

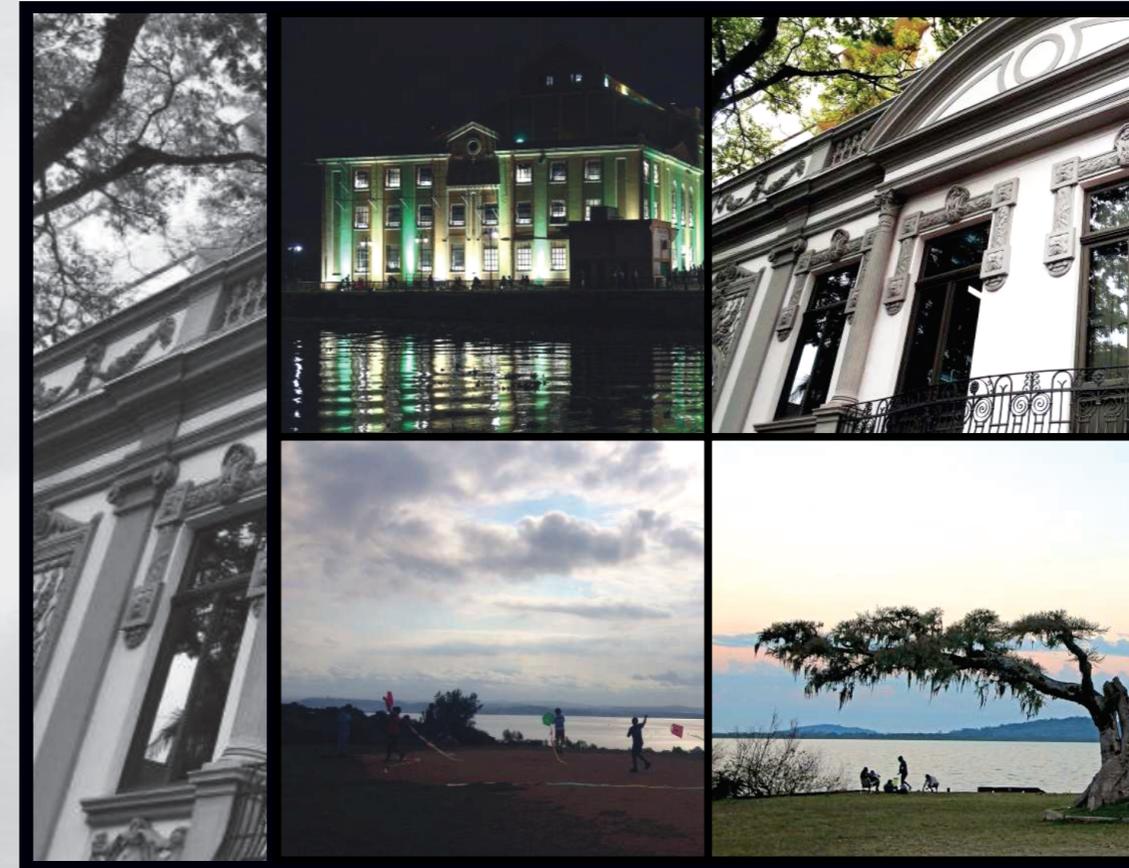
Revista da

ISSN 1415-3491

# Procuradoria-Geral

do Município de Porto Alegre

Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre



PROCURADORIA-GERAL  
DO MUNICÍPIO

**CEDIM**

Centro de Estudos de Direito Municipal  
Rua Siqueira Campos, 1300 - 13º andar  
Centro - Porto Alegre - RS  
Fone: (51) 3289-1482  
cedim@pgm.prefpoa.com.br

**Nº 25**

**2014**

**Nº 25**

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

**ANO 2014 – VOLUME 25**

R454 Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre, n. 25, 2014.  
Porto Alegre, Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre.  
CEDIM. 2014. 408 p.

ISSN 1415-3491

1. Direito : Rio Grande do Sul : Periódicos 2. Prefeitura Municipal de Porto Alegre. Procuradoria-Geral do Município. Centro de Estudos de Direito Municipal.

CDU: 34 (81) (05)

REALIZAÇÃO:

**CEDIM**

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

**CENTRO DE ESTUDOS DE DIREITO MUNICIPAL**

Vanêscas Buzelato Prestes (Coordenadora)

**COMISSÃO EDITORIAL**

Vanêscas Buzelato Prestes  
Andrea Teichmann Vizzotto  
Carin Simone Prediger  
Carmen Lúcia de Barros Petersen  
Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira  
Cristiane da Costa Nery  
Gamaliel Valdovino Borges  
Janaina Hernandez Marques  
Laura Antunes de Mattos  
Maria Etelvina Bergamaschi Guimaraens  
Ronaldo Osmar Bellini

**CONSELHO EDITORIAL DA REVISTA (Nacional)**

Alexandra Giacomet Pezzi  
Almiro do Couto e Silva  
Araken de Assis  
Celso Antonio Bandeira de Mello  
César Saldanha Souza Júnior  
Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira  
Eros Roberto Grau  
João Batista Linck Figueira  
Judith Hofmeister Martins Costa  
Manoel Gonçalves Ferreira Filho  
Maren Guimaraens Taborda

**CONSELHO EDITORIAL DA REVISTA (Internacional)**

Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva (Portugal)

## APRESENTAÇÃO

Após um breve período de interrupção da circulação da Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre, ocorrido por motivos alheios à nossa vontade, é com muita satisfação que retomamos sua publicação, cujo principal objetivo sempre foi disseminar o debate das questões municipais brasileiras.

A característica da nossa Revista é ser uma ferramenta para atuação dos procuradores e das Procuradorias Municipais e um modo de incentivo à reflexão e à criação de uma dogmática consistente para o enfrentamento das questões cotidianas que, em uma federação como a nossa, são extremamente desafiadoras.

Com este espírito, mantemos a estrutura histórica da publicação com as seguintes seções: (a) artigos de doutrina, (b) os pareceres emitidos pelos procuradores municipais de Porto Alegre e (c) município em juízo.

Nesta edição, a primeira seção traz trabalhos jurídicos que versam sobre temas correlatos à atuação municipal. A segunda seção publiciza os pareceres prolatados pelos procuradores da casa no ano de 2011. O ano em referência foi selecionado, em virtude do atraso desta edição, devendo até meados de 2015 as publicações estarem em dia, compromisso este que assumimos desde já. Já a terceira seção – Município em Juízo – dedica-se a comentar e citar importantes decisões judiciais que interessam ao Município de Porto Alegre e aos demais municípios que enfrentam problemas similares.

No momento em que nosso Prefeito, José Fortunatti, é também o Presidente da Frente Nacional

dos Prefeitos, apresentamos esta Revista como uma importante ferramenta para sustentação do debate jurídico dos municípios brasileiros, em especial daqueles que têm o compromisso em praticar a Carta Constitucional que preconiza a autonomia municipal em um federalismo com entes federativos com responsabilidades compartilhadas.

Boa leitura!

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

## **APRESENTAÇÃO**

### **CENTRO DE ESTUDOS DE DIREITO MUNICIPAL**

O Centro de Estudos de Direito Municipal - CEDIM – tem entre suas atribuições a publicação da Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre.

Para esta edição, o Conselho Editorial selecionou artigos de colegas procuradores municipais e de um convidado especial, um filósofo e sociólogo italiano, o Doutor Raffaele De Giorgi, eminente Professor da Faculdade de Direito da Università Del Salento, Lecce Itália, que gentilmente autorizou a publicação de seu artigo em nossa Revista. O artigo foi utilizado como material de apoio em um seminário com ele desenvolvido, a convite do CEDIM em parceria com a Escola Superior de Direito Municipal – ESDM, no ano de 2011. O artigo, originalmente escrito em italiano, foi traduzido pela colega Eleonora Braz Serralta e versa sobre Administração Pública e Risco, tema estudado pelo autor e Nicklas Luhmann com profundidade.

Os trabalhos dos colegas que compõem a Revista foram selecionados a partir de critérios técnicos, bem como da diversidade das temáticas propostas, a fim de propiciar uma abordagem de várias áreas do direito em que a PGM atua. Desse modo, temos artigos abordando temas múltiplos, auxiliando a difundir o direito municipal, a Constituição aplicada, os desafios contemporâneos do direito público. A PGM, por meio do Fundo de Reaparelhamento, tem custeado cursos de aperfeiçoamento, especializações, mestrados e doutorados visando qualificar os procuradores. Acompanhar o seu tempo é uma das tarefas das qualificações, na medida em que a velocidade da informação e das mudanças são tamanha que a defasagem é rápida. Exige desprendimento e esforço pessoal, além de incentivo institucional, elementos que precisam caminhar juntos e que estamos construindo. A tarefa de incentivar, viabilizar e financiar é uma das responsabilidades do CEDIM.

O ato de escrever, registrar ideias, representa um esforço intelectual que caracteriza os profissionais atuantes

no âmbito do direito. Ao escrever aprofundamos conteúdos, nos comprometemos com a tese sustentada, estabelecemos relações para o desenvolvimento das ideias. Escrever é um ato de criação que sintetiza e estrutura o conhecimento. É função daqueles que atuam na área exercer este mister, a fim de consolidar as ideias sustentadas. Por isso, um especial agradecimento aos autores dos artigos, pareceres e decisões comentadas na seção município em Juízo que compõe a Revista.

A Revista só se viabiliza com uma série de fatores internos e externos, mas a mobilização dos colegas é o fio condutor que resgata sua importância e indica a sua função. Um agradecimento aos colegas Andrea Vizzotto e Gamaliel Borges, que deram início a retomada da Revista da PGM, e aos colegas que compõe a Comissão da Revista - Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira, Cristiane da Costa Nery, Carmem Lucia de Barros Petersen, Laura Antunes de Mattos, Maria Etelvina Bergamaschi Guimaraens, Carin Simone Prediger -, pois sem eles não teríamos o conteúdo ora apresentado. À assistente Janaína Hernandez Marques que puxou para si a tarefa de finalização, conferência, formatação, e todos mais que viabilizam recebermos impressa uma Revista, meu especial agradecimento.

A todos boa leitura. Desde já registrando que a Revista 26 deve circular em breve.

Vanêscia Buzelato Prestes  
Procuradora Coordenadora do CEDIM



José Fortunatti  
**Prefeito**

Sebastião Melo  
**Vice-Prefeito**

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

Gamaliel Valdovino Borges  
**Corregedor Geral**

José Adão Figueiredo dos Santos  
**Corregedor Geral Adjunto**

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

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

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

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

**Assessoria para Assuntos Especiais e Institucionais**

Roberto Silva da Rocha (Chefe)  
Carlos Eduardo da Silveira  
Cauê Vieira  
Gil Almeida (GP)  
Juliana Bento Cucchiarelli (ASSEJE/GVP)  
Luis Maximiliano Leal Telesca Mota (Unidade Brasília)  
Maurício Cunha  
Rodrigo Carvalho Neves (ASSEJE/GVP)  
Simone Somensi  
**Gerência de Aquisições Especiais**  
Claudia de Aguiar Barcellos (Chefe)  
Ariza Trindade Tavares  
Carolina dos Passos

**Gerência de Precatórios e Contencioso Administrativo**

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

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

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

**Procuradoria de Pessoal Estatutário**

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

**Procuradoria de Assistência e Regularização Fundiária**

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

**Procuradoria da Dívida Ativa**

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

**Procuradoria de Licitações e Contratos**

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

**Procuradoria de Patrimônio e Domínio Público**

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

**Procuradoria de Pessoal Celetista**

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

**Procuradoria Municipal Especializada do DMLU**

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

**Procuradoria de Serviços Públicos**

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

**Procuradoria de Urbanismo e Meio Ambiente**

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

**Procuradoria Tributária**

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

**Procuradoria Municipal Especializada do DMAE**

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

**Procuradoria Municipal Especializada do DEMHAB**

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

**Procuradoria Municipal Setorial da SMS**

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

**Procuradoria Municipal Setorial da SMTE / SMACIS**

Caroline Germano Álvares da Silva Schwanck

**Procuradoria Municipal Setorial da SMURB**

Anelise Pires Andrade  
Juvenal de Melo Soares  
Letícia Stronge Pires

**Procuradoria Municipal Especializada do PREVIMPA**

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

**Procuradoria Municipal Setorial da SMA**

Adriana Schaefer de Azevedo  
Luis Felipe Carvalho Soler  
Paula Carvalho da Silva Kleinowski

**Procuradoria Municipal Setorial da SMAM**

Aline dos Santos Stoll

**Procuradoria Municipal Setorial da SMC**

Thais Astarita Soirefmann (Chefe)  
Denise de Oliveira Barreiro

**Procuradoria Municipal Setorial da SMDH e****Procuradoria Municipal Setorial da SMSEG**

Carlos Rogério Guedes Pires

**Procuradoria Municipal Setorial da SMED**

Líbia Suzana Garcia da Silva

**Procuradoria Municipal Setorial da SMF**

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

**Procuradoria Municipal Setorial da SMGES**

José Rodrigues Moreira  
Ricardo Cioccarri Timm

**Procuradoria Municipal Setorial da SMGL**

Carolina Fratin Kreling Valeiro (PSP)

**Procuradoria Municipal Setorial da SMIC**

Alexandre Azambuja Guterres

**Procuradoria Municipal Setorial da SMJ / SMF**

Rodrigo Lagaggio Rosa

## SUMÁRIO

### ARTIGOS E ESTUDOS

A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA SOCIEDADE COMPLEXA ..... 17

Raffaele De Giorgi

OS CONSELHOS MUNICIPAIS NAS CONTROVÉRSIAS JURISPRUDENCIAIS DO TJRS E STF DOS ÚLTIMOS CINCO ANOS..... 35

Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira

CONTRATAÇÃO DIRETA PARA EXECUÇÃO DE OBRA DE RESTAURAÇÃO DA ESTRUTURA DO MERCADO PÚBLICO ..... 59

José Adão Figueiredo dos Santos

AÇÕES AFIRMATIVAS PARA CANDIDATOS AFRO-BRASILEIROS EM CONCURSOS PÚBLICOS MUNICIPAIS ..... 65

Líbia Suzana Garcia da Silva

A CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E A CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO NO BRASIL E NA COLÔMBIA: UM ESPAÇO COMPARATIVO ..... 122

Marcelo Dias Ferreira

UMA BREVE REFLEXÃO SOBRE O CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS DISCRICIONÁRIOS..... 143

Patrícia Dornelles Schneider

A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO: O CASO DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988..... 151

Rafael Vincente Ramos

## **PARECERES**

IMPOSSIBILIDADE DE DEFINIR CARGA HORÁRIA E PAGAR HORAS EXTRAS AOS DETENTORES DE CARGO EM COMISSÃO..... 173

Carmen Regina Vilar Dugacsek

CONSELHO MUNICIPAL DA SAÚDE. ATRIBUIÇÕES E LIMITES DELIBERATIVOS..... 185

Clarissa Cortes Fernandes Bohrer

PLANEJAMENTO E GESTÃO URBANA. PLANO DE INCENTIVO ÀS TRANSFERÊNCIAS DE POTENCIAL CONSTRUTIVO PARA OBRAS DA COPA DO MUNDO DE 2014. ÍNDICE VERDE..... 199

Andrea Teichmann Vizzotto

PARECLAMENTO DO SOLO. DESMEMBRAMENTO DE GLEBA. REGISTRO DE ÁREA PÚBLICA. .... 213

Ana Luísa Soares de Carvalho

CRÉDITO TRIBUTÁRIO. CONTROLE DE DÉBITOS PRETÉRITOS VINCULADOS A IMÓVEIS ARREMATADOS..... 231

Ricardo Felipe Campos de Mello

EXTENSÃO DO ABONO SALARIAL PARA MÉDICOS CEDIDOS PARA O MUNICÍPIO E TRABALHANDO NO HPS. POSSIBILIDADE. .... 245

Heron Nunes Estrella

PROGRAMA MINHA CASA MINHA VIDA. CONCESSÃO DE INCENTIVOS URBANÍSTICOS. OBRIGATORIEDADE TERMO DE COMPROMISSO. LEI MUNICIPAL N. 636/10. .... 262

Vanêsa Buzelato Prestes

PROGRAMA MINHA CASA MINHA VIDA. REDUÇÃO DE  
PERCENTUAL DE ÁREAS DE DESTINAÇÃO PÚBLICA E  
CONVERSÃO DE ÁREAS. MOTIVAÇÃO. .... 283

Ana Luísa Soares de Carvalho

EXTENSÃO DE VANTAGEM E APLICAÇÃO DO  
ESTATUTO ..... 309

Heron Nunes Estrella

## **MUNICÍPIO EM JUÍZO**

PENHORA ON LINE. EXECUÇÃO FISCAL ..... 333

Giovani Kerber Jardim

COBRANÇA DE TARIFAS DIFERENCIADAS DO SERVIÇO  
DE FORNECIMENTO DE ÁGUA ..... 345

Patrícia Dornelles Schneider

Adriana Carvalho Silva Santos

REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA. REGISTRO DE  
USUCAPIÃO ..... 377

Maria Etelvina Bergamaschi Guimaraens

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PERMISSÃO DE TÁXI.  
INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO ..... 384

Carlos Eduardo da Silveira





# ARTIGOS E ESTUDOS



# A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA SOCIEDADE COMPLEXA<sup>1 2</sup>

Raffaele De Giorgi<sup>3</sup>

## 1 Compreender a complexidade

Em uma esplêndida página, na qual narra si mesmo, Garcia Marquez diz que a possibilidade de escrever um romance depende da primeira frase. Quando se consegue encontrar a primeira frase o romance se escreve por si só. Hegel, que poderia ter escrito o romance conclusivo da razão universal, dizia que o problema da lógica é o início. No meu caso, quando fui convidado a falar com os senhores sobre o tema desta conversa, percebi o mesmo problema, a mesma dificuldade. De onde começar a descrever um objeto, a sociedade complexa, que não tem início, porque constrói por si mesma as próprias origens, e no

---

<sup>1</sup> Artigo original em italiano. Tradução da Procuradora do Município de Porto Alegre, Dra. Eleonora Braz Serralta.

<sup>2</sup> O texto reproduz a prolação havida na inauguração da “Scuola di Alta Formazione per la Pubblica Amministrazione, Università degli Studi di Lecce, ISUFI” em 12 de dezembro de 2003. Não trouxe nenhuma variação e não integrei o conteúdo com notas explicativas ou de natureza só bibliográfica, porque nesse caso deveria ter transformado o tom coloquial e descritivo da argumentação e o teria pesado de remissões talvez úteis, mas aborrecedoras para a leitura. Ao final do texto forneci algumas referências bibliográficas essenciais.

Exprimo minha gratidão ao Max - Plank-Institut für europäische Rechtsgeschichte pela maravilhosa hospitalidade que me permitiu um grande período de estudos durante o qual este breve trabalho foi escrito. Agradeço a Michael Kempe e Francesco Calabro, com os quais discuti muitas vezes as possibilidades de atingir melhor clareza na apresentação de pensamentos complexos e carregados de pressupostos.

<sup>3</sup> Professor de Teoria Geral do Direito, Sociologia Geral, Filosofia do Direito, Departamento de Estudos Jurídicos, Faculdade de Direito, Università degli Studi di Lecce. E-mail: [degorgi@ateneo.unile.it](mailto:degorgi@ateneo.unile.it).

seu interior, a administração pública, isto é, outro objeto, que autoconstrói de tanto em tanto a sua história?

Sem um início e sem um fim não tem narrativa, não tem descrição. Pensei, então, em uma imagem que se encontra em uma ópera de Dürrenmatt, que tem por título “Stoffe”, ou seja, Materiais, mas também composições, argumentos, objetos, elementos. O que nós chamamos História do mundo escreve Dürrenmatt, se parece em um primeiro momento a um olhar lançado à nebulosa de Andromeda. Também ela está inatingível, no passado, dois milhões e meio de anos atrás, a luz que avistamos partiu aos primeiros albores da humanidade, nem mesmo ela se pode interpretar sem as cadeias de deduções sobre as quais se baseiam os conhecimentos astronômicos... A nebulosa de Andromeda continua a ser uma imagem de uma imagem, propriamente falando uma lembrança, ainda mais que nós não vemos apenas ela, mas também nossa via láctea, em cujo centro está situado também ele no passado, mesmo que se trate de um passado bem diferente, um passado de trinta mil anos atrás... Nós não somos circundados do passado, mas sim de tantos passados, de um mundo de “imagens da memória” que se ultrapassam e se entrelaçam. No entanto, nós observamos o presente. Só no presente vemos aquilo que vemos. Como observadores não podemos escapar de dois paradoxos. O primeiro é este: que o presente que cremos ver, na realidade é passado. O outro paradoxo é este: que a realidade que vemos, na verdade é uma construção da astronomia. Aquilo que não vemos e aquilo que vemos é uma construção. No entanto, se os passados se anulassem, o universo se precipitaria sobre nós.

Essa imagem me dá o horizonte cognitivo pelo qual tento determinar um início da descrição. Falaremos

de sociedade, de complexidade, de política, de Estado e de Administração Pública. Ou melhor: tentaremos fazê-lo recorrendo a este início da cognição, a esta colocação cognitiva. Com uma consciência dúplice: que quanto mais o horizonte se distancia, mais a ele nos aproximamos, e que como dizia Luhmann, tudo começa com o já começado.

## **2 A comunicação social na evolução das sociedades contemporâneas**

Também a sociedade contemporânea começa tendo já sido começada. Em outros termos, esta sociedade é o resultado de si mesma. Ela não brota de um projeto racional, mas das operações que constituem a sua estrutura. Estas operações são comunicações sociais. O caráter social dessas comunicações é dado ao fato que elas têm como seu correlato o horizonte da experiência interior que é experiência das possibilidades de constituição do horizonte de outras experiências interiores. Esse horizonte é o mundo. A sua constituição é concomitante à diferenciação da sociedade. Esse mundo se desconcretiza e delimita os confins da sociedade como confins de uma socialidade que se reproduz a partir de si mesma. Sociedade, como universo da comunicação social, produz só sociedade. O mundo se expande com a expansão da sociedade, isto é, com a expansão das possibilidades de produzir comunicação social. O que se produz através da produção de sociedade é sentido, ou seja, determinação que fixa uma possibilidade e reenvia a outras.

Por meio da produção de sentido a sociedade se atualiza continuamente, e continuamente se potencializa. Por isso a sociedade não termina não se conclui, como um projeto que se realiza. Mas por isso,

aquilo que é improvável torna-se continuamente possível por si só. Chamamos de evolução o mecanismo em virtude do qual esta transformação se realiza. A evolução não para. Evolui ela mesma. Isto é, torna-se incalculável baseado na experiência do próprio passado. A sociedade, em outros termos, torna-se imprevisível por si. Disso surgem consequências relevantes. O mecanismo da produção de sentido torna evidente o fato de que aquilo que aparece como realidade é, em realidade, somente resultado de seleção. O que se seleciona como realidade é apenas uma parte daquilo que é possível. O que acontece, o evento, poderia ter sido diferente de como é. Isso significa que a experiência da realidade é sempre uma experiência da contingência da possibilidade de alguma outra coisa. Mas significa também que para cada seleção da realidade produzem-se novas possibilidades sobre as quais antes não era possível pensar-se. A sociedade, então, é a estrutura de uma ordem autossustitutiva da seletividade das suas operações. Uma ordem que não tem como sua alternativa a desordem, exatamente porque é autossustitutiva. E, como as possibilidades de junção entre as operações daquela estrutura são seletivas, a sociedade é a estrutura de um sistema complexo. Com efeito, complexidade significa coação à seleção: significa que as conjunções possíveis da comunicação social excedem o espaço restrito daqueles que se realizam; que cada evento reduz o espaço daquilo que é possível e o expande ao mesmo tempo. E, como o horizonte da comunicação social é o mundo, chamamos de sociedade do mundo a estrutura do sistema que o trata como seu correlato. Sociedade do mundo, escreveu Luhmann, é o produzir-se, o acontecer, o verificar-se do mundo da comunicação.

### **3 As técnicas de controle nas sociedades hierárquicas e naquelas complexas**

Na sociedade do mundo a complexidade pode ser tratada, elaborada, entendida só pela emergência de ordens redutivas de tipo heterárquico, isto é, de ordens que não toleram nem um centro, nem uma periferia. Essas ordens se produzem por diferenciação interna da sociedade na sociedade e se especificam com base em funções que constituem soluções de problemas sociais. Na sociedade não há um lugar privilegiado de representação da inteira sociedade e, portanto, não há um lugar de controle e guia. A ordem do mundo não é uma condição possível, mas uma ameaça grave e absurda. Essa sociedade não tolera hierarquia. A sua estrutura não admite mais identidade, mas experimenta diferenças. Isso se vê claramente na dimensão temporal da produção de sentido. Nessa dimensão a contingência do possível caracteriza de modo dúplice a experiência do mundo. Com relação ao presente a contemporaneidade dos eventos torna o mundo inobservável, justifica a construção de ordens altamente redutivas e motiva a sua contínua revisão. Com respeito ao futuro, a contingência se manifesta na forma de um futuro aberto, no qual tudo é possível e, portanto, se manifesta na forma de um horizonte do não saber. Esse caráter do futuro torna obsoleto qualquer significado do passado como reserva de saber e, logo, como referência plausível para a construção de expectativa no presente. A essas condições, o vínculo do futuro é só possível agora na forma do risco, a cuja alternativa, claro, não é a segurança, mas outro risco, sem que se saiba qual. Risco é o necessário não saber de cada saber. E, portanto, quanto mais se incrementa o saber, mais se incrementa o risco.

Outras sociedades tinham conhecido outras formas da sua diferenciação interna e tinham construído hierarquias porque dispunham de lugares da representação da sociedade na sociedade. Aquelas construções que tinham tornado possível uma vantagem evolutiva do ocidente, agora se revelam como impedimentos evolutivos. A diferença estrutural mais marcada é constituída de um deslocamento da centralidade das estruturas normativas em direção a estruturas cognitivas de organização da experiência possível. Isto é, deslocou-se a orientação da vantagem evolutiva. Ela passa àqueles sistemas sociais que são estruturados com base em uma ordem cognitiva. O sistema da ciência, por exemplo, a economia, o direito positivo, a política, apresentam cada vez mais a prevalência de caracteres cognitivos. A essas condições torna-se necessário desenvolver técnicas de controle da contingência. Sociedades (com) estrutura hierárquica e centralizada dispunham de técnicas experimentadas deste controle: o direito natural, a propriedade, a escassez de recursos, a classe social, a diferença na qualidade dos indivíduos, a exclusão do acesso à comunicação social. Na sociedade do mundo aquelas técnicas tornaram-se obsoletas. A sua capacidade de vincular o futuro tende a desaparecer. Esta sociedade não pode mais manter a velha centralização na distribuição das possibilidades de acesso à comunicação social. Ela opera baseada na inclusão de todos nos singulares sistemas sociais diferenciados. São esses sistemas que distribuem essas possibilidades e as formas do relativo condicionamento, e desse modo reduzem a complexidade a um formato acessível à experiência. Esses sistemas, no entanto, não podem comunicar-se entre si nem tampouco com o ambiente. Estabilizam-se assim estruturas seletivas que tornam

possível essa comunicação. São estruturas que realizam uma particular sincronização entre as temporalidades dos sistemas singulares, uma particular coordenação, uma particular estabilização das expectativas. São estruturas que constroem uma sua própria temporalidade, que elaboram informações do ambiente, que absorvem insegurança. Estruturas que processualizam decisões. Essas estruturas são as modernas organizações. A administração pública é uma organização dentro do Estado que é uma organização do sistema político.

#### **4 A teoria cognitiva das organizações na sociedade moderna**

No início dos anos 1800, Saint Simon escrevia: “A filosofia do século passado foi revolucionária. A filosofia do século XIX deve ser organizadora”. Fazia-lhe eco Augusto Comte, que difundia a expectativa de cientificidade, positividade e sociologia como requisito da construção da ordem da nova sociedade. Organização vinha entendida e praticada como ordem das partes em um todo que fosse alguma coisa a mais que a soma das suas partes. Essa ideia de ordem se realizava na sequencialização dos processos produtivos e na organização econômica da divisão do trabalho. Todavia desenvolviam-se logo atitudes de insatisfação contra a presumida racionalidade formal dessas formas de organização e recorria-se, como reparo frente ao desumano cálculo racional, às necessidades de socialidade, solidariedade, comunidade. As palavras de ordem contidas nos conceitos de Tönnies, as preocupações de Max Weber e o insucesso daqueles velhos instrumentos conceituais, junto à expansão das organizações na sociedade moderna, forçam-nos a

reelaborar o conceito de organização e a reformulá-lo na perspectiva de uma teoria da sociedade moderna, entendida como estrutura de um sistema altamente complexo.

As preocupações dos velhos teóricos eram voltadas à necessidade de emancipar as organizações dos vínculos sociais que os ligavam a redes externas da comunicação social: o privilégio, o favor, o poder econômico e o poder político. A diferenciação moderna realizou e estabilizou aquela emancipação: não baseada em uma racionalidade formal e abstrata, mas sim com base em uma específica racionalidade organizativa. Por isso hoje podemos observar e descrever as organizações como aquisições evolutivas da sociedade moderna e considerá-las com base em suas funções que se realizam em virtude de uma estrutura particular e de processos particulares.

As organizações diferenciam-se de sociedade como estruturas de sistemas sociais que substituem dependências externas por dependências internas. Eles se diferenciam no interior da sociedade e produzem sociedade por meio da processualização de decisões. Em realidade as organizações são sistemas sociais que tornam acessível à complexidade do mundo, porquanto a reduzem através de um dispositivo que substitui a insegurança por uma segurança autoconstruída. A estrutura das organizações é constituída por programas decisoriais que tornam possível a produção de decisões baseadas em decisões. A sequência das operações que se situam por meio das organizações junta decisões passadas a decisões futuras de modo que uma decisão é tomada sobre a base de outra e se torna pressuposto de outra ainda. A indeterminação que assim se produz se generaliza e se especifica ao mesmo tempo. Ela pode ser tratada porque, como dissemos, é

autoproduzida e, portanto, é objeto de expectativa. As organizações, então, produzem possibilidades de decisões que diversamente não estariam disponíveis. O sistema que assim se diferencia apresenta uma característica particular: ele é constituído da reprodução dos seus produtos. Tudo, na organização, é tratado como produto de decisões efetuadas pela organização. Incluída a própria origem da organização. As organizações são sistemas que vinculam o futuro de modo que são ligadas aos programas que constituem a sua estrutura e que, por serem elas mesmas decisões que constituem premissas decisórias, podem ser também elas, por sua vez, transformadas. O vínculo do futuro se realiza, então, com base em operações que, por se efetuarem relativamente a alternativas, de qualquer maneira bifurcam o futuro que vinculam. E, portanto, deixam-no aberto, mesmo que o determinem. A insegurança do mundo se determina e se distribui nas seguranças internas das organizações que exibem neste formato reduzido a insegurança de fundo.

Tomando-se a expressão de Simon, as organizações são estruturas de absorção da insegurança. Elas realizam uma racionalidade específica e por isso têm necessidade de recursos externos de legitimações. A sua racionalidade não se adequa a critérios externos de racionalidade. Nas decisões a racionalidade não aparece mais como uma das alternativas disponíveis. Ela é sempre o terceiro excluído. A racionalidade das organizações não pode ser imposta de fora. Nem mesmo do sistema social que, no seu interior, organiza as suas organizações. O sistema social pode desfrutar a racionalidade das suas organizações. Pensemos, por exemplo, ao sistema da educação e às suas organizações, como a escola ou a universidade e às organizações que, como caixas dentro

de caixas, se diferenciam no seu interior. Uma classe, por exemplo, ou um conselho de faculdade. Um sistema social não se pode organizar. Mas, às condições de produção da complexidade na sociedade moderna, ele não opera sem organizações que realizem possibilidades, antes impensáveis, da comunicação com o ambiente externo e com aquele interno. A estrutura das organizações, a forma de organização das suas premissas decisionais, os caracteres da sua racionalidade, determinam o nível de complexidade que pode ser atingido em uma sociedade.

As organizações coevoluem com a estrutura da sociedade na qual se diferenciam e na qual tornam possível tratar o ambiente de modo que os sistemas de funções não possam mais praticar. Esses sistemas, de fato, operam com base na inclusão universal de todos. A sociedade do mundo não pode excluir ninguém da comunicação social. Todos devem poder ser incluídos. As organizações, ao invés, operam com base na distinção entre membros e não membros da organização. Desse modo elas podem praticar a exclusão ou a inclusão. Pensemos, por exemplo, na invenção da cidadania como técnica de reintrodução daquela distinção no interior do sistema da política. Mas também às cláusulas de admissão à universidade ou às técnicas de represamento durante os anos de curso.

Uma última consideração. Quando dizemos decisões, não nos referimos ao processo psíquico com base no qual se forma uma vontade. A consciência ou a representação do indivíduo tem, seguramente, outro papel. Mas não é esta função que é decisiva. Ela pode ser, mas pode também não emergir. O que é decisivo é que a decisão seja efetuada como comunicação e que, a operação de comunicação, na organização e por meio da organização, seja entendida como decisão. Como

decisão planejada, querida, evitada, efetuada, diferida, extorquida, comprada. Mas sempre como decisão produzida com base em premissas que são também essas decisões. Essa estrutura do entroncamento entre operações decisórias deixa emergir o paradoxo da decisão, que é sempre a unidade de uma dualidade e a consequente função do tempo das organizações.

A partir das considerações que desenvolvemos, deveria estar claro o motivo pelo qual as organizações realizam uma função iniludível de redução da complexidade: esta função é ligada à sua capacidade cognitiva. As organizações podem aprender elaborar informações do ambiente, reagir às reações do ambiente com relação a ele, mas, em particular, elas podem aprender por si mesmas, usar como *input*<sup>4</sup> os seus mesmos *output*.<sup>5</sup> As organizações podem se constituir como máquinas complexas, evitando assim bloquearem-se na realização de um escopo. Como acontece, por exemplo, com o Estado, quando se torna despótico e se transforma em regime.

## **5 O sistema da política e as organizações institucionais**

Na sociedade do mundo também o sistema da política tem como seu correlato o mundo. Na única sociedade, que é exatamente a sociedade do mundo, o sistema da política se especifica através da monopolização da mídia da comunicação universal, que é o poder. Na evolução da política a monopolização do poder funda-se inicialmente na necessidade de ativar poder para excluir poder. O paradoxo se resolve por meio da distinção de poder legítimo e de poder não

---

<sup>4</sup> Palavra *input* do inglês, usada no original.

<sup>5</sup> Palavra *output* do inglês, usada no original.

legítimo. Legítimo é o poder que se funda sobre um direito ao poder. A constitucionalização da política e do direito conclui o processo de autofundação do poder sobre o direito ao poder. A política então se assume a tarefa de encontrar recursos materiais de legitimação do poder. E como a comunicação social que se produz por meio do poder é comunicação de decisões coletivamente vinculantes, o sistema da política se especifica como sistema que torna disponível a capacidade de produzir decisões coletivamente vinculantes.

Essa capacidade, por sua vez, requer uma específica, reconhecida, plausibilizada capacidade de comunicação coletiva. Específica, porque exclusiva do sistema da política, especificada na reprodução do caráter político da comunicação; reconhecida, porque tornada objeto de expectativas difusas e tidas como legítimas; plausibilizada, porque submetida a condicionamento e regulabilidade. Em outros termos, para poder absolver a sua função social, a política deve organizar-se. No interior do sistema político a evolução diferencia organizações. A organização central do sistema político se chama Estado. A política assume assim uma forma específica que a vincula inevitavelmente à sua organização centralizada. No interior dessa organização diferenciam-se outras organizações que dotam o sistema político de uma imensa capacidade comunicativa.

O Estado, como organização, torna-se assim destinatário e autor da comunicação política, mas a política não se exaure e não se confunde com o Estado. O Estado fornece ao sistema da política do mundo um destinatário territorialmente delimitado, um nome, uma estrutura de condicionalização da comunicação, uma referência operativamente eficaz da monopolização do

poder, uma referência capaz de evitar o recurso contínuo à força por meio da contínua ameaça de se recorrer ao uso da força. Dentro do sistema político, a organização centralizada do Estado resolve o problema do fechamento autorreprodutivo da política, porquanto permite ao sistema realizar a produção de suas próprias decisões baseada nas suas próprias decisões. A abertura do sistema em direção ao ambiente é garantida pela invenção da representação política. Mas por isso o ambiente deve ser tratado como povo, esta última invenção que remonta ao final do século XVIII.

Com relação ao Estado todas as outras organizações da política produzem prestações do tipo acessório: elas são locais de produções de temas, de representação de interesses, de politização de conflitos, de canalização da comunicação social que poderá ser tratada como material, como recurso, como sustento da comunicação política. Na forma, entende-se, decisão/não decisão. O Estado, então, no seu interior, é só organização à qual se referem todas as organizações do sistema da política, incluída a própria organização do Estado. Essa diferenciação interna é absolutamente irrelevante para o exterior do sistema. No exterior o Estado faz as funções de centro de atribuições da responsabilidade política e, para que tal atribuição possa ser efetuada, é suficiente que venha reconhecida a sua capacidade de fazer valer o seu poder. Como essa capacidade se possa realizar é questão irrelevante, é uma questão interna.

A diferenciação interna ao sistema da política realiza o esquema da distinção de centro e periferia e permite ao sistema atingir altos graus de complexidade estruturada, manter junta a unidade do sistema e a sua complexidade, multiplicarem as organizações na periferia sem perder nada do potencial de dispor de

comunicação centralizada, isto é, da capacidade de usar a distinção de decidir/não decidir. A multiplicação das organizações incrementa, em outros termos, a complexidade que o sistema da política pode elaborar; a sua capacidade de confrontar-se continuamente com os problemas que eles mesmos produzem; de operar continuamente para o controle da própria instabilidade. Uma instabilidade entende-se, que é produzida do sistema no seu interior. Diferenciação organizativa, autoestabilização da política e incremento da complexidade que o sistema pode elaborar, costuma chamar-se democratização da política. A democratização da política concorre de modo decisivo a diferenciação de política e administração pública e em particular a estrutura da organização da administração pública.

## **6 A administração pública e a sua organização**

Uma administração é um sistema social de comportamentos organizados. A diferença de outras organizações, o agir da administração consiste no fato que ele produz decisões e comunica decisões que vinculam o destinatário. A administração pública é a administração do sistema político que dispõe da legitimação para produzir decisões vinculantes em confronto a todos os destinatários. Ela é um sistema social da distribuição de poder legítimo e formalizado. Este sistema pode ser identificado pelo fato que, em um universo extremamente complexo, mantém constante uma ordem construída com base em decisões e dotada de complexidade reduzida e acessível. O caráter da decisão é constitutivo da redução da complexidade porque fixa determinações no âmbito de possibilidades

diversas. Um potencial limitado que se adéqua, por meio de sua seletividade, a um universo complexo. As decisões são tomadas com base em pontos de vista pré-fixados. Trata-se de normas, de valores, de objetivos, de procedimentos que são usados como premissas decisoriais e que funcionam como estrutura para o processo decisório. Eles constituem os programas decisoriais com base nos quais opera a administração. Nesse sentido o trabalho administrativo é um trabalho programado. Naturalmente, isso não significa absolutamente que a atividade seja predeterminada nos seus resultados; tampouco que os resultados possam ser fixados de modo unívoco. Significa apenas que o trabalho da administração é liberado de considerações que vão além do ponto de vista da seleção fixada nas premissas e que o processo decisório não se produz na indeterminabilidade. As premissas decisoriais reduzem o espectro das possibilidades que devem ser consideradas e, deste modo, absorvem insegurança. Reduzem a complexidade. O sistema social assim estruturado é um sistema da comunicação de decisões. Ele elabora informações que recebe do ambiente e as transfere como resultado a outros lugares ou sistemas. A informação é fornecida ou como estrutura generalizada por meio de premissas decisoriais, ou então como motivo do ambiente. Isso libera o sistema de um controle contínuo do fluxo de informações e, ao mesmo tempo, de uma dependência direta do ambiente. Imissões e emissões do fluxo de informações funcionam reciprocamente como ponto de vista da seleção. Deste modo o sistema opera dentro de confins determinados de variações. A administração busca as suas informações no âmbito das suas possibilidades de comunicação e, ao mesmo tempo, busca as

comunicações no âmbito das suas possibilidades de informação. Assim a administração constrói os seus confins de modo autônomo.

A organização da administração é uma forma específica de auto-organização. Essa forma depende por sua vez da estrutura do programa que constitui a premissa decisional. O programa pode fixar determinadas informações como condição da escolha de determinadas comunicações; ou então pode fixar determinadas comunicações como invariantes e prever para isso a busca das informações relevantes. No primeiro caso, trata-se de programas que se costumam chamar programas condicionais, no segundo caso de programas de escopo. Em ambos os casos a administração produz, elabora e processualiza uma racionalidade autoconstruída e transforma irregularidade em regularidade, dependência em autonomia.

## **7 A programação política e a planificação racional**

A diferenciação de uma administração pública no interior do sistema político torna possível a especificação de uma racionalidade política exclusivamente vinculada à elaboração política dos temas que a comunicação social, por meio da opinião pública, isola como temas relevantes. Na base desta especificação de uma política no sistema político, o domínio político opera como uma máquina racional, como uma máquina histórica ou, querendo, como uma máquina complexa. Isto é, a política pode programar a si mesma e confiar a elaboração das suas perspectivas inconsistentes à racionalidade interna da organização da administração pública. Imunizada do contato direto com o ambiente, a política, por meio da própria autofundação

como poder legitimado no seu exercício, pode ativar um domínio direto. A democratização da política, para a qual a diferenciação da administração pública constitui um pressuposto imprescindível, então, significa somente que as premissas decisórias com base nas quais se realiza a manutenção da capacidade de tomar decisões coletivamente vinculantes, são premissas decisórias elaboradas dentro do sistema e não mais fora dele. Significa, pois, que a sintonização dessas premissas com o ambiente é produzida na organização que se chama justamente administração pública. Significa, por último, que o risco desta forma de redução da complexidade é um risco ao qual responde a política.

A presença da administração também nos vértices do sistema torna possível uma autorreferência negativa do poder: o uso do poder para eliminar poder. Também esta autorreferência vem denominada democracia. A racionalidade da produção de legitimidade na qual se especifica a política encontra a sua confirmação na aplicação daquela legitimidade por meio da administração pública, a qual testa no ambiente a consistência do apoio político que lhe foi tornado disponível. A racionalidade das operações da administração pública depende da capacidade da organização de se auto-organizar imunizando com relação à repolitização das suas estruturas. Uma planificação racional da organização é possível se a organização pode estruturar os próprios processos decisórias de modo a aprender por si própria. Critérios oportunistas desse tipo, que combinam programas de escopo e programas condicionais, reforçam a estabilidade da organização. Costuma-se chamar isso de eficiência.

Seja como for, o problema mais relevante para a administração, pela sua capacidade de reduzir

complexidade, permanece sendo a diferenciação do ambiente, em particular da política da política, das formas do seu recrutamento de legitimidade. A política impolítica da administração não pode resolver os problemas insolúveis da política. Ela pode ocupar-se somente dos problemas resolvível da sua organização.

Quando dizem que as instituições devem interagir com o território, penso que as resistências à forma da diferenciação são ainda difíceis de superar.

## OS CONSELHOS MUNICIPAIS NAS CONTROVÉRSIAS JURISPRUDENCIAIS DO TJRS E STF DOS ÚLTIMOS CINCO ANOS

Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira<sup>6</sup>

**Resumo:** O objeto deste estudo são alguns aspectos, como funções, integrantes e autonomia, dos conselhos municipais, que são parte da Administração Pública Municipal como locus de participação política e uma forma de controle social dos atos da Administração. A segunda parte deste trabalho traz uma análise de decisões judiciais naqueles aspectos apontados.

**Palavras-chave:** Conselhos Municipais. Controle Social. Função de Controle. Administração Pública Municipal. Decisões Judiciais

### Introdução

O objeto central do presente estudo<sup>7</sup> é papel dos conselhos municipais na Administração Pública e as controvérsias que têm sido submetidas ao Judiciário. O fundamento da ampliação das formas de controle da administração pública está na Constituição de 1988, ao destacar o princípio da democracia no Estado de Democrático de Direito, que pressupõe ativa participação política com instituições jurídicas adequadas que criem estes locus de participação da

---

<sup>6</sup> Graduada em Direito pela UFRGS. Mestre em Direito do Estado pela UFRGS. Doutora em Direito do Estado pela USP. Procuradora do Município de Porto Alegre. Professora na área de Direito Público na rede CNEC.

<sup>7</sup> A ideia do presente artigo foi originalmente apresentada no texto da autora: Controle social pelos conselhos municipais e controvérsias jurisprudenciais, publicado em 2007 na Revista da AJURIS n. 108, todavia apresenta-se aqui nova e atual pesquisa jurisprudencial com as conclusões pertinentes.

sociedade. O foco específico está na análise de jurisprudência, em especial junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul<sup>8</sup>, e ao Supremo Tribunal Federal<sup>9</sup>, de todas as decisões judiciais dos últimos 05 (cinco) anos, em que conste a expressão conselho municipal. A ideia é verificar se as controvérsias que chegam ao Judiciário estão em conformidade com a tarefa constitucional dos Conselhos Municipais.

## **1 Controle Social da Administração Pública pelos Conselhos Municipais**

### **1.1 Breve trajetória histórica do controle social pela participação política local**

Em Portugal, desde as cartas forais, está a origem<sup>10</sup> mais recente da organização jurídica municipal brasileira, com a existência de um órgão local composto por vários integrantes da comunidade, a fim de dirigir os negócios públicos. Estes conselhos tinham

---

<sup>8</sup> No TJRS, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no período de 31/5/2009 a 31/05/2014 foram julgados 75(setenta e cinco) acórdãos, dos quais 41(quarenta e um) são excluídos da presente análise pois, apesar de constar a expressão "conselho municipal" não trata diretamente de controvérsia relativa a este como instituição de controle social. A amostragem total foi obtida no site [www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br), acessado em 23.06.2014, a partir da busca com a expressão conselho municipal e apenas com restritor de data.

<sup>9</sup> O STF, Supremo Tribunal Federal, decidiu apenas 6 (seis) controvérsias em que consta a expressão conselho municipal, sendo que em duas delas (ADI 2999-1RJ e ADI2065DF) não se conheceu das ações diretas de inconstitucionalidade e outra (RE 61508BA) a expressão conselho municipal é usada no sentido histórico de município. Das 3 (três) decisões que restam para a presente análise, a mais antiga é o tradicional acórdão 19137 de 1968 sobre regulação de uso de praça pelo conselho municipal de esportes. A amostragem foi obtida no site [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br), acessado em 23.06.2014, a partir da busca com a expressão conselho municipal sem restritor de data.

<sup>10</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1990, p. 31 e seguintes e Jr. CRETILLA, José. *Direito Municipal*. São Paulo: LEUD, 1975.

independência em relação ao poder central para as questões municipais, nos termos da legislação dada pelas ordenações.<sup>11</sup>

No período colonial brasileiro<sup>12</sup> pode-se encontrar a mais ativa participação política da comunidade, eis que a distância com o poder central em Portugal e a política de colonização contribuiu para a auto-organização das comunidades municipais, muitas vezes de forma independente da legislação aplicável, das ordenações. A participação da comunidade era fundada em eleições para os membros do conselho local<sup>13</sup>, mas também de forma direta pela convocação de reunião e ainda por meio da instituição do procurador do povo.

A participação política permanece em linhas gerais no período imperial sem muitas rupturas<sup>14</sup>, mantendo-se eleições municipais pela Constituição de 1824. É com o crescimento de importância das províncias que vão diminuindo as funções daqueles conselhos, em especial a partir da Lei n. 16 de 1834.

A participação política por meio de eleições foi ampliada com a república, fruto de uma crescente concepção democrática das elites intelectuais

---

<sup>11</sup> Nesse sentido VILLA, Francisco Machado. *O Município no Regime Constitucional Vigente*. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1952, p. 8; e, ZENHA, Edmundo. *O Município no Brasil (1532 -1700)*. São Paulo: Instituto Progresso Editorial, [1950], p. 9-11.

<sup>12</sup> VILLA, op. cit., p. 10. Nesse mesmo sentido, referindo a importância das cartas de foral para o reconhecimento do autogoverno, ver GODOY, Mayr. *A Câmara Municipal e seu regimento interno*. 4. ed. São Paulo: LEUD, 1995, p. 4 e ZENHA, op. cit., p. 13.

<sup>13</sup> Que origina a Câmara de Vereadores atualmente.

<sup>14</sup> Conforme relatado por GODOY, op. cit., p. 16, bem como em BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 4. Ed. Brasília: OAB Editora, 2002, p. 87, em que se refere expressamente que as câmaras eram a "mais importante base de representatividade do poder da parte dos governados" e daí a necessidade de legitimação consensual pelas câmaras.

brasileiras, já desde o Império.<sup>15</sup> Os conselhos passam a serem as câmaras municipais, separando-se do poder executivo, responsabilidade do Prefeito, mas a estrutura da organização permanece sem alterações. A partir de então, pelo incremento populacional e pela crescente preocupação das elites com a política estadual e federal, a participação em nível local deixa, paulatinamente, de ter o mesmo relevo. A preocupação durante o período republicano em relação à participação política em nível local foi em relação ao voto: ampliando ou restringindo o direito de escolher os membros da câmara municipal e Prefeito.<sup>16</sup>

Com a Constituição de 1988, ampliou-se ao máximo o direito de voto no caso de vereadores e do prefeito eis que há escolha por eleições em todos os municípios brasileiros. Todavia, o movimento municipalista que influenciou essa constituição vigente também fez consolidar a posição do município como entidade da federação, com número considerável de competências.<sup>17</sup> É a atribuição das competências que aproxima o município da sua comunidade, pois relevantes tarefas são de sua responsabilidade e não de outras esferas da federação.

## **1.2 Os Conselhos Municipais e os Princípios da Constituição de 1988**

O fundamento, na Constituição de 1988<sup>18</sup>, da

---

<sup>15</sup> CARNEIRO, Levi. *Problemas municipais*. Albas: Rio de Janeiro, 1931, p. 33-38.

<sup>16</sup> VIANA, Oliveira. *Instituições Políticas Brasileiras*. Coleção Biblioteca Básica Brasileira. Brasília: Senado Federal, 1999, p. 317, e também VIANA, Oliveira. *O Idealismo na Constituição*. Rio de Janeiro: Terra de Sol, 1927, p. 25.

<sup>17</sup> Ver, em especial, arts. 18 e 30 da Constituição de 1988.

<sup>18</sup> Os conselhos municipais não existem por determinação expressa da Constituição de 1988, mas por decorrência do conjunto de ideias relacionadas à participação política e à democracia nos municípios fruto da

preocupação com outras formas de participação política em nível local, que não apenas por meio do voto, está na amplitude dos princípios relativos ao Estado Democrático de Direito em relação à democracia local, aliada ao relevante papel federativo do município. Nesse contexto destacam-se a descentralização federativa, a subsidiariedade e a formação do bem comum.

A descentralização federativa, como princípio constitucional, é adotada no sentido de criação de ordens descentralizadas com atribuição de tarefas constitucionalmente, isto é, os órgãos centrais do Estado possuem o mínimo de poder indispensável para desenvolver as próprias atividades. O papel do município, nesse contexto, é destacado.<sup>19</sup>

A subsidiariedade significa que tudo que a comunidade local puder realizar por si, deve lhe caber, exceto se for imprescindível a intervenção do município, cuja ação sempre será preferencial em relação à intervenção do Estado-membro e da União. A adoção desse princípio<sup>20</sup> leva, necessariamente, ao estímulo à participação da comunidade municipal nos assuntos públicos locais e na definição do interesse local, no pressuposto de que a proximidade com os problemas deve relacionar-se com o nível de tomada de decisões.<sup>21</sup>

---

doutrina constitucional. De fato, a constituição menciona apenas o conselho municipal de saúde. Todavia, nada obsta que sejam previstos na legislação local, desde sem ferir regra de competência expressa na Constituição.

<sup>19</sup> Ver, para mais, OLIVEIRA, Cristiane Catarina Fagundes de; FRANCISCO, Alessandra Gil. A Autonomia Municipal como Indicador do Grau de Descentralização do Estado Brasileiro nas Constituições de 1824, 1891 e 1988. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*. Porto Alegre: CEDIM, nov./2006, v. 20, p.73-90.

<sup>20</sup> Em relação à sua adoção na Constituição de 1988 ver: SOUZA Jr., Cezar Saldanha. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*. Porto Alegre: CEDIM, nov./2006, v. 20, p. 13-20.

<sup>21</sup> Ver, para mais, OLIVEIRA, Cristiane Catarina Fagundes de. Subsidiariedade e Administração Municipal. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*. Porto Alegre: CEDIM, nov./2006, v. 20, p. 21-28.

Além disso, a participação política da forma mais ampla possível é essencial para a realização da finalidade do município, o bem comum.<sup>22</sup> Como o bem comum não pode ser considerado o bem coletivo ou a mera soma dos bens individuais, ele somente é alcançado a partir da distribuição dos bens eleitos como prioritários, na forma de divisão escolhida pela própria comunidade, a partir do debate público e da participação política local. Pressupõe-se o debate político acerca da concretização das ações tendentes ao bem comum, o que seria inviabilizado se fosse ocorrer apenas a cada quatro anos, em período eleitoral. Por isso reitera-se a necessidade de outros espaços de participação.

### **1.3 Uma noção dos Conselhos Municipais e autonomia de suas funções**

Os conselhos municipais, em um sentido amplo, como integrantes da gestão pública local, devem ser considerados como: todo órgão colegiado, composto exclusivamente por membros da Administração Municipal ou composto também por membros da comunidade, com competências em determinadas matérias para função de opinar, deliberar ou controlar. As manifestações dos conselhos não substituem ou superam as decisões políticas das autoridades legítimas como Prefeitos e vereadores.<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> Ver, para mais, OLIVEIRA, Cristiane Catarina Fagundes de. *Tese de Doutorado: O Município brasileiro: Participação política e conselhos municipais*. Faculdade de Direito do Largo do São Francisco da USP. Junho de 2005, especialmente p. 64-70.

<sup>23</sup> Ver, para mais, OLIVEIRA, Cristiane Catarina Fagundes de. *Os Conselhos Municipais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Editora Nova Prova, 2005, p. 41-73, em que se examinam os conselhos municipais existentes em Porto Alegre. Desde a edição da Lei Complementar Municipal de Porto Alegre n. 661, de 7 de dezembro de 2010, são organizados 27 Conselhos Municipais em Porto Alegre.

A razão de ser dos conselhos municipais está em implementar a participação política e, por conseguinte, a democracia no plano local. A fim de identificar a inserção dos conselhos municipais no contexto da participação política é que se torna necessário verificar qual o modelo democrático da Constituição de 1988. A democracia representativa<sup>24</sup> é adotada e esta pressupõe um sentido de representação que possa ser adequado, em especial, ao nível local. Nesse sentido a representação deve ser relacionada à deliberação pelos mais prudentes, escolhidos pela comunidade local, e não os mais capazes tecnicamente ou mais fiéis na representação de interesses, bem como deve ser fundada na ideia de democracia como debate público, por meio do exercício da razão prática.<sup>25</sup>

A ideia de representatividade é importante porque será também relacionada aos conselhos municipais. Os conselhos municipais não são uma forma de democracia direta, ao contrário, baseiam-se no princípio da representação<sup>26</sup>, ainda que seja em muitos casos por indicação, e não por eleições, o provimento dos representantes. O modo geral de ingresso nos conselhos é por indicação de entidade ou associação.

Os conselhos municipais podem ser considerados integrantes da esfera pública, como lócus de debate político e de formação da opinião pública. A esfera pública é esse âmbito de debate com compromisso fundado no reconhecimento da condição de integrante da comunidade.<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup> Ver CAGGIANO, Mônica Hermann Salem. *Sistemas Eleitorais e Representação Política*. São Paulo, 1987.

<sup>25</sup> BARZOTTO, Luis Fernando. *A Democracia na Constituição*. São Leopoldo: UNISINOS, 2003.

<sup>26</sup> Ver, para mais, OLIVEIRA, ,2005, especialmente p. 70-81.

<sup>27</sup> Nos termos ARENDT, Hanah. *A Condição Humana*. 10. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

As funções dos conselhos municipais, portanto, são relativas à deliberação em sentido lato e à implementação da democracia no sentido de desenvolvimento da liberdade de expressão e formulação de preferências pela comunidade local a fim de contribuir para a formulação da opinião pública.<sup>28</sup>

## **2 Controvérsias Jurisprudenciais**

### **2.1 Composição dos Conselhos Municipais e sua Relação com o Poder Executivo**

Nesse ponto serão apontadas 15 (quinze) decisões do TJRS, do campo de pesquisa já referido total de 75 (setenta e cinco) decisões. São todas as decisões dos últimos cinco anos sobre conselhos municipais.

Inicialmente, em relação aos membros dos conselhos, destaca-se o caso relativo à determinação dos membros dos conselhos municipais pela lei municipal. É possível afirmar a unanimidade das decisões no sentido da impossibilidade de designação, por lei municipal, de representante do Ministério Público, da Brigada Militar, da Câmara de Vereadores, ou ainda por outro órgão estadual ou federal. O mais recente julgamento<sup>29</sup>, de 15/4/2013, é, no caso, paradigma para

---

<sup>28</sup> Ver, para mais, OLIVEIRA, op. cit., 2005, especialmente p. 82-93.

<sup>29</sup> Acórdão n. 70050963503, Tipo de Processo: Ação Direta de Inconstitucionalidade; Órgão Julgador: Tribunal Pleno Relator: Jorge Luís Dall'Agnol Comarca de Origem: Porto Alegre. Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MUNICÍPIO DE CANOAS. LEI MUNICIPAL QUE CRIA ATRIBUIÇÕES PARA INSTITUIÇÕES PÚBLICAS DE OUTRA ESFERA DA FEDERAÇÃO. INSERÇÃO DE MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DA DEFENSORIA PÚBLICA NO CONSELHO MUNICIPAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR - CODECON. AFRONTA AOS ARTIGOS 5º, 8º, "CAPUT", 108, PARÁGRAFO 4º, E 121 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL E ARTIGOS 2º, 30, INCISOS I E II, 127, PARÁGRAFO 2º, E 134 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRECEDENTES DO ÓRGÃO ESPECIAL.

as demais 05 (cinco) decisões<sup>30</sup> encontradas sobre o tema, e fica assente que a lei municipal não pode criar atribuições para membros de outras carreiras públicas. Exclui-se aqui a determinação de membros de entidades representantes da área, como o SENAC para o Conselho Municipal de Educação, conforme caso originário do Município de Rio Grande.<sup>31</sup> No mesmo sentido o caso de Conselho de Previdência.<sup>32</sup>

De outro lado, para reflexão acerca da estrutura dos conselhos é reconhecido que o conselho municipal faz parte da estrutura organizativa do poder executivo.

---

AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. UNÂNIME. Data de Julgamento: 15/04/2013 Publicação: Diário da Justiça do dia 23/04/2013.

<sup>30</sup> Vide os seguintes acórdãos, todos em ação direta de inconstitucionalidade proposta junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: 70047435862; 70047376090; 70043548452; 70035635184; 70030653091. Há várias outras decisões no mesmo sentido, todavia, de período anterior ao campo de pesquisa, como: 70023538853; 70022768436; 70020037065; 70019028372; 70017198896; 70015548944; 70015122476; 70013347638; 70010446367; 70012245577; 70009014374; 70008170771 e 70007953581.

<sup>31</sup> Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. COMPOSIÇÃO DO CONSELHO MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO DO MUNICÍPIO DE RIO GRANDE. ENTIDADE REPRESENTATIVA DA SOCIEDADE CIVIL. LEI MUNICIPAL N. 6.838/2010. 1. Não se verifica, no procedimento de nomeação dos membros do Conselho de Educação do município de Rio Grande, a ilegalidade agitada pelo Sindicato dos Professores do Estado do Rio Grande do Sul - SINPRO, tendo em vista o disposto na Lei Municipal n. 6.838, de 14 de janeiro de 2010, que relaciona, como um dos 13 (treze) membros do Conselho Municipal de Educação, as "Entidades representativas da sociedade civil, com atuação em áreas de interesse para a Educação Básica" (art. 2º, VIII). 2. Hipótese em que nomeado, como representante das entidades representativas da sociedade civil com atuação em áreas de interesse para a Educação Básica, o Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial - SENAC, instituição de educação profissional em todos os níveis. 3. Não sendo o Sindicato impetrante a única entidade da sociedade civil com atuação em área de interesse da educação básica, não se verifica a alegada violação ao seu direito líquido e certo de participação na composição do Conselho. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível N. 70043047356, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Uhlein, Julgado em 05/09/2012). Publicação: Diário da Justiça do dia 04/10/2012.

<sup>32</sup> Ver a possibilidade de representação pelo Sindicato em Conselho de Previdência, no caso do acórdão n. 70034154740.

Daí a procedência de ação direta de inconstitucionalidade, por vício de iniciativa, se um conselho municipal é criado por lei que não seja por iniciativa do próprio Prefeito. Destaca-se nesse caso a ADIN n. 70052463221, julgada pelo TJRS em 29/4/2013<sup>33</sup>, acerca do Conselho Municipal de Saúde do Município de Santa Maria em que se declara que a iniciativa de lei é do Executivo. Deste e dos demais casos<sup>34</sup>, percebe-se o entendimento de que a iniciativa é do Executivo para leis sobre criação, composição, destinação de recursos e outros aspectos dos conselhos municipais.

Portanto, assente a subordinação dos conselhos à estrutura do Poder Executivo<sup>35</sup> e daí a iniciativa privativa do Executivo para as leis acerca dos conselhos municipais.<sup>36</sup> Assim, percebe-se a unanimidade das

---

<sup>33</sup> Acórdão n. 70052463221 - Tipo de Processo: Ação Direta de Inconstitucionalidade, Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Relator: Alexandre Mussoi Moreira; Comarca de Origem: Porto Alegre. Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MUNICÍPIO DE SANTA MARIA. LEIS MUNICIPAIS N. 3.355/1991 E N. 3.871/95. MATÉRIA DE INICIATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA E HARMONIA ENTRE OS PODERES. MALFERIMENTO AO TEOR DOS ARTIGOS 8º, CAPUT, 10, 60, INCISO II, ALÍNEA "D", 82, INCISOS II, III E VII, TODOS DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, COMBINADOS COM O ARTIGO 2º E 61, PARÁGRAFO 1º, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DIFERIMENTO. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. UNÂNIME. (Ação Direta de Inconstitucionalidade N. 70052463221, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alexandre Mussoi Moreira, Julgado em 29/4/2013). Jurisprudência: ADI 70050620251 ADI 70050448612. Data de Julgamento: 29/4/2013; Publicação: Diário da Justiça do dia 22/5/2013.

<sup>34</sup> Além da decisão citada, são mais 6 (seis) casos acerca da matéria: 70049970338; 70048474118; 70046213138; 70045691920; 70044407526; 70027964188.

<sup>35</sup> No STF pode-se citar o acórdão proferido em RMS19137/SP, relator Min. Hermes Lima, em 22/11/68, em que se discutem as condições de uso estabelecidas pelo Conselho Municipal de Esportes sobre praça de esportes, mas a fundamentação do acórdão se restringe ao uso de bem público.

<sup>36</sup> Não se pode deixar de mencionar que há decisões mais antigas que mencionam a possibilidade de modificação, no curso do processo legislativo,

decisões dos últimos cinco anos no sentido da manutenção da iniciativa privativa do Executivo.

## **2.2 Competências e Autonomia dos Conselhos Municipais**

Há vários acórdãos no Tribunal de Justiça do RS no sentido da autonomia das decisões dos conselhos. Nesse ponto, serão examinadas 13 (treze) decisões.<sup>37</sup>

---

pela Câmara de Vereadores, de lei acerca de conselho municipal, sob a fundamentação, por exemplo, de que é apenas uma alteração na composição do conselho municipal de saúde, sem aumento de despesa. Ver 70026579383 e ainda 70023156011 e 70017277542.

<sup>37</sup> Veja-se que o mais evidente e conhecido acórdão sobre a função dos conselhos na implementação da esfera pública foi julgado em 2008, conforme segue, e não integra o campo de pesquisa dos últimos cinco anos a que se propõe o presente *paper*. Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DO MUNICÍPIO DE GRAVATAÍ, QUE AUTORIZA A CONCESSÃO, A TÍTULO PRECÁRIO, DO USO DE ÁREAS PÚBLICAS DE LOTEAMENTOS. ALEGADA AUSÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO POPULAR NO PROCESSO DE ELABORAÇÃO LEGISLATIVA. ART. 177, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. 1) NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO POPULAR. PRECEDENTES DESTA CORTE. 2) O DISPOSITIVO DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL - ART. 177, § 5º, NÃO ESTABELECE COMO SERIA A FORMA DE PROCEDER À EXIGÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO POPULAR. APENAS ESTABELECE A NECESSIDADE DE PARTICIPAÇÃO DAS ENTIDADES COMUNITÁRIAS LEGALMENTE CONSTITUÍDAS NA DEFINIÇÃO DAS POLÍTICAS URBANAS. 3) LEI COMPLEMENTAR N. 10.257/2001 E RESOLUÇÕES DO MINISTÉRIO DAS CIDADES, QUE EMITEM ORIENTAÇÕES E RECOMENDAÇÕES SOBRE O PROCESSO PARTICIPATIVO DE ELABORAÇÃO DO PLANO DIRETOR. A EVENTUAL INCONSTITUCIONALIDADE REFLEXA - A CUJO RESPEITO NÃO SE PRESTA A AÇÃO DIRETA - SE MATERIALIZARIA QUANDO O VÍCIO DE ILEGITIMIDADE RESULTARIA DA VIOLAÇÃO DE NORMA INFRACONSTITUCIONAL INTERPOSTA, A CUJA OBSERVÂNCIA ESTARIA VINCULADA PELA CONSTITUIÇÃO. DISPOSIÇÕES QUE NÃO SÃO VINCULATIVAS AO MUNICÍPIO, CUJA AUTONOMIA DEVE SER RESPEITADA. 4) NA AUSÊNCIA DE REGRAS LEGAIS, QUER NACIONAIS QUER MUNICIPAIS, DISCIPLINADORAS DA PARTICIPAÇÃO POPULAR NA ELABORAÇÃO DE LEIS QUE DIZEM RESPEITO À ORGANIZAÇÃO DA URBE, É DE SÉ TER COMO LEGÍTIMO O PROCESSO LEGISLATIVO QUE, DE FORMA RAZOÁVEL, DEU ENSEJO À DISCUSSÃO DO TEMA PELOS ÓRGÃOS REPRESENTATIVOS DA COMUNIDADE LOCAL. 5) PROCESSO LEGISLATIVO QUE ENSEJOU AMPLA DISCUSSÃO DO TEMA, EM

Em relação às competências dos conselhos municipais, destaca-se a discussão<sup>38</sup> acerca dos imóveis arrolados para inclusão no Inventário do Patrimônio Cultural de Bens Imóveis do Município de Porto Alegre e a possibilidade de impugnação pelo proprietário. Um dos aspectos analisados pelas decisões judiciais do TJRS é a necessidade de quórum para expedição de ato pelo COMPAHC - Conselho Municipal do Patrimônio Histórico e Cultural. Nesse aspecto<sup>39</sup> foram interpretados os arts. 7º e 8º da Lei

---

AUDIÊNCIAS, ATRAVÉS DO CONSELHO MUNICIPAL DO PLANO DIRETOR DE DESENVOLVIMENTO URBANO, NO QUAL TÊM ASSENTO DIVERSAS ENTIDADES REPRESENTATIVAS DA COMUNIDADE LOCAL. ATAS DAS REUNIÕES QUE ACOMPANHARAM O PROJETO DE LEI ENCAMINHADO À CÂMARA DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA. AÇÃO IMPROCEDENTE. (Ação Direta de Inconstitucionalidade N. 70020914131, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Aquino Flôres de Camargo, Julgado em 30/06/2008). Jurisprudência: ADI 70005449053 ADI 70008224669 ADI 70010133213 ADI 70019551563 ADI 70005449053 ADI 70020527149 ADI 70019551563 ADI 70010133213 ADI 70003026564 ADI 70014703193 - Publicação: Diário da Justiça do dia 27/10/2008.

<sup>38</sup> Existem dois acórdãos delimitados naquele campo de pesquisa sobre o tema: 70058842915 e 70058636820.

<sup>39</sup> Veja-se o acórdão 70058636820 - Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. MANDADO DE SEGURANÇA. IMÓVEL INCLUÍDO NO INVENTÁRIO DO PATRIMÔNIO CULTURAL DE BENS IMÓVEIS DO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE. BAIRRO PETRÓPOLIS. NOTIFICAÇÃO PESSOAL DO PROPRIETÁRIO, DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE REGULAR NOTIFICAÇÃO DO PROPRIETÁRIO. NECESSIDADE DE REMESSA DE CORRESPONDÊNCIA, SENDO ADMITIDA A NOTIFICAÇÃO FICTA SOMENTE EM CASO DE NÃO LOCALIZAÇÃO DO PROPRIETÁRIO. QUÓRUM INSUFICIENTE PARA APROVAÇÃO DO PARECER DO COMPAHC. VEDAÇÃO DE MODIFICAÇÃO E TRANSFERÊNCIA. AFASTAMENTO. LIMINAR DEFERIDA. Os imóveis arrolados para inclusão no Inventário do Patrimônio Cultural de Bens Imóveis do Município de Porto Alegre são passíveis de impugnação pelo proprietário, nos termos de parecer do Conselho Municipal do Patrimônio Histórico e Cultural (COMPAHC), homologado pelo Prefeito Municipal. Para tanto, exige-se notificação ao proprietário do imóvel, que não precisa ser pessoal, mas mediante remessa de correspondência para sua residência, nos moldes em ocorre com o IPTU, para fins de ciência prévia da pretensão de restrição ao seu direito de propriedade, feito pela Municipalidade. Ausente regularidade, o amplo exercício de defesa resta

Complementar Municipal de Porto Alegre n. 601/08 que atribui competência ao Conselho, para expedir Parecer, desde que seguidas regras do próprio Conselho acerca do quórum mínimo para deliberação. É colocada em evidência, portanto, a competência dos Conselhos.

Também exemplo de competência dos conselhos municipais, veja-se o papel do Conselho Municipal de Saúde de Porto Alegre, em que o TJRS corrobora a decisão motivada do Conselho para não credenciamento de laboratório a atuar no SUS.<sup>40</sup> De

---

prejudicado, não suprida a falha por notificação ficta, somente admissível caso esgotados os meios de localização, situação inócua, em que os imóveis estão inventariados, com o respectivo levantamento físico. Sem tal providência, configura-se ofensa à ampla defesa e ao contraditório, princípios constitucionalmente assegurados no processo administrativo ou judicial, havendo violação a direito líquido e certo. A insuficiência de quórum do Conselho do COMPAHC para a aprovação do parecer impugnado, ausente maioria absoluta, revela irregularidade formal intransponível, tornando sem efeito todos os atos decorrentes do ato. Impossibilidade de cômputo do voto do Presidente do COMPAHC, não se tratando de voto de qualidade em caso de empate, a teor do Decreto n. 11.467/96. Inteligência dos arts. 7º e 8º da Lei Complementar Municipal n. 601/08. Afastamento das restrições de vedação a modificação ou alienação do imóvel a terceiro. Agravo de instrumento parcialmente provido. (Agravo de Instrumento n. 70058636820, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Julgado em 24/4/2014). Publicação: Diário da Justiça do dia 30/4/2014.

<sup>40</sup> É o caso do acórdão 70056333685 (sendo o mesmo caso do agravo regimental 70056615214 e corroborado também pelo acórdão de n. 70038531711, em que se mantém decisão do CMS sobre marcação de consultas. Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. SERVIÇOS DE SAÚDE. LABORATÓRIO. CREDENCIAMENTO E RATEIO DE COTAS DE EXAMES DO SUS. NECESSIDADE DE PARECER FAVORÁVEL DO CONSELHO MUNICIPAL DE SAÚDE. EXIGÊNCIA IMPESSOAL E IGUALITÁRIA. MANIFESTAÇÃO CONTRÁRIA DO CONSELHO MUNICIPAL DE SAÚDE. SEGURANÇA DENEGADA. Tratando-se de mandado de segurança impetrado por laboratório contra ato do Secretário de Estado da Saúde, objetivando credenciamento ao SUS e partilha das cotas do Município, denega-se a segurança pleiteada, observadas as conclusões do Conselho Municipal de Saúde e frente à determinação da Secretaria da Saúde para que se procedesse a novo rateio entre as instituições localizadas no Município, assim se procedendo. Ilegalidade ou omissão da Administração não evidenciadas pela documentação que instruiu o *mandamus*, ausente direito líquido e certo

fato, o fundamento da decisão judicial é a manutenção da decisão do conselho municipal, revelando a autonomia dos seus atos.

Ainda é exemplo<sup>41</sup> de destacada competência dos conselhos, aquela do Conselho Municipal de Educação para autorização de funcionamento de estabelecimento particular de ensino infantil. Nesse caso, a decisão judicial resguarda uma das atribuições mais tradicionais dos conselhos municipais de educação.

