entes federativos, de forma mais expressiva, pois a política de exploração deste serviço sob a ótica tarifária jamais irá alcançar os universos mais carentes, permitindo um real controle da saúde pública.

E, neste aspecto, é extremamente salutar que o debate alcance o universo das igrejas e estimule a mobilização popular em busca de novos caminhos.

GESTOR PÚBLICO PODE SER RESPONSABILIZADO NA AQUISIÇÃO DE LUMINÁRIAS PARA ILUMINAÇÃO PÚBLICA QUE NÃO ATENDAM ÀS NORMAS DA ABNT

Alfredo Gioielli¹

O instituto da licitação, como procedimento prévio aos contratos administrativos, foi regulado pela Lei 8.666/1993, em consonância com os postulados fundamentais da nova dimensão da cidadania, visando a permitir o mais amplo controle da sociedade sobre os atos da administração 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 – COSIP. Atuou 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)

É certo afirmar, portanto, que entre a vontade de contratar do Ente público – ou aquele que se obriga por dever legal – e o contrato, a Constituição Federal impõe, como regra, o dever de licitar, de acordo com o art. 37, inc. XXI. Tal inciso impõe que o edital da licitação deve estabelecer “*in verbis*” igualdade de condições a todos os concorrentes, fixando diretrizes legais para o proponente cumprir exatamente quando ocorrer sua efetiva contratação.

Tal previsão, por óbvio, é garantidora de que a transparência exigida no certame seja secundada por exigências técnicas que possibilitem uma competição, além de ética e isonômica, extremamente atraente em termos de diversidade de propostas.

Importa destacar que o poder público, por força do **art.1º da Lei 4.150, de 21 de novembro de 1962 (que dispõe do regime obrigatório de observância das normas técnicas nos contratos e compras do serviço público)**, está obrigado a fixar nos editais de **compras de materiais e serviços** a exigência e a aplicação dos requisitos mínimos de **qualidade, utilidade, resistência e segurança**, usualmente expressos em forma de requisitos normativos, inseridos no que conhecemos como “**normas técnicas**” expedidas pela **Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT)**.

Ocorre, porém, que com total afronta ao princípio da legalidade, boa parte das administrações municipais não mencionam em seus editais o regime obrigatório das normas da ABNT para aquisição de luminárias voltadas à iluminação pública. O instrumento convocatório que norteia a licitação, por dever e previsão legal, deve fixar as normas que devem ser observadas para execução do objeto a ser contratado, sob pena de caracterizar vício insanável no processo licitatório.

Com efeito, a lei de licitações e a Lei 4.150/1962 definem, em conjunto, quais são os critérios técnicos de segurança que devem ser obrigatoriamente exigidos em procedimentos licitatórios, retirando tal avaliação, pois, da esfera de decisão do administrador público. O poder discricionário atribuído ao administrador apenas a capacidade de delimitar o objeto licitado, que, uma vez

definido, será harmonizado com as regras legais que propiciam a segurança e a qualidade necessárias ao cumprimento do futuro contrato, questão já pacificada pelo Tribunal de Contas da União no Acórdão 1.338/2006, plenário 2/08/2006.

O princípio da legalidade é sem sombra de dúvida um alicerce do Estado Democrático de Direito. A vontade do governante não mais decorre de meros caprichos, e sim da lei. A atuação da autoridade estatal está vinculada à lei e a ela se subordina, evitando-se, dessa forma, possíveis arbitrariedades contra a população.

Em decorrência do princípio da **legalidade** e da **impessoalidade**, a administração pública deve servir a todos, sem preferências ou aversões pessoais ou partidárias, não podendo atuar com vistas a beneficiar ou prejudicar determinadas pessoas, uma vez que o fundamento para o exercício de sua função é sempre o interesse público e não o individual.

Destarte que não há qualquer possibilidade de discricionariedade do agente público em fazer ou não fazer, fazer mais ou fazer menos do que a lei determina, já que seus atos estão vinculados à obediência da lei, **sob pena de responsabilidade funcional**, com o integral ressarcimento do dano causado ao erário, nos termos do art. 5º da Lei 8.429/1992, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos por ação ou omissão, dolosa ou culposa, sem prejuízo de outras providências.

Nesse passo, em se tratando de aquisição de luminárias para iluminação pública, independente do modelo convencional com lâmpadas de descarga (vapor de sódio, vapor metálico e outras) ou com tecnologia LED, o edital deve fixar o pleno atendimento a **NBR 15129:2012(Luminárias para iluminação pública – requisitos particulares)**, bem como exigir apresentação de ensaios de segurança realizados em laboratórios oficiais acreditados pelo INMETRO nos termos da **ABNT NBR IEC 60598-1:2010 (Requisitos gerais para ensaios)**, posto que o art. 1º da Lei 4.150/1962 é taxativo ao determinar a observância da aplicação dos requisitos mínimos de qualidade, resistência, utilidade e segurança previstos nas normas da ABNT.

Referidos ensaios expedidos por laboratório oficiais acreditados pelo INMETRO garantirão ao poder público o pleno funcionamento da luminária, demonstrando o atendimento às características mecânicas, elétrico-ópticas, fotométricas, térmicas, resistência ao meio e de durabilidade, entre outros quesitos.

Tal omissão no edital compromete a qualidade, a durabilidade e a segurança dos equipamentos, bem como acarreta lesão do dinheiro público, fazendo com que a administração venha adquirir produtos que não atendam à norma, comprometendo a vida útil do equipamento e aumentando o custo com manutenção, já que referido equipamento certamente apresentará problemas.

Dessa forma, a Norma Brasileira que estabelece os requisitos particulares para luminárias aplicadas na Iluminação pública é a **NBR 15129:2012**, com aplicação obrigatória da **NBR IEC 60598-1**, que determina a realização de ensaios para atendimento desempenho, durabilidade e segurança, bem como os critérios de avaliação, e as tolerâncias admitidas. A administração pública não pode negar vigência do **art.1º da Lei 4.150/1962**, que obriga a observância das normas técnicas para aquisição de equipamentos, visando à prestação de um serviço público essencial à população. Compete à Municipalidade incluir as definições das normas no ato convocatório, com o fito de facilitar a compreensão, pelos interessados, do teor das disposições editalícias, especialmente quanto à caracterização dos produtos que pretendem ser adquiridos.

O agente público, ao escolher uma nova tecnologia a ser aplicada no parque de Iluminação, deve no mínimo se apoiar em um **projeto luminotécnico** para fazer a sua melhor escolha – **o que não se vislumbra em grande parte dos editais**. O projeto luminotécnico deve ter por base a NBR 5101 – Iluminação Pública, norma esta que define os índices mínimos de iluminância, luminância e uniformidades mantidas ao longo do tempo, a fim de garantir a segurança no tráfego de pedestres e veículos. Inexistindo projeto luminotécnico, deve o gestor público a obediência à norma de regência dos equipamentos, no que toca a eficiência energética, desempenho, durabilidade e segurança, bem como as tolerâncias e aterramento.

Nesse caso em particular, aquele que adquire equipamento inobservando sobreditas normas assume para si o risco que essa opção poderá causar – **lesão ao erário ou risco à segurança da população** –, concorrendo de alguma forma para o evento culposo, cabendo a qualquer cidadão provocar a autoridade administrativa no sentido de se instaurar a investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade, nos termos do parágrafo 3º do art. 14 da Lei 8.429/1992.

Igualmente, é vedado ao fornecedor de produtos e serviços colocar no mercado de consumo qualquer produto em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes, em especial a ABNT, consoante previsão do inc.VIII do art.39 da Lei 8.078/1990.

Foi justamente para evitar a concorrência desleal – *fabricação de produtos que atendem a norma x produtos que não atendem a norma* – que foi editada a **Lei 8.884, de 11 de junho de 1994**, alterada pela **Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. No caso em apreço, a regra que se aplica, caso não seja exigida a exibição dos referidos ensaios, é a do **inc.I do art. 36**, que classifica como infração contra ordem econômica independentemente de culpa os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir a limitação ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa.

É muito comum inúmeros fabricantes de luminárias voltadas para iluminação pública – em especial com a tecnologia LED – ostentarem em seus catálogos as mais diversas especificações de seu equipamento, com indicação de grau de proteção, fluxo luminoso, vida útil da luminária, fator de potência, temperatura de cor e eficiência do equipamento. Porém, quando referidos equipamentos são submetidos à análise em laboratórios oficiais acreditados pelo Inmetro, a comprovação, em muitos casos, diverge totalmente da informação classificada no catálogo. Não raro também se encontram nos catálogos e sites na internet, informações técnicas incorretas no que diz respeito a unidades e

grandezas e formas de avaliação, o que pode ser indício de indução ao erro por parte do consumidor, podendo gerar responsabilidade no âmbito civil e criminal aos fabricantes.

Sem prejuízo da aplicação do art. 299 do Código Penal, o art. 66 da Lei 8.078/1990 é taxativo sobre a necessária informação de natureza do produto, característica, qualidade, segurança, desempenho e durabilidade do equipamento, fixando na redação a pena de detenção de três meses a um ano e multa quando o fabricante presta afirmação falsa ou enganosa, ou omite informações relevantes sobre o produto, como desempenho e durabilidade, o que deve ser aferido em conformidade com as normas da ABNT, no caso da luminária, a NBR 15129/2012.

A administração pública está obrigada a exigir nos editais o pleno atendimento às normas da ABNT na aquisição de luminárias para iluminação pública, inclusive as de tecnologia LED, uma vez que na sua competência vinculada, o gestor público não tem a escolha da decisão para chegar ao resultado, nem do momento a ser praticado o ato, visto que a norma não concede esta margem de possibilidade. É por essa razão que, conforme o art. 7º, § 2º, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, o projeto básico é exigido, dentre outros detalhamentos do que vai ser adquirido pelo poder público, sob pena de a aquisição de produtos ou serviços ficar comprometida com a qualidade e durabilidade dos equipamentos.

Nas palavras do **CONSELHEIRO ANTÔNIO ROQUE CITA-DINI**, atualmente presidente do **EGRÉGIO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO**, o projeto executivo é “o detalhamento pormenorizado e completo do projeto básico licitado, e estabelece como novidade a obediência às normas da **ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas**”.

