

ISSN 1415-3491

2015 - Nº 29

re
vis
ta

PGM

Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre





REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE

ANO 2015
NÚMERO 29

REALIZAÇÃO



**Prefeitura de
Porto Alegre**
PROCURADORIA-GERAL
DO MUNICÍPIO

R454 Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre – N. 1 (1978) – Porto Alegre, RS: PGM, 1978.

Anual

ISSN: 1415-3491

1. Direito Municipal – Porto Alegre – Periódicos I.
Porto Alegre (RS). Procuradoria-Geral do Município.
Centro de Estudos de Direito Municipal.

CDU 34(81)(05)

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

EXPEDIENTE

Projeto Gráfico: Abnel de Souza Lima Filho/Comunicação PMPA

Capa: Alex Fontoura Mendes

Fotografia: Keith Syvinski by Freepik

Diagramação e Impressão: Gráfica e Editora Relâmpago

Tiragem: 600 exemplares



CENTRO DE ESTUDOS DE DIREITO MUNICIPAL

Vanêsa Buzelato Prestes (Coordenadora)

COMISSÃO EDITORIAL

Vanêsa Buzelato Prestes
Carin Simone Prediger
Carmem Lúcia de Barros Petersen
Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira
Cristiane da Costa Nery
Janaina Hernandez Marques
Laura Antunes de Mattos
Maria Etelvina Bergamaschi Guimaraens
Ângela Beatriz Luckei Rodrigues
Liziane Ungaretti Minuzzo

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
Judith Hofmeister Martins Costa
Manoel Gonçalves Ferreira Filho
Maren Guimaraens Taborda

CONSELHO EDITORIAL DA REVISTA (Internacional)

Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva (Portugal)

PARECERISTAS (Duplo Blind Peer Review)

Carin Simone Prediger
Carmem Lucia B. Petersen
Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira
Laura Antunes de Mattos
Márcia Rosa de Lima
Maria Etelvina Bergamaschi Guimaraens



Prefeitura de Porto Alegre

PROCURADORIA-GERAL
DO MUNICÍPIO

Prefeito:

José Fortunati

Vice-Prefeito:

Sebastião Melo

Procuradora-Geral do Município:

Cristiane da Costa Nery

Procurador-Geral Adjunto de Pessoal, Contratos e Serviços Públicos:

Lieverson Luiz Perin

Procuradora-Geral Adjunta de Domínio Público, Urbanismo e Meio Ambiente:

Andrea Teichmann Vizzotto

Procuradora-Geral Adjunta de Assuntos Fiscais:

Bethania Regina Pederneiras Flach

Corregedor-Geral:

Gamaliel Valdovino Borges

Coordenadora do Centro de Estudos de Direito Municipal:

Vanêsa Buzelato Prestes

Coordenadora das Procuradorias Setoriais e Especializadas Autárquicas:

Adriana Carvalho Silva Santos

Gabinete da Procuradoria-Geral do Município

Assessoria de Comunicação

Assessoria para Assuntos Especiais e Institucionais

Gerência de Aquisições Especiais

Comissão Permanente de Inquérito

Junta Administrativa de Indenizações

Centro de Estudos de Direito Municipal

Biblioteca

Coordenação das Procuradorias Setoriais e Especializadas Autárquicas

Procuradoria Municipal Especializada do DEMHAB

Procuradoria Municipal Especializada do DMAE

Procuradoria Municipal Especializada do DMLU

Procuradoria Municipal Especializada do PREVIMPA

Procuradorias Especializadas e Setoriais

Procuradoria Municipal Setorial da SMA

Procuradoria Municipal Setorial da SMAM

Procuradoria Municipal Setorial da SMC

Procuradoria Municipal Setorial da SMED

Procuradoria Municipal Setorial da SMIC

Procuradoria Municipal Setorial da SMS
Procuradoria Municipal Setorial da SMF
Procuradoria Municipal Setorial da SMSEG
Procuradoria Municipal Setorial da SMGES
Procuradoria Municipal Setorial da SMDH
Procuradoria Municipal Setorial da SMJ
Procuradoria Municipal Setorial da SMOV
Procuradoria Municipal Setorial da SMTE
Procuradoria Municipal Setorial da SMACIS
Procuradoria Municipal Setorial da SMGL
Procuradoria Municipal Setorial da SMURB

Corregedoria-Geral

Procuradoria-Geral Adjunto de Pessoal, Contratos e Serviços Públicos

Procuradoria de Licitações e Contratos
Procuradoria de Pessoal Estatutário
Procuradoria de Pessoal Celetista
Procuradoria de Serviços Públicos

Procuradoria-Geral Adjunta de Domínio Público, Urbanismo e Meio Ambiente

Procuradoria de Assistência e Regularização Fundiária
Procuradoria de Patrimônio e Domínio Público
Setor de Escrituras
Procuradoria de Urbanismo e Meio Ambiente

Procuradoria-Geral Adjunta de Assuntos Fiscais

Procuradoria da Dívida Ativa
Posto de Arrecadação Fiscal
Procuradoria Tributária
Gerência de Precatórios e Contencioso Especial
Grandes Devedores
Reserva de Valores

Coordenação Administrativo-Financeira

Setor de Contratos
Gerência de Apoio Administrativo
Gerência de Serviços Gerais
Gerência de Cadastro e Distribuição

APRESENTAÇÃO

Com muita satisfação publicamos a Revista 29 da Procuradoria Geral do Município, correspondente ao ano de 2015. Com esta publicação, cumprimos nossa meta de colocarmos em dia nossa Revista. A partir de 2016, as publicações voltam a corresponder ao ano de circulação.

Neste volume, contamos com oito artigos, sendo três convidados, que discorrem sobre as mais variadas áreas do direito público. O artigo de direito tributário aborda o ITBI; em matéria de direito constitucional-ambiental, a reflexão é sobre o direito fundamental ao meio ambiente, que está fora do catálogo do art. 5º, na Constituição Federal; importante estudo discute o direito à privacidade cotejando-o com o instrumento de monitoramento de espaços públicos, por intermédio dos circuitos fechados de televisão; tema muito atual, a regulamentação dos serviços alternativos de transporte individual, a exemplo do Uber, é objeto de um dos estudos; artigo interessantíssimo discute a delimitação conceitual da cláusula do interesse local constitucionalmente prevista; a matéria sempre relevante das renúncias de receitas tributárias frente à lei de responsabilidade fiscal também foi objeto de artigo; o assunto do credenciamento dos serviços laboratoriais e o princípio da publicidade, enfrentado a partir da experiência de Porto Alegre, resultou um importante estudo; e um artigo de processo civil que versa sobre a distribuição dinâmica do ônus da prova no novo código de processo civil, este último inaugurando

as necessárias reflexões sobre a lei que entra em vigor em março de 2016. Os artigos dão conta da riqueza de temas examinados nesta Revista.

A coletânea de ementa de Pareceres corresponde aos individuais e aos coletivos, prolatados em 2015.

Foram objeto de exame acurado por intermédio de sete pareceres individuais de procuradores municipais os seguintes temas: a) hipótese de afastamento de servidor de cargo de nível médio para estudar, (b) o exame da natureza jurídica dos índices construtivos, apontando para necessidade de atualização do valor em função da natureza negocial do instrumento, (c) a inscrição das multas diárias e os requisitos para sua inscrição em dívida ativa, (d) o fornecimento de medicamentos para cidadãos residentes no Município e que tenham o cartão SUS, (e) a inconstitucionalidade de projeto de lei que prevê a licença-prêmio em pecúnia, (f) o uso e a alienação de índices construtivos decorrentes de desapropriação e (g) a forma de tributação do ISS nas sociedades de advogados.

Os pareceres coletivos, cuja característica consiste em ter(em) sido relatado(s) e debatido(s) pelo Conselho Superior da PGM, abordaram dois temas: férias não gozadas por cargos em comissão e a utilização dos termos de ajustamento de conduta no âmbito do processo administrativo-disciplinar.

No Município em juízo, seguindo a tradição de publicarmos debates atuais e que possam contribuir com outros municípios, publicamos o seguinte: (a) interessante tema sobre o alcance da participação do Conselho Municipal de Saúde, que

restou debatido em ação civil pública, (b) a regularização fundiária da Vila Chocolate, utilizando o instrumento da concessão para fins de moradia e o Provimento More Legal, (c) ação declaratória de inexistência de débito em convênios, em face de prestação de contas ao Fundo Nacional da Educação, (d) ação cautelar proposta contra a Fundação Bienal das Artes impedindo o uso de papagaios na exposição e (e) decisão em mandado de segurança proposto pela OAB envolvendo ISS em sociedade de advogados.

Temas vários, exames acurados que enfrentam as situações cotidianas de uma Procuradoria Municipal e dão conta da diversidade de matérias enfrentadas, sempre à luz de boa doutrina. Essa tem sido a característica de nossa Revista, contribuindo assim, para a construção conceitual, dogmática e jurisprudencial do direito municipal.

Boa leitura!

Cristiane da Costa Nery
Procuradora-Geral do Município de Porto Alegre

Vanêsa Buzelato Prestes
Procuradora Municipal, Coordenadora do Cedim

SUMÁRIO

ARTIGOS E ESTUDOS

CONSIDERAÇÕES SOBRE O ITBI NA TRANSFERÊNCIA DE IMÓVEIS EM REALIZAÇÃO DE CAPITAL <i>CONSIDERATIONS ABOUT ITBI IN TRANSFER OF REAL ESTATE TO THE CAPITAL STOCK</i>	17
Ana Claudia Redecker Luciane Oliveira Andrade	
A PREVISÃO NORMATIVA DO DIREITO FUNDAMENTAL AO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 <i>THE EXISTING ACTS ABOUT THE FUNDAMENTAL RIGHT TO AN ECOLOGICANY BALANCES ENVIRONMENT IN THE 1988 BRASILIAN CONSTITUTION</i>	36
Ney de Barros Bello Filho	
A REGULAMENTAÇÃO DE SERVIÇOS ALTERNATIVOS DE TRANSPORTE INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS NO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE <i>THE REGULATION OF ALTERNATIVE SERVICES FOR SINGLE PASSENGER TRANSPORTATION IN THE CITY OF PORTO ALEGRE</i>	74
Carlos Eduardo da Silveira	
A DISCIPLINA DA RENÚNCIA DE RECEITA TRIBUTÁRIA NA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL: IMPACTOS NA SOCIEDADE E FRAGMENTAÇÃO DO DIREITO <i>THE DISCIPLINE OF TAX EXPENDITURE ON THE BRAZILIAN FISCAL RESPONSIBILITY LAW: IMPACTS ON SOCIETY AND FRAGMENTATION OF THE LAW</i>	97
Luiz Felipe Menezes Tronquini Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira	
PRIVACIDADE EM PÚBLICO: MONITORAMENTO DE ESPAÇOS PÚBLICOS ATRAVÉS DE CIRCUITO FECHADO DE TELEVISÃO <i>PRIVACY IN PUBLIC: MONITORING PUBLIC PLACES TROUGH CLOSED CIRCUIT TELEVISION</i>	125
Carlos Rogério Guedes Pires	
A COMPETÊNCIA SUPLEMENTAR DO MUNICÍPIO: DELIMITAÇÃO IMPLÍCITA DA CLÁUSULA DO INTERESSE LOCAL <i>THE ADDITIONAL RESPONSIBILITY OF THE MUNICIPALITY: IMPLICIT DELIMITATION OF LOCAL INTEREST CLAUSE</i>	171
Rejane Maria Machado Pinto	

A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL <i>DISTRIBUTION PROOF OF CHARGE DYNAMICS IN THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE</i>	197
Hélio Fagundes Medeiros	

O PROCESSO DE CREDENCIAMENTO DE SERVIÇOS LABORATORIAIS E PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE NO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE <i>THE ACCREDITATION PROCESS OF LABORATORY SERVICES AND PRINCIPLE OF PUBLICITY IN THE CITY OF PORTO ALEGRE</i>	216
Andreza Saballa	

PARECERES INDIVIDUAIS

AFASTAMENTO DE SERVIDOR DE CARGO DE NÍVEL MÉDIO PARA ESTUDO	249
Paula Carvalho Kleinowski	

ÍNDICES CONSTRUTIVOS. NATUREZA JURÍDICA DE PREÇO PÚBLICO. NECESSIDADE DE ATUALIZAÇÃO DO VALOR EM FUNÇÃO DA NATUREZA NEGOCIAL	250
Andrea Teichmann Vizzotto	

MULTA DIÁRIA. REQUISITOS PARA A CONSTITUIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA	251
Ana Luísa Soares de Carvalho	

FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DA ATENÇÃO BÁSICA PELO MUNICÍPIO DE RESIDÊNCIA DO CIDADÃO. ENTREGA DOS MEDICAMENTOS AOS CIDADÃOS DE PORTO ALEGRE QUE TENHAM CARTÃO SUS	252
César Emílio Sulzbach	
Vanêscia Buzelato Prestes	

INCONSTITUCIONALIDADE DE PROJETO DE LEI QUE PREVÊ A CONVERSÃO DE LICENÇA-PRÊMIO EM PECÚNIA. ADIN N. 5900343336	253
Heron Nunes Estrella	

USO E ALIENAÇÃO DOS ÍNDICES CONSTRUTIVOS DECORRENTES DE DESAPROPRIAÇÃO POR TRANSAÇÃO ADMINISTRATIVA. NECESSIDADE DE MONITORAMENTO E CAUTELA	254
Andrea Teichmann Vizzotto	

FORMA DE TRIBUTAÇÃO DO ISS NAS SOCIEDADES DE ADVOGADOS	255
Ricardo Hoffmann Muñoz	

PARECERES COLETIVOS

FÉRIAS NÃO GOZADAS. CONSEQUÊNCIAS E INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 85 DA LEI COMPLEMENTAR N. 133/85	256
Heron Nunes Estrella	

TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. UTILIZAÇÃO NO ÂMBITO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO-DISCIPLINAR. NATUREZA JURÍDICA DO TAC. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA. DEMARCADORES DE CONDUTA	257
Clarissa Cortes Fernandes Bohrer	

MUNICÍPIO EM JUÍZO

ALCANÇE DA PARTICIPAÇÃO DO CONSELHO MUNICIPAL DE SAÚDE DE PORTO ALEGRE NA ADMINISTRAÇÃO DA SAÚDE	261
Alexandra Cristina Giacommet Pezzi	

REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA. CONCESSÃO PARA FINS DE MORADIA. VILA CHOCOLATÃO. REGISTRO AUTORIZADO COM BASE NO PROVIMENTO MORE LEGAL	265
Luís Carlos Pellenz	
Vanêscia Buzelato Prestes	

AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. CONVÊNIO. PRESTAÇÃO DE CONTAS. REJEIÇÃO PELA UNIÃO E FNDE	271
Roberto Silva da Rocha	

AÇÃO CAUTELAR. PROPOSTA PELO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE CONTRA FUNDAÇÃO BIENAL DE ARTES VISUAIS DO MERCOSUL. IMPOSSIBILIDADE DE USO DE PAPAGAIOS EM EXPOSIÇÃO	277
Anelise Jacques da Silva	

MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO IMPETRADO PELA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SECCIONAL DO RIO GRANDE DO SUL PRETENDENDO A DECLARAÇÃO DO DIREITO DAS SOCIEDADES DE ADVOGADOS COM SEDE EM PORTO ALEGRE DE RECOLHEREM O ISS/RB PELO NÚMERO DE PROFISSIONAIS	281
Ricardo Hoffmann Muñoz	
Maren Guimarães Taborda	

AR
TI
GOS

E
ES
TU
DOS





CONSIDERAÇÕES SOBRE O ITBI NA TRANSFERÊNCIA DE IMÓVEIS EM REALIZAÇÃO DE CAPITAL¹

CONSIDERATIONS ABOUT ITBI IN TRANSFER OF REAL ESTATE TO THE CAPITAL STOCK

Ana Claudia Redecker²
Luciane Oliveira Andrade³

Resumo: O presente artigo versa sobre a possibilidade de manutenção da imunidade tributária do imposto sobre a transmissão de bens imóveis utilizados em realização de capital quando a sociedade que recebe os bens imóveis não auferir receita operacional durante o período de análise da atividade preponderante, tendo ou não no seu objeto social as atividades de compra e venda desses bens e direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil. Para tanto, foi utilizado o método dedutivo. Da análise da jurisprudência pátria sobre o campo de estudo verificou-se que o entendimento do Tribunal Administrativo de Recursos Tributários de Porto Alegre (TART) diversas vezes colide com o entendimento dos Tribunais Superiores. Esta pesquisa sugeriu que o TART deveria rever o seu posicionamento sobre o tema.