O Tribunal de Justiça, em duas oportunidades, decidiu expressamente<sup>42</sup> pela preservação da

---

a autorizar a concessão do *mandamus*. Informações da autoridade apontada como coatora de que a existência de parecer favorável do Conselho Municipal de Saúde é documento necessário à formalização de contrato de entidade de referência, conforme roteiro respectivo, tratando-se de exigência impessoal e igualitária, a todos os interessados. Manifestação do Conselho Municipal de Saúde contrária ao credenciamento, por ato motivado, considerando que o laboratório se negara à realização de exames de urgência e emergência do Pronto Atendimento em final de semana ou feriado. Segurança denegada. (Mandado de Segurança n. 70056333685, Décimo Primeiro Grupo Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Julgado em 13/12/2013). Publicação: Diário da Justiça do dia 17/12/2013

<sup>41</sup> Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ECA. ESTABELECIMENTO PARTICULAR DE ENSINO INFANTIL SEM AUTORIZAÇÃO DE FUNCIONAMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. CABIMENTO. 1. O ECA estabelece tratamento preferencial a crianças e adolescentes, mostrando-se necessário que os estabelecimentos de ensino infantil funcionem mediante autorização do órgão competente. 2. A antecipação de tutela consiste na concessão imediata da tutela reclamada na petição inicial, desde que haja prova inequívoca capaz de convencer da verossimilhança da alegação e, ainda, que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, o que vem demonstrado nos autos. Inteligência do art. 273 do CPC. 3. Mostre-se adequada a concessão da tutela antecipada para proibir o exercício da atividade de ensino particular quando o estabelecimento infantil vinha prestando serviços sem a devida autorização do Conselho Municipal de Educação. Recurso desprovido. (Agravo de Instrumento n. 70050254770, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 26/9/2012) Referências Legislativas: LF-8069 DE 1990 CPC-273. Publicação: Diário da Justiça do dia 01/10/2012

<sup>42</sup> Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. PRÉDIO COM RELEVÂNCIA HISTÓRICA

competência do Conselho Municipal do Patrimônio Arqueológico, histórico e cultural de Santo Ângelo. Nesse caso, em agravo de instrumento, manteve-se a decisão inicial que reforça a competência consultiva do Conselho. Isso porque é no sentido de “ao solicitar, no menor espaço de tempo possível, avaliação técnica ao Conselho Municipal do Patrimônio Arqueológico, Histórico e Cultural de Santo Ângelo - COMPAHC, vedando, nesse período, a emissão de autorização pela municipalidade de construção no bem e aos proprietários a realização de qualquer serviço ou obra no local.”. No mesmo sentido de preservar a competência está o caso de licença pelo COMPHIC Conselho Municipal do Patrimônio Histórico e Cultural de São José do Norte.<sup>43</sup>

A preservação da competência do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e Adolescente foi objeto de decisão em sede de ação relativa à improbidade administrativa.<sup>44</sup> Da fundamentação, é

---

E CULTURAL. AVALIAÇÃO TÉCNICA REQUERIDA. POSSIBILIDADE. A decisão recorrida mostra-se prudente ao solicitar, no menor espaço de tempo possível, avaliação técnica ao Conselho Municipal do Patrimônio Arqueológico, Histórico e Cultural de Santo Ângelo - COMPAHC, vedando, nesse período, a emissão de autorização pela municipalidade de construção no bem e aos proprietários a realização de qualquer serviço ou obra no local. Não há caráter satisfativo na medida adotada, estando apenas em diligências o pedido do Ministério Público; só após, será realmente analisada a liminar postulada em toda a sua amplitude. O Município é dotado de soberania para promover a sua gestão política, orçamentária e administrativa, incluindo-se planejamento urbanístico. Isto não afasta a legitimidade do Ministério Público na proteção dos interesses relativos ao patrimônio artístico, estético e histórico, na forma do art. 1º, inciso III da Lei n. 7.347/85 AGRAVOS DE INSTRUMENTO DESPROVIDOS. (Agravo de Instrumento N. 70044266484, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Almir Porto da Rocha Filho, Julgado em 19/10/2011). Publicação: Diário da Justiça do dia 07/11/2011. Nesse mesmo sentido a decisão em acórdão n. 70044105658.

<sup>43</sup> Acórdão n. 70028008514 e 70028008282.

<sup>44</sup> Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO MUNICIPAL. EMPREGO, EM FINALIDADES DIVERSAS, DAS VERBAS

possível perceber a relevância do papel dos conselhos, veja-se: “[...] As irregularidades apontadas dão conta de que o demandado (Prefeito Municipal), sem qualquer autorização do COMDICA – Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente – determinou a liberação de recursos vinculados e creditados à conta do FMCA. [...]” Nem mesmo o Prefeito pode movimentar as verbas de Fundo que está, por lei, vinculado ao conselho municipal, sob pena de improbidade administrativa.

Por fim, destaca-se a aplicação de penalidade como competência de conselho municipal. É o caso<sup>45</sup> de penalidade atribuída pelo Conselho Municipal Desportivo do Município de Catuípe por grave tumulto em partida de futebol. Sanção foi corroborada pelo TJRS.

De outra parte, sobre a autonomia, no que toca à natureza da decisão do conselho, o acórdão de nº70049240153 refere expressamente o “caráter

---

QUE COMPÕEM O FUNDO MUNICIPAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, COM PREVISÃO LEGAL DE DESTINAÇÃO ESPECÍFICA (LEI MUNICIPAL N. 2.131/98). FUNDO VINCULADO AO COMDICA - CONSELHO MUNICIPAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, CUJAS COMPETÊNCIAS ESTÃO PREVISTAS NA LEI N. 2.498/05. PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS PARA A LIBERAÇÃO DE DESPESAS DO FMCA PELO RÉU EM TOTAL DESOBSERVÂNCIA ÀS PREVISÕES LEGAIS. ATO DE IMPROBIDADE. INTELIGÊNCIA DA LEI N. 8.429/92. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível N. 70042583302, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em 13/07/2011). Publicação: Diário da Justiça do dia 26/07/2011

<sup>45</sup> Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMPETIÇÃO ESPORTIVA. CONSELHO MUNICIPAL DESPORTIVO. APLICAÇÃO DE REGULAMENTO PUNINDO ATLETA QUE PROVOCA GRAVE TUMULTO EM PARTIDA DE FUTEBOL. LIMINAR DE SUSPENSÃO QUE NÃO MERECE DEFERIMENTO, VISTO QUE, EM PRINCÍPIO, CORRETA A SANÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (Agravado de Instrumento N. 70032003345, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em 16/12/2009). Publicação: Diário da Justiça do dia 03/02/2010. No mesmo sentido o acórdão n. 70031998321.

vinculativo em relação ao Prefeito.”<sup>46</sup> O caso se refere ao aumento de tarifas de transporte e o conselho municipal dos transportes, e ainda que o mérito não tenha sido julgado efetivamente na decisão, o fundamento relativo ao conselho é destacado. Da mesma forma, em acórdão de n. 70052310422, destaca-se que “o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente do Município de Araricá - CMDCA, na condição de órgão deliberativo, controlador e de cooperação governamental [...]”<sup>47</sup> Demonstra-se assim,

---

<sup>46</sup> Ementa: APELAÇÕES CÍVEIS. REAJUSTE DE TARIFA. TRANSPORTE COLETIVO URBANO. MUNICÍPIO DE SANTA MARIA. CONSELHO MUNICIPAL DE TRANSPORTES. 1. Reexame necessário. Não havendo excludente (CPC, art. 475, §§ 2º e 3º), deve ser conhecido *ex officio*. 2. Parcial inépcia da inicial. Peça vestibular inepta quanto ao pedido de condenação do Município ao "refazimento da planilha tarifária do transporte público", isto porque da narração dos fatos não decorre logicamente a conclusão (CPC, art. 267, I, c/c art. 295, I, e parágrafo único, II). 3. Vício de sentença *citra petita* prejudicado. Considerando que a sentença não examinou o pedido de condenação do Município ao refazimento da planilha tarifária, é *citra petita*; logo, ter-se-ia que pronunciar a nulidade, mas, considerando a antecedente inépcia de tal pedido, resta prejudicada a eiva do ato sentencial. 4. Expurgo do vício *extra petita* da sentença. Se a parte autora não pediu a condenação do Município a realizar "a compensação do reajuste" supostamente aplicado a maior, exclui-se da sentença o vício *extra petita*. 5. Extinção do pedido remanescente por perda do objeto. Se, relativamente ao pedido de nulidade das sessões e do próprio Conselho Municipal de Transportes, os efeitos do reajuste da tarifa se consumaram de modo irreversível, inclusive porque a liminar foi indeferida e porque o Decreto do Prefeito Municipal foi emitido e produziram todos os efeitos, o pedido perdeu objeto. Ademais, tendo o Parecer do Conselho Municipal de Transportes caráter vinculativo em relação ao Prefeito, eventual nulidade das sessões e do próprio Conselho não afetam o ato de reajuste da tarifa. 6. Dispositivo. De ofício extinto um pedido por inépcia da inicial, extinto outro por perda do objeto e excluído da sentença vício *extra petita*, prejudicados as apelações e o reexame necessário conhecido *ex officio*. (Apelação Cível n. 70049240153, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em 30/10/2013). Publicação: Diário da Justiça do dia 07/11/2013.

<sup>47</sup> Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDOR PÚBLICO. ACUMULAÇÃO DA FUNÇÃO DE CONSELHEIRO TUTELAR E A DE CANDIDATO À MANDATO ELETIVO. EXONERAÇÃO DO CARGO. REINTEGRAÇÃO. CMDCA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. O Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente do Município de Araricá - CMDCA, na condição de órgão deliberativo, controlador e de cooperação

de forma evidente, o reconhecimento da autonomia do conselho municipal e a relevância de sua atuação.

Ao final, destaca-se a decisão do STF na ADI 2217/RS<sup>48</sup>, julgada em 01/08/2000 em que se suspende a lei do Estado do Rio Grande do Sul n. 11451/00 que atribuía aos Conselhos Regionais de Desenvolvimento o dever de implantar conselhos municipais. A decisão é de natureza liminar, mas vem sendo mantida desde então, o que faz parecer que o STF respeita a autonomia dos conselhos municipais.

### 2.3 Legitimidade Processual

Nesse ponto, acerca de questões processuais, foram encontrados 06 (seis) acórdãos no campo de pesquisa. A análise é principalmente quanto à legitimidade processual.

Inicialmente, tendo em vista a noção e a estrutura dos conselhos municipais, o Presidente do Conselho pode ser considerado autoridade coatora em sede de mandado de segurança, conforme se vê do caso<sup>49</sup> contra a Sra. Presidente do Conselho Municipal

---

governamental, não possui personalidade jurídico-processual própria, razão pela qual a pretensão objetivando a reintegração ao cargo de Conselheiro Tutelar deverá ser intentada em face do ente público que responde pelo órgão a ele subordinado. AÇÃO JULGADA EXTINTA, DE OFÍCIO, DADA A ILEGITIMIDADE PASSIVA. (Agravo de Instrumento n. 70052310422, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Uhlein, Julgado em 20/3/2013). Publicação: Diário da Justiça do dia 04/04/2013.

<sup>48</sup> Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LIMINAR. Verificada a relevância da articulação e o risco de manter-se com plena eficácia o ato atacado, impõe-se a concessão de medida acauteladora. (ADI 2217 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 01/8/2000, DJ 24-11-2006 PP-00060 EMENT VOL-02257-02 PP-00381).

<sup>49</sup> Veja-se o seguinte caso: Ementa: REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO SELETIVO. ELEIÇÕES DE CONSELHEIROS TUTELARES. MUNICÍPIO DE MAQUINÉ. IRREGULARIDADES CONSTATADAS. A Presidente do Conselho Municipal da Criança e do Adolescente do Município de Maquiné é responsável pela

da Criança e do Adolescente do Município de Maquiné. De outro lado, por razões processuais, o TJRS não exclui a possibilidade de a autoridade coatora ser o próprio Prefeito Municipal, contra ato do conselho municipal se o ato foi “encampado pelo Prefeito.”<sup>50</sup>

Em outras espécies processuais<sup>51</sup>, que não o

---

escolha dos membros do Conselho Tutelar, nos termos da Lei n. 8.069/90 (ECA) e da Lei Municipal n. 318/97. Legitimidade passiva para responder à ação. A perda do objeto da ação somente ocorre quando o bem da vida perseguido é obtido pela impetrante por fato alheio ao processo, o que na espécie incorreu. Segurança concedida pela juíza de origem que deve ser confirmada, em face da demonstração de diversas irregularidades no processo seletivo para a formação da listagem às eleições dos Conselheiros Tutelares. SENTENÇA CONFIRMADA. (Reexame Necessário N. 70048636633, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rogerio Gesta Leal, Julgado em 31/5/2012). Publicação: Diário da Justiça do dia 25/6/2012.

<sup>50</sup> Ver o seguinte acórdão: Ementa: CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. ART. 217, § 1º, CF/88. PRINCÍPIO DA PLENITUDE DA JURISDIÇÃO. ART. 5º, XXXV, CF/88. Ao estabelecer prévio contencioso administrativo, quanto a pleitos envolvendo a disciplina e competições esportivas, a Constituição Federal não foi ao ponto de reclamar a veiculação de todos os recursos administrativos, contentando-se com a utilização da denominada Justiça Desportiva; muito menos criou obstáculo para, encerrado o feito neste âmbito, ter-se acesso à jurisdição. MANDADO DE SEGURANÇA INTERPOSTO CONTRA DECISÃO DO CONSELHO MUNICIPAL DE DESPORTO. IMPUGNAÇÕES FEITAS POR ENTIDADE ASSOCIATIVA. PREFEITO MUNICIPAL É LEGITIMIDADE ATIVA. ENCAMPAMENTO DO ATO. LEGITIMIDADE ATIVA DA ENTIDADE ESPORTIVA. DECISÕES ADMINISTRATIVAS E RAZOABILIDADE. Há de se reconhecer legitimidade ativa do Prefeito Municipal, ainda que as decisões atacadas emanem do Conselho Municipal de Desporto, à medida que houver a encampação do ato na defesa apresentada em juízo. É a entidade associativa quem está legitimada a debater em juízo decisões do conselho municipal de desporto, até por ter sido ela a impugnante, e não quem a preside, sendo que, falando a petição inicial em representação, fica superada eventual ilegitimidade ativa que se poderia vislumbrar. Razoabilidade, quanto ao mais, das decisões tomadas na instância administrativa, seja em não conhecer de uma das impugnações, seja em limitar a punição da outra APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível n. 70035415017, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Arminio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 05/5/2010). Publicação: Diário da Justiça do dia 14/5/2010.

<sup>51</sup> É exatamente o seguinte caso: Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ELEIÇÕES PARA O CONSELHO TUTELAR DO MUNICÍPIO DE ALVORADA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. REJEIÇÃO. É O

mandado de segurança, é assente que os conselhos não podem ser parte em processo judicial por falta de personalidade jurídica, com o que a defesa judicial passa a ser do município como pessoa jurídica de direito público.<sup>52</sup> Tal fato pode limitar a independência dos conselhos, pois passam a depender do município em sua representação, dificultando posições contrárias à da administração.<sup>53</sup>

---

MUNICÍPIO, PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO QUE INSTITUI O CONSELHO MUNICIPAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, PARTE PASSIVA LEGÍTIMA PARA AÇÃO QUE VISA A ANULAÇÃO DE ELEIÇÕES REALIZADAS PELO COMDICA, ÓRGÃO DA ADMINISTRAÇÃO QUE NÃO DETÉM PERSONALIDADE JURÍDICA. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. No exame da antecipação de tutela contra a Fazenda Pública aplica-se o art. 1º da Lei n. 9.494/97 não sendo cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação, conforme dispõe o art. 1º, § 3º da Lei n. 8.437/92. ART. 273, DO CPC. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS PARA CONCESSÃO DA TUTELA. AFASTARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO. UNÂNIME. (Agravo de Instrumento Nº 70031406200, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Agathe Elsa Schmidt da Silva, Julgado em 23/09/2009). Publicação: Diário da Justiça do dia 16/10/2009.

<sup>52</sup> Ver também o caso nº 70029775392 em que o Conselho não é aceito como parte agravante e o nº 70030906218 no mesmo sentido.

<sup>53</sup> Todavia, ainda que não faça parte do campo de pesquisa deste *paper*, é de se referir dois julgados mais antigos em que foi aceita a legitimidade processual: no primeiro caso, do conselho e, no segundo caso, do Presidente do Conselho como pessoa física, ambos em vista do julgamento de mérito no sentido de avaliar a ilegalidade de procedimentos dos conselhos. O primeiro, julgado em 22 de setembro de 2003, é a apelação cível n. 700006744718, em que é apelante Mauro Boff e apelado o Conselho Municipal de Desportos de Vila Maria, do Município de Marau. Nesse caso, de mandado de segurança, a parte apelada, o impetrado, era o próprio conselho, que, conforme o julgamento, não poderia ter expulsado determinados atletas sem possibilidade de defesa. O segundo, julgado em 26 de maio de 2004, são os agravos em mandado de segurança n. 70007485519 e 70007486517, em que um dos agravantes é Renan Menezes da Rosa (que é presidente do Conselho Municipal de Transportes do município de Santa Maria). O caso é da fixação das tarifas de ônibus no município, em que um dos membros, o representante do Diretório Central de Estudantes, não teve vista a planilhas de cálculo, negando-se o presidente. Como a decisão de mérito foi no sentido da ilegalidade do procedimento, pois todos os membros deveriam ter vista das informações, foi relevado o fato da ilegitimidade do agravante Renan Menezes da Rosa.

Destaca-se, para ilustrar, o único acórdão encontrado nos últimos 05 (cinco) anos acerca da legitimidade processual, diante da pacificação da matéria. É caso<sup>54</sup> de decisão no sentido da ilegitimidade passiva de Conselho Municipal de Saúde de Porto Alegre para responder por ação judicial com pedido de dano moral.

No Supremo Tribunal Federal há o acórdão proferido em RE 100911/PE, relator Min. Aldir Passarinho, em 01/6/84, em que se discute a anulação de acórdão do Conselho Municipal de Contribuintes sobre ISS. A parte recorrente no recurso extraordinário é a Prefeitura Municipal do Recife, o que demonstra pacificamente que o Conselho de Contribuintes não tem capacidade processual para figurar como sujeito processual. No caso, havia sido impetrado mandado de segurança contra “acórdão proferido pelo Conselho Municipal de Contribuintes, na pessoa do seu Presidente”, o que confirma a possibilidade de o Presidente de conselho municipal ser considerado autoridade coatora. A consequência é que os integrantes dos conselhos municipais, no caso em tela, o Presidente do Conselho, são considerados ligados ao executivo municipal, para fins do trâmite processual. Não é nesse sentido específico a decisão, mas parece aplicável inclusive a membros que não integram os quadros do Município, mas estão no conselho como representantes da comunidade.

---

<sup>54</sup> Decisão n. 70039982814 - Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. CONSELHO MUNICIPAL DA SAÚDE. ILEGITIMIDADE ATIVA DE PESSOAS FÍSICAS PARA BUSCAR REPARAÇÃO DE DANOS À ENTE NÃO PERSONIFICADO. NÃO TIPIFICAÇÃO DE DANO POR RICOCHETE. ANÁLISE DE FATO. IMPROCEDÊNCIA QUE SE MANTÉM. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível N. 70039982814, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em 27/4/2011). Publicação: Diário da Justiça do dia 04/5/2011.

## Conclusões

A estrutura de organização político-jurídica dos municípios não foi alterada substancialmente desde a colonização do Brasil, com participação direta e representação por meio de Conselho ou depois denominada Câmara de Vereadores. Essa estrutura podia responder bem como controle social aos atos de gestão estatal, mas os dias de hoje pedem novas fórmulas institucionais. A fim de resolver o déficit de participação e de democracia, ao lado da descentralização, à subsidiariedade, no sentido de que tudo que a comunidade local puder realizar, deve lhe caber, é que deve nortear a organização municipal a fim de atender à finalidade do município – o bem comum, que depende da participação política para sua determinação.

Os conselhos municipais, como inovação na estrutura de organização político-jurídica do município, como forma de estimular a participação em nível local, fundada na ideia de democracia como debate político, por meio do exercício da razão prática, devem ser vistos como uma maneira de valorizar e diversificar a participação da população. Isso, para facilitar o controle da gestão pública, agregando ao Poder Executivo lócus de debates políticos diretos, que poderão facilitar e aproximar as decisões administrativas em relação à comunidade local.

Nas controvérsias judiciais que têm sido destacadas, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul aponta que a lei municipal poderá determinar os critérios para escolha de membros dos conselhos, exceto se houver intervenção nas competências de outras esferas da federação. E ainda que, como regra geral, os conselhos municipais não têm legitimidade processual.

Ademais, os conselhos são considerados integrantes da estrutura organizativa do Poder Executivo e há várias decisões recentes que apontam para maior relevância da autonomia dos conselhos municipais.

As decisões judiciais do TJRS têm de fato dado relevância ao papel dos conselhos municipais, reconhecendo suas competências e sua autonomia de forma evidente. A matéria de conselhos municipais não é muito examinada pelo Supremo Tribunal Federal, todavia, da única decisão, parece se comprovar a tese da autonomia dos conselhos municipais.

Assim, o Poder Judiciário tem enfrentado cada vez mais controvérsias em que o papel dos conselhos municipais seja destacado neste contexto jurídico-democrático. Daí parece que o caminho para a consolidação do papel dos conselhos municipais na prática participativa e democrática terá cada vez mais destaque no cenário municipal do Brasil.

### **Referências Bibliográficas**

- ARENDDT, Hanah. *A Condição Humana*. 10. Ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2001.
- BARZOTTO, Luis Fernando. *A Democracia na Constituição*. São Leopoldo: UNISINOS, 2003.
- BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 4. Ed. Brasília: OAB Editora, 2002.
- CAGGIANO, Mônica Hermann Salem. *Sistemas Eleitorais e Representação Política*. São Paulo, 1987.
- CARNEIRO, Levi. *Problemas Municipais*. Rio de Janeiro: Alba, 1931.
- CRETELLA Jr., José. *Direito Municipal*. São Paulo: LEUD, 1975.
- GODOY, Mayr. *A Câmara Municipal e seu regimento interno*. 4. Ed. São Paulo: LEUD, 1995.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 1990.

OLIVEIRA, Cristiane Catarina Fagundes de; FRANCISCO, Alessandra Gil. A Autonomia Municipal como Indicador do Grau de Descentralização do Estado Brasileiro nas Constituições de 1824, 1891 e 1988. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*. Porto Alegre: CEDIM, nov./2006, v. 20, p.73-90.

OLIVEIRA, Cristiane Catarina Fagundes de. *Os Conselhos Municipais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Editora Nova Prova, 2005.

OLIVEIRA, Cristiane Catarina Fagundes de. Subsidiariedade e Administração Municipal. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*. Porto Alegre: CEDIM, nov./2006, v. 20, p. 21-28.

OLIVEIRA, Cristiane Catarina Fagundes de. *Tese de Doutorado: O Município Brasileiro: Participação Política e Conselhos Municipais*. Faculdade de Direito do Largo do São Francisco da USP. Junho de 2005,

SOUZA Jr., Cezar Saldanha. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*. Porto Alegre: CEDIM, nov./2006, v. 20, p. 13-20.

VIANA, Oliveira. *Instituições Políticas Brasileiras*. Coleção Biblioteca Básica Brasileira. Brasília: Senado Federal, 1999.

VIANA, Oliveira. *O Idealismo na Constituição*. Rio de Janeiro: Terra de Sol, 1927, p. 25.

VILLA, Francisco Machado. *O Município no Regime Constitucional Vigente*. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1952.

ZENHA, Edmundo. *O Município no Brasil (1532 -1700)*. São Paulo: Instituto Progresso Editorial, [1950].

[www.tj.rs.jus.br](http://www.tj.rs.jus.br)

[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

## CONTRATAÇÃO DIRETA PARA EXECUÇÃO DE OBRA DE RESTAURAÇÃO DA ESTRUTURA DO MERCADO PÚBLICO

José Adão Figueiredo dos Santos<sup>55</sup>

Trata de análise de contratação direta, com fundamento no art. 25, II, combinado com o art. 13, VII, da Lei n. 8.666/93, que tem por objeto a execução de obra de restauração da estrutura de alvenaria sinistrada do Mercado Público Central.

A inexigibilidade de licitação encontra previsão legal no art. 25 da Lei n. 8.666/93. Dentre as hipóteses legais de inexigibilidade de licitação, o inciso II do referido dispositivo estabelece a possibilidade da contratação direta do chamado “notório especialista”:

Art.25.É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:  
(...)

---

<sup>55</sup> Procurador do Município de Porto Alegre. Assessor Especialista para as Licitações Estratégicas. Em 2011, passou a integrar o Grupo de Trabalho da COPA 2014, atuando como consultor-jurídico da Comissão Especial de Licitações de Obras da COPA 2014. Em 2013, passou a atuar como consultor jurídico das Licitações da Limpeza Urbana (CONCORRÊNCIA PÚBLICA 004/2013, para a coleta automatizada de resíduos sólidos urbanos; e CONCORRÊNCIA PÚBLICA 005/2013, para a contratação de empresa ou consórcio de empresas para a prestação de serviços de coleta regular de resíduos sólidos urbanos - domiciliares e público). Em 2014, passou a atuar como consultor jurídico da Primeira Licitação realizada no Município de Porto Alegre para a delegação, por meio de CONCESSÃO, para a prestação e exploração do Serviço de Transporte Coletivo por Ônibus (CONCORRÊNCIA PÚBLICA 1/2014/PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 001.000925.14.4).Em 2014, foi eleito para integrar a lista sêxtupla para corregedor-geral da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre, sendo indicado e nomeado para o cargo de corregedor-geral substituto – Portaria 266, de 04/6/2014.

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

A hipótese de incidência da inexigibilidade em comento está calcada, portanto, em três elementos de comprovação indispensável para que se considere existente suporte fático suficiente à aplicação do permissivo legal: 1) que o serviço que se pretende contratar encontre previsão expressa no art. 13 da lei 8666/93; 2) que o serviço seja dotado de uma “natureza singular”, e 3) que o profissional que executará o serviço possa ser considerado um notório especialista, tal como definido, mais adiante, no art. 25, §1º, da Lei n. 8.666/93.

A necessidade do atendimento aos três requisitos também é confirmada por Marçal Justen Filho (Comentários à Lei de Licitações, 14. ed., p. 367):

O conceito de serviço técnico profissional especializado consta do art. 13. O inciso II acrescenta duas exigências à contratação com inexigibilidade, a saber, o objeto singular da contratação e a notória especialização. A inexigibilidade apenas se configura diante da presença cumulativa dos três requisitos. Ou seja, não basta configurar-se um serviço técnico profissional especializado, mas a contratação direta dependerá de constatar-se a existência do objeto singular. Ademais disso, apenas poderá ser contratado um sujeito titular de notória especialização.

No caso em tela, o serviço técnico profissional especializado que se pretende contratar está previsto no

inc. VII do art. 13 da Lei n. 8.666/93, qual seja: restauração de obras de arte e bens de valor histórico, estando preenchido o primeiro requisito.

No que pertine à singularidade do objeto, defende Marçal Justen Filho que a fórmula “natureza singular” destina-se a evitar a generalização da contratação direta para todos os casos enquadráveis no art. 13, sendo imperioso verificar se a atividade necessária à satisfação do interesse sob tutela estatal é complexa ou simples, se pode ser reputada como atuação padrão e comum ou não. Acrescenta o autor que a natureza singular caracteriza-se como uma situação anômala, incomum, impossível de ser enfrentada satisfatoriamente por qualquer profissional “especializado”, envolvendo casos que demandam mais do que a especialização, pois apresentam complexidades que impedem a obtenção de solução satisfatória a partir da contratação de qualquer profissional, ainda que especializado (Comentários à Lei de Licitações, 14. ed., p. 368).

Nesse sentido, traz-se à colação a Justificativa formulada pela Coordenação da Memória Cultural da SMC a fls. 02 a 07, ao que nos reportamos. Transcreve-se parte referida peça:

(...)

Consideramos que a proposta de contratação direta, baseada nas necessidades e oportunidades, tem como vantagens:

1 – o conhecimento prévio das empresas escolhidas, por ser autor/responsável pela execução da obra atualmente sinistrada, com possibilidade de ação imediata e documentação do processo as *built* (dispensando a necessidade de contratação de projetos executivos);

- 2 – a reconhecida expertise comprovada na própria obra;
- 3 – a considerável redução dos prazos para contratação e início das obras que, firmado o contrato, pode ser imediato;
- 4 – a previsível qualidade, baseada nas obras anteriores e currículo profissional/empresarial.
- 5 - o custo estimado proposto nos parece compatível com valores praticados na área da restauração, considerando tratar-se de obra sobre suporte sinistrado, fato que motiva a previsão de custos eventuais, de acordo com avaliação técnica.

Por estas razões, sugerimos o imediato contrato da empresa Arquium para realizar os serviços abaixo relacionados, de acordo com orçamento detalhado, cronograma físico-financeiro e documentação anexa.  
(...).

A manifestação supramencionada fora homologada pelo Secretário Municipal da Cultura, Sr. Roque Jacoby, a fls. 02.

Convém registrar, outrossim, que se constitui requisito essencial para a contratação direta nos moldes pretendidos que os serviços técnicos especializados e singulares sejam executados por empresas ou profissionais qualificados de notória especialização, conforme dispõe o art. 25, § 1º, da Lei n. 8.666/93, *verbis*:

25. (...)

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe

técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

No caso em tela, a empresa que se pretende contratar diretamente, ARQUIUM – CONSTRUÇÕES E RESTAURO LTDA., trabalhou em 1990, por seu corpo de trabalho, representado por seu responsável técnico, o Arquiteto Edegar Bittencourt da Luz (premiado pela PMPA pelo conjunto da obra de recuperação da parte hoje sinistrada – vide justificativa de fls. 07), que é elemento de justificação de inexigibilidade de licitação, nos termos do art. 13, §3º da Lei n. 8.666/93, havendo previsão específica na justificativa de que é obrigação da contratada prestar os serviços em acordo com a expertise de seus técnicos comprovada na própria obra.

Convém registrar, ainda, que foi colacionada aos autos a extensa ficha curricular do referido profissional, o qual dá conta de sua vasta experiência na matéria objeto do contrato que se pretende firmar (fls. 110/115).

Consta justificativa do preço a fls. 116 e 118, de inteira responsabilidade dos técnicos que a assinam.

Ante o exposto, entendo não haver óbice à contratação direta pretendida, com fundamento no art. 25, II, combinado com o art. 13, VII, da Lei n. 8.666/93, haja vista que o procedimento está em consonância com os ditames legais.

**FATOS RELEVANTES (A SEREM OBSERVADOS PELO SETOR DE CONTRATOS/PGM):**

a) Por ocasião da assinatura do instrumento contratual anexo (03 vias de igual teor e forma devidamente rubricados por este procurador), a empresa deverá comprovar a apresentação da garantia

no patamar de 5% sobre o valor total do contrato, nos termos do art. 56 da Lei n. 8.666/93 (ou optar pela retenção do percentual em fatura mensal, conforme item 10.2 do contrato), bem como deverá ser providenciada a publicação da inexigibilidade no DOPA, nos termos do art. 26 da Lei n. 8.666/93.

b) A Contratada deverá ainda apresentar Certificado do CESO atualizado, ou então reapresentar as CNDs de Tributos Municipais (para aquela empresa com sede em Porto Alegre), do FGTS, do INSS, mais CNDT (prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei Federal n. 5.452, de 1º de maio de 1943), Declaração de que não emprega menor, Certidão negativa de falências e recuperação judicial e Declaração de idoneidade.

c) O item 11.1 do contrato deverá ser preenchido depois de aprovado o PL pela SMPEO.

## AÇÕES AFIRMATIVAS PARA CANDIDATOS AFRO-BRASILEIROS EM CONCURSOS PÚBLICOS MUNICIPAIS

Líbia Suzana Garcia da Silva<sup>56</sup>

**RESUMO:** Este trabalho tem por objetivo a análise de ações afirmativas para candidatos afro-brasileiros, implementadas por meio de reserva de vagas nos concursos públicos de municípios do Estado do Rio Grande do Sul, dentre eles, o Município de Porto Alegre. O estudo foi realizado a partir da análise da igualdade e da proporcionalidade para verificar a constitucionalidade das legislações municipais que promovem a reserva de vagas para o grupo específico ao serviço público municipal; e a partir do estudo sobre autonomia municipal para verificar a competência do Município em legislar sobre a aplicação de políticas de ações afirmativas em concursos públicos municipais.

Tal investigação foi produzida com base nos ensinamentos de especialistas brasileiros e no ordenamento positivo em vigor, pertinentes ao tema, sendo utilizada a atual Constituição Federal, subsidiada pela legislação federal e municipal, bem como na consulta à jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul.

**Palavras-chave:** Igualdade. Proporcionalidade. Autonomia municipal. Concurso público. Ação afirmativa. Afro-brasileiro.

---

<sup>56</sup> Procuradora Municipal de Porto Alegre. Especialista em Direito do Estado pela UFRGS. Artigo extraído do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e aprovado, com grau máximo, pela banca examinadora.

## **INTRODUÇÃO**

O trabalho pretende debater as políticas de ações afirmativas, implementadas por meio de reserva de vagas para candidatos afro-brasileiros em concursos públicos municipais do Estado do Rio Grande do Sul.

Primeiramente, haverá uma análise sobre a igualdade e a proporcionalidade, que são os argumentos utilizados para opiniões favoráveis e contrárias à referida implementação, sob o ponto de vista constitucional. Em seguida, as questões sobre autonomia municipal e competências municipais, previstas na Constituição Federal, serão abordadas, observando a importância do Município em legislar sobre assuntos de seu interesse; e, também, destacando os artigos referentes aos entes federativos, em especial os dispositivos relativos às competências municipais.

Um capítulo é dedicado às questões de ações afirmativas, observando o seu conceito, o seu breve histórico e as suas modalidades de programas. Esta exposição é importante para analisar os casos de implementação de políticas de ações afirmativas para candidatos afro-brasileiros em concursos públicos municipais do Estado do Rio Grande do Sul, expondo as legislações aplicadas e demonstrando o andamento dos mesmos nos Tribunais do Estado.

### **1 Princípios Constitucionais**

#### **1.1 Igualdade e Proporcionalidade**

Ronald Dworkin ressalta que a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica, sendo que os dois conjuntos de padrões

apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, distinguindo-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada da seguinte maneira: dados os fatos que uma regra estipula, ou a regra é válida (neste caso, a resposta que ela fornece deve ser aceita; ou a regra não é válida (neste caso, ela em nada contribui para a decisão).<sup>57</sup> Já os princípios não funcionam da mesma forma; e mesmo aqueles que mais se assemelham a regras não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas.<sup>58</sup>

Robert Alexy alega que a base do argumento de princípio forma a distinção entre regras e princípios. Regras são normas que ordenam, proíbem ou permitem algo definitivamente ou autorizam algo definitivamente, contendo um dever definitivo. Quando os seus pressupostos estão cumpridos, produz-se a consequência jurídica. Caso não queira aceitar a regra, deve declará-la como inválida e despedi-la do ordenamento jurídico, ou insere uma exceção na regra, criando uma nova. A forma de aplicação de regras é a subsunção. Princípios contêm, pelo contrário, um dever ideal, sendo mandamentos a serem otimizados e não tendo um dever definitivo, mas somente um dever-*prima-facie*. Eles exigem que algo seja realizado em medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas. Como mandamentos de otimização ou mandamentos ideais, os princípios exigem mais do que é possível realmente. Eles colidem com outros princípios. A sua forma de aplicação é a ponderação, pois ela somente leva do dever-*prima-facie*

---

<sup>57</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Traduzido por Nelson Boeira. 3. Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 39.

<sup>58</sup> *Idem*, p. 40.

ideal ao dever real e definitivo.<sup>59</sup>

O significado da distinção de regras e princípios resulta de distinções bem genericamente e distinções teóricas-normativas que podem ter importância teórica e prática maior ou menor. Dessa forma, o caráter de princípio implica o princípio do direito constitucional material mais importante, o princípio da proporcionalidade, e vice-versa. O princípio da proporcionalidade, com seus três princípios parciais da idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido restrito, resulta logicamente da definição de princípios e vice-versa também. Princípios exigem uma realização tão ampla quanto possível, tanto relativamente às possibilidades fáticas como relativamente às jurídicas. Os princípios parciais da idoneidade e da necessidade expressam o mandamento da otimização relativamente às possibilidades fáticas, não se tratando de ponderação e sim da evitação de tais intervenções em direitos fundamentais. No princípio da proporcionalidade em sentido restrito, que também pode ser designado como “princípio da proporcionalidade”, trata-se, pelo contrário, da otimização relativamente às possibilidades jurídicas, sendo esse o campo da ponderação.<sup>60</sup>

Ao estudar uma teoria material dos direitos fundamentais em bases normativas - a teoria normativa-material (normative-materiale Theorie) - Alexy instituiu a distinção entre regras e princípios, que, na essência, é a mesma de Dworkin. Conjugou as duas modalidades debaixo do conceito de normas. Tanto as regras como os princípios também são normas, escreve ele,

---

<sup>59</sup> ALEXY, Robert. A institucionalização da razão. In: \_\_\_\_\_. *Constitucionalismo Discursivo*. Traduzido por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 37.

<sup>60</sup> Idem, p. 132.

porquanto ambos se formulam com a ajuda de expressões deônticas fundamentais, como mandamento, permissão e proibição. Assevera, em seguida, o insigne Jurista que os princípios assim como as regras constituem igualmente fundamentos para juízos concretos de dever, embora sejam fundamentos de espécie mui diferentes. A diferença de princípios e regras – prossegue o notável Professor alemão – é, portanto, diferença entre duas espécies de normas. Lembra que os critérios propostos a distinção ora estabelecida são inumeráveis. O mais frequente, acentua, é o da generalidade. De acordo com este, diz Alexy, os princípios são normas dotadas de alto grau de generalidade relativa, ao passo que as regras, sendo também normas, têm, contudo, grau relativamente baixo de generalidade.<sup>61</sup>

Mas onde a distinção entre regras e princípios desponta com mais nitidez, no dizer de Alexy, é ao redor da colisão de princípios e do conflito de regras. Comum a colisões e conflitos é que duas normas, cada qual aplicada de per si, conduzem a resultados entre si incompatíveis, a saber, a dois juízos concretos e contraditórios de dever-ser jurídico. Distinguem-se, por conseguinte, no modo de solução do conflito. Afirmar Alexy: “Um conflito entre regras somente pode ser resolvido se uma cláusula de exceção, que remova o conflito, for introduzida numa regra ou pelo menos se uma das regras for declarada nula (*ungültig*).” Juridicamente, segundo ele, uma norma vale ou não vale, e quando vale, e é aplicável a um caso, isto significa que suas consequências jurídicas também valem. Com a colisão de princípios, tudo se passa de modo inteiramente distinto, conforme adverte Alexy. A

---

<sup>61</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 27. Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 286-287.

colisão ocorre, p. ex., se algo é vedado por um princípio, mas permitido por outro, hipótese em que um dos princípios deve recuar. Isto, porém, não significa que o princípio do qual se abdica seja declarado nulo, nem que uma cláusula de exceção nele se introduza. Antes, quer dizer – elucida Alexy – que, em determinadas circunstâncias, um princípio cede ao outro ou que, em situações distintas, a questão de prevalência se pode resolver de forma contrária. Com isso – afirma Alexy, cujos conceitos estamos literalmente reproduzindo – se quer dizer que os princípios têm um peso diferente nos casos concretos, e que o princípio de maior peso é o que prepondera. Já, os conflitos de regras – assevera o eminente Jurista - se desenrolam na dimensão da validade, ao passo que a colisão de princípios, visto que somente princípios válidos podem colidir, transcorre fora da dimensão da validade, ou seja, na dimensão do peso, isto é, do valor.<sup>62</sup>

Conforme Humberto Ávila, as regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos; já os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.<sup>63</sup>

---

<sup>62</sup> BONAVIDES, op. cit., p. 289-290.

<sup>63</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos*

O autor registra que até aqui este trabalho dedicou-se à investigação de princípios que, como tais, estabelecem fins a serem buscados. A partir de agora não será mais examinado o dever de promover a realização de um estado de coisas; mas o modo como esse dever deve ser aplicado. Superou-se o âmbito das normas para adentrar o terreno das meta normas. Esses deveres situam-se num segundo grau e estabelecem a estrutura de aplicação de outras normas, princípios e regras. Como tais, eles permitem verificar os casos em que há violação às normas, cuja aplicação estrutura. Só elipticamente é que se pode afirmar que são violados os postulados da razoabilidade, da proporcionalidade ou da eficiência, por exemplo. A rigor, violadas são as normas – princípios e regras – que deixaram de ser devidamente aplicadas.<sup>64</sup>

Há o entendimento de que os postulados normativos situam-se num plano distinto daquele das normas cuja aplicação estrutura. A violação deles consiste na não-interpretação de acordo com sua estruturação. São, por isso, meta normas, ou normas de segundo grau. O qualificativo de normas de segundo grau, porém, não deve levar à conclusão de que os postulados normativos funcionam como qualquer norma que fundamenta a aplicação de outras normas, a exemplo do que ocorre no caso de sobreprincípios como o princípio do Estado de Direito ou do devido processo legal. Isto porque esses sobreprincípios situam-se no próprio nível das normas que são objeto de aplicação, e não no nível das normas que estruturam a aplicação de outras. Além disso, os sobreprincípios funcionam como fundamento, formal e material, para a instituição e atribuição de sentido às normas hierarquicamente

---

*princípios jurídicos*. 12. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 78-79.

<sup>64</sup> ÁVILA, op. cit., p. 146.

inferiores, ao passo que os postulados normativos funcionam como estrutura para aplicação de outras normas.<sup>65</sup>

A definição de postulados normativos aplicativos como deveres estruturantes da aplicação de outras normas coloca em pauta a questão de saber se eles podem ser considerados como princípios ou regras. Alexy não enquadra a proporcionalidade diretamente em uma categoria específica, pois utiliza, para sua definição, o termo princípio (Grundsatz), limitando-se a afirmar, em nota de rodapé, que as máximas parciais podem ser enquadradas no conceito de regras. A maior parte da doutrina enquadra-os, sem explicações, na categoria dos princípios.<sup>66</sup>

As considerações feitas acima apontam em sentido diverso. Como os postulados situam-se em um nível diverso do das normas objeto de aplicação, defini-los como princípios ou como regras contribuiria mais para confundir do que para esclarecer. Além disso, o funcionamento dos postulados difere muito do dos princípios e das regras. Com efeito, os princípios são definidos como normas imediatamente finalísticas, isto é, normas que impõem a promoção de um estado ideal de coisas por meio da prescrição indireta de comportamentos cujos efeitos são havidos como necessários àquela promoção. Diversamente, os postulados, de um lado, não impõem a promoção de um fim, mas, em vez disso, estruturam a aplicação do dever de promover um fim; de outro, não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos. Rigorosamente, portanto, não se podem confundir

---

<sup>65</sup> ÁVILA, op. cit., p. 147.

<sup>66</sup> Idem, p. 47.

princípios com postulados.<sup>67</sup>

As regras, a seu turno, são normas imediatamente descritivas de comportamentos devidos ou atributivas de poder. Distintamente, os postulados não descrevem comportamentos, mas estruturam a aplicação de normas que o fazem. Mesmo que as regras fossem definidas como normas que prescrevem, proíbem ou permitem o que deve ser feito, devendo sua consequência ser implementada, mediante subsunção, caso a sua hipótese seja preenchida, como o fazem Dworkin e Alexy, ainda assim a complexidade dos postulados se afastaria desse modelo dual.<sup>68</sup>

Dessa forma, a igualdade pode funcionar como regra, prevendo a proibição de tratamento discriminatório; como princípio, instituindo um estado igualitário como fim a ser promovido; e como postulado, estruturando a aplicação do Direito em função de elementos (critério de diferenciação e finalidade da distinção) e da relação entre eles (congruência do critério em razão do fim).<sup>69</sup>

O princípio da igualdade se apresenta em diversos dispositivos da Constituição Federal como um dos valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos no preâmbulo.

A Constituição de 1988 abre o capítulo dos direitos individuais com o princípio de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (art. 5º, caput). Reforça o princípio com muitas outras normas sobre a igualdade ou buscando a igualização dos desiguais pela outorga de direitos sociais substanciais. Assim é que, já no mesmo art. 5º, I, declara que homens e mulheres são iguais em direitos e

---

<sup>67</sup> ÁVILA, op. cit., p. 147-148.

<sup>68</sup> Idem, p. 148.

<sup>69</sup> Idem, p. 162.

obrigações. Depois, no art. 7º, XXX e XXXI, vêm regras de igualdade material, regras que proíbem distinções fundadas em certos fatores, ao vedarem diferença de salários; de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil e qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência. A previsão, ainda que programática, de que a República Federativa do Brasil tem como um de seus objetivos fundamentais reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III), veemente repulsa a qualquer forma de discriminação (art. 3º, IV), a universalidade da seguridade social, a garantia ao direito à saúde, à educação baseada em princípios democráticos e de igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, enfim a preocupação com a justiça social como objetivo das ordens econômica e social (arts. 170, 193, 196 e 205) constituem reais promessas de busca da igualdade material.<sup>70</sup>

Nossas constituições, desde o Império, inscreveram o princípio da igualdade, como igualdade perante a lei, enunciado que, na sua literalidade, se confunde com a mera isonomia formal, no sentido de que a lei e sua aplicação tratam a todos igualmente, sem levar em conta as distinções de grupos. A compreensão do dispositivo vigente, nos termos do art. 5º, caput, não deve ser assim tão estreita. O intérprete há que aferi-lo com outras normas constitucionais, conforme apontamos supra e, especialmente, com as exigências da justiça social, objetivo da ordem econômica e da ordem social. Considerá-lo-emos como isonomia formal para diferenciá-lo da isonomia material,

---

<sup>70</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 211-212.

traduzido no art. 7º, XXX e XXXI.<sup>71</sup>

A Constituição procura aproximar os dois tipos de isonomia, na medida em que não se limitara ao simples enunciado da igualdade perante a lei; menciona também igualdade entre homens e mulheres e acrescenta vedações a distinção de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação.<sup>72</sup>

Além dos dispositivos da Constituição Federal, anteriormente mencionados, é necessário apontar o art. 4º, VIII (repúdio ao terrorismo e ao racismo); o art. 5º, XLI (a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais); o art. 5º, XLII (a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei); art. 5º, § 1º e § 2º (as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata; e os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte).

A vinculação do princípio da proporcionalidade ao Direito Constitucional ocorre por via dos direitos fundamentais, sendo que o referido princípio ganha extrema importância e afigura um prestígio e difusão tão larga quanto outros princípios cardeais e afins, nomeadamente o princípio da igualdade.<sup>73</sup>

No Brasil, a proporcionalidade pode não existir enquanto norma geral de direito escrito, mas existe como norma esparsa no texto constitucional. A noção mesma se infere de outros princípios que lhe são afins, entre os quais avulta, em primeiro lugar, o princípio da

---

<sup>71</sup> SILVA, op. cit., p. 214-215.

<sup>72</sup> Idem, p. 215.

<sup>73</sup> BONAVIDES, op. cit., p. 408.

igualdade, sobretudo em se atentando para a passagem da igualdade-identidade à igualdade-proporcionalidade, tão característica da derradeira fase do Estado de direito.<sup>74</sup>

Havendo uma colisão entre princípios ou postulados normativos, utiliza-se a proporcionalidade, com seus três critérios para verificar se a lei é proporcional, isto é, constitucional.

O postulado da proporcionalidade se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?).<sup>75</sup>

Roberta Fragozo Menezes Kaufmann entende que o princípio da igualdade não funciona, em tese, como limitador à adoção de programas afirmativos, mas observa que a constitucionalidade ou não de programas positivos, por exemplo, não pode ser diagnosticada em abstrato, devendo ser analisada no caso concreto, a partir de cada medida específica. Sabe-se que é próprio das normas estabelecerem critérios diferenciadores entre as pessoas, desde que a eleição de tais critérios seja justificável. O desafio de interpretar o alcance do princípio da igualdade reside justamente em impedir certas diferenciações que não possuem fundamento razoável e que, assim, transgrediriam a igualdade, por

---

<sup>74</sup> BONAVIDES, op. cit., p. 448.

<sup>75</sup> ÁVILA, op. cit., p. 173-174.

serem desproporcionais. Para que o critério a ser adotado na política afirmativa brasileira não fira o princípio da igualdade, deve passar pelo crivo da proporcionalidade, a partir da análise dos seus subprincípios.

Os subprincípios da proporcionalidade são os seguintes:

- Subprincípio da conformidade ou da adequação dos meios: para que este subprincípio seja atendido, é importante examinar se o critério adotado seria apropriado para concretizar o objetivo visado, com vistas ao interesse público; e faz-se necessário que a política afirmativa a ser implementada seja adequada aos nossos próprios problemas raciais e não simples transposição de ações desenvolvidas para outra realidade;

- Subprincípio da necessidade: é preciso que o critério afirmativo adotado seja exigível ou estritamente necessário, não extravasando os limites da consecução dos objetivos determinados; e procurando sempre o meio menos gravoso para atingir a missão proposta, a partir da observação se, no caso, não existiriam outros meios menos lesivos que pudessem, da mesma forma, atingir os objetivos propostos, a um custo menor aos interesses dos demais indivíduos;

- Subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito: procura-se, a partir dele, perquirir se os resultados obtidos pela política afirmativa seriam proporcionais à intervenção efetuada por meio de tais medidas. Parte-se para um juízo de ponderação entre os valores que estão em jogo (de um lado, a necessidade de programas afirmativos para integrar o negro; de outro lado, os demais cidadãos que não foram

beneficiados com essas medidas).<sup>76</sup>

## 1.2 Autonomia Municipal

A Constituição Federal integrou os Municípios como entes da Federação, sendo expressa esta novidade em dois momentos: no art. 1º, declara que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituindo-se em Estado Democrático de Direito; e, no art. 18, destaca que a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, sendo todos autônomos, nos termos desta Constituição. Além disso, a autonomia dos Municípios é garantida através da autonomia política, administrativa e financeira, assegurada pelos dispositivos anteriormente mencionados, disciplinada nos arts. 29 e 30 do mesmo diploma legal e limitada pelos princípios contidos na própria Constituição Federal e nas Constituições Estaduais.

O poder de auto-organização foi reconhecido aos Municípios, ao lado do governo próprio e das competências exclusivas, e ainda com ampliação destas, de sorte que a Constituição criou verdadeiramente uma nova instituição municipal no Brasil, tornando-se plena a capacidade de autogoverno municipal.<sup>77</sup>

A autonomia municipal, assim, assenta em quatro capacidades:

---

<sup>76</sup> KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? In: *XXXII Congresso Nacional de Procuradores do Estado/Natal*. Brasília: 2006, p. 28-29.

<sup>77</sup> SILVA, op. cit., p. 640.

(a) *capacidade de auto-organização*, mediante a elaboração de lei orgânica própria;

(b) *capacidade de autogoverno*, pela eletividade do Prefeito e dos Vereadores às respectivas Câmaras Municipais;

(c) *capacidade normativa própria*, ou capacidade de autolegislação, mediante a competência de elaboração de leis municipais sobre áreas que são reservadas à sua competência exclusiva e suplementar;

(d) *capacidade de autoadministração* (administração própria, para manter e prestar os serviços de interesse local).<sup>78</sup>

Nessas quatro capacidades, encontram-se caracterizadas a *autonomia política* (capacidades de auto-organização e de autogoverno), a *autonomia normativa* (capacidade de fazer leis próprias sobre matéria de sua competência), a *autonomia administrativa* (administração própria e organização dos serviços locais) e a *autonomia financeira* (capacidade de decretação de seus tributos e aplicação de suas rendas, que é uma característica de autoadministração).<sup>79</sup>

Além de inscrever a autonomia aos Municípios, a Constituição Federal enumera os princípios asseguradores desta mesma autonomia através das capacidades anteriormente mencionadas, funcionando da seguinte forma:

- A autonomia política apresenta (a) o poder de auto-organização, que vem expressa no art. 29, *caput*, com permissão de o Município elaborar sua própria lei orgânica; (b) o poder de autogoverno através da eletividade do prefeito, do vice-prefeito e dos vereadores que se processa simultaneamente em todo o país, para

---

<sup>78</sup> SILVA, op. cit., p. 641.

<sup>79</sup> Idem, p. 641.

mandato de quatro anos (CF, art. 29, I), no primeiro domingo de outubro do ano anterior ao término do mandato dos que devam suceder (art. 29, inciso II), de acordo com normas uniformes estabelecidas pela União (CF, art. 22, I) e com os direitos políticos constantes no mesmo diploma legal (arts. 14 a 17); e compreende também (c) o poder de legislar sobre sua auto-organização; “sobre assuntos de interesse local”; “suplementar a legislação federal e estadual no que couber”; “instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei”; “criar, organizar e suprimir Distritos, observada a legislação estadual”; “promover, no que couber adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano”; “promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual” (CF, arts. 29 e 30, I, II, III, IV, VIII e IX);

- A autonomia administrativa apresenta a administração própria no que concerne ao *interesse local*, mais a organização e a execução dos serviços públicos de sua competência e a ordenação urbanística de seu território (art. 30, IV a IX);

- A autonomia financeira apresenta a decretação e a arrecadação de tributos; e a aplicação das rendas municipais, prestando contas e publicando balancetes nos prazos fixados em lei (art. 30, III), sendo discriminados os tributos da competência do Município na Constituição Federal (art. 156). Ao Município, cabe a participação em outros arrecadados pela União (arts. 153, § 5º, II, 158, I e II, e 159, I, “b” e “d”, e §§ 3º e 4º) e pelo Estado-membro (arts. 158, III e IV, e 159, §§ 3º e 4º). Arrecadado o tributo (imposto, taxa, contribuição ou

contribuição de melhoria) pelo Município, a aplicação fica ao inteiro critério da Administração local, não dependendo de qualquer consulta ou aprovação do Estado ou da União para o emprego dessa renda e bastando que a lei orçamentária municipal contenha as dotações necessárias para o exercício em que vão ser aplicadas. Entretanto, disposições constitucionais obrigam o Município a aplicar anualmente nunca menos de 25% da receita resultante de impostos – compreendida a proveniente de transferências - na manutenção e desenvolvimento do ensino (art. 212), abrangendo o ensino em geral, prioritariamente a educação infantil, em creche e pré-escola (art. 208, IV, com a redação da Emenda Constitucional 53/2006) e o ensino fundamental (art. 211, § 2º, da CF); e de 15% do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, I, “b”, e § 3º, em ações e serviços públicos de saúde (art. 198, § 2º, III, c/c o art. 167, IV, e art. 77, III, e § 4º, do ADCT). Não há restrições à aplicação das rendas municipais, como se infere do art. 160, *caput*.<sup>80</sup>

Demonstrando o papel da autonomia municipal na Constituição Federal, observa-se que há a discriminação da repartição de competências entre os entes federativos no texto legal. Segundo Regina Maria Macedo Nery Ferrari, é oportuno lembrar que, em consequência da repartição constitucional de competências e da autonomia dos entes federativos, não há prevalência da lei federal ou estadual sobre a municipal, isto é, só há hierarquia entre as leis, quando, por inexistir exclusividade de administração, as três unidades (União, Estado e Município) regularem concorrentemente a mesma matéria, caso em que a lei

---

<sup>80</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 17. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 94-96; 111; 113-116.

municipal cede à estadual e esta à federal, sendo que qualquer intromissão na esfera de competência do outro caracteriza uma inconstitucionalidade.<sup>81</sup>

Em relação à repartição de competências, Hely Lopes Meirelles afirma também que não há prevalência da lei federal ou estadual sobre a municipal na utilização de direitos constitucionais. De acordo com o autor, o governo local é que provê a administração em tudo quanto respeite ao interesse local do Município, repelindo, por inconstitucional, qualquer intromissão de outro órgão, autoridade ou poder. Só há hierarquia entre as leis quando, por inexistir exclusividade de administração, as três entidades (União – Estado-membro - Município) regularem *concorrentemente* a mesma matéria, caso em que a lei municipal cede à estadual, e esta à federal. ImproPRIAMENTE se diz que o Município está subordinado à União e ao Estado-membro. Não ocorre tal subordinação. O que existe são esferas próprias de ação governamental, que descrevem gradativamente da União para o Estado-membro e do Estado-membro para o Município. Não há, pois, submissão do Município ao Estado ou à União, porque nenhuma dessas entidades pode substituir o governo local na solução de casos afetos à Administração Municipal; o que há é respeito recíproco pelas atribuições privativas de cada qual.<sup>82</sup>

### 1.3 Competências Municipais

A repartição de competências foi adotada, reservando-se à União (arts. 21 e 22) e aos Municípios (art. 30) poderes explicitamente enumerados na

---

<sup>81</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Direito Municipal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 88.

<sup>82</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 93.

Constituição Federal. Aos Estados, as competências que lhes não são vedadas (art. 25, § 1º), quer dizer, os poderes remanescentes, mas estas entidades federativas combinam possibilidades de delegação (art. 22, § único); áreas comuns em que se prevê em atuações paralelas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 23); e setores concorrentes juntamente com a União, que tem a competência de estabelecer políticas, diretrizes ou normas gerais (arts. 21, XIX-XXI; 22, IX, XXI, XXIV; e 24, § 1º), enquanto a competência suplementar se defere aos Estados e até aos Municípios (art. 24, § 2º e 3º; e art. 30, II).

Conforme José Afonso da Silva, o princípio geral que norteia a repartição de competência entre as entidades componentes do Estado Federal é o da predominância do interesse, segundo o qual à União caberão àquelas matérias e questões de predominante interesse geral, nacional, ao passo que aos Estados tocarão as matérias e assuntos de predominante interesse regional, e aos Municípios concernem os assuntos de interesse local, sendo que torna-se cada vez mais problemático discernir o que é interesse geral ou nacional do que seja interesse regional ou local, pois, muitas vezes, certos problemas não são de interesse rigorosamente nacional, por não afetarem o país, mas não são simplesmente particulares de um Estado, por abrangerem dois ou mais deles.<sup>83</sup>

Além disso, a dificuldade em definir o que é interesse nacional, regional e local é procedente, pois o interesse local se reflete sobre os interesses regionais ou nacionais. Pretende-se debater sobre as competências municipais enumeradas no art. 30, da Constituição Federal, que ampliam a autonomia

---

<sup>83</sup> SILVA, op. cit., p. 478.

municipal na estrutura da Federação, envolvendo assuntos de saúde, educação, urbanismo, serviços públicos e patrimônio histórico-cultural. Destacaremos os incisos I e II do artigo já mencionado, porque o primeiro diz que compete aos Municípios legislar sobre assuntos de interesse local, mantendo uma área de competências privativas não enumeradas; e o segundo permite que os mesmos podem suprir as omissões e as lacunas da legislação federal e estadual suplementarmente, dizendo respeito às necessidades imediatas do Município.

Hely Lopes Meirelles alega que interesse local não é interesse exclusivo do Município; não é interesse privativo da localidade; não é interesse único dos municípios. Se exigisse essa exclusividade, essa privatividade, essa unicidade, bem reduzido ficaria o âmbito da Administração local, aniquilando-se a autonomia de que faz praça a Constituição. Mesmo porque não há interesse municipal que não o seja reflexamente da União e do Estado-membro, como, também, não há interesse regional ou nacional que não ressoe nos Municípios, como partes integrantes da Federação Brasileira. O que define e caracteriza o “interesse local”, inscrito como dogma constitucional, é a predominância do interesse do Município sobre o do Estado ou da União.<sup>84</sup>

Examinando-se a atividade municipal no seu tríplice aspecto político, financeiro e social, deparasse-nos um vasto campo de ação, onde avultam assuntos de interesse local do Município, a começar pela elaboração de sua lei orgânica e escolha de seus governantes (prefeito e vereadores), e a se desenvolver na busca de recursos para a Administração (tributação), na organização dos serviços necessários à comunidade

---

<sup>84</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 111.

(serviços públicos), na defesa do conforto e da estética da cidade (Urbanismo), na educação e recreação dos munícipes (ação social), na defesa da saúde, da moral e do bem-estar público (poder de polícia) e na regulamentação estatutária de seus servidores.<sup>85</sup>

A *competência do Município* para organizar o serviço público e seu pessoal é consectário da autonomia administrativa de que dispõe (CF, art. 30, I). Atendidas as normas constitucionais aplicáveis ao servidor público (CF, arts. 37 a 41)<sup>86</sup>, bem como os preceitos das leis de caráter nacional e de sua lei orgânica, pode o Município elaborar o regime jurídico de seus servidores, segundo as conveniências locais. Nesse campo, é inadmissível a extensão das normas estatutárias federais ou estaduais aos servidores municipais. Só será possível a aplicação do estatuto da União ou do Estado-membro se a lei municipal assim o determinar expressamente.<sup>87</sup>

Nem mesmo a Constituição Estadual poderá estabelecer direitos, encargos ou vantagens para o servidor municipal, porque isto atenta contra a autonomia local.<sup>88</sup> Só o Município poderá estabelecer o regime de trabalho e de pagamento de seus servidores, tendo em vista as peculiaridades locais e as possibilidades de seu orçamento.<sup>89</sup>

O denominado *Regime Jurídico Único*, previsto

---

<sup>85</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 137.

<sup>86</sup> Entre os arts. 39-41, da Constituição Federal, destacamos os seguintes dispositivos: o art. 37, incisos I e II, tratam dos cargos, empregos e funções públicos que são acessíveis aos brasileiros que preenchem os requisitos estabelecidos em lei; e da investidura em cargo ou emprego público que depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, respectivamente. Também o art. 37, inciso VIII, que diz que a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.

<sup>87</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 619.

<sup>88</sup> Idem, p. 619-620.

<sup>89</sup> Idem, p. 620.

no art. 39 da CF de 1988, que tanta polêmica e dificuldades práticas causaram, abolido pela Emenda Constitucional 19, de 4.6.1998, voltou à vigência após decisão da ADI 2.135-4 pelo STF, que suspendeu a eficácia da redação conferida pela Emenda, por vício formal do processo legislativo, retornando o dispositivo à formulação anterior até julgamento final. Assim sendo, hoje, União, Estados, Distrito Federal e Municípios não poderão adotar o regime estatutário, o celetista ou ambos, exigindo a Constituição Federal o Regime Jurídico *Único*. O que exige a Constituição Federal é que a legislação disciplinadora do regime de trabalho dos servidores públicos obedeça aos princípios fixados em seus arts. 37 a 41.<sup>90</sup>

Também Hely Lopes Meirelles conceitua servidores públicos municipal ou, simplesmente, servidores públicos, em sentido amplo, como todos os agentes públicos que se vinculam à Administração Pública Municipal, direta e indireta, sob o regime jurídico: a) estatutário – os servidores são os titulares de cargo público efetivo, podendo adquirir estabilidade e estar sujeitos a regime peculiar de previdência social; b) celetista - regido pela Consolidação das Leis do Trabalho, os servidores são chamados de celetistas ou de empregadores públicos e são titulares de emprego público (não de cargo público), devendo ser admitidos mediante concurso ou processo seletivo público; e não tendo condição de adquirir estabilidade; c) administrativo especial - são os servidores públicos contratados por tempo determinado, submetidos ao regime jurídico administrativo especial da lei prevista no art. 37, inciso IX, da Constituição Federal, bem como ao regime geral de previdência, com a finalidade de atender a necessidade temporária de excepcional interesse

---

<sup>90</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 606.

público para a realização de trabalhos que fogem à rotina administrativa, como os destinados à execução direta de uma obra pública, ao atendimento de situações de emergência ou à cessação de estado de calamidade pública. Também há os agentes políticos que constituem, na realidade, categoria própria de agente público e que são os componentes do governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões por nomeação, eleição, designação ou delegação, para o exercício de atribuições constitucionais, encontrando-se, na categoria da órbita municipal, o chefe do Executivo (prefeito) e seus auxiliares imediatos (secretários municipais), os membros do Poder Legislativo (vereadores) e demais autoridades que atuam com independência funcional no desempenho e atribuições constitucionais.<sup>91</sup>

O princípio da subsidiariedade é o princípio que amplia a liberdade de cada Município para decidir sobre quais são os seus interesses, na medida em que formulam ações de possível realização em âmbito local, estimulando a participação da comunidade local para determinar suas responsabilidades na discussão dos problemas municipais. Na formulação atual do princípio, no que tange ao municipalismo, há duas relações evidentes: a preferência para a ação da comunidade local em relação à do Município e preferência da ação do Município em relação às ações das demais entidades da Federação, ou seja, a comunidade menor é, no primeiro caso, a própria comunidade local e, no segundo, o Município, que está mais próximo das necessidades que estão a ensejar alguma ação.<sup>92</sup>

---

<sup>91</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 606-610.

<sup>92</sup> OLIVEIRA, Cristiane Catarina Fagundes de. Subsidiariedade e Administração Municipal. In: *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*, Porto Alegre, CEDIM, n. 20, nov. 2006, p. 25 e 27.

Dessa forma, alguns dispositivos da Constituição Federal devem passar por uma interpretação conforme o princípio da subsidiariedade, como a análise do art. 30, inciso II, que apresenta um defeito e que precisa ser corrigido pela via da interpretação constitucional. Primeiramente, as competências dos arts. 23 e 24, da Constituição Federal, deveriam ser entendidas como formando um sistema. O art. 23 desenhou um campo de serviços e de atividades públicas, mormente nas áreas críticas do social, do meio ambiente e da cultura, em que os esforços dos três níveis devem ser combinados. Utilizando-se do princípio da subsidiariedade, o exercício desses serviços e dessas atividades é dividido pelo método indicado no art. 1º, § único, da Constituição Federal (cooperação, seja voluntária - que seria preferível -, seja forçada, pela via de lei complementar). Já o art. 24<sup>93</sup> recorre à técnica das normas gerais para atribuir as competências legislativas nesta área ampla de serviços e de atividades públicas, sendo que a prioridade deveria ser conferida aos Municípios. Esta prioridade trata-se da legislação dita suplementar do art. 30, inciso II, devendo ser lida a partir do princípio da subsidiariedade, isto é, a integração das competências comuns e concorrentes deve ser presidida por este princípio. As normas gerais da União e dos Estados não de respeitar a competência municipal - apelidada de suplementar, que não pode ser entendida como um sentido secundário ou menos importante, ou seja, a legislação municipal nesta área de serviços e de atividades tem de ser vista como um campo próprio de autonomia, de autorregulação, de participação e de

---

<sup>93</sup> O art. 24, da Constituição Federal, trata de competência concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal, excluindo expressamente os Municípios.

responsabilidade.<sup>94</sup> Por exemplo: as competências previstas no inciso VI (manter programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental) e no inciso VII (prestar serviços de atendimento à saúde da população) do art. 30, da Constituição Federal, não são exclusivas do Município, inscrevendo-se na área das competências comuns, conforme o art. 23, do mesmo diploma legal. Quanto à educação, é certo que, nos termos do art. 211, § 2º, da Constituição Federal, os Municípios atuarão prioritariamente na área do ensino fundamental e pré-escolar. Mas isto não significa que os Estados não possam atuar nessa área, pois a educação é dever do Estado, cabendo ao Poder Público de todas as esferas organizarem, em regime de colaboração, os seus sistemas de ensino. Quanto à saúde, sabe-se que é matéria de competência comum expressamente incluída no rol do art. 23, inciso II, da Constituição Federal, dispensando a previsão do art. 30, inciso VII, do mesmo diploma legal.

## **2 AÇÕES AFIRMATIVAS**

### **2.1 Conceito**

Segundo Joaquim Benedito Barbosa Gomes, as ações afirmativas podem ser definidas atualmente como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como para corrigir ou mitigar os efeitos presentes da discriminação

---

<sup>94</sup> SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. Autonomia municipal e subsidiariedade: competência constitucional do município. In: *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*, Porto Alegre, CEDIM, n. 20, nov./2006, p. 18-19.

praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego.<sup>95</sup>

Observa-se que as políticas de ações afirmativas impostas ou sugeridas pelo Estado visam a combater não somente as manifestações flagrantes de discriminação, mas também a discriminação de fato, de fundo cultural, estrutural, enraizada na sociedade.<sup>96</sup> É indispensável uma ampla conscientização da própria sociedade e das lideranças políticas de maior expressão acerca da absoluta necessidade de se eliminar ou de se reduzir as desigualdades sociais que operam em detrimento das minorias, notadamente as minorias raciais, sendo necessária uma ampla conscientização sobre o fato de que a marginalização socioeconômica a que são relegadas as minorias, especialmente as raciais, resulta de um único fenômeno: a discriminação.<sup>97</sup> Ao Estado cabe a opção entre duas posturas distintas: manter-se firme na posição da neutralidade, e permitir a total subjugação dos grupos sociais desprovidos de voz, de força política, de meios de fazer valer os seus direitos; ou, ao contrário, atuar ativamente no sentido da mitigação das desigualdades sociais que têm como público alvo precisamente as minorias raciais, étnicas, sexuais e nacionais.<sup>98</sup>

A implementação de ações afirmativas justifica-se com o argumento de que esse tipo de política social seria apta a atingir uma série de objetivos que restariam normalmente inalcançados caso a estratégia de

---

<sup>95</sup> GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. In: SANTOS, Renato Emerson dos; LOBATO, Fátima (orgs.). *Ações afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003, p. 27. (Políticas da Cor).

<sup>96</sup> Idem, p. 22.

<sup>97</sup> Idem, p. 23-24.

<sup>98</sup> Idem, p. 24.

combate à discriminação se limitasse à adoção de regras meramente proibitivas de discriminação no campo normativo. Entre os objetivos almejados, temos: promover os princípios da diversidade e do pluralismo, tornando rotineira a observância dos mesmos e operando uma transformação no comportamento e na mentalidade coletiva, que são moldados pela tradição, pelos costumes, pela história; além do ideal de concretização da igualdade de oportunidades, induzir transformações de ordem cultural, pedagógica e psicológica, aptas a subtrair do imaginário coletivo a ideia de supremacia e de subordinação de uma raça em relação à outra, do homem em relação à mulher; não somente coibir a discriminação do presente, mas também eliminar os efeitos persistentes (psicológicos, culturais e comportamentais) da discriminação do passado, que tendem a se perpetuar; implantar uma certa diversidade e uma maior representatividade dos grupos minoritários nos mais diversos domínios de atividade pública e privada, partindo da premissa de que tais grupos normalmente não são representados em certas áreas ou são sub-representados, seja em posições de mando e prestígio no mercado de trabalho e nas atividades estatais, seja nas instituições de formação que abrem as portas ao sucesso e às realizações individuais; criar as chamadas personalidades emblemáticas, que constituiriam um mecanismo institucional de criação de exemplos vivos de mobilidade social ascendente, ou seja, os representantes de minorias que, por terem alcançado posições de prestígio e poder, serviriam de exemplo às gerações mais jovens, que veriam em suas carreiras e realizações pessoais a sinalização de que não haveria, chegada a sua vez, obstáculos intransponíveis à realização de seus sonhos e à concretização de seus

projetos de vida.<sup>99</sup>

Os principais argumentos contrários às ações afirmativas são os seguintes: no Brasil, em razão da grande miscigenação, não é possível identificar quem é negro; e a instituição de ações afirmativas afronta o princípio constitucional da igualdade, criando privilégios em detrimento do mérito individual.<sup>100</sup>

## 2.2 Histórico

Vários países apresentam experiências em políticas de ações afirmativas, como:

- a Índia reserva parte das vagas no serviço público, na educação e em todos os órgãos estatais aos *dalit* (a mais discriminada das castas de sua sociedade), sendo o primeiro país do mundo a adotar as cotas raciais nos anos 30;
- no Canadá, os esquimós são minorias que têm direito a cadeiras no parlamento e que são favorecidas por leis que lhes dão maiores oportunidades de trabalho e de estudo;
- na China, o governo exclui as famílias que não sejam da etnia han (maioria do país) de seu programa de controle de natalidade, tendo cotas para minorias no parlamento e no governo;
- a Austrália beneficia os aborígenes;
- a África do Sul é o país que possui o maior programa de ação afirmativa do mundo, conhecido como *Black Economic Empowerment* (BEE), que

---

<sup>99</sup> GOMES, op. cit., p. 29-32.

<sup>100</sup> GOLEMBIEWSKI, Marcos. *Direitos humanos: minorias e ação afirmativa: a Coordenação de Direitos Humanos e Cidadania de Porto Alegre*. Porto Alegre, PUCRS, 2003. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais), Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2003, p. 26-27.

pretende conceder aos negros uma grande fatia da economia dominada pela minoria branca, prevendo a concessão de cinquenta por cento dos contratos estatais às empresas cujos donos sejam negros e a ocupação por negros de quarenta por cento dos cargos de chefia em empresas públicas; possuindo o Ato de Igualdade Empregatício que estabelece cotas de contratação e distribuição de cargos nas empresas; e planejando a participação da maioria negra em pelo menos vinte e cinco por cento de cada setor da economia até 2011, como uma das metas do programa;

- nos Estados Unidos, o governo alterou as legislações que amparavam a discriminação racial devido ao crescimento do movimento dos direitos civis nos anos 60 do século passado, tendo como resultados: um sistema de cotas foi estabelecido em universidades e na administração pública; mesmo não havendo cotas predeterminadas, os negros, os hispânicos e outras minorias têm pontos a mais no processo de seleção em algumas universidades atualmente; os empregadores foram obrigados a planificar contratações, formação e promoções nas empresas, visando à inclusão de afro-americanos; as emissoras de TV e as empresas de publicidade devem reservar um percentual para a participação de negros em seus programas.<sup>101</sup>

O Brasil já teve experiência em políticas de ações afirmativas, como o uso de cotas diferenciadas para o ingresso de estudantes, que foi comum nos cursos de Agronomia e Veterinária entre 1968 e 1985, período de vigência da Lei n. 5.465/68, chamada Lei do Boi, que determinava a reserva de 50% (cinquenta por cento) das vagas à candidatos do meio rural às instituições federais, sendo revogada pela Lei

---

<sup>101</sup> LOPES, Daniel; LOPES, Rodrigo. Sistema de cotas raciais: uma polêmica mundial. *Zero Hora*, Porto Alegre, 15 jul. 2006.

7.423/85.<sup>102</sup>

Com efeito, o legislador brasileiro, mesmo não as denominando ações afirmativas ou cotas, mas às vezes utilizando a palavra “reservar” (Lei n. 9.504/97) e “reservará” (art. 37, VII, da Constituição Federal), já editou diversas leis e outros tipos normativos, que reconhecem o direito à diferença de tratamento legal para diversos grupos vulneráveis. Dentre outros, destacamos:

I. Constituição Federal:

- Art. 3º, incisos I, III e IV (constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária, bem como promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, e erradicar a (...) marginalização e reduzir as desigualdades sociais...);

- Art. 4º, incisos II e VIII (a República Federativa do Brasil, no plano das relações internacionais, deve velar pela observância dos princípios da prevalência dos direitos humanos e do repúdio ao terrorismo e ao racismo);

- Art. 5º, incisos XLI e XLII (consagra o princípio da igualdade; informa que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; enuncia que a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei);

- Art. 5º, § 2º (consagra a incorporação do direito advindo dos tratados internacionais);

- Art. 7º, inciso XXX (no campo dos direitos sociais, proíbe a diferença de salários, de exercício de

---

<sup>102</sup> CECCONI, Eduardo. Reserva de vagas para o MST divide a UFPel. *Zero Hora*, Porto Alegre, 18 mar. 2006.

funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil);

- Art. 23, inciso X (combater ... os fatores de marginalização);

- Art. 37, inciso VIII (a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão);

- Art. 70, incisos VII (redução das desigualdades ... sociais);

- Art. 227, inciso II (criação de programas ... de integração social dos adolescentes portadores de deficiência).