A respeito do tema, a prefeitura municipal de Bento Gonçalves realizou em 18 de novembro de 2013 Pregão Presencial 99/2013 – Registro de Preços 61/2013 –, por meio do qual pretendia adquirir luminárias com tecnologia LED para iluminação pública, visando aplicar em ruas e avenidas da municipa-

lidade. Porém, deixou de inserir no instrumento convocatório o regime obrigatório das normas a serem observadas na aquisição dos equipamentos. Tão logo ocorreu a adjudicação dos vencedores, a municipalidade foi provocada a manifestar o motivo que levou a violação do art. 1º da Lei 4.150/1962, bem como porque deixou de exigir no edital o atendimento às normas previstas pela ABNT NBR 15129:2012, com apresentação de ensaios de segurança previstos na ABNT NBR IEC 60598-1: 2010.

Percebendo o vício insanável produzido no Edital, a questão foi submetida à Assessoria Jurídica da Municipalidade, que emitiu o parecer determinando a imediata revogação do processo licitatório nos termos do art. 49 da Lei 8.666/1993, destacando na motivação que:

a licitação obedeceu aos ditames legais, sendo observadas as exigências contidas nas Leis 8.666/93 e 10.520/02, no tocante à modalidade e ao procedimento. No entanto, constatou-se que não foram solicitadas as normas previstas pela ABNT NBR 15129:2012 (Luminárias para iluminação pública – requisitos particulares) com apresentação de ensaios de segurança previstos na ABNT NBR IEC 60598-1:2010 (Requisitos gerais para ensaios).

A Assessoria Jurídica da prefeitura ainda foi mais além e fixou no parecer: “no caso em tela, a continuação do procedimento tornou-se inconveniente para a Administração, já que não foram solicitados os ensaios necessários, o que autoriza a mesma a revogar o certame, amparada nas disposições legais”.

Em outro caso, a prefeitura municipal da Estância Balneária de Peruíbe, em 8 de janeiro de 2014, pretendeu realizar licitação na modalidade Pregão Presencial 0049/2013 – Processo Administrativo 11594/2013 –, visando à aquisição de braços ornamentais simples com luminárias de LEDs, com fornecimento de materiais e mão de obra. Nesse caso, também deixou de exigir no edital as normas ABNT que deveriam ser obedecidas, tanto para execução dos serviços de instalação elétrica de baixa tensão, bem como no tocante à norma de seguran-

ça e qualidade para as características elétricas, mecânicas e ópticas para aquisição das luminárias a LED. Também não foi exigida a apresentação de ensaios.

O instrumento convocatório foi devidamente impugnado e sobreveio a decisão em forma de parecer do secretário de Assuntos Jurídicos do Município de Peruíbe, opinando pela revogação do edital em 6 de janeiro de 2014, com fundamento no art. 49 da Lei 8.666/1993, observando que:

Da mesma forma se dá com relação à exigência de realização de ensaios em laboratórios, inclusive os acreditados pelo INMETRO, pois que tais testes referendariam a adequação do produto as normas técnicas e, inclusive, o atendimento integral da legislação pátria. Inobstante ao ventilado, que já expressa a obrigatoriedade de o licitante cumprir as normas técnicas da ABNT e a realização de ensaios junto ao INMETRO, penso que há importância na indicação expressa de tais normas e requisitos no edital. Deveras, pondero que se faz necessário aclarar a obrigatoriedade de cumprimento das específicas normas técnicas e, se o caso, dos ensaios laboratoriais que versem sobre o assunto, de sorte que tais expressamente constem do corpo do edital ou seus anexos.

Conclui-se, portanto, que é inadmissível, temerária e ilegal a realização de procedimento licitatório para aquisição de luminária para iluminação pública, tanto as luminárias convencionais com lâmpadas de descarga, como as de tecnologia LED, que não contenham no corpo dos instrumentos convocatórios o regime obrigatório de observância às normas de segurança e qualidade ABNT NBR 15129/2012 com a exigência de exibição de ensaios previstos pela ABNT NBR IEC 60598-1: 2010 emitidos por laboratórios oficiais acreditados pelo Inmetro. Isso porque a ausência desses dispositivos normativos acarretam em impropriedade que maculam os pressupostos de validade do processo licitatório, configurando vícios de origem que impõem a necessidade de desfazimento do certame por vício de ilegalidade, nos termos do art. 49 da Lei de Licitações e Contratos.

A COMPETÊNCIA E A LEGALIDADE DE NOTIFICAÇÃO DE LANÇAMENTO NAS FISCALIZAÇÕES DO IMPOSTO TERRITORIAL RURAL (ITR) PELOS MUNICÍPIOS

Wesley Rocha¹

RESUMO: O Imposto Territorial Rural (ITR), de competência da União, possui hoje 100% de sua arrecadação para os Municípios que assim optarem realizar o convênio com a Receita Federal. As normas que permitiram essa conquista aos Entes municipais foram criadas somente de 2003 em diante.² Porém, apenas em meados de 2013, mais precisamente em julho do corrente ano, é que foi permitida a operacionalização nas ferramentas da Receita Federal e inicialização das fiscalizações.

¹ Advogado da Confederação Nacional de Municípios e especialista em planejamento tributário pela Universidade de Brasília (UnB).

² Antes desse período, a Receita iniciou o projeto-piloto de fiscalizações por meio da Resolução do CGITR 3, de 1^a de março de 2012.

Após um longo período, os Entes locais puderam, enfim, iniciar os procedimentos para verificar os contribuintes de um dos impostos que era, ou ainda é, considerado um dos mais sonegados do Brasil. Porém, como a competência era da União, é natural surgirem dúvidas e obstáculos na tentativa de verificar a malha desse imposto e seus procedimentos.

Assim, sobre a formalização de envio do auto de lançamento do crédito fiscal, nas fiscalizações do ITR de contribuintes inadimplentes, surgiram alguns questionamentos nos procedimentos como: *i*) possibilidade de envio da notificação de lançamento por secretário de Fazenda ou de Finanças; *ii*) envio da notificação de lançamento por agente fiscal tributário ou de tributos.

Após discussões no âmbito das administrações municipais, bem como de esclarecimentos no âmbito da Receita Federal, pretende-se tornar amplo e transparente o tema, a fim de constar o adequado procedimento e evitar possíveis nulidades ou vícios nos processos administrativos fiscais dos Municípios brasileiros.

Palavras-chave: ITR. Fiscalização. Municípios. Notificação. Lançamento.

1. Da competência referente ao ITR

A competência para fiscalizar, apurar e cobrar o Imposto Sobre a Propriedade Rural (ITR) é da União, por meio da Receita Federal e da Procuradoria da Fazenda Nacional, conforme prescreve o art. 153, inc. V, da Constituição Federal.³ Por outro lado, a Constituição de 1988, na tentativa de descentralizar a arrecadação nacional, determinou que 50% da receita desse imposto pertencessem aos Municípios, no âmbito de suas localidades e territorialidades.

Após algumas intervenções dos atores políticos, os Municípios, por meio de entidades Municipalistas, em especial a Confederação Nacional de Mu-

³ O ITR está disciplinado pela Lei 9.393/1996 e regulamentado pelo Decreto 4.382/2002. Ver também a Resolução CGITR 1, de 13 de maio de 2008, que aprovou o regimento interno do Comitê Gestor do ITR.

nicípios (CNM), após diversas tratativas com a União Federal, em mais uma conquista aos Municípios brasileiros, em 2003, obtiveram a arrecadação total desse imposto, e 100% desta receita foi repassada aos Municípios, desde que estes firmassem convênios com a União, por meio da Receita Federal do Brasil (RFB)– Lei 11.250/2005, que regulamentou o art. 153, parágrafo 4º, inc.III, da CF/1988. Importante deixar claro que a competência para legislar sobre a matéria ainda pertence à União Federal.

Porém, para fiscalizar e atuar nos procedimentos administrativos de cobrança do imposto, o Município deve licenciar um fiscal habilitado nos quadros da prefeitura para viabilizar sua atuação.

O fiscal, devidamente certificado pela Secretaria da Receita Federal e com o treinamento realizado pela Escola Superior da Administração Fazendária (Esaf),⁴ tem a responsabilidade de atuar nas ferramentas da Receita e fiscalizar as operações oriundas deste tributo, realizando os procedimentos para cobrança administrativa, caso o contribuinte não tenha recolhido os valores devidos do ITR.

Portanto, é necessário que o Município tenha um agente fiscal para viabilizar o convênio a ser firmado, diante das imposições, conforme determina a Instrução Normativa da Receita 884/2008,⁵ e conforme orientação da CNM, por meio da Nota Técnica 16/2014, disponível no Portal da entidade (www.cnm.org.br), na área técnica de finanças.

2. Da notificação do lançamento

Inicialmente, cabe conceituar o lançamento. Essa figura representa o momento da exigibilidade da relação jurídico-tributária e encontra amparo no art. 142 do Código tributário Nacional (CTN), assim transcrito:

4 O treinamento realizado pela Esaf, e patrocinado pela Receita Federal, se iniciou no segundo semestre de 2013, e periodicamente é lançado o curso por meio de EAD (ensino a distância).

5 O art.5º inc. III, da referida Instrução, dispõe o seguinte: “ao Município que optar pelo convênio com a RFB, deverá possuir quadro de carreira de servidores com atribuição de lançamento de créditos tributários”.

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Segundo a doutrina,

O lançamento confere exigibilidade à obrigação tributária, quantificando (aferição do quantum debatur) e qualificando-a (identificação do na debeat). Em outras palavras, esta, sendo ilíquida e inexigível, carece dos atributos de certeza e liquidez, que se dão pela atuação do Fisco, por meio do lançamento.⁶

Veja-se que o Código Tributário Nacional, recepcionado como Lei Complementar pela Constituição de 1988, não definiu quem seria a autoridade administrativa, possibilitando às legislações locais definir suas autoridades competentes, desde que respeitadas a legislação nacional e a própria Constituição Federal.

Com isso, pode-se interpretar o seguinte: a autoridade competente mencionada pelo Código, no âmbito da administração municipal, é o agente/auditor fiscal ou pessoa investida legalmente no cargo, podendo vir a ter denominação equivalente, desde que possua atribuição legal para realizar o lançamento e a constituição do crédito tributário.