1 Artigo convidado devido à relevância do tema.

2 Ana Cláudia Redecker, professora de Direito Empresarial da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS) e da Escola Superior de Magistratura (Ajuris), Especialista em Ciências Políticas, Mestre em Direito e doutoranda em Ciências Jurídico-Econômicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogada responsável pela área societária da Pandolfo Advogados Associados.

3 Luciane Oliveira Andrade, graduada em Direito pela PUC/RS; graduada em Ciências Contábeis pela UFRGS. Especialista em Direito Tributário pelo IBET. Pós-graduanda em Gestão de Operações Societárias e Planejamento Tributário pelo INEJE. Advogada, sócia do escritório Rafael Pandolfo Advogados Associados, com atuação no setor de Planejamento Tributário.

Palavras-chave: Imunidade. Imposto. Realização. Capital. Receita operacional.

Abstract: *This article deals with the possibility of maintaining the tax immunity about tax that is levied over the transfer of real estate used in paid-up capital stock when the company receives the property and does not receive operating revenue during the period under review of the main activity, having or not in its corporate object the purchase and sale of these assets and rights, revenue generated from rentals or leasing in your corporate object. Therefore, we used the deductive method. Analyzing the Brazilian case law on the field of study it was verified that the understanding of the Administrative Court of Tax Appeals in Porto Alegre (TART) several times is in conflict with the Superior Courts' decisions. This research suggested that the TART should review its position about the subject.*

Keywords: Immunity. Tax. Development. Capital. Operating revenues.

INTRODUÇÃO

O presente artigo versa sobre a possibilidade de manutenção da imunidade tributária do imposto sobre a transmissão de bens imóveis utilizados em realização de capital quando a sociedade que recebeu os bens imóveis não auferir receita operacional durante o período de análise da atividade preponderante, tendo ou não no seu objeto social as atividades de compra e venda desses bens e direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil.

Partimos da análise da formação do capital social na sociedade anônima e na sociedade limitada, abordando de forma sucinta o procedimento, a subscrição, a integralização e a forma de avaliação dos bens utilizados.

Posteriormente tratamos das regras gerais de incidência ou não do imposto de transmissão dos bens imóveis utilizados em realização de capital buscando responder a alguns questionamentos, tais como: (i) quando a integralização de bens ou direitos sobre imóveis em uma

pessoa jurídica, a título de aumento do capital social, estará resguardada pela imunidade do ITBI? (ii) Presente no objeto social da sociedade atividade inserida na regra de exceção à imunidade prevista na parte final do inciso I do parágrafo 2.º do art. 156 da CF/88 é obrigatório o pagamento do ITBI? (iii) A inatividade da empresa durante o período de análise da preponderância acarreta na perda da imunidade do ITBI?

Abordaremos as questões controversas sobre o tema a partir da análise da jurisprudência pátria com o objetivo de deixar o leitor atualizado com o entendimento que tem sido adotado pelos Tribunais. E, por fim, serão elaboradas as considerações finais.

1 TRANSFERÊNCIA DE IMÓVEIS EM REALIZAÇÃO DE CAPITAL

1.1 Subscrição e Integralização nas Sociedades Anônima e Limitada

A subscrição é um ato preliminar de informação dos sócios que irão compor o quadro societário de quanto, quando e como integralizarão as suas quotas para formação do capital social. Já a integralização é efetivamente o pagamento das quotas/ações subscritas, ou seja, integralizar é realizar o capital social.

A realização feita pelo sócio poderá ser em dinheiro ou qualquer bem suscetível de avaliação econômica, podendo a integralização ocorrer à vista ou dividida em parcelas.

Tratando da integralização através de imóveis, objeto do presente artigo, opera-se a transferência com a simples tradição (efetiva entrega) para compor o patrimônio da sociedade (artigo 1267, CC). Tal ato se formaliza desde que constem todos os elementos do imóvel, como: descrição, identificação, área, dados da titularidade e da matrícula imobiliária do imóvel, objeto da incorporação e a anuência do outro cônjuge, quando

for o caso⁴; além da respectiva avaliação no próprio instrumento particular do contrato social ou alteração nas sociedades limitadas e na ata da assembleia geral e boletim de subscrição nas sociedades anônimas.

O § 1º do artigo 1055 do Código Civil dispensa a avaliação pericial de bens entregues pelos sócios para realização de capital subscrito nas sociedades limitadas, respondendo os sócios solidariamente pelo valor estimativo daqueles, até o prazo de 5 (cinco) anos. Somente será necessária a avaliação pericial em caso de haver divergência entre eles quanto ao valor a ser atribuído aos bens.

Nas Sociedades Anônimas, além da descrição do bem⁵ na Ata da Assembleia Geral da Companhia que aprovar a integralização do bem imóvel, é obrigatória a avaliação do mesmo. A matéria está regulada na Lei nº 6.404/1976, artigos 7º a 10, 89 e 170, § 3º. A avaliação dos bens deverá ser feita por 3 (três) peritos ou por empresa especializada, nomeados em assembleia geral dos subscritores, devendo os avaliadores apresentar laudo fundamentado, com a indicação dos critérios de avaliação e dos elementos de comparação adotados, e instruído com os documentos relativos aos bens avaliados. Apresentado o laudo de avaliação pelos peritos ou pela empresa especializada será realizada outra assembleia geral para conhecimento e deliberação sobre o laudo, à qual deverão comparecer os avaliadores para prestar as informações que lhes forem solicitadas. Nessa deliberação, não poderá votar o acionista que esteja concorrendo para a formação do capital em bens,

4 Nesse sentido dispõe o art. 35 e inciso VII, alíneas 'a' e 'b', da lei 8.934/94: Art. 35. Não podem ser arquivados:

[...] VII - os contratos sociais ou suas alterações em que haja incorporação de imóveis à sociedade, por instrumento particular, quando do instrumento não constar: a) a descrição e identificação do imóvel, sua área, dados relativos à sua titulação, bem como o número da matrícula no registro imobiliário; b) a outorga uxória ou marital, quando necessária.

De acordo com o artigo 1647, I do CC não é necessária a outorga conjugal se o regime de bens for o da separação absoluta de bens.

5 Artigo 98, §3º da Lei nº 6.404/76:

A ata da assembleia-geral que aprovar a incorporação deverá identificar o bem com precisão, mas poderá descrevê-lo sumariamente, desde que seja suplementada por declaração, assinada pelo subscritor, contendo todos os elementos necessários para a transcrição no registro público.

exceto se todos os subscritores forem condôminos na propriedade do bem (Lei nº 6.404/1976, art. 115, §§ 1º e 2º). Se o subscritor aceitar o valor aprovado pela assembleia geral, os bens incorporar-se-ão ao patrimônio da companhia, à qual ficam transferidos, a título de propriedade, ressalvada a possibilidade de transferência a outro título (por exemplo, usufruto), desde que expressamente estipulada pelo subscritor e aprovada pela assembleia⁶.

Efetuada o registro dos respectivos instrumentos societários com a integralização de imóvel(is) na Junta Comercial ou no Cartório de Registro de Pessoas Jurídicas Competente, conforme o caso, os mesmos serão os documentos hábeis para proceder a transferência da propriedade junto ao Cartório de Registro de Imóveis em que se encontra registrada a matrícula do imóvel, conforme o disposto no art. 64 da Lei nº 8.934/94, combinado com o artigo 1.245 do CC e art. 167 da Lei nº 6.015/73. Ressalta-se que o Cartório de Registro de Imóveis poderá requerer, ainda, a apresentação de outros documentos pertinentes, mormente a apresentação da quitação ou imunidade do ITBI.

2 DA INCIDÊNCIA OU NÃO DO IMPOSTO SOBRE A TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS (ITBI) UTILIZADOS EM REALIZAÇÃO DE CAPITAL

2.1 Regras Gerais de ITBI

O ITBI foi outorgado pelo art. 156, inciso III, da CF/88⁷ e instituído pela Lei Ordinária nº 5.172/66⁸ (CTN), artigos

6 Os avaliadores e o subscritor responderão perante a companhia, os acionistas e terceiros pelos danos que lhes causarem por culpa ou dolo na avaliação dos bens, sem prejuízo da responsabilidade penal em que tenham incorrido. No caso de bens em condomínio, a responsabilidade dos subscritores é solidária.

7 CF/88 Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre: [...] II - transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição.

8 Lei ordinária recepcionada pela Constituição Federal como Lei Complementar - Código Tributário Nacional - através do art. 34, parágrafo 5º, do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias.

35 a 42. No município de Porto Alegre, teve a sua instituição consagrada pela Lei Complementar nº 197/89, cujo art. 2º transcreve o disposto na Constituição Federal e nas normas gerais de direito tributário.

Lei Complementar Municipal nº 197/89 Art. 2º - O Imposto sobre a transmissão "inter-vivos", por ato oneroso, de bens imóveis e de direitos reais a eles relativos tem como fato gerador: I - a transmissão "inter-vivos", a qualquer título, por ato oneroso, da propriedade ou do domínio útil de bens imóveis por natureza ou acessão física, como definidos na lei civil; II - a transmissão "inter-vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia; III - a cessão de direitos relativos às transmissões referidas nos itens anteriores.

Da leitura do texto legal expresso, podemos extrair três importantes elementos necessários para haver a incidência do referido imposto: (1º) a efetiva transmissão da propriedade ou de seus direitos; (2º) a onerosidade do ato pelo qual se deu a transferência, isto é, que haja a entrega do bem ou do direito em troca de pagamento; e (3º) a transferência ser realizada "inter-vivos".

Vejamos que a correta compreensão da expressão *transmissão* é imprescindível para a determinação do fato gerador desse tributo, razão pela qual a própria Lei municipal esclareceu o seu alcance, definindo que a transferência se dá:

- a) na data da lavratura da escritura pública de transferência nos casos das transmissão de bens e direitos reais;
- b) na realização de capital pela incorporação de bens ou direitos ao patrimônio de pessoas jurídicas;
- c) na data da formalização do título hábil de transmissão de bens ou direitos decorrentes de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica; e
- d) na data do registro do ato no ofício competente, nas transmissões de bens imóveis ou de direitos reais a eles relativos.

Atentaremos para o item (b), que trata exclusivamente da transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoas jurídicas em realização de capital.

Reza o art. 3º, inciso II, primeira parte, da Lei Complementar Municipal nº. 197/89 que se considera ocorrido o fato gerador do ITBI na transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoas jurídicas em realização de capital. Contudo, não podemos deixar de observar o texto constitucional, que trouxe determinadas situações em que o ente tributante encontra-se impedido de cobrar determinado tributo.

No que tange ao ITBI, a limitação do poder de tributar encontra-se discriminada no art. 156, parágrafo 2º, do Texto Maior, que prescreve a chamada imunidade tributária do mencionado imposto.

*Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre: [...] II - transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição; [...] § 2º - **O imposto previsto no inciso II: I - não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil; [...].** (BRASIL, Constituição Federal, 1988).*

A supracitada imunidade corresponde à limitação da competência do ente político de tributar determinadas situações fáticas, isto é, a imunidade coincide com o fato de o ente político estar impedido de tributar. Portanto,

a imunidade exclui a incidência do tributo, impedindo a subsunção do fato à norma⁹ que geram a exação.

Carvalho (2004, p.181) define imunidade como “[...] a classe finita e imediatamente determinável de normas jurídicas, contidas no texto da Constituição Federal, e que estabelecem, de modo expresse, a incompetência das pessoas políticas de direito constitucional interno de expedir regras instituidoras de tributos que alcancem situações específicas e suficientemente caracterizadas”.

Com isso, passaremos a análise das exceções à imunidade - regra também trazida no texto constitucional.

2.2 Exceções à Regra de Imunidade

Conforme anteriormente citado, a norma constitucional prevê a imunidade do ITBI na hipótese de incorporação de bens imóveis no patrimônio da pessoa jurídica quando se der por ocasião da integralização do capital social. Ocorre que, além de instituir o tributo e a sua respectiva imunidade, trouxe-nos, também, uma hipótese em que a referida imunidade deve ser afastada, reconstruindo-se a regra matriz de incidência do tributo em comento.

Isso significa que a própria Constituição Federal definiu que a integralização de bens ou direitos sobre imóveis em uma pessoa jurídica, a título de aumento do capital social, estará resguardada pela imunidade do ITBI. Contudo, também esclareceu que tal privilégio poderá ser afastado nos casos em que a pessoa jurídica tiver como atividade preponderante a compra e venda dos bens e direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil.

Com base nesse contexto, a Lei nº. 5.172/66 - Código Tributário Nacional - CTN, recepcionado como Lei Complementar pela Constituição Federal de 1988, esclareceu o que a legislação pretendia abordar quando

9 [...] o fenômeno especificamente jurídico da subsunção de um fato a uma hipótese legal, como consequente e automática comunicação ao fato das virtudes jurídicas previstas na norma. (ATALIBA, 2002).

trouxe a expressão atividade preponderante. É o que dispõem o art. 37 do CTN, in verbis:

Art. 37. O disposto no artigo anterior não se aplica quando a pessoa jurídica adquirente tenha como atividade preponderante a venda ou locação de propriedade imobiliária ou a cessão de direitos relativos à sua aquisição.

§ 1º Considera-se caracterizada a atividade preponderante referida neste artigo quando mais de 50% (cinquenta por cento) da receita operacional da pessoa jurídica adquirente, nos 2 (dois) anos anteriores e nos 2 (dois) anos subsequentes à aquisição, decorrer de transações mencionadas neste artigo.

§ 2º Se a pessoa jurídica adquirente iniciar suas atividades após a aquisição, ou menos de 2 (dois) anos antes dela, apurar-se-á a preponderância referida no parágrafo anterior levando em conta os 3 (três) primeiros anos seguintes à data da aquisição.

§ 3º Verificada a preponderância referida neste artigo, tornar-se-á devido o imposto, nos termos da lei vigente à data da aquisição, sobre o valor do bem ou direito nessa data.

§ 4º O disposto neste artigo não se aplica à transmissão de bens ou direitos, quando realizada em conjunto com a da totalidade do patrimônio da pessoa jurídica alienante.

Poderíamos resumir que a pessoa jurídica adquirente dos imóveis ou de seus respectivos direitos, cuja receita operacional seja de 50%, no mínimo, decorrentes da compra e da venda de bens e direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil, terá a preponderância determinada na legislação.

Ocorre que essa preponderância deverá ser observada em três situações distintas: (i) quando a pessoa jurídica iniciar suas atividades após a aquisição do bem; (ii) quando a pessoa jurídica tenha iniciado suas atividades há menos de 2 anos da aquisição e do bem; (iii) quando a

pessoa jurídica tenha iniciado suas atividades há mais de 2 anos da aquisição do bem.

Nas duas primeiras hipóteses, a preponderância será analisada nos primeiros três anos seguidos da data da aquisição; para a última hipótese a preponderância será analisada nos dois anos anteriores à aquisição e nos próximos dois anos posteriores à aquisição do bem.