## II. Leis ordinárias:

- Decreto-lei n. 5.452/43 (CLT), que prevê, em seu art. 354, cota de dois terços de brasileiros para empregados de empresas individuais ou coletivas;

- Decreto-lei n. 5.452/43 (CLT), que estabelece, em seu art. 373-A, a adoção de políticas destinadas a corrigir as distorções responsáveis pela desigualdade de direitos entre homens e mulheres;

- Lei n. 8.112/90, que prescreve, em seu art. 5º, § 2º, reserva de até 20% para os portadores de deficiências no serviço público civil da União;

- Lei n. 8.213/91, que fixou, em seu art. 93, reserva para as pessoas portadoras de deficiência no setor privado;

- Lei n. 8.666/93, que preceitua, em seu art. 24, inc. XX, a inexigibilidade de licitação para contratação de associações filantrópicas de pessoas portadoras de deficiência;

- Lei n. 9.504/97, que preconiza, em seu art. 10, § 3º, cria “reserva de vagas” para mulheres nas

candidaturas partidárias.<sup>103</sup>

Não podemos deixar de consignar a contribuição trazida à discussão da matéria por uma avançada inteligência do art. 5º, § 1º e § 2º, da Constituição Federal, traz disposições importantíssimas para a efetiva implementação dos direitos e garantias fundamentais. Com efeito, o § 1º estabelece que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata no país; já o § 2º dispõe que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Como resultado da conjugação do § 1º com o § 2º do art. 5º do texto constitucional, uma interpretação sistemática da Constituição nos conduz à constatação de que estamos diante de normas da mais alta relevância para a proteção dos direitos humanos (e, conseqüentemente, dos direitos das minorias) no Brasil, quais sejam: os tratados internacionais de direitos humanos, que, segundo o dispositivo citado, têm aplicação imediata no território brasileiro, necessitando apenas de ratificação.<sup>104</sup>

Diversas medidas favoráveis à integração dos afrodescendentes podem ser citadas, como a implementação do sistema de cotas para ingresso nas universidades públicas e no serviço público; o surgimento da Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (Lei n. 10.678/2003); a determinação de que o estudo da História e Cultura da África e dos Afro-brasileiros deve ser ministrado no

---

<sup>103</sup> SILVA, Luiz Fernando Martins da. Ação afirmativa e cotas para afrodescendentes: algumas considerações sociojurídicas. *In*: SANTOS, op. cit., p. 69-70.

<sup>104</sup> GOMES, op. cit., p. 47-48.

ensino fundamental e médio (Lei n. 10.639/03); e titulação de terras e estabelecimentos de uma política agrícola e de desenvolvimento das comunidades remanescentes dos quilombos (art. 68 das Disposições Transitórias; Decreto n. 4.887/03; Lei Estadual n. 11.731/02 e Portaria n. 19/05, do INCRA); a implementação do PROUNI para a concessão de bolsas de estudos em Instituições Privadas de Ensino Superior; implementação do Programa de Ação Afirmativa no Instituto Rio Branco para a concessão de bolsa aos candidatos que desejam realizar o concurso de admissão à carreira diplomática; os julgamentos do Supremo Tribunal Federal sobre o sistema de cotas nas universidades federais (ADPF n. 186) e no PROUNI (ADI n. 3330) com decisões favoráveis.

### **2.3 Modalidades**

O sistema de cotas ou a reserva de vagas representa um(a) entre as diversas modalidades de implementação das ações afirmativas. No que concerne às técnicas de implementação, podem ser utilizados, além do sistema de cotas, o método do estabelecimento de preferências, o sistema de bônus e os incentivos fiscais (como instrumento de motivação do setor privado).<sup>105</sup> Segundo Roberta Fragoso Menezes Kaufmann, as modalidades de programas positivos não podem ser reduzidas à fixação de cotas, sendo só um dos mecanismos existentes na aplicação das políticas públicas de proteção às minorias desfavorecidas; e podendo aparecer não somente com a reserva de vagas em universidades, mas também na estipulação de determinada porcentagem de empregos reservada para determinados grupos. É preciso destacar, no entanto,

---

<sup>105</sup> GOMES, op. cit., p. 53.

que existem diversas outras modalidades de medidas positivas, como bolsas de estudo, reforço escolar, programas especiais de treinamento, cursinhos pré-vestibulares, linhas especiais de crédito e estímulos fiscais diversos.<sup>106</sup>

O Direito brasileiro contempla uma modalidade de ação afirmativa (sistema de cotas) para atender grupos desfavorecidos, como mulheres e portadores de deficiência. Sobre a ação afirmativa relacionada às relações de gênero, o art. 5º, inciso I, da Constituição Federal, não somente aboliu essa discriminação chancelada pelas leis, mas também permitiu que se buscassem mecanismos aptos a promover a igualdade entre homens e mulheres através dos diversos dispositivos antidiscriminatórios no mesmo texto legal. Com o intuito de minimizar essa flagrante desigualdade existente em detrimento das mulheres, surgiu uma modalidade de ação afirmativa hoje corporificada nas Leis n. 9.100/95 e n. 9.504/97, que estabeleceram cotas mínimas de candidatas mulheres para as eleições.<sup>107</sup>

Esta modalidade de ação afirmativa também atingiu os portadores de deficiência, em especial as pessoas portadoras de deficiência física, através do art. 37, inciso VIII, da Constituição Federal, que prevê expressamente a reserva de vagas para este grupo específico na Administração Pública. Neste caso, a permissão constitucional para adoção de ações afirmativas em relação aos portadores de deficiência física é expressa, regulamentando o mencionado dispositivo através da Lei n. 7.835/89 e Lei n. 8.112/90. Esta destinação de uma reserva de vagas no serviço público não viola o princípio da isonomia, porque a deficiência física de que essas pessoas são portadoras

---

<sup>106</sup> KAUFMANN, op. cit., p. 16.

<sup>107</sup> GOMES, op. cit., p. 43-44.

traduz-se em uma situação de nítida desvantagem em seu detrimento, fato esse que deve ser devidamente levado em conta pelo Estado, no cumprimento do seu dever de implementar a igualdade material; e porque as pessoas portadoras de deficiência se submetem aos concursos públicos, devendo necessariamente lograr aprovação.<sup>108</sup>

Recentemente a Administração Pública está reservando vagas em universidades e concursos públicos para atender os candidatos negros. O essencial é que o Estado reconheça, oficialmente, a existência da discriminação racial, dos seus efeitos e das suas vítimas; e tome a decisão política de enfrentá-la, transformando esse combate em uma política de Estado no sentido de minorar os efeitos sociais dela decorrentes. É preciso ter a ideia de que a solução ao problema racial não deve vir unicamente do Estado, tendo o importante papel de impulsão e não sendo o único ator nessa matéria. Cabe-lhe traçar as diretrizes gerais, o quadro jurídico à luz do qual os atores sociais poderão agir. Incumbe-lhe remover os fatores de discriminação de ordem estrutural, isto é, aqueles chancelados pelas próprias normas legais vigentes no país. Mas as políticas afirmativas não devem se limitar à esfera pública e devem envolver as universidades (públicas e privadas), as empresas, os governos estaduais, as municipalidades, as organizações governamentais, o Poder Judiciário etc.<sup>109</sup>

---

<sup>108</sup> GOMES, op. cit., p. 44 e 46.

<sup>109</sup> Idem, p. 52.

### **3 AÇÕES AFIRMATIVAS EM CONCURSOS PÚBLICOS MUNICIPAIS NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

#### **3.1 Legislações Municipais**

No Município de Montenegro, a Lei n. 4.016/04 dispõe sobre a reserva de 12% (doze por cento) das vagas oferecidas para afro-brasileiros(as) em concursos públicos efetuados pelo Poder Público para provimento de cargos efetivos. No art. 1º, § 1º, consta que a fixação do número de vagas reservadas aos(às) afro-brasileiros(as) e respectivo percentual far-se-á pelo total de vagas no edital de abertura do concurso público e efetivar-se-á no processo de nomeação. Já o § 2º garante que, preenchido o percentual estabelecido no edital de abertura, caso a Administração ofereça novas vagas durante a vigência do concurso em questão, a reserva de 12% (doze por cento) aos afro-brasileiros(as) deverá ser mantida.

No art. 4º, observa-se que se considerará afro-brasileiro(a) aquele(a) que se declare expressamente, identificando-se como de cor negra ou parda, pertencente à raça/etnia negra; e, no § único, dispõe que tal informação integrará os registros cadastrais de ingresso de servidores. O art. 5º diz que, detectada a falsidade na declaração, sujeitar-se-á o infrator às penas da Lei e ainda: I - se candidato, à anulação da inscrição no concurso público e de todos os atos daí decorrentes; e II - se já nomeado no cargo efetivo para o qual concorreu na reserva de vagas aludidas, utilizando-se da declaração inverídica, à pena disciplinar de demissão. No § único do mesmo artigo, dispõe que será assegurada ampla defesa em qualquer hipótese.

No Município de Bagé, a Lei n. 3.938/02 reserva

20% (vinte por cento) das vagas aos concursos públicos municipais para descendentes afros. No art. 1º, observa-se que, em todos os concursos municipais que forem realizados a partir da vigência da presente Lei, ficam reservadas no mínimo 20% (vinte por cento) das vagas para candidatos que, por ocasião de suas inscrições, comprovarem ser afrodescendentes. Já o § único informa que, em não havendo 20% (vinte por cento) de inscritos por afrodescendentes, a reserva será o percentual registrado na demanda.

No Município de Pelotas, a Lei n. 4.989/03 dispõe sobre a reserva de vagas para afrodescendentes em concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos. No art. 1º, aponta-se que ficam reservadas aos afrodescendentes 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos efetuados pelo Poder Público para provimento de cargos efetivos e empregos públicos. O § 1º registra que a fixação do número de vagas reservadas aos afrodescendentes e respectivo percentual far-se-á pelo total de vagas no edital de abertura do concurso público e se efetivará no processo de nomeação. Já o § 2º diz que a Administração fica desobrigada a abrir nova reserva de vagas durante a vigência do concurso em questão, preenchido o percentual estabelecido no edital de abertura.

No art. 3º, considerar-se-á afrodescendente aquele que se declare expressamente, identificando-se como de cor preta ou parda, a raça/etnia negra; e, no § único, tal informação integrará os registros cadastrais de ingresso do servidor. Conforme o art. 4º, detectada a falsidade na declaração, sujeitar-se-á o infrator às penas da lei e ainda: I – se já nomeado no cargo efetivo ou emprego público para o qual concorreu na reserva de vagas aludidas no art. 1º, utilizando-se da declaração

inverídica, à pena disciplinar de demissão; e II – se candidato, à anulação da inscrição no concurso público e de todos os atos daí decorrentes. Já o § único dispõe que será assegurada ampla defesa em qualquer hipótese.

No Município de São Leopoldo, a Lei n. 5.784/05 dispõe sobre a reserva de vagas para afro-brasileiros em concursos públicos para provimento de cargos efetivos. O art. 1º informa que ficam reservadas aos afro-brasileiros 12% (doze por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos efetuados pelo Poder Público. O § 1º diz que a fixação do número de vagas reservadas aos afro-brasileiros e respectivo percentual far-se-á pelo total de vagas no edital de abertura do concurso público e efetivar-se-á no processo de nomeação. Já o § 2º destaca que a reserva de 12% (doze por cento) aos afro-brasileiros deverá ser mantida, caso a Administração ofereça novas vagas durante a vigência do concurso em questão, preenchido o percentual estabelecido no edital de abertura.

O art. 4º dispõe que considerar-se-á afro-brasileiro aquele que se declare expressamente, identificando-se como de cor negra ou parda, pertencente à raça/etnia negra; e, no § único, diz que tal informação integrará os registros cadastrais de ingresso de servidores. De acordo com o art. 5º, detectada a falsidade na declaração, sujeitar-se-á o infrator às penas da lei e ainda: I – se candidato, à anulação da inscrição no concurso público e de todos os atos daí decorrentes; e II - se já nomeado no cargo efetivo para o qual concorreu na reserva de vagas aludidas no art. 1º, utilizando-se da declaração inverídica, à pena disciplinar de demissão. O § único informa que a ampla defesa será assegurada em qualquer hipótese.

O Decreto n. 4.415/05 regulamenta a Lei n.

5.784 do mesmo ano. No art. 1º, a reserva de vagas oferecidas nos concursos públicos efetuados pelo Poder Público Municipal de São Leopoldo para provimento de cargos efetivos observará as disposições estabelecidas por este Decreto. De acordo com o art. 2º, a Comissão de Acompanhamento do Ingresso de Afro-brasileiros fica instituída, destinando-se a examinar os critérios de acessibilidade dos afro-brasileiros ao provimento de cargos efetivos a estes reservados; e devendo observar rigorosamente: I - as informações prestadas pelo candidato no ato de sua inscrição; e II - as condições individuais do candidato. Este exame será realizado por ocasião da convocação do candidato afro-brasileiro e, antes do ato de nomeação, conforme o art. 2º, § 1º, do respectivo Decreto. Já o § 2º diz que compete à Comissão: I - analisar a documentação específica dos candidatos afro-brasileiros; II - emitir parecer sobre o enquadramento do candidato; III - convocar ou designar outros profissionais ou testemunhas que sejam necessários para a emissão do parecer.

No art. 5º, a Comissão de Acompanhamento terá a seguinte composição: I – três representantes indicados pelo Executivo Municipal (um servidor detentor de cargo de provimento efetivo de Procurador; um servidor representante da Secretaria Municipal de Direitos Humanos e Segurança Urbana; o(a) Coordenador(a) de Seleção e Ingresso da Secretaria Municipal de Administração); e II - quatro representantes indicados por entidades comprometidas com a causa afro-brasileira, em regular funcionamento. Para composição da representação, um edital com chamamento público das entidades para que manifestem seu interesse em participar da Comissão será publicado (§ 1º do mesmo artigo). A Secretaria Municipal de Administração, através de Instrução,

estabelecerá o procedimento de indicação da representação referida no inciso II do art. 5º do presente Decreto (§ 2º do mesmo artigo).

No art. 8º, os candidatos afro-brasileiros e portadores de deficiência serão classificados na listagem juntamente com os demais candidatos e nas listagens específicas destinadas à reserva de vagas para candidatos afro-brasileiros ou candidatos portadores de deficiência, devendo optar, no momento da inscrição, em concorrer pela reserva de vagas para candidatos afro-brasileiros ou candidatos portadores de deficiência. Já o art. 9º diz que as disposições deste Decreto aplicam-se às autarquias e às fundações municipais.

No Município de Porto Alegre, a Lei Complementar n. 494/03 dispõe sobre a reserva de vagas para afro-brasileiros em concursos públicos para provimento de cargos efetivos, garantindo 12% (doze por cento) das vagas. De acordo com o art. 4º, considerar-se-á afro-brasileiro que assim se declare expressamente, identificando-se como de cor negra ou parda, pertencente à raça etnia negra.

O Decreto n. 14.288/03 regulamenta a Lei n. 494/03. Conforme o art. 2º, fica instituída a Comissão de Acompanhamento do Ingresso de Afro-brasileiros, que se destina a examinar os critérios de acessibilidade dos afro-brasileiros ao provimento de cargos efetivos a estes reservados, devendo observar rigorosamente as informações prestadas pelo candidato no ato de sua inscrição e as condições individuais do candidato. Esta Comissão se formará por ocasião da convocação do candidato afro-brasileiro e antes do ato de nomeação. Compete à Comissão: analisar a documentação específica dos candidatos afro-brasileiros; emitir parecer sobre o enquadramento do candidato no art. 4º da Lei n.

494/03; e convocar ou designar outros profissionais ou testemunhas que sejam necessários para a emissão do parecer. A sua composição é a seguinte: três representantes indicados pelo Executivo Municipal (um procurador, um servidor representante da Secretaria Municipal de Direitos Humanos e Segurança Pública e o coordenador de Seleção e Ingresso da Secretaria Municipal de Administração) e quatro representantes indicados por entidades comprometidas com a causa afro-brasileira, em regular funcionamento.

### **3.2 O caso do Município de Montenegro no TJRS**

A apelação n. 70013034152 que foi julgada pela Terceira Câmara Cível destaca o caso da candidata ao cargo de Assistente de Serviços Escolares, que concorreu na vaga destinada a afro-brasileiro, obtendo classificação em 1º lugar nessa classe especial e 12º lugar na geral. Houve controvérsia acerca da interpretação aos § 1º, 2º e 3º do art. 1º, da Lei n. 4.016/04, pois a linha interpretativa adotada pela autoridade municipal foi incorreta, que não nomeou a candidata em momento oportuno. Com a abertura da 6º (sexta) vaga, aplicando-se o percentual de 12% (doze por cento) previsto no edital do concurso, lograr-se-ia coeficiente superior a 0,5, garantindo-se à impetrante a vaga pretendida.

Segundo o acórdão, o princípio da isonomia deve ser analisado em perspectiva material, pois a aplicação da igualdade formal permitiria a perpetuação de heranças discriminatórias históricas. Por isso, a necessidade de se analisar a isonomia sob a ótica de sua acepção material, buscando-se, através da promoção de oportunidades, expressas em políticas

públicas declaradas e por intermédio da legislação ordinária, compensar os grupos menos favorecidos, no caminho da erradicação da pobreza e da marginalização, além da redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, inciso III, da Constituição Federal), objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, que é repetido quando da disciplinados princípios gerais da atividade econômica (art. 170, inciso VII, da Constituição Federal). A decisão foi favorável à constitucionalidade da legislação de Montenegro por unanimidade, garantindo a nomeação da candidata afro-brasileira. A seguir, a ementa do acórdão:

CONCURSO PÚBLICO. MANDADO DE SEGURANÇA. MUNICÍPIO DE MONTENEGRO. AUXILIAR DE SERVIÇOS ESCOLARES. DESTINAÇÃO DE VAGAS A AFRO-BRASILEIROS. LEI MUNICIPAL N. 4.016/2004.

Candidata ao cargo de Assistente de Serviços Escolares, que concorreu na vaga destinada a Afro-Brasileiros, obtendo classificação em 1º lugar nessa classe especial e 12º lugar na geral. Fato superveniente consubstanciado na nomeação da impetrante para o cargo pretendido em 10/5/2005, que não lhe retira o interesse em ver declarado o seu direito à nomeação e posse em vaga que deveria ter sido preenchida ainda em julho de 2004. Não reconhecimento da perda de objeto do "*mandamus*".

Constitucionalidade da LM n. 4.016/04, expressão das ações afirmativas frente à questão da segregação racial.

Ausência de violação do princípio da igualdade em sua acepção material. Concessão de oportunidades, principalmente profissionais e educacionais, expressas em políticas públicas declaradas e por intermédio da legislação ordinária, buscando-se compensar os grupos

menos favorecidos, no caminho da erradicação da pobreza e da marginalização além da redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III, da CF), objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, que é repetido quando da disciplina dos princípios gerais da atividade econômica (art. 170, VII, da CF).

Controvérsia acerca da interpretação aos §§ 1º, 2º e 3º do art. 1º, da LM n. 4.016/04. Incorreta a linha interpretativa adotada pela autoridade municipal, restringindo indevidamente o direito fundamental regulamentado.

A exegese que melhor se afeiçoa aos objetivos legais é a de que o §3º, do art. 1º, que previu o direito à soma, no cálculo da vaga para os afro-brasileiros, das novas vagas às já oferecidas e que não foram computadas. Com a abertura da 6ª vaga, aplicando-se o percentual de 12% previsto no edital do concurso, lograr-se-ia coeficiente superior a 0,5, garantindo-se à impetrante a vaga pretendida.

Retroação dos efeitos da nomeação e posse à data em que deveria ter sido empossada no cargo público.

SENTENÇA DENEGATÓRIA REFORMADA.  
APELAÇÃO PROVIDA.

A apelação n. 70013034152 apresenta baixa a origem como última movimentação do processo, bem como o processo de 1º Grau se encontra baixado.

### **3.3 Processos no Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (TCE/RS)<sup>110</sup>**

#### **3.3.1 Município de Bagé**

O processo n. 6048-02.00/06-1 trata de auditoria que visa à apreciação da legalidade, para fins de registro, de atos de admissão de pessoal ocorridos no Departamento de Água e Esgotos de Bagé, sendo que o exame foi realizado pelo Serviço Regional de Auditoria de Santana do Livramento, que noticiam a ocorrência de cento e doze admissões no período observado, sendo cento e sete admissões por concurso público e cinco contratações por prazo determinado.

O órgão técnico opinou pelo registro de cento e três atos decorrentes de concursos públicos, pela cessação da ilegalidade de cinco atos decorrentes de contratação por prazo determinado, utilizadas indevidamente para provimento de cargos de natureza permanente e submete à consideração superior quatro atos de admissão decorrentes de concurso público com previsão de reserva de vagas para afrodescendentes. No voto do relator, conselheiro Victor J. Faccioni há o entendimento que, quanto às admissões submetidas à consideração superior, por envolverem questão relativa às cotas raciais, devam ser registrados os atos pelo fato de situação semelhante já ter sido novamente modificada quando do exame do processo n. 0154-02.00/06-7, auditoria ocorrida no Poder Executivo Municipal de São Leopoldo.

O processo n. 6048-02.00/06-1 se encontra no Setor de Arquivo em situação microfilmado/destruído.

---

<sup>110</sup> O andamento dos processos analisados a seguir foi retirado do site: [www.tce.rs.gov.br/jurisprudencia/decisoes](http://www.tce.rs.gov.br/jurisprudencia/decisoes).

### **3.3.2 Município de Pelotas**

O TCE/RS analisou o processo n. 11.466-02.00/05-4 de exame de legalidade das admissões ocorridas no Município de Pelotas para fins de registro, manifestando o órgão técnico pela negativa de executoriedade à Lei n. 4.989/03 e, conseqüentemente, pela negativa de registro dos cinco atos decorrentes deste certame. O Serviço Regional de Auditoria de Pelotas analisou a matéria, demonstrando que a reserva de cotas para afrodescendentes não constitui política voltada para a correção das desigualdades, mas, ao contrário, cria privilégio para aquele grupo específico, em detrimento dos demais. Além disso, constitui forma de discriminação e preconceito (vedados constitucionalmente), na medida em que admite, para esse grupo, a possibilidade de conquistar a titularidade de cargo público com nota inferior à da maioria e, portanto, atribuindo a esse grupo capacidade inferior em razão da raça.

O art. 37, inciso VII, da Constituição Federal, dispõe no sentido de que a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiências e definirá os critérios de sua admissão. Esse dispositivo constitucional não autoriza que se considerem pessoas pertencentes a um ou outro grupo minoritário (geralmente excluídos socialmente), como portadores de deficiências. Ou seja, a Constituição Federal não previu a reserva de cargos e empregos públicos para minorias raciais. Assim a Lei n. 4.989/03, ao instituir reserva de vagas para afrodescendentes, dispõe em contrariedade à Constituição Federal, sendo negar-lhe executoriedade, nos termos da Súmula nº 347<sup>111</sup>, do Supremo Tribunal Federal (STF), por

---

<sup>111</sup> A súmula n. 347 do STF diz que “o Tribunal de Contas, no exercício de

manifesta inconstitucionalidade, bem como negar registro aos cinco atos de admissão indicados.

O Ministério Público de Contas apresentou um pedido de revisão (processo n. 7290-0200/06-2), com pedido de medida liminar, ao TCE/RS neste processo de Auditoria de Admissões, considerando a real possibilidade de ter havido violação expressa de disposições constitucionais, com graves e iminentes prejuízos aos servidores envolvidos no caso. Entendeu o Procurador-Adjunto que não há inconstitucionalidade na lei municipal em comento, e que foram observadas as competências legislativas próprias do município, com destaque à jurisprudência do TJRS que reconhece a constitucionalidade da reserva de cotas para afrodescendentes em concursos públicos. Foi concedida medida liminar, com antecipação de tutela, suspendendo os efeitos da decisão proferida pelo TCE/RS, relativamente à negativa de exequibilidade da Lei n. 4.989/03 e à negativa de registro a cinco atos de admissão decorrentes de concursos públicos, não ocorrendo ainda o julgamento sobre a (in)constitucionalidade da lei.

O processo n. 11.466-02.00/05-4 se encontra no Setor de Arquivo em situação microfilmado/destruído.

### **3.3.3 Município de São Leopoldo**

O processo n. 0154-02.00/06-7 que avalia a reserva de vagas em São Leopoldo e tramita no TCE/RS desde maio de 2006 divide opiniões. No parecer coletivo n. 5/2006, cinco auditores substitutos de conselheiros consideraram a lei inconstitucional sob o fundamento de que a discriminação com suporte na raça

---

suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público".

contrariaria o princípio da igualdade formal; não aplicando o postulado da proporcionalidade, a lei violaria o princípio da igualdade material, pois a lei não é adequada, não é necessária e não é proporcional, por não haver garantia de que este déficit de grupo discriminado será superado. Segundo os membros do referido Tribunal, há outros meios para superar estas desigualdades, como acesso à educação; se o resultado for alcançado, com maior participação de afrodescendentes nos cargos públicos (benefício), causa restrição severa no direito dos demais candidatos a esse mesmo acesso (prejuízo); e, por não se tratar de assunto de interesse local, observada a distribuição de competências assinalada na Constituição Federal, o mesmo vício padeceria a norma, sendo conteúdo de tratamento nacional por ser fundada em desigualdades de raízes históricas e culturais.

O relator do processo, Cesar Santolim, entendeu que a norma impugnada não resiste ao teste da proporcionalidade, seja porque só mediatamente nela se vislumbra a busca de um objetivo constitucionalmente legítimo, seja porque o atendimento ao grupo beneficiário da norma pode se efetuar de forma bem menos gravosa e restritiva de direitos de outros, seja ainda porque os benefícios que supostamente seriam obtidos com a implementação dessa norma não são susceptíveis de compensar os sacrifícios que ela engendra. A proporcionalidade foi tratada como postulado normativo, na acepção proposta por Humberto Ávila, mas que é mais correntemente referida como princípio, assim como a igualdade. Segundo o relator, a proporcionalidade funciona como critério de controle sobre o funcionamento da igualdade, mormente quando considerada em sua perspectiva material, de modo a evitar que, em nome da proteção a um

determinado grupo ou interesse, originariamente desigual, se produzam lesões ainda mais severas ao ordenamento jurídico, com prejuízo de outros direitos fundamentais que também devem ser preservados.

Ainda que se reconheça que os afrodescendentes mereçam tutela específica frente a uma situação de desigualdade material, o que se constata é que a medida não é adequada, não é necessária e não é proporcional em sentido estrito quando se submete o conteúdo da legislação examinada ao crivo dos critérios de proporcionalidade. A criação de um sistema artificial de acesso a cargos públicos por meio de reserva de cotas fixa não fornece qualquer indicativo de que este déficit de isonomia substancial será superado. Também a legislação pretende que a definição da condição de afrodescendente se faça por autodeclaração (que é um requisito meramente formal), não fornecendo nenhuma garantia de que, ao fim do processo, a situação originária tenha sido mitigada ou revertida, revelando-se inadequada. Por outro lado, se há o objetivo deliberado do Poder Público de reparar a desigualdade constatada, há outros mecanismos (acesso à escolaridade, treinamentos, preparação adequada), que, sem prejuízo à igualdade formal, ampliem as possibilidades do acesso de afrodescendentes a cargos públicos, indicando que a medida também não é necessária. Ainda que superadas as exigências anteriores, o resultado porventura alcançado, com a maior participação de afrodescendentes nos cargos públicos (benefício), causa restrição severa no direito dos demais cidadãos a esse mesmo acesso (prejuízo), sendo que, entre esses, muitos serão os que desfrutem de iguais ou maiores condições da desigualdade material, constatando-se a mais absoluta desproporção entre o

benefício obtido e o prejuízo gerado, em desfavor do primeiro.

Analisando-se o conteúdo da Lei n. 5.784/05, afirma que: a) adotado o conceito de igualdade formal, a lei é inconstitucional porque realiza discriminação em razão de raça, sem permissivo constitucional expresse, contrariando o disposto no art. 5º, *caput* e art. 37, *caput* e inciso I, da Constituição Federal; b) adotado o conceito de igualdade material, a lei é inconstitucional porque, na aplicação do postulado da proporcionalidade, revela-se inadequada, desnecessária e desproporcional, bem como traduz violação a direitos fundamentais em medida excedente ao eventual benefício obtido; c) observada à distribuição de competências assinalada na Constituição Federal, a lei é inconstitucional, pois não trata-se de assunto de interesse local.

Em um parecer divergente 1/2006, o auditor substituto de conselheiro, Aderbal Torres de Amorim, defendeu a legislação pela indisfarçável discriminação social e racial vigentes no País e pelos objetivos fundamentais expostos no art. 3º, inciso III e no art. 170, inciso VII, da Constituição Federal, para a efetivação da igualdade material e pela competência comum para legislar sobre a matéria, podendo o Município implantar reserva de cotas para afrodescendentes (art. 23, da Constituição Federal) e considerando a lei em apreço constitucional quanto à aplicação da proporcionalidade.

A lei de cotas para afrodescendentes em concursos públicos de São Leopoldo foi considerada constitucional, conforme entendimento do Pleno do TCE/RS, sendo a decisão tomada no dia 23 de novembro de 2006 por quatro votos a dois. Os funcionários municipais da referida cidade aprovados em concursos públicos corriam o risco de perder o emprego, pois eles se beneficiaram da Lei n. 5.784/05,

que determina a reserva de 12% (doze por cento) das vagas em concursos públicos municipais para afro-brasileiros.<sup>112</sup>

O processo n. 0154-02.00/06-7 se encontra no Setor de Arquivo em situação microfilmado/destruído.

### **3.3.4 Município de Porto Alegre**

O TCE/RS considerou inconstitucional uma lei de Porto Alegre que reserva 12% (doze por cento) das vagas em concursos públicos municipais para afro-brasileiros desde 2003, determinando a demissão de dez professores nomeados em 2005 pela Prefeitura graças ao novo sistema. O relator do processo n. 11526-02.00/05-5, o conselheiro-substituto, Pedro Henrique Poli de Figueiredo, entende que a lei municipal é ilegal, porque fere o princípio constitucional da igualdade, afirmando que as exceções à regra só se tornam válidas, caso estejam previstas pela Constituição Federal, como ocorre com os portadores de deficiência física; e que a decisão não tem conotação racial nem discriminatória, mas se baseia na análise técnica e jurídica.<sup>113</sup>

Em março de 2005, ocorreram as nomeações, em conformidade com a Lei n. 494/03 e o Decreto n. 14.288/03. Depois de nomeados e atuando há mais de um ano em seus cargos, dez professores foram comunicados pela Prefeitura que o TCE/RS negou os atos de admissão relativos aos seus cargos por considerar inconstitucional a reserva de vagas instituída por Lei durante o período do recesso escolar (julho de

---

<sup>112</sup> Cota para negros em concurso é constitucional. *Zero Hora*, Porto Alegre, 23 nov. 2006.

<sup>113</sup> VALIM, Jaisson. TCE considera ilegais cotas para negros em concursos. *Zero Hora*, Porto Alegre, 26 jul. 2006.

2006).<sup>114</sup>

Depois de receberem uma carta da Secretaria da Administração com o conteúdo da decisão, os dez professores da rede municipal se mobilizam para reverter a decisão sob a ameaça de perder o emprego, dividindo-se o grupo na busca de apoio com políticos e grupos de defesa de negros e na procura por orientação jurídica para evitar as demissões.<sup>115</sup> A Procuradoria-Geral do Município (PGM) de Porto Alegre ingressou com recurso junto ao TCE/RS (agosto de 2006) contra a decisão proferida que exige a exoneração dos professores nomeados por uma lei de cotas para afro-brasileiros, enquanto isso os mesmos seguem trabalhando normalmente.<sup>116</sup> O recurso foi entregue ao Tribunal dentro do prazo previsto pela PGM e pelo grupo de nove professoras e entidades do Movimento Negro. Atualmente, aguarda-se apreciação deste recurso pelo Pleno do referido Tribunal. No recurso, observa-se que a decisão deve ser revista, pois:

- a interpretação da Constituição Federal há de ser sistemática, não restritiva, não cabendo ao intérprete ignorar todos os demais dispositivos constitucionais inerentes à matéria;
- a Constituição Federal não se limita a assegurar a igualdade formal, uma vez que expressamente consagra a utilização de ações afirmativas para atingir-se a igualdade material ou substancial, permitindo o tratamento diferenciado a quem se encontra em condições menos favorecidas;
- o preâmbulo da Constituição Federal determina

---

<sup>114</sup> PGM apresenta recurso para manter professores cotistas. *Jornal APMPA*, Porto Alegre, ago./set. 2006.

<sup>115</sup> VALIM, op. cit., 26 jul. 2006.

<sup>116</sup> PGM apresenta recurso para manter professores cotistas. *Jornal APMPA*, Porto Alegre, ago./set. 2006.

que o Estado tem por destino promover a justiça social e o desenvolvimento de todos os cidadãos de forma dinâmica mediante um agir consciente neste sentido;

- expressamente, em seu art. 3º, a Constituição Federal estabelece como objetivos do país a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos, sem preconceitos de origem, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, com o que são explicitamente admitidas quaisquer ações que visem à consecução destes objetivos, tais como a reserva de vagas para afro-brasileiros;

- os § 1º e 2º do art. 5º, da Constituição Federal, autorizam a recepção do disposto na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1968), que expressamente permite a utilização de medidas positivas tendentes a mitigar os efeitos da discriminação;

- o Poder Judiciário no exame de leis instituidoras do “sistema de cotas” para afro-brasileiros já se manifestou pela plena constitucionalidade dessas normas; inclusive, destaque-se o TJRS ao examinar lei do Município de Montenegro, praticamente idêntica à Lei n. 494/03 de Porto Alegre, expressamente rejeitou a tese de sua inconstitucionalidade.<sup>117</sup>

O processo n. 11526-02.00/05-5 se encontra no Setor de Arquivo em situação microfilmado/destruído.

---

<sup>117</sup> MOLENDÁ, Alexandre. Afro-brasileiros. Lei Complementar Municipal n. 494/03: Reserva de Vagas. Tribunal de Contas Estadual: Negativa de Registro de Atos Admissionais. Recursos de Embargos: Constitucionalidade das Ações Afirmativas. In: *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*. Porto Alegre: CEDIM, n. 20, nov. 2006, p. 253-254.

## CONCLUSÃO

O debate sobre as políticas de ações afirmativas proporciona uma grande polêmica por causa dos argumentos favoráveis e contrários importantes em relação à sua implementação em diversos órgãos (públicos e/ou privados).

As legislações analisadas dos Municípios de Bagé (Lei n. 3.938/02), de Pelotas (Lei n. 4.989/03) e de Porto Alegre (Lei n. 494/03 e Decreto n. 14.288/03) são constitucionais, pois:

- estão de acordo com a igualdade material através do art. 3º, inciso III e do art. 170, inciso VII, da Constituição Federal;

- são proporcionais, sendo que o meio é adequado para promover o ingresso e a integração dos afro-brasileiros no serviço público, o meio é necessário para implantar uma maior representatividade dos afrodescendentes no serviço público e o meio é proporcional em sentido estrito para combater a discriminação e promover a diversidade e o pluralismo no serviço público;

- os Municípios são competentes em legislar sobre assuntos de interesse local, como serviços públicos e seu pessoal, conforme o art. 30, inciso I, da Constituição Federal, atendendo as normas aplicáveis ao servidor público (arts. 37-41, do mesmo diploma legal).

Os casos analisados envolvem servidores públicos já nomeados, atuando a algum tempo em seus cargos, tornando-se fatos difíceis de analisar por causa da exigência de exonerá-los, conforme as decisões do TCE/RS. Dessa forma, é necessária uma discussão nacional, federal, estadual e/ou municipal para observar

o papel da implantação das políticas das ações afirmativas em determinados setores, como educação e mercado de trabalho, apontando os seus benefícios ou malefícios à sociedade brasileira.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. A institucionalização da razão. In:\_\_\_\_\_. *Constitucionalismo discursivo*. Traduzido por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 19-40.
- \_\_\_\_\_. *Teoria dos direitos fundamentais*. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: 2011. 669 p.
- ALMEIDA, Fernanda Dias de Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. 183 p.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. 206 p.
- BAGÉ. *Lei n. 3.938, de 23 de setembro de 2002*. Reserva de 20% das vagas aos concursos públicos municipais para descendentes afros. Disponível em: [www.bage.rs.gov.br](http://www.bage.rs.gov.br)  
Acesso em: 08 mar. 2014.
- BARROS, Wellington Pacheco. *O município e seus agentes*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002. 240 p.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. 863 p.
- CASTRO, José Nilo de. *Direito Municipal Positivo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. 583 p.
- CECCONI, Eduardo. Reserva de vagas para o MST divide a UFPel. *Zero Hora*, Porto Alegre, 18 mar. 2006.
- COSTA, Nelson Nery. *Direito Municipal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 403 p.
- Cotas para negros em concurso é constitucional. *Zero Hora*, Porto Alegre, 23 nov. 2006.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Traduzido por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011. 568 p.
- DUTRA, Carla. Beneficiados por cotas podem perder empregos. *Zero Hora*, Porto Alegre, 1º nov. 2006.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Direito Municipal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 333 p.

GOLEMBIEWSKI, Marcos. *Direitos Humanos: minorias e ação afirmativa: a Coordenação de Direitos Humanos e Cidadania de Porto Alegre*. Porto Alegre, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2003. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais), Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2003. 70 p.

GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo; HUNTLEY, Lynn (orgs.). *Tirando a máscara: ensaios sobre o racismo no Brasil*. Paz e Terra: São Paulo, 2000. 434 p.

Igualdade racial cria guerra de manifestos. *Zero Hora*, Porto Alegre, 05 jul. 2006.

KAMEL, Ali. *Não somos racistas: uma reação aos que querem nos transformar numa nação bicolor*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006. 243 p.

KAUFMANN, Roberta Fragoso. Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? In: *XXXII Congresso Nacional de Procuradores do Estado/Natal*. Brasília: 2006. p. 01-30.

LOPES, Daniel; LOPES, Rodrigo. Sistema de cotas raciais: uma polêmica mundial. *Zero Hora*, Porto Alegre, 15 jul. 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3º ed. São Paulo: Malheiros, 2006. 48 p.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. 870 p.

MONTENEGRO. *Lei n. 4.016, de 15 de janeiro de 2004*. Dispõe sobre a reserva de 12% das vagas oferecidas para afro-brasileiros(as) em concursos públicos efetuados pelo Poder Público Municipal de Montenegro para provimento de cargos efetivos. Disponível em: [www.montenegro.rs.gov.br](http://www.montenegro.rs.gov.br)  
Acesso em: 08 mar. 2014.

PELOTAS. *Lei n. 4.989, de 21 de novembro de 2003*. Dispõe sobre a reserva de vagas para afrodescendentes em concurso público para provimento de cargos efetivos e empregos públicos. Disponível em: [www.pelotas.rs.gov.br](http://www.pelotas.rs.gov.br)  
Acesso em: 08 mar. 2014.

PGM apresenta recurso para manter professores cotistas.

- Jornal APMPA*, Porto Alegre, ago./set. 2006.
- PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 510 p.
- PORTO ALEGRE. *Lei n. 494, de 12 de setembro de 2003*. Dispõe sobre a reserva de vagas para afro-brasileiros em concursos públicos para provimento de cargos efetivos. Disponível em: [www.portoalegre.rs.gov.br](http://www.portoalegre.rs.gov.br) Acesso em: 08 mar. 2014.
- PORTO ALEGRE. Decreto n. 14.288, de 09 de julho de 2003. Regulamenta a Lei n. 494/2003. Disponível em: [www.portoalegre.rs.gov.br](http://www.portoalegre.rs.gov.br) Acesso em: 08 mar. 2014.
- Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre/Prefeitura Municipal de Porto Alegre*. Porto Alegre: CEDIM, n. 20, nov. 2006. 293 p.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: n. 131, jul./set. 1996, p. 283-295.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação n. 70013034152*. Terceira Câmara Cível. Relator: Des. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino. 25 de maio de 2006. Disponível em: [www.tj.rs.gov.br/jurisprudência](http://www.tj.rs.gov.br/jurisprudência) Acesso em: 08 mar. 2014.
- RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. 295 p.
- SANTOS, Renato Emerson dos; LOBATO, Fátima (orgs.). *Ações afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003. 213 p. (Políticas da Cor)
- SÃO LEOPOLDO. *Lei n. 5.784, de 02 de dezembro de 2005*. Dispõe sobre a reserva de vagas para afro-brasileiros em concursos públicos para provimento de cargos efetivos. Disponível em: [www.saoleopoldo.rs.gov.br](http://www.saoleopoldo.rs.gov.br) Acesso em: 08 mar. 2014.
- SÃO LEOPOLDO. *Decreto n. 4.415, de 02 de dezembro de 2005*. Regulamenta a Lei n. 5.784, de 02 de dezembro de 2005. Disponível em: [www.saoleopoldo.rs.gov.br](http://www.saoleopoldo.rs.gov.br) Acesso em: 08 mar. 2014.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*

*Positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. 928 p.

SILVA, Petronilha; SILVÉRIO, Valter. *Educação e ações afirmativas: entre a injustiça simbólica e a injustiça econômica*. Brasília: Anísio Teixeira, 2006. 270 p.

TABORDA, Maren Guimarães. O princípio da igualdade em perspectiva histórica: conteúdo, alcance e direções. In: *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*. Porto Alegre: UE, v. 11, n. 12, set. 1998. p. 79-111.

VALIM, Jaisson. TCE considera ilegais cotas para negros em concursos. *Zero Hora*, Porto Alegre, 26 jul. 2006.

## A CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E A CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO NO BRASIL E NA COLÔMBIA: UM ESPAÇO COMPARATIVO

Marcelo Dias Ferreira<sup>118</sup>

(...)Y asi, me propongo probar que las leyes del Universo no contradicen las naturales aspiraciones del corazón humano; que el progreso de la sociedad puede ser, y, si ha de continuar, tiene que ser, hacia la equidad, no hacia la desigualdad; y que las armonias economicas prueban la verdad percibida por el Emperador Estoico Marco Aurelio: `Hemos sido hechos para la colaboración: como los pies, como los manos, como los parpados, como las hileras de dientes superiores e inferiores.`  
(GEORGE, Henry. Progress and Poverty. Robert Schalkenbach Foundation: New York, p. 339.)

**Resumo:** O artigo tem por objetivo refletir sobre os instrumentos fiscais e tributários que concretizam o princípio da capacidade contributiva vigente tanto na República da Colômbia como no Brasil. Mesmo de aplicabilidade muito semelhante, mormente em razão da promulgação, no Brasil, do Estatuto da Cidade, são muito distintos em sua eficácia e eficiência em num ou noutro país. Uma das causas desta disparidade qualitativa se verifica nos atuais sistemas cadastrais vigentes, muito precários devido à falta de metodologias de implantação dos sistemas cadastrais em menor tempo e com menos distorções, tanto nos levantamentos de campo quanto na informatização dos dados levantados, o que impõe ao atual conjunto de instrumentos

---

<sup>118</sup> Procurador do Município de Porto Alegre, Especialista em Políticas de Solo Urbano pelo Lincoln Institute of Land Policy (Cambridge, USA).

fiscais e tributários brasileiros uma alta dose de regressividade na aplicação dos tributos e tarifas por parte dos municípios.

**Palavras-Chave:** Capacidade Contributiva; Impostos e Tarifas; IPTU; Contribuição de Melhoria; Cadastros Municipais; Regressividade e Progressividade Fiscal.

## 1 A Capacidade Contributiva na Colômbia

Os funcionários públicos, professores e técnicos provenientes de 15 países da América Latina que participaram do *Profesional Development Course on Legal Dimension of Land Policy*, patrocinado pelo Instituto Lincoln de Políticas de Solo (USA) e celebrado na cidade de Medellín, Colômbia, em meados de maio de 2011, puderam perceber como o planejamento urbano, uma justa distribuição dos ônus e benefícios da urbanização, a construção participativa nos destinos da cidade e a clara opção pelos espaços e serviços públicos, vem forjando um país com cidades mais inclusivas e sustentáveis do ponto de vista econômico, social, urbano e ambiental. Em uma visita técnica assessorada pelos funcionários da Alcaldía de Medellín, tivemos a oportunidade de ver e andar no famoso “metroable”, um teleférico com cabines de até oito pessoas, que permitiu a acessibilidade da comuna<sup>119</sup> de Santo Domingo de Savio, habitada por aproximadamente 200 mil pessoas, ao restante da cidade. Com isto, a integração dos setores mais pobres ao conjunto de bens e serviços postos à disposição dos

---

<sup>119</sup> As *comunas* seriam algo equivalente às nossas favelas; porém, há diferenças básicas, pois as comunas de Medellín possuem bons serviços urbanos: 95% das moradias são abastecidas de água tratada, mais de 80% do esgoto doméstico é tratado; a luz elétrica chega a 98% das casas e 90% possuem telefone residencial. São todos serviços regulares e estatizados, com tarifas sendo pagas por todos os habitantes através do sistema de subsídios cruzados. (N. do A.)

cidadãos do território permitiu, entre outros benefícios, a redução dos índices de violência para patamares bem razoáveis<sup>120</sup>.

Ademais, a cidade de Medellín, que também é a capital do Departamento de Antioquia (a República da Colômbia é um Estado Unitário), compreende uma área metropolitana composta de nove cidades e que é gerenciada por um ente público não territorial, de âmbito intermunicipal, denominado “Área Metropolitana Valle de Aburrá (AMVA)”, ou simplesmente “Área”. Há uma “junta” ou conselho político formado pelos Prefeitos dos nove municípios, do governador e de dois representantes eleitos pelo conjunto de vereadores da Área. Esta “junta” traça as políticas gerais, que serão executadas pela entidade gestora (AMVA), que ainda possui mais de trezentos técnicos de planejamento trabalhando nas várias áreas de interesse da região metropolitana. A legislação, sobre ordenamento territorial (POT) e áreas metropolitanas vigente na Colômbia, articula os instrumentos de compensação e repartição equitativa de cargas e benefícios da urbanização em âmbito regional, permitindo orientar o desenvolvimento coordenado do território conurbado “metropolizado”, preservando elementos essenciais das necessárias autonomias dos governos locais. Tal articulação permite que a AMVA execute um modelo territorial consignado nas diretrizes metropolitanas de ordenamento, condicionador das regras do planejamento territorial dos municípios da região

---

<sup>120</sup> Com uma população estimada em aproximadamente 2.223.000 habitantes (2005), Medellín já foi considerada uma das cidades mais violentas do mundo. Em 2002, a taxa de homicídios foi muito elevada: 183,3 por 100 000 habitantes. Este valor foi reduzido significativamente para 33,2 por 100.000 em 2005 (abaixo da média da Colômbia). Nos últimos anos, a cidade teve uma forte transformação, centrada na segurança, educação, cultura e esporte (ver livro *‘Medellín, Transformación de una Ciudad’*, de 2008, editado pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento).

metropolitana, permitindo a utilização de instrumentos de gestão com o propósito de coordenar o desenvolvimento harmônico e integrado do território sob sua jurisdição.

Além do planejamento territorial, incumbe à AMVA coordenar os instrumentos de financiamento do ordenamento urbano designados pelos POT (Planos Diretores) municipais e pelas Diretrizes Metropolitanas, sempre orientadas pelo princípio do reparto equitativo de cargas e benefícios. Nesse sentido, os próprios municípios do território conurbado aportam recursos – oriundos dos tributos locais, tarifas e preços por prestação de serviços públicos – que são destinados à AMVA. É uma espécie de “planejamento de cooperação”, onde aos municípios menos capacitados são destinados os maiores recursos, de forma a atrair contingente populacional e descomprimir a já altamente densificada Medellín.

Outrossim, importa ao presente estudo perquirir: como se estabelecem as exações de forma a garantir, não só o reparto equitativo de cargas e benefícios da urbanização, mas o respeito ao *principio da capacidade contributiva* em relação ao cobro dos tributos, tarifas e demais custos que a cidade demanda? Notadamente, na Colômbia vigora um sistema chamado “*estratificación socioeconómica*”<sup>121</sup>, como instrumento de classificação

---

<sup>121</sup> A ‘*estratificación socioeconómica*’ na Colômbia é uma classificação organizada a partir do **cadastro imobiliário**, que é utilizado como instrumento de focalização geográfica para a cobrança diferencial dos serviços públicos domiciliares (água, gás, esgoto, telefonia, TV a cabo e Internet) em um esquema de subsídios cruzados da demanda (*Ley 142, de 1994*). São estabelecidos historicamente seis estratos (*extractos* 1 a 6) de acordo com as características da moradia e do entorno, como indicador indireto da capacidade econômica de quem reside no local. Deste modo, a qualidade da residência se toma como referência para a qualidade de vida de seus habitantes. Interessante observar o que dispõe o artigo 368 da Constituição Colombiana: “*La Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas podrán conceder subsidios, en*

dos usuários dos bens e serviços públicos e como ferramenta de alocação de subsídios e contribuições para estes mesmos bens e serviços, **de forma que cada cidadão contribui de acordo com a sua capacidade econômica** (*capacidad de pago*). O subsídio é cruzado, de forma que as tarifas sejam fixadas em função das zonas das cidades, classificadas segundo a renda estimada da população em cada área. É uma forma tão generalizada de cobro dos serviços públicos, que é aplicado inclusive nas taxas de Universidades Públicas na Colômbia. Na medida em que a “*estratificación socioeconómica*” é utilizada para arrecadar impostos e estabelecer tarifas e preços públicos, de forma a que usuários e contribuintes com maior capacidade econômica aportem um subsídio aos contribuintes e usuários com menor capacidade contributiva, de acordo com critérios de solidariedade e redistribuição de renda mais equitativos, cumpre assinalar que o Estado vela pela eficácia e eficiência, tanto na arrecadação como na alocação destes recursos públicos.

Em linhas gerais, essa eficiência e eficácia foram à base para se estabelecer uma metodologia que, nos termos do que dispõe o **documento EPP10** do *Departamento Nacional de Planeacion (DNP) da Republica de Colombia*<sup>122</sup>, assim foi aplicada para medir a capacidade contributiva, *verbis*:

1. Se definió un conjunto de variables e

---

*sus respectivos presupuestos, para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas.* (N.do A.)

<sup>122</sup> *‘Evaluación de la estratificación socio-económica como instrumento de clasificación de los usuarios y herramienta de asignación de subsidios y contribuciones a los servicios públicos domiciliarios’.* Bogotá, D.C., Octubre de 2008.

indicadores socioeconómicos, relacionados con la pobreza y las condiciones de vida de los hogares, que corresponden a preguntas comunes a la Encuesta de Calidad de Vida (ECV) de 2003 y al formulario de la Encuesta Cocensal aplicada durante el Censo de 2005;

2. A partir de la revisión de la literatura existente sobre el concepto de capacidad de pago y las experiencias previas en análisis de la estratificación socioeconómicas se construyeron algunos indicadores de capacidad de pago usando la información se encuentra contenida en la Encuesta de Calidad de Vida de 2003;

3. Se seleccionaron las variables e indicadores que tengan altas correlaciones con los demás variables y se realiza un análisis de “componentes principales”, el cual identifica el indicador de capacidad de pago que muestra un mejor ajuste con las variables de pobreza y calidad de vida utilizadas;

4. Se obtiene un estimador y se construye para cada hogar el indicador de capacidad de pago a partir de las variables que se encuentran tanto en la ECV DE 2003 como en la Encuesta Cocensal del Censo 2005.

Além dos dados metodológicos aplicados, o DNP promoveu uma investigação de campo em todos os municípios da Colômbia, obtendo informações válidas em 1.011 destes, tanto aferidas em visitas presenciais (168 municípios) e questionários por via telefônica (843 municípios), como por informação dos governos departamentais e pelo cruzamento de dados de uns e de outros. Da mesma forma, foram cruzadas informações obtidas pelas empresas prestadoras de serviços públicos domiciliares de cobertura regional, como as de: Eletricidade, Gás Natural, Telefonia Básica Local e Nacional, complementadas por visitas

presenciais a tais empresas.

Naturalmente, alguns problemas são apontados para o modelo, que afetam diretamente a eficácia da `estratificación socioeconômica` e, indiretamente, a sua eficiência: i) a contínua desatualização dos dados dos estratos em todo o país em função da volátil mobilidade socioeconômica, e ii) as dificuldades para o fluxo adequado de informações entre as instituições públicas e privadas envolvidas. Atualmente, novas tecnologias são incorporadas para registrar as atualizações rotineiras, garantindo a aplicação da metodologia acima referida por todos os municípios colombianos e o georreferenciamento de todas as informações relativas ao processo de estratificação, de modo a que aos mapas de pobreza se incorporem outros indicadores socioeconômicos relevantes e correlacionados com a capacidade contributiva dos usuários de bens e serviços públicos.

De qualquer forma, na medida em que o modelo de estratificação localiza geograficamente a população segundo suas características socioeconômicas, permitindo orientar um adequado planejamento dos investimentos públicos, realizar programas sociais como a expansão e melhoramento da infraestrutura urbana e de serviços públicos tais como ruas, saúde, saneamento básico, educação e lazer nas zonas urbanas e regiões mais necessitadas, serve também para a cobrança de tarifas e impostos, como o Impuesto Predial Unificado (o nosso IPTU) **de forma diferencial por estrato socioeconômico**, ou seja, de forma progressiva. Nesse sentido, juntamente com o instrumento do autoavalúo<sup>123</sup>,

---

<sup>123</sup> O sistema de *autoavalúo* proporciona que boa parte das obrigações de informações cadastrais sejam prestadas pelos próprios contribuintes, gerando para eles não só uma obrigação de pagar, mas também de declarar corretamente. Na declaração, o contribuinte tem a obrigação de se identificar como sujeito passivo do IPU e identificar corretamente a propriedade imóvel

o **IPU** é aplicável a todos os bens imóveis, ou seja, a construção e terrenos. As alíquotas são definidas pelos conselhos municipais (nossa Câmara de Vereadores), dentro dos intervalos estabelecidos em lei, e podem ***ser diferenciadas de acordo com as condições socioeconômicas do seu proprietário*** ou de acordo com a finalidade (uso) dos bens imóveis (comercial ou residencial). Sua arrecadação é responsabilidade dos municípios<sup>124</sup> e eles são autônomos para estabelecer a destinação dos recursos. Conforme salientado, a base tributável é o valor estimado no sistema de *autoavalúo*, ou conforme decisão de cada município.<sup>125</sup> Os contribuintes do **IPU** são os proprietários ou ocupantes (possuidores *animus domini*) do imóvel, tal como no sistema tributário brasileiro.

Ao lado destes dois instrumentos fiscais/tributários fulcrados no princípio da capacidade contributiva, seja para estabelecer um regime de subsídios cruzados na prestação de bens ou serviços públicos, ou para carrear recursos para o erário de

---

que o gera. Também é obrigado a expressar a base impositiva, isto é, seu autoavalúo, e a alíquota correta de acordo com as características de sua propriedade e as suas próprias, como contribuinte a partir dos dados da estratificação socioeconômica. Finalmente, os contribuintes devem liquidar os débitos tributários junto a Administração Fiscal. Sob o sistema de *'autoavalúo'*, a Administração Fiscal é responsável por ter os meios necessários para que os contribuintes cumpram as suas obrigações, o que não significa renúncia sobre o acesso às informações individuais sobre cada propriedade. Ao atribuir mais direitos aos contribuintes, também é atribuído aos governos locais mais responsabilidades em matéria de exigibilidade do tributo. Cumpre ressaltar, entretanto, que nem todos os municípios colombianos aplicam o sistema, sendo em muitos casos vigente o sistema de Lançamento de Ofício.(N.do A.)

<sup>124</sup> Conforme Constitución Política de Colombia, Artículo. 317: "*Solo los municipios podrán gravar la propiedad inmueble. Lo anterior no obsta para que otras entidades impongan contribución desvalorización.*"

<sup>125</sup> Conforme o que estabelece a Lei 44, de 1990, e o Decreto-lei 1421, de 1993, os municípios colombianos podem optar por um sistema baseado no que chamamos de Lançamento de Ofício (*'facturación'*) ou pelo regime de *autoavalúo*.

forma mais equitativa com o Imposto Predial (IPU) progressivo, a Colômbia também concretiza o princípio em outro instrumento tributário, infelizmente pouco utilizado no Brasil: a contribuição de melhoria, ou **contribucion de valorización** (CV), como é conhecido o tributo no país. Aplicado desde 1921, a *contribución de valorización* é usada por todos os municípios colombianos para financiar infraestrutura, principalmente viária. As metodologias aplicadas para a cobrança e reparto da CV variam de cidade para cidade, são muito controvertidas e ainda não totalmente avaliadas em sua eficiência e eficácia. Sua natureza jurídica em nada difere da que possui a nossa Contribuição de Melhoria, prevista nos arts. 81 e segs. do CTN, conforme assinala BORRERO:<sup>126</sup>

Desde sus orígenes, este tributo fue concebido como una obligación que vincula el nacimiento **de la obligación a la ejecución de una obra que genera un beneficio a los inmuebles**; cuya forma de tasar el monto a pagar tendrá en cuenta **el valor de la obra y el beneficio que se reporte en ellas, y su recaudo será de uso exclusivo para el financiamiento de la obra que genera el beneficio en el inmueble y la obligación tributaria correlativa**. Este tributo fue establecido desde 1921 por la Ley 25, bajo la concepción de un tributo municipal que grava la propiedad inmueble beneficiaria de obras públicas de interés local. Luego en el año 1966 se acogió un estatuto de valorización para todo el país, que permite recaudar para todo tipo de obras y a todo nivel territorial, Nación,

---

<sup>126</sup> *Evaluación de las Prácticas de Contribución de Mejoras en Colombia: La Experiencia de Bogotá y Manizales*. BORRERO, Oscar. DURAN, Esperanza. HERNANDEZ, Jorge y MONTANA, Magda. Lincoln Institute Of Land Policy, 2011, p. 04.

departamento y municipio. Esta norma básica legal y su decreto reglamentario del año 1970, son los que siguen rigiendo como norma básica de referencia a nivel nacional, junto con la aplicación de las normas constitucionales del año 1991. (grifo nosso)

A CV comporta por sua própria natureza a distribuição do custo da obra entre os proprietários beneficiados com esta. Para determinar o montante total passível de exação pelo Fisco, a legislação nacional assinala como parâmetros a considerar os seguintes: (i) o custo da obra dentro dos limites do benefício que ela gere aos imóveis sujeitos ao gravame, ou seja, só se pode distribuir o custo da obra até o benefício que recebam os prédios; (ii) o custo da obra, composto do custo de investimentos, acrescido de um percentual razoável de imprevistos, e (iii) até 30% adicional destinados aos custos da distribuição e arrecadação. Como podemos observar, a fonte de financiamento principal para obras públicas em Bogotá, por exemplo, é a *Contribución de Valorización*, e sua cobrança se realiza **previamente** ao início da construção das obras. Ou seja, o pagamento destas obras se faz diretamente com a CV, sem que outros mecanismos tributários de financiamento sejam acionados a partir do orçamento municipal.

Interessante notar que, tanto na normatividade legal que regula o cobro do tributo pela nação, como pelos entes territoriais (Departamentos, Municipios ou o Distrito), se faz referência explícita de que a distribuição do montante a pagar pelos proprietários beneficiados com a obra pública deverão obedecer ao *principio da capacidade contributiva*<sup>127</sup>, muito embora não se

---

<sup>127</sup> Adicionalmente, é preciso ter em conta que o sistema tributário

estabeleça uma metodologia apropriada para sua determinação. Alguns esquemas, como podemos supor, seguem aquele adotado para o subsídio cruzado (*estratificación socioeconomica*), mas em outros são efetuados estudos específicos sobre a capacidade contributiva na oportunidade da cobrança do tributo.

Por último, ao lado dos instrumentos fiscais e tributários que concretizam o princípio da capacidade contributiva na Colômbia, temos um outro tributo, sem paralelo no Brasil, denominado ***Participación em Plusvalias (PP)***, contemplado pela Ley 388, de 1997. Diferentemente da *Contribución de Valorización*, a **PP** permite recuperar mais-valias<sup>128</sup> urbanas, tanto aquelas geradas por obras públicas, como por decisões administrativas de tipo urbanístico. Estes dois tributos tem uma função similar, mas configuração distinta em relação à determinação da base impositiva, o montante a cobrar de cada cidadão, os entes que possuem competência para tributar e a destinação da sua arrecadação.<sup>129</sup> Apesar deste novel instrumento tributário estar vigente na Colômbia há 15 anos, até agora tem sido pouco utilizado nas cidades. Pode-se cobrar até 50% do maior valor gerado pela *plusvalia* ao imóvel (solo urbano); só se faz efetiva a sua cobrança quando se realiza um contrato de compra e venda ou se

---

colombiano, por ordem constitucional, dispõe que, para aplicar qualquer tributo no país, devem ser obedecidos os princípios da equidade, eficiência e **progressividade** (art. 363 da Constituição Colombiana) - N.do A.

<sup>128</sup> A recuperação de plusvalias se refere, segundo Maria Mercedes Maldonado (*Recuperación de Plusvalias*, in PERSPECTIVAS URBANAS), '(...) al proceso por el cual el sector público obtiene la totalidad o una porción de los incrementos del valor del suelo atribuibles a los "esfuerzos de la comunidad" más que a las acciones de los propietarios. La recuperación de estos "incrementos inmerecidos" puede hacerse indirectamente mediante su conversión en ingresos públicos en forma de impuestos, contribuciones, exacciones y otros mecanismos fiscales, o mediante su inversión en mejoras locales para beneficio de toda la comunidad.'

<sup>129</sup> Cfe. BORRERO (Op. cit.):

solicita a expedição de licença de construção e, no tocante ao presente estudo, não leva em conta a capacidade contributiva do proprietário.<sup>130</sup>

## 2 A Capacidade Contributiva no Brasil

Com relação à política de subsídios cruzados utilizados no Brasil para definir o preço dos bens e serviços públicos, podemos citar as tarifas utilizadas para fixar o custo de abastecimento de água, por exemplo. Aliás, um dos fatores que viabilizam o desenvolvimento do saneamento básico em todo o Brasil é a prática do subsídio cruzado. É o que possibilita equalizar, antes de qualquer coisa, a justiça social, o desenvolvimento tecnológico e a manutenção dos investimentos em todos os municípios. A prática do subsídio cruzado é realizada pelas empresas de saneamento estaduais de diversas formas:

- **entre categorias de consumo:** as categorias comercial e industrial - mais elevadas - financiam as faixas residenciais mais baixas;
- **entre faixas de consumo:** quem consome mais paga mais pelo metro cúbico;

---

<sup>130</sup> Talvez, isto explique a razão pela qual os municípios colombianos preferam a CV, de longa data um instrumento tributário de financiamento de suas cidades, do que a *participación em plusvalías*, uma vez que, além de sua exação ser em tempo incerto e futuro, não há um relação estrita entre o montante a ser 'recuperado' e a capacidade contributiva do beneficiado pela valorização imobiliária, além do que os valores auferidos pela PP não podem ser destinados à construção da obra, porque sua destinação específica é para o desenvolvimento geral da cidade, especialmente para a construção de moradia de interesse social. Conforme BORRERO, a PP pode ser útil para recuperar e redistribuir ao desenvolvimento da cidade a plusvalia gerada 'por obras já financiadas com recursos de outras fontes.' (Op. Cit., p. 50)

- **entre regiões:** a Região Metropolitana de São Paulo, por exemplo, pela escala, subsidia grande parte das cidades do litoral e do interior do estado.

Em regra, a utilização de subsídios no setor de "*public utilities*" tem sido relacionada com o financiamento da infraestrutura como política de desenvolvimento, onde a provisão destes serviços, dado seu caráter de bem público, conduz à externalidades positivas tanto em taxas de crescimento da produtividade como em melhorias na qualidade de vida e bem-estar social da população. Garcia (1995) em seu artigo, defende que "mesmo com o setor privado assumindo a execução de projetos em alguns setores de infraestrutura - notadamente energia, telecomunicações e transporte - o setor público não pode deixar de exercer algumas funções, como a regulação e o provimento de subsídios em alguns setores como em *estradas vicinais, água e esgoto, e transporte urbano*". Nesse sentido, uma política tarifária e de fixação de preços públicos similar é aplicada também no caso da luz elétrica, sendo que o caráter de essencialidade destes serviços determina o suprimento de uma demanda essencial aos que não podem pagar por estes serviços.

De acordo com estudos realizados pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada/IPEA (1996) sobre a *Função Demanda por Serviços de Saneamento*<sup>131</sup>, confirma-se o fato de que a implementação de uma política de redistribuição de renda usando a ideia de uma "oferta essencial" a ser garantida aos consumidores pobres implica em subsídio ao seu

---

<sup>131</sup> ANDRADE, Thompson, et al. *Saneamento urbano: a demanda residencial por água*. Disponível em: [www.ppe.ipea.gov.br](http://www.ppe.ipea.gov.br).

consumo. A questão é saber como será financiado este subsídio, se com os recursos financeiros da própria empresa de saneamento, por intermédio de transferências do Governo para a empresa, ou através de recursos dos outros consumidores.

A possibilidade de financiar este subsídio dado ao pobre através da cobertura do volume subsidiado cobrando-se preços maiores aos demais consumidores, depende das elasticidades das demandas por água destes usuários. No estudo do IPEA (*ibidem*), foi verificado que as demandas destes consumidores é inelástica, ou seja, um aumento no preço não modifica a demanda por água, sendo portanto viável financiar a receita adicional aumentando as tarifas para os não-pobres.

Esta fórmula adotada pelo Brasil, como podemos observar, mesmo que atenda de forma limitada a uma política redistributiva, possui uma alta dose de **regressividade** em sua aplicação, vez que inexistente uma ferramenta de avaliação da capacidade contributiva dos beneficiários de bens e serviços públicos, o que faz que, em termos relativos, a falta de um aprofundamento do sistema de subsídios cruzados ao nível da *real capacidade de pago* dos cidadãos explique, em parte, um custo mais elevado destes serviços prestados a população em geral, além de exigir um aporte significativamente mais elevado de recursos públicos para proteger os setores mais vulneráveis, cujos gastos nestes itens são consideravelmente mais elevados. Em resumo, as tarifas são instrumentos altamente ineficientes, sob o ponto de vista econômico, para distribuir renda, uma vez que renda e consumo não guardam uma relação estatisticamente significativa.

Há, neste sentido, um estudo do Tribunal de

Contas da União<sup>132</sup>, que sugere que, para combater o caráter regressivo da lei em termos de alocação de recursos (subsídios cruzados destinados a população de baixa renda por meio de descontos nas tarifas de energia), a combinação de critérios como informações sobre a renda domiciliar obtidas em cadastros ou banco de dados de programas sociais já existentes e os dados sobre o valor das residências (cadastro do IPTU, tal como utilizado na Colômbia), *já seria suficiente* para eliminar as distorções verificadas com a aplicação dos atuais critérios.

Com relação ao Imposto Predial, já tivemos a oportunidade de discorrer sobre o princípio da capacidade contributiva na instituição da Progressividade Fiscal do IPTU no Brasil, a partir da EC 29/2000<sup>133</sup>, e a histórica resistência dos grandes proprietários urbanos em aceitá-la, pois veem no tributo imobiliário baseado em alíquotas fixas, não progressivas, a possibilidade de auferir enormes ganhos em função da própria regressividade que um sistema como este gera, agravando as diferenças sociais e acabando por tratar, de maneira idêntica, contribuintes que não são iguais entre si. Entretanto, a partir do julgamento, em 1º.12.2010, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), do **Recurso Extraordinário 423.768 - SP**, que declarou **constitucional** a Lei Municipal n. 13.250/01 - que instituiu a progressividade fiscal do IPTU no Município de São Paulo sob a égide da EC 29/2000 -, restou encerrada a discussão sobre a

---

<sup>132</sup> *Tarifa social e desafios da universalização dos serviços de energia elétrica no Brasil : sumário executivo* — Brasília : TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2004.

<sup>133</sup> FERREIRA, Marcelo Dias. *Progressividade Fiscal do IPTU, Princípio da Capacidade Contributiva e Justiça Tributaria*. Direito Municipal em Debate. DAIBERT, Arlindo; NERY, Cristiane (org.) Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 172.

aplicabilidade, pelos municípios brasileiros, do IPTU progressivo em função do valor venal do imóvel, localização e uso do imóvel, de modo que a carga tributária seja mais significativa para os contribuintes que revelam superior riqueza, e menos onerosa para os cidadãos de mais baixa renda.

Se, neste momento, não há mais problemas de ordem constitucional para eliminar a regressividade do sistema proporcional por meio de alíquotas progressivas, conforme os requisitos acima elencados, as notórias deficiências encontradas nos cadastros imobiliários no Brasil podem comprometer, em parte, a aplicação do princípio da capacidade contributiva, em função de uma série de distorções e erros na chamada *Planta Genérica de Valores (PGV)*, que determinam a base de cálculo do tributo e a correspondente fixação da alíquota. No entanto, como já dissemos anteriormente<sup>134</sup>, as eventuais inconsistências nas avaliações utilizadas para a determinação da base de cálculo do IPTU não podem ser impeditivas da prevalência do princípio, uma vez que o contribuinte tem o justo e fundado direito de divergir do valor exigido pelo Poder Público, todas as vezes que a estimativa de cálculo do tributo imobiliário não refletir, em sua base imponible, o valor de mercado do imóvel tributado.

Por fim, passemos à análise da **Contribuição de Melhoria (CM)**, tributo que, diferentemente do que vimos na Colômbia, tem pouquíssima aplicação pelos municípios brasileiros, na maioria dos casos pela absoluta falta de vontade política para sua instituição, conforme BIAVA.<sup>135</sup> Como tributo antigo que é – foi consagrado na Constituição de 1934 -, a CM tem como

---

<sup>134</sup> FERRERIRA, op. cit., p. 182.

<sup>135</sup> BIAVA, Adriano Henrique Rebelo. *Contribuição de Melhoria, um tributo esquecido*. Revista de Administração Municipal n. 25(148), 1978, p. 6-19.

fato gerador a *valorização imobiliária decorrente de obras públicas*, como previsto nos arts. 81 e 82 do CTN, e nos dispositivos do Decreto-Lei n. 195, de 24.02.1967.

A Contribuição de Melhoria possui uma vocação claramente progressiva e redistributiva, de justiça social, porquanto não permite que poucos, em detrimento de muitos e financiados por todos, auferam ganhos, em forma de valorização imobiliária, sem nenhum tipo de contraprestação.

Outra característica que a torna justa são os limites total e parcial para a sua cobrança. Em outras palavras, não se pode demandar dos beneficiados mais que o total gasto pelo ente público instituidor da exação para a realização da obra, bem como é vedado exigir-se, individualmente, mais do que a valorização imobiliária experimentada pelo contribuinte. Outrossim, pelo próprio caráter progressivo e redistributivo do tributo, sem duvida alguma, caso fosse amplamente utilizado pelos municípios brasileiros, o princípio da capacidade contributiva, como previsto no §1º do art. 145 da CF/88, encaixar-se-ia perfeitamente ao modelo, prevendo-se alíquotas menores – ou mesmo isenções – aos proprietários de imóveis de baixa renda que se situarem dentro da área de influência da valorização.

Muitas das questões doutrinárias e jurisprudenciais levantadas em torno da CM poderiam ser mais bem equacionadas se uma nova regulamentação, distinta do ultrapassado Decreto-Lei n. 195/67, fosse implementada, convertendo o referido tributo num instrumento por excelência de captura de mais-valias fundiárias, mais do que a simples recuperação do custo total ou parcial da obra, adotando-se como fato gerador a própria valorização imobiliária. Os limitadores relacionados ao custo total da obra realizada pelo Estado poderiam servir para um

balizamento adicional, mas não como critério fundamental definidor do *quantum de beatut*.

De qualquer maneira, à semelhança do IPTU, a Contribuição de Melhoria no Brasil padece dos mesmos problemas e dificuldades encontradas para definir a cobrança do imposto predial, notadamente em relação a cadastros e plantas genéricas de valores desatualizados e pouco confiáveis. Os dados concernentes a valorização dos imóveis, em geral, são indisponíveis, o que compromete a definição de critérios claros e operacionais para a determinação de áreas de influência sujeitas aos impactos positivos de intervenções públicas sobre o entorno das obras. Isto é importante, na medida em que deve haver, sob o manto do princípio da capacidade contributiva, uma criterização razoável e aceitável do rateio de contribuição entre os sujeitos passivos, que considere, estritamente, um percentual da valorização incidente sobre cada imóvel beneficiado.

## **CONCLUSÕES**

Podemos verificar que os instrumentos fiscais e tributários que concretizam o princípio da capacidade contributiva, tanto aqueles vigentes na República da Colômbia como no Brasil, são muito semelhantes, mas distintos em sua eficácia e eficiência em num ou noutro país. Uma das causas desta disparidade qualitativa se verifica nos atuais sistemas cadastrais da maioria das prefeituras brasileiras, muito precários devido à falta de metodologias de implantação dos sistemas cadastrais em menor tempo e com menos distorções, tanto nos levantamentos de campo quanto na informatização dos dados levantados, pois se tratam de trabalhos relativamente morosos, sujeitos a imperfeições e relativamente custosos. Há muitas metodologias

inovadoras de implantação e manutenção de sistemas cadastrais, que tem por objetivo aumentar a eficiência do sistema de informações territoriais (Cadastro + Sistema de Informações Geográficas) minimizando tempo e custos para a construção do banco de dados e otimização do processo de entrada de dados.

Para promover justiça fiscal e aplicar concretamente o princípio da capacidade contributiva, os municípios brasileiros devem estar munidos de uma base de dados confiável para a tributação, superando o que RAMBO<sup>136</sup> chama de *'falta de tradição em atualização cadastral'*. Deve haver, por parte dos municípios brasileiros, um forte investimento em Cartografia e formação dos Cadastros Técnicos Multifinalitários<sup>137</sup>, gerando Sistemas de Informações Geográficas que atendem, de uma maneira geral, os objetivos do Cadastro. Sem dúvida, o custo e a falta de conhecimento em cartografia e cadastro multifinalitário são os dois principais motivos da falta de investimentos nestas áreas, além dos onipresentes interesses dos grupos econômicos que são historicamente beneficiados por registros desatualizados e/ou distorcidos. De qualquer maneira, um projeto de atualização e qualificação cadastral é imprescindível para que, nas palavras de DE CESARE<sup>138</sup>, possamos melhorar o grau

---

<sup>136</sup> RAMBO, L. I. Retificação Administrativa de Limites, Confrontações e Áreas de Terrenos Urbanos junto ao Registro de Imóveis, a partir de dados do Cadastro Imobiliário Urbano. In: *IV Congresso Brasileiro de Cadastro Técnico Multifinalitário – Anais em CD-ROM*. Florianópolis, SC – 2000.