Portanto, é do fiscal/auditor municipal a competência para identificar nas ferramentas da Receita Federal os elementos necessários para formar o PAF, verificando, assim, o fato gerador e o montante devido, para determinar a exigência da obrigação tributária e sua matéria tributável, confeccionar a notificação de lançamento, lavrando-se o auto de infração, e checar todas essas ocorrências necessárias para as fiscalizações, sob pena até de nulidade do auto de infração, por possíveis vícios nos procedimentos administrativos.⁷

Por outro lado, a notificação do lançamento tem o condão de dar eficácia ao lançamento, ou seja, o procedimento de envio da notificação perfectibiliza todos esses atos anteriores pré-constituídos pelo agente fiscal (auditor). Nesse sentido, Leandro Paulsen explica que:

A notificação do lançamento ao sujeito passivo é condição para que o lançamento tenha eficácia. Trata-se de providência que aperfeiçoa o lançamento, demarcando, pois, a formalização do crédito pelo Fisco. O crédito devidamente notificado passa a ser exigível do contribuinte. Com a notificação, o contribuinte é instado a pagar e, se não o fizer nem apresentar impugnação, poderá sujeitar-se à execução compulsória através de execução fiscal. Ademais, após a notificação, o contribuinte não mais terá direito a certidão negativa de débitos. A notificação está para o lançamento como a publicação está para a Lei, sendo que para esta o Min. Ilmar Galvão, no RE 222.241/CE, ressalta que “Com a publicação fixa-se a existência da lei e identifica a sua vigência [...]”.⁸

Com esse entendimento, o STJ já se manifestou, em decisão proferida pela Primeira Turma, e dada a importância do tema transcreve-se a ementa abaixo:

⁷ Ver art. 24 do Decreto 70.235, de 1972.

⁸ PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário e Código tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*. 11ª Ed. Livraria do Advogado, notas ao art.142 do CTN.

EMENTA. “PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO SUCESSOR INVENTARIANTE. ESPÓLIO. AUSÊNCIA **DE NOTIFICAÇÃO**. VIOLAÇÃO À AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. VÍCIO NO PRÓPRIO **LANÇAMENTO**. SUBSTITUIÇÃO DA CDA. IMPOSSIBILIDADE. IMPOSTO **DE RENDA PESSOA FÍSICA**. DÉBITO NÃO-DECLARADO. **LANÇAMENTO SUPLEMENTAR**.”

1. A ampla defesa e o contraditório, corolários do devido processo legal, postulados com sede constitucional, são **de** observância obrigatória tanto no que pertine aos “acusados em geral” quanto aos “litigantes”, seja em processo judicial, seja em procedimento administrativo.

2. Insere-se nas garantias da ampla defesa e do contraditório a **notificação** do contribuinte do ato **de lançamento** que a ele respeita.

A sua ausência implica a nulidade do **lançamento** e da Execução Fiscal nele fundada.

3. **A notificação do lançamento do crédito tributário constitui condição de eficácia do ato administrativo tributário, mercê de figurar como pressuposto de procedibilidade de sua exigibilidade.**

(Precedentes: AgRg no Ag 922099/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJ. 19/06/2008; REsp 923805/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, DJ. 30/06/2008).

4. É que segundo doutrina abalizada:

“**A notificação ao sujeito passivo é condição para que o lançamento tenha eficácia. Trata-se de providência que aperfeiçoa o lançamento, demarcando, pois, a formalização do crédito pelo Fisco. O crédito devidamente notificado passa a ser exigível do contribuinte. Com a notificação, o contribuinte é instado a pagar e, se não o fizer nem apresentar impugnação, poderá sujeitar-se à execução compulsória através de Execução Fiscal. Ademais, após a notificação, o contribuinte não mais terá direito a certidão negativa de débitos. A notificação está para o lançamento como a publi-**

cação está para a lei, sendo que para o Min. Ilmar Galvão, no RE 222.241/CE, ressalta que “Com a publicação fixa-se a existência da lei e identifica-se a sua vigência [...]”. (PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário*. 11ª ed., 2009, p.1.010)
O juízo **de** primeira instância consignou que: “Tendo o óbito ocorrido antes da inscrição da dívida ativa, a formação do título não se fez adequadamente (por não ter o **lançamento** sido notificado a quem **de** direito, ou por não ter sido a inscrição precedida da defesa por quem tivesse legitimidade para este fim). O defeito é do próprio título, e não processual, e não pode ser sanado senão mediante a renovação do processo administrativo tributário (fl. 16). (Grifo nosso). [...]” (STJ, REsp 1073494 / RJ, T1– Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 29/9/2010).

Assim, o lançamento pode ser considerado, diante da sistemática do art. 142, do CTN, um ato administrativo realizado por meio do procedimento administrativo (rito), permeando um conjunto de atos coordenados que visam a dar uma decisão administrativa,⁹ realizando, assim, o desfecho do processo administrativo, que nesse caso é o chamado PAF, que constituiu o crédito fiscal.

Porém, os agentes fiscais municipais e as autoridades administrativas municipais devem lembrar que se trata de um tributo de esfera federal (ITR), ou seja, por mais que exista um convênio possibilitando a fiscalização e a arrecadação para o Ente municipal, a competência tributária ainda permanecesse da União, sendo esta indelegável. A permissão que os Municípios possuem, descrito pelo art. 7º do CTN, e do próprio convênio firmado, é de: arrecadar, fiscalizar e executar atos ou decisões administrativas em matéria tributária, conferida a esta pessoa jurídica de direito público (Município).

⁹ Segundo Carvalho Filho, procedimento administrativo é a sequência de atividades da administração, interligadas entre si, que visa a alcançar determinado feito final previsto em lei. Trata-se, pois, de atividade contínua, não instantânea, em que os atos e as operações se colocam em ordenada sucessão com a proposta de chegar-se a um fim predeterminado. CARVALHO Filho, José dos Santos, in *Manual de direito administrativo*, 24ª Ed. Editora Lumin Juris, 2010, p. 139.

De outra maneira, o recolhimento do ITR é realizado de forma declaratória. Nesse sentido, é dever do contribuinte informar *o quantum* a ser recolhido,¹⁰ ficando condicionado tão somente à homologação pela autoridade administrativa.¹¹

Posta estas considerações, indaga-se: quem possui a competência para enviar a notificação ao contribuinte, o fiscal municipal ou o secretário da Estrutura Administrativa Tributária, ou até mesmo servidor investido no cargo de chefia com competência para o referido procedimento?

A fim de aclarar eventual dúvida sobre quem deve enviar a notificação do lançamento, devemos fazer a interpretação sistemática da legislação em vigor.

Sendo um tributo da esfera federal, devem ser observados os requisitos e as normas federais aplicadas ao caso, ao passo que não iremos adentrar no mérito das legislações locais sobre os processos administrativo-fiscais no âmbito das administrações municipais. Além das Leis Federais já citadas que regulamentam o ITR, devemos observar as normas sobre os processos administrativos fiscais da União.

Portanto, o art. 11, do Decreto 70.235/1972, que regula o processo administrativo fiscal na esfera federal, dispõe o seguinte:

Art. 11. A notificação de lançamento será expedida pelo órgão que administra o tributo e conterà obrigatoriamente:

I – a qualificação do notificado;

II – o valor do crédito tributário e o prazo para recolhimento ou impugnação;

¹⁰ Assim dispõe o art. 8º da Lei 9.393/1996: “O contribuinte do ITR entregará, obrigatoriamente, em cada ano, o Documento de Informação e Apuração do ITR – DIAT, correspondente a cada imóvel, observadas data e condições fixadas pela Secretaria da Receita Federal. § 1º O contribuinte declarará, no DIAT, o Valor da Terra Nua – VTN correspondente ao imóvel. 2º O VTN refletirá o preço de mercado de terras, apurado em 1º de janeiro do ano a que se referir o DIAT, e será considerado auto-avaliação da terra nua a preço de mercado”.

¹¹ Segundo Eduardo Sabbag, “na sistemática de lançamento do IR, o contribuinte informa os rendimentos e as fontes pagadoras (matéria de fato) e as enquadra como “isentas”, “tributáveis” ou “sujeitas à tributação exclusiva” (matéria de direito). Igualmente, o contribuinte discrimina despesas (matéria de fato) e as afere como “dedutíveis” ou “não dedutíveis (matéria de direito)”. Sabbag, In: Manual de Direito Tributário, 6ª ed. São Paulo/ SP: Editora Saraiva, , 2014, p. 809.

- III – a disposição legal infringida, se for o caso;
- IV – a assinatura do chefe do órgão expedidor ou de outro servidor autorizado e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula (Grifos nossos).

Fica claro deste dispositivo que o lançamento será expedido pelo órgão que administra o tributo na estrutura administrativa municipal.¹² É deste Órgão a **responsabilidade para efetivar o envio do lançamento do crédito fiscal.** É importante lembrar que é a Lei local que regulamenta e determina sua competência (órgão local). Inobstante, e não raras vezes, são os próprios secretários de Finanças ou de Receita que comandam o órgão que gerencia ou “cuida” do tributo. Nesse sentido, cabe averiguar na legislação local (Lei, Decreto, Portaria) e na estrutura administrativa, quem está incumbido para gerir o tributo.¹³ Isso porque pode existir delegação nas funções administrativas para outra pessoa do Ente público como, por exemplo, o diretor de tributos ou de arrecadação, diretor ou responsável pelo setor de Finanças ou Receita, dentre outra nomenclatura ou cargo que possa existir no Município.¹⁴

Ratificando esse entendimento, o Comitê Gestor do ITR (CGITR), em reunião ocorrida no dia 27 de agosto de 2014, se manifestou no sentido de dar clareza a esse dispositivo e confirmou o entendimento aqui explanado.

Portanto, deve o órgão competente pelo lançamento, por meio do chefe do órgão expedidor administrativo tributário (considerado também na estrutura municipalista como Receita, Finanças, Tributos, ou cargo equivalente), forma-

12 Nesse contexto, Celso Antônio Bandeira de Mello trabalha com a teoria do órgão público – e tem como seu precursor o jurista alemão Otto Gierke – segundo a qual a vontade da pessoa jurídica deve ser atribuída aos órgãos que a compõe, sendo eles mesmos, os órgãos, compostos de agentes (MELLO, In: Apontamentos sobre os Agentes e órgãos Públicos, p. 62-66). Para José dos Santos Carvalho Filho, o conceito de órgão público significa “o compartimento na estrutura estatal a que são cometidas funções determinadas, sendo integrado por agentes que, quando as executam, manifestam a própria vontade do Estado”. CARVALHO, Op. Cit., p.14.