Diante do exposto, deduz-se que o critério utilizado para a definição da atividade preponderante é único, sem margens para maiores argumentações. Contudo, não raras são as vezes que vemos os municípios infringindo as normas gerais estabelecidas pela legislação tributária¹⁰, uma vez que desconsideram os critérios estabelecidos no ordenamento jurídico e cobram o ITBI com base em legislações infralegais abusivas, completamente ilegais e inconstitucionais.

2.3 Análise de Decisões sobre a Incidência do ITBI em Realização de Capital no Âmbito do Tribunal Administrativo de Recursos Tributários (TART) de Porto Alegre

As decisões administrativas no âmbito do Município de Porto Alegre, que serão objeto de análise, são aquelas em que o entendimento do Tribunal Administrativo de Recursos Tributários (TART) colide com as decisões do TJ/RS, STJ e STF, ou seja, serão analisadas decisões em que o TART entende que é devido o recolhimento do ITBI porque **(a)** a empresa não teve receita no período de verificação da preponderância; e/ou **(b)** possui no seu objeto social¹¹ atividade inserida na regra de ex-

10 Art. 146. Cabe à lei complementar: "[...] III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: [...] a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes; [...]."

11 O objeto social é o fim a que a sociedade se destina, ou seja, a razão de ser de sua existência econômica. A(s) atividade(s) que será(ão) explorada(s) pela sociedade deve(m) estar descrita(s) no contrato social ou no estatuto, conforme o caso. Qualquer fim lucrativo lícito (artigo 104, II do CC/02), possível, não contrário à ordem pública ou aos bons costumes pode constituir-se objeto social de uma sociedade. O objeto tem de ser previsto de forma precisa e completa, de modo a permitir a verificação do grau de responsabilidade quanto ao abuso de poder e o desvio de finalidade da sociedade eventualmente praticado pelos administradores perante os sócios, e destes perante terceiros.

ção à imunidade prevista na parte final do inciso I do parágrafo 2º do artigo 156 da CF/88. Passemos à análise das decisões:

(a) TRIBUTÁRIO. ITBI. RECURSO DE OFÍCIO. REALIZAÇÃO DE CAPITAL. 1. *Atividade da empresa, conforme seu objeto social, está inserida na regra de exceção à imunidade prevista na parte final do inciso I do parágrafo 2.º do art. 156 da CRFB.* 2. *Recurso oficial provido, por maioria. (Proc.:001.055814.07.7, Data do julgamento: 18/09/2008, TART).*

No relatório da decisão constou a manifestação da Defensora da Fazenda (fls. 85/86) que se manifestou no seguinte sentido:

In casu, verifica-se que a Contribuinte tem como objetivo social: a incorporação, compra e venda, construção e loteamento em imóveis especificamente relacionados com empreendimento imobiliário envolvendo parceria com terceiros e que se refere à áreas de terras localizadas na cidade de Porto Alegre/RS, conforme cláusula 4º de seu Contrato Social Consolidado, e que no período de verificação da preponderância (01/01/2004 a 31/12/2006), não há como analisar a composição de sua receita operacional, tendo em vista a mesma não ter realizado qualquer tipo de movimentação no período.

Não havendo receitas para verificação, entende-se que a determinação da atividade preponderante da empresa deve ser buscada em seu objeto social que é o indicador das atividades as quais a empresa pretende se dedicar. Nesta situação, cabe, portanto, em função do objeto social da Contribuinte, o afastamento da imunidade constitucional, visto a Constituição Federal determinar que não há imunidade para empresas que tenham atividade

preponderante nas atividades elencadas no inciso I do parágrafo 2º de seu artigo 156.

O Relator, no seu voto, dispôs que, apesar de concordar com o afastamento da imunidade veiculado na inconformidade da Defensora Pública, afastou a imunidade do ITBI com base na própria norma constitucional entendendo que a aplicação do disposto no Código Tributário Nacional (artigo 37, parágrafo 1.º) dá-se somente naqueles casos em que haja a necessidade de afastar uma ou outra atividade exercida pela pessoa jurídica, definindo-se a sua preponderância, o que não é o caso da recorrida, pois a mesma não exerceu nenhuma atividade. Destarte, de acordo com a decisão a inatividade econômica durante o período de sua existência acarreta a perda da imunidade, uma vez que deferida sob condição resolutória e dependente do exame da receita operacional para verificar a questão da preponderância.

Nesse sentido:

(b) TRIBUTÁRIO. ITBI. REALIZAÇÃO DE CAPITAL. PREPONDERÂNCIA. 1. *Não incide o ITBI, em decorrência de imunidade constitucional, na transação de incorporação de bens ou direitos ao patrimônio de pessoa jurídica, em realização de capital, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil.* 2. *O artigo 156, §2º, inciso I da CF/88 é insuficiente para a verificação da atividade preponderante, devendo-se buscar no Artigo 37, §1º do Código Tributário Nacional os elementos para a verificação da preponderância.* 3. *Mas, a análise da preponderância requer que haja receita e que se tenha completado o lapso temporal. Fora isso, a análise fica limitada ao objeto social da sociedade.* 4. *Não houve receita no período de análise da preponderância, o que é comum em*

investimentos imobiliários, de longa maturação, como os imóveis destas transações, contabilizados no ativo estoque – imóveis a comercializar; 5. O objeto social da sociedade é exclusivamente de atividades de incorporação, compra e venda, construção e loteamento em imóveis, estando fora do abrigo da imunidade constitucional. 6. Negado provimento ao Recurso Especial do Contribuinte, por maioria. (Processos n°s: 001.056034.03.2 e 001.055814.07.7; Julgado em 31/03/2009; TART)

(c) ITBI. IMUNIDADE. INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL. INATIVIDADE. AUSÊNCIA DE RECEITA: NÃO ABRANGÊNCIA PELA LEGISLAÇÃO. 1. Concedida a imunidade sob condição resolutória, com base no art. 6º, IV, § 4º, da LC 197/89; 2. O art. 156 da CF exclui a imunidade na transmissão imobiliária de empresa cuja atividade preponderante seja compra e venda de imóveis, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil; 3. Inatividade desde a constituição da empresa e ausência de receitas não são abrangidas pela regra constitucional e pela legislação, não se caracterizando as condições necessárias para reconhecimento da imunidade, conforme art. 156, § 2º, I da Constituição Federal e artigos 36 e 37 do Código Tributário Nacional; 4. Negado Provimento ao Recurso Voluntário, por maioria, vencido o Relator. (Processo: 001.108178.13.7 (001.100203.09.4 – 001.104987.13.8); Julgado em 27/02/2014; TART)

Destarte a Fazenda Municipal de Porto Alegre nas decisões acima desconsiderou a imunidade tributária, em síntese, com base em dois fundamentos:

- a) o objeto social da empresa previa atividades do ramo imobiliário; e/ou,
- b) a empresa não auferiu qualquer receita ou operou no período analisado, o que impediria a verificação da preponderância

Nessa esteira, o Tribunal Administrativo de Recursos Tributários entendeu que as empresas inativas não te-

riam utilizado os imóveis integralizados em seu patrimônio para o desenvolvimento de suas atividades operacionais¹², não fazendo, assim, jus ao gozo da imunidade do ITBI.

As decisões acima são manifestamente equivocadas, pois, além de violarem a própria Lei Complementar Municipal nº 197/89, inauguram critérios inexistentes no CTN, legislação complementar que regulamenta a fruição das imunidades tributárias, revelando-se, portanto, manifestamente ilegais e arbitrárias.

O legislador complementar nacional definiu objetivamente o critério para fruição da imunidade de ITBI na integralização do capital de empresas através de bens imóveis: a empresa que recebeu o imóvel não pode ter mais de 50% da sua receita bruta formada por receitas decorrentes das atividades de venda, locação ou cessão de direitos de imóveis.

Ou seja, o fato de a empresa ter dentre os seus objetos sociais atividades relacionadas com a exploração imobiliária, por si só, não retira o seu direito à fruição de imunidade de ITBI. Tampouco, o fato da mesma em determinado momento, explorar atividades de venda de imóveis, desde que não corresponda a mais de 50% da sua receita bruta.

Segundo a disposição do CTN, para ter direito à imunidade do ITBI é preciso que, dentro do prazo previsto nos parágrafos 1º e 2º do artigo 37, não fique caracterizado que mais de 50% da receita bruta da empresa seja proveniente da exploração imobiliária, o que não ocorreu nos casos analisados.

Entretanto, a fiscalização de tributos municipais desconsiderou por completo o requisito legal para fruição da imunidade e, ao arrepio da lei, da Constituição Federal e dos fatos em análise, criou novos requisitos para fruição do benefício fiscal constitucional.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já definiu que o fato da empresa não ter auferido receitas no

12 Segundo Aliomar Baleeiro (1972): "Receitas operacionais são as resultantes das atividades que constituem o objeto social da pessoa jurídica, sendo a principal fonte da busca do lucro. Em outras palavras: receitas operacionais são as percebidas como resultado das atividades que constituem o objeto social da empresa."

período objeto da análise da preponderância não é um requisito legalmente válido para análise da possibilidade de fruição da imunidade de ITBI, conforme se verifica nos arestos abaixo colacionados:

APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO TRIBUTÁRIO. DÉBITO FISCAL. INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL SOCIAL. ITBI. IMUNIDADE. Goza da imunidade por ITBI a sociedade empresária adquirente de bens em realização de capital quando, nos dois anos anteriores e nos dois anos subsequentes à aquisição, menos de 50% da sua receita operacional decorrer de transações imobiliárias. O critério é da Lei (CTN - art. 37 e parágrafos); objetivo, cartesiano, a excepcionar a regra que é a da imunidade. **Por isso há de ser considerada a atividade efetivamente exercida pela sociedade empresária nos períodos que antecederam e sucederam a aquisição, para saber atingida a preponderância com base na receita operacional efetivamente auferida, e não pela atividade que vai exercer e ainda não exerceu, só por ter o comércio de imóveis como objeto social.** Como pelo tempo que antecedeu e sucedeu a aquisição a receita operacional da Apelante foi igual a zero, faz jus à imunidade. Apelo da autora provido. Apelo do Município prejudicado. Sentença confirmada em reexame necessário, por maioria. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70038735601, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Genaro José Baroni Borges, Julgado em 08/06/2011)

AGRAVO. ITBI. INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL SOCIAL. IMUNIDADE. INATIVIDADE. PREPONDERÂNCIA. 1. Não incide ITBI sobre a transmissão de imóvel para integralização do capital social de pessoa jurídica se a atividade preponderante do adquirente não se constitui na compra e venda de imóveis ou direitos

a eles relativos, na locação desses bens ou seu arrendamento mercantil. 2. **A pessoa jurídica não perde o direito à imunidade do ITBI pela transmissão de imóvel para integralização de capital social pelo fato de permanecer inativa no período do exame da sua atividade preponderante.** Com efeito, não condiciona a lei a manutenção da imunidade ao exercício das atividades após a aquisição dos bens. Não é lícito ao Fisco presumir que a inatividade pela falta de exploração das suas atividades ("participação em outras sociedades, empresariais ou não, como sócia quotista ou acionista") teve por escopo apenas propiciar o deslocamento de patrimônio - do sócio para a empresa - sem o pagamento do ITBI em burla à finalidade da norma constitucional. Recurso desprovido. (Agravo Nº 70062882931, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 18/12/2014)

Nesse sentido transcrevem-se decisões do STF e do STJ:

AGRAVO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO INTER VIVOS A QUALQUER TÍTULO DE BENS IMÓVEIS E DE DIREITOS REAIS SOBRE IMÓVEIS. IMUNIDADE. TRANSFERÊNCIA DE BENS PARA INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL DE PESSOA JURÍDICA. SUPÔSTA AUSÊNCIA DE ATIVIDADE ECONÔMICA. EFEITOS. NECESSIDADE DE REABERTURA DA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. ART. 156, II DA CONSTITUIÇÃO. **Nos termos da Constituição e da legislação de regência, as autoridades fiscais não podem partir de presunções inadmissíveis em matéria tributária, nem impor ao contribuinte dever probatório inexequível, demasiadamente oneroso ou desnecessário.** As mesmas balizas são aplicáveis ao controle juris-

dicional do crédito tributário. Para reverter as conclusões a que chegou o Tribunal de origem acerca da invalidade de cobrança do ITBI, seria necessário reabrir a instrução probatória, com o objetivo de apurar a suposta falta de atividade econômica da pessoa jurídica que recebeu os bens, bem como para confirmar o intuito de desviar ilicitamente a finalidade da proteção constitucional (Súmula 279/STF). Agravo regimental ao qual se nega provimento. (ARE 660434 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL; DJe-057 DIVULG 19-03-2012 PUBLIC 20-03-2012)

Imunidade. Entidade educacional. Artigo 150, inciso VI, alínea c, da Constituição Federal. ITBI. Aquisição de terreno sem edificação. Fato gerador. Momento da aquisição. Destinação às finalidades essenciais da entidade. Presunção. Ônus da prova. Precedentes. **1. No caso do ITBI, a destinação do imóvel às finalidades essenciais da entidade deve ser pressuposta, sob pena de não haver imunidade para esse tributo.** 2. A condição de um imóvel estar vago ou sem edificação não é suficiente, por si só, para destituir a garantia constitucional da imunidade. **3. A regra da imunidade se traduz numa negativa de competência, limitando, a priori, o poder impositivo do Estado.** 4. Na regra imunizante, como a garantia decorre diretamente da Carta Política, mediante decote de competência legislativa, as presunções sobre o enquadramento originalmente conferido devem militar a favor das pessoas ou das entidades que apontam a norma constitucional. **5. Quanto à imunidade prevista no art. 150, inciso VI, alínea c, da Constituição Federal, o ônus de elidir a presunção de vinculação às atividades essenciais é do Fisco.** 6. Recurso extraordinário provido. (RE 470520, Julgado em 17/09/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-229 DIVULG 20-11-2013). (Grifos nossos).

Da análise das decisões do TJ/RS, STJ e do STF conclui-se que a pessoa jurídica não perde o benefício (isenção/imunidade) previsto na legislação de regência pelo fato de permanecer inativa após a transmissão do imóvel, pois a lei **não condiciona a manutenção da imunidade a efetiva entrada em funcionamento da empresa.** Destarte, o fato de constar ou não no objeto social da sociedade qualquer das atividades incluídas nas exceções estabelecidas no artigo 37, da CF/88 não conduz a mudança no entendimento quanto a aplicação do referido dispositivo legal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sócio de uma sociedade limitada ou sociedade anônima, ou, ainda, o titular de uma empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI) podem integralizar a sua participação no capital social mediante a conferência de bens imóveis. A transferência da titularidade do imóvel utilizado na realização do capital social para a sociedade deve ser feita no Cartório de Registro de Imóveis em que se encontra registrada a matrícula do imóvel, cabendo ao serventuário do cartório competente exigir, dentre vários documentos, a guia de ITBI paga ou a declaração de imunidade fornecida pela Prefeitura Municipal.

A sociedade pode obter a imunidade do ITBI dos bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital se a(s) atividade(s) preponderante(s) dela não for(em) a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil.

Ocorre que o Tribunal Administrativo de Recursos Tributários de Porto Alegre entende que a regra da imunidade contida no artigo 156, § 2º, I tem caráter resritivo e finalístico e neste sentido deve ser sua interpretação. Ou seja, deve existir um incremento na atividade econômica da pessoa jurídica que recebe bem imóvel na realização de capital, pois a imunidade da referida operação serve para incentivar a livre iniciativa, funda-

mento este da própria ordem econômica. Logo, a ausência de receita operacional durante o período de preponderância acarreta a perda da imunidade.

Entendemos, no entanto, conforme decisões do TJ/RS, STJ e STF que a ausência de atividade econômica por si só não é suficiente para impossibilitar a manutenção da imunidade constitucional porque **(01)** não é possível presumir que a inatividade empresarial confirme, tão somente por si, o intuito de aplicação indevida da imunidade tributária; **(02)** autoridades fiscais não podem impor ao contribuinte dever probatório inexequível, demasiadamente oneroso ou desnecessário; **(03)** deve ser considerada a atividade efetivamente exercida pela sociedade empresária nos períodos que antecederam e sucederam a aquisição, para saber atingida a preponderância com base na receita operacional efetivamente auferida, e não pela atividade que vai exercer e ainda não exerceu, só por ter o comércio de imóveis como objeto social.