<sup>137</sup> O Cadastro Multifinalitário pode ser definido como um sistema de informações territoriais, projetado para servir tanto aos órgãos públicos como privados, além de servir aos cidadãos, diferindo de outros sistemas territoriais por ser baseado em parcelas. (Conforme DALE, P. F. & McLAUGHLIN, J. D. *Land Information Management - An introduction with special reference to cadastral problems in Third World Countries*. New York: Oxford University, 1990, 265p).

<sup>138</sup> DE CESARE, Claudia M. *O Cadastro como Instrumento de Política Fiscal*. Cadastro multifinalitário como instrumento da política fiscal e urbana. Diogo

de equidade fiscal na cobrança dos tributos imobiliários, através do aumento da eficiência na administração tributária e que, por meio de uma base de cálculo que reflita o valor de mercado dos imóveis, de alíquotas instituídas de forma progressiva, concretizemos ao final o princípio da capacidade contributiva:

É importante notar que a manutenção de um cadastro atualizado e qualificado traz imensos benefícios para a sociedade como um todo, podendo facilitar inclusive o controle do cidadão sobre as ações públicas, aumentar a transparência destas ações e melhorar a comunicação com a comunidade. Permitir o acesso às informações sobre as regiões da cidade, os investimentos realizados e as demandas a serem atendidas, para que o cidadão possa controlar a equidade na tributação, é fator determinante para a gestão democrática e participativa das cidades.

Entendemos que, apesar das vicissitudes presentes nos atuais sistemas cadastrais vigentes no Brasil, tais dificuldades não podem constituir barreira intransponível à efetividade de aplicação do IPTU progressivo em função do valor venal do imóvel, seu uso ou localização, e da instituição em todos os municípios da Contribuição de Melhoria enquanto valioso instrumento de captura das mais-valias fundiárias, e de um sistema de subsídios cruzados para as tarifas e preços de bens e serviços públicos que contemple de maneira integral o princípio da capacidade contributiva, atendendo critérios de redistribuição de riqueza que nos faça superar a incômoda posição de um dos países mais desiguais do mundo em termos de concentração

de renda, só comparada a de alguns países da África Subsaariana, a região mais miserável do planeta.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCADIA DE BOGOTA. `Evaluación de la estratificación socio-económica como instrumento de clasificación de los usuarios y herramienta de asignación de subsidios y contribuciones a los servicios públicos domiciliarios`. Bogotá, D.C., Octubre de 2008.

ANDRADE, Thompson, et al. `Saneamento urbano: a demanda residencial por água`. Disponível em: [www.ppe.ipea.gov.br](http://www.ppe.ipea.gov.br)  
BIAVA, Adriano Henrique Rebelo. Contribuição de Melhoria, um tributo esquecido. Revista de Administração Municipal n. 25(148), 1978.

BORRERO, Oscar. DURAN, Esperanza. HERNANDEZ, Jorge y MONTANA, Magda. Evaluación de las Practicas de Contribución de Mejoras en Colombia: La Experiencia de Bogota y Manizales.. Lincoln Institute Of LandPolicy, 2011.

DALE, P. F. & McLAUGHLIN, J. D. Land Information Management - An introduction with special reference to cadastral problems in Third World Countries. New York: Oxford University, 1990. 265p.

DE CESARE, Claudia M. O Cadastro como Instrumento de Política Fiscal. Cadastro multifinalitário como instrumento da política fiscal e urbana / Organizadores: Diogo Alfonso Erba [et all] – Rio de Janeiro, 2005.

FERREIRA, Marcelo D. Progressividade Fiscal do IPTU, Principio da Capacidade Contributiva e Justiça Tributaria. Direito Municipal em Debate. DAIBERT, Arlindo e NERY, Cristiane, Organizadores. Fórum Ed., 2008. Belo Horizonte.

TCU - Secretaria de Fiscalização de Desestatização. Tarifa social e desafios da universalização dos serviços de energia elétrica no Brasil: sumário executivo — Brasília, 2004.

SMOLKA, Martim O. & MULLAHY, Laura. Perspectivas Urbanas: temas críticos en políticas de suelo en América Latina. Lincoln Institute Of LandPolicy, 2007. Cambridge-MA, USA.

## UMA BREVE REFLEXÃO SOBRE O CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS DISCRICIONÁRIOS

Patrícia Dornelles Schneider<sup>139</sup>

**Resumo:** No presente artigo, analisamos um acórdão do TJRS que, ao enfrentar o chamado mérito administrativo, acaba enfrentando os aspectos vinculados do ato. Inicialmente, ao abordar o controvertido tema acerca do controle jurisdicional dos atos discricionários, mais especialmente no que concerne ao mérito administrativo, é analisado o seu conceito e a tradicional doutrina de Helly Lopes Meirelles que preconiza não ser possível ao Poder Judiciário rever o mérito dos atos administrativos. Em cotejo com o enfrentamento jurisdicional do mérito administrativo, demonstrado através da ementa do acórdão que aqui é analisada (AI n. 700304463806, 4ª Câmara Cível do TJRS), é possível concluir que tal enfrentamento ocorre pela via vinculada do ato, no seu merecimento ou finalidade, mesmo quando a decisão judicial se baseia na fundamentação do enfrentamento do mérito administrativo.

**Palavras chave:** Atos discricionários. Mérito administrativo. Controle jurisdicional. Elementos vinculados do ato administrativo. Finalidade. Motivos. Interesse Público.

**Sumário:** 1. Introdução 2. A tradicional doutrina acerca do conceito de ato discricionário e mérito administrativo 3. Análise da decisão proferida pelo TJRS (AI n. 700304463806) 4. Conclusão 5. Referências bibliográficas.

---

<sup>139</sup> Procuradora do Município de Porto Alegre. Chefe da Equipe de Serviços Públicos da Procuradoria Especializada do DMAE, desde 2007. Especialização em Direito Municipal – ESDM – 2011/2012.

## 1 Introdução

O controle judicial dos atos discricionários praticados pelos administradores públicos é matéria que vem sofrendo ampla discussão na doutrina, refletindo mudanças nas decisões dos Tribunais. A pergunta que se pretende responder com o presente artigo é se os limites do controle jurisdicional dos atos discricionários, mais especialmente no chamado mérito administrativo, estão imunes à apreciação judicial, mesmo quando o Poder Judiciário justifica a sua análise com base em seu enfrentamento. Para isso, escolhemos um acórdão julgado pela 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, proferido em sede de Agravo de Instrumento.<sup>140</sup>

A decisão em análise evidencia que mesmo quando o Poder Judiciário enfrenta o poder discricionário da Administração, analisando o chamado mérito administrativo dos atos (conveniência e oportunidade), o faz em relação aos atributos vinculados deste poder.

Segundo a doutrina de Hely Lopes Meirelles<sup>141</sup>, mesmo nos atos discricionários, a autoridade administrativa está sempre vinculada quanto à competência, finalidade e forma do ato.

A fim de responder ao questionamento em questão, mister se faz conceituar os atos discricionários e o mérito administrativo, além de tecer alguns comentários sobre a doutrina de Hely Lopes Meirelles e, por fim, analisar à luz destes aspectos, a decisão jurisprudencial em comento.

---

<sup>140</sup> AI 70030463806, 4ª Câmara Cível, Relator Des. Ricardo Moreira Lins Pastl, j. em 19/08/09.

<sup>141</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 121.

## **2 A tradicional doutrina acerca do conceito de ato administrativo discricionário e mérito administrativo**

A discricionariedade pode ser caracterizada pela liberdade que o administrador público detém dentro da norma (considerada aqui lei ou norma em sentido amplo). Tal liberdade poderá transparecer em maior ou menor intensidade, dependendo do caso concreto.

Odete Medauer<sup>142</sup> fala em Poder Discricionário, ensinando:

Na linguagem corrente, inclusive usada na imprensa, ocorre confusão entre discricionariedade e arbítrio. Utiliza-se o termo “discricionário” com o sentido de “arbitrário”, abusivo. O estudioso do direito administrativo deve descartar tal acepção no âmbito dessa matéria, pois aí o termo reveste-se de significado diverso. Se a administração tem suas atividades informadas pelo princípio da legalidade, o poder discricionário não há de ser equivalente ao poder arbitrário ou abusivo. O poder discricionário, caracterizado essencialmente como escolha de uma entre várias soluções, é conferido por normas legais e deve atender aos parâmetros no seu exercício.

Assim, os atos discricionários não podem ser entendidos como aqueles atos em que o poder da Administração é livre, porque o seu limite será sempre e em princípio a norma ou o regramento jurídico. O desrespeito a este limite legitima a intervenção do Poder Judiciário.

---

<sup>142</sup> MEDAUER, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: RT, 2006, p. 109.

Na conceituação de Odete Medauer<sup>143</sup>, no poder discricionário, há margem livre sobre a qual incide a escolha do administrador, o que corresponde ao chamado mérito administrativo. O mérito administrativo expressa juízo de conveniência e oportunidade da escolha efetuada pelo administrador público.

Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>144</sup> diz que a lei em muitos casos regula determinada situação em termos tais que não sobra margem de escolha ao administrador, estando-se aí diante de atos vinculados. Fala-se em discricionariedade quando a disciplina legal faz remanescer em proveito e a cargo do administrador uma certa liberdade a fim de preencher com seu próprio juízo o campo de indeterminação normativa.

Hely Lopes Meirelles<sup>145</sup> conceitua o mérito administrativo como:

O mérito administrativo consubstancia-se, portanto, na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar. Daí a exata afirmativa de Seabra Fagundes de que o “merecimento é aspecto pertinente apenas aos atos administrativos praticados no exercício de competência discricionária”.

Ainda, segundo o magistério de Hely Lopes Meirelles, nos atos discricionários, quanto aos seus motivos e ao seu objeto, que são elementos puramente discricionários ou de livre escolha do administrador, não

---

<sup>143</sup> MEDAUER, op. cit., p. 111.

<sup>144</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 26. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 951-952.

<sup>145</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 158.

caberia ao Poder Judiciário rever tais atos, porque neles não há padrões de legalidade para auferi-los.

### **3 Análise da Decisão Proferida no AI n. 700304463806**

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ENSINO PÚBLICO. MULTISSÉRIES. EXERCÍCIO DA DISCRICIONARIEDADE. MÉRITO ADMINISTRATIVO. INTERESSE PÚBLICO. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. Antecipação de tutela contra a fazenda pública. Possibilidade. MULTA PECUNIÁRIA EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO LIMINAR. POSSIBILIDADE.

1. O exercício da discricionariiedade pelo Administrador, pautado por critérios de conveniência e oportunidade, deve visar ao atendimento do interesse público, sob pena de interferência do Poder Judiciário.

2. Caso concreto em que a Administração Pública procedeu à colocação de alunos de turmas de 1ª série, 1º ano e 2ª série, numa mesma sala de aula (multisséries), dificultando o aprendizado, como revelam os dados informativos já colhidos.

3. Possibilidade de concessão de liminar contra a Fazenda Pública, ante a primazia do direito à educação.

4. Em que pese o caráter extraordinário com que devem ser encaradas as astreintes, em determinados casos, como o presente, é cabível a cominação de multa, como meio de coerção a emprestar efetividade à decisão judicial, objetivando compelir o réu ao cumprimento da

obrigação de fazer, determinada em título judicial - art. 461, *caput* e §§ 4º e 5º, CPC. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (Agravo de Instrumento n. 70030463806, 4ª Câmara Cível, Rel. Des. Ricardo Moreira Lins Pastl, TJRS, j. 19/08/2009).

No citado aresto, em sede de agravo de instrumento, foi determinado, provisoriamente, que a Administração revisse o seu ato, uma vez que, pautada em conveniência e oportunidade, efetuou a colocação em uma mesma turma, de alunos da 1ª e 2ª séries, e alunos da 3ª e 4ª séries do ensino fundamental. Com tal ato, teria a Administração desatendido ao interesse público, uma vez que há relatos no processo em referência de diversos prejuízos sofridos por alunos quanto ao aprendizado, conteúdo e à própria dinâmica das aulas.

O acórdão em comento, no voto do seu relator, Des. Ricardo Moreira Lins Pastl, menciona:

No que se refere à impossibilidade do Poder Judiciário adentrar no mérito administrativo, porque a Administração Pública é que detém o poder discricionário, igualmente não impressiona, posto que o Estado deve observar as diretrizes à Educação na execução de suas políticas públicas, atingindo, dessa forma, o interesse público, sendo oportuno aqui transcrever alguns dispositivos da Constituição Federal que lhe estabelecem esta obrigação (...).

A decisão se baseou no interesse público que não estaria sendo atendido, uma vez que enturmar crianças de séries distintas, vinha em prejuízo de sua educação e aprendizado. A decisão citou, inclusive,

jurisprudência do STJ<sup>146</sup> entendendo ser possível ao Poder Judiciário controlar o ato administrativo que não esteja atingindo a sua finalidade pública.

Percebe-se que a decisão, mesmo justificando que o ato discricionário foi revisto em prol do interesse público e de princípios constitucionais que estavam ali colocados (direito à educação), acabou por adentrar no aspecto puramente vinculado do ato, qual seja, a sua finalidade, que é e sempre deverá ser a de atender ao interesse público. Aspectos referentes ao mérito administrativo, aqui entendido como a conveniência e oportunidade do ato, não chegaram a ser analisados, ficando neste aspecto imunes ao controle judicial, conforme preconizado pela doutrina de Hely Lopes Meirelles.

### **Conclusão**

Embora haja o entendimento doutrinário clássico, exposto por Hely Lopes Meirelles de que os atos discricionários, aqui considerados como aqueles em que há margem livre do administrador para a escolha da conveniência e oportunidade, chamado pela doutrina de mérito administrativo, não são passíveis de enfrentamento pelo Poder Judiciário, na prática dos Tribunais, e o acórdão em análise isso evidencia, o controle jurisdicional se dá pela via vinculada do ato, mais especialmente no que diz respeito à sua finalidade. Uma vez que os fins são sempre vinculados à finalidade prevista na lei ou à motivação do ato pelo interesse público, sobra ao conteúdo eminentemente discricionário do ato (motivos: conveniência e oportunidade, e objeto do ato) um campo ainda imune

---

<sup>146</sup> Resp 879.188/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, 2ª Turma, j. em 21/05/2009, DJe 02/06/2009.

ao controle jurisdicional. Para Seabra Fagundes<sup>147</sup>, em alguns casos, o mérito “parecerá confundir-se com o motivo do ato; noutros, com a finalidade”.

Por ser ainda um conceito jurídico aberto ou indeterminado, o interesse público, que diz respeito à finalidade que todo o ato administrativo deve visar e que se apresenta como um de seus atributos vinculados, acaba servindo de justificativa para o enfrentamento do chamado mérito administrativo, mesmo quando a análise pelo Poder Judiciário se dá apenas pela via vinculada do ato. Nesta perspectiva, a vinculação do ato apreciada pelo Poder Judiciário acaba refletindo um limitador pelo princípio da legalidade<sup>148</sup>, ainda que esta legalidade esteja configurada na motivação pelo interesse público.

### Referências Bibliográficas

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 26. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp n. 879.188/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, 2ª Turma, j. em 21/05/2009.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. Agravo de Instrumento n. 70030463806, 4ª Câmara Cível, j. em 19/08/09, Relator Des. Ricardo Moreira Lins Pastl, publ. DJE em 16/09/2009.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.
- MEDAUER, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: RT, 2006.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

---

<sup>147</sup> FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 3. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 174.

<sup>148</sup> O princípio da legalidade e o positivismo jurídico, aliados ao princípio constitucional da moralidade administrativa, são conceitos passíveis e ricos para estudo mais aprofundado sobre o tema, com espaço maior para a sua análise.

## **A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO: O CASO DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988**

Rafael Vincente Ramos<sup>149</sup>

**Resumo:** O presente estudo busca analisar, a partir do itinerário do surgimento do constitucionalismo moderno, notadamente no continente europeu, a (possível) força normativa dos textos constitucionais. Para isso, pretende passar em revista o movimento de codificação, assim como a eventual contribuição do direito constitucional norte-americano. Por fim, busca verificar os reflexos dessa eficácia no constitucionalismo brasileiro, em especial, com o advento da Constituição Federal de 1988.

**Palavras-chave:** Força normativa – Constituição brasileira de 1988.

### **1 Considerações Iniciais**

O constitucionalismo moderno inaugurou uma nova fase nas relações entre o Estado e os indivíduos. A partir desse momento, os indivíduos passaram a ter direitos limitadores da atividade estatal. Porém, logo em seguida, um outro movimento jurídico acabou por adiar os (naturais) desdobramentos do constitucionalismo no continente europeu. Por sua vez, nos Estados Unidos da América, o constitucionalismo acabou por ter um desenvolvimento sem precedentes no mundo ocidental, a saber, a Constituição entendida como norma jurídica superior, fundamento e parâmetro de validade das demais normas.

---

<sup>149</sup> Procurador Municipal de Porto Alegre. Mestre em Direito Público pela PUCRS.

Assim, o presente artigo pretende abordar a eventual força normativa da Constituição, na Europa, a partir do 2º Pós-guerra e, no Brasil, sobretudo, desde o advento do texto constitucional de 1988.

## **2 Do Constitucionalismo Moderno (século XVIII) ao Movimento de Codificação (século XIX)**

As revoluções liberais de fins do século XVIII – americana (1776) e francesa (1789)<sup>150</sup> – inauguraram o denominado constitucionalismo moderno, entendido como o movimento que “questiona, nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político”.<sup>151</sup> O constitucionalismo moderno está consubstanciado, sobretudo, na ideia de “limitação da autoridade governativa”. Tal limitação, como leciona Paulo Bonavides, “se lograria tecnicamente mediante a separação de poderes (as funções legislativas, executivas e judiciárias atribuídas a órgãos distintos) e a declaração de direitos”.<sup>152</sup>

Nos primeiros documentos do constitucionalismo moderno – no caso norte-americano, a Constituição de 1787 e o *Bill of Rights* de 1791, assim como, no caso francês, a Constituição de 1791 - é possível, pois, identificar dois pilares: o reconhecimento dos direitos fundamentais e a separação de poderes. Tal ideia pode

---

<sup>150</sup> Não há como esquecer a experiência constitucional inglesa. Na Inglaterra, encontramos alguns importantes documentos que já traziam a ideia de limitação jurídica do poder político: a *Magna Charta* (1215), a *Petition of Rights* (1628) e *Bill of Rights* (1689). V. DALLARI, Dalmó de Abreu. *A Constituição na Vida dos Povos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 177 e ss.

<sup>151</sup> Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 48.

<sup>152</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 36.

ser vista, por exemplo, no muito citado art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789): “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada e a separação de poderes determinada não tem Constituição”.

No entanto, deve-se gizar que a *Revolução Francesa*, além de ter provocado o fim do *antigo regime* e a instauração da *ordem burguesa* na França, teve “*aspiração universal e abstrata*”, assumindo, portanto, uma importância decisiva para o “processo de constitucionalização e reconhecimento de direitos e liberdades fundamentais nas Constituições do século XIX”.<sup>153</sup>

Nada obstante esse estado de coisas, o século seguinte (XIX) é marcado pelo predomínio da lei (princípio da legalidade), a que se reconhecia superioridade frente a todos os demais atos jurídicos e também frente aos documentos constitucionais. E a lei, por excelência, era o código.<sup>154</sup>

Os exemplos mais relevantes desse processo de codificação<sup>155</sup> são, sem dúvida alguma, os Códigos Civis francês (1804) e alemão (1900). O Código Civil francês (Código de Napoleão) é o primeiro entre as codificações modernas. Promulgado em 1804, caracteriza-se pelo seu caráter individualista, “expressão civilista da Declaração dos Direitos de 1789”.<sup>156</sup>

Em virtude de ser o Código Napoleônico por muitos considerado o Código da burguesia, e de o burguês ter, entre suas necessidades, o máximo de

---

<sup>153</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 50-52.

<sup>154</sup> ZAGREBELSKI, Gustavo. *El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 1995, p. 30 e ss.

<sup>155</sup> Cf. ANDRADE, Fábio Siebeneichler. *Da Codificação: crônica de um conceito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

<sup>156</sup> AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 7. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 159-160.

segurança possível para o livre comércio de bens, a era das codificações oitocentistas é considerada a época da segurança. Como diz Maria Celina Bodin de Moraes, “a exigência de estabilidade ou de previsibilidade quanto aos comportamentos individuais passou a ser o pressuposto intrínseco das relações jurídicas, na medida em que a burguesia francesa, vitoriosa da Grande Revolução, se tornou a nova classe dirigente, portadora da tábua de valores na qual toda a sociedade foi chamada a reconhecer-se”.<sup>157</sup>

Tendo em vista tal quadro, afirmava-se que o *Código Civil* era “a constituição do homem comum”.<sup>158</sup> Por isso, Gustavo Tepedino conclui que “cuidava-se da garantia legal mais elevada quanto à disciplina das relações patrimoniais”, resguardando-as contra a interferência do Estado ou de outros particulares. O direito público (leia-se, a Constituição) não interferia na vida dos indivíduos, assumindo o Código Civil, por conseguinte, o papel de monopolizador das relações privadas. O Código almejava a completude, pois destinado a regular todos os possíveis centros de interesse de que o indivíduo viesse a ser titular.<sup>159</sup>

Em face disso tudo, no continente europeu, a Constituição era vista como uma Carta Política, responsável por regular a relação entre Estado e cidadão. O Código Civil, por sua vez, era um documento jurídico, regente das relações entre os sujeitos privados. A concretização do texto constitucional dependia, assim, da intermediação legislativa.<sup>160</sup>

---

<sup>157</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e Direito Civil: tendências. *Revista dos Tribunais*, v. 779 (set. 2000), p. 48.

<sup>158</sup> REALE, Miguel. Visão Geral do Novo Código Civil. *Revista de Direito Privado*, n. 9, jan./mar. 2002, p. 9-17.

<sup>159</sup> TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 3.

<sup>160</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*.

### 3 A Constituição como Norma

#### 3.1 Antecedente: o constitucionalismo norte-americano

Na caminhada para a afirmação da Constituição como norma jurídica superior, é imprescindível acompanhar o desenvolvimento do constitucionalismo norte-americano.<sup>161</sup> Os Estados Unidos da América, além de terem dado ao mundo a primeira Constituição escrita (1787), legaram o controle judicial de constitucionalidade das leis.<sup>162</sup>

Da Constituição norte-americana de 1787 (ainda em vigor), em que pese não haver, expressamente, previsão do controle de constitucionalidade, a Suprema Corte, em decisão do *Chief Justice* John Marshall, extraiu a ideia da supremacia da Constituição, no famoso caso *Marbury v. Madison* (1803): “(...) Se, então, as cortes devem levar em consideração a Constituição, e se a Constituição é superior a qualquer ato ordinário da legislatura, a Constituição, e não este ato ordinário, deve dar a solução para o caso para o qual ambos são aplicáveis (...)”.<sup>163</sup>

Na verdade, de acordo com a lição de Dieter Grimm, os Estados Unidos, por um longo período, foram o único país a submeter às decisões emanadas do legislador democraticamente eleito à jurisdição constitucional. Em que pese, ao longo do século XIX, diversos países terem adotado constituições, “levou-se

---

São Paulo: Saraiva, 2009, p. 367.

<sup>161</sup> ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, 3. ed. Madrid: Civitas, 1994, p. 50.

<sup>162</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2. Ed. Porto Alegre: SAFE, 1999, p. 46.

<sup>163</sup> Extraído de: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 27.

quase duzentos anos para que a jurisdição constitucional obtivesse reconhecimento em nível mundial”.<sup>164</sup>

De suma importância também, para o reconhecimento da supremacia da Constituição nos Estados Unidos, foram os escritos de John Jay, James Madison e Alexander Hamilton, posteriormente reunidos em um único volume, denominado o *Federalista* (1788).<sup>165</sup>

Da mesma forma, a Constituição de 1787 virou um modelo de Constituição “rígida”, vale dizer, uma Constituição que não pode ser alterada por lei ordinária e que prevê um procedimento mais complexo para sua modificação do que aquele previsto para elaboração das normas infraconstitucionais. Contraposto ao modelo de Constituição rígida, temos as ditas Constituições “flexíveis” (por exemplo, a Constituição inglesa).<sup>166</sup>

### 3.2 O Século XX e a Força Normativa da Constituição

Embora os antecedentes do constitucionalismo norte-americano, segundo Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto, a ideia prevalecente até a segunda metade do século XX era de que as Constituições não eram verdadeiras normas jurídicas, dotadas de imperatividade e força vinculativa, mas tão somente conselhos ao legislador. As normas constitucionais não geravam direitos subjetivos para os indivíduos, nem podiam ser aplicadas pelos juizes. O paradigma então vigente era o da legalidade e da

---

<sup>164</sup> GRIMM, Dieter. Jurisdição constitucional e democracia. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 4, out/dez 2006, p. 3.

<sup>165</sup> BARROSO, op. cit., p. 17.

<sup>166</sup> CAPPELLETTI, op. cit., p. 46/47.

codificação. Apenas a lei, fruto do processo legislativo ordinário, é que tinha “força normativa”.<sup>167</sup>

A reviravolta desse estado de coisas só foi ocorrer após o segundo pós-guerra. Sob o império da lei, atrocidades foram cometidas pelo regime nazista. A “história tinha revelado a necessidade de criação de mecanismos para a contenção dos abusos do legislador e das maiorias políticas”.<sup>168</sup>

Dessa forma, o mundo ocidental começa a ver o surgimento de uma série de novas Constituições ligadas aos ideais democráticos e de valorização da pessoa humana, positivando amplos catálogos de direitos fundamentais, sobretudo depois dos horrores provocados pelos regimes fascista e nazista. Nessa mesma onda, vê-se o surgimento de Tribunais Constitucionais<sup>169</sup> (Alemanha, Itália, Portugal, Espanha etc.),<sup>170</sup> dotando, assim, a Constituição de garantias processuais.<sup>171</sup>

Esse processo de “reconstitucionalização” da Europa tem como marco normativo, notadamente, a Constituição alemã de 1949 (Lei Fundamental de Bonn), assim como a criação do Tribunal Constitucional Federal (1951).<sup>172</sup> A partir desse momento, “teve início uma

<sup>167</sup> SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional*, p. 22.

<sup>168</sup> Idem, p. 23.

<sup>169</sup> Como adverte Lenio Streck, a toda evidência, há uma necessária relação entre Constituição e jurisdição constitucional: “o significado da Constituição depende do processo hermenêutico que desvendará o conteúdo do seu texto, a partir dos novos paradigmas exsurgentes da prática dos tribunais encarregados da justiça constitucional”. STRECK, Lenio. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 27.

<sup>170</sup> HÄBERLE, Peter. A jurisdição Constitucional na fase atual de desenvolvimento do Estado constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 244, jan/abr 2007, p. 212 e ss.

<sup>171</sup> SARMENTO, op. cit., p. 23. V. tb. KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

<sup>172</sup> BARROSO, op. cit., p. 35 e ss. V, a propósito, HESSE, Konrad. *Elementos*

fecunda produção doutrinária e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica<sup>173</sup> e, por conseguinte, a Constituição foi colocada no ápice da hierarquia das normas jurídicas.

Assim, segundo Gustavo Zagrebelski, a lei, pela primeira vez, vem submetida a uma relação de adequação e, conseqüentemente, de subordinação, a um documento superior, a Constituição.<sup>174</sup>

A partir daí, gradativamente, passa-se a enxergar as normas constitucionais como dotadas de imperatividade. Dito de outro modo, as Constituições passam a ter força normativa. Como diz Konrad Hesse:

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (*WillezurMacht*), mas também a vontade de Constituição (*WillezurVerfassung*).<sup>175</sup>

---

de *Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: SAFE, 1998, p. 487.

<sup>173</sup> BARROSO, Luis Roberto, Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, 2005, p. 3.

<sup>174</sup> ZAGREBELSKI, op. cit., p. 34.

<sup>175</sup> HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: SAFE, 1991, p. 19.

#### 4 A Força Normativa da Constituição Brasileira de 1988

No Brasil, o quadro de ineficácia das normas constitucionais, até meados do século XX, não era muito diferente daquele do continente europeu, como demonstra o relato de Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto:

A Constituição de 1824 falava em igualdade, e a principal instituição do país era a escravidão negra; a de 1891 instituiu o sufrágio universal, mas todas as eleições eram fraudadas; a de 1937 disciplinava o processo legislativo, mas, enquanto ela vigorou, o Congresso esteve fechado e o Presidente legislava por decretos; a Carta de 1967/69 garantia os direitos à liberdade, à integridade física e à vida, mas as prisões ilegais, o desaparecimento forçado de pessoas e a tortura campeavam nos porões do regime militar.<sup>176</sup>

O marco decisivo de mudança da situação anteriormente esboçada é encontrado na Constituição de 1988. Ela promoveu a travessia de um regime autoritário em direção à construção de um Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*).<sup>177</sup> A Lei Fundamental brasileira, já em seu pórtico, assevera que a República Federativa do Brasil tem como fundamento a *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, inc. III). Tal afirmativa vai alterar toda a racionalidade do ordenamento jurídico brasileiro, dando primazia aos *valores existenciais* ao invés dos *valores patrimoniais*,

---

<sup>176</sup> SARMENTO, op. cit., p. 23.

<sup>177</sup> BARROSO, Luis Roberto. Dez anos da Constituição de 1988 (foi bom pra você também?). In: SARLET, Ingo. *O Direito Público em Tempos de Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 211.

bem como, a partir desse momento, o princípio da dignidade da pessoa humana passa a servir de guia interpretativo/aplicativo para uma filtragem de todo o ordenamento jurídico.<sup>178</sup>

Além disso, como registra Gilmar Mendes, a Constituição de 1988 “atribuiu significado ímpar aos direitos fundamentais”, positivando-os no início do texto constitucional e prevendo expressamente que têm eficácia imediata (art. 5º, § 1º). O constituinte reconheceu ainda que “os direitos fundamentais são elementos integrantes da *identidade* e da *continuidade* da Constituição, considerando, por isso, ilegítima qualquer reforma constitucional tendente a suprimi-los (art. 60, § 4º).”<sup>179</sup>

Outro mérito da Constituição de 1988 é o impulso dado aos mecanismos de controle de constitucionalidade, em especial, os de controle abstrato (e concentrado). Vale dizer, se no texto constitucional pretérito (1967/69) o monopólio da propositura da ação direta era do Procurador-Geral da República, o atual texto constitucional ampliou, de forma significativa, o rol de legitimados.<sup>180</sup> Atualmente, além do Procurador-Geral da República, diversos órgãos e entes possuem tal legitimidade: o Presidente da República; as Mesas do Senado Federal, Câmara dos Deputados e Assembleia Legislativa; o Governador de Estado; a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do

---

<sup>178</sup> A respeito do princípio da dignidade da pessoa humana, ver as indispensáveis contribuições de SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, assim como, BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

<sup>179</sup> MENDES, Gilmar. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 1.

<sup>180</sup> MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1117.

Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (art. 103).

Houve a criação, além disso, de outros mecanismos de controle de constitucionalidade: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e, por fim, a ação declaratória de constitucionalidade (Emenda Constitucional n. 3/1993).

Com essas e outras mudanças, houve a ascensão institucional do Poder Judiciário, especialmente do Supremo Tribunal Federal, alçado à condição de guardião da Constituição (art. 102, caput).<sup>181</sup> Hodiernamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes passaram a ser submetidas ao Tribunal Constitucional brasileiro,<sup>182</sup> exemplificativamente, desde controle de políticas públicas (nas áreas da saúde e da educação – lembremo-nos do exame da constitucionalidade do sistema de cotas nas universidades públicas)<sup>183</sup>, passando pela antecipação do parto de fetos anencefálicos<sup>184</sup> e pelo controle sobre os concursos públicos.<sup>185</sup>

Da mesma forma, a partir da Constituição de 1988, houve a “democratização” da jurisdição

---

<sup>181</sup> V. BARROSO, op. cit., p. 203.

<sup>182</sup> Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia. Revista de Direito do Estado*, n. 12, out/dez 2008, p. 59-60.

<sup>183</sup> STF, ADI 3330, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 03/05/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-055 DIVULG 21-03-2013 PUBLIC 22-03-2013.

<sup>184</sup> STF, ADPF 54, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013.

<sup>185</sup> BARROSO, op. cit., p. 382 e ss.

constitucional,<sup>186</sup> seja pela possibilidade da participação dos chamados *amicuscuriae*, i.e., a manifestação de outros órgãos e entidades em processos de controle de constitucionalidade,<sup>187</sup> seja pela realização de audiências públicas incluindo o depoimento de pessoas com experiência e autoridade na matéria.<sup>188</sup>

Por trás disso está, inegavelmente, a ideia formulada por Peter Häberle, de uma “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”. Vale dizer, “todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta, ou até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma.”<sup>189</sup>

Não obstante as muitas virtudes encontradas no texto constitucional vigente, como salienta Luis Roberto Barroso, a “euforia constituinte” levou a um documento que, mais do que analítico, é “prolixo e corporativo,”<sup>190</sup> prevendo, exemplificativamente, regras de interesse de servidores públicos, cartórios de notas e registros etc.

---

<sup>186</sup> V. BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade Democrática e Instrumentos de Realização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

<sup>187</sup> Lei n. 9.868/1999, art. 7º, § 2º: “O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades”.

<sup>188</sup> Lei n. 9.868/1999, art. 20, § 1º: “Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato, ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria”.

<sup>189</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. Porto Alegre: SAFE, 2002, p. 15.

<sup>190</sup> BARROSO, Luis Roberto. Dez anos da Constituição de 1988 (foi bom pra você também?). In: SARLET, op. cit., p. 212. V., a propósito, o posicionamento de Carlos Ari Sunfeld, segundo o qual, “O conteúdo da Carta de 1988 é menos para proteger o cidadão frente ao Estado que para defender essas corporações e organismos contra as deliberações governamentais e legislativas.” SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 56.

Exemplo emblemático do extremo casuísmo constitucional é o, sempre citado, art. 242, § 2º (“O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal”).

Como já advertia Konrad Hesse, a constitucionalização de interesses momentâneos ou particulares é extremamente perigosa para a força normativa da Constituição, pois exige uma constante reforma do texto constitucional, sob a alegação de inadiável necessidade política. Contudo, a estabilidade constitui condição fundamental da eficácia da Constituição.<sup>191</sup> A Constituição brasileira de 1988, por exemplo, já conta com 73 emendas constitucionais.

Por outro lado, o vigente texto constitucional brasileiro ainda teve que superar outros obstáculos. No campo, por exemplo, dos direitos sociais - consagrados expressamente como direitos fundamentais - por muito tempo, foi dito que estariam consagrados em normas de cunho programático, dependendo, por conseguinte, da *interpositio legislatoris*. Nada obstante, tanto a doutrina<sup>192</sup> como a jurisprudência<sup>193</sup> inclina-se no sentido de que, mesmo esses direitos que demandam uma intermediação legislativa, detêm, em face de uma omissão estatal (do Legislativo ou do Executivo), a possibilidade de ser exigidos em juízo.

Outra situação que por longo período permaneceu como uma autêntica letra morta no texto constitucional foi a do mandado de injunção (art. 5º, LXXI). Inovação trazida com o texto constitucional de 1988, a fim de superar a crônica inefetividade das normas constitucionais, inicialmente o STF fez dele uma

---

<sup>191</sup> HESSE, op. cit., p. 21-22.

<sup>192</sup> V., por todos, SARLET, op. cit., p. 317.

<sup>193</sup> STF, RE 393175 AgR, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/12/2006, DJ 02-02-2007 PP-00140 EMENT VOL-02262-08 PP-01524.

tímida aplicação, equiparando-o à ação de inconstitucionalidade por omissão.<sup>194</sup> Assim, em caso de procedência, “será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.”

Todavia, mais recentemente, com a alteração da composição da Corte, o STF passou a aceitar a “possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário, uma espécie de sentença aditiva.”<sup>195</sup> Para ilustrar, basta lembrar o caso do direito de greve dos servidores públicos.<sup>196</sup> No ano de 2007, ao julgar o Mandado de Injunção 670, o Pretório Excelso teve oportunidade de deixar assentado que, considerada a omissão legislativa, seria o caso de se aplicar a Lei n. 7.783/1989 (exercício do direito de greve na iniciativa privada) enquanto a omissão não for devidamente regulamentada por lei específica para os servidores públicos (CF, art. 37, VII).

Por fim, sob a égide da Constituição de 1988, está em curso um processo de constitucionalização do Direito.<sup>197</sup> Vale dizer, toda ordem jurídica deve ser lida e interpretada à luz dos princípios e regras da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados.<sup>198</sup>

---

<sup>194</sup> Cf. SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 168 e ss.

<sup>195</sup> MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1325.

<sup>196</sup> Art. 37, VII, CF/1988: “O direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”.

<sup>197</sup> Cf. BARROSO, Luis Roberto, Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, 2005, p. 21 e ss. V. tb. GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Trotta, 2003, p. 49-73. SARMENTO, op. cit., 2007.

<sup>198</sup> V. Comentários críticos de Daniel Sarmento: “Portanto, entendemos que a

Por motivos óbvios, como ressalta Luis Roberto Barroso,<sup>199</sup> a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes. No caso do Legislativo, impõe-lhe determinados deveres de atuação, assim como uma limitação da liberdade de conformação. À Administração Pública, por sua vez, limita sua competência discricionária, impõe-lhe deveres de atuação e fornece fundamento para aplicação direta da Constituição, independentemente da intermediação do Legislativo. Ao Judiciário, serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade (difuso e/ou concentrado) e exige uma filtragem constitucional da normativa infraconstitucional. Finalmente, aos particulares, estabelece limitações à sua autonomia privada.<sup>200</sup>

De todo modo, o ponto aqui a ser ressaltado é que a sociedade brasileira, finalmente, tomou consciência dos seus direitos, incorporando “a gramática constitucional à sua estratégia de luta.”<sup>201</sup> A Constituição “passou a ser encarada como autêntica norma jurídica,

---

Constituição não pode ser vista como a fonte da resposta para todas as questões jurídicas. Uma teoria constitucional minimamente comprometida com a democracia deve reconhecer que a Constituição deixa vários espaços de liberdade para o legislador e para os indivíduos, nos quais a autonomia política do povo e a autonomia privada da pessoa humana podem ser exercitadas.” SARMENTO, Daniel. Ubiqüidade constitucional: os dois lados da moeda. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro, n. 2, abr/jun 2006, p. 85 e ss.

<sup>199</sup> BARROSO, op. cit., p. 13.

<sup>200</sup> Tema, de modo geral, tratado em conexão com a constitucionalização do Direito é o chamado neoconstitucionalismo. V. CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Trotta, 2003. V. tb. SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte, n. 23, p. 9-30, out/dez 2008.

<sup>201</sup> SARMENTO, op. cit., p. 182.

e não mera enunciação de princípios retóricos,<sup>202</sup> e tem sido cada vez mais frequentemente invocada”, seja nos pequenos fóruns do interior do País, seja na mais alta instância (STF).<sup>203</sup>

No fundo, o que se vê é uma sincera “vontade de Constituição,” ou seja, a Constituição transformando-se em força ativa, capaz de imprimir ordem e conformação à realidade política e social.<sup>204</sup>

### Considerações Finais

Ao longo do presente trabalho, conseguimos constatar que, superado o momento inicial de baixa força normativa dos textos constitucionais - em que pese o exemplo dos Estados Unidos -, a Constituição passou a ser vista e, principalmente, aplicada como verdadeira norma jurídica, por óbvio, dotada de imperatividade. Mais do que isso, a Constituição passou a ocupar o ápice do sistema normativo, lugar antes ocupado pelas codificações. Por fim, pode-se constatar que o direito constitucional brasileiro, notadamente a partir do advento da Constituição Federal de 1988, não ficou indiferente a essa, por que não dizer, mudança de paradigmas, do predomínio da lei à supremacia da Constituição.

---

<sup>202</sup> Nesse sentido, Dimoulis e Martins dizem que “(...) constitui-se uma impropriedade quando se denomina a Constituição de um Estado como sendo uma ‘Carta Política’. Ela é, antes, seu estatuto jurídico.” DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 6.

<sup>203</sup> SARMENTO, op. cit., p. 182.

<sup>204</sup> HESSE, op. cit, p. 15 e ss.

## Referências Bibliográficas

- AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 7. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte, n, 23, p. 9-30, out/dez 2008.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- \_\_\_\_\_, Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr/jun 2005.
- \_\_\_\_\_, Dez anos da Constituição de 1988 (foi bom pra você também?). In: SARLET, Ingo. *O Direito Público em Tempos de Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 189-217.
- BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. Ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2. Ed. Porto Alegre: SAFE, 1999.
- CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Trotta, 2003.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na Vida dos Povos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, 3. ed. Madrid: Civitas, 1994.
- GRIMM, Dieter. Jurisdição constitucional e democracia. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 4, p. 3-22, out/dez 2006.
- GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL,

- Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Trotta, 2003, p. 49-73
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. Porto Alegre: SAFE, 2002.
- \_\_\_\_\_, A jurisdição Constitucional na fase atual de desenvolvimento do Estado constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 244, p. 208-230, jan./abr. 2007.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: SAFE, 1991.
- \_\_\_\_\_, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: SAFE, 1998.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- MENDES, Gilmar. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- \_\_\_\_\_; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e Direito Civil: tendências. *Revista dos Tribunais*, v. 779, p. 32-60, set. 2000.
- REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. *Revista de Direito Privado*, n. 9, p. 9-17, jan/mar. 2002..
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- \_\_\_\_\_, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- \_\_\_\_\_, Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro, n. 2, p. 83-118, abr/jun 2006.
- SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (Org.); BINENBOJM, Gustavo (Org.); SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 8. Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

- STRECK, Lenio. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012.
- TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 1-23.
- VIEIRA, Oscar Vilhena., Supremocracia. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 12, p. 55-75, out/dez 2008.
- ZAGREBELSKI, Gustavo. *El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007.





**PARECERES**



## IMPOSSIBILIDADE DE DEFINIR CARGA HORÁRIA E PAGAR HORAS EXTRAS AOS DETENTORES DE CARGO EM COMISSÃO

Carmen Regina Vilar Dugacsek<sup>205</sup>

PARECER N. 1.164/2011

PROCESSO N. 003.003264.06.8

INTERESSADO: Departamento Municipal de Águas e Esgoto

**EMENTA:** Pagamento de horas extras. Cargo em Comissão. Impossibilidade. Exceção: Horário de trabalho sujeito a controle.

Por solicitação do Diretor-Geral do DMAE vem para exame a esta Procuradoria-Geral do Município o seguinte questionamento: “É possível a fixação de carga horária, bem como a convocação para realização de horas-extras, para o Cargo em Comissão Puro?”

A questão foi analisada previamente pela Consultoria Jurídica do DMAE, que se manifestou nos seguintes termos:

[...] A legislação municipal citada não faz qualquer distinção, para o caso em tela, relativamente a cargo de provimento efetivo ou

---

<sup>205</sup> Procuradora Municipal de Porto Alegre.

em comissão, sendo a carga horária do Cargo em Comissão fixada pela própria legislação ao ser convocado para o Regime especial de trabalho.

Não vejo nenhuma afronta a lei, em especial aos dispositivos constitucionais citados, a alegada 'equiparação aos servidores públicos', no tocante ao cumprimento de carga horária, uma vez respaldada pela referida legislação municipal.

Se tivesse o legislador intenção de evitar que o funcionário nomeado em cargo em comissão fosse convocado para prestação de serviço extraordinário, certamente o teria feito expressamente, como o fez, por exemplo, observadas as exceções, no caso de designação para Função Gratificada que é privativa de funcionário detentor de cargo de provimento efetivo (art. 68 da LC n. 133/85). [...].

Remetido à Secretaria Municipal de Administração para manifestação, o expediente retornou com a seguinte informação:

Informando que a prestação de serviço extraordinário somente foi autorizada por esta SMA, aos detentores exclusivamente de cargo em comissão, de forma excepcional, nas hipóteses constantes da justificativa a que se refere o item 4.2.3 do Relatório-Diagnóstico 17/08 da Área da Auditoria-Geral da Secretaria Municipal da Fazenda.

É o sucinto relatório.

O tema objeto da indagação não é singelo, encontrando-se na jurisprudência dos tribunais, nas cortes de Conta e nas mais diversas manifestações doutrinárias, significativas interpretações, sobretudo diante do disposto no artigo 37, incisos II e V, da

Constituição Federal.

Sem dúvida que o ocupante de cargo em comissão é um servidor estatutário, fazendo jus às garantias sociais do artigo 7º c/c artigo 39, § 3º, da Constituição Federal. Todavia, relativamente ao registro do ponto e à percepção de horas extras - inciso XVI do referido artigo 7º -, a questão não é pacífica.

Assim, é compreensível a indagação a respeito do direito do ocupante de cargo em comissão perceber pagamento pelo serviço extraordinário no âmbito do Município de Porto Alegre. Registre-se que em alguns estatutos de servidores públicos há menção expressa de que o exercício de cargo em comissão não sujeito ao controle de ponto exclui a remuneração por serviço extraordinário. A LC n. 133/85 silencia a esse respeito e as horas extras são pagas com fundamento no Decreto n. 15.290/06, que assim dispõe:

Art. 2º - Somente poderão ser autorizadas horas extras para servidor estatutário, com Regime Especial de Trabalho, se atendidos concomitantemente os seguintes três requisitos: exercício de atividade de natureza essencial, excepcionalidade e emergência.

§ 1º - Caracterizam-se como atividades de natureza essencial, os serviços relativos a:

.....  
 § 2º - A excepcionalidade será caracterizada nas atividades:

.....  
 § 3º- A emergência será caracterizada nas atividades:

.....  
 Art. 3º - Poderão ser autorizadas horas extras para servidor estatutário, sem Regime Especial de Trabalho em um dos seguintes casos:

.....

Art. 4º - Poderão ser autorizadas horas extras para servidor celetista, nos seguintes limites mensais:

.....  
Art. 5º - Os casos não previstos neste Decreto serão analisados pela Secretaria Municipal de Administração (SMA) e Gabinete de Programação Orçamentária (GPO), no âmbito da Administração Centralizada, e seus equivalentes, nas Autarquias e Fundação, e submetidos ao Comitê Gestor para deliberação.

O Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, através do Parecer n. 84, de 17/01/01, em que responde a consulta formulada pelo Legislativo Municipal de Montenegro, refere que não há, em face da natureza do cargo em comissão, e com a destinação prevista na Constituição Federal, possibilidade de pagamento de horas extras ou compensação de horas. Assim se manifesta a nobre parecerista daquela Corte de Contas:

[...] Destarte, partindo da premissa que os Poderes Executivo e Legislativo do Município de Montenegro cumprem a Lei Maior, possuindo apenas cargos em comissão com atribuições de direção, chefia e assessoramento, não se há de falar em pagamento de 'horas-extra', porque o exercício daquelas funções – de confiança – exclui o cumprimento de carga horária específica, diariamente cumprida e controlável (controle de 'ponto'), justamente por ser a confiança o elemento que autoriza a nomeação, o que implica na obrigação do servidor provido em comissão de desempenhar os deveres de direção e/ou chefia que, necessariamente, não podem e não estão subordinados à carga horária. Isto significa que o exercente de tais

funções poderá em um dia realizar elevada carga horária e, em outra, a compensará, automaticamente, pois seu cargo - e suas atribuições - não se afeiçoa ao 'regime de ponto' e de cumprimento de carga horária regular e uniforme, como ocorre com os demais cargos e empregos públicos.

O mesmo se aplica com relação às funções de assessoramento, que implicam disponibilidade horária para prestar a devida assessoria àquele que nomeou o assessor com base no justo critério da confiança. Novamente aqui ocorrerá a 'autocompensação' de horário. [...].

Mais adiante, visando esgotar por inteiro a matéria, refere aquela parecerista que os servidores que detêm cargo em comissão e exercem atividades diversas de direção, chefia e assessoramento faz jus à remuneração de horas extras, se sujeito ao controle de ponto. São essas as suas palavras:

[...] Alerta-se, contudo, que em se tratando a situação apresentada de violação ao texto constitucional por nomeação, para cargo em comissão, de servidor que não vai exercer atribuições de direção, chefia e assessoramento, esta hipótese, além de configurar flagrante ilegalidade, importará na responsabilização do agente público que procedeu esta irregular admissão no serviço público, fraudando a via constitucional expressa (concurso público), constante do inciso II do art. 37 da Constituição Federal.

Desta forma, se há no Órgão consulente servidor provido em cargo em comissão que não exerça funções típicas ao comissionamento e, pois, em desvio de finalidade, fica ele equiparado aos demais servidores públicos municipais, fazendo

jus à remuneração de horas extraordinárias, se sujeito ao controle de ponto, na forma prevista pela lei local, que admite o pagamento em pecúnia ou por compensação da carga horária, nos casos específicos previstos no art. 54 da Lei Complementar Municipal n. 2.635/90, e desde que a execução do trabalho extraordinário tenha sido previamente autorizada pela Presidência da Câmara Municipal, como dispõe o art. 6º da Lei Complementar n. 3.615/2001. [...].

Conclui-se, do acima exposto, que a confiança é o elemento autorizador da nomeação em comissão, devendo o comissionado desempenhar os deveres de direção, assessoramento e chefia sem subordinação à carga horária ou qualquer controle de ponto, excluindo-se, por consequência, a remuneração por serviço extraordinário.

A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho expressa-se no sentido de não conceder horas extras aos ocupantes de cargo em comissão. Veja-se o seguinte julgado:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ESCLARECIMENTOS. SERVIDOR PÚBLICO OCUPANTE DE CARGO EM COMISSÃO OU INVESTIDO EM FUNÇÃO DE CONFIANÇA. REGIME DE INTEGRAL DEDICAÇÃO AO SERVIÇO. AUSÊNCIA DE DIREITO A HORAS EXTRAS. Os vencimentos dos ocupantes de cargos em comissão e das funções de confiança incluem a remuneração por todos os deveres e atribuições respectivos, entre os quais o dever de integral dedicação ao serviço, segundo o qual o servidor público ocupante de tais cargos deve estar à disposição da Administração Pública sempre que for convocado. Nesses termos, não há falar em remuneração por hora extra para os

ocupantes de cargos em comissão e investidos em função de confiança. Embargos de Declaração acolhidos, tão somente, para prestar esclarecimento. (TST; EDROMS 841/2005-000-14-00.3; Tribunal Pleno; Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi; DJU 28/09/2007; p. 889)

Como se vê dos posicionamentos até aqui transcritos, os cargos em comissão não conferem a seus ocupantes as mesmas prerrogativas daqueles servidores detentores de cargos de provimento efetivo, dada a sua natureza precária e transitória. Diante do caráter diferenciado das funções exercidas por CCs, o controle de horário torna-se incompatível e, por conseguinte, o recebimento de horas extras ou horas excedentes da jornada normal de trabalho.

Em recente decisão, o Tribunal de Justiça de São Paulo assim se manifestou:

**APELAÇÃO CÍVEL - HORAS EXTRAS - COBRANÇA.** 1. Servidor ocupante de cargo em comissão - Assessor de Gabinete - Cargo de livre nomeação e exoneração - Cerceamento ao direito de defesa - Inocorrência - Causa que estava madura para ser conhecida de imediato - Pedido de percepção de horas extras à jornada normal de trabalho - Inviabilidade - Cargos em comissão que não conferem a seus ocupantes as mesmas prerrogativas ínsitas aos servidores públicos titulares de cargos efetivos, dada a sua natureza precária e transitória - Função de caráter diferenciado, sendo incompatível o controle de horários - Funções de confiança que não têm liame com a exigência do cumprimento de jornada fixa, como acontece com os servidores titulares de cargos de provimento efetivo - Precedentes - Férias - Pedido de conversão em pecúnia de período não usufruído

-Descabimento - Prova em sentido contrário - Improcedência do pedido -Manutenção da sentença. 2. Recurso não provido. (Apelação Cível n. 994060817398, 12. Câmara de Direito Público, TJSP, Rel. Des. Osvaldo de Oliveira, julgado em 28/04/2010)

No mesmo sentido, posiciona-se o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, como se infere da decisão assim ementada:

ACÇÃO DE COBRANÇA - HORAS EXTRAS - CARGO EM COMISSÃO - PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE - DECISÃO MANTIDA. O servidor público ocupante de CARGO em COMISSÃO de recrutamento amplo, não faz jus ao recebimento de HORAS EXTRAS, vez que tem dedicação exclusiva à Administração. (Apelação Cível n. 1.0000.00.341913-2/000, TJMG, Rel. Des. Alvim Soares, julgado em 09/09/2003).

Do corpo do acórdão extraem-se os seguintes fundamentos:

[...] Data máxima vênia, após analisar percucientemente o recurso de apelação, cotejando-o com a sentença revisanda, vem como as provas colacionadas aos autos, tenho que melhor sorte não ampara o apelante; o ponto fulcral da presente lide é saber se os servidores públicos, ocupantes de CARGO EM COMISSÃO, fazem jus aos recebimentos de HORAS EXTRAS; a resposta, ao contrário do pretendido pelo apelante é negativa. Para os CARGOS EM COMISSÃO, de recrutamento amplo, demissível *ad nutum*, não se aplicam todos os direitos garantidos aos

servidores públicos comuns no Estatuto dos Servidores Públicos Municipais de Bueno Brandão (Lei n. 562/97) e na Carta Magna; um dos direitos não estendidos aos servidores comissionados é exatamente a indenização relativa às HORAS EXTRAS trabalhadas.

*In casu*, não se discute se o apelante trabalhou por inúmeras vezes em jornadas superiores àquela prevista, todavia, é fato incontroverso que seu CARGO era de COMISSÃO, ou seja, de dedicação exclusiva à Administração Municipal.

Para as entidades privadas, tudo aquilo que não é proibido é permitido, enquanto que, para as pessoas jurídicas de direito público só é permitido àquilo que expressamente está previsto; ocorre que, para o presente caso, repete-se, não há nenhuma previsão legal que sustente indenizações neste sentido. [...]

As decisões acima transcritas ressaltam que o detentor de cargo em comissão não possui direito a pagamento de horas extras, em face da indigitada "confiança qualificada" que impõe uma relação de trabalho de intensa pessoalidade e estrita confiança, não sujeita a carga horária.

No entanto, sem embargo de opinião contrária, entende-se que essa confiança não pode ser identificada apenas nas hipóteses de chefia, direção e assessoramento. Embora, efetivamente, sejam nessas situações que mais se faça presente e indispensável, existem outras situações onde a relação de trabalho de intensa pessoalidade e estrita confiança se faz necessária para uma prestação de trabalho mais intensa e efetiva, sem que com isso se esteja a burlar o concurso público. Evidentemente, a exigência constitucional do concurso público não pode ser contornada pela criação arbitrária de cargos em

comissão para o exercício de funções que não pressuponham o vínculo de confiança que justifica o regime de livre nomeação e exoneração que os caracteriza.

Esta, com efeito, é a lição de Celso Ribeiro Bastos, “*verbis*”:

De fato, a própria doutrina reconhece que para que os agentes políticos possam bem exercer suas funções é necessário que disponham de auxiliares diretos que lhe sejam de uma confiança supostamente maior que aquela que poderia ser presumida no dever de lealdade a que todo servidor está sujeito. Esta válvula de fuga ao concurso público tem se prestado a abusos manifestamente inconstitucionais. Não é possível haver a criação de cargos em comissão sem que estejam presentes as razões profundas que justificam tal sorte de regime.<sup>206</sup>

Assim, a dificuldade que se apresenta é saber se os cargos em comissão que não são de chefia, assessoramento e direção, mas que também pressupõem a confiança, por isso de livre nomeação e exoneração, comportam o pagamento de horas extras.

A resposta diante da farta jurisprudência que se colaciona é visível. A ausência de regra específica na LC n. 133/85, relativamente ao pagamento de horas extras aos ocupantes de cargos em comissão e a fidúcia que caracteriza o provimento desses cargos, tornam indevidos quaisquer pagamentos a título de serviço extraordinário.

Entretanto, a conclusão a que se chega comporta uma exceção: Caberá remuneração pelo serviço extraordinário se o servidor exercente de cargo

---

<sup>206</sup> Comentários à Constituição do Brasil. V. II, Saraiva, 1988, p. 73.

em comissão estiver sujeito ao controle de ponto, entendendo-se que nesses casos fica ele equiparado aos demais servidores públicos do Município.

Outro não pode ser o entendimento, haja vista que a Constituição Federal determina que aos ocupantes de cargo público se estendam direitos trabalhistas considerados fundamentais, como o adicional de serviço extraordinário, dentre outros abrangidos pela regra do art. 39, § 3º. Só pode haver pagamento pelo serviço extraordinário quando há efetivo controle de horário.

Ante o exposto, conclui-se pela inviabilidade legal, em resposta ao questionamento do DMAE, de pagamento de horas extras aos ocupantes de cargos em comissão, excetuando-se aqueles sujeitos ao controle de ponto.

É o parecer, *sub censura*.

Porto Alegre, 1º de fevereiro de 2011.

Carmem Regina Vilar Dugacsek,  
Procuradora do Município  
Matrícula n. 69.830 - OAB/RS n. 17.010



## CONSELHO MUNICIPAL DA SAÚDE. ATRIBUIÇÕES E LIMITES DELIBERATIVOS

Clarissa Cortes Fernandes Bohrer<sup>207</sup>

PARECER N. 1.165/2011  
PROCESSO N. 001.005422.11.5  
INTERESSADO: Secretaria Municipal da Saúde

**EMENTA:** Conselhos Municipais. Políticas públicas de saúde. Atribuições e limites deliberativos do Conselho Municipal de Saúde - CMS. Leis Complementares n. 277/1992, 660/2010 e 661/2010. Interpretação sistemática e apreciação de resultado. Resolução n. 333/2003, do Conselho Nacional de Saúde. Acordo nos autos da Ação Civil Pública n. 001/1.09.0272836-2. Exegese legal e jurisprudencial da matéria. Princípio da Independência dos Poderes. Princípio da Participação popular nas políticas públicas de Estado. Necessidade de estabelecimento de relações de colaboração entre Conselho e Poder Executivo.

### 1) Relatório

A Secretaria Municipal de Saúde consulta esta Procuradoria-Geral do Município acerca das atribuições e dos limites deliberativos do Conselho Municipal de

---

<sup>207</sup> Procuradora Municipal de Porto Alegre. Especialista em Direito do Estado pela Universidade Ritter dos Reis, em 2004.

Saúde - CMS à luz dos preceitos da Lei Complementar n. 277/92 e da Lei Complementar n. 660/2010.

A Lei Complementar n. 277, de 20 de maio de 1992<sup>208</sup>, conforme consabido, instituiu o CMS nesta Capital, disciplinou suas competências e sua composição, além de trazer regras referentes aos conselhos locais, às reuniões do CMS e ao credenciamento de entidades junto ao Conselho.

Em 07 de dezembro de 2010, foi promulgada a Lei Complementar n. 660, que alterou o artigo 3º da LC n. 277/92 no seguinte sentido:

Redação original da LC n. 277/92:

Art. 3º - As decisões do Conselho Municipal de Saúde, órgão colegiado composto por representantes do Governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, serão encaminhadas ao Prefeito, que as acolherá ou vetará, no todo ou em parte, conforme o disposto na Lei Complementar n. 267/92.

Redação dada pela LC n. 660/2010:

Art. 3º - O Conselho Municipal de Saúde, órgão colegiado, será composto por representantes do Governo, prestadores de serviços, profissionais de saúde e usuários.

Parágrafo único. A representação dos usuários no Conselho Municipal de Saúde será, no mínimo, paritária em relação ao conjunto dos demais segmentos.

Insta observar que a Lei Complementar n. 267/92 a que faz alusão a redação original do artigo 3º

---

<sup>208</sup> Essa lei foi alterada pela Lei Complementar n. 287, de 08 de janeiro de 1993, que somente alterou a composição do Conselho.

da Lei Complementar n. 277/92 foi revogada pela Lei Complementar n. 661, de 07 de dezembro de 2010, que dispôs sobre normas gerais para os Conselhos Municipais nos termos do artigo 101 da Lei Orgânica do Município de Porto Alegre.

A Lei Complementar n. 661/2010 disciplina as finalidades dos conselhos municipais, suas competências, formas de composição, representatividades, mandatos, regimentos, fórum municipal dos conselhos da cidade, etc. Contudo, a par de todos esses regramentos, a LC n. 661/2010 resta silente quanto à necessidade de encaminhar as deliberações dos Conselhos ao Sr. Prefeito para apreciação do tema. Tal fato gera, a princípio, uma espécie de lacuna na legislação de regência e é justamente sobre essa suposta lacuna que reside a consulta ora em apreço.

É o relatório, sucinto.

## 2) Considerações sobre os Conselhos Municipais

É cediço o entendimento que os Conselhos Municipais constituem, em realidade, órgãos colegiados integrantes da estrutura administrativa de gestão pública municipal.

Nesse sentido:

Os conselhos foram amplamente difundidos a partir da Constituição Brasileira de 1988, e constituem canais de participação e representação das organizações sociais na gestão de políticas públicas específicas. Obrigatórios por lei federal em diversos setores (saúde, educação, criança e adolescente, assistência social e trabalho), os conselhos se diferenciam de acordo com o município: (i) pelo

poder de decisão, deliberativo ou consultivo; (ii) pelos critérios de representação dos diferentes segmentos sociais, amplos ou restritos; e (iii) pela dinâmica e pelas condições de funcionamento, isto é, os instrumentos e a estrutura à sua disposição.(...), entendemos que os conselhos municipais são a maior expressão da instituição, pelo menos no plano legal, do modelo de governança democrática no âmbito local.<sup>209</sup> (Sublinhas nossas)

Assim, naquilo que pertine à matéria da consulta da SMS, vale desde logo destacar que as deliberações dos conselhos podem ser, em regra, de três naturezas, quais sejam: opinativa, deliberativa ou de controle, naturezas essas que são ditadas, por óbvio, pela legislação de regência de cada conselho.

No caso específico do CMS, a LC n. 277/92 não se preocupou com a natureza das deliberações do Conselho, sendo omissa quanto ao tema; desta forma, a priori, ressaltamos a ausência de um poder deliberativo expresso para as decisões do CMS.

Por outro lado, mesmo que a LC n. 660/10 tenha suprimido a necessidade expressa de encaminhamento das decisões do CMS ao Sr. Prefeito, resta, a nosso juízo central, absolutamente hígida a necessidade de submissão das decisões do Conselho ao mandatário do Município. O contrário seria supor um absurdo, vez que sobrepor-se-iam as deliberações do conselho às deliberação do Sr. Prefeito.

Na presente discussão, não se pode desconhecer, por óbvio, que os conselhos municipais encontram substrato na diretriz constitucional de

---

<sup>209</sup> SANTOS JÚNIOR, Orlando Alves dos. *Democracia e Governo Local: dilemas da reforma municipal no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 95-96.

participação popular, diretriz esta que, na Lei Orgânica do Município, assim restou contemplada:

Art. 89 - O Poder Executivo é exercido pelo Prefeito, auxiliado pelo Vice-Prefeito, pelos Secretários e Diretores, e os demais responsáveis pelos órgãos da administração direta e indireta.

Parágrafo único. É assegurada a participação popular nas decisões do Poder Executivo.

E, mais adiante:

Art. 101 - Os conselhos municipais são órgãos de participação direta da comunidade na administração pública, tendo por finalidade propor, fiscalizar e deliberar matérias referentes a cada setor da administração, nos termos da Lei Complementar.

Parágrafo único. Os conselhos municipais são compostos por número ímpar de membros, observada a representatividade das entidades comunitárias de moradores, entidades de classe e da administração municipal.

Vê-se, portanto, que os dispositivos legais aplicáveis à espécie, apresentam certa vagueza com relação à questão posta em causa, razão pela qual se faz necessário lançar mão de critérios exegéticos para o esclarecimento completo da matéria e para evitar contradições e/ou antinomias nas demandas envolvendo o Conselho Municipal de Saúde desta Capital.

### 3) Critérios interpretativos

Conforme referido alhures, há uma lacuna aparente no sistema legislativo composto pelas Leis

Complementares n. 277/1992, n. 660/2010 e n. 661/2010, mas, gize-se desde logo, é apenas uma falsa lacuna ou uma lacuna decorrente de uma visão fragmentária daquele sistema normativo.

Para garantir que os preceitos sejam tratados de forma integrada num sistema interno unitário de normas e princípios, faz-se imprescindível a utilização de critérios interpretativos sistemáticos.

A interpretação sistemática, conforme consabido, refere-se à conexão interna que congrega todos os institutos e regras jurídicas em uma unidade, forte na constatação de que é contrário ao Direito decidir com base em alguma parte da lei sem ter examinado o conjunto normativo por inteiro. Ou, nas palavras de Carlos Maximiliano:<sup>210</sup>

[...] consiste o processo sistemático em comparar o dispositivo sujeito a exegese, com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto.(...) cada preceito, portanto, é membro de um grande todo; por isso do exame em conjunto resulta bastante luz para o caso em apreço.

Além do critério sistemático, na hipótese presente, impõe-se a utilização do critério interpretativo de apreciação do resultado. E, novamente, valemo-nos das lições de Carlos Maximiliano que, acerca da apreciação do resultado, assevera:

Deve o direito ser interpretado inteligentemente não de modo que a ordem legal envolva um

---

<sup>210</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 9. ed. 3. Tir. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 128.

absurdo, prescreva inconveniências, vá ter conclusões inconsistentes ou impossíveis. Também se prefere a exegese de que resulte eficiente a providência legal ou válido o ato, à que torne aquela sem efeito, inócua, ou este juridicamente nulo.<sup>211</sup>

Ou seja, dentro de critérios de razoabilidade e com a utilização de parâmetros exegéticos mínimos, não há outra interpretação possível para a consulta formulada pela SMS além daquela que determina a necessidade de homologação das Resoluções do CMS pela autoridade competente. O entendimento contrário, conforme já referido acima, seria supor que as decisões do CMS possuem cogência a despeito do entendimento do gestor local de saúde e do próprio Prefeito, que são, conforme diretrizes da Lei n. 8.080/90, os ordenadores das despesas públicas em comento e, portanto, responsáveis legais por sua destinação.

4) Resolução n. 333, de 04 de novembro de 2003, do Conselho Nacional de Saúde

A conclusão de que as decisões do CMS devem ser submetidas à apreciação ao gestor municipal resta ainda mais evidente após a leitura da Resolução n. 333 do Conselho Nacional de Saúde, de 04 de novembro de 2003, que aprovou as diretrizes para criação, reformulação, estruturação e funcionamento dos Conselhos de Saúde.

Na primeira diretriz daquela Resolução, prelecionou-se:

Primeira Diretriz: Conselho de Saúde é órgão

---

<sup>211</sup> MAXIMILIANO, op. cit., p. 166.

colegiado, deliberativo e permanente do Sistema Único de Saúde - SUS em cada esfera de Governo, integrante da estrutura básica do Ministério da Saúde, da Secretaria de Saúde dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com composição, organização e competência fixadas na Lei n. 8.142/90. O processo bem-sucedido de descentralização tem determinado a ampliação dos conselhos de saúde que ora se estabelecem também em Conselhos Regionais, Conselhos Locais, Conselhos Distritais de Saúde, incluindo os Conselhos Distritais Sanitários Indígenas, sob a coordenação dos Conselhos de Saúde da esfera correspondente. O Conselho de Saúde consubstancia a participação da sociedade organizada na administração da Saúde, como Subsistema da Seguridade Social, propiciando seu controle social.

Parágrafo Único: Atua na formulação e proposição de estratégias e no controle da execução das Políticas de Saúde, inclusive, nos seus aspectos econômicos e financeiros. (Sublinhas nossas)

Da leitura do retro referido excerto, deduz-se que a criação de Conselhos Municipais de Saúde tem como objetivo primordial assegurar o controle e a participação da sociedade organizada nas políticas públicas de saúde, possibilitando a formulação e a proposição de estratégias que complementem ou contribuam para o desenvolvimento de ações que melhor se amoldem às necessidades do Município.

Portanto, a participação do Conselho Municipal na administração da Saúde possui um caráter auxiliar à Administração Pública, que não lhe assegura a implementação de políticas públicas sem a homologação do Gestor Público Municipal, sob pena de

malferir o princípio constitucional da independência dos poderes.

Aliás, o teor do inciso XII da Quarta Diretriz da Resolução n. 333/03, não deixa dúvidas quanto à necessidade de submeter à homologação do Prefeito Municipal as resoluções aprovadas pelo Conselho Municipal de Saúde:

Quarta Diretriz: Os Governos garantirão autonomia para o pleno funcionamento do Conselho de Saúde, dotação orçamentária, secretaria executiva e estrutura administrativa.

...

XII - O Pleno do Conselho deverá manifestar-se por meio de resoluções, recomendações, moções e outros atos deliberativos. As resoluções serão obrigatoriamente homologadas pelo chefe, do poder constituído em cada esfera de governo, em um prazo de 30 (trinta) dias, dando-se lhes publicidade oficial. Decorrido o prazo mencionado e não sendo homologada a resolução, nem enviada pelo gestor ao Conselho justificativa com proposta de alteração ou rejeição a ser apreciada na reunião seguinte, as entidades que integram o Conselho de Saúde podem buscar a validação das resoluções, recorrendo, quando necessário, ao Ministério Público. (Sublinhas nossas)

5) Acordo nos autos da Ação Civil Pública n. 001/1.09.0272836-2

A ação em epígrafe foi manejada, em setembro de 2009, pelo Ministério Público Estadual em desfavor deste Município e teve por objeto central a participação do Conselho Municipal de Saúde no processo decisório das políticas públicas de saúde desta Capital.

O feito encerrou-se em 08 de dezembro de 2009 com a assinatura de um acordo cujos termos dizem respeito direta e imediatamente à presente questão, vez que tal acordo judicial fixou os limites entre a atuação do CMS e este Poder Executivo.

Neste sentido, pois, merecem ser transcritos os itens 6 e 7 da avença:

[...]

6 - Homologada a resolução emanada do Conselho Municipal de Saúde, deverá esta ser publicada em até 30 (trinta) dias a contar da sua homologação pelo Secretário Municipal de Saúde. Caso não o faça fica o Conselho autorizado a providenciar a publicação a expensas do Município. Eventual retardamento no cumprimento da resolução homologada, deverá ser devidamente fundamentada e justificada perante o Conselho Municipal de Saúde.

7- O Município obriga-se a informar ao Conselho Municipal de Saúde, previamente, acerca de todos os projetos que venha a ser desenvolvidos e que envolvam uma possível posterior execução. Convênios e contratos que venham ser firmados em relação a execução da política de saúde deverão ser devidamente encaminhados em até 30 dias após a sua assinatura para o Conselho Municipal de Saúde.

O teor de tal acordo deixa bastante clara uma ideia de participação complementar e auxiliar do Conselho Municipal no desenvolvimento de políticas de saúde.

## 6) Entendimento Jurisprudencial

A questão dos limites de atuação dos Conselhos Municipais já foi objeto de alentadas demandas judiciais, e o TJ/RS já tem se pronunciado sobre o tema no sentido de afirmar a impossibilidade de interferência direta no poder jurídico-político do Prefeito.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 70013391149, que controverteu acerca de questões envolvendo o Conselho Municipal de Estradas do Município de Cachoeira do Sul, foi julgada no seguinte sentido:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 3.563, DO MUNICÍPIO DE CACHOEIRA DO SUL (ART. 6º, CAPUT, E INC. I E II). RESTRIÇÕES AO PODER DELIBERATIVO DA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL USO E DESTINAÇÃO DOS VALORES PROVENIENTES DO FUNDO MUNICIPAL DE MANUTENÇÃO DE ESTRADAS - FUNAMES. FUNÇÕES DELIBERATIVAS, FISCALIZADORA E CONSULTIVA ATRIBUÍDAS AO CONSELHO DE MANUTENÇÃO DAS ESTRADAS MUNICIPAIS. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS INSERTOS NOS ARTIGOS 10, 53, XIX, 70, 71 E 72, OBSERVADOS POR FORÇA DO ART. 8º, TODOS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA SIMETRIA, DA INDEPENDÊNCIA E DA PRERROGATIVA RESERVADA AOS CHEFES DOS PODERES EXECUTIVO E LEGISLATIVO DO MUNICÍPIO. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL OU SUBSTANCIAL, COM REDUÇÃO DE TEXTO. REPRESENTAÇÃO ACOLHIDA. ACÇÃO PROCEDENTE. (Sublinhas nossas)

Neste mesmo julgado, o Desembargador-Relator da ADIn, Des. Luiz Ari Azambuja Ramos, asseverou:

No caso, verifica-se que a lei local, ao restringir o poder deliberativo da administração municipal, impondo uma forma deliberativa, fiscalizadora consultiva anômala, efetivamente padece de vício apontado, porquanto, além de interferir na área de atuação privativa do Administrador e, em consequência, malferir o princípio da independência dos poderes, igualmente viola o princípio da simetria, uma vez que se contrapõe aos parâmetros constitucionais. Com afronta aos comandos estabelecidos nos artigos 10, 53, inciso XIX, 70, 71 e 72, observados por força do art. 8º, todos da Constituição do Estado.

Outro julgado que merece destaque na presente discussão é o referente aos Embargos Infringentes n. 70012000394; nesta ação, que enfrentou direta e imediatamente a correlação das atribuições do Gestor de SMS e do Conselho Municipal de Saúde do Município de Pelotas, o Desembargador-Relator Arno Werlang, asseverou:

Além do mais, como bem acentuou o juízo monocrático, **autorizar e deliberar** não tem o mesmo significado, até porque esta não parece ser a intenção do legislador pátrio. Note-se que a Resolução Federal n. 33/93, referente à constituição e estruturação dos Conselhos Estaduais e Municipais de Saúde, deixa claro que o objetivo fundamental destes Conselhos é o de ampliar os mecanismos de participação da sociedade organizada na administração do Sistema de Saúde, criando uma “instância privilegiada na discussão da política de saúde” (fls. 392), competindo aos Conselhos,

estratégias, traçar diretrizes, propor adoção de critérios, examinar propostas, fiscalizar a movimentação de recursos [...] (fls. 394).