13 Nesse sentido, a Súmula 1 do 3º CC: “É nula, por vício formal, a notificação do lançamento que não contenha a identificação da autoridade que a expediu” DOU, Seção 1, dos dias 11, 12 e 13 de dezembro de 2006.

14 Sempre que for delegada a competência para que algum servidor possa administrar o tributo, deve ser citada a legislação local (Lei, Decreto ou Portaria), que determinou as atribuições desse servidor ao cargo que exercer.

lizar e enviar o lançamento ao contribuinte inadimplente com o ITR, contendo obrigatoriamente a assinatura deste, com a descrição do seu cargo de chefia.

Assim, por mais que exista a realização do procedimento por meio do fiscal municipal, deve haver a formalização e conter a assinatura do chefe do órgão administrativo responsável pelo tributo.

Nesse sentido, cabe também aos servidores locais verificar a legislação nacional e a local no âmbito das fiscalizações.

3. CONCLUSÃO

A teor do disposto no artigo proposto, conclui-se que o envio da notificação é a perfectibilização do auto de lançamento e dos procedimentos administrativos fiscais.

O envio da notificação do lançamento deve ser feito pelo órgão que administra o tributo, por meio do chefe do órgão expedidor ou de outro servidor devidamente autorizado por Legislação local, indicando seu cargo e função, contendo obrigatoriamente a assinatura de quem a expediu, o fiscal (deve sempre ser citada a legislação local – normalmente por portaria – que delegou a competência no ato enviado ao contribuinte).

Para o envio da notificação, como já dito, não raras vezes esse chefe do Órgão se “personifica” na figura do secretário municipal de Finanças/Receita/Tributos ou o cargo equivalente a essa nomenclatura. Por vezes, o chefe do setor se condiciona a algum servidor devidamente investido no cargo e com poderes para perfectibilizar o disposto no art. 11 (diretor, chefe de divisão tributária etc.), combinado com o inc. IV, do Decreto Federal 70.235/1972. Essa análise deve ser feita na lei Local do Ente municipal, a fim de evitar futuras nulidades no lançamento do crédito.

O fato de o lançamento ser expedido pelo órgão que administra o tributo, por meio do chefe do órgão expedidor, **não exclui nem desobriga o Município** de ter de manter em seus quadros administrativos o agente fiscal (audi-

tor). O motivo não é apenas porque o convênio com a Receita impõe isso para trabalhar em suas ferramentas, mas porque também é dele a competência para lançar e constituir crédito fiscal, averiguando, constando e trabalhando com todos os elementos do Processo Administrativo Fiscal.

A norma impositiva deve ser interpretada de forma sistemática, uma vez o ITR é de competência legislativa e tributária da União, e que deve ser respeitada a autonomia das pessoas jurídicas públicas envolvidas no convênio, ao qual cabe ao Municípios as funções de fiscalizar, lançar e arrecadar.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo/SP: Editora Saraiva, 1998.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988.

_____. Código Tributário Nacional. Lei 5.172, de 1966.

_____. *Decreto 4.382, de 2002*, que regulamenta o ITR.

_____. *Decreto 70.235, de 1972*, processo administrativo Federal.

_____. *Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal 884/2008*.

_____. *Lei Ordinária Lei 9.393, de 1996*, que institui o ITR.

_____. *Resolução CGITR 3, de 1ª de março de 2012*.

VEDANA, Celso. *Federalismo: Autonomia Tributária Formal dos Municípios*. Florianópolis: Habitus, 2002.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 30ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

Nota Técnica 16/2014, da área de Finanças da Confederação Nacional de Municípios, Disponível em: <http://www.cnm.org.br/portal/images/stories/Links/11072014_NT_16_ADESO_ITR.pdf>. Acesso em: 11 de mar. de 2016.

PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário. Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*. 11ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda., 2009.

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

O CONTROLE SOCIAL DA GESTÃO PÚBLICA MUNICIPAL NA HOMOLOGAÇÃO: A POSSIBILIDADE DE REVISÃO DE TODAS AS FASES DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

Ricardo Hermany¹

Luiz Felipe Nunes²

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O direito administrativo brasileiro deve ser compreendido a partir de um conjunto de atos voltados a garantia da sociedade e, no caso específico da

1 Doutor em Direito pela Unisinos, pós-Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa – com bolsa CNPq. Professor permanente do PPGD – Unisc. Professor da Graduação da Unisc da Fema. Consultor ad hoc da CNM. Advogado. E-mail: hermany@unisc.br.

2 Doutorando e bolsista Capes Prosup do Programa de Pós-graduação stricto sensu em Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc) sob orientação do Prof. Pós-Doutor Ricardo Hermany. Integrante do Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas (Cieppp).

contratação pública, dos princípios da isonomia e da vantajosidade para a administração. Neste sentido, a legislação licitatória brasileira estabelece um conjunto de fases voltadas à análise documental e das propostas das diferentes licitantes.

A fim de garantir o cumprimento dos preceitos constitucionais e principiológicos que permeiam o processo licitatório, o legislador trouxe ao rol normativo uma série de mecanismos de controle capazes de garantir a melhor e mais vantajosa proposta à adjudicação dos contratos públicos. Por meio destes mecanismos, têm-se a garantia de uma eficácia e eficiência dos serviços contratados pelo poder público, resultando em um melhor atendimento ao bem comum da população.

É objetivo do presente artigo demonstrar a relevância da participação popular cidadã, bem como dos órgãos competentes, nas fases do processo licitatório, realizando os preceitos constitucionais e principiológicos que o permeia, com a finalidade de assegurar a maior vantagem e benefícios à administração pública.

Para atingir o objetivo ora posto, o presente trabalho irá em um primeiro momento discorrer sobre o processo licitatório a partir do contexto normativo ao qual este está vinculado. A seguir serão trazidas as acepções em relação à democracia e do controle dos atos da administração pública previstas no texto constitucional, bem como nas normas infraconstitucionais que regulam o certame licitatório. Por fim, apresentar-se-á as possibilidades e meios de assegurar o controle social cidadão e dos órgãos de fiscalização nas fases da licitação.

2. O procedimento licitatório brasileiro: Breves considerações acerca das disposições da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 à luz das disposições constitucionais

Dando início ao trabalho proposto, faz se necessária algumas observações em relação ao texto normativo que regula a licitação. O procedimento

licitatório³ brasileiro tem por guia a disposição realizada pelo art. 37 da Constituição Federal, promulgada em 1988:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Pela leitura do texto constitucional, desprende-se a interpretação de que todo serviço público realizado no país obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, tendo em vista a finalidade pública decorrente, bem como que serão objetos possíveis da licitação, a saber:

- a) obras e serviços;
- b) compras;
- c) alienação de bens;
- d) concessões e permissões de serviços públicos;
- e) locações de bens públicos;
- f) concessões e permissões para uso privativo de bem público.

³ Acerca do processo, do procedimento, das definições, dos princípios que o regem, dentre outros, ver os manuais de direito administrativo: DI PIETRO, 2011; MELLO, 2011; JUSTEN FILHO, 2005; MEIRELLES, 2005; entre outros.

Tendo o objeto da licitação determinado, duas são as formas pelas quais este poderá ser licitado: o edital (que é a regra) e através de uma modalidade denominada de carta-convite (ver art. 22, § 3º, da Lei 8.666). Dependendo da necessidade, a administração pública poderá se utilizar dos institutos de:

- a) concorrência;
- b) tomada de preço;
- c) convite;
- d) concurso;
- e) leilão;
- f) consulta;
- g) pregão – eletrônico.

Nestas, devem estar contidos, dentre outras informações – dependendo da utilizada –, os procedimentos a serem adotados, as condições de participação dos interessados e os critérios de seleção da proposta mais vantajosa. Tais estipulações devem estar presentes na proposta de licitação – ato convocatório – em razão do princípio da vinculação ao edital e ao procedimento editalício, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF):

[...] 1. A Administração, bem como os licitantes, estão vinculadas aos termos do edital (art. 37, XXI, da CF/1988 e arts. 3º, 41 e 43, V, da Lei 8.666/1993), **sendo-lhes vedado ampliar o sentido de suas cláusulas**, de modo a exigir mais do que nelas previsto. 2. As certidões de quitação das obrigações eleitorais, na ausência de clausula do instrumento convocatório ou de preceito legal que lhes indique prazo, presumem-se validas até a realização de novo pleito (RMS-AgR 24.555/DF, 1.ªT., rel. Min. Eros Grau, j. 21.02.2006, DJ de 31.03.2003) (Grifo nosso).

O procedimento licitatório inicia-se em sua fase interna (denominada também de preparatória), que tem início com a instauração do processo administrativo de licitação, descrita no art. 38 da Lei 8.666, com a descrição sucinta do objeto a ser licitado e do recurso próprio para a despesa. Nessa fase preparatória, poucos são os casos onde o controle social é possibilitado, concomitantemente ao procedimento – através de audiências públicas, por exemplo⁴ – sendo que, como veremos, tal controle só será possibilitado através da análise jurídica – por parte da própria administração – e através de instrumentos legais utilizados perante o Poder Judiciário, que na sua maioria são adotados posteriormente ao procedimento. Diante de tal situação, abordaremos a fase externa do procedimento licitatório, pois será nestas que o controle social poderá incidir havendo ilicitudes.

A primeira etapa é a divulgação e a publicação do ato convocatório, do qual cabe impugnação, se algum interessado tiver alguma objeção ao disposto no edital.

Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a Administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização do leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso (artigo 41, § 2º, da Lei 8.666).

⁴ A Lei 8.666, em seu art.39, possibilita, obrigatoriamente, que o procedimento licitatório tenha início por meio de audiência pública somente nos casos onde a monta envolvida supere os R\$150.000.000,00/pouco mais de 30 milhões de euros (na cotação de hoje, 18 de setembro de 2015).

Conforme: “Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inc. I, alínea “c”, desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados”.