REFERÊNCIAS

- ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2004.

A PREVISÃO NORMATIVA DO DIREITO FUNDAMENTAL AO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988¹³

THE EXISTING ACTS ABOUT THE FUNDAMENTAL
RIGHT TO AN ECOLOGICALLY BALANCED
ENVIRONMENT IN THE 1988 BRAZILIAN
CONSTITUTION

Ney de Barros Bello Filho¹⁴

Resumo: O direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado tem previsão na constituição de 1988. Há um enunciado normativo que estabelece uma norma de direito fundamental que atribui um direito fundamental a legitimados difusos.

Palavras-chave: Direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado. Princípio constitucional da preservação ambiental.

Abstract: *The fundamental right of a healthy and ecologically balanced environment is predicted in the constitution of 1988. There is a normative statement that establishes a*

¹³ Artigo convidado devido à relevância do tema.

¹⁴ Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, UFPE. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC. Pós-doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUC/RS. Desembargador Federal, professor dos programas de pós-graduação em direito da UFMA – Universidade Federal do Maranhão e do IDP – Instituto de Direito Público. E-mail: ney.bello@gmail.com
<http://lattes.cnpq.br/9181447007798771>

fundamental right norm that assigns a fundamental right to diffuse legitimates.

Key Words: *Fundamental right of a healthy and ecologically balanced environment. Constitutional principle of the environmental preservation.*

CONSIDERAÇÕES GERAIS

A proteção ao ambiente ecologicamente equilibrado encontra positividade constitucional a partir do artigo 225 e seus parágrafos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Desde a entrada em vigor do texto constitucional, não há mais dúvidas acerca da tutela constitucional do ambiente, e nem dúvidas acerca da realidade positivo-constitucional implicar¹⁵ na especial compreensão do ambiente como um bem constitucionalmente protegido, além de um valor irradiante para as demais dimensões jurídico-positivas.

Não obstante, a clareza do texto e o acolhimento da técnica legislativo-constitucional de positividade das normas atinentes ao ambiente em capítulo próprio, o texto pouco diz acerca da natureza jurídica do postulado, e das consequências jurídicas efetivas de tal positividade. As interrogações são muitas, mas poderiam ser sintetizadas desta maneira: trata-se de uma norma meramente programática¹⁶ que apenas impõe condu-

15 Dentre outros, BARROSO, Luis Roberto. A Proteção do Meio Ambiente na Constituição Brasileira, in Arquivos do Ministério da Justiça. Brasília: Imprensa Nacional, nº 45, 1992, p. 47-80; MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 8a. ed. São Paulo: Malheiros, 2.000; SILVA, José Afonso. Direito Ambiental Constitucional. 3a. ed. São Paulo: Malheiros, 2.000; LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. Direito Ambiental na Sociedade de Risco. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, especialmente pp. 125-131;

16 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social. In Revista de Direito Público, São Paulo: RT, nº 57-58, p. 233-256; ATALIBA, Geraldo. Eficácia Jurídica das Normas Constitucionais e Leis Complementares. In Revista de Direito Público, São Paulo: RT, nº 13 p. 35-44; SILVA, Vasco Pereira. Acórdão nº 39/84 do Tribunal Constitucional. Serviço Nacional de Saúde. Normas Constitucionais Programáticas. Imposições Constitucionais. Inconstitucionalidade. In O Direito, 1987, p. 397/433; DINIZ, Maria Helena. A Norma Constitucional e seus Efeitos. São Paulo: Saraiva, 1989, especialmente p. 103; SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 3a. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, especialmente p. 132; BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 13a. ed, p. 247; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição Brasileira de 1988, I vol. São Paulo: Saraiva, 1990, especialmente p. 7; CANOTILHO, J.J.Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra:

tas aos administradores e aos legisladores, sem gerar quaisquer direitos individuais ou coletivos? Ou trata-se de uma norma dirigente¹⁷ que obriga – mesmo considerando a separação de poderes – o legislativo a elaborar leis que tornem efetivo este direito e esta proteção anunciada ao bem jurídico ambiente?

Uma outra linha argumentativa forte – para diferenciar das fracas já mencionadas – está baseada na percepção de tal dispositivo constitucional como um enunciado normativo de direito fundamental¹⁸ que contém uma norma de direito fundamental não atributiva de um direito subjetivo, e, portanto, sem a possibilidade de ser judicializável por parte dos cidadãos ou das entidades legitimadas infraconstitucionalmente por intermédio de leis processuais especiais. Seria o caso de uma norma de direito fundamental a gerar efeitos apenas na dimensão objetiva das normas de direitos fundamentais.¹⁹ Uma tal teoria justificaria deveres constitu-

Almedina, 6a. especialmente p. 1162; BOROWSKI, Martin. La Estructura de los Derechos Fundamentales. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia. 2003, especialmente p. 61-63; BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996; GRAU, Eros Roberto. A Constituição Brasileira e as Normas Programáticas. In Revista de Direito Constitucional e Ciência Política, Rio de Janeiro: Forense, nº 4; PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais Programáticas, São Paulo: Max Limonad, 1999; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Normas Constitucionais Programáticas: Normatividade, Operatividade e Efetividade. São Paulo: RT, 2001.

17 O sentido de norma dirigente utilizado no texto não é sinônimo de norma programática, mas sim de norma que, embora possuindo um programa, ou constituindo-se em uma norma tarefa, obriga o legislativo a concretizar seu conteúdo, possuindo o efeito de dirigir a produção de normas infraconstitucionais para uma determinada direção que se constitui naquela indicada pelo constituinte originário. Cf CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. Lisboa: Coimbra ed., 2ª. ed., 2001.

18 Para a diferenciação entre enunciado normativo de direito fundamental e norma de direito fundamental, cf ALEX, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, pp. 50-55.

19 Sobre a dimensão objetiva das normas de direitos fundamentais, cf SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 3ª. Ed. 2003, p.145-215; ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2ª. 2001, p.138-155; NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Lisboa: Coimbra Editora, 2003, p. 59-95; SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumens lures, 2004, especialmente pps. 133 a 173.

cionais²⁰ (ou fundamentais) ambientais e não direitos fundamentais ambientais decorrentes do enunciado normativo do artigo 225.

Outra hipótese seria perceber de tal enunciado normativo uma atribuição a um titular legitimado de um direito subjetivo fundamental ao ambiente, no todo judicializável sem a necessidade de atribuição infraconstitucional de uma posição jurídica correspondente a um dever contraposto. Neste caso estar-se-ia diante de um direito fundamental fora do catálogo e não encartável – em seu todo – no conceito de direitos, liberdades e garantias, nem tampouco enquadrável dentre a estrutura de direitos a prestações do Estado Social. Seria algo como um direito fundamental de terceira geração²¹ de contornos imprecisos, o que não dispensaria também uma dimensão objetiva que irradiasse deveres fundamentais.

A compreensão do enunciado normativo do artigo 225 da CF/88 como uma norma de cunho programático – desde que aceito o conceito e a existência de normas desta natureza²² – impõe uma solução teórica mais simples para o problema da natureza jurídica da positivação do bem jurídico ambiental, mas traz como consequência repercussões gravíssimas para a proteção do bem jurídico ambiente. A utilização do texto como mero standard jurídico no todo carente de normatividade causa um déficit na realização da proteção ambiental, o que joga em desfavor da aceitação desta concepção se

20 Acerca da diferenciação entre direitos e deveres constitucionais, e/ou fundamentais, cf CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 6ª. ed. 2003., pp 377 – 537, especialmente pps 377, 527 e 530.

21 Reconhecendo tratar-se de direito fundamental de 3ª. geração, ou 3ª. dimensão, no Brasil, dentre muito, BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 13ª. ed, P. 569, e SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 3ª. Ed. 2003, p.54.

22 Importante deixar claro o que se denomina de norma constitucional programática. O termo é aqui utilizado para fazer referência a um tal tipo de normas que tiveram seu apogeu no constitucionalismo de Weimar. São normas que insculpem um programa e que não trazem vinculatividade e – por isso – melhor é chamá-las de enunciados normativos programáticos. Embora grande parte da doutrina defenda a existência de um tipo de norma programática plena de vinculatividade e força normativa, não é deste conceito que se trata aqui. Sobre a “morte” das normas programáticas no sentido do constitucionalismo de Weimar, cf CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 6ª. p. 1162.

o objetivo é uma solução dogmático-jurídico-constitucional apta a uma preservação mais eficaz do bem jurídico. A opção pela ausência de normatividade do artigo 225 reduziria a norma constitucional a mero dispositivo carente de efetividade.

A idéia de uma norma que impõe ao legislador uma determinada conduta – ipso facto a de proteger o ambiente – tem se revelado carente de efeitos concretos. Duas barreiras se demonstram intransponíveis: a ausência de unicidade de sentido para o texto constitucional que permita o direcionamento do legislativo a um só sentido; e a independência do legislador – arrimado no princípio do Estado democrático de direito a impedir a minoração das suas margens de escolha.²³

Desta maneira, as compreensões da norma constitucional como meramente programática ou meramente diretiva do legislador infraconstitucional²⁴ e da administração pública têm obtido como resposta a não serventia da norma em seu desiderato protetivo, e o abandono do sentido de proteção do bem jurídico constitucionalmente protegido em razão da inoperância de tais programas ou direcionamentos constitucionalmente dados e de vinculação rarefeita no plano prático.

Restam então duas compreensões da norma posta pelo enunciado do artigo 225 da CF/88. Ambas a tornam um instituto de proteção efetiva a um bem escolhido pelo constituinte originário. A primeira possibilidade é tomar o enunciado normativo como atributivo de um direito subjetivo fundamental²⁵, e a segunda é tomá-lo

23 No sentido de reconhecer tais problemas para a concepção da constituição dirigente, e mais ainda, no sentido de perceber um déficit epistêmico de programaticidade, além de um vício que denomina de má utopia do sujeito projetante, cf o prefácio à 2ª. edição de CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. Lisboa: Coimbra ed., 2ª. ed., 2001, pp. V a XXX.

24 Toda norma tem um âmbito de programaticidade e propõe um conjunto de tarefas. A norma expressa pelo enunciado normativo do artigo 225 da CF/88 assim o é. Entretanto, não se trata de uma norma exclusivamente programática, ou exclusivamente dirigente – com capacidade de impor tarefas ao legislativo. Trata-se de uma norma com dimensão objetiva e subjetiva que ao revés de apresentar um programa – ou impor deveres ao legislativo, preserva ambas as funções, agregando a estas duas demais efeitos objetivos e consequências da atribuição de um direito subjetivo.

25 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Estudos Sobre Direitos Fundamentais*. Lisboa: Coimbra Editora, 2004, p.177 – 189, especialmente pp. 184 e 186.

como uma norma de direito fundamental não atributiva de um direito subjetivo, mas imersa na dimensão objetiva de uma norma de direito fundamental²⁶. Em outras palavras: resta conceber o enunciado normativo do artigo 225 da CF brasileira como uma norma de direito fundamental, e, em seguida, encontrar respostas para a pergunta se se trata, ou não, de norma de direito fundamental atributiva de direitos fundamentais.

Ambas as concepções partem de um lugar comum: As normas de direito fundamental têm eficácia objetiva²⁷ e impõem obrigações aos poderes públicos e à coletividade. Resta, então, a definição se tal norma advinda do enunciado normativo do artigo 225 da CF/88 traz consigo, ou não, a atribuição de um direito subjetivo fundamental.

A primeira hipótese implica diversos pressupostos e traz consigo embutidas inúmeras consequências. Um pressuposto latente é o de que existem normas de direitos fundamentais que não atribuem direitos fundamentais e que, não obstante possuam eficácia e programas normativos e vinculem os demais poderes públicos e as entidades privadas, não possuem conteúdo judicializável²⁸ nos mesmos moldes das normas que criam direitos fundamentais.

Este pressuposto apenas se sustenta se acolhidas forem duas compreensões: a primeira é a de que enunciado normativo e norma são dois institutos distintos²⁹, e a segunda é a de que o direito objetivo não é a contrapartida do direito subjetivo.

As consequências a priori vislumbradas são de duas ordens. A primeira consequência é a percepção do ar-

26 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada*. In: Estudos em Homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 101 – 110, especialmente p. 107.

27 Sobre o sentido desta dimensão objetiva, especialmente ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2ª. 2001, p.138-155.

28 Uma norma é judicializável quando é vinculante. Ou seja, quando sua vulneração pode ser estabelecida por um Tribunal. Neste sentido, cf BOROWSKI, Martin. *La Estructura de los Derechos Fundamentales*. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia. 2003, 37-38.

29 ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 50 e ss.

tigo 225 da CF/88 como uma norma de eficácia meramente objetiva.

Ao perceber o pré-falado artigo sob esta base, vê-se que tal norma implica um dever para os Poderes Públicos e para a coletividade. Este dever pode ser exigível judicialmente, muito embora não possa ser objeto de demanda tendo por pressuposto qualquer direito subjetivo.³⁰ A judicialização de um direito ao ambiente dar-se-ia de forma diferida, como uma cobrança feita pela sociedade em relação às omissões estatais prejudiciais ao ambiente e agressoras do bem jurídico constitucionalmente protegido. Restaria discutir se – no caso brasileiro – a cobrança judicial destas omissões caberia à sociedade ou ao indivíduo, em face do particular ou em face do Estado, e a partir de que instrumento processual. Seria – talvez – mais correto falar neste caso de dever fundamental de preservação ambiental, ao invés de direito fundamental ao ambiente.

A segunda consequência desta primeira linha argumentativa é necessidade do enfrentamento de duas questões que se encontram também no caminho da constatação da norma constitucional como atributiva de direitos subjetivos: o comando normativo do artigo 225 submete-se às restrições quando da colisão com outros direitos ou outras normas de dimensão meramente objetiva do texto constitucional que protegem outros bens e valores?³¹ E a outra questão: qual o efeito de irradiação horizontal que tais normas geram para outros ramos do direito?³² Dito de outro modo, qual o âmbito da eficácia horizontal das normas de direitos

30 A questão fulcral repousa em saber se o direito ao ambiente constitucionalmente posto refere-se a uma pauta de direitos, no sentido da busca de sua realização através de ações judiciais, ou se se refere a uma pauta de deveres e obrigações de natureza ampla.

31 Acerca destas restrições aos Direitos Fundamentais veja-se BOROWSKI, Martin. *La Estructura de los Derechos Fundamentales*. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia. 2003, especialmente p. 65-107; ALEX, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, especialmente pp. 267-331, e, por todos, NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Lisboa: Coimbra Editora, 2003.

32 CANARIS, Claus- Wilhelm Canaris. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Lisboa: Almedina, 2003, p. 19

fundamentais não atributivas de direitos subjetivos e qual sua amplitude?³³

Estas duas últimas questões também hão de fazer parte do glossário léxico-jurídico que surge da segunda alternativa.

Da segunda hipótese, várias consequências se impõem: a primeira delas reside no fato de que, para perceber do artigo 225 da CF/88 o caráter de norma atributiva de direito fundamental faz-se mister conceituar tal direito fundamental no intento de saber se os elementos constitutivos de tal conceito permitem ou não tratar o artigo mencionado como atributivo de um tal.

Já surgiu como pressuposto da dualidade argumentativa apresentada a constatação de que há normas de direito fundamental que não atribuem um direito fundamental a um titular. Pois bem. Resta como consequência definir do que se fala quando se fala em direito subjetivo e quais os requisitos que fazem deste mesmo direito subjetivo um direito subjetivo fundamental.³⁴ Quais os elementos caracterizadores formais e materiais que fazem de um direito subjetivo um direito fundamental, e como tais direitos se comportam dentre as possibilidades de um sistema de regras e princípios.