Nesse sentido, é de todo certo que a criação de Conselhos Municipais objetiva concretizarem a ideia de democracia participativa, oportunizando, dessa forma, a participação da sociedade em conjunto com o poder público. Entretanto, conforme ponderou o Eminentíssimo Desembargador Luiz Felipe Silveira Difini, ao Conselho Municipal somente pode ser atribuído, além de seu papel fiscalizador, competência para orientar, aconselhar, traçar diretrizes para o Executivo Municipal, e não para submeter à sua prévia autorização atos do gestor do Fundo, no caso, o Secretário Municipal da Saúde. Atribuir tal efeito às decisões daquele órgão deliberativo, ao meu ver, não se afigura uma aplicação razoável do princípio da separação dos poderes. princípio este estruturante do Estado Constitucional Democrático de Direito. (Sublinhas nossas)

### Conclusão

Face a todo o exposto e estreme de dúvidas que, inobstante a alteração do artigo 3º da Lei Complementar n. 277/92, não resta afastada a necessidade de submeter às proposições do Conselho Municipal de Saúde ao crivo do Sr. Prefeito Municipal e/ou do Sr. Secretário Municipal de Saúde.

Além dessa conclusão, não podemos nos furtar ao registro de que há questões metajurídicas na presente discussão, razão pela qual ela não pode, nem deve, ser reduzida a um esquema de classificação binária que averigua se se o CMS possui ou não poderes deliberativos ou se suas decisões devem ou não ser submetidas ao Prefeito.

A nosso juízo esse reducionismo não agrega valor à discussão nem, tampouco, lhe esclarece, uma vez que há uma ideia mais conglobante nas atividades de um Conselho Municipal, qual seja, a de colaboração na formulação de políticas públicas de Estado; - essa lógica de colaboração só irá existir, de fato, quando houver uma qualificada interlocução entre os órgãos envolvidos.

A diretriz constitucional de participação popular reclama que os órgãos envolvidos - Conselho e Poder Executivo - estabeleçam canais de comunicação harmônicos a fim de que possam chegar a soluções igualmente harmônicas e, neste sentido, não serão necessárias investigações outras acerca de quem ou qual órgão possui mais higidez jurídica em suas deliberações.

Salvo melhor juízo ou douda interpretação em contrário, é o parecer.

Porto Alegre, 14 de março de 2011.

Clarissa Cortes Fernandes Bohrer,  
Procuradora do Município,  
Matrícula n. 35.9339.

**PLANEJAMENTO E GESTÃO URBANA. PLANO DE INCENTIVO ÀS TRANSFERÊNCIAS DE POTENCIAL CONSTRUTIVO PARA OBRAS DA COPA DO MUNDO DE 2014. ÍNDICE VERDE.**

Andrea Teichmann Vizzotto<sup>212</sup>

PARECER N. 1.166/2011

PROCESSO N. 001.051860.10.4

INTERESSADO: Procuradoria-Geral do Município

**EMENTA:** Planejamento e gestão urbana. Plano de Incentivo às transferências de potencial construtivo nos imóveis atingidos pelas obras da Copa de 2014 e o solo criado na forma de índice verde. Exame do projeto de lei complementar. Necessário monitoramento de densificação e infraestrutura existente. Diferenciação entre instrumento urbanístico e instrumento meramente arrecadatório.

De ordem do senhor Procurador-Geral, com base no relato da reunião realizada no dia 29 de novembro passado, cópia anexa, passa-se ao exame do

---

<sup>212</sup> Procuradora Municipal de Porto Alegre. Especialista em Direito Municipal pela Escola Superior de Direito Municipal, em 2001. Especialização em Revitalização de Patrimônio Cultural em Centros Urbanos, pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, UFRGS, em 2005. Mestre em Planejamento Urbano e Regional, pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, UFRGS, em 2008. Aluna do Curso de Doutorado do Programa de Planejamento Urbano Regional da Faculdade de Arquitetura da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

projeto de Lei Complementar que institui o Plano de Incentivo às transferências de potencial construtivo nos imóveis atingidos pelas obras da Copa de 2014 e institui o solo criado na forma de índice verde.

A minuta do projeto de lei encontra-se anexa ao expediente. Referido projeto pretende instituir mecanismos urbanísticos para dar eficiência e efetividade nas intervenções que serão executadas para a realização do Campeonato Mundial de Futebol, no ano de 2014. Também pretende instituir o índice verde como forma de subsídio às transferências de populações necessárias para viabilizar as obras da Copa do mundo, tal como previsto no artigo 6º do projeto examinado.

É o relatório. Passa-se a examinar.

## 1 A Visão Sistemática do Planejamento e Gestão Urbana

De plano se pode afirmar que medidas de intervenção urbanística para receber evento de tamanho porte, considerado e eleito pela Administração Municipal como importante e prioritário para a cidade, demanda medidas de planejamento e gestão prévias. O projeto de lei pretende instituir tais medidas, por meio de mecanismos urbanísticos de incentivo de transferência e criação de potencial construtivo, respectivamente transferência do direito de construir e outorga onerosa do direito de construir.

O projeto, portanto, além de necessário, é imprescindível à viabilização do evento esportivo. Entretanto, há aspectos que devem ser aclarados e ajustados afim de possibilitar que ditos instrumentos funcionem como efetivas ferramentas de planejamento e gestão urbana, em consonância com as diretrizes estratégicas do Estatuto da Cidade - Lei Federal n.

10.257, de 10-7-2001- e Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano e Ambiental de Porto Alegre - Lei Complementar n. 434, de 1-12-1999 e alterações posteriores. Esses ajustes - por meio de sugestões e observações ao presente Projeto de Lei Complementar - devem ser realizados a fim de que se tenha uma visão ampla e sistemática de todo o planejamento e gestão do território da cidade, evitando que o projeto de lei tenha cunho apenas casuístico. Assim que, muito embora o projeto de lei seja de mesma hierarquia legislativa do Plano Diretor, ou seja, lei complementar, é o Plano Diretor - e por isso dessa denominação - que converge toda a estratégia e dinâmica para o planejamento e gestão da cidade, buscando transformar a cidade real na cidade desejada. A transformação da cidade é, portanto, um processo e como tal deve ser tratada e executada. De sorte que não é demais salientar que toda e qualquer análise relativa à legislação de planejamento e gestão do território da cidade está necessariamente vinculada à interpretação sistemática da legislação urbanística.

Como decorrência, sendo o Plano Diretor tal como estabelece o artigo 182, §1º da Constituição Federal, o instrumento básico de política urbana, o projeto de lei deve ser analisado sob a ótica da sua necessidade e viabilização do Campeonato Mundial de Futebol, sem deixar de lado, sob qualquer hipótese, os impactos decorrentes da aplicação da transferência de potencial construtivo e o denominado índice verde no que tange à estrutura, dinâmica, estratégica e filosofia de planejamento e gestão do território adotada pelo Plano Diretor. Isso significa dizer que é preciso buscar uma análise que compatibilize todos os interesses da cidade. Ou seja, analisar a possibilidade legal e jurídica do projeto de modo a viabilizar o Campeonato Mundial

de Futebol na cidade de Porto Alegre, trazendo vantagens de infraestrutura, arrecadação de receitas e os efeitos entendidos como positivos para todos. É nessa ótica que o projeto de lei apresentado será analisado.

## 2 A Transferência do Direito de Construir

De referir que os instrumentos urbanísticos trazidos pela Lei Federal n. 10.257, de 10-7-2001- o Estatuto da Cidade, já são utilizado na cidade de Porto Alegre deste a década de oitenta. A transferência de índice construtivo e o solo criado tal como nominados pela legislação local foram introduzidos pelo Estatuto da Cidade como transferência do direito de construir e outorga onerosa do direito de construir, respectivamente. Por isso a experiência de Porto Alegre é bastante rica nos efeitos decorrentes da implantação dessas ferramentas de planejamento e gestão urbana. Veja-se:

a) Ainda de modo preliminar, a fim de dar mais transparência e publicidade aos atos da administração municipal, sugere-se que os temas sejam tratados de modo distintos. É dizer, mesmo como um Plano de Incentivos, embora possa haver correlação entre os investimentos, as obras da Copa de 2014 são distintas daquelas decorrentes da ampliação do Hospital de Pronto Socorro.

Também é necessário salientar que o Plano de Incentivo está vinculado ao que consta no artigo 51 e seguintes da Lei Complementar n. 434 e alterações posteriores, não se tratando de legislação independente e autônoma ou desconectada da legislação urbanística. Nesse sentido é bom esclarecer que o Plano de

Incentivo, justamente em razão da sua finalidade, alterou a lógica de utilização de potencial construtivo. Enquanto o Plano prevê a transferência de potencial construtivo para toda a Macrozona, nos termos do artigo 52, com a exceção do parágrafo 5º, o projeto de lei complementar possibilita a utilização do potencial construtivo para qualquer parte da Área de Ocupação Intensiva (artigo 3º). Essa modificação é substancial, na medida em que todo o Plano foi pensado e planejado tendo a lógica da transferência para a Macrozona e apenas de modo excepcional, com autorização legislativa (o que se faz pelo presente projeto) para fora da Macrozona. Portanto, embora não haja ilegalidade na previsão do artigo 3º, sua viabilidade está condicionada à existência de infraestrutura local para receber tal transferência. Ou seja, sem adentrar no mérito das normas do Plano Diretor, toda e qualquer transferência está condicionada, como condição de legitimidade e legalidade aos patamares básicos de densificação seja na Unidade de Estruturação Urbana e quarteirão, nos termos do artigo 52 do Plano. Essa ressalva é essencial afim de que o monitoramento da densificação exigido no caso concreto seja efetivamente realizado, mantendo-se o necessário equilíbrio entre infraestrutura existente e adensamento causado pelas transferências.

b) Além disso, sugere-se uma melhor especificação do traçado viário elencado no artigo 1º, considerando ainda que há partes incompletas no texto (letra j, l, do artigo 1º).

c) Ressalva maior ao projeto diz respeito ao bônus previsto no artigo 2º do projeto. A transferência de potencial construtivo como instrumento jurídico urbanístico já é o genuíno incentivo à transação, na medida em que traz eficiência, eficácia e efetividade às ações de planejamento e gestão do território, otimizando

as ações do poder público na transação junto aos proprietários de imóveis atingidos por intervenções urbanas nas hipóteses previstas pelo Plano Diretor. Todavia, a despeito de suas reconhecidas vantagens, não pode ser esquecido que a transferência é modo de indenização em razão da perda da propriedade, equivalendo à desapropriação. Nesse sentido, mesmo que não haja valores em dinheiro envolvidos nesta transação, com o bônus de 20% estaria o Município indenizando os proprietários que aderirem a essa modalidade, com valores além do justo preço. O fato de a transação ser realizada por meio de potencial construtivo não elide do fato de serem observados os princípios incidentes sobre a espécie, razão pela qual o bônus não teria sustentação jurídica para ser oferecido.

Ademais, como se disse, toda a transferência deve ser realizada com a observância do preceito básico de relação entre adensamento e infraestrutura existente que, no caso do bônus, seria incrementado, sem a respectiva correspondência, no tecido urbano de Porto Alegre. Deve ser mencionado que ao redor de 70% das transações para a implantação da Terceira Perimetral foram realizadas por meio da utilização do instrumento da transferência, sem necessidade de estabelecimento de bônus. Mesmo assim, o sucesso das transações da Terceira Perimetral não impediu que a lógica do mercado imobiliário viesse a concentrar os índices de transferência em alguns bairros da cidade de Porto Alegre, podendo-se citar o bairro Menino Deus, Petrópolis e Rio Branco.<sup>213</sup> Notórias as alterações ocorridas nessas áreas da cidade, sem que houvesse o

---

<sup>213</sup> Dados pesquisados para elaboração da dissertação à obtenção do título de mestre em Planejamento Urbano e Regional da Faculdade de Arquitetura da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. O trabalho examinou os efeitos da aplicação do solo criado em Porto Alegre.

necessário monitoramento. Hoje esses bairros, transfigurados, sofrem com a falta de infraestrutura. Note-se que, naquele caso, a própria transferência serviu de estímulo, sem necessidade de bônus que, seguramente, não poderia ser absorvido pela estrutura da cidade porque não previsto no Plano Diretor. Como foi dito, as experiências da cidade de Porto Alegre devem servir de alerta a fim de que o Plano de Incentivo ora examinado, salutar e necessário, não seja transformado em agente prejudicial à cidade.

Essas as observações quanto às transferências de potencial construtivo, nos termos do projeto apresentado.

### 3 O Índice Verde

Do mesmo modo que as transferências de potencial construtivo, o solo criado<sup>214</sup> somente será efetivo e eficaz se estiver em consonância direta com a manutenção da infraestrutura da cidade. Caso contrário deixa de ser instrumento jurídico urbanístico e passa a ser instrumento meramente arrecadador em prejuízo direto e irreversível às condições de estrutura e sustentabilidade da cidade. Também quanto a esse item, algumas observações são necessárias no sentido de viabilizar o projeto.

De plano convém referir que a denominação verde não corresponde a qualquer das finalidades para o qual foi criado. A denominação verde induz à questão ambiental o que, no caso concreto, não se faz presente.

Além disso, necessário historiar a origem desse

---

<sup>214</sup> Diferenciam-se as transferências de potencial construtivo do instrumento do solo criado. Embora muito semelhantes, não se confundem e, em termos de denominação, reserva-se a expressão solo criado apenas às outorgas onerosas do direito de construir.

instrumento para demonstrar que seu cunho é eminentemente urbanístico e não arrecadador para subsidiar verba à execução de políticas públicas. Nesse sentido deve ser dito que em dezembro de 1976 foi editada a “Carta do Embu” que, inspirada na legislação francesa, introduziu o “solo criado” no Brasil. Foi adotada a tese de estar o direito de construir inserido no de propriedade, no limite do coeficiente único de aproveitamento.<sup>215</sup> A partir daí, o solo excedente deveria ser adquirido do Poder Público, como titular do direito de edificar. Além disso, nos termos das bases teóricas do instrumento, a exploração e a valorização da propriedade dependeria da infraestrutura pública oriunda dos recursos advindos de toda a coletividade, sem a qual a atividade aplicada à propriedade individual não poderia se perfectibilizar. A rentabilidade do solo urbano não decorreria de ação exclusiva do proprietário, mas de um conjunto de ações do setor público e privado e, por isso, adquirido.

Nessa lógica, deve ser considerado também que, se por um lado os investimentos públicos e privados incrementam o uso individual da propriedade, também é verdade que há um valor econômico inerente à propriedade em si. Assim, partia-se da premissa de haver um padrão correspondente a esse valor econômico, impedindo que alguns proprietários se privilegiassem em detrimento de outros. (GRAU, 1976, p. 25) A tradução desse padrão, em termos urbanísticos, seria o coeficiente de aproveitamento, logicamente único. Nada mais justo, então, que o proprietário

---

<sup>215</sup> Diferentemente da ideia inicial de coeficiente único para todo o território urbano, o artigo 28 da Lei Federal n. 10.257, de 20-7-01, Estatuto da Cidade, prevê a possibilidade de índices diferenciados para as diversas áreas da cidade. A experiência de Porto Alegre na utilização do solo criado com índices diferenciados ilustra os efeitos da aplicação dessa política destoante das ideias teóricas do instrumento jurídico-urbanístico.

interessado em criar solo acima do permitido compensasse o Poder Público pelo acréscimo de demanda de infraestrutura e serviços urbanos.

Necessário, assim, que o Poder Público assegurasse a proporção entre solos públicos e privados, com uma equação equilibrada entre atividades privadas e as áreas de circulação e de equipamentos públicos e comunitários. Portanto, a outorga onerosa de criação de solo é pautada pela equidade no exercício do direito de propriedade, garantido o coeficiente único de aproveitamento a todos os proprietários de terrenos. Além disso, parte-se do princípio de que, havendo construção acima desse limite, necessário compensar, mediante contrapartida, a outorga deferida.

Os recursos arrecadados com a outorga do direito de criar solo devem estar diretamente vinculados à execução de obras e serviços que redundem em melhoria das condições de vida urbana, na questão da infraestrutura e na da habitação popular. Essa necessária vinculação dos recursos justifica-se como medida de compensação pelo adensamento do solo e da infraestrutura da cidade.

Com essas premissas o que se verifica é que o solo criado para ser considerado como ferramenta possui pressupostos teóricos e práticos. A sua utilização fora dessas premissas transmuda-se em mero instrumento de arrecadação de receita, sem sentido, e em prejuízo da cidade. Isso porque arrecadados os valores, adensado o espaço urbano, não há a compensação da infraestrutura. Por isso os valores arrecadados constituem receita necessariamente vinculada à compensação decorrente do adensamento ou, se não ocorrido, à execução de medidas de política urbana. O Estatuto da Cidade dá as diretrizes, estabelecendo hipóteses exaustivas de utilizado dos

valores do solo criado. Há inclusive a previsão de improbidade urbanística para o caso de utilização de solo criado para outras situações que não as previstas no artigo 26. Embora o artigo trate do direito de preempção, há remissão expressa à outorga onerosa:

Art. 26. O direito de preempção será exercido sempre que o Poder Público necessitar de áreas para:

I – regularização fundiária;

II – execução de programas e projetos habitacionais de interesse social;

III – constituição de reserva fundiária;

IV – ordenamento e direcionamento da expansão urbana;

V – implantação de equipamentos urbanos e comunitários;

VI – criação de espaços públicos de lazer e áreas verdes;

VII – criação de unidades de conservação ou proteção de outras áreas de interesse ambiental;

VIII – proteção de áreas de interesse histórico, cultural ou paisagístico;

(...)

A interpretação deve ser restritiva, tendo em conta o que já foi acima referido: a questão urbanística enquanto equilíbrio entre a infraestrutura existente e o adensamento da área que receberá o solo criado. O financiamento de remoção de famílias atingidas pelo traçado viário, quando for o caso, deverá ser custeado com outra fonte de receita. Caso contrário, embora possua relação direta quanto à implementação urbanística, o instrumento urbanístico perderá sua finalidade e o tecido urbano sofrerá perdas irreparáveis com a não observância dessa equação. Por isso a previsão expressa do artigo 31 do Estatuto da Cidade:

Art. 31. Os recursos auferidos com a adoção da outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso serão aplicados com as finalidades previstas nos incisos I a IX do art. 26 desta Lei.

Sobre o que se denomina improbidade urbanística, o artigo 52 é expresso e taxativo:

Art. 52. Sem prejuízo da punição de outros agentes públicos envolvidos e da aplicação de outras sanções cabíveis, o Prefeito incorre em improbidade administrativa, nos termos da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, quando:

I – (VETADO)

II – deixar de proceder, no prazo de cinco anos, o adequado aproveitamento do imóvel incorporado ao patrimônio público, conforme o disposto no § 4º do art. 8º desta Lei;

III – utilizar áreas obtidas por meio do direito de preempção em desacordo com o disposto no art. 26 desta Lei;

IV – aplicar os recursos auferidos com a outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso em desacordo com o previsto no art. 31 desta Lei;

V – aplicar os recursos auferidos com operações consorciadas em desacordo com o previsto no § 1º do art. 33 desta Lei;

VI – impedir ou deixar de garantir os requisitos contidos nos incisos I a III do § 4º do art. 40 desta Lei;

VII – deixar de tomar as providências necessárias para garantir a observância do disposto no § 3º do art. 40 e no art. 50 desta Lei;

VIII – adquirir imóvel objeto de direito de preempção, nos termos dos arts. 25 a 27 desta Lei, pelo valor da proposta apresentada, se este for, comprovadamente, superior ao de mercado.

(grifou-se)

Afora essa observação essencial à natureza do que se pretende, é possível a criação de índice na forma prevista no projeto, desde que necessariamente tenha sua utilização vinculada às hipóteses de execução de política urbana, o que não é o caso de utilização de valores para relocação de famílias ou utilização para subsidiar aparelhamento de secretaria, como prevê a Lei complementar n. 644, de 2-7-2010, aqui referida apenas em razão de menção expressa no projeto, conforme parágrafo único do artigo 5º. Essa ressalva é de suma importância na medida em que o histórico de aplicação do solo criado e o desvio das hipóteses de sua utilização, desde sua criação, acarretaram problemas insolúveis e irreversíveis em termos de adensamento e falta de infraestrutura, transmudando a sua razão de existir.

Além disso, o projeto carece também de previsão de metragem de índices postos à disposição do mercado, medida necessária, haja vista os motivos técnicos acima arrolados, para sua instituição.

#### 4 Considerações Finais

Se o evento esportivo foi considerado importante e prioritário para a cidade, salutar e necessário o projeto de lei em exame. O Plano de Incentivos poderá ser implantado, com as ressalvas e observações acima arroladas. Todavia, não se pode abrir mão dos limites e controles previstos no Plano Diretor. Caso contrário, o pretendido incentivo será volátil na medida em que não planejado, podendo transformar a cidade de modo não sustentável e irreversível pela falta de relação entre adensamento e infraestrutura existente.

Desse modo, em análise não exaustiva, sugere-se que toda a análise seja realizada com base na visão sistemática do planejamento da cidade, especialmente com as diretrizes do Estatuto da Cidade e estratégias e instrumentos do Plano Diretor e especialmente que:

a) sejam tratadas de modo distinto as intervenções necessárias à Copado Mundo de 2014 e a ampliação do Hospital de Pronto Socorro, retirando-se, para isso, o inciso II do artigo 1º da minuta do projeto;

b) Seja verificado se houve a análise técnica quanto à sustentabilidade de as transferências de potencial construtivo ser realizada para toda a Área de Ocupação Intensiva e não apenas para a Macrozona, como previsto pelo Plano Diretor;

c) Seja realizada uma melhor especificação do traçado viário previsto no artigo 1º, I do projeto de lei;

d) Seja retirada a previsão de bônus de 20%, eis que o incentivo é a própria transferência que substitui a indenização decorrente da desapropriação. Afora isso, instituir o bônus seria desconfigurar o justo preço da indenização, com o pagamento a maior em razão da intervenção na propriedade privada;

e) Seja alterada nomenclatura do índice verde, já que sua denominação possui relação direta com qualquer questão ambiental;

f) O índice verde pode ser previsto desde que relacionado às hipóteses do artigo 26 do Estatuto da Cidade que dá as diretrizes gerais de política urbana. A utilização desses valores para remoção de famílias atingidas, embora dever do poder público, não está diretamente relacionado à relação infraestrutura e adensamento da área;

g) Haja a necessária a previsão de metragem posta à disposição, que deverá possuir consonância

com a infraestrutura existente, a fim de manter sua natureza urbanística e não meramente arrecadatória.

É o parecer, s.m.j.

PUMARF/PGM, 20-12-2010.

Andrea Teichmann Vizzotto  
Procuradora do Município de Porto Alegre  
Matrícula n. 10464.7 - OAB/RS 21.335

**PARECLAMENTO DO SOLO.  
DESMEMBRAMENTO DE GLEBA. REGISTRO DE  
ÁREA PÚBLICA.**

Ana Luísa Soares de Carvalho<sup>216</sup>

PARECER N. 1.167/2011  
PROCESSO N. 002.256731.00.8  
INTERESSADO: Secretaria Municipal de Planejamento

**EMENTA:** Imóvel originado de desmembramento com bloqueio de licenciamento para edificação como condicionante de transmissão por escritura de doação da área pública. A aprovação do desmembramento é ato administrativo que, por determinação legal, deve ser submetido à registro. Lei do parcelamento do solo. Registro incorreto da área pública resultante do desmembramento. Impenhorabilidade da área pública. Necessidade de retificação do registro com o cancelamento da arrematação judicial. Bloqueio da área limdeira à área de praça sem amparo legal. Cancelamento do bloqueio com amparo na Súmula 473 do STF.

O presente expediente foi encaminhado a esta Procuradoria especializada para analisar pedido de DM do imóvel localizado na Avenida Vicente Monteggia n.

---

<sup>216</sup> Procuradora Municipal de Porto Alegre. Especialista em Direito Municipal pela Faculdades Integradas do Instituto Ritter dos Reis, em 2000. Mestrado em Planejamento Urbano e Regional, pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, UFRGS, em 2007.

824, registrado sob a matrícula n. 68.091 do Cartório de Registro de Imóveis da 3ª Zona da Capital, tendo como proprietário atual o Sr. Egídio Pellizato. O referido imóvel tem origem em desmembramento aprovado pelo Município, através do expediente n. 002.201294.00.4, de imóvel de propriedade de EDITORA SAGRA LUZZATTO S/A, conforme passo a relatar:

Em 14 de dezembro de 1979, foi requerida a DM das condições urbanísticas de ocupação do solo referente à área localizada na Avenida Vicente Monteggia, n. 838 a 926, para fins de parcelamento do solo. O imóvel estava registrado sob a matrícula n. 15.360, Livro 2, do Cartório de Registro de Imóveis da 3ª Zona, de propriedade da Sociedade Educacional Leonardo Da Vinci Ltda. Foi formado processo administrativo que, renumerado para efeitos de gerenciamento de processo, tomou o n. 02.201294.00.4.

O parcelamento desta área foi aprovado como fracionamento, através do Ato de Aprovação n. 081/86, resultando o imóvel de n. 838 da Avenida Vicente Monteggia, com 24.384,557m<sup>2</sup>, e o imóvel lotado sob o n. 926 da mesma avenida, com 5.947,644m<sup>2</sup>. O fracionamento foi registrado no Cartório de Registro de Imóveis da 3ª Zona de Porto Alegre, que emitiu, respectivamente, as matrículas n. 60.003 e 60.004, ambas do Livro 2, Registro Geral.

Entretanto, o proprietário ingressou, em 1988, com novo requerimento de estudo de viabilidade de desmembramento para viabilizar edificação de condomínios de habitação coletiva sob os imóveis antes fracionados – localizados na Avenida Vicente Monteggia, n. 838 e 926. O estudo de viabilidade urbanística foi aprovado pela Comissão de Parcelamento do Solo, em reunião de 19/08/1988, contemplando, além dos

dois lotes, área de destinação pública, com 4.962,464m<sup>2</sup>, que deveria ser descrita no projeto de desmembramento, além da diretriz de proteção do talvegue.

Após retificações de medidas, o projeto de desmembramento foi aprovado em 24/01/1989, conforme planta anexada nos autos, após um tumultuado processo de expedição de documentos em que foram entregues ao RT do proprietário sem a manutenção da cópia no expediente administrativo, e que foram extraviados, conforme declaração constante no processo n. 02.201294.00.4. No projeto aprovado, é destacada a área de destinação pública com 6.066,413m<sup>2</sup>, correspondente a 20% da área total dos imóveis que integraram o projeto de desmembramento.

O registro do projeto de desmembramento aprovado resultou na emissão de matrícula de remembramento dos imóveis localizados na Avenida Vicente Monteggia, n. 838 e 926, registradas sob as matrículas 60.003 e 60.004, respectivamente. O remembramento destas áreas está registrado na matrícula 68.088 do mesmo Cartório de Registro de Imóveis da 3ª Zona. E, ato contínuo, na emissão das três matrículas resultante do projeto de desmembramento provado, correspondente às áreas de cada um dos lotes:

1. Matrícula n. 68.090 – Terreno sob o n. 894 da Avenida Vicente Monteggia, com área superficial de 6.066,413m<sup>2</sup>, que corresponde, no projeto, a área de destinação pública;
2. Matrícula n. 68.091 – Terreno sob o n. 824 da Avenida Vicente Monteggia, com área superficial de 19.110,903m<sup>2</sup>, e
3. Matrícula n. 68.089 – Terreno sob o n. 932 da Avenida Vicente Monteggia, com

área superficial de 5.154,68m<sup>2</sup>.

A matrícula da área de destinação pública – matrícula n. 68.090 – tem a seguinte descrição do imóvel: “IMÓVEL: O TERRENO sob o n. 894 da Avenida Vicente Monteggia, com área superficial de 6.066,413m<sup>2</sup>, distanciado por sua divisa sul, 273,70m da esquina da Estrada Aracaju, área pública destinada a uma praça, medindo 40,00m de frente a oeste, à dita Avenida Vicente Monteggia, entestando nos fundos, ao leste, na largura de 77,48m, com propriedade que é ou foi de Armando Trinca, por 95,73m de extensão da frente ao fundo, por um lado, ao sul, onde se divide com o terreno n. 932 da mesma Avenida Vicente Monteggia, de propriedade de Sagra S/A – Editora e Distribuidora e, 122,00m também de extensão da frente ao fundo, pelo outro lado, ao norte, onde se divide com o terreno 824 da Avenida Vicente Monteggia, de propriedade da mesma Sagra S/A – Editora e Distribuidora.”

Ainda que qualificada como bem público, o registro da matrícula apontou como proprietário SAGRA S/A EDITORA E DISTRIBUIDORA. (Relato do processo administrativo n. 2.201294.00.4)

A origem do problema posto em análise neste expediente n. 002.256.731.00.8, que corresponde ao Expediente Único do imóvel lotado na Avenida Monteggia n. 824, matriculado sob o n. 68.091 do RI da 3ª Zona, está, s.m.j., no equívoco do registro da matrícula n. 68.090 que, sendo de destinação pública para uso comum do povo – “praça” – consignou como de propriedade da proprietária anterior – SAGRA S/A, quando, por força da aprovação do desmembramento, **o imóvel destinado à praça já era público.**

O presente expediente foi iniciado por requerimento de emissão de DM, em dezembro de

1989, teve inúmeras tramitações. Pertinente à situação em exame, em 28/10/1995, a solicitação de “*viabilidade de um novo fracionamento no terreno planta situação anexo sem doação de área ao Município uma vez que recentemente foi feito parcelamento com área doada*”. Em vista disso, foi constatado que a matrícula n. 68.090, referente à área de destinação pública decorrente do parcelamento aprovado em 24/01/1989, não foi emitida em nome do Município, em 07/11/1995. A partir daí, o presente expediente teve uma tramitação equivocada pelo Setor de Planejamento Urbano da Secretaria de Planejamento Municipal, que passou a instar o anterior proprietário a outorgar escritura pública de doação da área da matrícula 68.090, para levar o título translativo da propriedade à registro em nome do atual proprietário da área pública, o Município de Porto Alegre.

Em 01/12/1995, foi anotada no processo informação de abertura de expediente n. 77148.95.9<sup>217</sup> para efetivação da escritura de doação da área pública.

Além disso, houve apontamento na DM do imóvel de matrícula 68091 para que a aprovação do projeto arquitetônico e o licenciamento da edificação ficassem condicionados a apresentação da área de destinação pública em nome do Município, em promoção de 29/04/2003 da UDRI-SPM, no expediente em análise. O imóvel deste expediente, matrícula n. 68.091, foi alienado em 2002 e o atual proprietário solicitou a exclusão da condicionante da DM, conforme relatório no Parecer da ASSEJUR/SPM.

Na análise da situação posta em causa, a ASSEJUR/SPM opina pela expedição da DM com a

---

<sup>217</sup> O expediente n. 002.077148.95.9 tramitou sem quaisquer informações sobre o desmembramento da área de origem e não teve qualquer resultado, pois esbarrou na inércia da antiga proprietária da área, convocada para apresentação das certidões para a lavratura da pretendida doação da área.

condicionante, tal como sugerido pela UDRI-SPM, motivado pelo *descumprimento da obrigação assumida*. Ao final, requer a análise da PGM, motivo pelo qual os expedientes foram encaminhados a esta Procuradoria especializada.

O proprietário do imóvel sob a matrícula 68.091, da Avenida Vicente Monteggia n. 824, trouxe aos autos deste expediente a certidão atualizada da matrícula 69.090, da área de praça, em que consta o registro de três PENHORAS para garantia das dívidas da EDITORA SAGRA LUZZATTO, e, em 08/12/2010, o registro da CARTA DE ARREMATACÃO do imóvel por ALPHANORTE PUBLICIDADE COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO LTDA., FITARELLI & FERREIRA LTDA. E SILVA & RUIZ LTDA.

É o relatório.

A matéria é complexa e não pode ser dirimida sem o amparo legal que deve subsidiar o ato administrativo, em todas as suas instâncias. E, é nessa perspectiva que se deve examinar todas as questões postas, quais sejam:

- A situação registral do imóvel público de matrícula 68.090;
- Os efeitos do processo de desmembramento e o seu registro;
- O cancelamento das penhoras e arrematação de imóvel público, matrícula 69.090;
- O apontamento de bloqueio de licenciamento para edificação na DM do imóvel de matrícula 68091.

## **1 A Situação Registral**

O registro é conceituado pela doutrina como “o instituto criado com o fim de tornar público os atos

jurídicos, o estado e a capacidade das pessoas, estabelecendo a autenticidade, a segurança e a validade das obrigações e de certas relações de direito passíveis de tutela legal e sujeita à transferência, modificação ou extinção”.<sup>218</sup> E pelos seus atributos de publicidade, fé pública, especialidade que a inscrição registral requer o adequado entrosamento de disposições de Direito Material, concernentes aos pressupostos e efeitos do ingresso dos direitos imobiliários no registro, e disposições de Direito Formal, relativas aos característicos da tábua ou livro de lançamento desses direitos, aos trâmites do processo de lançamento, às atribuições das autoridades incumbidas do processo, à capacidade para promoção do processo, e assim por diante.<sup>219</sup>

Ou seja, o registro tem a função de tornar público o título a que ele se refere e, presumivelmente, autêntico, não quanto à sua essência, mas seguro e eficaz quanto à forma e à exterioridade do título.

Ao tratar dos modos de aquisição da propriedade imobiliária, usucapião, acessão, herança, modos tipicamente romanos, e a aquisição pela transcrição no registro imobiliário, Pontes de Miranda advertia que o papel da publicidade no direito predial é o mesmo que ela exerce-nos outros ramos do direito: a reunião dos pressupostos necessários à formação das relações jurídicas satisfaz o pressuposto de que o registro corresponda à verdade do mundo jurídico.<sup>220</sup> Acrescenta que o registro nada tem com a posse e a tradição dos bens imóveis. Serve como um dos expedientes, ao

---

<sup>218</sup> NEVES, 1987 *apud* SILVA, Américo Luís Martins da. *Registro Público Da Atividade Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.1.

<sup>219</sup> CARVALHO, Afrânio de. *Registro de Imóveis*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 19-20.

<sup>220</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado. Parte Especial*. Tomo IX, 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 212.

princípio da publicidade, que é relevante em direito das coisas. O que se quer é que ele traduza, nos papéis ou livros do cartório, a verdade sobre as relações jurídicas, lá fora.<sup>221</sup>

Se não a traduz, é inexato: o oficial registrou o que não devia registrar, ou não podia; ou deixou de registrar o que devia. Inexato o registro, portanto, ou por excesso, ou por diferença, ou por omissão. Se o registro contém o que era irregistrável por sua natureza, então não é só inexato ou incompleto: **é ineficaz todo registro do irregistrável por sua natureza.**<sup>222</sup>

Os bens públicos foram classificados por Pontes de Miranda como bens irregistráveis<sup>223</sup>, por conceito; embora pudessem ser registrados, não tinham tal obrigação perante a Lei n. 6.015. Assim é que pela especialidade do regime jurídico estatuído aos bens públicos, são eles imprescritíveis, impenhoráveis e inalienáveis, ainda que tal condição não tenha caráter absoluto e apresente graduação relativa a sua categoria: I – bens de uso comum do povo (mares, rios, estradas, ruas e praças); II – bens de uso especial, tais como os edifícios ou terrenos aplicados a serviço ou estabelecimento federal, estadual ou municipal; III – bens dominiais, isto é, os que constituem o patrimônio disponível, como objeto de direito pessoal ou real. Os bens dominiais poderão ser alienados, observadas as exigências legais (CC art. 101). Os bens de uso comum e de uso especial só poderão ser alienados se perderem tal condição.

Pois esta é a contextualização jurídica da

---

<sup>221</sup> MIRANDA, op. cit., p. 207.

<sup>222</sup> Idem, p. 206.

<sup>223</sup> Idem, p. 219.

situação em análise que, tratando-se de bem de uso comum do povo, uma praça, foi o imóvel matriculado sob o n. 68.090 do RI da 3ª Zona penhorado e transmitido à terceiro através do registro de carta de arrematação.

Constata-se que o registro da área de destinação pública – matrícula 68090 - foi erroneamente lançado. Primeiro, porque a nota que se trata de área pública destinada a uma praça na descrição de identificação do imóvel, mas consigna como proprietária a antiga proprietária da gleba desmembrada: SAGRA S/A EDITORA E DISTRIBUIDORA. Ora, o ato de parcelamento do solo, aprovado pelo Município, demandava a anotação do imóvel como área de destinação pública ou área destinada à praça, como constou, ou área pública, tão somente. Mas não poderia, em hipótese alguma, consignar como proprietário da área destinada à praça a anterior proprietária do imóvel objeto do parcelamento e que, por força deste ato administrativo e dos dispositivos da Lei n. 6.766/79 e Plano Diretor, deixou de sê-lo.

## **2 O Processo de Desmembramento**

Conforme definido por lei, o desmembramento é uma forma de parcelamento do solo urbano em que a divisão da área em lotes não necessita da abertura de vias – ou logradouros - utilizando-se do sistema viário existente no local.

O artigo 30 da Constituição Federal<sup>224</sup> garante ao Município a competência para regulamentar os critérios

---

<sup>224</sup> CF - Art. 30 - Compete aos Municípios:

VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano; (...)

de parcelamento do solo como responsável pelo ordenamento e planejamento urbano. O parcelamento do solo é um dos instrumentos de gestão urbana mais usual no estabelecimento do ordenamento territorial de uma cidade a partir da aplicação do planejamento de uso e ocupação, na definição dos lotes, infraestrutura urbana e equipamentos comunitários.

O ordenamento territorial de que trata o citado artigo 30 da Constituição Federal está ligado ao planejamento e controle da transformação do espaço urbano, contexto em que o Plano Diretor aparece como principal instrumento de política urbana. É o instrumento básico de planejamento do desenvolvimento e da expansão urbana.

Quando da aprovação do desmembramento que originou o imóvel sob matrícula 68090, destinado à área de praça, o artigo 4º da Lei n. 6.766/79 determinava, em seu parágrafo 1º, que o percentual de área pública destinadas à implantação de equipamento público urbano e comunitário não poderia ser inferior a 35% da gleba objeto de desmembramento. Daí resultou a área destinada a praça sob a matrícula 68090.

O artigo 17 da mesma lei prevê que não poderá ser dada destinação diferente da área definida no projeto aprovado como de destinação pública, estabelecendo a afetação da área pública, como no caso do terreno da matrícula n. 68.090. E o artigo 18 impõe a obrigação de registro do projeto de loteamento ou desmembramento aprovado, tal como se transcreve abaixo.

Art. 18 - Aprovado o projeto de loteamento ou de desmembramento, loteador deverá submetê-lo ao Registro Imobiliário dentro de 180(cento e oitenta) dias, sob pena de caducidade da aprovação, acompanhado dos seguintes

## documentos

Relaciona a lei os documentos necessários para a redefinição territorial da gleba objeto do parcelamento devidamente aprovado pelos órgãos públicos municipais.

O principal efeito do registro do parcelamento, quer seja no modelo de loteamento, quer no de desmembramento, é o atributo do estado registrário da propriedade parcelada, das condições do parcelamento aprovado nas instâncias de planejamento e gestão urbana da cidade. A partir do desmembramento aprovado, passa a existir uma redefinição e individualização de cada lote, espaço viário, de estruturação urbana, sendo que as áreas públicas, passam a integrar o domínio do Município, nos termos do disposto no artigo 22 da Lei n. 6.766/79.

A aprovação de loteamento é ato da alçada privativa da Prefeitura, atendidas as prescrições da União, os preceitos sanitários do Estado e as imposições urbanísticas do Município, ouvidas previamente, quando for o caso, as autoridades militares e as florestais com jurisdição na área e o INCRA, se a gleba estiver na zona rural. Após a aprovação pela Prefeitura o loteamento deverá ser registrado no Registro Imobiliário competente, sendo passível de impugnação por terceiros (Lei n. 6.766/79, arts. 19 e ss.) e de levantamento de dúvida pelo oficial do Registro (Lei n. 6.015/73, arts. 198-204). O registro do loteamento produz, dentre outros, os seguintes efeitos imediatos: legitima a divisão e as vendas de lotes; torna imodificáveis unilateralmente o plano de loteamento e o arruamento; transfere para o domínio público do Município as vias de comunicação e as áreas reservadas constantes

do memorial e da planta, independentemente de qualquer outro ato alienativo (art. 22 da Lei n. 6.766/79). As alterações e o cancelamento do loteamento registrado só poderão ser feitos na forma e condições estabelecidas na Lei n. 6.766/79, arts. 23 e 28.<sup>225</sup>

Assim, aprovado o desmembramento da gleba da matrícula n. 68.088 do RI da 3ª Zona, resultou na sua divisão territorial representada pelas matrículas n. 69.089 e 69.091, correspondentes aos imóveis localizados na Avenida Vicente Monteggia, n. 932 e 824, respectivamente, bem como na área de praça representada pela matrícula 68.090, que, por equívoco registral, foi lançada como propriedade de SAGRA S/A EDITORA EDISTRIBUIDORA.

Como bem público por determinação legal, o imóvel sob a matrícula 68.090 é impenhorável, atributo que decorre de preceito constitucional (artigo 100 da CF) que dispõe sobre a forma estabelecida para execução das sentenças judiciais contra a Fazenda Pública, sem permitir a penhora de seus bens.

Esta situação já foi objeto de análise pela Procuradoria do Município, em informação de autoria do Dr. André Chaves, no processo administrativo n. 001.012504.95.5, formado por requerimento do contribuinte para revisão do IPTU, no qual reconhece a condição de área pública do imóvel de matrícula 68.090. Bem analisando o encaminhamento para a lavratura de escritura pública de doação da referida área, solicitada pela Coordenação da SPM, o procurador consignou, a fl. 35, que não havia necessidade de que fosse *lavrada a competente escritura de doação da área desmembrada*,

---

<sup>225</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 13. Ed. atualizada por Célia Marisa Prendes e Márcio Schneider Reis. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 540.

*uma vez que a área (matrícula 68.090) já é pública faz anos, não sendo possível, juridicamente, o Município doar a si o que já é seu.*

Entretanto, ainda que acatada a posição do procurador, o procedimento que se seguiu naquele expediente foi para lavratura da escritura, ao invés da retificação do registro. A escritura não pôde ser lavrada por ausência dos documentos e certidões necessárias diante do processo de insolvência da SAGRA S/A.

### **3 Da Penhora e Arrematação de Área Pública**

Bens públicos são impenhoráveis.

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CRÉDITO CONSTITUÍDO CONTRA FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL. AÇÃO ANULATÓRIA. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. RITO DO ART. 730 DO CPC. CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITO DE NEGATIVA. EXPEDIÇÃO. ADMISSIBILIDADE. MATÉRIA EXAMINADA SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO STJ N. 08/2008.

1. A execução dirigida contra a Fazenda Pública se sujeita ao rito previsto no artigo 730 do CPC, o qual não compreende a penhora de bens, considerando o princípio da impenhorabilidade dos bens públicos.

2. A Fazenda Pública pode propor ação anulatória sem o prévio depósito do valor do débito discutido e, no caso de ser executado, interpor embargos sem a necessidade de garantia do juízo. Ajuizados os embargos ou a anulatória, está o crédito tributário com a sua exigibilidade suspensa.

3. Suspensa a exigibilidade do crédito tributário, assiste ao Município o direito de obter a certidão positiva com efeito de negativa de que trata o

artigo 206 do CTN.

4. A Fazenda Pública, quer em ação anulatória, quer em execução embargada, faz jus à expedição da certidão positiva de débito com efeitos negativos, independentemente de penhora, posto inexpropriáveis os seus bens. (REsp 1.123.306/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe de 01.02.2010, submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJn. 08/2008).

5. Recurso especial não provido.

(Resp 1180697 / MG RECURSO ESPECIAL 2010/0022086-0. Relator: Ministro CASTRO MEIRA. Segunda Turma. Julgado em 17/08/2010. DJe 26/08/2010).

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DECOBRANÇA. CONTRATO ADMINISTRATIVO. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. ISENÇÃO DE CUSTAS PROCESSUAIS. RECURSO PROVIDO.

1. O Decreto-Lei 509/69 dispõe sobre a transformação dos Correios e Telégrafos em empresa pública, estabelecendo, em seu art. 12, que "a ECT gozará de isenção de direitos de importação de materiais e equipamentos destinados aos seus serviços, dos privilégios concedidos à Fazenda Pública, quer em relação a imunidade tributária, direta ou indireta, impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços, quer no concernente a foro, prazos e custas processuais.

2. Analisando a referida norma, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 220.906/DF (Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 14.11.2002), consagrou entendimento no sentido de que a Constituição Federal de 1988 recepcionou o disposto no art. 12 do Decreto-Lei

509/69, o qual estendeu à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT – os privilégios conferidos à Fazenda Pública, entre eles os concernentes a foro, prazos e custas processuais.

3. A Lei 9.289/96, em seu art. 4º, I, dispõe que "são isentos de pagamento de custas: a União, os Estados, os Municípios, os Territórios Federais, o Distrito Federal e as respectivas autarquias e fundações". Nota-se, pois, que a lei não estendeu às empresas públicas a prerrogativa de isenção de custas processuais. No entanto, trata-se de norma geral a respeito da isenção de custas processuais no âmbito da Justiça Federal. Por sua vez, o Decreto-Lei 509/69 é norma especial, aplicável especificamente à ECT, estendendo-lhe os mesmos privilégios da Fazenda Pública, relativos à imunidade tributária, à impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços, bem como a foro, prazos e custas processuais. E não há ainda, no ordenamento jurídico pátrio, nenhuma norma especial que discipline em contrário a matéria. Destarte, considerando que norma especial não pode ser revogada por norma geral, prevalece incólume o disposto no art. 12 do Decreto-Lei 509/69, isentando a ECT do recolhimento de custas processuais.

4. Outrossim, como bem delineou o Ministério Público Federal, "o entendimento do Supremo Tribunal Federal, sobre a isenção da ECT no pagamento de custas processuais, é posterior à publicação da Lei 9.289/1996, o que afasta, segundo o posicionamento da Suprema Corte, a alegação de que o Decreto-Lei 509/1969 teria sido revogado pela Lei 9.289/1996 (fl. 147)."

5. Recurso especial provido.

(REsp 1087745 / SP RECURSO ESPECIAL 2008/0198454-7. Relator: Ministra DENISE

ARRUDA. Primeira Turma. Julgado em 05/11/2009. DJe 01/12/2009).

Diante de todo o exposto, deverá ser procedida a competente ação para retificação do registro da área de matrícula n. 68.090 do Cartório de Registro de Imóveis da 3ª Zona, conforme já proposto por esta PGM, bem como o cancelamento das penhoras e da carta de arrematação que transferiu o imóvel para ALPHANORTE PUBLICIDADE COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO LTDA., FITARELLI & FERREIRA LTDA. e SILVA & RUIZ LTDA.

Alerta-se para o fato de que a Carta de Arrematação já teve seu registro efetuado na matrícula do imóvel, em 08/12/2010, lembrando a doutrina de Pontes de Miranda: “a carta de arrematação é sentença e sentença que não transfere a propriedade e a posse; tem de haver registro para que se, para que se transfira a propriedade dos bens imóveis. (...) Não se pode dizer, portanto, que a eficácia da arrematação só depende do direito processual civil”.<sup>226</sup>

Em anexo, cópia da ação judicial em que foi procedida penhora e a expedição da Carta de Arrematação do imóvel público levada a registro em 08/12/2010.

#### **4 Da Condicionante da DM para o Imóvel de Matrícula 68.091**

Não há legislação que ampare a condicionante inscrita na DM do imóvel de matrícula 68.091, impedindo o licenciamento de edificação até a doação da área pública resultante do desmembramento. Como já foi

---

<sup>226</sup> MIRANDA, Pontes de. *Dez Anos de Pareceres*. V. 8, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1976, p. 152.

exaustivamente pontuado, a área pública é a representada pela matrícula 68.090. A condição de área pública dispensa a outorga de escritura pública, pois a transferência do domínio ocorre por força de lei, mais especificamente do disposto no artigo 22 da Lei n. 6.766/79.

A aprovação do desmembramento é título hábil para o registro e a transmissão das áreas de destinação pública, no caso, da área de praça.

E mesmo que assim não fosse, o desmembramento torna individualizadas as partes desmembradas da gleba de origem, não podendo ser imposto tal condicionante aos atuais proprietários do lote regularmente registrado e transmitido.

Além do princípio da autotutela, que decorre do controle interno da Administração Pública, Súmula 473<sup>227</sup> do Supremo Tribunal Federal autoriza o Poder Público a rever seus próprios atos quando considerados inconvenientes ou inoportunos a finalidade buscada.

Assim, deverá ser cancelado bloqueio lançado na DM do imóvel localizado na Avenida Vicente Monteggia, n. 824, representado pela matrícula 68.091 do Cartório de Registro de Imóveis da 3ª. Zona de Porto Alegre.

## CONCLUSÃO

A partir das razões deduzidas, conclui-se que:

- A aprovação do desmembramento é título hábil para o registro da transmissão das áreas de destinação pública, no caso, da área de praça;

---

<sup>227</sup> A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

- Constituindo-se bem público afetado como área de praça, deverá ser ajuizada a competente ação judicial para retificação do registro da área de matrícula n. 68.090 do Cartório de Registro de Imóveis da 3ª Zona, bem como o cancelamento das penhoras e da carta de arrematação que transferiu o imóvel para Alphanorte Publicidade Comércio E Distribuição Ltda., Fitarelli & Ferreira Ltda. e Silva & Ruiz Ltda.;

- Com relação ao pedido de DM do imóvel localizado na Avenida Vicente Monteggia, n. 824, representado pela matrícula 68.091 do Cartório de Registro de Imóveis da 3ª Zona, deverá ser encaminhado o presente expediente para que a Secretaria do Planejamento Municipal providencie o cancelado bloqueio do licenciamento para edificação.

Alerto que, se acatado o presente estudo, a tramitação da situação da área pública deverá prosseguir em outro expediente administrativo, que poderá ser formado, a partir da documentação ora anexada, para que possa desimpedir a tramitação deste Expediente Único (2.256731.00.8) – referente ao imóvel localizado na Avenida Vicente Monteggia n. 824 (matrícula 68.091) - e impedir maiores prejuízos aos seus proprietários, que, em hipótese alguma, respondem pela situação relativa a área pública. Por isso, será conveniente que, na devolução deste EU 2.256731.00.8, seja expressamente determinado o cancelamento do bloqueio da licença para edificação e a consequente emissão da DM requerida pelo proprietário do imóvel de matrícula 68.091.

É o parecer.

ANA LUÍSA SOARES DE CARVALHO  
Procuradora do Município  
OAB 16776

## CRÉDITO TRIBUTARIO. CONTROLE DE DÉBITOS PRETÉRITOS VINCULADOS A IMÓVEIS ARREMATADOS.

Ricardo Felipe Campos de Mello<sup>228</sup>

PARECER N. 1168/11  
PROCESSO N. 001.008917.07.8  
INTERESSADO: Secretaria Municipal da Fazenda

**EMENTA:** Alienação Judicial. Ausência de Reserva de Valor e/ou Reserva Insuficiente. Responsabilidade do Arrematado. Manutenção do Crédito Tributário.

### 1) Relatório

A Secretaria Municipal da Fazenda ao encaminhar os expedientes relativos a rotina de controle de imóveis arrematados indaga se houve, com base no artigo 130, parágrafo único, do Código Tributário Nacional - CTN, providência no sentido de reservar valores em processo de execução de movida por terceiros onde ocorreu arrematação de imóvel vinculado a créditos originários da incidência de Imposto Predial e Territorial Urbano - IPTU e Taxa de Coleta de Lixo - TCL não quitados.

Em complemento dita Secretaria questiona

---

<sup>228</sup> Procurador Municipal de Porto Alegre. Especialista em Direito Municipal, pela Fundação Escola Superior de Direito Municipal – ESDM, Porto Alegre.

quanto ao procedimento a ser adotado em caso de insucesso da medida ou êxito parcial na reserva dos créditos, considerando orientação desta Procuradoria expressa na Informação n. 16/2008, produzida no expediente 001.008917.07.8. Diante da vinculação do objeto da consulta com o expediente citado, solicitamos a remessa deste ao signatário para manifestação paradigma para a rotina.

E, resumidamente, o relatório.

## **2) Da Abrangência da Manifestação**

Ao iniciar a apreciação do objeto da consulta, ressaltamos que esta manifestação estará circunscrita à análise da situação em que parcial ou totalmente frustrada a reserva de crédito ora em foco.

A limitação proposta se impõe em face da manutenção dos fundamentos produzidos na orientação produzida na Informação n. 16/2008, produto do trabalho do brilhante Colega Dr. Gamaliel V. Borges, amparada em farta pesquisa jurisprudencial cuja linha de entendimento vem apontada em precedente do Supremo Tribunal Federal - STF<sup>229</sup>, no seguinte sentido:

[...] Diante desse quadro, conclui-se que em se tratando de aquisição de bem imóvel por hasta pública o valor devido a título de IPTU e dos demais tributos incidentes sobre o bem, por força do parágrafo único do artigo 130, do CTN, serão quitados pelo valor arrecadado se esse for suficiente. [...] (grifamos)

A interpretação da Corte Constitucional é reproduzida, tanto nos julgados do Superior Tribunal de

---

<sup>229</sup> Acórdão RE 87550.

Justiça - STJ<sup>230</sup>, quanto se mostra consolidada nos arestos originados pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul - TJ/RS.<sup>231</sup>

### **3) Ausência de Reserva de Valor e/ou Reserva Insuficiente. Responsabilidade do Arrematado. Manutenção do Crédito Tributário**

Naquelas ocasiões em que não houve quitação total do crédito tributário garantido pelo valor da arrematação ou onde a pretensão de reserva do valor, arresto ou penhora no rosto dos autos da execução de terceiros não se materializou a tempo, é relevante nova reflexão. Entretanto, esta providência deve considerar que as decisões que produziram o entendimento jurisprudencial ao tempo da manifestação contida na Informação n. 16/2008 tiveram como foco os efeitos produzidos pela arrematação em relação ao arrematante, no sentido de afastar a responsabilização deste.

[...]

II - Se o preço alcançado na arrematação em hasta pública não for suficiente para cobrir o débito tributário, não fica o arrematante responsável pelo eventual saldo devedor. A arrematação tem o efeito de extinguir os ônus que incidem sobre o bem imóvel arrematado, passando este ao arrematante livre e desembaraçado dos encargos tributários. [...]<sup>232</sup>

---

<sup>230</sup> Acórdãos: REsp 849.025; REsp 166.975; REsp 70.7S6; REsp 447.308; REsp 469.678; REsp 39.122.

<sup>231</sup> Acórdãos de n. 70024055436, 70010259562, MS 70012601662, ACRE 70013566682, AI 70004401675, 70014346860, 70020882817, 70020002044, 70010514685, AI 70012072997, AI 70009558370, AC 70003249711, AI 596121913.

<sup>232</sup> REsp 166.975/SP, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA.

No entanto, no que tange aos efeitos da arrematação relativamente ao crédito tributário em face do arrematado, a jurisprudência restou si lente.

A fim de apontar solução para o problema proposto socorremo-nos também de decisões judiciais, estas posteriores à manifestação produzida na Informação n. 16/2008, cujo conteúdo aborda o tema sobre este viés.

É assente no Superior Tribunal de Justiça<sup>233</sup> que persiste a obrigação do arrematado em relação aos créditos tributários vinculados ao imóvel objeto da arrematação pretéritos a esta, quando não for suficiente para saldá-los, o montante do valor do lanço vencedor do certame:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU SOBRE IMÓVEL ARREMATADO EM HASTA PÚBLICA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. DÉBITOS TRIBUTÁRIOS. SUB-ROGAÇÃO QUE OCORRE SOBRE O PREÇO. PARÁGRAFO ÚNICO, DO ART. 130, DO CTN. IMPOSSIBILIDADE DE IMPUTAR-SE AO ARREMATANTE ENCARGO OU RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA PENDENTE, QUE PERSISTE PERANTE O FISCO, DO ANTERIOR PROPRIETÁRIO.

1. O crédito fiscal perquirido pelo fisco deve ser abatido do pagamento, quando do leilão, por isso que, finda a arrematação, não se pode imputar ao adquirente qualquer encargo ou responsabilidade tributária. Precedentes: (REsp 716438/PR, Rei. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/12/2008, DJe 17/12/2008; REsp 707.605 - SP,

---

<sup>233</sup> AgRg no Agravo de Instrumento 1.246.665. SP 2009/0212829-0, julgado em 06/4/10.

Relatora Ministra ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJ de 22 de março de 2006; REsp 283.251 - AC, Relator Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Primeira Turma, DJ de 05 de novembro de 2001; REsp 166.975 - SP, Relator Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Quarta Turma, DJ de 04 de outubro de 1.999).

2. Os débitos tributários pendentes sobre o imóvel arrematado, na dicção do art. 130, parágrafo único, do CTN, fazem persistir a obrigação do executado perante o Fisco, posto obrigável a transferência do encargo para o arrematante, ante a Inexistência de vínculo jurídico com os fatos jurídicos tributários específicos, ou com o sujeito tributário. Nesse sentido: "Se o preço alcançado na arrematação em hasta pública não for suficiente para cobrir o débito tributário, nem por isso o arrematante fica responsável pelo eventual saldo." (BERNARDO RIBEIRO DE MORAES, *Compêndio de Direito Tributário*, 2. vol., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 513).

3. Assim, é que a arrematação em hasta pública tem o efeito de expurgar qualquer ônus obrigacional sobre o imóvel para o arrematante, transferindo-o livremente de qualquer encargo ou responsabilidade tributária.

Agravo regimental desprovido.

Na mesma linha de posicionamento jurídico as decisões produzidas no REsp 720.196/SP, cujo Relator foi o Ministro Luiz Fux e o REsp n. 1.087.275/SP, da lavra da Ministra Denise Arruda.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no acórdão proferido no julgado 70035015536<sup>234</sup> pela 22<sup>a</sup>

---

<sup>234</sup> Agravo de Instrumento n. 70035015536, Rel. Rejane Maria Castro Bins.

Câmara Civil, em decisão de maio do ano que passou assim se posiciona sobre o tema:

[...] Em princípio, a sub-rogação no preço não desobriga o proprietário anterior, que não avisou o Fisco da execução pendente, pelo IPTU devido ao tempo em que ainda era o proprietário do imóvel. **A proteção conferida pelo art. 130 do CTN direciona-se ao arrematante**, que não é sucessor, mas adquire em hasta pública, **não ao devedor**. Se o devedor leal quer se desonerar, deve informar a Fazenda, justamente porque não há intimação obrigatória desta, que não pode adivinhar o fato de existir execução contra seu devedor.[...]

Aliado ao fundamento invocado no aresto - inviabilidade de transferência de obrigação por ausência do vínculo jurídico entre arrematante e executado - teríamos a considerar a aplicação do dispositivo do artigo 156, do CTN.

Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

- I – o pagamento;
- II – a compensação;
- III – a transação;
- IV – remissão;
- V – a prescrição e a decadência;
- VI – a conversão de depósito em renda;
- VII – o pagamento antecipado e a homologação do lançamento nos termos do disposto no artigo 150 e seus §§ 1º e 4º;
- VIII – a consignação em pagamento, nos termos do disposto no § 2º do artigo 164;
- IX – a decisão administrativa irreformável, assim entendida a definitiva na órbita administrativa, que não mais possa ser objeto de ação anulatória;

X – a decisão judicial passada em julgado;  
 XI – a dação em pagamento em bens imóveis, na forma e condições estabelecidas em lei. (Incluído pela Lcp n. 104, de 10.1.2001)  
 [...]

Dita regra é invocada em aresto também proferido pelo Tribunal de Justiça Gaúcho - 70034980227<sup>235</sup> - em abril do ano que passou, cuja fundamentação integrativa é de grande lucidez:

[...] Os créditos de IPTU pendentes de pagamento relativos ao imóvel objeto de arrematação, portanto, sub-rogam-se no preço da arrematação. **A falta de reserva e o subsequente recebimento pelo credor de todo o produto da arrematação sem que tenham sido pagos os créditos de IPTU vencidos até a hasta pública não é causa de extinção por não se enquadrar a situação nos casos previstos no artigo 156 do Código Tributário Nacional.**

A responsabilidade pelo pagamento do IPTU devido até a hasta pública não é do arrematante, mas do antigo proprietário executado que não velou pelo pagamento dos tributos com o produto da arrematação.

A esse propósito, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 720.196/SP, Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 16.6.05, DJ 27.6.05, decidiu que a exegese do parágrafo único do artigo 130 do Código Tributário Nacional “pressupõe que o preço da expropriação tenha pago o débito. À mingua dessa comprovação, rejeita-se o pleito de certidão negativa. É que resta possível que o

---

<sup>235</sup> Agravo de Instrumento n. 70034960227, Rel. Maria Isabel de Azevedo Souza.

preço da alienação deixe o débito impago, impedindo, assim, a expedição de certidão negativa”.

A sub-rogação no preço da arrematação tem por escopo oferecer segurança aos interessados na aquisição do bem imóvel, que não ficam sujeitos a despesas adicionais ao lance ofertado, e não exonerar o antigo proprietário que imóvel praxeado do seu adimplemento.

Nesse sentido, o precedente do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp n. 1.087.275/SP, Primeira Turma, Relatora Ministra Denise Arruda, julgado em 17.11.09, DJE 10/12/09, *verbis*:

"Examinando-se o art. 130 do CTN, pode-se afirmar que, em regra, o adquirente do imóvel é responsável pelos débitos tributários incidentes sobre o imóvel. Contudo, não será responsável quando: 1) conste do título a prova de quitação de tais débitos (art. 130, caput, parte final); 2) ocorrer arrematação em hasta pública (art.130, parágrafo único). Não obstante sejam hipóteses de afastamento da responsabilidade do adquirente do imóvel, cumpre esclarecer que no primeiro caso há a transferência voluntária do imóvel - o antigo proprietário figura como alienante - e, no segundo, a perda da propriedade ocorre de modo compulsório. **Impende ressaltar que tanto a transferência voluntária da propriedade imóvel quanto a arrematação em hasta pública, isoladamente consideradas, não configuram hipóteses de extinção do crédito tributário.**"

2. No que se refere à transferência voluntária, como bem observado por Luiz Alberto Gurgel de Faria, "se no título de aquisição houver prova de quitação dos tributos, nenhuma responsabilidade será transferida" e, caso na certidão negativa haja ressalva sobre a possível cobrança de

créditos tributários posteriormente apurados, "o débito apenas poderá ser cobrado do antigo proprietário, detentor do domínio útil ou possuidor, uma vez que a prova de quitação desonera por completo o adquirente" (Código Tributário Nacional Comentado: doutrina e jurisprudência, coordenador Vladimir Passos de Freitas, 4. Ed. rev. atual, e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 628). No mesmo sentido é o entendimento de Hugo de Brito Machado, para o qual "a ressalva constante dessas certidões prevalece apenas no sentido de poder o fisco cobrar créditos tributários que porventura venha a apurar, contra o contribuinte, pois a certidão de quitação, mesmo com a ressalva, impede que se configure a responsabilidade tributária do adquirente" (Curso de Direito Tributário, 29. Ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 152). Assim, não obstante o Código Tributário Nacional afaste a responsabilidade do adquirente, não há falar em extinção do crédito tributário, subsistindo a responsabilidade do antigo proprietário.

3. De igual modo, quando o imóvel é arrematado em hasta pública, se a arrematação não enseja a quitação dos débitos fiscais - como ocorre no caso dos autos - , não há falar em extinção do crédito tributário.

Recurso especial desprovido.

Ademais, a exoneração da responsabilidade do antigo proprietário, na hipótese de descumprimento do parágrafo único do art. 130 do Código Tributário Nacional, importaria em benefício indevido em seu favor e do seu credor, porquanto a parte do produto da arrematação é destinado à satisfação do crédito tributário é empregado para amortização da dívida em execução ou, se excedente, devolvido ao devedor. [...] (grifamos)

Entender de forma diversa acarreta interpretação contrária à disposição constitucional essencial.

Ao admitir que o crédito não seja de responsabilidade do arrematado estaríamos aceitando atribuir ao ato processual de arrematação eficácia extintiva de um direito (a garantia representada pelo valor do laço vencedor) de terceiro (o titular do crédito tributário), numa demanda em que este não é parte e que a rigor, o Magistrado não teria competência para fazê-lo.

Esta circunstância representa afronta ao direito a uma ordem jurídica justa cujos titulares são, também, as pessoas de direito público quando despidas do exercício da competência tributária.

No dizer de Araken de Assis "o núcleo da arrematação, e de todas as modalidades de alienação coativa, simbolismos à parte, reside na conversão do bem penhorado em dinheiro." [...] <sup>236</sup>

Prossegue o mestre ao analisar a finalidade e natureza jurídica da alienação em hasta pública, atual denominação da arrematação.

[...] Em vista do objetivo da alienação forçada, a primeira ideia mais nítida consiste na sua instrumentalidade. Ela não é um objetivo em si mesma, "mas um meio idôneo para conseguir aquele fim"<sup>563</sup>

[...]

Estabelecida a finalidade da alienação forçada, é preciso delimitar o caminho metodológico na busca da sua natureza jurídica.

[...]

Deve-se a Pontes de Miranda,<sup>581</sup> por sem dúvida, a excelência da explicação mais ajustada à

---

<sup>236</sup> ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 12. Ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 767.

realidade. Há oferta no lanço, e, no pedido de adjudicação, declaração de vontade que o Estado aceita, e, portanto, surge um típico negócio bilateral. Não existe contrato, porém: o negócio é de direito público e processual classificado em categoria distinta.

[...]

Enfim, a comistura dessas vontades do Estado, prestando tutela jurídica ao credor; do particular movido pelo interesse próprio e privado se revela evidente.

[...]

Por conseguinte, na alienação forçada se descortina negócio jurídico entre o Estado, que detém o poder de dispor e o adquirente. [...]

Assim, sendo a arrematação negócio de direito público e processual produzido pelo Estado: "A razoabilidade e a proporcionalidade das leis e atos do Poder Público são inafastáveis, considerando que o Direito tem conteúdo justo".<sup>237</sup>

Na esteira destes elementos não se mostra harmonioso nem razoável com a ideia de Direito o fato de o Estado-Juiz, ao prestar a jurisdição a fim de satisfazer um credor, produzir efeito que fulmine o direito de outro credor cujo crédito possui, em regra, privilégio e preferência em relação ao primeiro - artigos 186 e 187 do CTN. Aceitar esta situação seria criar situação de ofensa à segurança jurídica, sendo que esta é fim essencial do Direito.

Mais, admitir a extinção dos créditos tributários pretéritos e não quitados, quando o preço alcançado pela alienação forçada não reste suficiente a adimpli-los, seria confundir a garantia do crédito com ele próprio,

---

<sup>237</sup> LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 717.

circunstância que não é juridicamente válida e faz perecer objeto da norma contida na sub-rogação positivada no parágrafo único do art. 183, do CTN:

Art. 183. A enumeração das garantias atribuídas neste Capítulo ao crédito tributário não exclui outras que sejam expressamente previstas em lei, em função da natureza ou das características do tributo a que se refiram.

Parágrafo único. **A natureza das garantias atribuídas ao crédito tributário não altera a natureza deste** nem a da obrigação tributária a que corresponda. (grifamos)

Releva aqui o ensinamento de Maria Helana Rau de Souza<sup>238</sup> que reconhece tal situação asseverando “[...] aquelas garantias de que cuida o Capítulo VI do CTN são estranhas à formação do crédito e à obrigação a que correspondam, não influenciando na estrutura interna da norma de tributação [...]”

A mesma autora cita Mizabel Machado Derzi a qual sustenta que as garantias do crédito tributário “[...] Seguem elas um regime próprio, não influenciando na estrutura interna da norma de tributação, na natureza da obrigação ou do crédito. Não convertem a obrigação tributária em real nem o crédito que continua sendo de caráter pessoal”.

Ante estas considerações nos parece que, em não se viabilizando a reserva do valor dos créditos vinculados ao imóvel objeto da alienação judicial, anteriores a esta, ou no caso do valor do lance vencedor ser insuficiente, remanesce a dívida como

---

<sup>238</sup> SOUZA, Maria Helena Rau de. Comentários ao Capítulo das Garantias o Privilégios do Crédito Tributário *In*: FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). *Código Tributário Nacional Comentado*. 4. Ed. rev., atual, o ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 776.

responsabilidade do arrematado (anterior proprietário).

Diante desta conclusão, os créditos que restaram insatisfeitos devem ser objeto de cobrança; seja pelo prosseguimento daqueles executivos já em andamento, seja pelo aforamento dos que estão em cobrança administrativa, os quais serão garantidos pelo patrimônio do devedor, nos moldes do artigo 184 do CTN<sup>239</sup>, que se configura em cláusula geral de garantia dos créditos tributários.

É o parecer que submeto à consideração.

Ricardo Felipe Campos de Mello  
Procurador do Município  
Matrícula 819714 - OAB/RS 25914

---

<sup>239</sup> Art. 184. Sem prejuízo dos privilégios especiais sobre determinados bens, que sejam previstos em lei, responde pelo pagamento do crédito tributário a totalidade dos bens e das rendas, de qualquer origem ou natureza, do sujeito passivo, seu espólio ou sua massa falida, inclusive os gravados por ônus real ou cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade, seja qual for a data da constituição do ônus ou da cláusula, excetuada unicamente os bens e rendas que a lei declare absolutamente impenhoráveis.



## **EXTENSÃO DO ABONO SALARIAL PARA MÉDICOS CEDIDOS PARA O MUNICÍPIO E TRABALHANDO NO HPS. POSSIBILIDADE.**

Heron Nunes Estrella<sup>240</sup>

PARECER N. 1.169/2011  
PROCESSO N. 001.047231.10.5  
INTERESSADO: Secretaria Municipal da Saúde

**EMENTA:** Servidores da Saúde. Significado da expressão Municipalizado e formação do SUS no Município de Porto Alegre na interpretação da Lei n. 10.959/2010.

O Sr. Assessor Jurídico do Prefeito, Dr. Arnaldo Guimarães encaminha o presente processo administrativo para manifestação. Trata-se de requerimento administrativo do servidor estadual cedido, Dr. Clodoaldo Ortega Pinilla, que ocupa o cargo MÉDICO, recebendo a denominação no Município de “médico municipalizado”, e deseja receber o abono instituído pela Lei n. 10.959/2010.

Inicialmente, o processo foi encaminhado à Secretaria Municipal da Administração, cujo pronunciamento foi no sentido de negar o pedido do

---

<sup>240</sup> Procurador Municipal de Porto Alegre. Especialista em Direito Municipal pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul em conjunto com a Escola Superior de Direito Municipal, em 2002.

servidor, motivado pela interpretação da referida Lei que estendeu o abono aos médicos cedidos das esferas estaduais e federais, eis que a sua cedência é anterior ao convênio firmado pela União, Estado e Município quando da centralização do SUS.

Submetido à Assessoria Jurídica do Sr. Prefeito, essa considerou que o requerente, por ser servidor cedido ao Município – “médico efetivo do Estado, exercendo suas atividades no HPS, exclusivamente no atendimento SUS” -, fls. 09, deveria ser enquadrado na Lei n. 10.959/2010, devolvendo o expediente à Secretaria de Administração para manifestação sobre a interpretação do termo “médico municipalizado”, e se o requerente é cedido mediante “convênio” ou “termo de cessão”, consoante a previsão do *caput* do artigo 2º, da Lei n. 10.959/10”.

Foi, então, juntado os documentos referentes à cedência e o Termo de cessão de recursos humanos da Secretária da Saúde e do Meio Ambiente para a Prefeitura Municipal de Porto Alegre para a gestão descentralizada das ações e serviços de saúde, visando a implementação do Sistema Único da Saúde no Município.

A Assessora Jurídica da SMA, Dra. Paula Carvalho Kleinowski, se pronunciou, através da Informação n. 25/2011, fls. 21 e 22, dizendo que não existe definição legal de médico municipalizado e de adido externo, mas ratifica a informação prestada pela ASSETEC/SMS, quanto a caracterização dos vínculos do Município através do Termo de Cessão n. 02/96, sugerindo, afinal, o retorno do processo à ASSEJUR/GP.

A Assessoria Jurídica do Sr. Prefeito se pronunciou novamente afirmando que o “requerente pertence ao grupo de médicos que integram os serviços

dos SUS e pertencem a SMS, ou seja, integra o mesmo grupo de servidores médicos que atendem os objetivos do Termo de Cessão n. 02/1996, e no HPS permanece exercendo as suas atividades exclusivamente em favor do SUS”, fl.23.

Pede, então, em face da competência da PGM, manifestação jurídica “quanto à matéria, considerando as definições ambíguas de ‘médico municipalizado’, encaminhado pelos órgãos competentes – SMA e SMS, bem como considerando que a Lei permitiu que a extensão da definição de ‘médico municipalizado’, é o servidor cedido mediante ‘convênio’ ou ‘termo de cessão’, consoante o ‘caput do artigo 2º, da Lei n. 10.959/2010’”.

É o Relatório

Em primeiro lugar, é preciso reafirmar a convicção desta Procuradoria Geral do Município de que os servidores cedidos da União Federal e do Estado do Rio Grande do Sul para formar a massa funcional que atende o chamado Sistema Único de Saúde – SUS, com previsão constitucional, não são servidores municipais.

Esta é a premissa básica para entender o termo “servidor municipalizado da saúde” e as consequências jurídicas que surgiram a partir da centralização da Saúde Pública no Município de Porto Alegre.

Num segundo momento, deve ser ressaltada a defesa judicial do Município, nas demandas promovidas pelos servidores federais e estaduais visando perceber vantagens funcionais recebidas unicamente pelos servidores efetivos municipais.

O presente requerimento, feito por médico estadual cedido ao Município em momento diferente ao ato que formalizou o Sistema Único de Saúde de Porto Alegre, tem efeitos gerais, para todos os servidores do SUS cedidos com ônus para origem antes ou depois do

citado “Termo de Cessão de Recursos Humanos”.

## **1 Regime Jurídico da Cedência - Municipalização**

A Constituição Federal de 1988 criou um novo sistema de saúde pública para o país, determinando que os respectivos serviços devam integrar uma rede regionalizada e hierarquizada a constituir um Sistema Único de Saúde - SUS, mantida com recursos provenientes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios:

Art. 198 - As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

§ 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

Atendendo ao disposto na Constituição Federal foi procedida a denominada “**municipalização**” da saúde, com o que, no âmbito do Município, **além de repasses de recursos financeiros, o Estado do Rio Grande do Sul e o Ministério da Saúde fizeram a cessão de servidores públicos, sem quaisquer ônus para o destinatário (o Município) - cláusula 2ª, do**

Termo de Cessão de Recursos Humanos.