Posteriormente, na segunda etapa, é realizada a entrega dos envelopes e o julgamento da habilitação, sendo que dentro do prazo do edital deve ocorrer a entrega dos documentos para habilitação do procedimento, dispendo o artigo 27 da Lei 8.666:

Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

- I – habilitação jurídica;
- II – qualificação técnica;
- III – qualificação econômico-financeira;
- IV – regularidade fiscal;
- IV – regularidade fiscal e trabalhista;
- V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.⁵

Uma vez que os documentos sejam examinados e estiverem de acordo, são considerados habilitados os licitantes que observaram às exigências descritas no edital.

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

- I – abertura dos envelopes contendo a documentação relativa à habilitação dos concorrentes, e sua apreciação;
- II – devolução dos envelopes fechados aos concorrentes inabilitados, contendo as respectivas propostas, desde que não tenha havido recurso ou após sua denegação;
- III – abertura dos envelopes contendo as propostas dos concorrentes habilitados, desde que transcorrido o prazo sem interposição de recurso, ou tenha havido desistência expressa, ou após o julgamento dos recursos interpostos; [...]

⁵Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XXXIII – proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;"

Na terceira etapa, caberá à administração pública efetivar a publicidade da decisão que julgou a habilitação dos interessados, bem como a possibilidade de exaurimento dos recursos dos mesmos.

Inquérito – Publicidade. Norteia a Administração Pública – gênero – o princípio da publicidade no que deságua na busca da eficiência, ante o acompanhamento pela sociedade. Estando em jogo valores, há de ser observado o coletivo em detrimento, até mesmo, do individual. (HC 102.819, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 5-4-2011, Primeira Turma, *DJE* de 30-5-2011).

A quarta etapa é a etapa de julgamento e classificação das propostas dos licitantes habilitados, onde poderá ocorrer a desclassificação por inexecutabilidade: “Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei” (Lei 8.666).

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

Realizada esta etapa, a próxima é dar publicidade à decisão de julgamento e classificação das propostas, com o exaurimento dos recursos desta etapa.

Na sexta e na penúltima etapa, caberá dar efetividade às providências complementares descritas no art. 49, a saber:

A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo

anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

A autoridade superior poderá anular (total ou parcial) o certame por ilegalidade no procedimento. Revogar, se não houver atos nulos, mas se entender que é inconveniente o resultado; bem como homologar a decisão do certame;

[...] a homologação se caracteriza como um ato de controle praticado pela autoridade competente sobre tudo o quanto foi realizado pela comissão de licitação. Homologar equivale a aprovar os procedimentos até então adotados. Esse ato de controle não pode ser tido como meramente formal ou chancelatório, mas antes como um ato de fiscalização (Acórdão 4.791/2013, 2ª C., rel. Min. Ana Arraes).

O que se entende é que a autoridade competente deve examinar todos os atos praticados durante o procedimento licitatório e verificar sua conformidade, primeiramente com a lei, e posteriormente com o edital, não cabendo qualquer tipo de juízo discricionário, somente observância do princípio da legalidade.

50. Há que ser lembrado que o procedimento em questão encontra-se na fase de homologação, em que a autoridade competente ao receber o processo da comissão de licitação deve examinar todos os atos praticados para verificar a conformidade com a lei e o edital. A esta autoridade não é atribuída discricionariedade, pois somente lhe resta juízo de legalidade. Contudo, diante de vício apurado, a autoridade deve anular os procedimentos do processo de licitação.

[...]

51. Nessa fase do procedimento, a única margem de discricionariedade possível é quando analisa a presença da oportunidade e da conveniência de celebrar o contrato, que irá nascer com a homologação, pois situações supervenientes à abertura da licitação podem modificar o juízo inicial da conveniência e da oportunidade do certame licitatório.

52. Segundo, ainda, a moderna doutrina, nessa fase do procedimento, ou seja, com a escolha da empresa vencedora que apresentou proposta mais vantajosa, é possível ao órgão ou entidade licitante “negociar” com a empresa vencedora do certame, no sentido de buscar maior vantagem para a administração. Entretanto, essa mesma doutrina defende que a busca de maior vantajosidade não deve ferir princípios inerentes à licitação (Acórdão 592/2009, Plenário, rel. Min. Aroldo Cedraz).

Realizada esta etapa, na sétima e última etapa do procedimento licitatório, caberá à administração pública, a adjudicação do objeto licitado ao vencedor.

1. O procedimento licitatório encerra-se com a homologação e a adjudicação do objeto da licitação ao vencedor do certame.
2. A contratação não é negócio jurídico que compõe os atos procedimentais da licitação, embora deles seja decorrente (REsp 579.043/PR, 2.^a T., rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 10.08.2014, Dj de 27.09.2003).

O procedimento licitatório tem seu fim com a adjudicação do objeto licitado, tornando-se um ato jurídico perfeito.

Dadas as análises feitas até o momento, passaremos a verificar os reflexos do Estado Democrático de Direito brasileiro nos procedimentos de contratação pública, dando especial destaque à previsão de publicidade e transparência dos mesmos.

3. O advento do estado democrático de direito e a nova matriz constitucional: a publicização/transparência dos atos da administração pública

Foi com o advento da nova ordem constitucional que o Brasil ingressou numa nova fase em busca de uma real democracia. Dentro dessa no-

va matriz Constitucional instaurada a partir de 1988, o Estado passa a depender da sociedade como cogestora dos interesses públicos, isso porque a própria ordem constitucional impõe tal participação na gestão dos interesses públicos – premissa da *res publica*. Para tal participação, a publicidade dos atos da administração pública é pressuposto fundamental para participação social, para a cidadania ativa. Por esta razão, o Estado deve garantir padrões mínimos de inclusão e informação para que se proporcione à cidadania ativa a possibilidade de criar, monitorar e acompanhar os projetos do governo nas políticas públicas.

Una verdadera democracia ha de estar basada en una estructura organizativa que permita a individuos aislados tener acceso al proceso donde se toman las decisiones, reuniendo sus limitados recursos, educándose a sí mismos y a los demás, formulando ideas y programas que puedan llegar a formar parte del programa político y que puedan hacer algo para que ésta llegue a cumplirse (CHOMSKI, 1989, p. 141).

Promulgada a nova Constituição Federal brasileira, deu-se fim à censura ideológica instaurada pelo regime militar, primando pela liberdade de acesso à informação no país. A Constituição Federal de 1988 demonstra o amadurecimento da democracia através da facilitação da difusão da informação. Portanto, o direito de informação pode ser entendido como:

[...] o conhecimento de fatos, de acontecimentos, de situações de interesse geral e particular que implica do ponto de vista jurídico, duas direções: a do direito de informar e a do direito de ser informado. E a liberdade de informação compreende a liberdade de informar e a liberdade de ser informado. A primeira coincide com a liberdade de manifestação do pensamento pela palavra, por escrito ou por qualquer outro meio de difusão; a segunda indica o interesse sempre crescente da coletividade para que tanto os indivíduos como a comunidade estejam informados para o exercício consciente das liberdades públicas (SILVA, 2002, p. 244).

Na atualidade, o Direito de Informação possui natureza individual e social. Pode-se dizer que o direito à informação se caracteriza por ser um direito individual, pois consiste no direito de poder se expressar e de manifestar opiniões, bem como de obter e reter informações, por sua vez, quando ele se manifesta de forma mais ampla, quando envolve a comunidade (enquanto sujeito de direito) e quando se projeta para os atos da administração pública, exigindo-lhes transparência, publicidade, moralidade etc., a fim de se possibilitar um maior controle/fiscalização dos atos do Estado por parte da comunidade, objetivando cumprir seu papel na democracia participativa (LEAL, R. G., 2012, p. 142), ele manifesta sua natureza social, difusa, coletiva.⁶

A palavra que nos interessa deve ser lida, antes de mais nada, separando-se o seu prefixo inicial: *in-formação*. Compreende-se assim que ‘informação’ não é somente ‘o ato de informar’ como diz o vocabulário, mas em geral é parte essencial do processo de formação de conhecimentos, de opiniões e, portanto, da própria personalidade do indivíduo: a parte que age mediante a interação do sujeito com o mundo externo. A falta de informação bloqueia o desenvolvimento da personalidade, tornando-a asfixiada. Outrossim, uma informação unilateral, advinda de uma só fonte, mesmo que quantitativamente rica e qualitativamente sofisticada, direciona a personalidade para canais preestabelecidos, limitando objetivamente a oportunidade de escolha e a capacidade crítica do indivíduo, prejudicando desta forma a sua participação nos processos democráticos (FERRARI, 2000, p. 165).

A partir de 1988, inicia-se essa transformação, que se consolida mais eficazmente a partir do final do ano de 2011, com a edição da nova Lei de Acesso à informação pública, pois é em 18 de novembro de 2011 que realmente se

⁶“Assuntos de interesse público são aqueles assuntos que dizem respeito às escolhas que a pessoa deve fazer, como membro de sua comunidade, que interessem às demais e nelas interferam, bem como que influenciem e interfiram no que pertine à sua organização política e social”, e “Os assuntos de interesse privado de expressão coletiva são aqueles considerados importantes para o desenvolvimento da sociedade” (CARVALHO, 1999, p. 149).

inicia uma nova fase relativa ao acesso à informação na República Federativa do Brasil. Nesta data foi aprovada a Lei 12.527, que vem para regular

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

Agindo sob o princípio da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência (art. 37, *caput*, da CF/1988), e tendo como sua imposição de princípio constitucional a publicidade/transparência dos atos da administração pública, sendo o segredo – exceção – aceito sob justificativa inexorável, cabe ao Ente estatal fornecer a informação requerida de forma rápida e objetiva, clara e em linguagem de fácil compreensão, uma informação transparente (art. 5º da Lei 12.527/2011). Visando a assegurar o direito fundamental de acesso à informação, os procedimentos publicizatórios devem ser executados com base nos seguintes princípios básicos e com as seguintes diretrizes (conforme art. 3º da referida lei):

- I – observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção;
- II – divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações;
- III – utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação;
- IV – fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública;
- V – desenvolvimento do controle social da administração pública.⁷

⁷ Salientamos, ainda, a disposição do art. 12 da lei, onde expõe a gratuidade ao acesso a informação. “Em face disto dispõe a norma, em seu art. 12, que o serviço de busca e fornecimento da informação é gratuito, salvo nas hipóteses de reprodução de documentos pelo órgão ou entidade pública consultada, situação em que poderá ser cobrado exclusivamente o valor necessário ao ressarcimento do custo dos serviços e dos materiais utilizados” (LEAL, R. G. 2012, p.122).