A seguinte consequência será estabelecer um teste de fundamentalidade que permita checar a norma do artigo 225 com o conceito formal e material de direito fundamental para perceber se é caso ou não de um direito subjetivo de caráter fundamental.

Acaso o teste de fundamentalidade indique a plausibilidade da tese, faz-se mister resolver as mesmas duas questões atinentes à outra linha argumentativa primeiramente explorada. Como se comporta o direito funda-

33 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? A Eficácia dos Direitos Fundamentais na Ordem Jurídico-Civil no Contexto do Direito Pós-Moderno*. In Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, p. 109.

34 A clássica concepção de direitos fundamentais os toma como direitos subjetivos públicos, na esteira do pensamento de Jellinek. A discussão acerca da possibilidade de os direitos fundamentais se caracterizarem por algo diferente que os permita serem utilizados por particulares em relações uns contra os outros deve ser buscada desde uma definição do que sejam direitos subjetivos.

mental ao ambiente em razão dos inúmeros confrontos com outros direitos fundamentais e outros bens jurídicos constitucionalmente protegidos?

E a segunda interrogação: qual a amplitude do efeito de irradiação horizontal (eficácia horizontal) do direito fundamental ao ambiente? Quais os seus contornos em interface com o direito privado?

Por fim, se a tese de que o artigo 225 da CF/88 estabelece um direito fundamental ao ambiente permitir sustentação teórica dentro de uma estrutura dogmática razoavelmente coerente, outra consequência surgirá: a necessária demonstração de quais os instrumentos constitucionais e legais aptos à garantia deste mesmo direito fundamental no âmbito da jurisdição.

Se como uma característica da fundamentalidade do direito ao ambiente surge a sua judiciabilidade³⁵, natural que uma qualquer teoria que argumente a sua operatividade proponha um rol de possibilidades processuais de defesa do conteúdo deste direito fundamental, e do bem constitucionalmente protegido em juízo.³⁶

A consequência natural de um tal direito fundamental ao ambiente é que ele possa ser tutelado mediante decisões judiciais das quais se socorrem os particulares e a sociedade civil em busca da preservação de seu direito.

A tese segundo a qual o direito ao ambiente previsto no artigo 225, e seus parágrafos da CF/88, é um direito fundamental não é de cristalina clareza. Tampouco é no todo inútil. Mas a sua comprovação carece de pressupostos e de comprovações no interior da dogmática³⁷

35 BOROWSKI, Martin. *La Estructura de los Derechos Fundamentales*. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2003, p.42

36 cf MIRRA, Álvaro Luiz Valerry. *L' action civile publique du droit brésilien et la réparation d' un dommage causé à l' environnement*. Estrasburgo, França. Dissertação de Mestrado Apresentada junto à Faculdade de Direito de Estrasburgo, 1997; BENJAMIN, Antônio Hermann de V. *A Insurreição da Aldeia Global contra o Processo Civil Clássico*. In Textos. Ambiente e Consumo. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1996, vol. I, os 277-351.

37 A dogmática a que se faz referência aqui está pautada no modelo Ralf Dreier – Robert Alexy, e a toma como estrutura tridimensional composta de três atividades ou dimensões: a dimensão empírica, a dimensão normativa e a dimensão analítica. A dimensão empírica revela-se através dos textos legais, dos fatos e das decisões judiciais. A dimensão analítica demonstra-se a partir dos conceitos da doutrina que dão

que são fruto de longo e extenso caminho argumentativo. O sentido deste pequeno escrito é apenas o de levantar problemas, e preparar a marcha rumo a uma solução contemporaneamente adequada.

1 O ENUNCIADO NORMATIVO PROTETIVO DO AMBIENTE

A constitucionalização do ambiente como bem jurídico e valor irradiante para toda a ordem jurídica brasileira, e também determinante de tarefas para a coletividade e para o Poder Público, vem prevista no pré-falado artigo 225 da CF/88 e com a seguinte redação: *Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.*

O enunciado normativo do artigo 225 estabelece uma norma jurídica que joga a função dogmática de significado do texto. O enunciado também é um enunciado deôntico, na medida em que estabelece o dever de defender e preservar o meio ambiente à coletividade e ao Poder Público. Dito de outra maneira, o enunciado normativo estabelece algo que *deve ser o caso* e, portanto, estabelece uma norma jurídica de dever ser.³⁸

Em um sentido fraco para o enunciado normativo do artigo 225 da CF/88 não há norma correspondente ao enunciado normativo, mas mera declaração de intenções. Ao tomar o enunciado normativo como uma norma programática - que estabelece a mera intenção do constituinte de ver o ambiente preservado, refletindo

clareza interpretativa aos fatos, e a dimensão normativa diz com o espaço para o embate argumentativo que dá sentido aos conceitos e aos dados empíricos. Qualquer atividade dogmática apenas pode se revelar a partir destas três dimensões que terminam por compor um conhecimento científico-jurídico. Cf DREIER, Ralf. *Derecho y Justicia*. Santa Fé de Bogotá: Themis, 1994; ALEXY, Robert. *Teoria dell'Argomentazione Giuridica*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1998.

38 O que diferencia uma norma ética de uma norma técnica é mesmo a diferença entre a perspectiva descritiva e a prescritiva, portanto, ser uma norma de dever ser é da essência das normas éticas. Não se trata de um *plus*, mas um pressuposto da própria norma.

um mero valor em voga ao tempo da redação do Texto constitucional - a normatividade é substituída pela mera exortação dos Poderes Públicos e da coletividade.³⁹ Neste sentido fraco, o enunciado normativo emitiria mero standard jurídico, exortação moral, declarações, promessas ou apelo ao legislador. Mero valor ou programa futuro de força duvidosa e carente de qualquer judiciabilidade. Do texto não adviria uma norma, mas mero planejamento.

É mesmo questionável a existência de um tal tipo de enunciados normativos constitucionais que neguem o próprio conceito de enunciado deôntico⁴⁰ e que não estabeleçam uma qualquer norma jurídica, compreendida esta no sentido de uma imposição de um dever ser determinado pela sua força intrínseca. A norma programática (neste sentido melhor seria enunciado normativo programático) substitui o conceito de norma pelo conceito de declaração, estabelece a categoria de indicativos para a normatividade futura, e abandona a força normativa do enunciado normativo constitucional, criando uma categoria de mera declaração. É no todo incoerente a concepção de enunciados normativos dos quais não advenham quaisquer normas.

A existência de uma norma constitucional programática não sobrevive às tendências contemporâneas da teoria da constituição, já que a normatividade – com sentido de obrigatoriedade que gera a vinculatividade dos Poderes Públicos e da coletividade - é a característica mais expressiva de um mandamento constitucional.⁴¹ Dito de outro modo, apenas com a previsão de normas constitucionais que possam vincular os Poderes Públicos e a coletividade e que tenham força normativa plena, é possível estabelecer um papel hierarquicamente superior para a Constituição. É o próprio princípio da supremacia da Constituição que entra em xeque com as normas constitucionais programáticas.

39 BOROWSKI, Martin. *La Estructura de los Derechos Fundamentales*. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia. 2003, p. 62.

40 BOROWSKI, Martin. *La Estructura de los Derechos Fundamentales*. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia. 2003, p. 63.

41 CANOTILHO, J.J.Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 6ª, p. 1162.

Se tal não fosse assim, a compreensão do artigo constitucional preservativo do ambiente ecologicamente equilibrado ficaria restrita a mera exortação da coletividade e dos Poderes Públicos para a preservação dos valores ambientais. Não haveria qualquer vinculação do legislador ou do Estado, mas apenas a constitucionalização de uma declaração exortativa recheada de bons presságios ou de meras intenções benevolentes. Não é assim!

Não é este o sentido (e por isso aqui é dito sentido fraco) do enunciado normativo do artigo 225, uma vez que não se constitui em norma programática, em razão de estar apto a realizar e a exercer sua força vinculante como expressão da sua força normativa intrínseca.

Em um outro sentido, também dito fraco, porém mais forte que o anterior, a força normativa do artigo 225 da CF/88 resumir-se-ia à vinculação do legislador. A norma teria o sentido de dirigir as atuações legislativas, trabalhando como um programa constitucional no que pertine à atuação do Estado – através do dom legislativo - em relação ao bem jurídico ambiente. A norma estaria associada à idéia de programa dirigente, imerso em um conceito de constituição dirigente.⁴²

Na Constituição Federal Brasileira de 1988 não é possível identificar um plano de ação estatal, ou um modelo de constituição que indique uma direção única e uma linha de atuação a ser seguida pela sociedade e pelos Poderes Públicos.⁴³ A pluralidade de compreensões do fenômeno constitucional e a hiper-complexidade dos espaços sociais que ela rege impedem qualquer compreensão dos enunciados normativos nela contidos como expressão de um programa único, ou justificáveis

42 Sobre o conceito de constituição dirigente cf CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. Lisboa: Coimbra ed., 2ª. ed., 2001. Revendo, ou negando, o conceito e a operatividade da constituição dirigente, cf CANOTILHO, J.J. Gomes. *Rever ou romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo moralmente Reflexivo*, in Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: RT, 1996, nº 15, pp 7-17.

43 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 3ª. Ed. 2003, p. 79

com base em uma teoria única acerca do sentido e do objetivo do texto constitucional.⁴⁴

Não é possível conceber a Constituição unicamente sob pré-compreensões liberais, nem sob pré-compreensões sociais ou democráticas. Nem interpretar seu conteúdo desde um pensar institucionalista ou axiológico. Toda uma gama de tensões entre as três concepções político-normativas, com o acréscimo de novos *topoi* fruto da hiper-complexidade do tempo presente, e a tudo somadas algumas tendências socialistas e outras neoliberais fizeram do texto um amálgama de projetos, desejos e concepções que tornam impossível a compreensão de um único programa normativo que possa indicar uma única compreensão constitucionalmente adequada.⁴⁵

Não obstante, a ausência de um programa normativo-constitucional único, a impossibilidade de fazer valer tal programa, carente de aplicabilidade imediata e de força normativa expressa na judiciabilidade decorrente da vinculatividade, fazem com que a concepção do artigo como programa dirigente revele uma eficácia diminuta.

Neste sentido, a independência dos poderes e a justificativa da legitimidade dos desígnios da maioria (princípio democrático) sobre a força meramente declarativa de preceitos de baixa normatividade, jogam contra a eficácia da vinculatividade de uma norma, compreendida apenas como instrumento de direção e de afirmação de um programa.⁴⁶

44 Acerca das Teorias sobre Direitos Fundamentais, que se constituem em verdadeiras teorias constitucionais, por todos *cf* BÖCKENFÖRD, Ernest-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Baden-Baden: Nomos, 1993.

45 Em razão da hiper-complexidade da sociedade na qual vigem os textos constitucionais, e em razão de um dinamismo social que torna as constituições dirigentes um tanto tiranas, talvez o mais correto seja realizar um conceito contemporaneamente adequado, ao revés de constitucionalmente adequado. Contemporaneamente adequada seria a constituição que conseguisse reconhecer a hiper-complexidade do tempo presente sem dissolver-se na ausência de juridicidade, e que pudesse significar um aporte na defesa dos hipossuficientes contra o mercado de globalização neo-liberal.

46 Há uma eterna tensão entre democracia e direitos que não pode ser rompida por um jogo de linguagem e nem tampouco por uma intenção revolucionária e popular positivada. A tensão é inerente à sociedade e não se dissolve. Neste sentido, *cf* MOUFFE, Chantal. *La Paradoja Democrática*. Barcelona: Gedisa, 2003, especialmente p. 40.

A não consagração de um dever jurídico, ou de um direito judicializável nas normas constitucionais fazem delas meras declarações frente a um legislativo e um executivo sempre dispostos a brandirem a bandeira da sua independência, seja a independência diante do constituinte de outrora, seja diante do Judiciário e do Tribunal Constitucional de hoje.

Esta concepção da natureza do mandamento constitucional que protege o bem jurídico ambiente ecológicamente equilibrado revela um resultado similar ao do sentido fraco anteriormente posto (a compreensão enquanto norma programática). No entanto, diz-se sentido menos fraco porque a não operatividade da sua vinculação aos poderes públicos e à coletividade, como norma-dirigente ou norma-programa, não invalida o conceito, e nem a sua compreensão como enunciado normativo que impõe uma conduta a todos, inclusive ao legislador. A compreensão do enunciado normativo como vetor de um programa normativo-constitucional invalida-se em parte pela dificuldade de se estabelecer qual o programa constitucionalmente posto, dado o pluralismo latente do texto constitucional, mas permite a compreensão de que alguma diretiva consensual desborda deste pluralismo, permitindo a imposição de obrigações aos poderes constituintes, inclusive ao legislador. De outro lado, a imposição de uma individualidade do legislativo – que se configura em uma *‘desobediência aos direitos autorizada pelo princípio democrático’* não invalida a presunção de conformação dos atos legislativos aos preceitos constitucionais. Esta tal função pode ser resgatada por ambos os sentidos ditos fortes da compreensão possível de tais normas constitucionais.

O dirigismo e o âmbito de programaticidade da norma também vão estar presentes quando o enunciado normativo do artigo 225 é concebido como fonte de uma norma de direito fundamental de dimensões objetivas e/ou subjetivas, e que são os dois sentidos aqui ditos sentidos fortes.⁴⁷

47 Toda norma jurídica – por maior razão ainda as normas constitucionais – tem um âmbito de programaticidade e de dirigismo que é latente, e que se coaduna com o próprio conceito de norma, enquanto dever ser, pleno de vinculatividade, hierarquia

Ambos os sentidos fortes partem de dois pressupostos comuns: o primeiro pressuposto é de que o enunciado normativo do artigo 225 é um enunciado normativo de direito fundamental que estabelece uma norma de direito fundamental. O segundo pressuposto, que é conseqüência do primeiro, é que a norma que surge do enunciado normativo do artigo 225 da CF/88 é autoaplicável e de eficácia plena, o que significa plena normatividade e vinculabilidade absoluta.

Estabelecer uma norma de direito fundamental não é o mesmo que estabelecer um direito fundamental. Todas as vezes que há um direito fundamental existe uma norma de direito fundamental que lhe dá suporte, mas nem toda norma de direito fundamental atribui um direito fundamental.⁴⁸ Há uma tríade conceitual que aponta para o vetor **enunciado normativo de direito fundamental norma de direito fundamental direito fundamental**.

O enunciado normativo do artigo 225 da CF/88 é um enunciado normativo de direito fundamental uma vez que estabelece uma norma de direito fundamental. A constatação aponta para uma pergunta: o que faz com que o enunciado do artigo 225 seja um enunciado de direito fundamental? A afirmação de que tal enunciado é um enunciado de direito fundamental, porque expressa uma norma de direito fundamental, leva a uma tautologia, se admitida a tese de que o que faz da norma jurídica ser uma norma de direito fundamental é também ser justaposta por um enunciado normativo de direito fundamental.

Uma opção teórica para resolver o problema da fundamentalidade das disposições normativas é considerar que apenas as normas que forem decorrentes de enunciados normativos constantes do rol de direitos funda-

e justiciabilidade. Afastar as interpretações que tomam o enunciado normativo do artigo 225 como de natureza meramente programática ou meramente vinculante para o legislador não retira o âmbito de programaticidade e o seu efeito de norma vinculante para o legislador. Tal apenas demonstra que a norma é algo mais do que simplesmente norma sobre normas.

48 ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 47.

mentais expressos na Constituição são consideradas normas de direito fundamental.⁴⁹ Disto decorrem dois problemas:

O primeiro deles diz com a possibilidade de se encontrar enunciados normativos que não expressam normas de direitos fundamentais e que – malgrado este dado – encontram-se catalogadas nos róis dos artigos atributivos de normas de direito fundamental⁵⁰. No caso da CF/88 os artigos 5º, 6º e 7º.