Dessa forma, **o requerente apesar de prestar seus serviços no Município, dentro do SUS, é remunerado pelo Estado, ente ao qual é vinculado e do qual recebe a quase totalidade de sua remuneração. Ao Município somente cabe o pagamento da denominada “parcela autônoma SUS”, e, ainda assim, apenas nos meses em que for devida**, isto porque, com a implantação do SUS, a fim de haver isonomia salarial dos servidores da Secretaria Municipal de Saúde, relativamente aos servidores estaduais e/ou federais, ocupantes de cargos similares, embora limitado aos recursos disponíveis, foi editada a LM n. 7.579/95.

Existe, pois, legislação específica no Município que visa pagar aos servidores cedidos da União e do Estado, parcelas remuneratórias excepcionais e agregativas à remuneração pagas pelas suas fontes pagadoras.

Com a Lei Federal n. 8.080/90 ficou regulamentado o Sistema Único de Saúde – SUS, estabelecido pela Constituição Federal de 1988, que agrega todos os serviços estatais – das esferas federal, estadual e municipal – com a finalidade de atender integralmente à demanda das pessoas pela assistência à saúde e às exigências sanitárias ambientais. O Município passou, de fato, a ser o responsável imediato pelo atendimento das necessidades e demandas de saúde da população e de intervenções saneadoras em seu território.

**Para o funcionamento do Sistema Único de Saúde foram elaborados convênios, termos de cessão, onde os funcionários federais e estaduais passaram a prestar serviços sob a gestão dos municípios, embora continuem a perceber seus**

**vencimentos pela origem – são os denominados servidores municipalizados.**

**E mais, como já dito, com a finalidade de aproximar os vencimentos dos servidores das 3 (três) esferas do governo, foi criada, no âmbito municipal, a LM n. 6.762/90, alterada posteriormente pela LM n. 7.579/95, instituindo a Parcela Autônoma, cujo objetivo é estabelecer um tratamento isonômico entre esses servidores que ocupam o mesmo cargo dentro do Sistema Único de Saúde (SUS), nos seguintes termos:**

Art. 1º - Fica instituída uma Parcela Autônoma para os servidores em efetivo exercício na Secretaria Municipal de Saúde (SMS), a título de complementação, para o efeito de implantação provisória do Sistema Único de Saúde (SUS), nos termos do inciso III do art. 161 da Lei Orgânica do Município.

Art. 2º - A Parcela Autônoma de que trata esta Lei será mantida com recursos provenientes do Termo de Adesão ao Convênio de Implantação do Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde e posteriores Termos Aditivos firmados entre a Prefeitura Municipal de Porto Alegre e a Secretaria de Saúde e do Meio Ambiente do Estado do Rio Grande do Sul.

Art. 3º - As despesas provenientes da concessão da Parcela Autônoma ora instituída é limitada em 30% (trinta por cento) dos recursos repassados pelo Convênio citado no artigo anterior.

Art. 8º - O valor da Parcela Autônoma será o resultante do comparativo entre o total dos vencimentos, adicional por tempo de serviço e gratificação de 110% (cento e dez por cento) ou 25% (vinte e cinco por cento) previstas nos artigos 71 e 72 da Lei n. 6.309/88, com a redação dada pela Lei n. 6.616/90, respectivamente,

percebido pelos servidores da SMS e a maior remuneração percebida pelos servidores da Administração Direta Federal, Estadual ou Municipal incorporados ao SUS, excluídos os valores das funções gratificadas, suplementando o serviço extraordinário e/ou noturno quando houver, respeitado o disposto no art. 3º desta Lei.

**É de se ressaltar que os recursos utilizados para o pagamento da Parcela Autônoma são oriundos de valores repassados ao Município pelo Ministério da Saúde, com a finalidade de aproximar aquilo que é pago a um servidor que ocupe o mesmo cargo na esfera municipal, estadual e federal, limitados em 30% dos recursos repassados pelo Convênio de Implantação do Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde, nos exatos termos dos artigos 2º e 3º da LM n. 7.579/95 acima transcritos.**

Refere, ainda, a mencionada lei, que para o cálculo da Parcela Autônoma será considerado o somatório das faturas dos serviços de saúde gerenciados pela Secretaria Municipal de Saúde.

No caso em análise a Lei Municipal n. 10.959, de 7 de outubro de 2010, prevê expressamente o pagamento do chamado abono salarial aos servidores médicos cedidos para formar o Sistema Único de Saúde de Porto Alegre:

Art. 2º. O abono salarial instituído no art. 1º desta Lei, é extensivo aos médicos servidores públicos municipalizados que, mediante convênio ou termo de cessão firmado entre o Governo Federal ou o Governo Estadual e este Município, em virtude da implantação do Sistema Único de Saúde, desempenham suas atividades em órgão da SMS, da Administração Centralizada do Município de Porto Alegre.

Parágrafo único - Para efeitos desta Lei, o Médico servidor público que desempenha suas atividades em órgão da SMS é denominado Médico Municipalizado.

Portanto, existe lei própria prevendo a forma de alcançar aos servidores municipalizados o abono salarial ora pleiteado, ou seja, dito abono não se destina apenas aos servidores municipais.

Conclui-se, então, que por expressa determinação legal é devido do abono salarial aos médicos cedidos da União e do Estado ao Município de Porto Alegre, desde que estes desempenhem as suas atividades em órgão da SMS.

**Além disso, é óbvio, que o simples fato do servidor público cedido ter exercício em outra Administração Pública não o torna servidor público daquela Administração. Se fosse assim, o servidor público municipal cedido para trabalhar em Vara de Fazenda Pública, com ônus para o Município, deveria perceber do Poder Judiciário todas as parcelas remuneratórias dos servidores públicos estaduais do Poder Judiciário.**

O chamado servidor público “municipalizado” para fins de direito administrativo deve ser entendido como servidor público cedido, de acordo com as características da cedência prevista no convênio ou na forma própria escolhida pelo Município e o outro ente estatal.

**ASSIM, O REQUERENTE É E CONTINUARÁ SENDO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL.**

Ora, sendo servidor estadual não pode perceber gratificações previstas no Plano de Carreira dos Servidores Públicos Municipais, LM n.6.309/88, exclusiva dos servidores municipais, como por exemplo a gratificação de 110% prevista para os servidores

públicos municipais que exercem as suas atividades no Hospital de Pronto Socorro, pois, o Estatuto dos Servidores Públicos Federais e dos Estaduais não prevê o pagamento da gratificação de 110%.

Neste sentido já decidiu o Tribunal de Justiça Estadual:

APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. EXERCÍCIO DE FUNÇÕES EM POSTO DE SAÚDE –MURIALDO. PRETENSÃO AO PAGAMENTO DE “PARCELA AUTÔNOMA DO SUS”. IMPOSSIBILIDADE. GRATIFICAÇÃO PREVISTA EM LEI MUNICIPAL QUE NÃO PODE SER ESTENDIDA A SERVIDORES ESTADUAIS. VANTAGEM JÁ INCORPORADA AOS SERVIDORES, NO ÂMBITO DO ESTADO, ATRAVÉS DE LEI ESTADUAL. APELAÇÃO DESPROVIDA. (ApCiv. N. 70015934037, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. Rogério Gesta Leal, j. 24/5/07)

No caso desta gratificação, por exemplo, a LM n. 6.309/88, que defere o pagamento da gratificação de 110%, estabelece o Plano de Carreira dos Funcionários da Administração Centralizada do Município e submete apenas os servidores do MUNICÍPIO:

Art. 1º - O Plano de Carreira dos Funcionários Públicos da Administração Centralizada do Município é o estabelecido por esta Lei.

Art. 2º - O Serviço Público da Administração Centralizada do Município é o organizado pelos seguintes quadros:

1. Quadro dos Cargos de Provimento Efetivo;
2. Quadro dos Cargos em Comissão e Funções Gratificadas.

**Como se observa dos artigos 1º e 2º, acima transcritos, os servidores “municipalizados” (servidor federal ou estadual cedido ao Município por ocasião da municipalização do Sistema Único de Saúde) não estão arrolados entre os servidores públicos do Município de Porto Alegre e, portanto, não podem perceber a gratificação prevista no art. 71, da LM n. 6.309/88.**

A título de exemplo das demandas promovidas pelos servidores públicos cedidos das esferas federal e estadual para formar o SUS, alegam deste que a nova redação do citado art. 71, dada pela Lei n. 8.210/98, teria sido no sentido de estender a gratificação a uma maior gama de servidores públicos municipais, e não aos “municipalizados”, que exercem atividades nos hospitais incorporados a rede municipal da saúde.

Ledo engano, dispõe a referida norma:

Art.71 – Os funcionários lotados e em exercício no Hospital de Pronto Socorro, nos Pronto-Atendimentos Cruzeiro do Sul e Bom Jesus, Hospitais e Pronto-Atendimentos que vierem a ser criados pelo Município ou que passem à responsabilidade gerencial deste, em decorrência da municipalização da saúde, terão direito a uma gratificação correspondente a 110% do valor básico inicial do respectivo cargo, sobre o qual não incidirão quaisquer gratificações ou vantagens.

É evidente que a expressão contida no dispositivo - “funcionários lotados” - destina-se exclusivamente aos servidores públicos do Município, pois que inserida na lei municipal que estabeleceu o Plano de Carreira dos Servidores Públicos Municipais. Se a intenção fosse estender a gratificação para

servidores públicos cedidos de outros entes da federação, ditos “municipalizados”, tal deveria ter sido feito na Lei Complementar própria.

**Como sabido a interpretação de quaisquer dispositivos legais não pode ser apenas literal, principalmente deve ser feita também de forma sistemática e teleológica. Literalmente a redação do dispositivo não faz distinção entre servidores municipais e municipalizados, porque tal, sistematicamente, não se revela necessário uma vez que a norma regula exclusivamente as relações funcionais dos servidores públicos municipais.**

## **2 Incomunicabilidade entre os Estatutos de Servidores**

Os estatutos de servidores de diferentes entes estatais jamais se comunicam entre si. Nem de forma subsidiária pode-se aplicar o estatuto dos servidores de uma esfera estatal à outra. A mesma lógica, da absoluta incomunicabilidade, aplica-se à relação entre entes de mesma esfera, ou seja, dois Estados-Membros ou dois Municípios, em atendimento ao disposto no art. 18, *caput*, da Constituição Federal, que assegura a autonomia dos entes federados.

Assim, quando da nomeação de servidor, em razão de concurso público, o servidor fica eternamente vinculado ao estatuto do ente em que foi nomeado. Logo, em caso de cedência, os servidores jamais terão os direitos e deveres previstos no estatuto funcional do ente cessionário, eis que não cria vínculo com a Pessoa Jurídica cessionária.

Pensar-se o contrário, no sentido de que a cedência cria vínculo do servidor com o ente cessionário, implica na negação do constitucional

princípio do concurso público estampado no art. 37, II, além do art. 39, ambos da Constituição Federal.

### **3 Precedentes Jurisprudenciais**

Registre-se, por último, que as demandas promovidas pelos servidores municipalizados do SUS, visando perceber gratificações exclusivas de servidores públicos efetivos municipais, sem previsão legal, são julgadas improcedentes, tendo os julgados as seguintes ementas:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. SENTENÇA ILÍQUIDA. VALOR DA CAUSA INFERIOR AO ESTABELECIDO NO ART. 475, § 2º, DO CPC. LEGITIMIDADE PASSIVA. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. MUNICIPALIZAÇÃO DO SUS. CEDÊNCIA COM ÔNUS PARA ORIGEM. GRATIFICAÇÃO DE 110% INSTITUÍDA PELO MUNICÍPIO. OBSERVÂNCIA DA FORMA FEDERATIVA DE ESTADO. 1. Na espécie, a sentença é ilíquida, já que a condenação não ostenta valor certo, excedente ao previsto em lei. Possuindo a ação o valor inferior ao estabelecido no art. 475, § 2º, do CPC, incabível o reexame necessário. 2. Em que pese a autora seja servidora pública estatutária federal cedida ao Município de Porto Alegre, em virtude do processo de descentralização das ações e serviços públicos de saúde, por intermédio de Termo de Cessão de Uso celebrado entre a União Federal e a Prefeitura Municipal, presente ação judicial visa à percepção de gratificação instituída pela municipalidade, através da LM n. 8.210/98, que alterou o art. 71 da LM n. 6.309/88, sendo, portanto, o Município parte legítima para

atuar no feito. 3. O pedido vertido na peça portal é juridicamente possível, já que inexistente proibição legal a obstá-lo. Não há que se falar, portanto, em carência de ação. 4. Sendo incontroverso que a autora, servidora pública estatutária federal, foi cedida para o Município com a manutenção ônus pela União Federal, a vantagem concedida pela legislação municipal (aqui denominada de gratificação de 110%, prevista no art. 71 da Lei n. 6.309/88, com a redação dada pela LM n. 8.210/98) não a alcança, sob pena de quebra do pacto federativo. REEXAME NECESSÁRIO NÃO CONHECIDO. PRELIMINARES REJEITADAS. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação e Reexame Necessário N. 70033438896, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 13/01/2010)

**EMENTA:** APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. LEGITIMIDADE PASSIVA. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. MUNICIPALIZAÇÃO DO SUS. CEDÊNCIA COM ÔNUS PARA ORIGEM. **GRATIFICAÇÃO** DE 110% INSTITUÍDA PELO MUNICÍPIO. OBSERVÂNCIA DA FORMA FEDERATIVA DE ESTADO. 1) Em que pese a autora seja servidora pública estatutária federal cedida ao Município de Porto Alegre, em virtude do processo de descentralização das ações e serviços públicos de saúde, por intermédio de Termo de Cessão de Uso celebrado entre a União Federal e a Prefeitura Municipal, a presente ação judicial visa à percepção de **gratificação** instituída pela municipalidade, através da LM n. 8.210/98, que alterou o art. 71 da LM n. 6.309/88, sendo, portanto, o Município parte legítima para atuar no feito. 2) O pedido vertido na peça portal é juridicamente possível, já que inexistente proibição legal a obstá-lo. Não há

que se falar, portanto, em carência de ação. 3) Sendo incontroverso que a autora, servidora pública estatutária federal, foi cedida para o Município com a manutenção do ônus pela União Federal, a vantagem concedida pela legislação municipal (aqui denominada de **gratificação** de 110%, prevista no art. 71 da Lei n. 6.309/88, com a redação dada pela LM n. 8.210/98) não alcança, sob pena de quebra do pacto federativo. PRELIMINARES REJEITADAS. APELAÇÃO DO RÉU PROVIDA. APELO DA AUTORA PREJUDICADO. (Apelação Cível N. 70032368979, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 04/11/2009)

**EMENTA:** APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. LEGITIMIDADE PASSIVA. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. MUNICIPALIZAÇÃO DO SUS. CEDÊNCIA COM ÔNUS PARA ORIGEM. **GRATIFICAÇÃO** DE 110% INSTITUÍDAPELO MUNICÍPIO. OBSERVÂNCIA DA FORMA FEDERATIVA DE ESTADO. 1) Em que pese a autora seja servidora pública estatutária federal cedida ao Município de Porto Alegre, em virtude do processo de descentralização das ações e serviços públicos de saúde, por intermédio de Termo de Cessão de Uso celebrado entre a União Federal e a Prefeitura Municipal, a presente ação judicial visa à percepção de gratificação instituída pela municipalidade, através da LM n. 8.210/98, que alterou o art. 71 da LM n. 6.309/88, sendo, portanto, o Município parte legítima para atuar no feito. 2) O pedido vertido na peça portal é juridicamente possível, já que inexistente proibição legal a obstá-lo. Não há que se falar, portanto, em carência de ação. 3) Sendo incontroverso que a autora, servidora pública estatutária federal, foi cedida para o

Município com a manutenção do ônus pela União Federal, a vantagem concedida pela legislação municipal (aqui denominada de **gratificação** de 110%, prevista no art. 71 da Lei n. 6.309/88, com a redação dada pela LM n. 8.210/98) não alcança, sob pena de quebra do pacto federativo. PRELIMINARES REJEITADAS.

APELAÇÃO DO RÉU PROVIDA. APELO DA AUTORA PREJUDICADO. (Apelação Cível N. 70032368979, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 04/11/09)

**Alcançar a servidor federal ou estadual gratificação criada unicamente para servidor municipal, em plano de carreira próprio, fere o princípio da autonomia federativa.**

Desta forma, torna-se necessário que exista previsão legal para alcançar vantagens aos servidores federais e estaduais cedidos ao Município, a exemplo do que ocorre com a autorização da Lei Complementar n. 407/98, que alterou a Lei Complementar n. 133/85 – Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Porto Alegre -, prevendo a concessão de Função Gratificada aos servidores cedidos para viabilizar o Sistema Único de Saúde, art. 68:

Art. 68 - A Função Gratificada é instituída por lei para atender a encargos de chefia, assessoramento e outros de confiança, sendo privativa de funcionário público detentor de cargo de provimento efetivo, observados os requisitos estabelecidos para o exercício. **(redação dada pela LC 407/98)**

§1 Excepcionalmente, para viabilizar a implantação do Sistema Único de Saúde, poderão ser atribuídas funções gratificadas da

Secretaria Municipal de Saúde a funcionários públicos detentores de cargo de provimento efetivo, de outra esfera governamental que estejam cedidos ao município. **(incluído pela LC 407/98)**

§ 2 As funções gratificadas atribuídas aos funcionários de outra esfera governamental, nos termos do parágrafo anterior, não serão incorporáveis aos vencimentos ou proventos. **(incluído pela LC 407/98)**

Estes entendimentos já foram postos no Parecer Coletivo desta PGM n. 195/02, que possui a seguinte ementa:

EMENTA: SERVIDORES CEDIDOS COM ÔNUS PARA ORIGEM. TRATAMENTO DIFERENCIADO DE ACORDO COM A PROCEDÊNCIA DO SERVIDOR. POSSIBILIDADE DE PAGAMENTO DE GRATIFICAÇÕES EXCLUSIVAS DE SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL PARA SERVIDORES DAS AUTARQUIAS E FUNDAÇÃO MUNICIPAL. COMPLEMENTAÇÃO DO PARECER N. 990/98 PARA EXCEPCIONAR OS SERVIDORES CEDIDOS DO ESTADO E DA UNIÃO PARA VIABILIZAR A IMPLANTAÇÃO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE.

Dito parecer chegou a seguinte conclusão, que possui relação estreita a matéria tratada neste parecer:

Eis a segunda conclusão, os servidores públicos estatutários oriundos de órgãos externos ao Município, podem receber as gratificações referentes às atividades especiais que se enquadrem nas gratificações de insalubridade, de periculosidade, de adicional noturno e de

serviço extraordinário.

Não poderão, no entanto, perceber gratificações exclusivas de servidores públicos estatutários municipais, com exceção dos servidores cedidos da área de saúde, integrantes do Sistema Único de Saúde, que poderão ser investidos em função de confiança, fazendo jus à função gratificada correspondente.

Para solucionar o problema levantado pela Assessoria Jurídica do Sr. Prefeito é necessário completar dita conclusão, pois vantagem exclusiva de servidor público efetivo municipal, para ser paga aos servidores cedidos para viabilizar o SUS deverá ser expressamente previsto em lei.

Na citada lei n. 10.959/2010, o mencionado artigo 2º cumpre esta tarefa, prevendo expressamente o pagamento do abono salarial ao “médico servidor público municipalizado que desempenha suas atividades em órgão da SMS”.

O requerente se enquadra no descritivo legal, pois é médico estadual cedido ao Município, labora na Secretaria Municipal da Saúde, viabiliza e faz parte do Sistema Único de Saúde da Capital.

Assim, opino, pelos motivos acima expostos, que o requerente e todos os médicos cedidos do Estado e da União Federal que trabalham no Sistema Único de Saúde e estão lotados na Secretaria Municipal da Saúde, fazem jus ao abono salarial previsto na Lei n. 10.959/2010, independente da época da sua cedência.

É o parecer .

Porto Alegre, 08 de junho de 2011

HERON NUNES ESTRELLA  
Procurador Municipal  
Mat. 66889-7

**PROGRAMA MINHA CASA MINHA VIDA.  
CONCESSÃO DE INCENTIVOS URBANÍSTICOS.  
OBRIGATORIEDADE TERMO DE  
COMPROMISSO. LEI MUNICIPAL N. 636/10.**

Vanêsa Buzelato Prestes<sup>241</sup>

PARECER N. 1.170/2011  
PROCESSO N. 002.073604.09.7  
INTERESSADO: CADAHAP / Coordenação.

**EMENTA:** Lei Municipal 636/10. Programa Minha Casa, Minha Vida. Termos de Compromisso. Ato Administrativo Concertado. Obrigatoriedade firmatura para concessão de incentivos urbanísticos. Incentivos condicionados à execução do empreendimento para demanda habitacional prioritária (DHP). Efeitos da aprovação. Necessidade de comprovação do atendimento da finalidade após a construção. Sugestão de Acordo de Cooperação com a Caixa Federal. Documentos necessários para Firmatura dos Termos de Compromisso. Efeitos Termos do Compromisso.

**1 Da Lei Municipal n. 636/10**

A Lei Municipal n. 636/10, publicada em 13 de

---

<sup>241</sup> Procuradora Municipal de Porto Alegre. Especialista em direito municipal ESDM/Ritter dos Reis. Mestre em Direito pela PUC/RS. Doutoranda Università Dell Salento/Lecce Itália

janeiro de 2010 institui o Programa Minha Casa, Minha Vida no Município de Porto Alegre, PREFEITURA MUNICIPAL DE PORTO ALEGRE PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO dispondo sobre os benefícios urbanísticos e ambientais, indicando os benefícios fiscais respectivos, bem como os procedimentos específicos do processo de aprovação municipal nos processos que envolvam empreendimentos destinados ao Programa Minha Casa, Minha Vida.

O programa Minha Casa, Minha Vida, foi desencadeado pelo Governo Federal e visa a produção em grande escala de habitação popular regular, haja vista a enorme demanda habitacional existente no país.

Para tanto, foi objeto da Medida Provisória n. 459, convertida na Lei Federal n. 11.977, publicada em 07 de julho de 2009.

O Programa pressupõe um papel ativo dos Municípios, sendo que o Termo de Adesão firmado entre Município e União regra a atuação conjunta. Em síntese, há financiamento federal, por intermédio da Caixa Econômica, para viabilizar a produção em escala de habitação popular.

No Termo de Adesão consta o seguinte com relação ao Município de Porto Alegre:

Considerando a finalidade do programa, poderá o MUNICÍPIO promover medidas complementares no sentido de:

I. Fornecer às pessoas jurídicas que atuam no ramo da construção/incorporação imobiliária, relação de terrenos que sejam compatíveis e adequados à construção das unidades habitacionais sejam elas em forma de casas e/ou edifícios, observando a legislação relativa à política urbana objeto do Plano Diretor Municipal e situação de regularidade dominial dos terrenos a serem ofertados;

II. Providenciar as autorizações, alvarás, licenças e outras medidas necessárias inerentes à aprovação e viabilização dos projetos arquitetônicos, urbanísticos, e, complementares das unidades habitacionais de modo...

III. Adotar medidas em seu âmbito que contribuam para celeridade do licenciamento ambiental junto aos seus órgãos competentes, bem como nas situações envolvendo concessionárias de serviços públicos de energia elétrica, água e saneamento;

IV. Apresentar propostas legislativas à Câmara Municipal que disponham sobre a desoneração fiscal relativa a incidência dos seguintes tributos:

a) Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis por Ato Oneroso “*inter vivos*”, especificamente e exclusivamente sobre as transmissões de propriedade imobiliária que vierem a integrar o Programa;

b) Imposto sobre Propriedade Predial e Territorial Urbana – IPTU – durante a fase de construção;

c) Imposto sobre a Prestação de Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) incidente sobre a construção dos empreendimentos vinculados ao Programa.

V. Apresentar proposta legislativa à Câmara Municipal que disponha sobre os critérios e a forma de reconhecimento do empreendimento habitacional a ser construído no âmbito do Programa, como de Zona Especial de Interesse Social – ZEIS;

VI. Manter cadastro atualizado do público alvo do Programa, sob a forma de aportes financeiros e de fornecimento de bens, serviços ou obras, a serem previamente estabelecidos com a UNIÃO;

VII. A seu critério, estender sua participação no programa, sob a forma de aportes financeiros e de fornecimento de bens, serviços ou obras, a serem previamente estabelecidos com a União;

VIII. Fazer veicular nos meios de comunicação do MUNICÍPIO a divulgação do empreendimento habitacional, em parceria com as CONSTRUTORAS / INCORPORADORAS e/ou suas entidades representativas;

IX. Praticar outras atribuições afins e compatíveis, bem como as que forem exigidas pela legislação aplicável de forma célere, visando a agilização da tramitação do processo de aprovação do projeto.

Já a Lei Federal n. 11.977/2009, em seu artigo 3º estabelece que:

Art. 3º. Para a definição dos beneficiários do PMCMV (Programa Minha Casa, Minha Vida), devem ser respeitadas, além das faixas de renda, as políticas estaduais e municipais de atendimento habitacional, priorizando-se, entre os critérios adotados, o tempo de residência ou de trabalho do candidato no Município e a adequação ambiental e urbanística dos projetos apresentados.

§ 1º. Em áreas urbanas, os critérios de prioridade para atendimento devem contemplar também:

I – a doação pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios de terrenos localizados em área urbana consolidada para implantação de empreendimentos vinculados ao Programa;

II – a implementação pelos Estados, pelo Distrito federal e pelos Municípios de medidas de desoneração tributária, para as construções destinadas à habitação de interesse social;

III – a implementação pelos Municípios dos instrumentos da lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001, voltados ao controle da retenção das áreas urbanas em ociosidade.

§ 2º. (VETADO)

§ 3º. Terão prioridade como beneficiários os

moradores de assentamentos irregulares ocupados por população de baixa renda que, em razão de estarem em áreas de risco ou de outros motivos justificados no projeto de regularização fundiária, excepcionalmente tiverem de ser relocados, não se lhe aplicando o sorteio referido no § 2º.

Nos critérios para a priorização de projetos identificados na Cartilha produzida pela Caixa Federal para o programa MCMV consta o que segue:

- Estados e Municípios que oferecem:
  - maior contra partida financeira;
  - infraestrutura para o empreendimento;
  - terreno;
  - desoneração fiscal;
  - menor valor de aquisição das unidades habitacionais;
  - existência prévia de infraestrutura;
  - atendimento a regiões que recebam impacto de grandes;
    - empreendimentos de infraestrutura, tais como: usinas, hidrelétricas, portos, etc.;
    - atendimento às áreas atingidas por catástrofes definidas pela defesa civil.

O Termo de Adesão não implica em obrigações assumidas pelo Município. Todavia, a leitura integrada dos documentos acima citados dão conta que a função dos Municípios na aplicação do Minha Casa, Minha Vida, vai muito além da aprovação de projetos.

Fica evidente a necessidade de protagonismo do Município tanto na condução do programa em seu território, bem como a necessidade de articulação com outros instrumentos já previstos no Estatuto da Cidade.

Na visão e expressão da norma geral representada pela Lei Federal n. 11.977/09, este programa integra o esforço da sociedade brasileira para construção de cidades mais sustentáveis. Assim, na mesma medida em que financia a política habitacional, priorizará a adequação ambiental e urbanística, a existência de equipamentos públicos e a implementação pelos municípios dos instrumentos voltados ao controle e retenção das áreas urbanas em ociosidade. Ao mesmo tempo e na mesma Lei, facilita os processos de regularização fundiária, cria instrumento específico ainda não previsto na nossa legislação – demarcação urbanística – novamente colocando o Poder Público Municipal como protagonista dos processos, tanto de regularização quanto de possibilidade de construção de moradia regular, evitando desse modo a criação de novas áreas irregulares.

Chamados ao desafio os gestores de Porto Alegre prontamente compreenderam este papel protagonista. Disso decorreu a publicação da Lei Municipal n. 636/10.

Segundo a Lei Municipal, para as duas primeiras faixas salariais há possibilidade de incentivos, da mesma forma do que previu a Lei Federal, a teor do que dispõe seu art. 6º. O PMCMV prevê o atendimento de famílias com renda mensal até 10 salários mínimos. Contudo, os critérios para este atendimento são completamente distintos, contemplando aqueles que precisam de maior tutela com maior subsídio, traduzindo-se em verdadeira expressão do princípio da igualdade.

Na Lei Municipal fica a clara a prioridade de atendimento à demanda de 0 a 3 salários mínimos, bem como de 04 a 06 salários. Para estes empreendimentos há o que se denomina incentivos urbanísticos, ou seja,

para aqueles empreendedores que produzirem habitação para esta faixa de renda há exigências de destinação de áreas públicas, alguns casos de infraestrutura e da compensação de vegetais que serão absorvidas pelo Município.

A lei municipal estabelece diferenciação entre as faixas salariais a serem atendidas, a saber: a) 0 a 03 salários mínimos; b) 03 a 06 salários mínimos; c) 06 a 10 salários mínimos.

## **2 Dos Termos de Compromisso**

Os Termos de Compromisso são o ato administrativo que expressam a concertação administrativa, isto é uma solução consensual entre Administração Pública e cidadãos para o debate de assuntos de interesse comum.<sup>242</sup> Estão sendo previstos como meio jurídico de expressar a concertação nas leis municipais. É o que se verifica na Lei Complementar n. 636/10, que instituiu o Programa Minha, Minha Vida, assim como na Lei Complementar n. 630/09, que instituiu a Operação Urbana Consorciada Lomba do Pinheiro (art. 18).

Especificamente com relação à Lei Municipal 636/10, o art. 14 estabelece que os loteamentos aprovados com alguma espécie de incentivo urbanístico, na forma prevista naquela lei, e visando a criação de habitação para faixa salarial de 0 a 03 salários mínimos e de 03 a 06, o instrumento a ser utilizado para formalizar a parceria entre empreendedor, órgão financiador e Município é o Termo de Compromisso. Os arts. 14 e 15 da Lei estão assim gizados:

---

<sup>242</sup> Sobre o tema ver PRESTES, Vanêscia Buzelato (org). Agenda Urbano-Ambiental e Concertação Público Privada. *In Temas de Direito Urbano-Ambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

Art. 14. Nos casos de loteamento, na aprovação dos projetos para empreendimentos enquadrados nos incisos I e II do art. 4º desta Lei Complementar, aplica-se o disposto na Lei Complementar n. 547, de 24 de abril de 2006, podendo o Município estabelecermos parcerias para execução ou reduzir o percentual, considerando a suficiência dos equipamentos existentes na área do seu entorno.

Parágrafo único. As condições das parcerias para execução previstas no “caput” deste artigo deverão constar em **Termo de Compromisso**, a ser firmado entre o Município de Porto Alegre e os empreendedores.

Art. 15. A concessão dos benefícios estatuidos nesta Lei Complementar aos empreendedores enquadrados nos incisos I e II do art. 4º desta Lei Complementar, vincula-se à execução dos respectivos projetos.

Parágrafo único. O Executivo Municipal firmará **Termo de Compromisso** com os empreendedores responsáveis pelos empreendimentos enquadrados nos incisos I e II do art. 4º desta Lei Complementar, considerando os benefícios que lhes couberem, observado o disposto nesta Lei Complementar. (grifei)

Além destes artigos, no caso de desmembramentos também há incentivos urbanísticos, na forma do art. 12. Veja-se que os benefícios urbanísticos estão condicionados à faixa de renda. Dito de outra forma, o Município assumirá a execução de equipamentos, liberará da destinação de áreas públicas o que implica em direta e/ou indiretamente assumira demanda para execução futura do respectivo equipamento, para os empreendimentos que contemplem a demanda habitacional prioritária. Trata-se de uma aprovação qualificada pela finalidade do

empreendimento. Mudando a finalidade, não subsiste a aprovação lograda.

O artigo da lei acima citado incorpora o que a doutrina denomina ato administrativo concertado. No caso concreto o ato administrativo concertado é o meio indicado pelo legislador para expressar a política pública adotada pelo Município. O processo de gestão urbano-ambiental possibilita o que se denomina “administração concertada”, isto é, uma solução consensual que posteriormente será exarada por intermédio de ato administrativo. Os cidadãos são atraídos para o debate de assuntos de interesse comum e muitas polêmicas podem ser solvidas mediante consensos. No âmbito do Direito Urbano-ambiental é utilizado em diversos países, dentre os quais se destaca a Alemanha e a Itália.<sup>243</sup>

O Professor Almiro do Couto e Silva<sup>244</sup> salienta que:

A administração concertada, administração consensual, *soft administration*, são expressões que refletem formas novas de democracia participativa em que o Poder Público, ao invés de decidir unilateralmente, utilizando-se desde logo do ato administrativo, procura ou atrai os indivíduos para o debate de questões de interesse comum, as quais deverão ser solvidas mediante acordo. Por vezes este acordo é estabelecido informalmente, antes de o Poder Público exarar ato administrativo. **Então, o que aparece, juridicamente, é apenas o ato administrativo, e não a solução consensual que ficou atrás dele e escondida por ele.** (grifei)

---

<sup>243</sup> COUTO E SILVA, Almiro. *Os Indivíduos e o Estado na Realização das Tarefas Públicas. Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba*. T. I, São Paulo, Malheiros, p. 75.

<sup>244</sup> Idem.

O mesmo autor, citando o entendimento de Hartmut Maurer, administrativista alemão, esclarece que esta espécie de administração é mais flexível, possibilitando a solução de casos atípicos. E segue dizendo:

Responde em particular, ao que se espera de uma Administração moderna, conforme as exigências do Estado Democrático de Direito, que não vê apenas no cidadão um simples súdito, mas um titular de direitos autônomos e um parceiro da Administração e que por isso o inclui na atividade como corresponsável.

O ato administrativo concertado, portanto, está em perfeita consonância com o Estado Democrático de Direito existente no Brasil, nos termos do que dispõe o art. 1º da Constituição Federal. Deste resulta a busca de novos modelos de Administração, o reconhecimento das limitações e insuficiências do direito administrativo e a configuração de novas relações com os cidadãos e a Administração Pública. São exemplos desta prática de gestão em Porto Alegre, a atuação no caso das redes aéreas e subterrâneas no qual há Termo de Compromisso firmado entre as partes viabilizando a implantação da rede pública subterrânea para extensão de fibra ótica na cidade, nos grandes empreendimentos para os quais são apontadas medidas mitigadoras e compensatórias, o plantio compensatório decorrente da autorização para a supressão de vegetais, o licenciamento ambiental que traz em seu bojo a prerrogativa e a obrigação de apontamento de mitigações e compensações, entre outros. Também faz parte deste momento da Administração Pública, os programas e as leis que criam figuras híbridas, que não encontram guarida no direito administrativo tradicional,

porém estão em perfeita sintonia com o Estado Democrático de Direito, tais como os Conselhos de políticas públicas (municipais, estaduais e nacional) deliberativos, os Conselhos Tutelares, os Programas de Saúde da Família, o Orçamento Participativo e as organizações sociais. Todos estes programas têm em comum a mitigação da discricionariedade administração e a participação popular na gestão pública.

Sobre o tema, Bucci<sup>245</sup>, esclarece que as limitações e insuficiências do direito administrativo vêm dando margem à busca de novas formas jurídico-institucionais de configuração da Administração Pública e suas relações com os cidadãos, nas mais variadas perspectivas. Alerta que,

[...] algumas parcerias são novas fórmulas de relacionamento entre o público e o privado, cuja profundidade cria tensão com princípios consagrados na Administração, parte do denominado paradigma burocrático de *molde weberiano*, em especial o da impessoalidade, na medida em que o parceiro busca ser não um contratante selecionado anonimamente mas alguém que estabelece com a Administração as condições da relação que irá travar entre ambos.

Importante esclarecer que na concertação administrativa e conseqüentemente nos Termos que expressam esta e que são o ato administrativo não é adequado constar àqueles temas que decorrem diretamente da lei e já são obrigações dos municípios. Isto porque estes são cogentes e não estão no âmbito da possibilidade de acordos administrativos.

Frise-se que os Termos de Conduta – TC

---

<sup>245</sup> DALLARI, Maria Paula. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

diferenciam-se dos Termos de Ajustamento de Condutas - TACs. Os TACs são firmados pelo Município para corrigir situações que preexistem, ou seja, irregulares, apontando prazo e forma para cumprimento desta. O objeto ajustado é outro. Não se trata de concertação, mas de ajustamento para fins de cumprimento da lei, ou seja, pressupõe a existência de alguma irregularidade, por isso o fundamento jurídico para estes é o art. 5º, § 6º da Lei n. 7347/85, denominada lei da Ação Civil Pública, que diz o seguinte:

Art. 5º. A ação principal e cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e **Municípios**. Poderão também ser propostas por autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação que:

...

§ 6º. Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.<sup>246</sup>

Ainda, é de se ressaltar que os Termos de Compromisso devem agregar elementos à aprovação municipal. Não tem nenhum sentido a sua assinatura se não houver elementos a serem ajustados e todas as condições possam integrar a licença ambiental. O conteúdo da licença decorrerá das leis ambiental e urbanística, sendo que as compensações e as mitigações que precisarem ser ajustadas é que devem

---

<sup>246</sup> A legitimação do Município consta no caput do art. 5º e a prerrogativa de firmar TAC (termo de ajustamento de conduta) no § 6º. Veja-se que nem todos os legitimados para propor ACP podem firmar TAC, a teor do que dispõe o citado artigo.

fazer parte do termo. E este fazer parte, implica em que estejam descritas de modo que possam ser executadas. Constituem exigência desta espécie de instrumento jurídico três requisitos: **liquidez, certeza e exigibilidade**. Isto implica em que as cláusulas não sejam genéricas, ou que só se vinculem a anexos.

### **3 Dos Incentivos Urbanísticos e Ambientais na Lei Municipal n. 636/10**

Conforme já explicitado, a Lei Complementar 636/10, introduziu incentivos aos empreendedores que produzirem habitação popular regular para faixa de renda de maior necessidade da cidade.

A Seção III estabelece as formas de incentivos do Município de Porto Alegre, a saber: (a) doação de área de terras, a ser feita mediante lei específica; (b) isenção de IPTU e ITBI para os empreendimentos cadastrados no programa Minha Casa, Minha Vida, na forma da lei tributária<sup>247</sup>; (c) dispensa ou redução de área destinada a equipamento comunitário, na forma do art. 12 da Lei; (d) aplicação do disposto na LC 547/06; (e) município assumirá a compensação vegetal para os empreendimentos destinados a faixa e renda de 0 a 3 salários e que integram o Programa.

A ideia geral de incentivos desenvolvida nas políticas públicas, possibilita dar guarida, proteger, aqueles que necessitam de tutela. Dito de outra forma, visa o incentivo expressar o conteúdo jurídico do princípio da igualdade, que se traduz por tratar desigualmente os desiguais. Nesta linha é que foram construídas as políticas de incentivo econômico e fiscal, que tem nascedouro na economia, e que pretendem por outra via, atingir a finalidade que o estado está

---

<sup>247</sup> Art. 10 LC 636/10.

precisando. Assim, se o objetivo é aquecer a economia, mediante vendas, há incentivo a uma determinada linha de produtos, como recentemente tivemos na linha branca, reduzindo os tributos respectivos. Ou, na hipótese de ser necessário proteger um produto brasileiro, imputa-se uma taxaçoão às importações, como é o caso dos calçados que vem da China e que concorrem com o mercado nacional. Neste caso, a proteção é ao emprego e à economia local.

Destarte, há varias formas de incentivos que foram sendo desencadeadas nas políticas públicas (recentemente temos também o exemplo das cotas). O fio condutor de todas as formas de incentivo e que interessa para o que estamos tratando é a garantia da finalidade, ou dito de outra forma, do resultado do produto incentivado.

No caso em exame, significa dizer que o incentivo concedido precisa resultar no atendimento da demanda cujo empreendimento se destina. Significa que não basta aprovar os empreendimentos para 0 a 3 salários ou 04 a 06 utilizando os incentivos previstos na lei. Faz-se necessário, após, construído e alienado o bem, atestar que efetivamente a demanda foi atendida. É esta alógica dos incentivos adotada pela lei e que precisamos internalizar. Digo internalizar, porque esta modalidade de incentivos é inovadora. Implica em, além da função tradicional da aprovação dos projetos, condicionar a uma finalidade. Este condicionamento exige que após a construção seja verificado o cumprimento da finalidade, certificando que a demanda atendida efetivamente é aquela cujo incentivo foi concedido. Não sendo, cabe a execução do Termo de Compromisso.

Neste particular, é que propomos um Termo de Cooperação com a caixa Federal, financiadora e

executante do programa (para 0 a 03 salários os imóveis são transferidos a um Fundo por ela administrado), para que esta informe o Município, após a construção, o cumprimento do contrato que também é vinculado à faixa de renda, ou, a eventual mudança de faixa de renda com a consequente alteração do contrato.<sup>248</sup>

#### **4 Dos Efeitos da Aprovação**

O artigo 15 e o parágrafo único da Lei Municipal n. 636/10, estabelece que a aprovação condiciona à execução do projeto de imóveis destinados aos empreendimentos enquadrados na faixa de renda de 0 a 03 salários e de 04 a 06. Isto significa que a alteração da faixa de renda implicará em nova aprovação de projeto, haja vista que os incentivos urbanísticos e ambientais estão condicionados à execução do empreendimento à demanda habitacional prioritária (DHP).

Dito de outra forma, nada obsta que o empreendedor modifique seu empreendimento, destinando-o a outra faixa de renda, ou que o financiamento subsidiado diminua ou encerre ao longo do tempo inviabilizando a execução do empreendimento conforme planejado. Todavia, a mudança das bases da execução do projeto, alterando a destinação, faz perder o subsídio urbanístico e ambiental concedido, ensejando a necessidade de nova aprovação municipal. Isto porque, o fundamento dos subsídios é o atendimento da demanda prioritária municipal, daqueles que precisam

---

<sup>248</sup> Representantes da Caixa Federal participam das reuniões da CADHAP. Esta sugestão foi aventada em uma das reuniões, na presença do Dr. César Lunkes da Caixa Federal Termo de Cooperação foi objeto, sendo que ele entendeu muito oportuno a medida. Saliou que a Caixa tem interesse em incluir esta certificação ao final, porque trabalha com dinheiro público que também vincula a finalidade, neste caso, atinente a renda.

da tutela estatal, daqueles que, se não atendidos nesta forma de parceria, caberia ao próprio Estado suprir a necessidade. Estes motivos é que autoriza o subsídio, implicando no próprio Município, direta ou indiretamente, assumir o que por ora está dispensando.

Disso resulta, a necessidade de, ao final do projeto, construído o empreendimento, existir uma certificação do atendimento da demanda cuja aprovação urbanística se referia. Tendo sido concedido o benefício urbanístico, cabe verificar se efetivamente aqueles que adquiriram os imóveis pertence a faixa de renda tutelada.

## **5 Dos Procedimentos do Processo de Aprovação**

Para enquadramento nesta modalidade de aprovação que pode ser denominada qualificada, a lei previu o seguinte:

- a) Art. 23. Os empreendimentos enquadrados no programa Minha Casa, Minha Vida – Porto Alegre, beneficiados com incentivos previstos nesta Lei Complementar, deverão receber, na sua matrícula, registrada no cartório de registro de Imóveis, averbação referente a sua participação nesse Programa.
- b) Art. 20. Os empreendimentos enquadrados no programa Minha Casa, Minha Vida – Porto Alegre com incentivo urbanístico, nos termos desta Lei Complementar, serão identificados como Áreas Especiais de Interesse Social (AEIS).

Para cumprimento do acima disposto, as aprovações de empreendimentos de 0 a 03 e 04 a 06 salários mínimos que obtiverem incentivos (redução de

áreas para equipamentos, Município assumir compensação vegetal, doação de área para execução do Programa) deverão ser gravadas como AEIS.

Para além disso, no Ato de Aprovação deverá constar o que dispõe o art. 23, apontando tratar-se de Programa Minha Casa, Minha Vida, para habitações destinadas a demanda de 0 a 3 salários mínimos ou de 04 a 06, conforme o caso. No Ato de Aprovação deve constar a obrigação do empreendedor proceder a averbação no Registro de Imóveis competente, no mesmo momento em que averba o empreendimento. Esta regra tanto resguarda o Município quanto os empreendedores, haja vista que as regras edilícias também são específicas (LC 547/06) e que os compradores tem o direito de serem informados quanto a esta condição.

## **6 Dos Documentos Necessários para Firmatura dos Termos de Compromisso**

Para firmatura dos Termos de Compromisso, necessário que os firmatários sejam os responsáveis legais pela gleba, objeto do empreendimento, e que está recebendo o incentivo urbanístico, ambiental e/ou fiscal. Isto porque, há uma assunção de obrigações. Conforme já explicitado, trata-se de uma concertação e que tem consequências jurídicas. Por isso, o firmatário destes Termos, que se equiparam aos contratos do direito privado, precisam ser juridicamente aptos a assumir as obrigações decorrentes.

Neste sentido, importante identificar quem é o beneficiário do incentivo concedido. No caso do incentivo ambiental (dispensa da compensação), não é necessariamente o proprietário da gleba. Pode ser construtora. Nesta hipótese, também a construtora deve

firmar o TC.

A primeira providência é solicitar matrícula atualizada, a fim de verificar o(s) proprietário(s) atual da gleba. Sendo pessoa física, faz-se necessário a qualificação (nome completo, CPF, identidade, profissão e endereço). Se a gleba estiver em nome de mais de uma pessoa, todos devem ser firmatários do TC, sendo possível a outorga de procuração para que um deles represente os demais.

Já, a propriedade sendo de pessoa jurídica, é necessária a solicitação do Contrato Social desta pessoa jurídica, a fim de verificar quem é o responsável legal para realização desta espécie de negócio jurídico. Repita-se que há assunção de obrigações, por isso o sócio que representará a pessoa jurídica precisa estar autorizado pelos demais a assumir tais obrigações. Muitas vezes, os contratos sociais estabelecem que na hipótese de assumir obrigações, mais de um sócio deva assinar. Estas condições é que precisam ser verificadas e por isso a exigência de análise do respectivo contrato social.

No caso das construtoras necessariamente são pessoas jurídicas. Por isso, faz-se necessário o Contrato Social atualizado e os dados do(s) sócio(s) que firmará(ão) o TC.

Em face do exposto, conclui-se:

a) A Lei Complementar N. 636/10 estabeleceu regras para aplicação do Programa Minha Casa, Minha Vida em Porto Alegre introduzindo a possibilidade de incentivos urbanísticos, ambientais e fiscais para os empreendimentos destinados à faixa salarial de 0 a 3 salários mínimos e 04 a 06 salários, considerado demanda prioritária de nossa cidade;

b) para expressão da concertação administrativa decorrente do compromisso do empreendedor em construir para esta faixa salarial e do município em fornecer os incentivos, foi previsto o instrumento do Termo de Compromisso como meio de perfectibilizar este negócio jurídico; disso decorre que sempre que houver incentivos far-se-á necessário o TC;

c) incidindo alguma espécie de incentivo, na aprovação do projeto deve constar a faixa salarial a que se destina, sendo que esta condição deve ser averbada no RI pelo proprietário do imóvel, nos termos do que estabelece o art. 23 da Lei Complementar n. 636/10;

d) os incentivos estão condicionados à execução do empreendimento para a faixa salarial que constou na aprovação; na hipótese de, após a aprovação, o empreendimento não ser destinado a faixa de renda a que se referia o Ato de Aprovação, cessam os incentivos, devendo o empreendedor buscar nova aprovação municipal;

e) em sendo os incentivos vinculados a uma finalidade – no caso construção para faixa salarial –, após a construção e ocupação dos imóveis, cabem certificar que o contrato foi cumprido, sendo os imóveis efetivamente utilizados pela faixa salarial planejada; para esta certificação, sugere-se assinatura de Acordo de Cooperação com a Caixa Federal.

f) os empreendimentos enquadrados no programa Minha Casa, Minha Vida e que receberem incentivos urbanísticos devem ser identificados como Áreas especiais de Interesse Social (AEIS);

g) o empreendedor firmatário dos Termos de Compromisso deve ter capacidade jurídica para assumir obrigações, no caso de pessoa jurídica; no caso de pessoa física o TC deve ser firmado por todos os proprietários que constam na matrícula atualizada.

É o parecer.  
A sua consideração.  
Em, 03 de fevereiro de 2010.

Vanêscia Buzelato Prestes  
Procuradora Municipal  
OAB/ RS 27.608



**PROGRAMA MINHA CASA MINHA VIDA.  
REDUÇÃO DE PERCENTUAL DE ÁREAS DE  
DESTINAÇÃO PÚBLICA E CONVERSÃO DE  
ÁREAS. MOTIVAÇÃO.**

Ana Luísa Soares de Carvalho<sup>249</sup>

PARECER N. 1.171/2011  
PROCESSO N. 002.400148.00.8.09870  
INTERESSADO: CADAHAP / Coordenação

**EMENTA:** Aplicação do artigo 12 da Lei Complementar n. 636/10 e a sua interpretação sistemática. Redução de percentual de áreas de destinação pública ou seu quantitativo no caso de conversão. Modalidades de conversão definidas no artigo 138, § 1º, do PDDUA. Possibilidade de redução nos termos da lei. Necessidade de justificação técnica de suficiência dos equipamentos públicos comunitários para autorizar a redução do percentual de destinação pública. Critérios objetivos e segurança jurídica da decisão administrativa. Considerações sobre o Decreto n. 15.170/06 e o desconto (10%) para o pagamento à vista do valor de conversão das áreas de destinação pública. Impossibilidade do desconto sem previsão legal. Posição deliberada em

---

<sup>249</sup> Procuradora Municipal de Porto Alegre. Especialista em Direito Municipal pela Faculdades Integradas do Instituto Ritter dos Reis, em 2000. Mestrado em Planejamento Urbano e Regional, pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, UFRGS, em 2007.

reunião pelos integrantes da PUMARF.

A análise jurídica que segue decorre da participação desta Procuradoria nas Comissões de análise e licenciamento de parcelamentos do solo, em especial, no âmbito do Programa Minha Casa Minha Vida, introduzido no Município pela Lei Complementar n. 636/10. Por esta lei, o Município pode reduzir ou isentar as áreas de destinação pública em empreendimentos enquadrados nas faixas de renda familiar de 0 a 6 salários mínimos.

Além disso, a Lei Complementar n. 646/10, que altera o PDDUA, amplia as possibilidades de conversão da destinação de área públicas, o que deve ser contemplado com as regras aplicáveis ao Programa Minha Casa Minha Vida, para definir a forma de aplicação no caso concreto. E dentre as formas de conversão, a hipótese de moeda corrente, cuja forma de pagamento está regulamentada pelo Decreto n. 15.170/06, também demanda análise quanto à possibilidade de contemplar desconto para pagamento a vista do valor decorrente da conversão.

Em vista da necessidade de orientação procedimental sobre aplicação dos instrumentos de conversão das áreas de destinação pública, bem como das possibilidades de redução de áreas ou desconto de valor, o posicionamento emitido foi deliberado em reunião desta Procuradoria Especializada, passando a signatária a relatar as conclusões na presente manifestação, feitas em forma de parecer, para que seja submetida às instâncias de apreciação e aprovação superior da PGM.

É o relatório.

No livro que é referência ao estudo do planejamento urbano estratégico, José Miguel F. Güell

frisa que “*resulta de capital importância, em primer lugar, identificar los câmbios del entorno em curso y los de previsible ocurrencia y, em segundo lugar, comprender y e valorarla importância Del impacto de los mismos em el desarrollo urbano. A la luz de esta evolución, los dirigentes de una comunidad urbana padrán tomar decisiones que conviertan los retos que afronta su ciudad em oportunidades de futuro para su desarrollo*”.<sup>250</sup>

O planejamento é o princípio de toda a atividade urbanística, porque, para exercer a ação de ordenação do solo urbano que compete, constitucionalmente, ao Município, o planejador precisa ter consciência do que quer alcançar com tal influxo.<sup>251</sup> Então, no âmbito do Urbanismo, planejamento é um instrumento de inserção da realidade com o objetivo de estruturação de uma ordem urbana definida a partir de uma ordem política.

A destinação das áreas públicas em parcelamento do solo é concebida como um ônus inerente ao processo de urbanização da gleba. Também conhecida como *concurso voluntário*, foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro, pelo menos, desde o Decreto-Lei n. 58/1937 que, ao estabelecer o processo de formalização do loteamento, exigia a apresentação do projeto do loteamento, referido como planta do imóvel, *com todos os requisitos técnicos e legais: indicadas a situação, as dimensões e a numeração dos lotes, as dimensões e a nomenclatura das vias de comunicação e espaços livres, as construções e benfeitorias, e as vias públicas de comunicação*, conforme artigo 1º, inciso II. O artigo 3º do referi do texto

---

<sup>250</sup> GÜELL, José Miguel Fernandes. *Planificación Estratégica de Ciudades*. Barcelona: Gustavo Gili S.A., 1997, p. 32.

<sup>251</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 32.

legal em comento consolida a destinação de áreas públicas ao declarar a sua inalienabilidade após o registro do projeto aprovado: “A *inscrição torna inalienáveis, por qualquer título, as vias de comunicação e os espaços livres constantes do memorial e da planta*”.<sup>252</sup>

O processo de parcelamento do solo tem o sentido de extinguir a individualidade objetiva da gleba e, em seu lugar, obter a individualidade objetiva dos lotes, extinguindo também a qualquer ideia de comunhão de domínio, conforme Pontes de Miranda, em seu Tratado de Direito Privado, porque as *vias de comunicação são abertas ao público e os espaços como praças, lugares para arborização, ou reservatórios de águas são públicos*.

Considerado como modo de aquisição da propriedade pelo Poder Público, desde muito a destinação das áreas públicas faz parte do processo de parcelamento do solo e a compreensão deste procedimento como instrumento de planejamento urbano, com o sentido de estruturação dos equipamentos públicos necessários à comunidade que se estabelecerá no local para atender as necessidades de circulação, de ocupação profissional, de lazer, culturais, enfim, para atender à vida urbana.

É no processo de parcelamento urbano que os órgãos de gestão da cidade têm a possibilidade de desenvolver a projeção do lugar no âmbito da possibilidade de definição prévia da forma de ocupação

---

<sup>252</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Predial*. V. 3. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1948, p. 108: “Têm-se pretendido que as vias de comunicação e os espaços livres somente se tornem públicos por ato dos interessados, entregando-as a Prefeitura Municipal. De modo nenhum. A aprovação do loteamento faz públicas as vias de comunicação e públicos os espaços livres, com a ressalva de serem ultimadas pelos loteadores as obras das vias de comunicação e dos espaços livres e da modificabilidade segundo o Decreto-lei n. 58”.

e usos dos espaços públicos e privados, tanto quanto é possível o planejamento definir a vida urbana que virá. Através da conformação do modelo espacial proposto no projeto de parcelamento do solo às diretrizes de planejamento, a gestão urbana detém a relevante função de fixar os usos adequados para as diversas áreas do solo municipal. Ou: detém a possibilidade de destinar as diversas áreas para o exercício das funções urbanas elementares, concebidas na regulamentação dos tipos de parcelamento, e, assim, *encontrar lugar para os usos essenciais do solo e colocar cada coisa em seu lugar, inclusive as atividades incômodas*.<sup>253</sup>

Na concepção de Carlos Matus, o planejamento é uma ferramenta para conquistar crescentes graus de qualificação da vida urbana.<sup>254</sup>

À luz disso, a cidade, produto dos processos sócioespaciais que refletem a interação entre várias escalas geográficas, deve aparecer não como uma massa passivamente modelável ou como uma máquina perfeitamente controlável pelo Estado (tecnicamente instruído por planejadores racionalistas e tecnocráticos), mas como um fenômeno gerado pela interação complexa, jamais plenamente previsível ou manipulável, de uma miríade de agentes modeladores do espaço, interesses, significações e fatores estruturais, sendo o Estado apenas um dos condicionantes em jogo (ainda que seja um condicionante crucial nas modernas sociedades capitalistas). A autocriação da realidade social (sócioespacial), evidentemente, não é sinônimo de “pura espontaneidade”; o poder da vontade e

---

<sup>253</sup> SILVA, op. cit., p. 233.

<sup>254</sup> SOUZA, Marcelo Lopes. *Mudar a Cidade – Uma introdução crítica ao planejamento e à gestão urbana*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001, p. 52.

a ação premeditada (não só por parte do Estado, mas também de grupos específicos diretamente, ou mesmo, em um outro contexto político-social hipotético, dos cidadãos autogeridos) nunca estão ausentes. Uma visão mais abrangente e flexível do papel do planejamento, que faça justiça à complexidade dos quadros de ação sócioespaciais concretos, deve desembocar em uma perspectiva que relativize o próprio dualismo, tão usual quanto simplista, entre o “espontâneo” e o “planejado” nos processos de produção do espaço social: espontâneo e planejado interagem o tempo todo de maneira nada simples; aquilo que parece à primeira vista, totalmente espontâneo, se revela olhando mais detidamente, fruto de uma plethora de ações dispersa, muitíssimas delas deliberadas e não poucas formalmente programadas, que criam uma sinergia.<sup>255</sup>

A definição das áreas públicas e suas funções vinculam ao modelo urbano planejado e às necessidades de estruturação dos equipamentos públicos necessários à urbanificação do setor. Trata-se de função pública da maior relevância, porque tais definições estruturarão as políticas públicas de atendimento aos direitos fundamentais da sociedade, a partir da comunidade local. São espaços para implantação, no âmbito da vida comunitária, de escolas, praças, postos de saúde, equipamentos que alcançam justiça social, dignidade e o que decorre destes princípios constitucionais. A atividade dos órgãos técnicos municipais, nesta atribuição de planejamento, tema relevante finalidade de estruturação das políticas públicas e concretização dos direitos constitucionais,

---

<sup>255</sup> SOUZA, op. cit., p. 52.

como acesso a saúde, estudo, lazer, cultura, atividades ligadas às áreas de destinação pública decorrentes do processo de parcelamento urbano.

## **1 A Destinação de Áreas e a Legislação Municipal**

Como já foi referido a destinação de áreas públicas, no processo de parcelamento do solo, está inserido na legislação pátria desde 1937, com a edição do Decreto-Lei n. 58, antes referido, que conduz aos órgãos públicos competentes a definição das áreas públicas.

No Município de Porto Alegre, a Lei n. 1233/54, em vigor na época do referido Decreto-lei, dispunha o seguinte:

Art. 8º – A prefeitura fiscalizará rigorosamente e de forma direta a execução do projeto, submetendo a testes a pavimentação e outros melhoramentos antes de os receber.

§1º – O loteador doará ao município, sem ônus para este, por ato público, os espaços ocupados pelas ruas e demais logradouros públicos.

Art. 9º – Para os arruamentos são exigidas as seguintes condições:

a) **Percentagem mínima** de verde público de 10% (dez por cento) da área total na zona urbana e 15% (quinze por cento) na zona urbana e rural, cabendo à Prefeitura determinar, dentro da gleba a lotear a área mais apropriada para esse fim. (grifo nosso)

O artigo 146 da Lei n. 1657/56, que aprovou o Plano de Obras, Serviços e Equipamentos, vigente à época da aprovação, determinava o seguinte:

Art. 143 – A partir desta data, todos os arruamentos e loteamentos que tiverem mais de cinco hectares de área reservar, além das percentagens previstas na Lei n. 1233, de 06 de janeiro de 1954, mais 2% para construção de prédios escolares.

§ único – Se não for necessário o uso de nova área reservada para o fim específico acima definido, por haver, nas proximidades, colégio sem funcionamento, poderá ser a mesma incorporada ao verde coletivo ou ocupada por jogos infantis ou quaisquer outras utilidades públicas.

A lei, nesta época, estabelecia um balizador **mínimo** para o Administrador Público, sendo o ato administrativo de aprovação de qualquer das modalidades de parcelamento urbano classificado como complexo. Ou seja, as diretrizes para a definição das áreas de destinação pública eram como são agora, definidas pelas peculiaridades do local, dos moradores, dos equipamentos públicos existentes no entorno e as demandas da população local. Sinale-se que não havia possibilidade de dispensa ou redução dos parâmetros mínimos fixados na lei. O parágrafo único do artigo 146 transcrito acima determinava a incorporação à área verde, de praça ou para *quaisquer outras utilidades públicas*.

O Plano Diretor introduzido pela Lei Complementar n. 43/79, com suas bases teóricas fundadas no caráter normativo e funcional do planejamento, introduziu mecanismo de participação de entidades organizadas de representação da sociedade civil na forma de Conselhos Municipais. A partir desta Lei Complementar, a regulamentação do parcelamento do solo passou a compor o plano diretor, aplicada em cotejo com a Lei n. 6.766/79, superveniente à lei local. O

texto original da lei federal estabeleceu que o percentual de áreas públicas não poderia ser inferior a 35%.<sup>256</sup> A Lei n. 9.785/99, que modificou a sistemática da lei de parcelamento do solo, remeteu à legislação municipal a definição do uso e quantificação das áreas públicas decorrentes do parcelamento do solo.

Foi a Lei Complementar n. 43/79 que introduziu mecanismo alternativo a destinação de áreas para equipamentos públicos. Na modalidade de loteamento, verificada a situação de impossibilidade de destinação de áreas para equipamento por insuficiência ou inadequação da área parcelada, o parágrafo 1º do artigo 193 autorizava a sua realocação, através de permuta ou venda para a obtenção de recursos para aquisição de outra gleba, nos seguintes termos:

I - permuta por outra gleba ou lote de terreno, situado na mesma Unidade Territorial de Planejamento, no caso de praças e escolas, e na mesma Unidade Territorial Seccional, ou em Unidade Territorial Seccional abrangida por seu raio de influência, no caso de parques, as quais áreas sejam consideradas suficientes ou adequadas às finalidades públicas previstas;

II - venda a terceiro, destinado o preço assim obtido exclusivamente ao pagamento do proprietário de outra gleba ou lote de terreno, situado na mesma Unidade Territorial de Planejamento, no caso de praças e escolas, e na mesma Unidade Territorial Seccional, ou em Unidade Territorial Seccional abrangida por seu

---

<sup>256</sup> Lei n. 6.766/79 (texto original): Art. 4º - Os loteamentos deverão atender, pelo menos, aos seguintes requisitos:

(...) § 1º - A percentagem de áreas públicas prevista no inciso I deste artigo não poderá ser inferior a 35% (trinta e cinco por cento) da gleba, salvo nos loteamentos destinados ao uso industrial cujos lotes forem maiores do que 15.000m<sup>2</sup> (quinze mil metros quadrados), caso em que a percentagem poderá ser reduzida.

raio de influência, no caso de parques, as quais áreas sejam consideradas suficientes ou adequadas às finalidades públicas previstas.

A partir da Lei Complementar n. 434/99, o plano diretor passa a se constituir um instrumento de planejamento estratégico, definido a partir dos eixos de estruturação urbana, mobilidade urbana, uso do solo privado, qualificação ambiental, promoção econômica, produção da cidade e sistema de planejamento. Estas estratégias têm como finalidade a promoção do desenvolvimento urbano a partir das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, que significa o direito à cidade, à sua sustentabilidade, à qualidade ambiental, ao acesso a terra, a todas as condições básicas de vida que refletem a dignidade da pessoa humana como princípio constitucional. E foi elaborado a partir do conceito de planejamento como um processo dinâmico, retroalimentado e aberto, a ser continuamente reavaliado e readequado às novas exigências que vão emergindo, contínuas e conexas aos conflitos sociais:

Esta concepção reflete o caminho da sociedade em busca da participação democrática, do espírito humanista, na crescente e inadiável necessidade de superar a fragmentação a que o mundo e as cidades estão submetidos. Neste sentido, o ato de planejar implica na articulação de diversos sujeitos e interesses, fazendo com que a participação mais ampla tenha reflexos na melhoria da qualidade devida, através da interpretação técnica. Enfim, o processo democrático passa a ser um componente essencial da proposta de planejamento, garantindo sua vinculação com a diversidade da

vida urbana.<sup>257</sup>

Na esfera do parcelamento do solo urbano, a regulamentação é instrumento de gestão do desenvolvimento para a qualificação de setores urbanos e expansão da cidade, que demanda avaliação das áreas técnicas envolvidas para o suprimento da estrutura urbana e equipamentos públicos essenciais. Conceituando os equipamentos públicos como os que compõem as redes de abastecimento de água, os serviços de esgoto cloacal e pluvial, de energia elétrica, comunicação, iluminação pública e gás, e os equipamentos comunitários como os de lazer, cultura, educação, saúde e segurança, o artigo 137 do PDDUA estabelece a necessidade de destinação das respectivas áreas públicas em percentuais fixados nos Anexos 8 e 9, conforme as modalidades do parcelamento, cuja transferência ao poder público é condicionante do licenciamento do empreendimento.

O artigo 138 do PDDUA, por sua vez, amplia as alternativas à transferência de áreas públicas em casos de **insuficiência** ou **inadequação para implantação dos equipamentos públicos comunitários**, é facultada a sua substituição pelas seguintes formas constantes do parágrafo 1º do artigo 138 abaixo transcritas, a critério do SMGP representado, no caso em tela, pela CAADHAP:

Art. 138. As áreas de destinação pública observarão o disposto nos Anexos 8.1, 8.2 e 9.

§ 1º Se a destinação de áreas públicas não atingir o percentual estabelecido ou se as áreas forem inadequadas à finalidade pública prevista, o interessado poderá utilizar as formas

---

<sup>257</sup> PDDUA – LC n. 434/99, Justificativa, p. 3.

apresentadas a seguir, em conjunto ou isoladamente, a critério do SMGP:

I – terrenos urbanizados, descritos e caracterizados como lotes destinados ao cumprimento da destinação e da utilização pública original constante do projeto e memorial descritivo do parcelamento do solo;

II – urbanização de áreas de lazer, construção, ampliação ou reforma de prédios destinados a equipamentos públicos comunitários, na forma conceituada no § 3º do art. 137 desta Lei Complementar, executados de acordo com projeto arquitetônico devidamente aprovado; ou,

III – conversão em moeda corrente nacional, cujo valor será destinado à aquisição de outras áreas para implantação de equipamentos públicos comunitários, cujo pagamento deverá ser efetuado na forma regulamentada em decreto.

(Redação do § 1º modificada pela LC n. 646, de 22 de julho de 2010)

A ampliação das alternativas compensatórias à destinação de áreas públicas está aliada à concepção estratégica do sistema de planejamento adotado pelo PDDUA que **exige dos órgãos de gestão pública uma atuação integrada e informada**, continuamente alimentada, para desenvolver o papel de agente articulador e propositivo da qualificação do espaço urbano a partir da potencialização dos investimentos e do permanente processo de discussão com a população. Conforme Guell:

A planificación estratégica puede definir-se como una forma sistemática de manejar el cambio y de crear El mejor futuro posible para uma ciudad. Más específicamente, La planificación estratégica ES um proceso creativo que si entalas bases de decisiones que comportariesgo, identifica cursos

de acción específicos, formula indicadores de seguimiento sobre los resultados e involucra a los agentes sociales y económicos locales a lo largo de todo el proceso.<sup>258</sup>

A adoção de novos instrumentos de compensação à reserva de áreas públicas no parcelamento do solo amplia as possibilidades de intervenção, equacionando as carências e a capacidade de aporte dos equipamentos necessários, e a sua inquestionável utilidade está no fato de que o planejamento urbano não é uma atividade estanque, de precisão matemática e lógica cartesiana diante das múltiplas necessidades estruturais do espaço público que podem ser compostas com o empreendedor no processo de parcelamento do solo.

Então, a ideia de ampliação de instrumentos que importem na compensação de parte das áreas de destinação pública, onde a implementação de serviços ou equipamentos públicos comunitários já é suficiente na região, alinha-se a competência regulamentar e à política de desenvolvimento urbana constitucionalmente submetida à responsabilidade do Poder Público municipal.

José Afonso da Silva, no livro *Direito Urbanístico Brasileiro*, é rigoroso quanto à necessidade de compensação nos casos em que a destinação das áreas públicas é inferior, insuficiente (poderia dizer: inadequada) ao percentual legal:

As leis urbanísticas municipais referentes ao parcelamento do solo determinam o mínimo de área que deve ser destinada ao primeiro elemento do arruamento, acima indicado. Esse

---

<sup>258</sup> GÜELL, op. cit., p. 54.

mínimo aproxima-se de 35% a 40% da gleba arruada. As regras, mais ou menos, são do seguinte teor: da área total do plano de arruamento e loteamento serão destinados, no mínimo: I – 20% para vias de circulação; II – 15% para áreas verdes; III – 5% para áreas institucionais. Mas, quando as diretrizes fixadas pela Prefeitura para determinado arruamento excederem aos valores estabelecidos serão declaradas de utilidade pública para efeitos de desapropriação. Se, no entanto, a juízo do órgão competente da Prefeitura, o espaço para as vias de circulação for inferior à percentagem prevista em relação à gleba arruada, a área necessária para completar essa percentagem será adicionada às áreas verdes ou para outro fim, conforme dispuser a lei; nunca, porém, deverá a Prefeitura deixar que a diferença se integre nas quadras como propriedade privada do arruador.<sup>259</sup>

É importante ressaltar o caráter **subsidiário** das medidas alternativas à destinação de áreas públicas comunitárias do PDDUA e que, por isso, demanda motivação da opção técnica do Sistema de Planejamento para justificar a insuficiência ou inadequação. Tal justificativa deve ser fundamentada na atuação de planejamento, que pressupõe a execução de uma série de ações anteriores à deliberação, como levantamento de dados, diagnóstico, elaboração de alternativas e avaliação de custos e benefícios. E a função social da cidade e o interesse público é o que deve pautar a opção dos órgãos licenciadores.

Frise-se que o empreendedor não tem força deliberativa. Não é ele quem define quais as alternativas

---

<sup>259</sup> SILVA, op. cit, p. 323.

que serão adotadas em substituição à destinação de áreas públicas, porque tal opção depende de uma rede de informações técnicas, diagnóstico e avaliação de custos e benefícios para justificar a suficiência do equipamento naquele setor ou a inadequação da área para a sua implantação. E a escolha da alternativa à destinação de área, afirmada a condição de suficiência de equipamento ou inadequação da área, deve, sempre, priorizar o interesse público que, neste caso, está vinculado à qualificação da estrutura pública urbana. Esta escolha é um ato de gestão pública inerente à função constitucional de ordenamento do solo urbano.

## **2 A Legislação que Regulamenta a Demanda Habitacional Prioritária e o Programa Minha Casa Minha Vida e sua Aplicação no Caso Concreto**

O caso em análise está classificado como empreendimento de habitação prioritária enquadrado no Programa Minha Casa Minha Vida, pois destinado à população com renda familiar igual ou inferior a 6 salários mínimos, cujo licenciamento está regulado pela Lei Complementar n. 547/2006 combinado com a Lei Complementar n. 636/2010. Estas leis decorrem da diretriz de Produção da Cidade, estabelecida pelo PDDUA – Lei Complementar n. 434/99 – para atender a demanda de Habitação Prioritária e, por isso, estabelecem padrões diferenciados e processo de licenciamento com tramitação priorizada nos órgãos públicos que o integram.

Com relação à destinação de áreas para equipamentos públicos e comunitários, a legislação específica da Demanda de Habitação Prioritária reduziu o percentual, fixando em 18% mais a área resultante da malha viária estabelecida no EVU. Percentual reeditado

na lei aplicável aos empreendimentos enquadrados no Programa Minha Casa Minha Vida, que permite, além disso, a **redução** ou **isenção** deste percentual nos casos de **desmembramento de áreas**, como incentivo para a produção de habitação social destinada à famílias com faixa de renda entre 0 a 6 salários mínimos. Entretanto, a possibilidade é restritiva e condicionada à suficiência de equipamentos públicos comunitários localizados no entorno do empreendimento e que atendam as demandas da população já estabelecida e a que irá se estabelecer no local. Diz o artigo 12 da Lei Complementar n. 636/2010:

Art. 12. Nos casos de desmembramento, na aprovação dos projetos para os empreendimentos enquadrados nos incs. I e II do art. 4º desta Lei Complementar, o Município de Porto Alegre poderá dispensar ou reduzir o percentual de área destinada a equipamento comunitário previsto no art. 11 desta Lei Complementar, considerando a suficiência de equipamentos no entorno do empreendimento.

A redação do disposto no parágrafo primeiro do citado artigo 12 regulamenta a hipótese de **isenção** e conduz a interpretação lógica de que, para a adoção deste incentivo, deve haver suficiência de equipamentos que absorvam a demanda da população já estabelecida no entorno do empreendimento. Para a população do empreendimento, o Município deverá destinar área e a instalação do equipamento, determinando a lei que seja providenciada a dotação orçamentária específica para este fim:

§ 1º Na hipótese da dispensa prevista no *caput* deste artigo, o Município de Porto Alegre

assumirá a obrigação de destinar as áreas para equipamentos comunitários necessários, devendo ser providenciada dotação orçamentária específica para esse fim.

O dispositivo acima citado regulamenta o caso de **isenção** da reserva de áreas comunitárias e, por isso, vincula a necessária assunção da obrigação de implementar os equipamentos comunitários pelo Município, que deverá, inclusive, providenciar a dotação orçamentária específica. No caso de **redução** da reserva de áreas públicas comunitárias (que são aqueles determinados no artigo 137, § 3º, do PDDUA), a regra é a do *caput* do artigo 12 e **condiciona o incentivo ao diagnóstico da suficiência dos equipamentos instalados no entorno em cotejo com a capacidade de absorção da nova população que será instalada no local.**

Tal restrição está justificada na importância do instrumento de reserva de áreas para equipamentos públicos comunitários no planejamento urbano, e a capacidade de aporte da estrutura necessária para suporte destes serviços essenciais às dignas condições de vida que o Município deve garantir à população. A redução ou isenção para além do percentual fixado no artigo 11 da Lei Complementar n. 636/2010 acarreta, também, **a redução patrimonial** do Poder Público e afeta sua capacidade do provimento de serviços essenciais. Por isso, que a forma de incentivo concebida no artigo 12 está atrelada a ação de diagnóstico de planejamento urbano que vincula os representantes dos órgãos municipais que compõe a comissão de licenciamento do empreendimento.

Conforme Parecer n. 176/11 da CAADHAP, de 17/03/11, foi prevista a redução do percentual e a conversão em obra destinada a edificação de quadra de

esportes coberta, conforme especificações técnicas emitidas pela Secretaria Municipal de Educação. Trata-se de equipamento público comunitário, conforme conceito do artigo 137, § 3º, do PDDUA, objeto da destinação de área pública definida no artigo 11 da Lei Complementar n. 636/10, acima citada. Deve-se destacar que o custo da obra rede de esgotos, prevista no Parecer, não compõe o valor para conversão das áreas públicas, pois não se enquadra no conceito do § 3º do artigo 137 do PDDUA. A rede de esgotos está inserida no conceito do § 2º do mesmo artigo, definida como *equipamento público urbano*.