A fim de cumprir seu papel como cidadão, a lei estabelece uma série de prerrogativas, como é o caso do direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, coletivo ou geral (art. 5º, inc. XXXIII, da CF/1988), o direito a certidões para defesa de direitos e esclarecimentos de situações (art. 1º da Lei 9.051/1995). Não obstante os diversos mecanismos de acesso à informação pública existentes desde 1988, tivemos de ter sancionada a Lei de Acesso à Informação Pública (Lei 12.527/2011) para estabelecer uma nova relação entre governo e cidadãos, o que só denota a preocupação do Estado Democrático de Direito com a publicidade e com a função pública dos atos do poder público. Assim, essa nova lei, juntamente com os demais preceitos sobre a matéria, acabam por manter abertos todos os registros administrativos e atos de governo aos cidadãos, que poderão solicitar cópias de qualquer informação contida em registros ou documentos, produzidos ou acumulados pelos órgãos públicos, sob pena de sanções (LUCHESE, 2012, p. 172).

Os regimes democráticos foram [...] reconhecendo aos cidadãos o direito a tomarem conhecimentos dos documentos e da informação detidos pelas administrações públicas, tendo alguns estados consagrado, constitucional ou legalmente, os princípios da administração aberta e do livre acesso aos documentos administrativos (GONÇALVES, 2003, p. 40).

O processo de concretização da Constituição – constitucionalismo democrático – depende da atuação da comunidade no controle das omissões do poder público, sendo o Poder Judiciário o regente republicano das liberdades positivas (CITTADINO, 2002, p. 32).

Como pode ser observado, o advento do Estado Democrático de Direito trouxe consigo uma série de mudanças que permitiram maior participação cidadã e institucional dentro do certame licitatório. Cabe agora nos ocuparmos de investigar os mecanismos que materializam estas previsões democráticas e oferecem maior legitimidade aos atos do processo de licitação.

4. A possibilidade de fiscalização e revisão dos atos da administração pública: a importância da fase da homologação

Como visto, é com a Constituição Federal de 1988 que se inicia um novo marco para a sociedade brasileira, sendo que foi a partir de 2012 que passamos a viver uma nova fase no acesso à informação pública, que dá seus primeiros passos no pós-1988 já sob o viés da publicização/transparência dos atos da administração pública,⁸ cabendo à sociedade civil tal exigência e fiscalização – art. 39 da Lei 12.527/2011. Isso quer dizer que qualquer interessado poderá apresentar pedido de acesso à informação aos órgãos públicos, independentemente dos motivos – até porque a lei veda qualquer tipo de exigência relativa aos motivos determinantes da solicitação de informações de interesse público (art. 10, § 3º) – devendo o pedido tão somente conter a identificação do requerente e a especificação da informação requerida (art. 10, *caput*). Tal desnecessidade de fundamentação para o pedido qualifica o direito fundamental à informação, tanto por sua natureza social, como por sua natureza difusa, capacitando o cidadão a buscar qualquer tipo de informação sobre atos e comportamentos públicos pelo simples fato de ter sido praticado em nome do Estado enquanto gestor público (LEAL, R. G., 2012, p. 122-123).

O acesso à informação administrativa é tido como uma condição de exercício do direito de cidadania, o acesso a informações sobre a conduta da administração é parte integrante do funcionamento do sistema democrático (GONÇALVES, 2003, p. 115).

O conceito de informação administrativa abrange os dados e a informação recolhidos e/ou tratados pelos governos e pelas administrações públicas no exercício das respectivas missões. Dados estatísticos, dados económicos, mas também dados de

⁸Ver as disposições dos arts. 29 e 30 da Lei 12.527/2011.

carácter pessoal, contidos nos registos da população (decorrentes dos censos), no registo civil, ficheiros de nomes e moradas dos funcionários públicos, dos beneficiários da segurança social, das empresas inscritos no registo das pessoas colectivas [sic], entre muitos outros, constituem um manancial importante de informação [...] (GONÇALVES, 2003, p. 112).

Em tempos não muito longínquos e infelizmente ainda vigente em alguns territórios, a regra era o segredo enquanto ausência de informação e comunicação administrativa, que acabou viabilizando autoritarismos e regimes ditatoriais das mais diversas formas e modalidades (LEAL, R. G., 2012, p. 40). Com a nova Constituição, se avançam (a regra agora é a da publicidade) a exceção, o segredo – uma vez que vai de encontro a um dos novos fundamentos da República, a publicidade dos Atos da administração pública. Assim, cabe ao próprio Estado o dever de assegurar a circulação livre da informação (GONÇALVES, 2003, p. 115), isso porque a “[...] a informação e o acesso a ela hoje se afigura como condição de possibilidade da própria democracia, da igualdade e liberdade, assim como da dignidade da pessoa humana” (LEAL, R. G., 2012, p. 42).

É no Estado Democrático de Direito que o povo ganha papel de destaque, no entanto, não basta somente efetivar a descentralização do poder, faz-se necessário rever a participação da população na vida do Estado, que só será eficaz quando ela for informada e conscientizada de seu verdadeiro papel nesse novo modelo de Estado, ou seja, seu papel de cidadão.⁹

Para que o cidadão exerça sua cidadania, o mesmo tem de ser participativo,¹⁰ele tem que estar ciente de seus direitos e de suas obrigações/

9 FARIA, Josiane Petry. Do estado de natureza e democratização da sociedade: alguns apontamentos sobre participação política. In: GORCZEWSKI, Clovis (org.). Direitos humanos e participação política: vol. II. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2011, p. 205.

10 GORCZEWSKI, Clovis. A participação política como exigência intrínseca para o reconhecimento da cidadania. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos. 10. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2010, p. 3026.

responsabilidades, pois o bom andamento da comunidade depende da atuação/ envolvimento de todos os participantes da sociedade. Ser cidadão, possuir cidadania, não é somente um direito, é uma responsabilidade, isso porque a cidadania está ligada a vida em sociedade. Vivemos em um Estado Democrático de Direito, onde “predomina” a soberania do povo, porém, para exercer essa soberania, a população tem que estar apta a exercer sua cidadania, viver e exercer uma real democracia. Uma democracia não é aquela sociedade onde está constituído o regime político democrático, mas aquela sociedade constituída de indivíduos ativos, organizada a partir de parâmetros democráticos instituídos por indivíduos participativos e incorporados em todas as instituições dinâmicas do Estado. Restou claro já com a nova Constituição (*caput*, art. 37, bem como art. 93, incs. IX e X, da CF/1988) e muito mais com o Programa Brasil Transparente que os atos e os negócios da administração pública são públicos.

Deixamos de abordar – propositalmente – a participação social no procedimento, pois o enfoque dado é o de fiscalização. Nesse enfoque, demonstramos que o procedimento adotado visa a dar maior publicidade/transparência aos atos do procedimento, visando dar, diretamente, uma maior credibilidade ao processo e, indiretamente, propiciando uma maior fiscalização, por parte de quem o interessar. Uma vez que seja detectado algum erro ou irregularidade no ato, sanáveis ou insanáveis, aquele que o detectou poderá se utilizar os mecanismos legais disponíveis – por exemplo, ação popular, ação civil pública, dentre outros – para levar ao conhecimento da administração pública ou do regente republicano das liberdades positivas essa questão, visando a perfectibilização do ato impugnado e auxiliando nos próximos contratos.

[...] a jurisprudência do STF assentou ser possível o controle de legalidade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário (AI 796.832-AgR, voto da Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 1º-2-2011, Primeira Turma, *DJE* de 23-2-2011).¹¹

¹¹ Sobre o assunto, ver também: RMS 24.699, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 30-11-2004, Primeira Turma, DJ de 1-7-2005.

Isso porque,

Art. 4º – Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta Lei, **podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento**, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos (Lei 8.666) (*Grifo nosso*).

Assim, acerca do controle nos atos da administração pública, três são as formas – que abordaremos sucintamente –, nos quais poderá ocorrer controle, através de um controle político, administrativo ou judicial.

O poder político é aquela prerrogativa fiscalizatória que é conferido à Casa Legislativa para analisar aspectos de legalidade dos demais poderes – atribuídos restritivamente pela Constituição Federal. Através desse poder e com o auxílio do Tribunal de Contas, a Casa pode – através do controle parlamentar – realizar a fiscalização de atos sob o aspecto político e financeiro, e com o auxílio do Judiciário, até mesmo a discricionariedade desses atos.

Já o controle administrativo é aquele poder de revogação da licitação pela autoridade competente para a aprovação do procedimento quando houver um fato superveniente devidamente comprovado que atente ao interesse público – poder-dever de autotutela (art. 49 da Lei 8.666).¹²

A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou

¹² Menciona o referido artigo: “A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado”.

oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial (Súmula 473 do STF).¹³

Aliado a este controle está a possibilidade do cidadão exercer seu direito público subjetivo de fiscalizar os atos da Administração Pública. O mesmo poderá fazê-lo mediante pedido administrativo perante a Administração Pública, que fará uma análise do ato administrativo e emanará resultado acerca da possibilidade ou não da revogação do ato por conveniência ou oportunidade, e/ou por ilegalidade ou ilegitimidade.

Assim, mesmo com o fim do procedimento licitatório, com a consequente adjudicação do bem licitado, pode qualquer interessado – o Tribunal de Contas, o Ministério Público, a administração pública, o Poder Legislativo e os cidadãos – propor a revisão – perante a própria administração pública ou perante o Poder Judiciário – do ato licitatório em decorrência de ilegalidade no procedimento que viole o interesse público decorrente de um fato pré-existente, concomitante ou superveniente que deverá ser devidamente comprovado.

5. Considerações finais

Por todo o exposto, é possível concluir que o Estado Democrático de Direito brasileiro logra êxito na concretização dos preceitos democráticos a partir do momento em que traz as ferramentas necessárias à participação do cidadão e dos órgãos de fiscalização meios legais de controle do processo licitatório.

No entanto, é necessário enfatizar que desafio da participação popular ativa se resolve por meio de um processo de conscientização da responsabilidade do indivíduo para consigo e seus semelhantes. Um regime democrático se constrói e se fortalece a partir destes pressupostos.