O segundo problema consiste na possibilidade de existirem enunciados normativos que expressam normas de direito fundamental, atributivas ou não de direitos subjetivos fundamentais dispersas em outras partes do texto constitucional, ou até mesmo fora do texto.⁵¹

No tocante ao primeiro dos problemas urge perceber que tal concepção desborda para uma compreensão meramente topográfica das normas de direitos fundamentais trazendo consigo toda a carga da ausência de conteúdo material para a constatação da fundamentalidade de uma norma ou de um direito.

A constatação de que são apenas normas de direitos fundamentais aquelas estabelecidas nos róis dos artigos indicativos de direitos retira (ou permite a retirada de) todas as cargas cultural, histórica e racional dos direitos fundamentais – atributivas de fundamentalidade

49 ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 63.

50 Para MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional* vol IV, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, 3ª. ed. p. 162 e ss. os direitos fundamentais previstos no catálogo são formalmente fundamentais e materialmente fundamentais. Já para CANOTILHO, J.J.Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 6ª. p. 406 o que existe é uma presunção de fundamentalidade, que indica serem os direitos elencados nos róis de normas constitucionais formalmente fundamentais e materialmente fundamentais; Para ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2ª. 2001, p. 73 é possível que existam direitos formalmente fundamentais que não sejam materialmente fundamentais.

51 ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2ª. 2001, p. 71 e ss; CANOTILHO, J.J.Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 6ª. p. 404 e ss; MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional* vol IV, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, 3ª. ed. p. 162 e ss; SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 3ª. Ed. 2003, p. 86 e ss.

material – e deixa as normas de direitos fundamentais conceitualmente presas às opções constituintes.⁵²

O só fato de ter havido uma inserção de um enunciado normativo por parte do constituinte não pode ter o condão de dotar um privilégio – ou um direito culturalmente, racionalmente e historicamente não fundamental – de tal natureza.

Quanto ao segundo problema – enunciados normativos que estão fora dos róis mencionados e que são normas de direitos fundamentais – a tese da mera catalogação também não responde a contento às interrogações.

No caso da CF/88 questões sensivelmente essenciais, ou dito de outro modo, normas intuitivamente fundamentais, como o direito à anterioridade tributária, o direito a constituir família, e outros mais (para não citar de logo o direito ao ambiente) ficariam de fora da conceituação de direitos fundamentais, uma vez que os enunciados normativos vetoriais das normas atributivas destes direitos subjetivos estão topograficamente fora dos róis dos artigos 5º, 6º e 7º.⁵³

Não fora o bastante este argumento, a cláusula de abertura de materialidade, disposta no artigo 5º, § 2º afirma 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.*

A cláusula de abertura permite que direitos e garantias sejam encontrados também fora da Constituição, escritos ou não escritos, decorrentes ou implícitos, e

52 Embora não concordando com a desconsideração da fundamentalidade de normas incluídas nos róis de normas de direitos fundamentais, MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional* vol IV, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, 3ª. ed. Pp. 07-51, demonstra que ao tratar-se de direitos fundamentais se está a considerar uma construção histórica que tem sua base na evolução natural da espécie humana.

53 O STF, em 15/12/93, no julgamento da ADIN 939/DF, relator Min. Sidney Sanches, e posteriormente no julgamento da ADIN 1.497/DF rel. Min. Carlos Velloso, admitiu que o princípio da anterioridade mencionado no artigo 150, III “b” da CF/88 é um direito fundamental, e que, portanto, a norma que o atribui é uma norma de direito fundamental. Como consequência ficam estendidos à norma fixadora da anterioridade tributária os efeitos da norma do artigo 60, § 4º que torna cláusula pétrea os direitos e garantias individuais.

também positivados em tratados internacionais. Tal cláusula de abertura, ao permitir a constatação de enunciados normativos fundamentais em outros textos legais – os tratados – e até mesmo não escritos, legitimou, *ipso facto*, a possibilidade de outros enunciados normativos de direitos fundamentais serem encontrados fora dos róis dos mencionados artigos.

Deste modo, a tese de que são apenas enunciados normativos aqueles previstos no rol atributivo de direitos fundamentais dos artigos 5º, 6º, e 7º não tem o alcance que a princípio parece ter.

É preciso trilhar o caminho inverso. O que designa o qualificativo de fundamental é a norma e não o enunciado normativo. Aplicando-se o teste de fundamentalidade segundo o qual a norma que exsurge do enunciado do artigo será uma norma de direito fundamental a partir do reconhecimento de critérios materiais e formais, constata-se a fundamentalidade da norma, e, por via de consequência, a fundamentalidade do enunciado normativo que a expressa. Se a norma pode ser justificada a partir de tais critérios materiais e formais ela será uma norma de direito fundamental, e logo o enunciado normativo será também um enunciado de direito fundamental. Dito de outro modo é a norma de direito fundamental que dá natureza ao enunciado normativo, e não o enunciado normativo que caracteriza a norma.⁵⁴

Acaso a norma que surge do enunciado normativo do artigo 225 seja uma norma de direito fundamental, o enunciado terá igual natureza.

A resolução do primeiro pressuposto a fundamentar as duas versões fortes da teoria do papel que joga o enunciado normativo do artigo 225 da CF/88 intrinca-se com a constatação da fundamentalidade formal e da fundamentalidade material das normas expressas

⁵⁴ O enunciado normativo é apenas um item empírico que por si só não se constitui em direito fundamental e não é representativo de uma norma de direito fundamental. É preciso mais que a enunciação legal de um postulado para a caracterização de um direito fundamental. Questões normativas não podem ser resolvidas com esboço apenas no enunciado normativo, e demandam uma outra caracterização que trafega no plano da normatividade expressa pelo enunciado.

por este enunciado. Se se tratarem de normas materialmente fundamentais ou normas formalmente fundamentais estas serão normas de direito fundamental.⁵⁵

O teste de formalidade diz com a constatação da inclusão do enunciado normativo no rol de direitos fundamentais, ou de sua decorrência em razão da cláusula de abertura.⁵⁶

A qualidade de norma de direito fundamental vista sob esta perspectiva surge não apenas da sua inserção no catálogo de enunciados normativos que expressam normas de direito fundamental, mas também da decorrência de tais normas dos enunciados normativos dos róis mencionados.

A cláusula de abertura inserida no artigo 5º, § 2º permite a existência de outros direitos que sejam decorrentes dos enunciados normativos dos róis dos artigos 5º, 6º e 7º e também outros decorrentes do regime e dos princípios adotados pela CF/88.

Isto implica dizer que normas fora do catálogo que forem decorrentes do regime e dos princípios constitucionais serão normas de direitos fundamentais, uma vez que os direitos atribuídos por elas também serão fundamentais.

Neste sentido, o enunciado do artigo 225 da CF/88 é um enunciado normativo de direito fundamental se expressar uma norma que seja de direito fundamental em razão de sua decorrência do regime e dos princípios expressados na Constituição Federal. Se isso se der, o teste de formalidade tem resposta positiva.

O teste de materialidade tem haver com a justificação jusfundamental para a decorrência de tal norma

55 Note-se que isto não significa dizer que os direitos fundamentais são apenas direitos atribuídos por uma norma de direito fundamental que é expressa por um enunciado normativo fundamental. A própria constatação de que uma norma é de direito fundamental pressupõe todo o acúmulo da cultura e da história e também um embate de racionalidade que a caracteriza. No entanto, para que possa ser constitucionalmente operativa esta concepção de direito tem de se apoiar em uma teoria dogmática que lhe seja apta à consecução de resultados operativos. A materialidade das normas de direitos fundamentais representa o elo que liga toda a hiper-complexidade social ao direito, que, por esta razão, nada mais é do que um sistema aberto de regras e princípios.

56 ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 66.

do regime ou dos princípios constitucionais. Se for possível determinar que uma tal norma decorre dos princípios constitucionais ou do regime estabelecido pela Constituição, então o seu conteúdo é fundamental, o enunciado normativo que a expressa tem a mesma natureza e o direito subjetivo que a norma atribui é também um direito fundamental.⁵⁷

A norma jurídica que impõe aos Poderes Públicos e à coletividade o dever de preservar o ambiente ecologicamente equilibrado é decorrente dos princípios constitucionais expressos ou implícitos no texto constitucional.

Não apenas os princípios designados e nominados no artigo 1º da CF/88 – soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político – compõem a categoria dogmática de princípios.

Há diversos deles dissolvidos no texto como os princípios da legalidade, da igualdade, da liberdade, da anterioridade etc., que também devem ser tomados para o efeito de deles decorrerem normas de direitos fundamentais que estabeleçam direitos fundamentais não catalogados nos róis do Título II.⁵⁸

Uma justificação de natureza fundamental será necessária para encartar normas fora do catálogo na categoria de normas de direito fundamental admitindo-se, como ponto de partida, a existência de princípios constitucionais fora do catálogo de princípios do artigo 1º⁵⁹, e dos quais podem decorrer normas de direito fundamental.

57 O teste de materialidade diz com a consonância entre o conteúdo de uma norma de direitos fundamentais e os princípios constitucionais, sejam eles implícitos ou explícitos. Tal não implica em dotar o sistema constitucional de um mote fechado, mas de abrir o sistema – por intermédio das normas-princípio – aos embates da racionalidade e da historicidade.

58 É possível constatar a existência de um princípio constitucional da proteção do bem ambiente, que rege o Estado do Bem Estar Ambiental, formatando o Estado Constitucional Ecológico. Um princípio implícito que desborda do artigo 225 da CF/88 e que dá o tom de uma moderna visão constitucional contemporaneamente adequada. Sobre a idéia de Estado Constitucional Ecológico cf CANOTILHO, J.J. Gomes. *Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada*. In: Estudos em Homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 101 – 110.

59 Existem princípios implícitos ao catálogo de princípios fundamentais, e que mesmo não fazendo parte de um rol designativo de princípios fundamentais deles decorrem direitos fundamentais. É o caso do princípio da proteção ambiental.

Por esta razão é possível justificar a natureza fundamental do enunciado normativo do artigo 225 admitindo-se que ele expressa uma norma de direito fundamental que assim o é em razão de ser decorrente dos princípios da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana. O último constante do catálogo de princípios fundamentais da CF/88, e os dois primeiros insertos no texto fora do catálogo, mas que, nem por isso, deixam de ser princípios que fundamentam normas jusfundamentais.

A norma que surge do enunciado normativo do artigo 225, por uma justificação de natureza jusfundamental que a vê apoiada na dignidade da pessoa humana, na liberdade e na igualdade, é norma de direito fundamental.⁶⁰

Tal constatação trabalha no sentido de reconhecer que a única diferenciação entre duas teses nominadas de teses fortes, para explicar o enunciado normativo do artigo 225 da CF/88, diz com a presença, ou ausência, de subjetividade atribuível a um determinado (ou indeterminado?) legitimado. A norma quando atribui um direito fundamental além de norma de direito fundamental com dimensão objetiva passa a ser uma norma de direito fundamental com dimensão subjetiva, e este é o único *plus* diferenciador.

O enfrentamento do segundo pressuposto – de que tais normas têm eficácia plena e aplicabilidade imediata⁶¹ – retoma a questão das consequências que a funda-

60 A dignidade da pessoa humana é por alguns compreendida como o fundamento único, e último, dos direitos fundamentais, cf ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2ª. 2001, p.69 e ss. Porém, tal posicionamento somente se justificaria se compreendidos os direitos fundamentais como diretamente e estreitamente vinculados à pessoa humana. O direito ao ambiente não permite direta redução ao princípio da dignidade da pessoa humana, e o seu fundamento material deve residir em outros princípios, como a igualdade e a liberdade, e o próprio princípio da proteção do ambiente.

61 Ou seja, que sobre elas incida a consequência do artigo 5§ 1º da CF/88. Isto pode ser denominado de vinculatividade máxima, que é um *plus* ao conceito de norma de direito fundamental, mas joga o papel de característica dos direitos e garantias individuais e coletivos. Em sentido contrário, vendo na eficácia plena e aplicabilidade imediata um elemento do conceito de direitos fundamentais, cf SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 3ª. Ed. 2003, p. 80.

mentalidade traz, e que faz com que tais normas abandonem o campo do dirigismo ou da mera programaticidade para irradiarem efeitos por todo o ordenamento jurídico, além de trabalharem como garantias contra-majoritárias.

O que diferencia a compreensão do enunciado normativo que protege o bem jurídico ambiente como um enunciado jusfundamental daquelas outras que o toam como simples norma programática ou como norma meramente dirigente é também seus efeitos que, no caso em questão, jogam como garantias contra-majoritárias que impedem o exercício abusivo do legislativo, e se impõe malgrado a inércia deste mesmo legislativo.⁶²

A constatação de que o artigo 225 da CF/88 é um enunciado de direito fundamental surge da constatação de que tal enunciado produz uma norma de direito fundamental que pode, ou não atribuir um direito subjetivo fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado, e que tal norma é de eficácia plena e aplicabilidade imediata.

2 DIMENSÃO OBJETIVA E SUBJETIVA DA NORMA DE DIREITOS FUNDAMENTAL EXPRESSA NO ARTIGO 225 DA CF/88⁶³

A norma constitucional protetora do bem jurídico ambiente ecologicamente equilibrado tem uma dimen-

62 Ser uma garantia contra-majoritária pode se expressar formalmente ou materialmente. Diz-se formalmente quando sobre tais normas espraiam-se o disposto no artigo 60 § 4.º IV da CF/88, e diz-se de uma garanti contra-majoritária em sentido material quando o só fato de serem normas de direitos fundamentais garantem, implicitamente, a sua postura de cláusulas pétreas, ou limites às atuações do constituinte derivado ou revisor.

63 A dimensão objetiva das normas de direitos fundamentais, ou dos direitos fundamentais, encontra tratamento na doutrina luso-brasileira com diversos trabalhos, dentre eles: SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 3ª. Ed. 2003, p. 217 e ss; ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2ª. 2001, pp. 109 – 168; SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumens lures, 2004, 133-211; NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Lisboa: Coimbra Editora, 2003, p. 59-86; MOTA PINTO, Paulo Cardoso Correia. *A Proteção da Vida Privada e a Constituição*. In Boletim da Faculdade de Direito – Volume Comemorativo, 2003 pp. 153 – 204.

são objetiva latente quer seja tomada como norma atributiva de direitos subjetivos quer seja tomada apenas como norma de efeitos irradiantes de natureza objetiva. Quando não se concebe a dimensão subjetiva de uma norma de direito fundamental quer-se com isso dizer que esta norma não atribui direitos subjetivos, pois não confere posições subjetivas. A dimensão objetiva apenas permite estabelecer regras e princípios destinados a refletir valores e deveres para a coletividade e o Poder Público, sem com isso atribuir uma posição subjetiva que possa ser o fundamento de legitimidade para a satisfação buscada em juízo por um determinado titular.⁶⁴

Pela só dimensão objetiva se estabelece um conjunto de deveres e obrigações do Estado e da coletividade sem que com isso se tenha a correspondente atribuição de direitos aos indivíduos.

Ao invés de atribuir direitos fundamentais, a expressão de uma norma de direito fundamental por um enunciado normativo fundamental gera deveres fundamentais, garantias institucionais ou deveres de proteção, como consequência de sua eficácia externa horizontal ou do seu efeito de irradiação.

São normas vinculantes, e neste sentido diferenciam-se das normas programáticas que são meros enunciados de intenções. A norma de direito fundamental vincula os sujeitos em termos objetivos, criando um dever objetivo do Estado e também da coletividade. O dado da vinculação é que diferencia a norma programática da norma de direitos fundamentais de dimensão meramente objetiva. Vinculação é a possibilidade de sua vulneração ser estabelecida por um juiz ou Tribunal⁶⁵. As normas programáticas carecem de uma qualquer vinculação.