Neste contexto, é importante entender o planejamento como um processo dinâmico e aberto, continuamente reavaliado e readequado, refletindo uma concepção de sociedade que, diante da necessidade de superar a fragmentação das cidades, é o meio para buscar uma melhor qualidade devida e garantia de vinculação com a diversidade da vida urbana. Planejar é um *vir a ser*, pois sempre remete ao futuro.

O diagnóstico dos equipamentos públicos e comunitários é o elemento de reavaliação do planejamento urbano, que confere a dinâmica das suas deliberações, sobre a capacidade de absorção dos equipamentos implantados no entorno em relação ao crescimento das demandas comunitárias e os princípios de desenvolvimento urbano ambiental definido no PDDUA, que justificam os incentivos estabelecidos pelas Leis Complementares já citadas (547/06 e 636/2010).

E na instância de licenciamento urbano ambiental, os técnicos que compõe a comissão técnica atuam como gestores em cada uma das áreas de representação e a sua manifestação, na fixação de diretrizes e instâncias de análise, aprovação do

empreendimento tem função deliberativa. No caso em questão, a CAADHAP tem o objetivo de gerenciar, centralizar e agilizar a tramitação, a análise, a aprovação, o licenciamento urbano e ambiental, a fiscalização e recebimento das obras de infraestrutura e a Carta de Habitação de projetos urbanísticos e arquitetônicos, vinculados a programas habitacionais do Município, Estado e União, conforme Decreto Municipal n. 16.477/2009. As matérias de competência da CAADHAP, listadas no artigo 2º, demonstram a necessária interface com o planejamento das políticas de cada setor para a emissão de diretrizes específicas e análises de projetos especiais, além das análises dos projetos de parcelamento do solo, em especial, pela política de incentivo estabelecida na legislação antes citada.

Advirta-se que o Estado de Direito não concebe o exercício da função administrativa incompatível com o sistema jurídico que direta ou indiretamente autorize sua atuação, e o Constitucionalismo moderno não tem mais como principal função a limitação do poder, mas estabelecer a base de todas as suas competências. O desempenho da função administrativa tem que, necessariamente, corresponder a um poder fixado pelo Direito, visto que está sujeito aos princípios constitucionais diretamente aplicáveis e não pode contrariar as normas jurídicas vigentes.<sup>260</sup> Nesta esfera de atuação, é necessário clareza e definição no exercício das funções de todos os agentes que compõe

---

<sup>260</sup> GRAU, Eros Roberto. *Direito Poste e Direito Pressuposto*. 4. Ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 90: toda a lei se encontra em uma tensão necessária em relação à concreção do atuar, porque é geral e não pode conter em si a realidade prática em toda sua concreção; a lei é sempre deficiente, não porque o seja em si mesma, mas sim porque, em presença da ordenação a que se referem às leis, a realidade humana é sempre deficiente e não permite uma aplicação simples das mesmas.

a estrutura administrativa, para que o conjunto de atos que emergem e perpassam dos órgãos técnico-burocráticos aos órgãos diretivos estejam dotados de legitimidade.

Por isso que propostas de conversão e, principalmente, de redução de reserva de área para equipamentos públicos e comunitários devem estar justificadas pelo planejamento setorial e o diagnóstico da suficiência dos equipamentos do entorno e a sua capacidade de absorção da nova população que se instalará na região.

Além disso, a justificativa técnica é a motivação do ato administrativo, fundamentado no interesse público identificado com a demanda da produção de habitação social e o estímulo necessário para propiciar tais empreendimentos combinado com a necessária infraestrutura urbana, de equipamentos públicos e comunitários que outorgam condições de vida digna, saudável e justa, por diretriz da Carta Constitucional. Citando Binenbojm, o *“interesse público comporta, desde a sua configuração constitucional, uma imbricação entre interesses difusos da coletividade e interesses individuais e particulares, não se podendo estabelecer a prevalência teórica e antecipada de uns sobre outros. Com efeito, a aferição do interesse prevalecente em um dado confronto de interesses é procedimento que reconduz o administrador público à interpretação do sistema de ponderações estabelecido na Constituição e na lei, e, via de regra, obriga-o a realizar o seu próprio juízo ponderativo, guiado pelo dever de proporcionalidade”*.<sup>261</sup> Conforme o autor, a ponderação guiada pelo princípio da proporcionalidade deve criar *standarts* de decisão com peculiaridades do

---

<sup>261</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 105.

caso concreto, de modo a evitar o *mal reverso*, que é a *acentuada incerteza jurídica provocada por juízos de ponderação produzidos sempre caso a caso.*<sup>262</sup>

Trazendo ao caso concreto, as diretrizes do empreendimento devem estar justificadas em quantitativos e qualitativos que orientam a estratégia de produção da cidade em que a habitação é *entendida como a moradia provida de infraestrutura básica, de serviços urbanos e equipamentos comunitários* (PDDUA).

Dispensar parte dos recursos estrutura básica de serviços e equipamentos públicos comunitários exige, por determinação legal, a suficiência destes serviços e equipamentos no entorno e capazes de absorver a ser implantada, que é a motivação do ato administrativo e imprescindível para efeitos de permitir uma avaliação da razoabilidade do ato, franqueando o conhecimento dos motivos que levaram a administração a adotar tal medida.

A dispensa ou redução da área de destinação pública ou do quantitativo de sua conversão, como no presente caso em análise, é decisão que afeta o patrimônio público que, por determinação legal, está reservado ao Município. Por isso, as condições para a sua adoção no processo de parcelamento devem estar plenamente justificadas, fundamentadas no planejamento setorial e no diagnóstico dos equipamentos do entorno, como determina a lei.

### **3 A Conversão em Moeda Corrente e a Regulamentação do Pagamento pelo Decreto n. 15.170/06**

A discussão sobre as possibilidades de

---

<sup>262</sup> BINENBOJM, op. cit., p. 106.

conversão das áreas de destinação pública impõe algumas considerações muito importantes a respeito do modelo de conversão em moeda corrente, inserido há muito na legislação municipal e objeto de estudo por esta Procuradoria.

Tomando-se a conversão em estudo como instrumental do planejamento urbano, deve, necessariamente, obedecer à função social da propriedade, para a qual é imprescindível que exista um grau de razoabilidade entre a intensidade de seu uso com o potencial de desenvolvimento das atividades de interesse urbano. A destinação das áreas públicas no parcelamento do solo é, pois, concebida como um ônus inerente ao processo de urbanização da gleba, e os modelos de conversão devem manter essa compatibilidade pelos critérios quantitativos e valorativos da correspondente parte ideal da área em parcelamento.

Na hipótese de conversão do percentual de áreas de destinação públicas em moeda corrente nacional, inciso III do § 1º do artigo 138 do PDDUA, a regulamentação da forma de pagamento foi remetida a decreto do Poder Executivo. É o Decreto n. 15.170/06 e, é necessário que se faça uma análise quanto ao disposto no artigo 3º, inciso I, que concede o desconto de 10% em caso de pagamento à vista. Ou seja, a conversão deixa de ser conversão para ser uma redução do valor da área de destinação pública, valores se também destinado a equipamentos públicos comunitários = patrimônio público.

A receita decorrente da conversão das áreas de destinação pública em moeda corrente nacional tem finalidade estabelecida por lei – destinada à aquisição de outras áreas para implantação de equipamentos públicos comunitários. Assim como a possibilidade de dação de outra área, hipótese estabelecida no inciso I

do § 1º do artigo 138, é necessária *que seja mantida a correspondência de valores monetários de avaliação*, tal qual dispõe o parágrafo 2º do artigo 138. Tal regra vale, também, para a conversão em moeda corrente, pois, sem ela, conversão não seria, já que o sentido da palavra remete a ideia de mudar a natureza da dívida, não de reduzi-la.

O desconto de 10% desvia o decreto da finalidade de regulamentação da forma de pagamento, pois a subtração do valor não é forma de pagamento, mas beneficiamento.

Além disso, esta forma de conversão – em moeda corrente nacional – afasta-se das regras que orientam as outras duas hipóteses - dação de área (I) e urbanização e construção de equipamentos públicos (II) -, pois, em ambos os casos, está expressa na lei a necessidade de correspondência com o valor avaliado da área de destinação pública.

Assim, s.m.j., o desconto concedido no artigo 3º, inciso I, do Decreto n. 15.170/06 não tem fundamento legal e não pode ser aplicado sob pena de subverter o sistema de conversão de áreas públicas que pressupõe, necessariamente, a compatibilidade do valor da obrigação o valor da área de destinação pública.

Entretanto, a matéria tem inflexões no Direito Financeiro e regramento das receitas públicas, e, pela sua relevância, não pode ser esgotado no âmbito desta Procuradoria Especializada. É recomendável que o tema seja discutido no âmbito do Conselho Superior da Procuradoria-Geral do Município, pois, se acatado o presente estudo, deverá ser encaminhado ao Sr. Prefeito Municipal a orientação para que seja modificado o Decreto, adequando as possibilidades de parcelamento ao fato de que não é possível, sem previsão legal específica, o desconto para o pagamento

à vista.

## CONCLUSÃO

Considerando toda a motivação posta, as conclusões são as seguintes:

a) O presente estudo tem o propósito de analisar as condições que legitimam a possibilidade de redução da destinação de áreas públicas e comunitárias em desmembramento do solo e, através dos parâmetros jurídicos, fazer a definição de um padrão técnico do incentivo do artigo 12 da Lei Complementar n. 636/10. A finalidade é que a justificativa esteja fundamentada em critérios objetivos que orientem a decisão administrativa, resguardando-a do *juízo de ponderação produzido sempre caso a caso* e que resulta, inevitavelmente, na incerteza jurídica, na possibilidade de aumento de despesa para o Município e, conseqüentemente, na disposição de recursos públicos.

b) Para a aplicação do incentivo tratado no artigo 12 da Lei Complementar n. 636/10, é imprescindível a motivação da decisão da Comissão fundamentada no planejamento setorial e diagnóstico das condições dos equipamentos para serviços públicos comunitários no entorno e a capacidade de absorção da nova população assentada pelo empreendimento. A justificação técnica deverá estar fundamentada em critérios objetivos para evitar a decisão casuística e a incerteza jurídica.

c) A deliberação deverá estar motivada no parecer da comissão análise e aprovação do processo de licenciamento e, nos casos de dispensa de equipamento público, deverá ser providenciada, também, a sua dotação orçamentária para a implementação por parte do Município.

d) A escolha das hipóteses do §1º do artigo 138 do PDDUA é uma decisão técnica administrativa afeta aos órgãos públicos municipais vinculados aos serviços e infraestrutura necessários para a instalação das novas comunidades com vistas aos equipamentos e estrutura existente. Por isso, eventual alteração da deliberação quanto às hipóteses do §1º do artigo 138 deve retornar ao órgão coletivo que responde pelo processo de licenciamento, ou, nos termos do PDDUA, pelo Sistema Municipal de Gestão Pública (SMGP).

e) Assim, a conversão da reserva de área pública só pode ser implementada no caso da sua inadequação ou da área não atingir o percentual devido, nos termos do PDDUA, ou ainda, restritivamente aos empreendimentos enquadrados no Programa MCMV, disposto na Lei Complementar n. 636/10, nas hipóteses de suficiência de equipamentos. E, como hipóteses subsidiárias serão implementadas em substituição da reserva de áreas públicas.

f) Não há possibilidade de aplicação do desconto concedido no artigo 3º, inciso I, do Decreto n. 15.170/2006 por ausência de, pois o sistema de conversão estabelecido no PDDUA pressupõe, necessariamente, a compatibilidade do valor da obrigação pecuniária com o valor da área de destinação pública.

É o parecer.

ANA LUÍSA SOARES DE CARVALHO  
PROCURADORA DO MUNICÍPIO  
OAB 16776



## EXTENSÃO DE VANTAGEM E APLICAÇÃO DO ESTATUTO

Heron Nunes Estrella<sup>263</sup>

PARECER N. 1173/2011

PROCESSO N. 001.003481.09.3

INTERESSADO: Secretaria Municipal de Administração

**EMENTA:** Aplica-se às relações homoafetivas a mesma interpretação dada às relações de companheirismo, extensão das vantagens previstas na Lei Complementar n. 133/85 com relação a companheiro(a) do mesmo sexo do servidor(a).

A Sra. Gestora do CEDRE da Secretária Municipal de Administração remete processo para análise jurídica em face do questionamento feito quanto à aplicação do Estatuto dos Servidores do Município de Porto Alegre, Lei Complementar n. 133/85, às relações homoafetivas.

O processo foi iniciado pelo requerimento de servidor para gozar a licença luto, prevista no artigo 76, inciso III, da Lei Complementar n. 133/85, que considera como de efetivo exercício o afastamento em virtude de luto por falecimento de cônjuge, sendo a licença será de até oito dias.

---

<sup>263</sup> Procurador Municipal de Porto Alegre. Especialista em Direito Municipal pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul em conjunto com a Escola Superior de Direito Municipal, em 2002.

A Assessora do CEDRE, órgão da SMA, enumera três dúvidas relacionadas com a questão:

Sugerimos que os processos sigam à PPE/PGM, para análise e orientação quanto aos procedimentos a serem seguidos por este CEDRE/SRH, para a presente e futuras situações, com relação a companheiro de mesmo sexo do servidor, que com ele mantenha relacionamento estável:

1 - quanto à autoaplicabilidade ou não do art. 76, incisos II e III; art. 150 e art. 163, todos da LC n. 133/85;

2 - no pedido de licença nojo, que substituiria as faltas comandadas pelo requerente, no período de 22 a 29/12/2007, cabe aplicação do art. 188, do Estatuto;

3 - outras vantagens extensíveis ao cônjuge pela legislação municipal, conforme solicitação do servidor na inicial do processo n. 001.028259.06.8, anexo.

A partir da LC n. 478/02 (§ 7º do art. 25) regulamentado pelo Decreto n. 14.216/03, foi concedido benefício previdenciário a companheiro de mesmo sexo do segurado (servidor municipal).

De fato, o Município, seguindo orientação jurisprudencial já vem observando, na legislação previdenciária, a equivalência de situações quanto à sociedade de fato e às relações homoafetivas para considerar como dependentes do segurado do Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores do Município de Porto Alegre os companheiros(as) do segurado, assim tratados tanto os que são oriundos de uma união estável, quanto os de uma relação homoafetivas, conforme parágrafos 5º, 6º e 7º do artigo

25:

Art. 25 São dependentes dos segurados do RPPS: I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido:

...

§ 5º Considera-se companheiro ou companheira a pessoa que mantenha união estável com o segurado ou segurada;

§ 6º Considera-se união estável aquela verificada entre homem e a mulher como entidade familiar, quando forem solteiros, separados judicialmente ou de fato, divorciados ou viúvos, ou tenham prole em comum, enquanto não se separarem;

§ 7º Considera-se também companheiro ou companheira para fins de benefícios previdenciários, a pessoa do mesmo sexo do segurado que com ele mantém relacionamento estável, cujo vínculo será comprovado na forma disciplinada em regulamento.

Para análise do tema proposto, deve-se levar em conta que o regime jurídico dos servidores públicos do Município de Porto Alegre é o estatutário, essa é a premissa básica para resposta aos questionamentos da Secretaria Municipal de Administração.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Melo, a relação jurídica que interliga o Poder Público e os titulares de cargo público - ao contrário do que se passa com os empregados regidos pela CLT - não é de índole contratual, mas estatutária, institucional. Diz o doutrinador:

Nas relações contratuais, como se sabe direitos e obrigações recíprocos, constituídos nos termos

e na ocasião da avença, são unilateralmente imutáveis e passam a integrar de imediato o patrimônio jurídico das partes, gerando, desde logo, direitos adquiridos em relação a eles. Diversamente, no liame de função pública, composto sob a égide estatutária, o Estado, ressalvadas as pertinentes disposições constitucionais impeditivas, deterá o poder de alterar legislativamente o regime jurídico de seus servidores, inexistindo a garantia de que continuarão sempre disciplinados pelas disposições vigentes quando de seu ingresso. Então benefícios e vantagens, dantes previstos, podem ser ulteriormente suprimidos. Bem por isto, os direitos que deles derivem não se incorporam ao patrimônio jurídico do servidor (firmando-se como direitos adquiridos), do mesmo modo que nele se integrariam se a relação fosse contratual.<sup>264</sup>

Em outra obra, o mesmo autor, ao definir que o regime jurídico único previsto no *caput* do artigo 39 da Constituição Federal deverá ser necessariamente o regime estatutário, esclarece que os mandamentos da CLT não podem ser utilizados para resolver questões de servidores efetivos:

Não cabe a menor hesitação em concluir que o regime previsto na Consolidação das Leis do Trabalho, ou seja, o de emprego - embora sem estar proscrito de modo absoluto - é radical e definitivamente incompatível com a regência da generalidade dos servidores públicos civil, servidores que são das pessoas jurídicas de direito público.

---

<sup>264</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 13. Ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 235-236.

Desde logo, a disciplina trabalhista foi concebida para dispor sobre relações entre particulares, em atenção, pois, a interesses desta ordem, perfeitamente estranhos à problemática que está em causa quando se trata de proteger e resguardar interesses públicos.

Assim, conquanto nela se busque proteger o empregado, parte mais fraca na relação de trabalho, nem por isso deixa de respeitar, embora com atenuações, a "autonomia da vontade" do empregador e da senhoria que tem sobre o que lhe pertence; a dizer: sobre a empresa, que é propriedade sua. Daí que se pode dispensar o empregado a seu talante, bastando que pague indenização compensatória, a teor do art. 7<sup>o</sup>, I, da Lei Magna. Dispõe, então, de uma liberdade que seria inconcebível nas relações de direito público, em que o administrador não é um "dominus", um senhor dos interesses, negócios ou bens, colocados sob sua cura, mas simples gestor de interesses alheios, os da coletividade.

...

76. É indubitavelmente certo que o regime comum, normal dos servidores públicos civis, terá de ser um regime de direito público; o regime de cargo, de funcionário público - não o de emprego. Portanto, terá de ser o regime designado, entre nós, como estatutário. E isto por duas razões: uma principiológica; outra colhida em disposições explícitas da Constituição, por força das quais, pode-se depreender que, ali mesmo, já está feita a referida opção quanto ao regime normal aplicável ao servidor público civil.<sup>265</sup>

---

<sup>265</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 81-82.

No regime estatutário a relação é unilateral, não contratual, de direito público, visando o interesse do serviço do Estado, não tendo espaço para a autonomia das vontades, porque sempre delineada pela lei.

É evidente que os ensinamentos de outros ramos do Direito podem ser utilizados para formar a convicção do operador do direito, mas se deve ter sempre em consideração que são os princípios e ensinamentos do Direito Administrativo que irão formar o cerne dos entendimentos jurídicos para resolver as dúvidas da SMA.

No âmbito do direito, a questão da orientação sexual e as concepções preconcebidas sobre a homossexualidade devem ser analisadas sob uma ótica jurídica diferenciada, partindo-se da Constituição Federal e levando-se em consideração a discriminação por orientação sexual.

De fato, o entendimento da discriminação por orientação sexual deve ir além dos conceitos sociológicos e religiosos, pois a compreensão desta discriminação nas situações onde os regimes jurídicos atribuem a alguém determinado direito em razão da sua orientação sexual, seja para outra pessoa do mesmo sexo (homossexualidade), seja do sexo oposto (heterossexualidade) ou se ambos os sexos (bissexualidade), deve ser compreendida tendo como base a própria Constituição Federal.

Não é suficiente, no entanto, ler-se literalmente o §3º, do artigo 226 da Carta Magna, que ordena ao Estado proteger a união estável entre um homem e a mulher como entidade familiar, pois o próprio **caput** do artigo traz o comando constitucional que deve ser perseguido na leitura do citado parágrafo.

Esta é a interpretação da Constituição feita pelo Supremo Tribunal Federal, que afirma que o termo

família deve ser lido "em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heterossexuais ou por pessoas assumidamente homoafetivas" (transcrição parcial do voto do Ministro Ayres Brito, cujo parágrafo é citado completo infra).

No caso, estamos diante de uma discriminação direta, de uma interpretação jurídica aparentemente neutra de uma norma que não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988. Constituição que deu uma nova roupagem ao conceito de família (para fins legais) e colocou sobre a proteção do Estado a União Estável. Esta deve ser compreendida a luz dos princípios fundamentais da dignidade humana (art. 1º, III), da igualdade (art. 5º, caput), da vedação de discriminações odiosas (art. 3º, inciso IV), da liberdade (art. 5º caput) e da proteção à segurança jurídica.

Em relação às questões formuladas pela SMA, a Lei Complementar n. 133/85 prevê apenas que a licença luto será concedida por ocasião do falecimento do cônjuge, e não do companheiro(a), seja este de uma relação heterossexual, seja de uma relação homoafetiva.

Aliás, a Lei Complementar n. 133, de 31 de dezembro de 1985, nem prevê a hipótese de união estável, em total desacordo com os ditames da Constituição Federal de 1988, que expressamente prevê o reconhecimento da união estável e a coloca sob a proteção do Estado.

Desta forma, a Lei Complementar n. 133/85, deve ser interpretada a luz da Constituição Federal, dando ao companheiro(a) na união estável o mesmo tratamento dado ao cônjuge no casamento, seja esta união formada por casais heterossexuais, seja formada por uma relação homoafetiva.

Deve, pois, ser feita nova interpretação do Estatuto dos Servidores do Município de Porto Alegre, segundo os princípios contidos na Constituição Federal e na visão jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.

Para tanto, busca-se o paradigma no julgamento da Ação Constitucional de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, apresentada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro para estender, no âmbito das relações estatutárias mantidas pelo Estado do Rio de Janeiro com os seus servidores o reconhecimento de que o regime jurídico das uniões estáveis também deve se aplicar às relações homoafetivas.

A petição inicial traz como fundamento jurídico a seguinte fundamentação:

5. A presente ação se desenvolve em torno de duas teses centrais. A primeira é a de que um conjunto de princípios constitucionais impõe a inclusão das uniões homoafetivas no regime jurídico da união estável, por se tratar de uma espécie em relação ao gênero. A segunda tese é a de que , ainda quando não fosse uma consequência imediata do texto constitucional, a equiparação de regimes jurídicos decorreria de uma regra de hermenêutica: na lacuna da lei, deve-se integrar a ordem jurídica mediante o emprego da analogia. Como as características essenciais da união estável previstas no Código Civil estão presentes nas uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, o tratamento jurídico deve ser o mesmo, sob pena de se produzir discriminação inconstitucional.

6. Os princípios em questão são do da igualdade, da liberdade, da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica. A analogia, por sua vez, impõe a extensão, a uma hipótese não prevista

no ordenamento, da norma aplicável à situação mais próxima. Pois bem: a situação que melhor se equipara à da união afetiva não é, por certo, a sociedade de fato, em que duas ou mais pessoas empreendem esforços para fins comuns, geralmente de natureza econômica. A analogia adequada, como se constata singelamente, é a da união estável. Chega-se aqui ao conceito-chave no equacionamento do tema: é sobretudo a efetividade, não a sexualidade ou o interesse econômico, que singulariza as relações homoafetivas e que merece a tutela do Direito.

Lá, como aqui, a legislação estatutária citava somente o cônjuge como causa de um direito; como por exemplo: licença para acompanhar cônjuge eleito para o Congresso Nacional ou mandado servir em outras localidades se militar, servidor público ou com vínculo empregatício em empresa estadual ou particular na redação do art. 19, inciso V da Lei n. 800/94 do Estado do Rio de Janeiro, semelhante ao art. 163 da Lei Complementar n. 133/85, onde o funcionário terá direito à licença, sem retribuição pecuniária, para acompanhar o cônjuge quando este for transferido independentemente de solicitação própria para fora da Região Metropolitana de Porto Alegre.

A Advocacia-Geral da União, ao se manifestar na ADPF 132, além de se posicionar pelo conhecimento parcial da arguição, entendeu que as citadas normas estatutárias do Estado Rio de Janeiro devem ser interpretadas conforme a Constituição Federal, contemplando, nos conceitos de cônjuge e de família, os companheiros de uniões homoafetivas, declarando a nulidade das decisões judiciais, no âmbito daquela unidade da Federação, que se orientam em sentido contrário, por flagrante violação de preceitos

fundamentais.

O Ministério Público Federal discorda da posição processual da AGU, pois atribui a demanda eficácia *erga omnes*, porque diz com direitos fundamentais de um grupo de cidadãos que estão em todas as unidades da Federação. No mérito, aprofunda os argumentos do Autor e da AGU ao extrair diretamente da Constituição Federal, "notadamente dos princípios da dignidade humana (art. 1º, III), da igualdade (art. 5º, caput), da vedação de discriminações odiosas (art. 3º, inciso IV), da liberdade (art. 5º, caput) e da proteção à segurança jurídica, a obrigatoriedade do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar".

Nos seus argumentos, a Advocacia-Geral da União e o Ministério Público Federal citam juristas gaúchos para robustecer a defesa das suas teses e são base da doutrina deste parecer.

Diz o Dr. Roger Raupp Rios:

[...] a discriminação por orientação sexual é uma hipótese de diferenciação fundada no sexo para quem alguém dirige seu envolvimento sexual, na medida em que a caracterização de uma outra orientação sexual resulta da combinação dos sexos das pessoas envolvidas na relação. Assim, Pedro sofrerá ou não discriminação por orientação sexual em virtude do sexo da pessoa para quem dirigir seu desejo ou conduta sexual. Se orientar-se para Paulo, experimentará a discriminação; todavia se dirigir-se para Maria, não suportará tal diferenciação. Os tratamentos diferentes, neste contexto, têm a sua razão de ser no sexo de Paulo (igual ao de Pedro) ou de Maria (oposto ao de Pedro). Este exemplo ilustra com clareza como a discriminação por orientação sexual retrata uma hipótese de discriminação por

motivo de sexo.<sup>266</sup>

Cita-se, também, o ensinamento da Dra. Maria Berenice Dias:

Nítido o repúdio do legislador no manejo de questões encharcadas de preconceito. No Brasil, nem a Constituição e nem a lei tomam conhecimento da homossexualidade, não lhe dando aprovação nem punições. Assim, está-se impondo às relações homoafetivas o mesmo calvário percorrido pelo concubinato antes da constitucionalização dos vínculos afetivos heterossexuais não-matrimonializados, e que receberam o nome de união estável.

(...)

Havendo identidade de sexo, ainda que meramente biológica, a demanda, proposta no juízo cível, provavelmente será extinta, decantando-se a carência de ação, por impossibilidade jurídica do pedido. Raros julgados emprestam juridicidade a tais vínculos. Mesmo quando comprovada a convivência duradoura, pública e contínua, é reconhecida somente a existência de uma sociedade de fato, sob o fundamento de ser impertinente qualquer indagação sobre a vida íntima de um e de outro. Não se concede alimentos e nem direitos sucessórios.<sup>267</sup>

A Constituição outorgou especial proteção à família, independentemente da celebração do casamento, bem como às famílias monoparentais. Mas a família não se define exclusivamente em razão do vínculo entre um

---

<sup>266</sup> RIOS, Roger Raupp. *O Princípio da Igualdade e a Discriminação por Orientação Sexual*. São Paulo: RT, 2002, p. 133.

<sup>267</sup> DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual: o Preconceito e a Justiça*. 3. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 88-89.

homem e uma mulher ou doa convivência dos ascendentes com seus descendentes. Também o convívio de pessoas do mesmo sexo ou de sexos diferentes, ligadas por laços afetivos, sem conotação sexual, cabe ser reconhecido como entidade familiar. A prole ou a capacidade procriativa não são entidade familiar. A prole ou a capacidade procriativa não são essenciais para que a convivência de duas pessoas mereça a proteção legal, descabendo deixar fora do conceito de família as relações homoafetivas. Presentes os requisitos de vida em comum, coabitação, mútua assistência, é de se concederem os mesmo direitos e se imporem iguais obrigações a todos os vínculos de afeto que tenham idênticas características. Enquanto a lei não acompanha a evolução da sociedade, a mudança de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, ninguém, muito menos os juízes, pode fechar os olhos a essas realidades. Posturas preconceituosas ou discriminatórias geram grandes injustiças. Descabe confundir questões jurídicas com questões de caráter moral ou de conteúdo meramente religioso. Essa responsabilidade de ver o novo assumiu a Justiça ao emprestar juridicidade às uniões extraconjugais. Deve, agora, mostrar igual independência e coragem quanto às uniões de pessoas do mesmo sexo. Ambas são relações afetivas, vínculos em que há comprometimento amoroso. Assim, impositivo reconhecer a existência de um gênero de união estável que comporta mais de uma espécie: união estável heteroafetiva e união estável homoafetiva. Ambas merecem ser reconhecidas como entidade familiar. Havendo convivência duradoura, pública e contínua entre duas pessoas, estabelecida com o objetivo de constituição de família, mister reconhecer a

existência de uma união estável. Independente do sexo dos parceiros faz jus à mesma proteção. Ao menos até que o legislador regularmente as uniões homoafetiva - como já fez a maioria dos países do mundo civilizado -, incumbe ao Judiciário emprestar-lhes visibilidade e assegurar-lhes os mesmos direitos que merecem as demais, relações afetivas. Essa é a missão fundamental da jurisprudência, que necessita desempenhar seu papel de agente transformador dos estagnados conceitos da sociedade [...]<sup>268</sup>

No âmbito da jurisprudência nacional, existem acórdãos paradigmas que sustentam a nova orientação jurídica trazida por este parecer à interpretação da Lei Complementar n. 133/85.

Primeiramente, do ponto de vista previdenciário do tema, refere-se o julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que reconheceu a possibilidade de o parceiro homoafetivo gozar de benefício previdenciário:

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. ABRANGÊNCIA NACIONAL DA DECISÃO. HOMOSSEXUAIS. INSCRIÇÃO DE COMPANHEIROS COMO DEPENDENTES NO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. 1. Possui legitimidade ativa o Ministério Público Federal em se tratando de ação civil pública que objetiva a proteção de interesses difusos e a defesa de direitos individuais homogêneos. 2. Às ações coletivas não se nega a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, de lei ou ato normativo federal ou local.3.

---

<sup>268</sup> DIAS, op. cit., p. 71-99.

A regra do art. 16 da Lei n. 7.347/85 deve ser interpretada em sintonia com os preceitos contidos na Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), entendendo-se que os limites da competência territorial do órgão prolator, de que fala o referido dispositivo, não são aqueles fixados na regra de organização judiciária, mas sim, aqueles previstos no art. 93 do CDC. 4. Tratando-se de dano de âmbito nacional, a competência será do foro de qualquer das capitais ou do Distrito Federal, e a sentença produzirá os seus efeitos sobre toda a área prejudicada. 5. O princípio da dignidade humana veicula parâmetros essenciais que devem ser necessariamente observados por todos os órgãos estatais em suas respectivas esferas de atuação, atuando como elemento estrutural dos próprios direitos fundamentais assegurados na Constituição. 6. A exclusão dos benefícios previdenciários, em razão da orientação sexual, além de discriminatória, retira da proteção estatal pessoas que, por imperativo constitucional, deveriam encontrar-se por ela abrangidas. 7. Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal (na qual, sem sombra de dúvida, se inclui a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana. 8. As noções de casamento e amor vêm mudando ao longo da história ocidental, assumindo contornos e formas de manifestação e institucionalização plurívocos e multifacetados, que num movimento de transformação permanente colocam homens e mulheres em face de distintas possibilidades de materialização das trocas afetivas e sexuais. 9. A

aceitação das uniões homossexuais é um fenómeno mundial - em alguns países de forma mais implícita - com o alargamento da compreensão do conceito de família dentro das regras já existentes; em outros de maneira explícita, com a modificação do ordenamento jurídico feito de modo a abarcar legalmente a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo. 10. O Poder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais, que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes se antecipam às modificações legislativas. 11. Uma vez reconhecida, numa interpretação dos princípios norteadores da constituição pátria, a união entre homossexuais como possível de serem abarcada dentro do conceito de entidade familiar e afastadas quaisquer impedimentos de natureza atuarial, deve a relação da Previdência para com os casais de mesmo sexo dar-se nos mesmos moldes das uniões estáveis entre heterossexuais, devendo ser exigido dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos para fins de comprovação do vínculo afetivo e dependência econômica presumida entre os casais (art. 16, I, da Lei n. 8.213/91), quando do processamento dos pedidos de pensão por morte e auxílio-reclusão. (Ap. Civ. 2000.71.00.009347-0, 6ª Turma, Rei. Dês. João Batista Pinto Silveira, data julgamento 27/07/2005)

Num segundo momento, pela abordagem do direito eleitoral, cita-se acórdão do Tribunal Superior Eleitoral, a propósito da impugnação do registro de candidata ao cargo de Prefeito de Viseu/PA, que mantinha relação estável com a então prefeita reeleita daquela cidade.

REGISTRO DE CANDIDATO. CANDIDATA AO

CARGO DE PREFEITO. RELAÇÃO ESTÁVEL HOMOSSEXUAL COM APREFEITA REELEITA DO MUNICÍPIO. INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal. Recurso a que se dá provimento. (Recurso Especial Eleitoral n. 24.564/PA, rei. Min. Gilmar Mendes)

Por fim, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132 e ADI 4277, a primeira ajuizada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, o Egrégio Supremo Tribunal Federal pacificou a discussão ao julgar, por unanimidade, procedente a ação, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, com a seguinte decisão:

Decisão: Prosseguimento no julgamento, o Tribunal conheceu da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 como ação direta de inconstitucionalidade, por votação unânime. Prejudicado o primeiro pedido originariamente formulado na ADPF, por unânime. Em seguida, o Tribunal, ainda por votação unânime, julgou procedente as ações, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, autorizados os Ministros a decidirem monocraticamente sobre a mesma questão, independentemente da publicação do acórdão. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Plenário, 05.05.2011.

Como se observa a decisão atribui eficácia *erga omnes* e tem efeito vinculante em relação aos demais

órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, e do ato administrativo que vier a contrariar esta decisão caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida, conforme o caso.

No corpo do voto do eminente relator Ministro/jurista/poeta surge a clarificação da interpretação do que se afirmou no início deste parecer, de que a Constituição Federal deu uma nova roupagem ao conceito de família (para fins legais) e colocou sobre a proteção do Estado a união estável.

12. Prossigo para ajuizar que esse primeiro trato normativo da matéria já antecipa que o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação constitucional aqui reproduzido em nota de rodapé (inciso IV do art. 3º) é a explícita vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos. Tratamento discriminatório ou desigualitário sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de "promover o bem de todos" (este o explícito objetivo que se lê no inciso em foco). (grifo no original)

13. "Bem de todos", portanto, constitucionalmente versado como uma situação jurídica ativa a que se chega pela eliminação do preconceito de sexo. Se se prefere, "bem de todos" enquanto valor objetivamente posto pela Constituição para dar sentido e propósito ainda mais adensados à vida de cada ser humano em particular, com reflexos positivos no equilíbrio da sociedade. O que já nos remete para o

preâmbulo da nossa Lei Fundamental, consagrador do "Constitucionalismo fraternal" sobre que discorro no capítulo de n. VI da obra "Teoria da Constituição", Editora Saraiva, 2003. Tipo de constitucionalismo, esse, o fraternal, que se volta para a integração comunitária das pessoas (não exatamente para a "inclusão social") a se viabilizar pela imperiosa adoção de políticas públicas afirmativas da fundamental **igualdade civil-moral** (mais do que simplesmente econômico-social) dos estratos sociais historicamente desfavorecidos e até vilipendiados. Estratos ou segmentos sociais como, por ilustração, o dos negros, o dos índios, o das mulheres, o dos portadores de deficiência física e/ou mental e o daqueles que, mais recentemente, deixaram de ser referidos como "homossexuais" para ser identificados pelo nome de "homoafetivos". Isto de parelha com leis e políticas públicas de cerrado combate ao preconceito, a significar, em última análise, **a plena aceitação e subsequente experimentação do pluralismo sócio-político-cultural**. Que é um dos explícitos valores do mesmo preâmbulo da nossa Constituição e um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, inciso V do art. 1<sup>o</sup>. Mais ainda, pluralismo que serve de elemento conceitual da própria democracia material ou de substância, desde que se inclua no conceito da democracia dita substancialista **a respeitosa convivência dos contrários**. Respeitosa convivência dos contrários que John Rawls interpreta como a superação de relações historicamente servis ou de verticalidade sem causa. Daí conceber um "princípio de diferença", também estudado por Francesco Viola sob o conceito de "similitude" (ver ensaio de Antônio Maria Baggio, sob o título de "A redescoberta da fraternidade na época do

"terceiro" 1789", p. 7-24 da coletânea O PRINCÍPIO ESQUECIDO, CIDADE NOVA, São Paulo, 2008). (grifo no original)

...

28. De toda essa estrutura de linguagem prescritiva ("textos normativos", diria Friedrich Muller). Salta à evidência que a parte mais importante é a **própria cabeça do art. 226, alusiva à instituição da família, pois somente ela - insista-se na observação - é que foi contemplada com a referida cláusula da especial proteção estatal. Mas significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heterossexuais ou por pessoas assumidamente homoafetivas.** Logo, família como fato cultural e espiritual ao mesmo tempo (não necessariamente como fato biológico). Tanto assim que referida como parâmetro de fixação do salário mínimo de âmbito nacional (inciso IV do art. 7º) e como específica parcela da remuneração habitual do trabalhador ("salário-família", mais precisamente, consoante o inciso XII do mesmo art. 5º), sem que o Magno Texto Federal a subordinasse a outro requisito de formação que não a faticidade em si da sua realidade como autonomizado conjunto doméstico. O mesmo acontecendo com outros dispositivos constitucionais, de que servem de amostra os incisos XXVI, LXII e LXIII do art. 5º, art. 191, inciso IV e § 12º do art. 201, art. 203, art. 205 e inciso IV do art. 221, **nos quais permanece a invariável diretriz do não atrelamento da formação da família a casais heterossexuais nem a qualquer formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa; vale dizer, em todos esses preceitos a Constituição limita o seu discurso ao reconhecimento da família como instituição**

**privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica.** Sem embargo de, num solitário parágrafo § 1º do art. 183, referir-se à dicotomia básica do homem e da mulher, mas ainda assim: a) como forma especial de equiparação da importância jurídica do respectivo labor masculino e feminino; b) como resposta normativa ao fato de que, não raro, o marido ou companheiro abandona o lar e com mais facilidade se predispõe a negociar seu título de domínio ou de concessão de uso daquele bem imóvel até então ocupado pelo casal. Base de inspiração ou vetores que já obedecem a um outro tipo de serviência a valores que não se hierarquizam em função heteroafetividade ou da homoafetividade das pessoas. (grifo no original)

O magnífico voto do jurista impõe uma nova interpretação do Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Porto Alegre, Lei Complementar n. 133/85. Responde as questões formuladas pela Secretaria Municipal da Administração, podendo-se afirmar que os art. 76, incisos II e III; art. 150 e art. 163, todos do referido Estatuto, são "autoaplicáveis" e se estendem às relações estáveis independentemente de se constituírem por pessoas de sexo oposto ou não, além de atender ao pedido do requerente de concessão da licença luto, não se aplicando o art. 188 da LC n. 133/85.

No voto do Ministro Celso de Mello, encontramos outro mandamento aos Administradores Públicos e operadores do direito público:

Por isso, Senhor Presidente, é **que se impõe proclamar**, agora mais que nunca, **que**

**ninguém**, absolutamente ninguém, **pode** ser privado de direitos **nem** sofrer **quaisquer** restrições de ordem jurídica **por motivo** de sua orientação sexual.

**Isso significa** que também os homossexuais **têm** o direito de receber **a igual** proteção das leis e do sistema político-jurídico instituídos pela Constituição da República, **mostrando-se** arbitrário e inaceitável **qualquer** estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguais as pessoas **em razão** de sua orientação sexual.

Essa afirmação, mais do que simples proclamação retórica, **traduz** o reconhecimento, **que emerge** do quadro das liberdades públicas, de que o Estado **não pode** adotar medidas **nem formular** prescrições normativas que provoquem, **por efeito** de seu conteúdo discriminatório, **a exclusão jurídica** de grupos, minoritários ou não, **que integram** a comunhão nacional.

**Incumbe**, por isso mesmo, **a esta** Suprema Corte, **considerada** a natureza eminentemente constitucional dessa cláusula impeditiva de tratamento discriminatório, vetar pela integridade dessa proclamação, **pois**, em assim agindo, o **Supremo Tribunal Federal**, ao proferir este julgamento - que já se mostra **impregnado** de densa significação histórica -, **estará viabilizando** a plena realização **dos valores** da liberdade, da igualdade e da não discriminação, **que representam** fundamentos essenciais à configuração de uma sociedade verdadeiramente democrática. (grifos no original)

Portanto, relativamente aos servidores estatutários que mantêm uma relação estável homoafetiva também se aplicam as normas do Estatuto

dos Servidores Públicos Municipais, Lei Complementar n. 133/85.

Deve esta orientação jurídica valer para todos os órgãos da Administração Pública Municipal - Administração centralizada e indireta, pois o Estatuto dos Servidores é norma de conteúdo geral e abrange todos os servidores públicos estatutários.

Opino, pois, no sentido de aplicarem-se os princípios fundamentais da dignidade humana (art. 1º, III da CF), da igualdade (art. 5º, caput, da CF), da vedação de discriminações odiosas (art. 3º, inciso IV, da CF), da liberdade (art. 5º, caput, da CF) e da proteção à segurança jurídica para interpretar as normas contidas na Lei Complementar n. 133/85 em relação aos servidores públicos estatutários que mantém uma relação estável homoafetiva, estendendo-se a estes as interpretações já consolidadas na Administração Municipal no que se refere ao instituto da união estável prevista na Constituição Federal.

Porto Alegre, 11 de agosto de 2011.

Heron Nunes Estrella  
Procurador Municipal



**MUNICÍPIO EM JUÍZO**



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL****PENHORA ON LINE. EXECUÇÃO FISCAL**Giovani Kerber Jardim<sup>269</sup>

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 70055247746  
Interposto pela executada GRUPOSUL ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA., Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relatora a Des<sup>a</sup>. Laura Louzada Jaccottet, julgado em 06-11-13, área do direito: DIREITO TRIBUTÁRIO E EXECUÇÃO FISCAL

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. UNIDADES AUTÔNOMAS.

Dívida incidente sobre imóvel fracionado com lotes averbados no álbum imobiliário, motivo que afasta a responsabilidade solidária da agravante. Existência expressa de limitação da parte correspondente ao seu domínio, inclusive com “Cartas de Habitação” expedidas pela Prefeitura Municipal de Porto Alegre demonstrando as individualizações no terreno. Destarte, determinadas as porções da propriedade, com a especificação na matrícula acerca da fração que compete a cada um dos proprietários, somando-se à expedição de “Cartas de Habitação” individualizadas, não há falar em solidariedade passiva tributária no caso concreto. Limitação da penhora online à quota-parte pertencente à

---

<sup>269</sup> Procurador Municipal de Porto Alegre.

agravante. Outrossim, impõe-se o afastamento da tese de impenhorabilidade, pois não demonstrada a natureza salarial dos valores constritos.

DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. UNÂNIME.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 70055234009  
Interposto pela executada MARGARETE MASCHIO, Segunda  
Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relatora a Des<sup>a</sup>.  
Laura Louzada Jaccottet, julgado em 06-11-13, área do  
direito: DIREITO TRIBUTÁRIO E EXECUÇÃO FISCAL

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO  
TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL.  
IMPENHORABILIDADE. ÔNUS DA PROVA QUE  
INCUMBE A QUEM ALEGA.

Incumbia à agravante trazer aos autos prova da impenhorabilidade de seus rendimentos a fim de que não restassem dúvidas se tratar de remuneração recebida a título de honorários advocatícios, compreendendo natureza salarial. Inteligência do artigo 333, I, do Código de Processo Civil. Precedente deste Órgão Fracionário.

NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. UNÂNIME.

## COMENTÁRIOS

Cuidam-se de recursos de agravo de instrumento interpostos por GRUPOSUL ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA. (n. 70055247746) e por

MARGARETE MASCHIO (n. 70055234009), cada uma de *per si*, contra decisão interlocutória proferida pelo Juízo da 8ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Porto Alegre/RS, a qual tem competência para os processos de execução fiscal do MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE.

Essa decisão de primeiro grau deferiu pedido de penhora de ativos financeiros (penhora *online*), via sistema BACENJUD, contra os quatro executados na execução fiscal n. 001/1.11.0297688-2. Foram bloqueados ativos financeiros de duas executadas, a saber, GRUPOSUL ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA., no valor de R\$ 757.665,70, e de MARGARETE MASCHIO, no valor de R\$ 141.513,77, totalizando R\$ 899.179,47.

As duas executadas interpuseram, cada uma separadamente, como visto acima, recurso de agravo de instrumento. O MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE apresentou contrarrrazões a ambos os reclamos. O e. Tribunal de Justiça Gaúcho acolheu os fundamentos de fato e de direito esgrimidos pela municipalidade, negando provimento aos dois recursos, salvo em um ponto levantado no recurso da empresa GRUPOSUL, de modo que, em consequência, em relação a ela, o provimento foi parcial, como adiante será especificado.

O caso merece destaque não apenas pelo valor em si, que é expressivo em nível de penhora *online*, mas também, e principalmente, por dois argumentos levantados nas razões recursais, um por cada parte agravante, e devidamente afastados nos respectivos julgamentos. GRUPOSUL ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA. arguiu, dentre outros argumentos, que o ativo financeiro penhorado seria verba salarial para obreiros, pintores, eletricitas etc., de modo que ele constituiria seu ativo circulante.

MARGARETE MASCHIO, por sua vez, alegou, também dentre outros argumentos, que o ativo financeiro bloqueado na sua conta seria impenhorável porque decorreria, exclusivamente, de honorários advocatícios, os quais constituiriam verba alimentar.

O Tribunal de Justiça rechaçou os dois argumentos acima referidos, sob o fundamento, em suma, de que ausente prova estreme de dúvidas a comprová-los. O substrato das duas decisões do Tribunal de Justiça, e muito relevante, é a relativização do instituto jurídico da impenhorabilidade da renda com natureza salarial. Isto fica mais significativo quando a executada MARGARETE MASCHIO, advogada, e tudo a indicar com uma consistente parceria profissional na área imobiliária com a executada GRUPOSUL, alegou que o valor bloqueado decorreria de serviços advocatícios.

O único ponto vitorioso dos dois reclamos foi em relação à executada GRUPOSUL, no tocante à declaração de que a constrição deve ficar limitada a sua fração ideal, valendo dizer, consoante a respectiva tese, que, no ponto, não há solidariedade, questão jurídica já pacificada nos pretórios.

Ambas as partes executadas interpuseram recursos, mas não obtiveram êxito, de sorte que as duas decisões do Tribunal de Justiça Gaúcho não sofreram alterações.

Giovani Kerber Jardim  
Procurador Municipal  
OAB/RS n. 39.929 – Matrícula n. 51988.4

**ACÓRDÃO 70055247746 - VOTO RELATOR  
(DESEMBARGADORA LAURA LOUZADA  
JACCOTTET (RELATORA))<sup>270</sup>**

O artigo 34 do Código Tributário Nacional, tratando do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU), preceitua que “*Contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título*”.

Embora a Súmula 399 do Superior Tribunal de Justiça tenha estabelecido que “*Cabe à legislação municipal estabelecer o sujeito passivo do IPTU*”, não há, na órbita legislativa do Município de Porto Alegre, qualquer excepcionalidade à regra geral insculpida no Codex Tributário, permanecendo a sujeição passiva do proprietário do imóvel.

*In casu*, consoante se depreende da matrícula do bem objeto da dívida, fls. 36/39, está-se a tratar imóvel registrado sob o número 13259 perante o Registro de Imóveis da 6ª Zona de Porto Alegre, loteado em diversas frações devidamente averbadas no álbum imobiliário.

Relativamente à quota-parte de propriedade da agravante, verifica-se que esta abrange a fração ideal de 0,370100, correspondente à área de 7.402,00m<sup>2</sup> (sete mil quatrocentos e dois metros quadrados), conforme fl. 38 dos autos.

A controvérsia cinge-se, pois, na possibilidade de se exigir o pagamento da totalidade do tributo – IPTU – de titular de parte do bem ensejador da dívida.

Depois de acurada análise do caso concreto, concluo que a propriedade da agravante, de fato, não pode ser entendida como sobre a totalidade do bem imóvel objeto da cobrança exequenda, mas tão somente

---

<sup>270</sup> Disponível em: [www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc](http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc).

a quota-parte que efetivamente lhe cabe, tudo com a finalidade tributária.

Não há como considerar a empresa recorrente como sujeito passivo da integralidade da dívida que incide sobre a gleba se há a expressa limitação da parte correspondente ao seu domínio, equivalente à fração ideal de 0,370100, fl. 38.

Ademais, as “Cartas de Habitação” expedidas pela Prefeitura Municipal de Porto Alegre, fls. 219/225, demonstram que o terreno localizado na Avenida Francisco Silveira Bitencourt<sup>271</sup>, objeto de incidência do imposto, possui unidades com numerações distintas, tratando-se de diversos depósitos e de um restaurante, todos com estacionamentos privativos, devidamente individualizados.

Ora, a Prefeitura Municipal de Porto Alegre, responsável por cobrar o Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana, deve ter o inequívoco conhecimento da divisão do imóvel em questão, eis que as “Cartas de Habitação” foram por ela expedidas.

Em tal contexto, não há dúvidas de que o Município de Porto Alegre, ente tributante, tenha condições de realizar a cobrança individualizada dos respectivos proprietários da área.

Logo, porque verificada a limitação da propriedade, com a especificação na matrícula acerca da fração que compete a cada um dos proprietários e a expedição de “Cartas de Habitação” individualizadas, não há falar em solidariedade passiva tributária no caso concreto.

Nesse sentido, colaciono jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. IPTU.

---

<sup>271</sup> Matrícula n. 13259 do Registro de Imóveis da 6ª Zona de Porto Alegre.

TRIBUTAÇÃO SOBRE NOVAS UNIDADES AUTÔNOMAS CONSTRUÍDAS EM EDIFÍCIO RESIDENCIAL. DESNECESSIDADE DA INSCRIÇÃO PRÉVIA INDIVIDUALIZADA NO REGISTRO DE IMÓVEIS. LEGALIDADE DA EXAÇÃO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 32, 34 E 116, INCISO I, DO CTN. 1. Cinge-se a controvérsia em se estabelecer a possibilidade de o fisco, verificando alteração em imóvel pré-existente, que se dividiu em unidades autônomas, poder proceder a novas inscrições de IPTU, sem que haja registro das novas unidades em cartório de imóveis. 2. O art. 32 do CTN estabelece que o fato gerador do IPTU é a propriedade, o domínio útil ou a posse. O art. 34 do referido diploma preconiza que o "Contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título." 3. É absolutamente dispensável qualquer exigência de prévio registro imobiliário das novas unidades para que se proceda ao lançamento do IPTU individualizado, uma vez que basta a configuração da posse de bem imóvel para dar ensejo à exação. Vários são os precedentes do STJ nesse sentido, dentre eles: REsp 735.300/SP, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJe 03/12/2008. 4. É suficiente para ensejar a cobrança do IPTU a verificação das unidades autônomas acrescidas ao imóvel, uma vez ser "cediço que os impostos reais (IPTU e ITBI, em especial) referem-se aos bens autonomamente considerados." (REsp 722.752/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe11/11/2009). 5. Recurso especial provido. (REsp 1347693/RS, Relator Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/04/2013).

Deve a parte agravante, pois, responder apenas

pela fração ideal da qual detém o domínio, restringindo-se a penhora *online* à quota-parte do imóvel pertencente à empresa agravante, qual seja, 37,10%.

Outrossim, quanto à alegação de impenhorabilidade dos valores constrictos ou de inviabilidade da penhora *online*, consigno não merecer guarida, pois ausente qualquer prova nos autos a consubstanciar o argumento da agravante acerca do fato de que os ativos financeiros objetos de penhora seriam verba salarial.

Nesse ponto, bem destacou o agravado ao sustentar, em suas contrarrazões, fls. 247/253, que, embora não se ignore a hipótese de que a empresa tenha compromissos de natureza trabalhista, *não há de se inferir, por essa razão, que todo o seu ativo seja destinado tão somente para esse fim.*

Ademais, não demonstrou a apelante, no caso concreto, que a penhora lhe fosse impeditiva da execução de suas atividades empresariais, o que poderia, excepcionalmente, ensejar o levantamento da constrição para a substituição por outro bem.

Desta feita, mostra-se correto o deferimento da penhora *online*, restando sem razão a agravante no tópico, pois.

Afastada a alegação de impenhorabilidade, de relevar-se não se há falar na possibilidade de flexibilização da ordem de constrição legal, inculpada no art. 11 da Lei de Execução Fiscal, porquanto o devedor sequer indicou outro bem à penhora.

Sinale-se, outrossim, que eventual discussão acerca da inversão da ordem de penhora somente se mostra oportuna quando o devedor, nomeando bem diverso à constrição, traz aos autos suporte fático a justificar a pretendida subversão.

Não trazendo, portanto, a executada qualquer

alternativa ao Fisco, de ser mantida a penhora de dinheiro, conforme a previsão legal.

Por tais razões, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao agravo de instrumento para restringir a penhora *online* correspondente à quota-parte do imóvel pertencente à agravante, 37,10%.

Dr. Heleno Tregnago Saraiva - **DE ACORDO COM O(A) RELATOR(A)**.

Des. Arno Werlang (PRESIDENTE) - **DE ACORDO COM O(A) RELATOR(A)**.

**DES. ARNO WERLANG - PRESIDENTE - AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 70055247746, COMARCA DE PORTO ALEGRE: "DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. UNÂNIME."**

**ACÓRDÃO 70055234009 - VOTO RELATOR  
(DESEMBARGADORA LAURA LOUZADA  
JACCOTTET (RELATORA))<sup>272</sup>**

Estou em desprover o presente agravo de instrumento.

Evitando tautologia cansativa, peço vênia para transcrever as razões de decidir exaradas quando da análise do pedido liminar:

Da análise dos autos, verifica-se que não restou demonstrada a possibilidade de fundado receio de lesão grave e de difícil reparação e a verossimilhança das alegações.

Afirma a recorrente que, sendo Advogada e em virtude dos valores bloqueados via sistema

---

<sup>272</sup> Disponível em: [www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc](http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc).

BACEN JUD compreenderem valores de honorários advocatícios, se faz necessário deferimento da liminar.

Todavia, o que releva salientar neste momento é a falta de substrato consistente ao deferimento in limine do pedido, haja vista os recibos juntados aos autos acerca de recebimento de honorários advocatícios datarem dos anos de 2010 e 2011, não havendo prova através de extrato de sua conta corrente que comprove que tais valores permaneceram desde o período compreendido entre os anos de 2010 e 2011 até os dias atuais sem nenhuma movimentação.

Destarte, INDEFIRO O PEDIDO LIMINAR.

Como referido na decisão que indeferiu o pedido liminar, cabia à agravante acostar ao seu recurso substratos suficientes a fim de embasar seu pleito.

Do cotejar da documentação juntada, vê-se que a recorrente limitou-se a trazer recibos de honorários advocatícios, mas, para comprovar seu pleito de impenhorabilidade, teria de ter acostado movimentação financeira de sua conta corrente objeto de bloqueio de valores, evidenciando que o valor bloqueado diz respeito aos honorários advocatícios que lhe foram pagos em 2010 e 2011.

Esse era um ônus que lhe incumbia, nos termos do disposto no artigo 333, I, do Código de Processo Civil, *verbis*:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

Colaciono precedente deste Órgão Fracionário em caso semelhante:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS. IMPENHORABILIDADE DECRETADA DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. Não havendo provas de que os bens a serem penhorados sejam indispensáveis ao sustento familiar ou ao exercício da atividade laborativa, descabe ao magistrado decretar, de ofício, a impenhorabilidade. Não obstante, a regra é a penhorabilidade dos bens, de modo que as exceções decorrem de previsão expressa em lei, cabendo ao executado o ônus de demonstrar a configuração de alguma das hipóteses de impenhorabilidade previstas na legislação. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. UNÂNIME. (Agravo de Instrumento N. 70052608726, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Barcelos de Souza Junior, Julgado em 27/03/2013)

Destarte, a manutenção da decisão recorrida é a medida que se impõe.

Por tais razões, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo de instrumento.

Dr. Heleno Tregnago Saraiva - **DE ACORDO COM O(A) RELATOR(A)**.

Des. Arno Werlang (PRESIDENTE) - **DE ACORDO COM O(A) RELATOR(A)**.

DES. ARNO WERLANG - **PRESIDENTE - AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 70055234009, COMARCA DE PORTO ALEGRE: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. UNÂNIME."**



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL****COBRANÇA DE TARIFAS DIFERENCIADAS DO  
SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE ÁGUA**

Patrícia Dornelles Schneider<sup>273</sup>  
Adriana Carvalho Silva Santos<sup>274</sup>

APELAÇÃO CÍVEL N. 70050785831  
21ª Câmara Cível do TJRS – julgado em 21/08/2013 – Relator  
Des. FRANCISCO JOSÉ MOESCH, DJE EM 27/08/2013

APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO PROPOSTA PELO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL CONTRA O DMAE E O MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE. TARIFA DE ÁGUA E ESGOTO. NATUREZA NÃO-TRIBUTÁRIA DA CONTRAPRESTAÇÃO. DISCUSSÃO ACERCA DA APLICAÇÃO DE TARIFAS DIFERENCIADAS. COBRANÇA DE ACORDO COM CATEGORIAS DE USUÁRIOS E FAIXAS DE CONSUMO. LEGALIDADE. REVOGAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA ANTECIPADA. CABIMENTO. VERBA HONORÁRIA. MAJORAÇÃO. CUSTAS JUDICIAIS. ISENÇÃO PARA O ESTADO.

I - O fornecimento de água é serviço público

---

<sup>273</sup> Procuradora Municipal de Porto Alegre. Chefe da Equipe de Serviços Públicos da Procuradoria Especializada do DMAE, desde 2007. Especialista em Direito Municipal pela Escola Superior de Direito Municipal.

<sup>274</sup> Procuradora Municipal de Porto Alegre. Especialista em Direito Municipal pela Escola Superior de Direito Municipal.

prestado como contrapartida do pagamento de tarifa e não de tributo.

II - Relativamente à diferenciação de tarifas para cobrança dos serviços de água e esgoto, há embasamento legal (Lei n. 11.445/2007 e Lei Complementar Municipal n. 170/87) para a adoção de categorias de usuários e a consideração da capacidade de pagamento dos consumidores, para fins de definição da estrutura de remuneração e cobrança dos serviços públicos de saneamento básico. Entendimento consolidado pela Súmula 407 do STJ.

III - Diante da improcedência dos pedidos formulados na inicial, deve ser revogada a antecipação de tutela deferida, haja vista sua natureza provisória e revogável a qualquer tempo, nos termos do art. 273, §4º, do CPC.

IV - Atento às diretrizes do art. 20, §§ 3º e 4º, do Estatuto Processual vigente, bem como levando em consideração o trabalho desenvolvido no feito e a relevância da questão posta nos autos, a verba honorária deve ser majorada para R\$ 25.000,00.

V - Isento o Estado do pagamento de custas judiciais, com base na antiga redação do art. 11 da Lei n. 8.121/85.

**APELO DO ESTADO DESPROVIDO E PROVIDO O DO DMAE, REFORMADA, EM PARTE, A SENTENÇA EM REEXAME NECESSÁRIO.**

## COMENTÁRIOS

Trata-se de recurso de Apelação interposto pelo DMAE e pelo Município de Porto Alegre contra os efeitos da tutela antecipada que manteve os depósitos em juízo relativo às diferenças entre as tarifas categoria residencial e as tarifas categoria órgão público pagas pelos órgãos estatais, até o julgamento definitivo da ação.

O Estado do RS ingressou em juízo questionando a legalidade e/ou constitucionalidade da fixação pelo DMAE de diferentes categorias de consumidores e das respectivas tarifas diferenciadas em relação aos Órgãos Públicos e os demais consumidores, notadamente os residenciais. A sentença foi de improcedência da ação, reafirmando a constitucionalidade e legalidade na fixação de diferenças de tarifas entre categorias de usuários, entretanto, os efeitos da tutela antecipada que mandava depositar em juízo a diferença entre o PB Residencial e o PB Órgão Público foi mantido pela sentença até o julgamento definitivo da ação.

A importância deste julgamento foi a de consolidar a política tarifária praticada pelo DMAE, ou seja, baseada no sistema de **subsídios cruzados**, com tarifas diferenciadas de acordo com a categoria de consumidores, amplamente fundamentada na legislação e aprovada pelo Conselho Deliberativo da Autarquia, representado por integrantes de **toda** a sociedade. Isso para permitir que consumidores residenciais, beneficiários de tarifa social e instituições educacionais, filantrópicas e de saúde, entre outros, inclusive o próprio Estado, em ramais de água que abastecem suas escolas e hospitais, possam se beneficiar com tarifas

moderadas, considerando que as atividades desenvolvidas são de relevância social. Em um sistema tarifário em que **o preço da tarifa é calculado de acordo com os custos de operação, manutenção e expansão do sistema de abastecimento** (LC 170/87, art. 34), se todo e qualquer usuário obtiver o direito ao reenquadramento na categoria residencial, por certo, **o valor do preço básico desta categoria, necessitará ser majorado, alterando-se a estrutura tarifária.**

Sobre a matéria há, inclusive, a **Súmula n. 407/2009 do STJ**, que dispõe que *é legítima a cobrança da tarifa de água fixada de acordo com as categorias de usuários e as faixas de consumo.*

Daí ser **proporcional e razoável a adoção de tal prática**, uma vez que se elegeu dentre categorias distintas de consumidores, e no poder discricionário do administrador, legitimamente os fins a que se destinam os seus serviços. Como serviço essencial que é, verifica-se que aqueles que mais necessitam de água tratada são aqueles que mais a utilizam em termos percentuais no todo dos usuários do serviço, ou seja, os consumidores residenciais, e são esses que o DMAE elegeu beneficiar.

Entretanto, apesar de julgar legítima a cobrança diferenciada e nos patamares cobrados, a respeitável sentença manteve os efeitos da tutela antecipada concedida no início da ação, que determinou ao DMAE a cobrança das contas do Estado calculadas pelo **PB Residencial**, porém, com obrigação do ente estatal de depositar em juízo, mensalmente, a diferença destas contas calculadas para o **PB Órgão Público**.

O TJRS, no julgamento da apelação, manteve a decisão de improcedência da demanda e **revogou** os efeitos da liminar que fora mantida na sentença, possibilitando ao DMAE a cobrança do PB Órgão

Público dos entes estatais abrangidos pela ação.

**Patrícia Dornelles Schneider**  
Procuradora do Município

**Adriana Carvalho Silva Santos**  
Procuradora do Município

**ACÓRDÃO 70050785831 - VOTO RELATOR  
(DESEMBARGADOR FRANCISCO JOSÉ MOESCH)<sup>275</sup>**

Opina o Ministério Público pelo não-conhecimento do apelo do DMAE, assim se manifestando:

O recurso do DMAE, de outra banda, embora dispensado de preparo, não merece ser conhecido, tendo em vista ser intempestivo. Ocorre que a decisão acerca do acolhimento em parte dos embargos de declaração foi publicada no DJE em 19/12/11, fl. 2.164. Portanto, restou considerada, como publicada, em 16/01/12, primeiro dia útil seguinte, diante do Ato 09/11, do Órgão Especial do TJRS, o qual suspendeu os prazos processuais de 20/12/11 a 13/01/12. Desse modo, iniciando o lapso temporal do apelo em 17/01/11, primeiro dia útil após a publicação considerada, a interposição do recurso em 18/02/12, fl. 2.219, mostra-se intempestiva. O prazo de (trinta) dias – em dobro em face de o apelante ser autarquia, art. 188 do CPC – encerrou-se em 15/02/12. Saliente-se que, em

---

<sup>275</sup> Disponível em: [www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc](http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc).

nenhum momento, o DMAE refere que o apelo é recurso adesivo.

Todavia, bem observando a data do protocolo do recurso (fl. 2.219), tenho que não é 18/02/12, como afirmado, mas sim 10/02/12, já que, em 16/02/12, foi proferido despacho recebendo o apelo do DMAE (fl. 2.259).

Portanto, é tempestivo o recurso.

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL ajuizou a presente ação ordinária contra o DEPARTAMENTO MUNICIPAL DE ÁGUA E ESGOTOS – DMAE e o MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE, objetivando a declaração de ilegalidade e a inexigibilidade dos valores das tarifas cobradas pelo DMAE dos órgãos e entidades públicas estaduais desde a vigência da Lei Complementar Municipal n. 170/87 ou, sucessivamente, que os valores das tarifas cobradas do Estado do Rio Grande do Sul não sejam superiores aos valores cobrados dos consumidores residenciais ou, ainda, dos consumidores comerciais e industriais, condenando-se o DMAE a restituir os valores cobrados indevidamente durante todos esses anos, acrescidos de juros e correção monetária.

Postulou a antecipação da tutela, para que os órgãos e entidades públicas ficassem dispensados dos pagamentos das tarifas dos serviços públicos de fornecimento de água e esgotamento sanitário prestados pelo DMAE, ou, sucessivamente, que os valores das tarifas fossem os mesmos cobrados dos consumidores residenciais ou, ainda, dos consumidores comerciais e industriais.

O pedido foi indeferido, sendo interposto o Agravo de Instrumento n. 70020897401, Rel. Des. Roque Joaquim Volkweiss, que determinou que o Estado depositasse, em conta judicial, nos vencimentos

respectivos, os valores que excedessem aos atribuídos aos consumidores residenciais. Posteriormente, por maioria de votos, foi dado provimento a esse recurso, para determinar que o DMAE e o Município de Porto Alegre cobrassem do Estado “a taxa d’água e de esgoto” nos mesmos patamares dos consumidores residenciais.

A sentença julgou improcedente a ação, mas manteve os efeitos da liminar até o trânsito em julgado.

Pois bem.

Inicialmente, registro meu posicionamento no sentido de que o fornecimento de água é serviço público prestado como contrapartida do pagamento de tarifa e não de tributo.

Na lição de HELY LOPES MEIRELLES (*in* Direito Administrativo Brasileiro, p. 297, Malheiros, 24<sup>a</sup> ed.), serviço público “*é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado*”.

Segundo o grande mestre, os serviços públicos são classificados em próprios e impróprios. Os serviços públicos próprios são aqueles “*que se relacionam intimamente com as atribuições do Poder Público (segurança, polícia, higiene e saúde públicas, etc.) e para a execução dos quais a Administração usa da sua supremacia sobre os administrados*”. Já os serviços públicos impróprios são “*os que não afetam substancialmente as necessidades da comunidade, mas satisfazem interesses comuns de seus membros, e, por isso, a Administração os presta remuneradamente, por seus órgãos ou entidades descentralizadas (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações governamentais), ou delega sua prestação a*

*concessionários, permissionários ou autorizatários.*” (op. cit., p. 298 e ss).

Os serviços próprios, portanto, só podem ser prestados pelo Estado, diretamente, usando o *jus imperi* sobre os administrados, mantidos pelos tributos gerais (impostos); são os denominados serviços *uti universi*. Os serviços impróprios, sem a nota da necessidade, mas da utilidade pública, quando não da essencialidade, atendem conveniências da coletividade e dos cidadãos, para quem são postos à disposição mediante utilização individualizada, mantidos por taxa (tributo) ou tarifa (preço público), que representam remuneração mensurável. Assim, os serviços de telefonia, energia elétrica, água e esgoto, limpeza urbana etc. São os serviços *uti singuli*.

Quanto à definição acerca da natureza jurídica da remuneração de determinado serviço público, o tema é altamente polêmico. Alguns entendem que o critério distintivo entre taxa e preço público é a classificação do serviço como essencial ou não-essencial; outros, que a distinção está na identificação da prestação estatal, se atividade econômica ou serviço público.

Tenho o entendimento de que fornecimento de água constitui serviço público impróprio, prestado *uti singuli*, mantido por preço público. A remuneração do serviço ocorre pelo pagamento da tarifa, que visa à manutenção do equilíbrio econômico e financeiro do contrato de fornecimento.

É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nesse sentido:

**EMENTA:** DIREITO TRIBUTÁRIO. COBRANÇA PELO SERVIÇO DE ESGOTO SANITÁRIO. NATUREZA JURÍDICA. TARIFA. ALEGAÇÃO DE INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. OFENSA REFLEXA. SÚMULA

STF 636. A cobrança pelos serviços de água e esgoto não consubstancia tributo. Trata-se de preço público. Precedentes. O exame da acenada violação do princípio da legalidade somente se viabilizaria com análise de âmbito infraconstitucional – inviável em sede de recurso extraordinário (Súmula 636/STF). Agravo regimental conhecido e não provido.(AI 784175 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 05/02/13, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-037 DIVULG 25-02-13 PUBLIC 26-02-13)

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECESSO FORENSE. TEMPESTIVIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COMPROVADA. QUANTITATIVO COBRADO A TÍTULO DE FORNECIMENTO DE ÁGUA E ESGOTO. NATUREZA JURÍDICA DE PREÇO PÚBLICO. 1. Ante a suspensão dos prazos processuais, em decorrência de recesso forense de final de ano, o recurso extraordinário é tempestivo. 2. Não bastasse, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de ter como preço público o quantitativo cobrado a título de fornecimento de água e esgoto, não se tratando, dessa forma, de um tributo. Precedentes. 3. Agravo regimental desprovido. (AI 791189 AgR, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 22/3/11, DJe-112 DIVULG 10-6-11 PUBLIC 13-6-11 EMENT VOL-02542-02 PP-00273)

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no mesmo alinhamento, inclusive em sede de recurso repetitivo:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CRÉDITO NÃO-TRIBUTÁRIO. FORNECIMENTO DE SERVIÇO DE ÁGUA E ESGOTO. TARIFA/PREÇO PÚBLICO. PRAZO PRESCRICIONAL. CÓDIGO CIVIL. APLICAÇÃO.

1. 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, razão pela qual não se subsume ao regime jurídico tributário estabelecido para as taxas (Precedentes do Supremo Tribunal Federal: RE 447.536 ED, Rel. Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 28.6.05, DJ 26.08.2005; AI 516402 AgR, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 30.9.08, DJe-222 DIVULG 20.11.08 PUBLIC 21.11.08; e RE 544289 AgR, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 26.5.09, DJe-113 DIVULG 18.6.09 PUBLIC 19.6.09. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça: EREsp 690.609/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgado em 26.3.08, DJe 07.4.08; REsp 928.267/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 12.8.09, DJe 21.8.09; e EREsp 1.018.060/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 09.9.09, DJe 18.9.09).

2. A execução fiscal constitui procedimento judicial satisfativo servil à cobrança da Dívida Ativa da Fazenda Pública, na qual se compreendem os créditos de natureza tributária e não tributária (artigos 1º e 2º, da Lei 6.830/80).

3. Os créditos oriundos do inadimplemento de

tarifa ou preço público integram a Dívida Ativa não tributária (artigo 39, § 2º, da Lei n. 4.320/64), não lhes sendo aplicáveis as disposições constantes do Código Tributário Nacional, máxime por força do conceito de tributo previsto no artigo 3º, do CTN.

4. Consequentemente, o prazo prescricional da execução fiscal em que se pretende a cobrança de tarifa por prestação de serviços de água e esgoto rege-se pelo disposto no Código Civil, revelando-se inaplicável o Decreto 20.910/32, uma vez que: "... considerando que o critério a ser adotado, para efeito da prescrição, é o da natureza tarifária da prestação, é irrelevante a condição autárquica do concessionário do serviço público. O tratamento isonômico atribuído aos concessionários (pessoas de direito público ou de direito privado) tem por suporte, em tais casos, a idêntica natureza da exação de que são credores. Não há razão, portanto, para aplicar ao caso o art. 1º do Decreto 20.910/32, norma que fixa prescrição em relação às dívidas das pessoas de direito público, não aos seus créditos." (REsp 928.267/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 12.8.09, DJe 21.8.09)

5. O Código Civil de 1916 (Lei 3.071) preceituava que: Art. 177. As ações pessoais prescrevem, ordinariamente, em 20 (vinte) anos, as reais em 10 (dez), entre presentes, e entre ausentes, em 15 (quinze), contados da data em que poderiam ter sido propostas.

(...) Art. 179. Os casos de prescrição não previstos neste Código serão regulados, quanto ao prazo, pelo art. 177.

6. O novel Código Civil (Lei 10.406/2002, cuja entrada em vigor se deu em 12.01.03), por seu turno, determina que: "Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja

fixado prazo menor.

(...) Art. 2.028. Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada."

7. Conseqüentemente, é vintenário o prazo prescricional da pretensão executiva atinente à tarifa por prestação de serviços de água e esgoto, cujo vencimento, na data da entrada em vigor do Código Civil de 2002, era superior a dez anos. Ao revés, cuidar-se-á de prazo prescricional decenal.

8. *In casu*, os créditos considerados prescritos referem-se ao período de 1999 a dezembro de 2003, revelando-se decenal o prazo prescricional, razão pela qual merece reforma o acórdão regional.

9. Recurso especial provido, determinando-se o retorno dos autos à origem, para prosseguimento da execução fiscal, uma vez decenal o prazo prescricional pertinente. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/08.