¹³ Ver também a Súmula 346 do STF: "A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos".

Como pode ser visto anteriormente, o Brasil vive um período democrático bastante pequeno se comparado a outros países, sendo que o histórico não muito distante evidencia a carência de processos democráticos anteriores aos vistos hoje. Nesse aspecto, é fundamental que se atente para os relevantes passos já dados em direção à efetividade da participação social cidadã de forma ativa por meio dos mecanismos de controle inseridos no processo licitatório.

Sendo assim, o processo licitatório brasileiro está revestido de legitimidade e validade a partir do momento em que é garantido acesso efetivo aos interessados – quais sejam o Tribunal de Contas, o Ministério Público, a administração pública, o Poder Legislativo e, em especial, os cidadãos – a partir das previsões democráticas trazidas pelo legislador originário e efetivadas por meio das demais normas estatais postas.

Referências Bibliográficas

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 23 de set.2015.

_____. *Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Regula o acesso a informações previsto no inc.XXXIII do art. 5º, no inc.II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências.Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acesso em: 23 de setembro de 2015.

_____. *Lei 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 23 de set. 2015.

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*.Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CHOMSKY, Noam. *Sobre el poder y la ideología*:conferencia de Managua 2. 1ªed. Madrid: VISOR Lingüística y Conocimiento, 1989.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, LuizWerneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*.Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPER/FAPERJ, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*.24 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FARIA, Josiane Petry. Do estado de natureza e democratização da sociedade: alguns apontamentos sobre participação política. In: GORCZEVSKI, Clovis (org.). *Direitos humanos e participação política*. vol. II. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2011.

FERRARI, Vincenzo. Democracia e informação no final do século XX. In: GERMAN, Christiano [et. al.]. *Informação e democracia*. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2000.

GONÇALVES, Maria Eduarda. *Direito da informação: novos direitos e formas de regulação na sociedade de informação*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

GORCZEVSKI, Clovis. A participação política como exigência intrínseca para o reconhecimento da cidadania. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. 10. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações públicas*. 11 ed. São Paulo: Dialética, 2005.

_____. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

KUSHNIR, Beatriz. *Cães de guarda: jornalistas e censores, do AI-5 à Constituição de 1988*. São Paulo: BOITEMPO, 2004.

LEAL, Rogério Gesta. *Verdade, memória e justiça no Brasil: responsabilidades compartilhadas – morte, tortura, sequestro e desaparecimento de pessoas no regime militar brasileiro: de quem é a responsabilidade?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp 579.043/PR*, Rel. Ministro JOAO OTAVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 10.08.2004, DJ 27.09.2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HC 102.819*, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 5-4-2011, Primeira Turma, *DJE* de 30-5-2011.

_____. *RMS 24.699*, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 30-11-2004, Primeira Turma, *DJ* de 1-7-2005.

_____. *RMS-AgR, 24.555/DF, 1.ªT.*, rel. Min. Eros Grau, j. 21.02.2006, DJ de 31.03.2003.

_____. *Súmula 346*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400>. Acesso em: 23 de set. 2015.

_____. *Súmula 473*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_401_500>. Acesso em: 23 de set. 2015.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Acórdão n. 592/2009*, Plenário, rel. Min. Aroldo Cedraz.

_____. *Acórdão n. 4.791/2013*. TC 026.876/2010-8. Relatora: Min. Ana Arraes.

BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS MUNICÍPIOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Ernesto José Toniolo¹

O novo Código de Processo Civil traz significativas inovações no que diz respeito à atuação da Fazenda Pública em juízo, especialmente por conferir aos advogados públicos as mesmas prerrogativas processuais que já haviam sido alcançadas ao Ministério Público e à Defensoria Pública. A defesa judicial dos Municípios também avança expressivamente com o novo diploma processual. O legislador não olvidou a crescente importância dos Municípios, com o acréscimo de atribuições conferidas pela Constituição Federal de 1988, desacompanhado de receitas tributárias suficientes para execução dos numerosos serviços públicos prestados à população. O crescimento das atribuições constitucionais, a escassez de recursos e o aumento na judicialização das políticas públicas representam desafio exponencial lançado aos Municípios e aos responsáveis por sua defesa judicial.

¹ Doutor e Mestre em Processo Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professor do Curso de Especialização em Direito Público da Fundação do Ministério Público (FMP) – presencial e EAD – do Curso de Especialização em Direito Processual da UNISC (EAD), do Curso de Especialização em Processo Civil da Esmafe/RS (presencial e EAD), dos Cursos de Especialização em Processo Civil e Direito do Estado do Uniritter. Professor da Rede e-Jus (Ead). Procurador do Estado do RS, perante o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ)

Trataremos aqui de algumas das principais inovações que afetam a atuação dos Municípios em juízo. Não se trata de um artigo destinado à academia, com abordagens teóricas (também importantes!), porém de um diálogo prático e breve entre um advogado público estadual com os advogados responsáveis por viabilizar a execução das políticas públicas no âmbito municipal.

Iniciamos tratando da contagem dos prazos processuais para os Municípios, em relação a qual o novo Código de Processo Civil traz grandes mudanças. Em geral, os atos processuais devem ser praticados no prazo fixado, respeitando a forma de contagem estabelecida na lei processual. A fixação de prazos claros e, tanto quanto possível, uniformes traz previsibilidade e acelera a marcha processual. Como bem salienta o processualista suíço Walther Habscheid “um processo ordenado não poderia existir sem os prazos”.² Trata-se de requisito formal que serve, simultaneamente, aos valores da efetividade e da segurança jurídica.³ A fixação desses prazos deve, todavia, considerar o excessivo número de demandas envolvendo a Fazenda Pública, de modo a assegurar a efetiva isonomia processual.

O art. 183 da Lei 11.382/2016 estabelece que

a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da intimação pessoal.

A prerrogativa da contagem que diferencia o prazo para os Municípios no novo Código de Processo Civil sofre expressiva alteração quando com-

² HABSCHIED, Walther J. Schweizerisches Zivilprozess und Gerichtsorganisationsrecht. Ein Lehrbuch seiner Grundlagen. 2. ed. Basel und Frankfurt am Main: Helbing und Lichtenhahn, 1990, p. 340.

³ Os prazos processuais fatais e peremptórios, embora impeçam a prática de atos processuais tardios, cumprem a importante função de aceleração da marcha processual, contribuindo para realização do direito fundamental à efetividade. A respeito do assunto, consulte-se: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Do Formalismo no Processo Civil – Proposta de um formalismo-valorativo. São Paulo: ed. Saraiva, 3ª edição, 2009, p. 214.

parada ao estatuído no art. 188 do CPC/1973 (“computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público”). No novo diploma processual, a Advocacia Pública, o Ministério Público e a Defensoria Pública passam a contar com o mesmo regramento de contagem dos prazos processuais: em dobro para “todas as manifestações processuais (exceto para os prazos próprios), contados a partir da intimação pessoal”.

Assim, o prazo para apresentar contestação deixa de ser computado em quádruplo – como determinava o art. 188 do CPC/1973 –, empregando maior celeridade às demandas. Por outro lado, restou estabelecida a regra da contagem do prazo em dobro para “todas as manifestações processuais” (exceto para os prazos próprios), expressão que não limita a prerrogativa às contestações e aos recursos, como fazia o diploma revogado.

Supera-se, portanto, o injustificado tratamento diferenciado conferido pelo código revogado aos litisconsortes com procuradores diferentes, que dispunham de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais (art. 191, CPC/1973), enquanto a prerrogativa da Fazenda Pública limitava-se à contestação e aos recursos, não alcançando os demais atos processuais, a exemplo das contrarrazões.⁴

Todavia, “não se aplica o benefício da contagem em dobro quando a lei estabelecer, de forma expressa, prazo próprio para o ente público” (art. 183, § 2º, NCPC). Quando a lei estabelece prazos específicos para os Entes públicos (prazos próprios), pressupõe-se que o legislador já levou em consideração a necessidade de atribuir tratamento diferenciado para assegurar a isonomia processual. Entende-se que, por essa razão, a contagem do prazo em dobro não justificaria a restrição ao direito fundamental à duração razoável do processo. São exemplos de prazos próprios, previstos no próprio diploma processual, o

⁴ Interpretando a redação do art. 188, o Superior Tribunal de Justiça há muito havia consolidado entendimento segundo o qual a prerrogativa da contagem do prazo em dobro não se aplica à resposta aos recursos.

prazo de 30 dias fixados para a Fazenda Pública opor embargos à execução de título judicial (art. 910, NCPC), ou impugnar a “execução” de sentença (art. 535, NCPC). Apenas positivou-se o entendimento já consolidado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. O Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência pacificada considerando próprio o prazo para interposição de recurso contra a decisão que indefere o pedido de suspensão da segurança.⁵ Do mesmo modo, poderíamos citar o prazo de 30 dias que a Fazenda Pública dispõe para impugnar os embargos à execução fiscal, previsto no art. 17 da Lei 6.830/1980.

Essa prerrogativa dos advogados públicos soma-se à inovação que atende à justa e antiga reivindicação da Ordem dos Advogados do Brasil, segundo a qual “na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis” (art. 219, parágrafo único, NCPC).

De qualquer modo, as regras formais que assinalam determinado prazo para a prática de um ato sob pena de preclusão devem receber interpretações razoáveis e previsíveis, preservando-se, assim, a segurança jurídica dos litigantes.⁶

Outra significativa alteração diz respeito à necessidade de intimação pessoal dos advogados dos Municípios e dos Estados, como requisito para o início da contagem dos prazos. Essa intimação pessoal “far-se-á por carga, remessa ou meio eletrônico” (art. 183, § 1º, NCPC). Até então, somente os advogados públicos federais desfrutavam da prerrogativa. Os procuradores dos Municípios e dos Estados somente possuíam a prerrogativa da intimação pessoal

⁵ V.g.: SS 3.740 AgR-segundo, Relator Min. Cezar Peluso, publicado em 2.5.2012; SS 4.119 AgR-ED-ED, Relator Min. Cezar Peluso, publicado em 5.8.2011; STA 172 AgR, Relator Min. Cezar Peluso, publicado em 2.12.2010.

⁶ Como ressalta Ada Pellegrini Grinover, o fenômeno da preclusão corresponde à própria essência do processo (ver: GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 34).

nas execuções fiscais, por força do disposto no art. 25 da Lei 6.830/1980.⁷ O tratamento diferenciado deixa de existir.