64 Esta possibilidade traduz-se na eficácia horizontal dos direitos fundamentais. cf CANOTILHO, J.J. Gomes. *Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? A Eficácia dos Direitos Fundamentais na Ordem Jurídico-Civil no Contexto do Direito Pós-Moderno*. In Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, p. 109 e ss.

65 BOROWSKI, Martin. *La Estructura de los Derechos Fundamentales*. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia. 2003, p. 147.

A Constituição impõe deveres aos Poderes Públicos⁶⁶ que se ligam à proteção de bens jurídicos constitucionalmente protegidos determinando vinculativamente que tais atos sejam praticados, sem com isso investir qualquer sujeito de uma titularidade.

Esta irradiação vai para além do âmbito de uma relação jurídica de direito público – Estado/indivíduo – dando azo a toda uma gama de obrigações e deveres dos particulares e do Estado, direcionados no sentido da preservação e da proteção do bem jurídico constitucionalmente protegido.

A compreensão da norma de direito fundamental como norma de dimensão meramente objetiva, sem atribuição de subjetividade, não implica na sua não judiciabilidade.⁶⁷

Como visto trata-se de norma vinculante para os Poderes Públicos e para a coletividade, o que nisto se difere das normas programáticas e meramente dirigentes. Por não serem normas atributivas de direitos subjetivos, também não podem ser manuseadas dentro de demanda que tenha por base posições jurídicas subjetivas, definidas como direito a algo, uma liberdade ou uma competência.⁶⁸

Este terceiro gênero de normas – com dimensão estritamente objetiva – permite a atuação judicial no sentido de declarar a inconstitucionalidade de uma omissão estatal que ofenda o bem jurídico protegido pela norma

66 Esta imposição de deveres não tem como contraposto a atribuição de direitos, razão pela qual é possível falar em dimensão puramente horizontal. Trata-se da dimensão objetiva das normas de direitos fundamentais. cf NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Lisboa: Coimbra Editora, 2003, e SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumens lures, 2004. sobre os deveres públicos cf CANOTILHO, J.J.Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 6ª. p. 527 – 302.

67 O fato de uma norma não conter direito subjetivo, mas ter eficácia meramente objetiva não significa que ela não possa ser aplicada por um Tribunal ou que não tenha a ofensa a seu conteúdo sancionada. A não possibilidade de um particular veicular em uma demanda direito de natureza subjetiva não dota esta de significado de um enunciado meramente programático.

68 Sobre as classificações dos direitos fundamentais cf ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, pp. 173 e ss; e BOROWSKI, Martin. *La Estructura de los Derechos Fundamentales*. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia. 2003, p. 109 e ss.

jurídico-constitucional e que omita um dever de proteção ou atitude de garantia deste bem determinado pela Constituição. Ou seja, muito embora a norma de direito fundamental de dimensão meramente objetiva não atribua direito subjetivo, ela pode ter uma judiciabilidade diferida, na medida em que as incompatibilidades legislativas com o seu preceito impliquem em inconstitucionalidades e na medida em que as omissões estatais signifiquem ofensa ao preceito constitucional.

A vinculabilidade permite a judiciabilidade, mas a ausência de direito subjetivo atribuído pela norma impede a postulação de um qualquer legitimado. São deveres que podem ser cobrados judicialmente, mas não através da afirmação de direitos subjetivos, que, no todo, são aqui inexistentes.

Reconhecer que do enunciado normativo do pré-citado artigo 225 da CF/88 advém uma norma de direito fundamental que não atribui direito fundamental, mas tão somente estabelece deveres tem a seu favor a redação do próprio artigo que, aparentemente, estabelece deveres, por intermédio da locução *impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*. Contribui para este entendimento também a estrutura vernacular do § 1º que é impositivo de uma gama de incumbências dispostas em VII incisos.

A uma primeira leitura do artigo é natural uma inclinação à tese de que a norma que surge deste enunciado tem carga meramente objetiva. Mas esta impressão é apenas aparente, e por três razões básicas, e uma razão de fundo.

A razão tida como pano de fundo diz com o fato de que uma resposta dogmática à questão se a norma advinda do artigo 225 da CF/88 estabelece ou não um direito subjetivo fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado não pode ser encontrada apenas no plano empírico da dogmática.⁶⁹

69 Questões normativas não podem ser resolvidas com base em dados meramente empíricos. Isto significa dizer que a normatividade do artigo 225 não deflui exclusivamente do enunciado normativo. cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 52

Isto porque a resposta envolve questões conceituais e pressupostos argumentativos que desbordam da dimensão meramente empírica. E tal se revela através das três razões demonstráveis, desde este pressuposto.

A primeira é que o âmbito léxico do enunciado normativo não tem o condão de definir atribuição ou não de um direito subjetivo por parte da norma que surge deste mesmo enunciado. O só fato de a norma fazer expressa alusão à imposição de um dever – e estabelecer em seu parágrafo e incisos vários deveres – não pode implicar no afastamento da possibilidade de se tratar de uma norma atributiva de direito fundamental. A segunda razão é que o próprio texto do enunciado faz referência a que *todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*, e que este bem a que todos tem direito é *bem de uso comum do povo*. Demais disso, a própria redação do § 1º que impõe deveres afirmar que tal o faz para *assegurar a efetividade desse direito*. A terceira razão é que a existência de um direito subjetivo atribuído por uma norma de direito fundamental não descarta a dimensão objetiva que é inerente a toda norma de direito fundamental. Portanto, é natural que uma norma que atribua direitos fundamentais também atribua deveres e obrigações correlatas ou autônomas, sem que com isso se desqualifique a possibilidade de se tratar de uma norma que atributiva de direitos subjetivos.⁷⁰

Desta forma, de uma simples leitura do artigo 225 não é possível perceber uma qualquer opção da Constituição pelo estabelecimento de uma norma de direito fundamental com ou sem atribuição de direito subjetivo fundamental ao ambiente.

70 Existem determinadas obrigações que são o outro lado da moeda do direito, e que se constituem no dever co-relato de um direito. Neste sentido, deveres fundamentais são as consequências advindas de um direito fundamental. No entanto, existem obrigações ditas fundamentais que não se constituem em obrigações co-relatas, mas sim em obrigações autônomas, e que se põem por normas jurídicas independentemente de estas normas atribuírem quaisquer direitos. Normas de direitos fundamentais de eficácia meramente objetiva são aquelas que estabelecem deveres fundamentais autônomos, cuja norma não atribui qualquer direito de natureza subjetiva ao cumprimento do dever imposto. Neste sentido, cf CANOTILHO, J.J.Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 6ª. especialmente p. 528 – 532.

A escolha entre uma dimensão meramente objetiva e objetiva/subjetiva não pode se dar a partir de critérios léxicos, como visto, e nem a partir da demonstração da intenção do constituinte originário, que seria outro critério empírico. Neste último caso, tal não se dá em razão da autonomia que adquire o texto constitucional e da sua independência em relação aos sujeitos redatores, e, mais que isso, em razão da impossibilidade de aquilatar a verdadeira intenção em voga à época da constituinte.⁷¹

O reconhecimento – *a priori* – da dimensão meramente objetiva da norma traz consigo consequências de toda ordem.

Em primeiro lugar não haveria titulares de direitos constitucionais ambientais a opô-los em face do Poder Público ou em face de particulares. A titularidade teria sustentáculo infraconstitucional com base nos direitos de vizinhança, de propriedade ou outros atribuíveis pela legislação. Isto implica na impossibilidade de uma demanda judicial proposta por um indivíduo ou coletividade com base exclusivamente no conteúdo vinculante da norma expressa pelo enunciado do artigo 225.

Em segundo lugar, os deveres de proteção, as atribuições e as garantias materiais apontados na Constituição, somente poderiam ser judicializáveis em virtude da declaração de inconstitucionalidade por omissões do Poder Público ou em decorrência de leis ou atos administrativos inconstitucionais em face da Constituição. Não seria possível uma ação de qualquer legitimado vez que não haveria direito subjetivo, e conseqüentemente não há que falar em legitimados.⁷²

71 A Constituição é um texto que dialoga com o tempo e com a pluralidade de sujeitos no universo hiper-complexo da sociedade. Por tal razão, é um texto aberto, onde o sentimento originário pouco conta, e o texto é apenas um dado a ser computado no amálgama de intenções constitutivas do sentido de constituição. Neste sentido, cf. BELLO FILHO, Ney. *Sistema Constitucional Aberto – Teoria do Conhecimento e da Interpretação do Espaço Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

72 A dimensão objetiva das normas de direitos fundamentais não retira a sua vinculatividade e nem a sua judiciabilidade. A norma continua a ser vinculante para os poderes públicos, para os particulares e para o julgador, e, mais que isso, continua podendo ver a suas ofensas sancionadas pelo judiciário. A diferença opera na forma como tais questões podem ser apreciadas pelo Judiciário, uma vez que não carregam qualquer direito subjetivo a uma decisão em seu bojo.

As demais decorrências da dimensão objetiva não são decorrências da dimensão exclusivamente objetiva, e, portanto, podem estar presentes se aceito o segundo sentido – dito forte – que reconhece do enunciado normativo do 225 uma atribuição de direito subjetivo⁷³.

O reconhecimento de um direito fundamental ao ambiente advindo do enunciado normativo constitucional constrói-se sobre todos os pressupostos da dimensão meramente objetiva, uma vez que a dimensão subjetiva assume todas as postulados, acrescentando, demais disto, a subjetividade necessária à configuração do conceito de direito subjetivo.

Na impossibilidade de se estabelecer critério empiricamente firme para concluir se uma norma de direito fundamental estabelece ou não um direito fundamental, leva à necessidade de se estabelecer uma presunção de subjetividade de toda norma de direito fundamental.

O *roteiro de viagem* de uma norma de direito fundamental é proteger um bem jurídico de valor fundamental fazendo-o da forma mais eficaz possível⁷⁴. A eficácia da utilização de um direito subjetivo – sem abrir mão da eficácia da dimensão objetiva – configura-se de maior relevo, dentre outras questões porque – no mínimo – se trata de uma operação de adição, e não se subtração.

A resposta à pergunta se uma determinada norma de direito fundamental deve ser concebida somente em sua dimensão objetiva ou em sua dimensão obje-

73 Dentre todas as consequências da compreensão da norma em sua eficácia objetiva coloca-se com mais ênfase aquela que caracteriza o Estado Constitucional Ecológico (Canotilho), Estado de Ambiente (Kloepfer), Estado de Direito Ambiental (Morato Leite), que é a atribuição de deveres e obrigações de proteger o ambiente. A dimensão objetiva da norma de direitos fundamentais aponta para uma tábua de deveres e obrigações estatais que implicam na especial compreensão de uma função contemporânea do Estado que não é mais o Estado liberal ou o Estado social, mas sim, um Estado pós-moderno.

74 Da mesma maneira que a “interpretação mais amiga do ambiente” (Canotilho) presuppõe um ordenamento jurídico onde o princípio da preservação ambiental seja tomado como um dos fundamentos, a dimensão objetiva da norma de direito fundamental ambiental aponta para uma concepção de Estado fundado na obrigação de preservar o ambiente para esta geração, e para as futuras. Não apenas em razão da existência de uma dimensão subjetiva para as normas de direito fundamental cabem obrigações do Estado, mas também em razão da imposição de obrigações autônomas derivadas da própria norma de direito fundamental expressa pelo enunciado normativo do artigo 225.

tiva e subjetiva deve ser encontrada não na busca de atributos indicativos de tal escolha por intermédio da Constituição, mas, inversamente, no encontro de justificativas fortes para que não se tenha, no caso, um direito subjetivo.

A presunção trabalha a favor do reconhecimento da existência de um direito subjetivo a proteger todo bem jurídico fundamental, exceto quando, por alguma justificativa forte, tal subjetividade não puder se demonstrar.

Portanto, o que se faz mister é, partindo-se da presunção de que a norma de direito fundamental atribui um direito subjetivo, tentar encontrar justificativas para a comprovação de que tal não se dá. Não havendo direito subjetivo, tal norma de direito fundamental permanece em sua eficácia contida ao âmbito de sua dimensão objetiva.

Esta presunção admite prova em contrário, mas a resposta não pode ser encontrada no âmbito do texto, ou em qualquer ponto da dimensão empírica da dogmática. Tratando-se de uma questão de natureza analítica e normativa, a resposta será válida para o interior do ordenamento jurídico, e a compreensão de se a norma citada – ou qualquer outra norma constitucional de direito fundamental confere um direito subjetivo somente pode ser alcançada através da utilização de argumentos racionais e testes de compatibilidade entre os conceitos analíticos e a hipótese testada. Os argumentos empíricos – como a constatação do enunciado normativo, da aplicabilidade histórica de uma tal atribuição e a intenção do legislador – não jogam papéis decisivos em tal questão.

Uma argumentação jusfundamental racional pode definir que determinado enunciado normativo fundamental estabelece um direito fundamental ao ambiente se esta argumentação se legitima no âmbito do discurso jurídico e no interior da dogmática. Uma norma de direito fundamental atribui um direito subjetivo fundamental se tal é o resultado de uma argumentação jurí-

dico-fundamental. É na dimensão normativa da dogmática que esta argumentação racional se afirma.⁷⁵

Vários argumentos podem ser articulados para um embate argumentativo visando desconstituir a presunção de subjetividade de um direito. Dentre eles nomeadamente os que dão conta da amplitude exagerada – ou falta de definição – de um direito de tal natureza, e insaciabilidade de um direito ao ambiente sobre conquistas modernas como a liberdade e a propriedade. Se for possível uma argumentação jus-fundamental que argumente em favor da presunção de subjetividade de um direito ao ambiente, então é o caso.

Desde a dimensão analítica duas questões se põem para a adequação da norma posta pelo artigo 225 da CF/88 dentre o rol das atributivas de direitos subjetivos fundamentais: é possível um direito subjetivo público – exercitado *prima facie* contra o Estado e talvez particulares – que tenha como titular pessoas indeterminadas? E mais ainda: encarta-se no conceito de direito subjetivo público um direito cujo titular seja alguém que, além de indeterminado, ainda não nasceu e nem sequer se sabe se virá a existir?⁷⁶

A resposta positiva a tais questões termina por justificar a existência de um direito subjetivo fundamental ambiental, e mantêm a presunção de que a Constituição expressa em seu texto uma autêntica norma atributiva de direitos fundamentais.

Em uma primeira aproximação do problema não se vislumbra intransponíveis dificuldades no reconhecimento de titularidade de direitos subjetivos para pessoas indeterminadas. A determinabilidade parece ser requisito essencial, e o fundamental é que, em um primeiro momento, seja o direito atribuído a todos univer-

75 Todo o embate histórico e racional. A velha luta de Kant vs. Hegel tem na dimensão normativa da dogmática tridimensional o seu terreno privilegiado. Para que um direito fundamental, ou antes ainda, uma norma de direito fundamental seja reconhecida como tal, faz-se necessário uma argumentação jurídica que lho afirme. É neste ponto que a dogmática enquanto sistema jurídico abre-se alopoieticamente a outros sistemas sociais para então estabelecer pontes que rompam o seu isolacionismo.

76 Sobre a possibilidade de direitos para uma geração futura, nomeadamente no que diz respeito ao direito à identidade genética, cf LOUREIRO, João Carlos Gonçalves. *O Direito à Identidade Genética do Ser Humano*. in Portugal-Brasil Ano 2000. Lisboa: Coimbra editora, pp. 263-381, especialmente pp271-277.

salmente, e, em um segundo momento, no da concretização do comando normativo, atribuído àqueles que possam ser determinados de acordo com as categorias processuais que fazem de tais indivíduos legítimos para o manuseio de um direito subjetivo em ação judicial.

Embora sejam indeterminados os titulares do direito, a ampla cobertura faz de todos titulares, e as regras da legitimação processual permite a veiculação de tal direito a partir de uma determinação tomada desde a observação da relação causa e efeito. A determinabilidade, compreendida como possibilidade de determinação dos legitimados, é que é o ponto exigível.