(REsp 1117903/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/09, DJe 01/02/10)

Citam-se, ainda, precedentes deste Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO. DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CRÉDITO NÃO-TRIBUTÁRIO. SERVIÇOS DE ÁGUA E ESGOTO. NATUREZA JURÍDICA DE TARIFA OU PREÇO PÚBLICO. A natureza jurídica da remuneração dos serviços de água e esgoto é de tarifa ou preço público. Tratando-se de crédito não-tributário, inaplicáveis os preceitos do

Código Tributário Nacional, quanto aos requisitos previstos para a constituição e cobrança do crédito tributário. TARIFA BÁSICA DE ÁGUA E ESGOTO EM TERRENO BALDIO. É possível a cobrança da tarifa básica de água e esgoto em terreno baldio, não edificado. Inteligência da Lei Federal nº 11.445/07, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, e da Lei Municipal 3.962/02. Precedentes. APELAÇÃO PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70055034631, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Kraemer, Julgado em 10/7/13)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. SERVIÇO DE ÁGUA ESGOTO MUNICIPAL. DMAE. NATUREZA NÃO-TRIBUTÁRIA. PRESCRIÇÃO. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL. O serviço de água e esgoto tem natureza não-tributária, não se aplicando o prazo prescricional previsto no art. 174 do CTN, regulando-se pela regra geral prevista no Código Civil. Precedentes do TJRS. REsp 1117903/RS, julgado em recurso repetitivo (art. 543-C do CPC) PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DA REGRA DE TRANSIÇÃO DO NOVO CÓDIGO CIVIL. ART. 205 E ART. 2.028, AMBOS DO ATUAL CÓDIGO CIVIL. Não ocorrência da prescrição, observada a aplicação da regra de transição do Novo Código Civil. Inteligência do art. 205, combinado com o art. 2.028, ambos do atual Código Civil. PREQUESTIONAMENTO. A apresentação de questões para fins de prequestionamento não induz à resposta de todos os artigos referidos pela parte, mormente porque foram analisadas todas as questões que entendeu o julgador pertinentes para solucionar a controvérsia posta no recurso. Agravo de instrumento provido liminarmente, em juízo de retratação, nos termos

do art. 543-C, § 7º, II, do CPC. (Agravo de Instrumento N. 70030883086, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Julgado em 13/6/12)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUTARQUIA. TARIFA DE ÁGUA E ESGOTO. NATUREZA NÃO-TRIBUTÁRIA DA CONTRAPRESTAÇÃO. PRESCRIÇÃO. APLICAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL. ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL. Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça a prescrição da contraprestação pelos serviços fornecimento de água e de esgotamento sanitário, sobre de natureza tarifária e independente da conformação jurídica do prestador, conta-se pelo Código Civil, sem aplicação seja do Código Civil, sem aplicação seja do Código Tributário Nacional, seja do Decreto 20.910/32. Agravo provido. Unânime. (Agravo de Instrumento N. 70047468814, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Genaro José Baroni Borges, Julgado em 13/6/12)

APELAÇÃO CÍVEL. TARIFA/PREÇO PÚBLICO DE SERVIÇO DE ÁGUA E ESGOTO. NATUREZA NÃO TRIBUTÁRIA. ENTENDIMENTO DO STF. PRESCRIÇÃO DECENAL. APLICAÇÃO DAS REGRAS DE DIREITO CIVIL. ENUNCIADO N. 412 DA SÚMULA DO STJ. O fornecimento de água e esgoto não possui natureza jurídica de tributo, mas de tarifa ou preço público, pois corresponde a contraprestação de serviço essencial. Entendimento sedimentado pelo STF. Incidem as regras de direito civil relativamente ao prazo prescricional. Enunciado n. 412 da Súmula do STJ. Precedente do STJ em recurso repetitivo (RESP n. 1.117.903/RS, processado na forma do

art. 543-C do Código de Processo Civil). Ajuizamento da ação que ocorreu anteriormente ao transcurso do lapso prescricional, segundo estes critérios. APELAÇÃO PROVIDA. (Apelação Cível N. 70047505714, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Almir Porto da Rocha Filho, Julgado em 16/5/12)

Relativamente à diferenciação de tarifas para cobrança dos serviços de água e esgoto, assim prevê a Lei n. 11.445/2007:

Art. 30. Observado o disposto no art. 29 desta Lei, a estrutura de remuneração e cobrança dos serviços públicos de saneamento básico poderá levar em consideração os seguintes fatores:

**I - categorias de usuários, distribuídas por faixas ou quantidades crescentes de utilização ou de consumo;**

II - padrões de uso ou de qualidade requeridos;

III - quantidade mínima de consumo ou de utilização do serviço, visando à garantia de objetivos sociais, como a preservação da saúde pública, o adequado atendimento dos usuários de menor renda e a proteção do meio ambiente;

IV - custo mínimo necessário para disponibilidade do serviço em quantidade e qualidade adequadas;

V - ciclos significativos de aumento da demanda dos serviços, em períodos distintos; e

**VI - capacidade de pagamento dos consumidores.**(grifei)

Veja-se que há embasamento legal para a adoção de categorias de usuários e a consideração da capacidade de pagamento dos consumidores, para fins de definição da estrutura de remuneração e cobrança dos serviços públicos de saneamento básico.

Quanto aos serviços prestados pelo DMAE no Município de Porto Alegre, assim dispõe a Lei Complementar Municipal n. 170/87:

Art. 31 - O consumo de água é classificado em atividades a serem regulamentadas de acordo com os seguintes critérios:

I - consumo residencial, quando a água é usada para fins domésticos, em prédios de uso exclusivamente residencial;

II - consumo comercial, quando a água é usada em estabelecimentos comerciais, industriais ou de serviços e, em geral, em prédios onde seja exercida qualquer atividade de fim lucrativo;

III - consumo industrial, quando a água é usada em estabelecimentos industriais e de serviços como elemento essencial à natureza da atividade;

IV - órgãos públicos, quando a água é usada pela Administração Centralizada, Autárquica, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações do Município, do Estado e da União, em prédios de uso exclusivo das citadas entidades.

Parágrafo 1 - Ficam incluídos na categoria de consumo residencial os imóveis ocupados exclusivamente por estabelecimentos públicos hospitalares e de ensino, templos e prédios ocupados por associações desportivas, sociais e recreativas, sem fins lucrativos.

Parágrafo 2 - Na existência de categorias diferentes na mesma ligação, prevalecerão as comerciais sobre as residenciais e órgãos públicos, as industriais sobre as demais, considerando-se, como parâmetro de maioria a categoria que predominar em relação às economias da ligação.

Parágrafo 3 - As dúvidas quanto à classificação das economias nas categorias acima e

numeradas serão dirimidas pelo Conselho Deliberativo do DMAE.

(...)

Art. 34 - A prestação dos serviços de distribuição de água e captação de esgotos sanitários serão remunerados sob a forma de tarifa, de modo que atenda aos custos de operação, manutenção e expansão do sistema de abastecimento de água e remoção de esgotos de Porto Alegre.

(...)

Art. 36 - A tarifa mensal de água será calculada através de preços básicos por metro cúbico e por categoria de consumidor, fixados - VETADO - mediante proposta aprovada pelo Conselho Deliberativo do DMAE, de acordo com os seguintes critérios:

I - consumo até 20 m<sup>3</sup>:  $PB \times C$  (valor do preço básico multiplicado pelo consumo de água em metros cúbicos);

II - consumo de 20m<sup>3</sup> a 1000m<sup>3</sup>:  $PB \times 0,2711 \times (C1,43577)$ , desprezada a fração;

III - consumo acima de 1000m<sup>3</sup>:  $PB \times C \times 5,5$

§ 1º - O preço básico da categoria residencial não poderá ser maior do que os demais.

§ 2º - Para cálculo da tarifa a ser aplicada a cada economia, no caso de várias economias servidas por um único ramal de água, dividir-se-á o consumo total pelo número de economias enquadrando o quociente na tabela do "caput" deste artigo.

§ 3º - A fixação do preço básico terá, como parâmetro para seu reajustamento, o Índice Geral de Preços (Mercado) - IGP(M) -, da Fundação Getúlio Vargas, aplicado, mensalmente, aos valores vigentes a partir desta Lei.

Art. 37 - A tarifa social a ser fixada - VETADO - para manutenção dos serviços, em valor igual ao custo definido no parágrafo único do art. 34,

corresponderá à tarifa dos seguintes consumidores desde que seu consumo não seja superior a 10m<sup>3</sup>:

I - Economia unifamiliar destinada, exclusivamente, à moradia, quando sua área construída for inferior a 40m<sup>2</sup>;

II - habitação coletiva, construída através da Companhia de Habitação do Estado do Rio Grande do Sul - COHAB - e do Departamento Municipal de Habitação - DEMHAB;

III - instituições:

a) educacional, mantida pelo Estado, e a particular que conceda ao Município, gratuitamente e, no mínimo, bolsas de estudo na proporção de 3% (três por cento) sobre o número de alunos matriculados nos respectivos cursos;

b) cultural, caritativa, assistencial ou de educação extraescolar, considerada de utilidade pública pelo Município.

Art. 38 - O consumo de água além de 10m<sup>3</sup> será cobrado na base de um preço básico por metro cúbico de consumo para os consumidores mencionados no artigo anterior, independentemente da quantidade consumida.

Art. 39 - A tarifa para remoção de esgotos sanitários será cobrada independentemente da quantidade de despejos, através da seguinte forma:

$PB \times C \times 0,8$  (valor do preço básico multiplicado pelo consumo de água, multiplicado por 0,8).

§ 1º - Não se incluem no cálculo acima os casos previstos nos artigos 40 e 58 desta Lei Complementar.

§ 2º - Nos casos em que haja suprimento próprio de água, o DMAE medirá ou estimará o volume de esgoto sanitário ou despejo industrial.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu ser cabível a aplicação de tarifas diferenciadas, conforme as

categorias de usuário e faixas de consumo:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE *ÁGUA* E ESGOTO. *TARIFA PROGRESSIVA*. POSSIBILIDADE DE COBRANÇA. DECISÃO RECONSIDERADA. CONTROVÉRSIA DIRIMIDA À LUZ DO ART. 543-C DO CPC. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO N. 1.113.403/RJ.

1. O STJ, por ocasião do julgamento do recurso repetitivo REsp n.1.113.403/RJ, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, ratificou orientação já pacificada no sentido de reconhecer a legitimidade da cobrança de *tarifa de água* fixada por sistema progressivo, ou seja, a chamada "*tarifa progressiva*".

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AgRg no REsp 1182357/RJ, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, julgado em 26/10/2010, DJe de 04/11/10)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIÇO PÚBLICO. FORNECIMENTO DE *ÁGUA*. POLÍTICA TARIFÁRIA. *TARIFA PROGRESSIVA*. LEGITIMIDADE (LEI N. 6.528/78, ART. 4º; LEI N. 8.987/95, ART. 13). DOCTRINA. PRECEDENTES. PROVIMENTO.

1. O faturamento do serviço de fornecimento de *água* com base na *tarifa progressiva*, de acordo com as *categorias* de usuários e as faixas de consumo, é legítimo e atende ao interesse público, porquanto estimula o uso racional dos recursos hídricos. Interpretação dos arts. 4º, da Lei n. 6.528/78, e 13 da Lei n. 8.987/95.

2. A política de tarifação dos serviços públicos concedidos, prevista na CF (art. 175), foi

estabelecida pela Lei n. 8.987/95, com escalonamento na tarifação, de modo a pagar menos pelo serviço o consumidor com menor gasto, em nome da política das ações afirmativas, devidamente chanceladas pelo Judiciário (precedentes desta Corte) (REsp 485.842/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 24.5.04).

3. Recurso especial provido, para se reconhecer a legalidade da cobrança do serviço de fornecimento de *água* com base na *tarifa* progressiva e para julgar improcedente o pedido. (REsp 861661/RJ, Rel. Min. DENISE ARRUDA, julgado em 13/11/07, DJ de 10/12/07)

Entendimento consolidado pela Súmula 407 do STJ:

É legítima a cobrança da tarifa de água fixada de acordo com as categorias de usuários e as faixas de consumo.

No mesmo alinhamento, os seguintes julgados deste Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. DMAE. SERVIÇO DE ÁGUA ESGOTO. PRÉDIO DE PROPRIEDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. SOBRESTAMENTO DA EXECUÇÃO. DESCABIMENTO. PREJUDICIAL NÃO CONFIGURADA. A existência de ação ordinária com tutela antecipada determinando que o DMAE e o Município de Porto Alegre cobrem do Estado tarifas de água e de esgoto nos mesmos patamares dos consumidores residenciais não é causa de sobrestamento da execução fiscal envolvendo a cobrança de competências anteriores à concessão da medida.

Eventual procedência da ação ordinária que não acarreta automático direito à repetição, não configurando prejudicial ao prosseguimento da execução fiscal. **TARIFAS DE ÁGUA E DE ESGOTOS. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. LCM 170/87. PRESUNÇÃO DE LIQUIDEZ E CERTEZA. ATENDIMENTO AOS REQUISITOS DO ART. 202 DO CTN. NULIDADE NÃO RECONHECIDA.** As tarifas de água e de esgotos incidem sobre os prédios servidos pelo DMAE, mostrando-se válida a CDA lavrada em atenção ao art. 45 da LCM n. 170/87. A CDA possui presunção de liquidez e certeza, nos termos do art. 3º da LEF. Não é nulo o título executivo fiscal que atende aos requisitos do art. 202 do CTN e do § 5º do art. 2º da Lei n. 6.830/80. A dívida ativa regularmente inscrita goza da presunção legal de liquidez e certeza, nos termos do art. 3º da LEF, não afastada no caso concreto. Precedentes do TJRGS. **SERVIÇO DE ÁGUA ESGOTO. REMUNERAÇÃO DA PRESTAÇÃO. TARIFA OU PREÇO PÚBLICO. NATUREZA NÃO-TRIBUTÁRIA.** A natureza de tarifa ou preço público da remuneração da prestação dos serviços de distribuição de água e captação de esgotos sanitários é questão assentada no STF. Aplicação do art. 34 da LCM n. 170/87. Precedentes do STF e TJRGS. **TARIFAS DIFERENCIADAS PELA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE FORNECIMENTO DE ÁGUA E RECOLHIMENTO DE ESGOTO, CONFORME AS CATEGORIAS DE USUÁRIO E FAIXAS DE CONSUMO. LEGALIDADE. É cabível a aplicação de alíquotas diferenciadas conforme as categorias de usuário e faixas de consumo, na forma da LCM n. 170/87.** Precedentes do TJRGS e STJ, em recursos sujeitos ao regime do art. 543-C do CPC. **Súmula 407 do STJ. HONORÁRIOS**

ADVOCATÍCIOS. REDUÇÃO. Verba honorária reduzida, tendo em vista a natureza da causa, o trabalho profissional desenvolvido e o valor da execução, não comportando a demanda maiores dificuldades, observado o disposto no art. 20, § 4º, do CPC. Apelação provida em parte liminarmente. (Apelação Cível N. 70055397111, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Julgado em 05/7/13)

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. EXECUÇÃO FISCAL. CRÉDITO NÃO-TRIBUTÁRIO. FORNECIMENTO DE SERVIÇO DE ÁGUA E ESGOTO. TARIFA/PREÇO PÚBLICO. COBRANÇA DA TARIFA DE ÁGUA E ESGOTOS FIXADA DE ACORDO COM CATEGORIAS DE USUÁRIOS E FAIXAS DE CONSUMO. POSSIBILIDADE. SÚMULA 407 DO STJ. NOTIFICAÇÃO. ENVIO DE FATURA PARA PAGAMENTO. REDUÇÃO DA VERBA HONORÁRIA. DESCABIMENTO. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível N. 70035564749, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Arno Werlang, Julgado em 28/11/12)

ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ÁGUA. NATUREZA JURÍDICA DA REMUNERAÇÃO DO SERVIÇO. TARIFA. Conforme entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, a natureza jurídica da remuneração dos serviços de água e esgoto prestados por concessionárias de serviço público é de tarifa ou preço público. **TARIFA DE ÁGUA. COBRANÇA DE ACORDO COM CATEGORIAS DE USUÁRIOS. PREVISÃO LEGAL. SÚMULA 407, STJ. CABIMENTO. É legítima a cobrança de tarifa de água fixada de acordo com categorias de usuários, ante a existência de**

**previsão legal neste sentido, chancelado tal entendimento pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como se extrai do enunciado da Súmula 407, STJ. APURAÇÃO DO DÉBITO E CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.** Encaminhada as respectivas contas, após apuração do consumo e definição do valor devido, e viabilizada reclamação na forma do disposto no artigo 48, Lei Complementar n. 170/87, ao que se seguiu aviso de débito e notificação em momento anterior à inscrição em dívida ativa, não há cogitar de cerceamento de defesa. (Apelação Cível N. 70050777119, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 19/9/12)

Ainda, com razão a nobre Procuradora de Justiça, Dra. Magali Ferreira Mannhart, quando afirma em seu parecer:

Portanto, como bem coloca a decisão recorrida, no caso, ocorre a definição de categorias diferenciadas de usuários, sendo que o preço público resta estabelecido por suas especificidades próprias, situação que não viola o princípio da legalidade, igualdade, proporcionalidade e razoabilidade. Ademais, mostram-se evidentes as diferenças entre o consumo residencial, comercial, industrial e o realizado por órgãos públicos.

Ademais, no que tange a serviços públicos, vigora o princípio da solidariedade, conforme voto vencido do Desembargador Arno Werlang, em face do Agravo de Instrumento n. 70020897401.

Ocorre que as contraprestações de serviços públicos visam a recuperar custos, não visam a

lucro. Os valores praticados decorrem de soma de todas as contribuições, resultando equilíbrio. Havendo cobrança a mais de um lado, de outro, tal cobrança é aliviada.

No mais, inaplicável a disposição do art. 31, § 1º, da LCM n. 170/87 às repartições públicas do Estado, já que a norma é dirigida, especificamente, aos estabelecimentos públicos hospitalares e de ensino, templos e prédios ocupados por associações desportivas, sociais e recreativas. Tratando-se de norma restritiva, tem-se que a interpretação também deve ser assim, não havendo lugar para ampliações indevidas.

Assim:

APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO FISCAL DE CRÉDITO DE NATUREZA NÃO-TRIBUTÁRIA. DMAE. ÁGUA E ESGOTO. TARIFA. EMBARGOS DO DEVEDOR. NOTIFICAÇÃO. ENVIO DAS CONTAS DE CONSUMO PARA O CONTRIBUINTE. LEGITIMIDADE DA COBRANÇA DE ACORDO COM AS CATEGORIAS DE USUÁRIOS E AS FAIXAS DE CONSUMO. SÚMULA NO. 407, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. A cobrança referente ao contrato administrativo de fornecimento de água não trata de tributo, mas de tarifa, mesmo quando menciona taxa, razão pela qual não se aplicam as disposições do Código Tributário Nacional, mas as previstas na Lei Complementar Municipal n. 170/87. A constituição do crédito e a notificação se operam com a entrega da conta de consumo ao usuário do serviço de água e esgoto, que tem prazo de vencimento para pagamento. É legítima a cobrança da tarifa de água fixada de acordo com as categorias de usuários e as faixas de consumo. Súmula n. 407 do STJ. A tarifa diferenciada é aplicada para as

peessoas jurídicas constantes do § 1º, do artigo 31, da Lei Complementar Municipal n. 170/87, destinada a pessoas jurídicas de natureza diversa da apelante, estabelecimentos públicos hospitalares e de ensino, templos e prédios ocupados por associações desportivas, sociais e recreativas, sem fins lucrativos, razão pela qual não é alcançada pela hipótese da lei municipal. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível N. 70033897323, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Arno Werlang, Julgado em 06/10/10)

Ainda, o fato de o órgão público ser consumidor de um serviço público não lhe confere posição de superioridade. Como a própria Lei de Licitações prevê em seus arts. 55, 58 a 61 e 62, os órgãos públicos, como consumidores, devem ter o tratamento de consumidores comuns, não podendo alegar prerrogativas a ele inertes para evitar, por exemplo, cortes no fornecimento. Esta posição se mostra pacífica nos Tribunais.

Ademais, fixar tarifas de água elevadas para os órgãos públicos tem uma razão de ser. Embora, em tese, não haveria mais custos operacionais na hipótese, a ideia é evitar o desperdício de recursos hídricos, em consonância com o ordenamento constitucional.

No mais, visa-se a redução do consumo, objetivando, justamente, o corte de gastos públicos. Ocorre que, certamente, pelo fato de se estar em prédios públicos, ocorrem inúmeros desperdícios. E estes não se concentram na utilização da água para seu uso comum, mas, sim, nas torneiras que vazam, nos encanamentos comprometidos etc. E tais problemas, por vezes, não são sanados com tanta agilidade.

A tarifa diferenciada, desse modo, acaba por proteger o interesse público, bem como os recursos hídricos que podem vir a se tornar

escassos, também, no Brasil.

Por todos os motivos acima explanados, conclui-se que a aplicação da tarifa diferenciada não se mostra ilegal ou mesmo inconstitucional. Muito pelo contrário. Preserva os interesses mais elevados na Constituição.

Portanto, não merece provimento o apelo do Estado do Rio Grande do Sul.

Quanto ao recurso do DMAE, é de ser provido no tocante à revogação da liminar.

Em que pese tenha sido julgada improcedente a ação, o magistrado manteve os efeitos da liminar até o trânsito em julgado.

Todavia, com a confirmação da sentença neste acórdão, entendo que não devem mais subsistir os efeitos da antecipação da tutela inicialmente concedida, haja vista sua natureza provisória e revogável a qualquer tempo, nos termos do art. 273, § 4º, do CPC.

Sobre a provisoriedade da tutela concedida antecipadamente e sua revogação quando do julgamento de improcedência da ação, cabe trazer lição do Ministro Athos Gusmão Carneiro:

No caso de sentença de improcedência, terá desaparecido o 'juízo de verossimilhança' e, destarte, a AT considerar-se-á automaticamente revogada, devendo as coisas retornarem ao estado anterior (art. 588, III e parágrafo único). Aplicar-se-á, por extensão, a Súmula n. 405 do Supremo Tribunal Federal.

Não se concebe, regra geral, que o juiz venha a manter a medida antecipada, nos casos em que haja julgado a demanda improcedente. É uma questão de lógica, pois a AT concede ao demandante, no todo ou em parte, aquele mesmo bem da vida que se esperava fosse

deferido na futura (e provável) sentença de procedência. Não realizada a expectativa, ou seja, quando a sentença venha denegar o pedido do autor, desapareceu elemento fundamental ao deferimento e manutenção da medida, a verossimilhança, o fumus boni iuris (itens 23 e 24). Teríamos uma tutela 'apenas de perigo', sem a evidência; sobre a hipótese contrária, de tutela de evidência, sem urgência, vide item 26.

Assim, Eliana Calmon, para quem 'se após cognição plena e exauriente o juiz conclui que não tem o autor razão, ou que o processo foi inútil, porque defeituoso ou carente, naturalmente que não pode prevalecer a eficácia da tutela antecipada', aludindo outrossim à Súmula nº 405 do STF (Inf. Jurid. da Biblioteca Min. Oscar Saraiva, vol. 11, p. 164, julho-dezembro de 1999). Como afirmou o Min. Sidnei Beneti, do STJ, a improcedência decorre de um julgamento após cognição total, que extingue os efeitos da tutela antecipada concedida sob cognição parcial (voto no REsp. 768.363, 3ª Turma, rel. Min. Gomes de Barros, j. em 14.01.08).

Este entendimento persiste mesmo que a AT haja sido deferida pelo Tribunal, em agravo de instrumento; não haverá a quebra da hierarquia funcional exatamente porque a decisão do tribunal resultou de mera cognição sumária. (Da Antecipação de Tutela, Ed. Forense, 2010, p. 141-142)

Assim, diante da improcedência dos pedidos formulados na inicial, revogo a antecipação de tutela deferida, visto que ausentes os requisitos autorizadores de sua concessão, constantes no art. 273 do CPC.

Relativamente à majoração dos honorários advocatícios, também assiste razão ao DMAE.

A verba honorária a ser paga pelo Estado do Rio

Grande do Sul foi fixada em R\$ 10.000,00, valor que se mostra incompatível com o trabalho desenvolvido no feito e a relevância da questão posta nos autos.

Segundo a previsão do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, a fixação dos honorários deverá ser feita *consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas “a”, “b” e “c” do § 3º do mesmo artigo.*

NELSON NERY JÚNIOR (*in* Código de Processo Civil Comentado, p. 435), afirma que *“o critério da equidade deve ter em conta o justo não vinculado à legalidade, não significando necessariamente modicidade”.*

Também OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA (*in* Comentários ao Código de Processo Civil, v.1, p. 129) sustenta que *“equidade não significa indulgência, e nem a moderação que se compreende na equidade implica necessariamente em aviltamento dos honorários do advogado.”*

No mesmo alinhamento, assim se manifestou o Min. Humberto Gomes de Barros (REsp 18.647-RJ, 1ª Turma, STJ, DJU de 17.12.92): *“O art. 20, § 4º, do CPC, ao determinar se decida por equidade, não autoriza se fixem em valor aviltante os honorários por sucumbência.”*

Saliente-se que o art. 170 da Constituição Federal prevê a valorização do trabalho como fundamento da ordem econômica. Acrescente-se, ainda, que a boa remuneração do advogado vem ao encontro da necessidade de bem se remunerar *qualquer* profissional, sendo que *o advogado é indispensável à administração da Justiça* (CF, art. 133) e como tal há de ser considerado.

Assim, atento às diretrizes do art. 20, §§ 3º e 4º, do Estatuto Processual vigente, entendo que a verba

honorária deve ser majorada para R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais).

Ainda, merece reforma a sentença, em sede de reexame necessário, na parte em que condenou o Estado do Rio Grande do Sul ao pagamento das custas processuais.

É de se salientar que a antiga redação do art. 11 do Regimento de Custas (Lei n. 8.121/85) estabelecia que eram devidas custas pela metade pela Fazenda Pública, sendo exclusividade do Estado a isenção. Esta era a previsão do mencionado dispositivo:

Art. 11 - Os emolumentos serão pagos por metade pela Fazenda Pública: a) nos feitos cíveis em que essa for vencida; b) nos processos criminais em que decair a Justiça Pública, ou quando os réus condenados, comprovadamente pobres, não os possam pagar; c) nos feitos em que for concedido o benefício da justiça gratuita e vencido o beneficiário.

Parágrafo único - O Estado não pagará emolumentos aos servidores que dele percebam vencimentos.

Em 23 de junho de 2010, passou a vigorar a Lei Estadual n. 13.471, que assim dispõe:

Art. 1º - O art. 11 da Lei n. 8.121, de 30 de dezembro de 1985, Regimento de Custas, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 11 – As Pessoas Jurídicas de Direito Público são isentas do pagamento de custas, despesas judiciais e emolumentos no âmbito da Justiça Estadual de Primeiro e Segundo Graus.

Parágrafo único – A isenção prevista neste artigo não exime a Fazenda Pública da obrigação de reembolsar as despesas feitas pela parte

vencedora.

Dessa forma, vinha decidindo este Colegiado pela aplicação da isenção total de custas ao Estado após a vigência da Lei Estadual n. 13.471/10, sendo que quanto aos atos praticados antes da vigência da referida lei, ficaria o ente estadual condenado ao pagamento de metade das custas processuais para os casos de cartório privatizado e isento nos casos de cartório estatizado.

Contudo, quando do julgamento do Incidente de Inconstitucionalidade n. 70041334053, o Órgão Especial desta Corte julgou inconstitucional a Lei Estadual n. 13.471/10 no tocante às custas, ante a usurpação, pelo Poder Executivo, da reserva de iniciativa exclusiva do Poder Judiciário.

Tal decisão restou assim ementada:

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL N. 13.471/10. CUSTAS, DESPESAS PROCESSUAIS E EMOLUMENTOS. ISENÇÃO DE PAGAMENTO PELAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO. MATÉRIA RELATIVA ÀS DESPESAS PROCESSUAIS JÁ APRECIADA PELO ÓRGÃO ESPECIAL, VIA CONTROLE CONCENTRADO. CUSTAS E EMOLUMENTOS. POSSIBILIDADE DE ENFRENTAMENTO DA MATÉRIA EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO. ESPÉCIE TRIBUTÁRIA DE TAXA. EXISTÊNCIA DE VÍCIO FORMAL. INICIATIVA EXCLUSIVA DO PODER JUDICIÁRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45/2004. ART. 98, § 2º, E ART. 99 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Versando a discussão sobre a constitucionalidade da Lei Estadual n. 13.471/10, que dispensou as pessoas jurídicas de direito público do

pagamento das custas, despesas processuais e emolumentos, questão - no tocante às despesas processuais - já apreciada por este Órgão Especial em ação direta de inconstitucionalidade, resta prejudicado, em parte, o presente feito. Incidente suscitado em data anterior ao julgamento da Adin n. 70038755864. Art. 481, parágrafo único, do CPC. Precedentes. 2. Tendo em vista a nova realidade constitucional, com a consagração da autonomia financeira do Poder Judiciário na Constituição Federal de 1988, através da Emenda Constitucional n. 45/2004, direcionadas as receitas de custas e emolumentos integral e exclusivamente para o custeio dos serviços judiciários (art. 98, § 2º, da Constituição Federal), a Lei Estadual n. 13.471/10 contém insuperável vício de inconstitucionalidade ante a usurpação, pelo Poder Executivo, da reserva de iniciativa exclusiva do Poder Judiciário. 3. Proclamada, incidente tantum, a inconstitucionalidade formal da Lei Estadual n. 13.471, de 23/06/2010, com apoio no art. 97 da CF. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA, JULGADO PROCEDENTE, EM VOTAÇÃO MAJORITÁRIA. (Incidente de Inconstitucionalidade N. 70041334053, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Uhlein, Julgado em 04/6/12)

Desta forma, tenho que aplicável a disposição da redação anterior do art. 11, que aplica a isenção do pagamento das custas quando se tratar de cartórios estatizados.

Assim, considerando que a 8ª Vara da Fazenda Pública não é privatizada, aplicável, no caso, o parágrafo único do artigo 11 da Lei 8.121/85, motivo

pelo qual as custas não devem ser suportadas pelo Estado.

Pelo exposto, nego provimento ao apelo do Estado e dou provimento ao do DMAE, para revogar os efeitos da liminar e para majorar o valor dos honorários advocatícios para R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), reformada, em parte, a sentença em reexame necessário.

Des. Genaro José Baroni Borges (REVISOR) -  
**DE ACORDO COM O(A) RELATOR(A).**

Des. Arminio José Abreu Lima da Rosa  
(PRESIDENTE) - **DE ACORDO COM O(A)  
RELATOR(A).**

**DES. ARMINIO JOSÉ ABREU LIMA DA ROSA -  
PRESIDENTE - APELAÇÃO REEXAME NECESSÁRIO  
N. 70050785831, COMARCA DE PORTO ALEGRE:  
"NEGARAM PROVIMENTO AO APELO DO ESTADO  
E DERAM PROVIMENTO AO DO DMAE,  
REFORMADA, EM PARTE, A SENTENÇA EM  
REEXAME NECESSÁRIO. UNÂNIME."**

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL****REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA. REGISTRO DE  
USUCAPIÃO**

Maria Etelvina Bergamaschi Guimaraens<sup>276</sup>

APELAÇÃO CÍVEL N. 70046822573  
20ª Câmara Cível do TJRS – Julgado em 07/3/12 – Relator  
Des. CARLOS CINI MARCHIONATTI, DJ EM 26/3/12

APELAÇÃO CIVIL. Dúvida inversa. Registro de usucapião. Ausência de descrição do regime de casamento, nome e qualificação completa do cônjuge. Sentença de improcedência. Viabilidade do registro do título judicial.

O registro da sentença declaratória da prescrição aquisitiva não se condiciona a exigência em questão.

Reconhecido o usucapião pelo implemento dos respectivos requisitos, a sentença vale, deve ser cumprida e, eventual discussão, trará consigo a sua inoponibilidade a terceiros de boa-fé.

Precedente da Câmara.

Apelação provida.

---

<sup>276</sup> Procuradora Municipal de Porto Alegre. Especialista em Advocacia Municipal, pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul em convênio com Escola de Direito Municipal, em 2001. Mestre em Planejamento Urbano e Regional pela Faculdade de Arquitetura da Universidade Federal do Rio Grande do Sul- UFRGS.

## COMENTÁRIOS

A partir de 1994, com o advento da Lei Municipal n. 7.433/94 que regulamentou o art. 232 da Lei Orgânica do Município de Porto Alegre, a Procuradoria do Município passou a atuar na defesa judicial de cidadãos em matéria integrante do programa de regularização fundiária. O interesse público na organização da cidade e na regularização fundiária de assentamentos consolidados orientou a formulação legal e desde então o Município patrocina a defesa da posse de seus moradores.

Nesta atuação, que já monta 20 anos, não raros foram os obstáculos jurídicos e processuais à efetivação do direito constitucional de reconhecimento da propriedade com base o artigo 183 da Constituição Federal.

A decisão que aqui se noticia se refere a um obstáculo jurídico e processual ao cumprimento da sentença, o qual se repetiu em um sem número de processos: a exigência do Registro Imobiliário da identificação do estado civil do titular do direito reconhecido em sentença.

Ocorre que, em face da informalidade que caracteriza as relações nos assentamentos informais, não raras foram as vezes em que se deparou com a titular da posse identificando-se como separada, porém não formalmente separada. Nesta situação a inicial identificou a autora – ou autor - como *separada de fato*. Tal condição não caracteriza formalmente um estado civil, porém a posse é fato e o direito à propriedade decorre deste fato. E inscrição do estado civil casada(o) necessariamente estenderia o direito ao cônjuge que nunca exerceu a posse.

Tal circunstância fez com que reiteradamente se

pleiteasse o registro da propriedade em nome da autora na condição identificada na inicial. A orientação jurisprudencial que ora se apresenta vem se consolidando no Tribunal de Justiça deste Estado, fruto do inconformismo dos procuradores municipais que atuaram nos feitos.

Esta decisão consiste, ao mesmo tempo, na efetivação do direito constitucional consagrado no artigo 183, no reconhecimento das mudanças sociais características da atualidade.

Maria Etelvina Bergamaschi Guimaraens,  
Procuradora Municipal,  
Procuradoria de Assistência e Regularização Fundiária.

**ACÓRDÃO - VOTO RELATOR (DESEMBARGADOR  
Carlos Cini Marchionatti (RELATOR)<sup>277</sup>**

Antecipo minha conclusão no sentido de dar provimento à apelação.

Ponho-me de acordo com o parecer do Procurador de Justiça Luis Henrique Barbosa Lima Faria Corrêa, contendo análise criteriosa que se integra ao voto como razões de decidir, nos seguintes termos (fls. 74-5):

Apelação Cível. Procedimento de dúvida inversa. Registro de mandado de usucapião. Reconhecido a propriedade do bem em favor dos apelantes, deve-se determinar que se proceda ao

---

<sup>277</sup> Disponível em: [www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc](http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc).

registro do mandado, nos exatos moldes da sentença transitada em julgado, independentemente do estado civil da autora. Aquisição da propriedade, ademais, que se deu posteriormente à separação de fato da autora. Apelo que merece provimento.

COLEDA CÂMARA:

1. Trata-se de apelação interposta por Marli Lucila Escalaste e José Fortes da Silva contra sentença que julgou improcedente o procedimento de dúvida inversa ajuizado contra Moisés Marcelo de Sillos, Oficial do Registro de Imóveis da 3ª Zona da Capital, visando ao registro do mandado de usucapião, conforme sentença judicial transitada em julgado.

Sustentam os apelantes, em síntese, que a negativa de registro do mandado decorreu de suposta deficiência no estado civil da autora, já que ela teria se qualificado como separada de fato, situação que, segundo o réu, não se enquadra em estado civil à luz da legislação pátria. Dizem, contudo, não ter sido considerada as condições fáticas específicas do caso, as quais conferem fundamento jurídico ao registro da sentença. Afirmam que a autora Marli exerceu a posse em conjunto com o autor José, com quem mantém união estável, e não em conjunto com seu ex-cônjuge, de quem está separada de fato há longa data. Dizem que a autora não é casada nem solteira, não havendo outra qualificação possível senão a de separada de fato. Sustentam que qualificá-la como casada atribuiria a terceiro estranho à relação material direito sobre o bem, o que, na espécie, não tem lógica, porquanto a posse sobre o imóvel foi exercida apenas por ela, conforme, aliás, reconhecido na sentença transitada em julgado. Pugnam, assim, pelo provimento do apelo.

Sem resposta do apelado, foram os autos

conclusos ao eminente Des. Relator, que determinou o encaminhamento do feito a esta Procuradoria de Justiça para parecer.

É o breve relatório.

2. O recurso satisfaz os requisitos de admissibilidade, devendo ser conhecido.

3. No mérito, merece provimento a inconformidade.

Com efeito, os apelantes ajuizaram ação de usucapião visando á declaração de propriedade do imóvel no qual residiam a mais de quatorze anos a qual foi julgada procedente com sentença transitada em julgado em 27 de novembro de 2008 (fl. 18). Expedido o respectivo mandado de registro, a autoridade registraria lançou impugnação, em face da qualificação da autora Marli como sendo "separada de fato", estada civil que, segundo ela, não existiria no ordenamento jurídico vigente.

Deve-se salientar, de início, que a sentença prolatada na ação de usucapião reconheceu que a apelante, independentemente de seu estado civil, preencheu todos os requisitos legalmente exigidos para a aquisição do domínio do bem, de sorte que o registro do mandado deve obedecer ao título judicial, não sendo dado à autoridade registraria neste ponto inovar (fls. 16/17).

De outro lado, ainda que não se pretenda adentrar nas nuances subjacentes á propositura da ação de usucapião, não se pode deixar de registrar que a posse sobre o bem foi exercida pelos apelantes, ou seja, o ex-cônjuge da autora Marli de quem ela há muito se encontra separada de fato não teve qualquer relação jurídica de direito material, de modo que qualificá-la como casada poderia apenas contribuir para tumultuar futuro processo judicial de separação.

O ponto primordial e sobre o qual não pairam quaisquer dúvidas é o de que a posse mansa e

pacífica que ensejou a aquisição da propriedade do imóvel jamais foi exercida pelo seu ex-cônjuge, sendo exclusivo dos apelantes eventuais direitos sobre o bem.

Nesse sentido, a propósito:

“Dúvida inversa. Registro de usucapião. Ausência de descrição do regime de casamento, nome e qualificação completa do cônjuge. Sentença de improcedência. Viabilidade do registro do título judicial. 4 registro da sentença declaratória do usucapião não se condiciona a exigência em questão. Reconhecido o usucapião pelo implemento dos respectivos requisitos, a sentença vale, deve ser cumprida e eventual discussão, trará consigo a sua inoponibilidade a terceiros de boa-fé. Apelação provida.” (Apelação Cível N. 70042041228. Vigésima Câmara Cível. Tribunal de Justiça do RS. Relator: Carlos Cini Marchionatti, Julgado em 22/6/11)

4. POSTO ISTO, o parecer é pelo conhecimento e provimento do apelo.

Em complemento à fundamentação de meu voto, aduzo que o registro da sentença declaratória da usucapião não se condiciona a exigência em questão.

Reconhecido a usucapião pelo implemento dos respectivos requisitos, a sentença vale, deve ser cumprida e, eventual discussão, trará consigo a sua inoponibilidade a terceiros de boa-fé.

**Voto, portanto, pelo provimento da apelação, conforme a fundamentação acima deduzida.**

Des. Glênio José Wasserstein Hekman (REVISOR) - **DE ACORDO COM O(A) RELATOR(A).**

Des.<sup>a</sup> Walda Maria Melo Pierro - **DE ACORDO COM O(A) RELATOR(A).**

DES. CARLOS CINI MARCHIONATTI -

**PRESIDENTE - APELAÇÃO CÍVEL N. 70046822573,  
COMARCA DE PORTO ALEGRE: "DERAM  
PROVIMENTO À APELAÇÃO. UNÂNIME."**

*Juiz de Direito da sentença: Dr. Antonio C. A.  
Nascimento e Silva.*

**TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª  
REGIÃO**

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PERMISSÃO DE TÁXI.  
INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO**

Carlos Eduardo da Silveira<sup>278</sup>

RECURSO ORDINÁRIO N. 0000006-63.2013.5.04.0018  
1ª Turma do TRT da 4ª Região, Rel. Desª. Ana Luiza Heineck  
Kruse, Julg. 07/5/14, pub. DEJT 09/05/14. Área do Direito:  
Administrativo

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PERMISSÕES DE TÁXI. ALTERAÇÃO DE TITULARIDADE. UTILIZAÇÃO DE PROCURAÇÕES. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. A ação que visa que os demandados se abstenham da prática de atos atinentes à alteração da titularidade e de realizar a concessão das permissões, a qualquer título, especialmente com utilização de procurações, tem a competência material definida pelo ato administrativo cuja regularidade é discutida. Não é competente, pois, esta Justiça Especializada para o julgamento da Ação Civil Pública e da Ação Cautelar incidental movidas pelo Ministério Público do Trabalho contra Município de Porto Alegre e Empresa Pública de Transporte e Circulação S.A. - EPTC, mantendo-se a determinação de remessa dos autos à Justiça Estadual Comum, a quem caberá decidir a

---

<sup>278</sup> Procurador Municipal de Porto Alegre. Especialista em Gestão Pública pela Fundação Escola Superior do Ministério Público.

integralidade da matéria trazida à discussão, inclusive no que pertine à pretensão de determinação de expedição de ofício ao Ministério Público para apuração de eventual crime. Prejudicada, em face do decidido, a análise dos recursos das requeridas no que pertine à ilegitimidade ativa do Ministério Público do Trabalho, matéria que deve ser analisada pelo Juízo competente.

## COMENTÁRIOS

O Ministério Público do Trabalho ajuizou ação civil pública objetivando que o Município de Porto Alegre e a EPTC se abstivessem de conceder, a qualquer título, permissão ou concessão do serviço de táxi nesta capital. Além disso, postulava fossem declaradas nulas todas as permissões de táxi, tanto as concedidas após 05/10/88 quanto as anteriores a esta data, bem como fosse determinada a promoção de licitação, em observância aos limites e exigências estabelecidas nos artigos 37 e 175 da CF/88 e na Lei n. 8987/95.

O Município de Porto Alegre apresentou contestação, asseverando que a ação proposta não guardava qualquer relação com a matéria trabalhista, mas apenas com matéria tipicamente de direito administrativo. Ademais, nenhum dos pedidos formulados pelo Ministério Público estava compreendido na competência da Justiça do Trabalho, estabelecida no art. 114 da Constituição Federal, razão pela qual não havia outro caminho senão o reconhecimento da incompetência absoluta da Justiça do Trabalho.

Além disso, o Município sustentou que a demanda não comportava a remessa dos autos ao juízo competente (Justiça Comum), haja vista que o autor não possuía legitimidade para postular em juízo o eventual

descumprimento ou irregularidade de ato administrativo que não esteja vinculado a uma relação de trabalho. Forte nesses argumentos, requereu o acolhimento das preliminares de incompetência absoluta da Justiça do Trabalho, em razão da matéria, litisconsórcio necessário e ilegitimidade ativa, julgando extinto o feito, sem resolução de mérito ou, sucessivamente, a improcedência da demanda.

Sobreveio a decisão, na qual restou acolhida a preliminar de incompetência do juízo em razão da matéria, suscitada pelo Município de Porto Alegre e pela EPTC, entendendo o douto julgador por remeter os autos à Justiça Comum Estadual, alicerçado no entendimento de que incide na espécie a unicidade do Ministério Público, segundo a qual a divisão existente é apenas funcional.

Inconformado com tal decisão, o Ministério Público do Trabalho interpôs Recurso Ordinário, sustentando, em síntese, que a ação em comento visava à democratização do direito ao trabalho dos taxistas e que a atuação da Administração Pública Municipal pode, em tese, caracterizar a ocorrência dos tipos penais previstos nos artigos 89 e 90 da Lei n. 8.666/93, e 10, VII e VIII, e 11, I e II, da Lei n. 8.429/92, diante da omissão na regularização das permissões e da prática de atos voltados à continuidade da situação ilegal, como a apresentação de projeto de lei incompatível com a ordem constitucional. Sob tais argumentos, postulou fosse reconhecida a competência da Justiça do Trabalho para apreciar a matéria, julgando-se imediatamente a ação civil pública e a ação cautelar incidental.

Já o Município de Porto Alegre e a EPTC interpuseram Recurso Ordinário requerendo, em síntese, o acolhimento da preliminar de ilegitimidade

ativa do Ministério Público do Trabalho, a fim de determinar a extinção do feito sem resolução do mérito, especialmente porque, muito embora o art. 127, §1º, da Constituição da República estabeleça que a unidade se constitui em um princípio institucional do Ministério Público, tal princípio não afasta a repartição de competência prevista na Constituição Federal (art. 128), que delimita o âmbito de atuação de cada órgão.

Ao apreciar os recursos interpostos, em acórdão conduzido pelo voto da Desembargadora Ana Luiza Heineck Kruse, o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região manteve a decisão recorrida por entender não haver relação de trabalho entre o permissionário de táxi e o Poder Público que concedeu a permissão e tampouco entre o profissional motorista contratado pelo permissionário e a Municipalidade.

Nesse sentido, enfatizou o Tribunal que o atingimento, pelas vias indiretas, do mercado de trabalho de motoristas de táxi, igualmente não tem o condão de afirmar a competência da Justiça Especializada, mormente porque o objeto central da demanda proposta pelo Ministério Público do Trabalho está relacionada com a validade das permissões do serviço de táxi nesta Capital e dos atos administrativos que autorizaram a alteração de titularidade das permissões, matérias essas que detêm natureza tipicamente administrativa.

Em suas razões de decidir, estabeleceu com clareza que mesmo nas hipóteses em que há inequívoco interesse de "trabalhadores" em discussão, tal fato, por si só, não fixa a competência da Justiça Especializada, citando a título exemplificativo as demandas judiciais em que se postula o registro na Ordem dos Advogados do Brasil sem a aprovação no exame que, indubitavelmente, afeta diretamente o

acesso ao mercado de trabalho, mas que detém natureza administrativa e, por essa razão, tramita na Justiça Comum.

Assim, a Turma decidiu por manter a decisão recorrida, que havia declarado a incompetência da Justiça do Trabalho para o julgamento da Ação Civil Pública e da Ação Cautelar incidental movida pelo Ministério Público do Trabalho contra Município de Porto Alegre e a EPTC, determinando a remessa dos autos à Justiça Estadual Comum, a quem caberá decidir a integralidade da matéria trazida à discussão.

Em que pese se divirja do encaminhamento do feito à Justiça Comum para que esta aprecie a preliminar de ilegitimidade de parte, ao invés de julgar extinta a demanda na origem, a decisão em epígrafe, proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 4<sup>a</sup> Região, possui grande relevância, especialmente ao considerar o aumento significativo de demandas propostas pelo Ministério Público do Trabalho que envolve matérias tipicamente de direito administrativo e que são aforadas na Justiça Especializada.

Carlos Eduardo da Silveira,  
Procurador Municipal - Especialista em Gestão Pública  
pela Fundação Escola Superior do Ministério Público  
(FMP), Porto Alegre/RS.

## **ACÓRDÃO - VOTO RELATOR (DESEMBARGADORA ANA LUIZA HEINECKKRUSE)<sup>279</sup>**

Trata-se de ação civil pública movida pelo Ministério Público do Trabalho contra MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE e EMPRESA PÚBLICA DE TRANSPORTE E CIRCULAÇÃO S.A. - EPTC.

O Ministério Público diz que recebeu denúncia formulada por profissional taxista, que segundo informa, trabalharia para permissionário que possuiria vários prefixos de táxi, inclusive em nome de terceiros, servindo-se das "procurações", situação que seria corriqueira. Segundo o denunciante, alguns permissionários deteriam dezenas de prefixos, explorando o serviço em benefício próprio, sem que a EPTC tomasse qualquer atitude. Diz que em face da denúncia, requisitou à EPTC informações sobre o serviço de táxi nesta Capital, notificação não atendida. Afirma que a administração pública municipal vem aplicando a Lei Municipal n. 3.790/73, a despeito de sua incompatibilidade com a ordem constitucional. Além disso, não fiscaliza de forma adequada a indiscriminada utilização de subterfúgios, como a figura do instrumento de mandato (procuração) para a transferência ilegal da permissão. Defende que a incompatibilidade da lei municipal com a Constituição Federal se revela pela exigência constitucional de que os serviços públicos quando não prestados diretamente pelo Poder Público, devem respeitar o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, observadas outras

---

279

Disponível

em:

[www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/consulta\\_lista/ConsultaProcessualWindow?svc=consultaBean&nroprocesso=0000006-63.2013.5.04.0018&operation=doProcesso&action=2&intervalo=90](http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/consulta_lista/ConsultaProcessualWindow?svc=consultaBean&nroprocesso=0000006-63.2013.5.04.0018&operation=doProcesso&action=2&intervalo=90)

condições definidas em lei, atinentes à caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão (artigo 175 da Constituição Federal). Diz que depois de obtido o relatório do Grupo de Trabalho junto ao MP de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, notificou a Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre para que prestasse informações e apresentasse documentos, tendo a municipalidade informado que a exploração do serviço de táxi ocorre mediante permissão pública, com prazo indeterminado, nos termos da Lei Municipal n. 3.790/73 e Decreto Municipal n. 14.499/04. Alega que a EPTC complementou as informações, esclarecendo que as permissões de táxi fora concedidas por prazo indeterminado e que há 3.905 permissionários de táxi em Porto Alegre, 10.516 condutores ativos e 63.032 condutores auxiliares inativos. Acrescenta que o processo administrativo aberto na Procuradoria Regional do Trabalho da 4ª Região foi convertido em inquérito civil, sendo intimada a municipalidade e a EPTC para apresentarem relação de todas as permissões em que foi apresentada procuração perante a administração pública, além de relação nominal dos intitulados procuradores com a indicação das correspondentes permissões e, finalmente, todas as permissões em que houve, a qualquer título, transmissão ou transferência depois de 05.10.1988. Diz que ignorando o poder de requisição de informações conferido legalmente ao Ministério Público, os demandados não atenderam as notificações, resultando em denúncia ao Ministério Público Federal para a responsabilização criminal, além da promoção de ação cautelar nesta Justiça Especializada para obtenção dos dados sonogados ao Ministério Público do Trabalho. Afirma que nesta ação, n. 0001958-14.2012.5.04.0018, parte das informações foram prestadas, sendo fornecida relação de

permissionários detentores de delegação de táxi no Município de Porto Alegre, com 2.818 permissões concedidas após 05.10.1988, sem licitação. Sustenta que o Grupo de Trabalho teria apurado que 35 pessoas administrariam pelo menos 386 permissões, ou seja, aproximadamente 10% de todas as permissões existentes na capital. Enfatiza que no julgamento da ASDI 3521-PR, o Pleno do STF definiu a impossibilidade de existência de concessões ou permissões por prazo indeterminado, ao entendimento de que o artigo 175 da Constituição Federal e a Lei n. 8.987/95 vedam tal previsão. Defende que além dos prejuízos constitucionais de que trata o artigo 37, a situação relatada permitiu a entrega da própria gestão do serviço à iniciativa privada, uma vez que pessoas estranhas à Administração Pública passaram a dispor das permissões como se constituíssem sua propriedade, negociando e escolhendo quem poderia explorar o serviço que deveria ser público e se valendo das procurações, ou ainda, mediante transferência por herança, à semelhança de capitania hereditária, em afronta à Constituição Federal. Acrescenta que desde 1995 há dispositivo legal - Lei n. 8.987/95 - prevendo a necessidade de regras de transição quanto às permissões e concessões outorgadas antes de 05.10.1988 sem prazo definido, estabelecendo que teriam validade máxima até 31.12.10 e isto se atendidas diversas exigências elencadas na própria lei. Defende, assim, que vencido o prazo limite de 31.12.10, as permissões e concessões outorgadas sem prazo determinado que não foram regularizadas não têm mais validade, enfatizando que não se adquirem direitos a partir de atos ilegais.

Por fim, defende que a administração pública, ao deixar de implementar as medidas necessárias para que

o serviço de táxi da capital se amolde aos princípios constitucionais aplicáveis, propicia a absoluta precarização do mercado de trabalho dos profissionais taxistas. Diz que a Lei n. 12.468/11 regulamenta a profissão de taxista no país e estipula que é atividade privativa dos profissionais taxistas a utilização de veículo automotor, próprio ou de terceiros, para o transporte público individual remunerado de passageiros com capacidade de no máximo sete passageiros. Referida lei estipula, ainda, os requisitos e condições para o exercício da profissão, nominam os deveres dos profissionais taxistas, os direitos dos taxistas empregados e assegura a estes profissionais a possibilidade de constituição de entidades nacionais, estaduais ou municipais que os representem. Sustenta que o mercado de trabalho dos profissionais taxistas corresponderá unicamente ao transporte público de passageiros, como vier a ser regulamentado pelo Poder Público Municipal, observados os limites decorrentes da observância dos princípios constitucionais incidentes (artigos 37 e 175 da Constituição Federal, este último regulamentado pela Lei n. 8.987/95). Enfatiza que a concessão ou permissão deve ser personalíssima, impessoal, sujeita à licitação, e por prazo determinado, excluída qualquer possibilidade de transferência, especialmente em caráter hereditário. Alega que os princípios constitucionais, se observados, permitirão o adequado funcionamento do mercado de trabalho dos profissionais taxistas, assegurando a todos a possibilidade de exercerem sua profissão e usufruírem do direito ao trabalho estabelecido como direito social no texto constitucional, evitando-se que um pequeno número de pessoas, agindo à margem da lei, possa controlar este mercado, impondo unilateralmente condições de trabalho precárias para os que não são

titulares de permissão, tal qual ocorre atualmente, de forma que os profissionais que não aceitarem as condições impostas, estarão virtualmente excluídos do mercado de trabalho. Defende que ao desrespeitar os princípios de índole constitucional seja por omissão, seja por efetiva ação no sentido de deixar as coisas como estão, os demandados restringe a possibilidade de exercício da profissão da maior parte dos profissionais taxistas. Enfatiza que as permissões adquiridas ou mantidas ilegalmente são transferidas mediante a utilização de procurações e não são oferecidas mediante licitação ao conjunto dos profissionais taxistas, que se veem privados da possibilidade de se tornarem permissionários do serviço público. Defende, assim, que embora existam na capital mais de 70.000 condutores auxiliares aptos ao exercício da profissão, menos de 16 deles efetivamente exerce a profissão e desses, boa parte - os chamados condutores auxiliares - se sujeita às condições impostas pelos detentores ilegítimos das permissões, que as detêm sem amparo em lei, seja porque as obtiveram sem submissão à licitação após 05.10.1988, seja porque as obtiveram por meios espúrios, como a aquisição mediante a outorga de procuração. Enfatiza que em relação aos que obtiveram a permissão antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, a falta de licitação por si só não as invalidou, mas tais permissões somente podem ser consideradas pessoais, intransferíveis e sujeitas a prazo, uma vez que a ideia de indeterminação de prazo é incompatível com a concessão de serviços públicos. Deste modo, alega que as permissões, se foram transferidas sob qualquer forma após 05.10.1988, inclusive a título hereditário, se tornou nula, o mesmo ocorrendo pelo advento do prazo limite estipulado no artigo 43 da Lei n. 8.987/95, ou seja, 31.12.10.

Argumenta que a legislação municipal antiga já previa a impossibilidade de transferência onerosa das permissões, pretendendo coibir a mercantilização das permissões. Afirma que o indivíduo que adquiriu permissão sem se submeter à licitação agiu de má-fé. Defende ser incabível que os réus queiram realizar auditoria nas atuais permissões, pois elas simplesmente não são mais válidas, tendo expirado por força de lei em 31.12.10, inclusive aquelas que nunca tiveram alteração de titularidade, não havendo base legal para reconhecer qualquer validade ou eficácia às permissões de táxi nesta capital.

Defende que a situação fática revela não apenas as ilegalidades existentes, mas também a intenção da Administração Pública Municipal de não corrigir tais ilegalidades, revelando, por outra, sua disposição de seguir conferindo validade às permissões nulas, sem a realização de qualquer ato voltado à imediata licitação para o serviço de táxis, mantendo-se o mercado de trabalho inacessível para mais de 60.000 profissionais, que restam impossibilitados do gozo do conjunto dos direitos sociais constitucionalmente assegurados, como trabalhadores que são, impedidos de sonhar com a obtenção de uma permissão para trabalhar, pois as permissões permanecem nas mãos de detentores ilegítimos. Diz, ainda, que tais profissionais também não têm a perspectiva de concorrer em igualdade de condições para a obtenção de permissões, reservadas aos detentores ilegítimos e seus sucessores. Busca, em suma, em antecipação de tutela, seja determinado aos réus que imediatamente:

a) abstenham-se de praticar qualquer ato destinado a, sob qualquer forma e a qualquer título, permitir a alteração da titularidade das permissões de

táxi nesta capital;

b) abstenham-se de aceitar a utilização de procuração para a prática de quaisquer atos referentes às permissões do serviço de táxi nesta capital;

c) abstenham-se de conceder, a qualquer título, permissão ou concessão do serviço de táxi sem observar as exigências dos artigos 37 e 175 da Constituição Federal, e da Lei n. 8.987/95.

Em caráter definitivo, requer também:

d) seja declarada a nulidade de todas as permissões de táxi, tanto as concedidas após 05/10/1988, quanto as anteriores, essas pelo decurso do prazo limite para regularização na forma da Lei n. 8.987/95;

e) seja determinado aos réus que promovam licitação para a concessão do serviço de táxi desta capital, com observância dos limites e exigências dos artigos 37 e 175 da Constituição Federal, e da Lei n. 8.987/95, inclusive quanto ao prazo de vigência da concessão ou permissão, de todas as permissões declaradas nulas e de todas as permissões ou concessões futuras do serviço de táxi.

Requer, também, a fixação de *astreintes* para o eventual descumprimento da decisão judicial, em valor reversível ao FAT - Fundo de Amparo ao trabalhador ou, sucessivamente, ao FDD - Fundo de Defesa dos Direitos Difusos.

A sentença de origem foi proferida nos seguintes termos:

I - Da incompetência em razão da matéria.

(...)

O instituto administrativo da permissão não faz emergir relação jurídica de trabalho entre o Poder Público concedente e o permissionário. E nem tanto é defendido na inicial. Na doutrina de

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello em sua obra *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, 1969, pág. 492, n. 51.3, *apud* Celso Antônio Bandeira de Mello em seu *Curso de Direito Administrativo*, 22. Ed., 2006, Malheiros Editores, p. 732, n. XI. 89: “O Estado, em princípio, valer-se-ia da permissão justamente quando não desejasse constituir o particular em direitos contra ele, mas apenas em face de terceiros.”

A despeito do alargamento do uso da permissão pelo Poder Público e da verdadeira confusão instaurada pelos ditames da Lei n. 8.987/95 e pela redação do artigo 175 da Constituição da República quando faz alusão a contrato (inciso I do parágrafo único), com prejuízos às características originárias do instituto, a saber, “ato administrativo negocial, discricionário e precário, pelo qual o Poder Público faculta ao particular a execução de serviços de interesse coletivo, ou uso especial de bens públicos, a título gratuito ou remunerado, nas condições estabelecidas pela Administração” (Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo do Trabalho*, Editora Malheiros, 31. Ed., p. 188), soa estranha demanda contra concedente buscando contraprestação do trabalho do permissionário na exploração dos serviços repassados. Houve repasse de serviço público cuja exploração direta não era do interesse da administração. “No atinente às relações de trabalho, é bem de ver que a regra somente pode ser a de que não se estabelece nenhum liame entre os contratados pela concessionária ou permissionária e o poder concedente ou permitente, respectivamente, impondo-se que tais obrigações sejam tratadas à luz da legislação trabalhista, sem qualquer conteúdo estatutário, em que pesem as disposições de ordem pública presentes na própria consolidação” (Juarez Freitas em sua

obra Estudos de Direito Administrativo, Editora Malheiros, 1995, p. 47).

A exploração deste serviço, porquanto não prescinde do fator mão de obra, sim, acarreta trabalho. É prestado pelo próprio permissionário - profissional liberal - ou por trabalhador por ele contratado. A verdadeira pletora de situações de fato avessas e até conflitantes com os modelos legais geradas pela utilização de mão de obra pelos permissionários, mormente em decorrência do uso das procurações pelo "proprietário" de fato da permissão, não é estranha a qualquer Magistrado que tenha atuado em qualquer das Varas do Trabalho de Porto Alegre. Não é novidade a questão transbordar do ajuste particular dos contratantes, até contrário a legislação, e a parte mais frágil e prejudicada se socorrer junto na Justiça do Trabalho para fazer valer os direitos sociais estabelecidos na Constituição e na CLT. Como em qualquer relação onde uma das partes necessita da contratação da sua mão de obra como forma de suprir os recursos para a própria subsistência, esta é prejudicada pelos termos do ajuste particular. Exemplo cristalino do que acima consta é a denúncia do trabalhador que deu ensejo a presente Ação Civil Pública. Todas as demandas são movidas, porquanto o efetivo contratante é o permissionário - seja de direito ou de fato -, contra este último.

Ainda que permaneçam dúvidas acerca da alteração da situação de fato a partir de nova relação de permissionários advinda da licitação requerida, apostando maiores efeitos saneadores a uma fiscalização efetiva - o gênero humano é criativo quando da intenção de explorar terceiros e permanece a necessidade do permissionário utilizar mão de obra por conta alheia em face do limite da jornada de trabalho - é questão estranha

ao exame da validade ou não das permissões atuais. A omissão do Poder concedente, seja na observância dos dispositivos legais invocados na inicial, ou na fiscalização da exploração dos serviços pelos atuais permissionários, é que justifica a atuação do Judiciário na substituição do Administrador reticente quanto à revogação dos atos que concederam as permissões.

Não existe relação de trabalho entre o Permissionário e o Poder que concedeu esta, como já referido. Também não existe relação de trabalho entre o profissional Motorista contratado pelo Permissionário, que explora serviços, e a Municipalidade, ainda que se possa aventar eventual responsabilidade civil objetiva com amparo no § 6º do artigo 37 da Constituição da República quanto a danos a terceiros.

A competência para conhecer e julgar dissídio relacionado à conduta de Agente Público que afete o mercado de trabalho de qualquer profissão - inclusive dos Motoristas de Táxi - é determinado pelo objeto do ato administrativo, assim entendido o conteúdo deste, criando, modificando ou definindo situações jurídicas. No caso em estudo o objeto do ato administrativo cuja desconstituição pretende o autor é o repasse de serviços públicos mediante permissão.

Nos termos do inciso I do artigo 114 da Constituição da República, é competente à Justiça do Trabalho para processar e julgar “as ações oriundas da relação de trabalho...”. A relação jurídica de trabalho acima explicitada “Refere-se, pois, a toda modalidade de contratação de trabalho humano modernamente admissível” (Mauricio Godinho Delgado, Curso de Direito do Trabalho, Editora LTr, 9. Ed., p. 265). Já o mercado de trabalho, figura macroeconômica, “define-se pela existência de

forças aparentemente antagônicas: as da procura e oferta. Quando ambas ocorrem simultaneamente, definem um mercado. Quando a procura por trabalhadores e pessoas dispostas a trabalhar. (...) Todos são abstrações, que dizem respeito à oferta e à procura dos recursos correspondentes” (José Paschoal Rossetti, *Introdução à Economia*, Editora Atlas, 20. Ed., p. 395).

Admitida a presença de interligação entre os conceitos de relação de trabalho e mercado de trabalho, é forçoso concluir que a presença de mercado de trabalho antecede a relação de trabalho. É a existência do primeiro que permite o surgimento da segunda. Inviável cogitar do surgimento de relação de trabalho sem a presença de mercado de trabalho. O primeiro conceito é muito mais amplo e os atos/omissões que interferem no mesmo, por evidente, produzem efeitos nas relações de trabalho, inclusive extinção das mesmas. Impraticável imaginar todos os atos/omissões do Poder Público que afetem mercados de trabalho. Cita-se, apenas como exemplo, a ausência de investimento nos limites mínimos preconizados em lei para o desenvolvimento e manutenção da educação e saúde pública - com evidentes efeitos sobre o mercado de trabalho dos profissionais em educação e de saúde -, política de juros, intervenção estatal no valor cambial - afetando o mercado da totalidade das categorias profissionais -, privatizações, autorizações de fusões e incorporações de empresas, etc. (...) No entanto, as consequências nas relações de trabalho inseridas em determinados mercados de trabalho não são suficientes a atrair a competência desta Justiça Especializada para revisar/anular as decisões/omissões que propiciaram a precarização dos últimos. A

proteção de determinado mercado de trabalho junto a esta Justiça Especializada apenas é possível - frente ao pressuposto competência - quando o litígio decorra imediatamente de uma relação de trabalho. Presente o teor do inciso III do artigo 129 da Constituição da República é prerrogativa do Ministério Público a tutela, mediante o manejo de Ação Civil Pública, de interesses difusos e coletivos como consta na sua manifestação (fls. 566/567). Mercado de trabalho é um conceito abstrato e, portanto, despersonalizado. Assim, quando do ingresso de Ação Civil Pública visando à manutenção de postos de trabalho frente a despedidas em massa, constringer determinado empregador a contratar trabalhadores com cotas mínimas estabelecidas em lei ou respeitar requisitos específicos para o trabalho de menores ou mulheres previstos em lei, esta a tutelar tais profissionais. Não há dúvida quanto à competência desta Especializada para conhecer e julgar a demanda porquanto verificada lesão a direito com origem em contratos de trabalho ou normas conceituadas como trabalhistas. No pólo passivo existe dador de trabalho. Existe a tutela de direito de hipossuficiente - determinado ou indeterminado - frente ao contratante e não tutela do mercado de trabalho. O primeiro réu, no entanto, mantém com titulares de permissões para exploração do serviço de Táxi relação jurídico-administrativa, que, por óbvio, não se confunde com relação jurídica de trabalho. Assim, inclusive, os exemplos apontados na manifestação do Ministério Público quando enfrenta a preliminar (último parágrafo da fl. 566). Em todos os exemplos as demandas são dirigidas contra quem figura como empregador ou tomador (terceirização) do trabalhador. A competência desta Justiça Especializada, nos

termos do inciso I do artigo 114 da Constituição da República, restringe-se aos atos administrativos cujo objeto é vinculado precipuamente a relação jurídica de trabalho, excluídos inclusive as que possuem em um dos pólos trabalhadores que mantenham liame administrativo com o ente público (ADIn n. 3.395/DF). Segundo o STF - no julgamento da Ação Declaratória acima citada - nos casos em que o objeto do ato administrativo é reger relação de trabalho mantida com Funcionários Públicos, não é competente esta Justiça Especializada para conhecer o dissídio. Mais justificada a conclusão acerca ausência de competência quando o ato administrativo sequer tem como objeto relação de trabalho. Transcreve-se, por elucidativas quanto ao tema, ementas de decisões prolatadas pelo Tribunal Pleno do STF:

(...)

Por fim, não se subsume a hipótese ventilada na inicial a qualquer das demais alíneas do artigo 114 da Constituição da República.

Acolho, frente ao exposto, a preliminar deduzida na defesa das rés.

Em cumprimento ao disposto na parte final do § 2º do artigo 113 do CPC, utilizado de forma subsidiária ao Processo do Trabalho, remetam-se os autos a Justiça Estadual.

(...)

Não é a hipótese, ademais, de extinção da ação na forma requerida pelo Município em sua defesa, ou seja, por falta de legitimidade do Ministério Público do Trabalho (fls. 448/450). Ainda que a legitimidade processual do referido órgão seja um espelho da competência da Justiça do Trabalho, incide o princípio da unicidade do Ministério Público. A divisão existente é apenas funcional.

Ante o exposto, nos termos da fundamentação, acolho a preliminar de incompetência em razão da matéria na Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público do Trabalho contra Município de Porto Alegre e Empresa Pública de Transporte e Circulação S.A. - EPTC, determinando a remessa dos autos a Justiça Comum Estadual em cumprimento ao que consta na parte final do § 2º do artigo 113 do CPC.

Em embargos declaratórios, foi proferida a seguinte decisão, *in verbis*:

Em relação à requisição de expedição de ofícios, consoante reprimado em sede de embargos, tem como desiderato compelir o juízo ao cumprimento das disposições do artigo 102 da Lei n. 8.666/93 e do artigo 28 do Código de Processo Penal (fl. 598).

A questão, entretanto, é concernente ao juízo competente para conhecer a lide porquanto a própria conclusão acerca do cometimento deste não prescinde de exame mais aprofundado da questão em litígio, o que não ocorreu dada a ausência de pressuposto processual. Eventual acolhimento ou não do requerido, portanto, não incumbe a este juízo em face do acolhimento da preliminar de incompetência arguida pelos réus. De resto, adotada a tese da unicidade do Ministério Público - o que afastou a extinção do feito sem exame do mérito. Ou seja, existe a prerrogativa do próprio requerente em comunicar administrativamente aos demais órgãos da instituição. Por fim, quanto ao Ministério Público Estadual, certamente irá atuar no feito considerando a determinação de remessa dos autos a Justiça Comum Estadual.

Quanto a Ação Cautelar, nos termos do artigo 796 do CPC, "O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente". Já o

artigo 800, do mesmo diploma, estabelece que “as medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal” (grifo nosso). Por fim, dispõe o artigo 809, que “os autos do procedimento cautelar serão apensados aos do processo principal”.

Portanto, as ações cautelares, ou são preparatórias ou buscam preservar o resultado útil de pretensão deduzida em juízo. As “cautelares” de caráter satisfativo, construção jurisprudencial, apenas se justificavam na ausência de instrumento específico o que cessou com a Lei n. 8.952/94 que deu nova redação ao artigo 273 do CPC.

Tenho, portanto, ao contrário do defendido nas razões dos embargos, que a Ação Cautelar apensada é preparatória da presente Ação Civil Pública, sendo competente para o julgamento o mesmo juízo da Ação principal da qual é mero acessório.

Contra o decidido, insurgem-se as partes.

A Empresa Pública de Transporte e Circulação S.A. - EPTC e o Município de Porto Alegre defendem a ilegitimidade ativa do Ministério Público do Trabalho.

O Ministério Público do Trabalho, por sua vez, busca a reforma do decidido relativamente aos seguintes itens: competência da Justiça do Trabalho, com o julgamento da ação civil pública e da ação cautelar incidentalmente promovida, bem como expedição de ofício ao Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul para apuração de possíveis crimes pela Administração Pública Municipal. Em extenso arrazoado, repisa os fundamentos expostos na exordial, enfatizando que há inúmeros exemplos de ações civis públicas nas quais, embora os demandados não sejam

empregadores ou contratantes de mão-de-obra, os pedidos visam à proteção de direitos sociais constitucionalmente assegurados, atraindo a competência desta Justiça Especializada. Menciona ações civis públicas promovidas contra fabricantes de máquinas ou equipamentos inseguros, cuja utilização colocará em risco a integridade física de trabalhadores; contra Municípios para que implementem políticas de combate ao trabalho infantil; contra a Administração Pública em razão de editais de concurso público violadores de direitos sociais constitucionalmente garantidos, entre outras elencadas na fl. 647. Defende, a este respeito, que não são apenas aqueles que tomam mão de obra que podem violar direitos sociais constitucionalmente garantidos aos trabalhadores, cuja defesa é atribuída ao Ministério Público do Trabalho. Diz que *"se o litígio envolve interesses ou direitos de trabalhadores, a matéria é trabalhista"*, sendo que no caso o que está em jogo são precisamente os interesses de toda uma categoria profissional, a saber, a categoria dos trabalhadores taxistas. Enfatiza que a presente ação imputa aos réus o cometimento de ilegalidades que afetam o direito ao trabalho - que é direito social constitucionalmente garantido (art. 6º) - dos profissionais taxistas, uma vez que o adequado funcionamento do restrito mercado de trabalho, especialmente em termos de acesso, depende da fiel observância a princípios de índole constitucional e a disposições legais específicas. Alega que pouco importa que o taxista trabalhe como empregado ou como condutor autônomo, de uma ou de outra forma a relação material subjacente ao conflito não é administrativa mas de trabalho. Sustenta que a causa de pedir remota repousa na relação de trabalho e a causa de pedir próxima decorre da afetação coletiva ao direito de acesso ao trabalho, constitucionalmente

garantido. Assim, defendendo que a causa de pedir seria a democratização do direito ao trabalho dos trabalhadores taxistas, não competiria à Justiça Comum decidir o litígio, mas à Justiça do Trabalho, nos termos do artigo 114 da Constituição Federal.

Examino.

A propósito das ações mencionadas na fl. 647, que, em tese, viabilizariam o julgamento, por esta Justiça Especializada, de ações civis públicas, tratam-se de exemplos em que discutidas matérias de inequívoca natureza trabalhista. É o caso das ações em que se visa assegurar melhoria das condições de segurança de trabalho, direito estabelecido na CLT, que a ele dedica o capítulo V, regulamentando a segurança e medicina do trabalho. Da mesma forma, inequívoca a competência desta Justiça Especializada para o julgamento de demandas que envolvam o combate ao trabalho infantil.

Diversa, contudo, a situação dos autos.

Como bem dito na origem, cujo entendimento compartilho, não há **relação de trabalho** entre o permissionário e o Poder Público que concedeu a permissão. Tampouco existe **relação de trabalho** entre o profissional motorista contratado pelo permissionário, a quem foi concedido o direito de explorar serviços, e a Municipalidade.

Não se ignora que a conduta do Agente Público, na forma noticiada na exordial, acaba por afetar, por vias indiretas, o mercado de trabalho dos motoristas de táxi. Entretanto, tal circunstância é insuficiente para se afirmar pela competência desta Justiça Especializada. Em se tratando de ação que visa, precipuamente, que os demandados se abstenham da prática de atos atinentes à alteração da titularidade e de realizar a concessão das permissões, a qualquer título, especialmente com utilização de procurações, sem

observar as exigências dos artigos 37 e 175 da Constituição Federal e da Lei n. 8.987/95, o que define a competência é justamente o ato administrativo cuja regularidade discute o autor. E este, não há dúvidas, não detém natureza trabalhista.

Veja-se, por exemplo, que a conduta da Ordem dos Advogados do Brasil, que exige a prestação de exame de ordem para o exercício da atividade de advocacia também afeta, diretamente, o acesso ao mercado de trabalho dos bacharéis em Direito que não logram aprovação no certame. Haveria, nesta situação hipotética, inequívoco interesse de "trabalhadores" em discussão. Nem por isto, contudo, seria desta Justiça Especializada a competência para o julgamento de demanda em que se postulasse a obtenção de registro na Ordem sem a aprovação no exame.

Deste modo, mantém-se a decisão recorrida que ao decidir pela incompetência desta Justiça Especializada para o julgamento da Ação Civil Pública e da Ação Cautelar incidental movidas pelo Ministério Público do Trabalho contra Município de Porto Alegre e Empresa Pública de Transporte e Circulação S.A. - EPTC, determinou a remessa dos autos à Justiça Estadual Comum, a quem caberá decidir a integralidade da matéria trazida à discussão, inclusive no que pertine à pretensão de determinação de expedição de ofício ao Ministério Público para eventual apuração de crime.

Em face do decidido, fica prejudicada a análise dos recursos das requeridas no que pertine à **ilegitimidade ativa** do Ministério Público do Trabalho, matéria que deve ser analisada pelo **Juízo competente**.

Igualmente, cabe ao Juízo competente se manifestar acerca da tese de perda de objeto da ação em face da edição de lei municipal, defendida nas manifestações das fls. 708/709 e 766/767 e rechaçada

pelo Ministério Público do Trabalho nas fls. 782/784, bem como a determinação de expedição de ofícios pretendida e aplicação da pena de litigância de má-fé, se assim entender necessário.

De resto, a expedição de ofício para verificação de irregularidades administrativas de órgãos públicos é prerrogativa que também detém o Ministério Público Trabalho.