Já a intimação e a citação do Município na pessoa dos gestores (prefeitos, secretários etc.) sempre ocasionaram tumulto e desordem na organização da defesa judicial do interesse público. A desordem e a imprevisibilidade, também no ambiente interno do processo, são incompatíveis com o Estado Constitucional. A própria realização dos direitos fundamentais exige a estruturação interna do processo, tendo como espinha dorsal o formalismo processual e sendo orientada pelos valores da segurança jurídica e da efetividade, positivados como direitos fundamentais. Como bem observado por Humberto Ávila, “os direitos fundamentais, na sua eficácia de defesa relativamente a intervenções estatais, também repelem a surpresa no âmbito dos procedimentos, sejam eles administrativos ou judiciais”.⁸

Daí a razão pela qual o legislador deixou bem claro que a intimação e a citação da “União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de suas respectivas autarquias e fundações de direito público será realizada perante o órgão de Advocacia Pública responsável por sua representação judicial” (NCPC: art. 242, § 3º e art. 269, § 3º). Evita-se, assim, desordem e surpresa para adequada atuação da Fazenda Pública no processo.

As citações e as intimações que não forem realizadas no órgão de Advocacia Pública pertencente à estrutura municipal serão, portanto, consideradas

⁷ Art. 25. Na execução fiscal, qualquer intimação ao representante judicial da Fazenda Pública será feita pessoalmente. Parágrafo Único. A intimação de que trata este artigo poderá ser feita mediante vista dos autos, com imediata remessa ao representante judicial da Fazenda Pública, pelo cartório ou secretaria.”

⁸ Ver: ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 371. “Já passou do tempo de os processualistas admitirem que, se em todas as demais funções do Estado há mecanismos para a proteção do indivíduo contra as alterações imprevisíveis de padrões de conduta estatal estável, não pode o Estado-juiz permanecer imune a essa proteção. Também ao processo os reclamos da segurança e estabilidade exigem a manutenção de padrões de conduta” (ver: CABRAL, Antonio do Passo. Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade ‘prima facie’ dos atos processuais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 305). Na doutrina germânica, a polêmica em torno da aplicação da proteção da confiança no âmbito do processo civil é suscitada, principalmente, por Gottfried Baumgärtel, em artigo publicado em 1973 (BAUMGÄRTEL, Gottfried. *Treu und Glauben im Zivilprozess*. Zeitschrift für Zivilprozess, n. 86, 1973. p. 353 et seq.).

nulas. Entretanto, o advogado deve atuar com muita cautela, evitando comparecer aos autos para manifestar-se, exclusivamente, a respeito da nulidade do ato, hipótese na qual poderia perder a oportunidade para contestar a demanda ou recorrer da decisão.

O novo Código de Processo Civil deixa clara a preferência pela realização das citações e intimações por meio eletrônico, exigindo, também dos advogados públicos, que mantenham “cadastro nos sistemas de processo em autos eletrônicos, para efeito de recebimento de citações e intimações” (art. 246, § 1º, § 2º e art. 270, parágrafo único). O art. 1.050 estabelece que

a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, suas respectivas entidades da administração indireta, o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Advocacia Pública, no prazo de 30 (trinta) dias a contar da data da entrada em vigor deste Código, deverão se cadastrar perante a administração do tribunal no qual atuem para cumprimento do disposto nos arts. 246, § 2º, e 270, parágrafo único.

Deve-se atentar para a necessidade de que seja realizado cadastro específico para cada tribunal no qual o advogado atue. Assim, se a Advocacia Pública do Município realizar o cadastro no Tribunal de Justiça, não terá cumprido o requisito para a atuação no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça. Cada tribunal exige a realização de um cadastro específico!

A Lei 11.382/2016 também elimina a necessidade de ajuizamento de um novo processo de execução se a sentença condenar a Fazenda Pública a pagar quantia certa, adotando sistemática semelhante àquela do cumprimento de sentença. Se a sentença impuser à Fazenda Pública o dever de pagar quantia certa, o exequente deverá apresentar demonstrativo discriminado e atualizado do crédito por meio de simples petição, contendo certos requisitos (art. 534, NCPC). Nesse caso, “a Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30

(trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução” (art. 535, NCPC). Elimina-se, portanto, a necessidade da citação prevista no art. 930 do CPC/1973.

Já o cabimento da execução de título extrajudicial contra os Entes públicos restou positivado no novo Código de Processo Civil (art. 910, NCPC), porém sem causar grande impacto na prática dos nossos tribunais, pois preserva o procedimento que já vinha sendo adotado. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça havia sumulado, no ano de 2013, entendimento no sentido do cabimento da execução de título extrajudicial contra a Fazenda Pública (Súmula 279: “É cabível execução por título extrajudicial contra a Fazenda Pública”).

Citada, a Fazenda Pública poderá opor embargos à execução do título extrajudicial no prazo de 30 dias (úteis). O prazo é idêntico ao previsto no art. 535 do NCPC, que trata da impugnação ao cumprimento de sentença que condene a Fazenda Pública a pagar quantia certa.⁹

Todavia, ao contrário da impugnação ao cumprimento de sentença, incidente previsto no art. 535 do NCPC, nos embargos à execução de título extrajudicial, a Fazenda Pública “poderá alegar qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento”.

Transitada em julgado a decisão que rejeitar os embargos à execução opostos pela Fazenda Pública, adota-se a sistemática prevista no art. 100 da Constituição Federal, expedindo-se precatório ou requisição de pequeno valor em favor do exequente, conforme o caso. O mesmo ocorrerá em situações nas quais a Fazenda Pública não ofereça embargos à execução

A Lei 11.382/2016 mantém a previsão segundo a qual se o agravo interno for declarado manifestamente inadmissível ou improcedente (agora com a exigência de votação unânime!), o órgão colegiado, em decisão fundamentada, condenará o agravante a pagar ao agravado multa fixada sobre do valor atualizado da causa (art. 1.021, § 4º, NCPC). A eventual interposição posterior de recurso continua condicionada ao recolhimento da multa. Porém, o novo re-

⁹ Ver: TONIOLLO, Ernesto José. Novo Código de Processo Civil Anotado. Porto Alegre: OAB/RS, 2015, p. 840.

gramento exclui a necessidade do depósito prévio para os beneficiários de justiça gratuita e para a Fazenda Pública (art. 1.021, § 5º, NCPC).

Supera-se, portanto, o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal que exigia também da Fazenda Pública o recolhimento prévio da multa aplicada no julgamento do agravo interno, para a interposição de outros recursos.¹⁰

Do mesmo modo, a Fazenda Pública é dispensada do depósito prévio da multa fixada no caso da reiteração de embargos de declaração considerados manifestamente protelatórios (art. 1.026, § 3º, NCPC), superando-se entendimento jurisprudencial.¹¹

O Município também recebe tratamento diferenciado no que diz respeito à remessa necessária, dispensada quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a 100 (cem) salários-mínimos. Esse limite é elevado para 500 (quinhentos) salários-mínimos nas demandas envolvendo os Estados (e do Distrito Federal) e para 1.000 (mil) salários-mínimos envolvendo a União (art. 496, § 3º, NCPC).

Evidencia-se, portanto, que o novo Código de Processo Civil traz grandes inovações no que diz respeito à atuação do Município em juízo, alterando procedimentos e, especialmente, conferindo aos advogados públicos prerrogativas processuais idênticas às do Ministério Público e da Defensoria Pública.

¹⁰ AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO (ART. 544 DO CPC) – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO PAGAMENTO DE MULTA PROCESSUAL IMPOSTA NA DECISÃO MONOCRÁTICA. 1. O prévio recolhimento da multa prevista no art. 557, § 2º, do CPC é pressuposto objetivo de admissibilidade do recurso, não sendo possível o seu conhecimento sem o devido pagamento. 2. O Supremo Tribunal Federal tem entendido ser aplicável, à Fazenda Pública a necessidade do depósito prévio da multa, prevista no art. 557, § 2º, do CPC, como condição para a interposição de qualquer outro recurso, orientação ressonante na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Precedentes. “É certo que a União, os Estados, os Municípios e as autarquias estão isentos do pagamento de custas processuais. Todavia, não se pode confundir o privilégio concedido à Fazenda Pública, consistente na dispensa de depósito prévio para fins de interposição de recurso, com a multa instituída pelo artigo 557, § 2º, do CPC, por se tratar de institutos de natureza diversa.” Precedentes. 3. Agravo regimental não conhecido. (AgRg no AREsp 131.134/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe 19/03/2014)

¹¹ A respeito dos requisitos de admissibilidade dos recursos no novo Código de Processo Civil, ver: TONIOLLO, Ernesto José. Os requisitos de admissibilidade dos recursos no novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015). In *Grandes Temas do Novo Código de Processo Civil*. Org.: Luis Alberto Reichelt e Fernando Rubin. 1ª Ed./2015. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, pp. 169-198.

Referências bibliográficas

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no Processo Civil – Proposta de um formalismo-valorativo*. 3ª ed. São Paulo: ed. Saraiva, 2009.

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BAUMGÄRTEL, Gottfried. *Treu und Glauben im Zivilprozess*. *Zeitschrift für Zivilprozess*, n. 86, 1973.

CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade “prima facie” dos atos processuais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

HABSCHEID, Walther J. *Schweizerisches Zivilprozess und Gerichtsorganisationsrecht. Ein Lehrbuch seiner Grundlagen*. 2. ed. Basel und Frankfurt am Main: Helbing und Lichtenhahn, 1990.

TONIOLO, Ernesto José. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. Porto Alegre: OAB/RS, 2015, p. 840.

_____. *Os requisitos de admissibilidade dos recursos no novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015)*. In: *Grandes Temas do Novo Código de Processo Civil*. Org.: Luis Alberto Reichelt e Fernando Rubin. 1ª Ed./2015. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, pp. 169-198.

_____. *A prescrição intercorrente na execução fiscal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.



Sede

SCRS 505, Bl. C – Lt. 01 – 3º Andar
CEP: 70350-530 – Brasília/DF
Tel/Fax: (61) 2101-6000

Nova Sede

SGAN 601 – Módulo N
CEP: 70830-010
Asa Norte – Brasília/DF

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