A subjetividade aqui referida não é diferente daquela referida ao direito infraconstitucional e as normas do sistema jurídico atribuem a este mesmo círculo subjetivo outros direitos cujo reconhecimento pelos Tribunais têm se dado diariamente. Tampouco as questões referentes à legitimidade processual ficaram alijadas de uma solução racional, uma vez que as normas da ACP (Ação Civil Pública) e do CDC (Código de Defesa do Consumidor) vieram para disciplinar exatamente esta difusão de direitos que tem reflexos no plano do processo.

Por outro lado, o fato de as futuras gerações também serem titulares de um direito também não joga contra o reconhecimento da dimensão subjetiva da norma posta pelo enunciado constitucional.

Se é certo que esta indeterminada categoria não pode ser a contento determinável, também é certo que se em relação a ela se estabelecer apenas a dimensão objetiva – por se estar a falar de interesse juridicamente protegido⁷⁷ e não de direitos – isto não invalida a subjetividade latente no texto.

Sendo certo que, na melhor das hipóteses, se está a falar de expectativa de direitos – não porque o direito não se configurou ainda, mas porque o sujeito ainda não se configurou – também é certo que em relação aos sujeitos determináveis a atribuição de um direito subjetivo é latente.

77 Neste sentido, defendendo a existência de verdadeiros deveres constitucionais, mas não direitos, cf LOUREIRO, João Carlos Gonçalves. *O Direito à Identidade Genética do Ser Humano*. in Portugal-Brasil Ano 2000. Lisboa: Coimbra editora, p. 273 e 276.

A dimensão analítica da dogmática responde afirmativamente apenas uma das duas questões postas: em se tratando de titulares no momento presente a norma advinda do enunciado normativo constitucional atribui um direito fundamental subjetivo aos titulares indeterminados, carecendo de determinação no momento da judicialização deste direito. E em relação aos sujeitos não nascidos – as futuras gerações – a norma está tratando apenas de interesses juridicamente protegidos, e, portanto, não de direitos subjetivos.

Resta saber, então, qual o conceito e a estrutura deste direito subjetivo fundamental ao ambiente estabelecido pelo enunciado normativo do artigo 225 da CF/88 que expressa uma norma de direito fundamental com dimensões objetivas e subjetivas.

REFERÊNCIAS

- ABRANTES, José João Nunes. **A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito, 1990.
- ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar, p. 67-79.
- _____. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, v. 66, n. 22, p. 13-64, 2002.
- _____. **Teoría de la argumentación jurídica**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- _____. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995.
- _____. **Teoría de los derechos fundamentales**, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- _____. **Teoria dell' argomentazione giuridica**. Milano: Dott. A. Giufferré Editore, 1998.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- _____. **Direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- ATIENZA, Manuel. **Introducción al derecho**. Barcelona: Barcanova, 1991.

AYALA, Patryck de Araújo. A proteção jurídica das futuras gerações na sociedade do risco global: o direito ao futuro na ordem constitucional brasileira. In: FERREIRA, Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morato. **O estado de direito ambiental: tendências**. São Paulo: Forense Universitária, 2004.

BACHELARD, Gaston. **A formação do espírito científico**: contribuição para uma psicanálise do conhecimento. 3. reimp. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia dos princípios constitucionais**: o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Suzana Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. A proteção do meio ambiente na constituição brasileira. **Arquivos do Ministério da Justiça**, Brasília: Imprensa Nacional, n. 45, p. 47-80, 1992.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. **A tutela dos interesses difusos no direito constitucional brasileiro**. Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 23-29, 1981.

BELLO FILHO, Ney de Barros. **Sistema constitucional aberto**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BENDA, Ernest. Dignidad humana y derechos de la personalidad. In: HESSE, Konrad. **Manual de derecho constitucional**. Madrid: Marcial Pons, 1996.

BÖCKENFÖRD, Ernest-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Baden-Baden: Nomos, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed, São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Do estado liberal ao estado social**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2003.

CABO, Antônio; PISARELLO, Geraldo. Ferrajoli y el debate sobre los derechos fundamentales. In: FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001.

CAMPO, Javier Jiménez. **Derechos fundamentales**: concepto y garantías. Valladolid: ed. Trotta, 1999.

CANARIS, Claus-Wilhelm Canaris. **Direitos fundamentais e direito privado**. Lisboa: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. Lisboa: Coimbra, 1984. v. 1.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? a eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. In: **Estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2003

_____. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? a eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. In: **Estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Lisboa: Coimbra ed., 2001.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

_____. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. In: **Estudos em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Ed, 2004.

_____. **Proteção do ambiente e direito de propriedade**: crítica de jurisprudência ambiental. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 83.

_____. Rever ou romper com a constituição dirigente? defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo: RT, n. 15, p. 7-17, 1996.

_____. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COSTA, José Manoel M. Cardoso. O princípio da dignidade da pessoa humana na constituição e na jurisprudência constitucional portuguesas. In: **Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. São Paulo: Dialética, 2001.

CRISAFULLI, Vezio. **La costituzione e le sue disposizione di principio**. Milão: Laterza, 1952.

DELGADO, José Luís. Interesses difusos e coletivos: evolução conceitual - doutrina e jurisprudência do STF. **Revista Jurídica**, São Paulo: RT, n. 260, 1999.

DELPÉRÉE, Francis. O direito à dignidade humana. In: **Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. São Paulo: Dialética, 2001.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

ENTERRIA, Eduardo García de. **La constitucion como norma y el tribunal constitucional**. Madrid: Civitas, 1985.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FERRAJOLI, Luigi et al. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madri: Editorail Trotta, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. fundamentales. Madrid: Trotta, 2001.

Derechos fundamentales. In: _____. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito ambiental e legislação aplicável**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.

GAVIÃO FILHO, Anísio Pires. **Direito fundamental ao ambiente**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Os direitos fundamentais à proteção dos dados pessoais informatizados**. Lisboa: ROA, n. 3, 1991.

GUASTINI, Riccardo. Três problemas para Luigi Ferrajoli. In: FERRAJOLI et al. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madri: Editorail Trotta, 2001.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição. Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2007.

_____. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Madrid: Dykinson-Constitucional, 2003.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na sociedade do risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

LOUREIRO, João Carlos Gonçalves. O direito à identidade genética do ser humano. In: **Portugal-Brasil ano 2000**. Lisboa: Coimbra Ed., 2007.

LUHMANN, Niklas. **Sistema jurídico y dogmática jurídica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

_____. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: UNB, 1980.

_____. **Sociología del riesgo**. Cidade do México: Triana Editores, 1998.

- LYOTARD, Jean-François. **The post-modern condition**. Minneapolis, EUA: University of Minnesota Press, 1985.
- MACHADO, João Baptista. **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**. Coimbra: Almedina, 1990.
- _____. **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**. Coimbra: Almedina, 1983.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. **Direito ambiental brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 5. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 68.
- MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **Ciência do direito: conceito, objeto e método**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- MATÍNEZ, Gregório Peces-Barba. **Curso de derechos fundamentales: teoría general**. Madrid: Universidade Carlos III, Boletín Oficial del Estado, 1999.
- MCCHESNEY, R. W. In: CHOMSKY, Noam. **Neoliberalismo**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social**. Revista de Direito Público, São Paulo: RT, n. 57-58, p. 233-256.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 120.
- MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. São Paulo: RT, 2000. _____. **Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário**. 4. ed. São
- MIRRA, Álvaro Luiz Valerry. **L' action civile publique du droit brésilien et la reparation dudommage causé à l'evironnement**. Estrasburgo, França. Dissertação de Mestrado apresentada junto à Faculdade de Direito de Estrasburgo, 1997.
- _____. Princípios fundamentais do direito ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo: RT, n. 2, p. 65.
- NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto. (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- PEREZ LUÑO, Atônio-Henrique. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 1995.

PÉREZ, Jesús González. **La dignidad de la persona**. Madrid: Civitas, 1986. PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas**, São Paulo: Max Limonad, 1999.

PINTO, Paulo Cardoso Correia Mota. A proteção da vida privada e a constituição. **Boletim da Faculdade de Direito**, v. Comemorativo, p. 153-204, 2003.

_____. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: **Portugal-Brasil ano 2000**. Lisboa: Coimbra Ed. 200?

PORTANOVA, Rogério. Direitos humanos e meio ambiente: uma revolução de paradigma para o século XXI. In: BELLO FILHO, Ney de Barros; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito ambiental contemporâneo**. São Paulo: Manole, 2004.

_____. Direitos humanos e meio ambiente: uma revolução de paradigma para o século XXI. In: BELLO FILHO, Ney de Barros; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito ambiental contemporâneo**. São Paulo: Manole, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. Valor de alçada e limitação do acesso ao duplo grau de jurisdição. Problematização em nível constitucional à luz de um conceito material de direitos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 131, p. 5-30, 1996.

_____. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo (Org.) **A Constituição concretizada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

_____. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Direito ambiental constitucional**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Direito ambiental constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TRINDADE, Augusto Cançado. **Direitos humanos e meio-ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1993.

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 304.

_____. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

A REGULAMENTAÇÃO DE SERVIÇOS ALTERNATIVOS DE TRANSPORTE INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS NO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE⁷⁸

THE REGULATION OF ALTERNATIVE SERVICES
FOR SINGLE PASSENGER TRANSPORTATION
IN THE CITY OF PORTO ALEGRE

Carlos Eduardo da Silveira⁷⁹

Resumo: O presente artigo tem por objeto analisar a natureza jurídica do serviço de transporte disponibilizado através da plataforma tecnológica do UBER. Defensores do sistema, aduzem que o serviço oferecido não se confunde com o serviço regular de táxi, possuindo autorização constitucional para sua prestação, em razão da livre iniciativa e da livre concorrência. Por outro lado, há forte resistência, especialmente dos profissionais taxistas, quanto à sua implantação no município, por afronta à legislação municipal que regula o transporte individual de passageiros. Em pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, constatou-se que existem distinções entre o sistema convencional de táxi e o serviço privado de transporte de passageiro oferecido pelo UBER. No entanto, ainda que abrigado pelo princípio da livre iniciativa, em razão do serviço prestado possuir interesse público, sujeita-se a algumas condições impostas pela Administração Municipal para o exercício da atividade, por força do poder de polícia administrativo. Nesse con-

78 Artigo convidado devido a atualidade do tema.

79 Procurador Municipal, Especialista em Gestão Pública pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), Porto Alegre/RS.

texto, propõe-se sugestões de alteração legislativa para regulamentar o serviço, viabilizando, em curto espaço de tempo, uma nova alternativa de transporte aos municípios.

Palavras-chave: Sistema de Transporte Individual de Passageiros. Táxi. UBER. Sistema de Transporte Privado. Regulamentação. Poder de Polícia Administrativo.

Abstract: *This article aims to analyze the legal nature of the transportation system provided by the UBER technology platform. Defenders of that system claim the services offered do not relate to the regular taxi commercial services, warranting the constitutional rights for its provision, given the free enterprise and the free competition principles. On the other hand, there is strong resistance, especially from professional taxi drivers, as to its implementation in the city, by affront to municipal legislation regulating individual passenger transportation. In recent bibliographic and case law research it was found that there are distinctions between the conventional taxi system and the private passenger transportation services offered by UBER. However, although sheltered by the principle of free enterprise, since the service provided has public interest, it is subject to certain conditions and regulations to the exercise of this type of activity imposed by the City Hall by its administrative police power. In this context, legislation changes to regulate this service are suggested, enabling a new alternative of public transportation in a short period of time.*

Keywords: *Passenger Single Transportation System. Cab. Taxi. UBER. Private Transport System. Regulation. Administrative Police Power.*

INTRODUÇÃO

As constantes inovações trazidas por plataformas eletrônicas (em especial, aplicativos para *smartphones*) vêm contribuindo para significativas melhorias na Administração Pública, notadamente na ges-

tão de informações e no atendimento, em tempo real, às demandas da sociedade. Entretanto, nos últimos meses, ganhou destaque nas discussões públicas o lançamento no Brasil do aplicativo UBER que, sob o argumento de apenas intermediar relações privadas entre motoristas autônomos e passageiros (consumidores), disponibiliza transporte individual de passageiros em suposto regime de concorrência com os sistemas regulamentados de táxis de diversos municípios do país.

O acirramento dos debates públicos, ao revés de estar relacionado à legalidade da prestação de um serviço dessa natureza, está atrelado à disponibilização de um serviço de maior qualidade aos cidadãos (pelo menos em um primeiro momento) se comparado aos sistemas de táxi de todo o país.

Nesse sentido, propõe-se no presente estudo analisar a natureza jurídica do serviço oferecido pelo UBER e do sistema regular de transporte individual de passageiros (táxi), bem como qual o enquadramento da atividade no ordenamento jurídico, a luz da Constituição Federal, da legislação federal (Código de Trânsito Brasileiro, Lei n. 12.587/12, Lei n. 12.468/11) da Lei Orgânica do Município de Porto Alegre e das Leis Municipais n. 8133/98 e 11.582/14.

Outrossim, pretende-se examinar e propor alternativas para a regulamentação de serviços alternativos de transporte individual de passageiros no Município de Porto Alegre, compatibilizando-o a legislação municipal acerca da matéria.

1 DA NATUREZA JURÍDICA DOS SERVIÇOS DISPONIBILIZADOS PELO UBER

Em novembro de 2015, entrou em operação em Porto Alegre o aplicativo UBER que, segundo consta em seu sítio eletrônico⁸⁰, dispõe-se a conectar passageiros e motoristas diretamente, aumentando a acessibilidade dentro das cidades, gerando novas possibilidades para os passageiros e novos negócios para os motoristas.

80 <https://www.uber.com/about>

Existem no Município de Porto Alegre cerca de 09 plataformas⁸¹ eletrônicas que disponibilizam através de *smartphones* o acesso ao transporte individual de passageiros existente no Município (delegados através de permissões públicas), oportunizando diversas facilidades aos usuários, tais como o pagamento por cartão de crédito, a verificação da localização do taxista, o acesso ao nome do condutor e permitindo que o usuário pontue o serviço prestado. Trata-se de aplicativos que não têm a finalidade de prestar o serviço de transporte, mas que, ao se valerem do serviço autorizado no município, agilizam a conexão do usuário com os prestadores do serviço (taxistas).

Evidentemente, tais novidades tecnológicas são de suma importância para a qualificação de serviços disponibilizados aos munícipes e não há dúvida que a Administração Municipal possui total interesse e apoia iniciativas dessa natureza.

No entanto, diferenciando-se das demais plataformas eletrônicas disponibilizadas e que vêm servindo para qualificar o sistema de táxi existente no município, foi lançado o aplicativo UBER, que não se utiliza do sistema de táxi e cria uma forma alternativa de transporte, que não possui qualquer autorização e/ou regulamentação da Administração Municipal.

Trata-se de uma empresa privada que busca no mercado motoristas para a prestação do serviço por ela oferecido, mediante o cumprimento de suas condições e do pagamento de um percentual sobre o valor total arrecadado com o transporte, ou seja, é a própria empresa que organiza o sistema de transporte, impondo condições quanto à idade média e o tipo do veículo, à forma como o condutor deve se portar e se vestir etc.

Segundo os defensores do aplicativo, o serviço oferecido apenas aproxima a oferta da procura, viabilizando que motoristas autônomos prestem um serviço de natureza privada, com fundamento nos princípios constitucionais da livre concorrência e da livre iniciativa, sob o suposto amparo no parágrafo único do art. 170 da

81 Dentre os aplicativos mais conhecidos estão o “Easy Taxi” e “99Taxis”.

Constituição Federal e no artigo 4º, X, da Lei Federal n. 12.587, de 03 de janeiro de 2012.

Dispõe o art. 170, parágrafo único, da Constituição Federal:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

De fato, a Constituição Federal assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, entretanto a própria carta constitucional ressalva a possibilidade de restrição de tal atividade ao dispor “salvo nos casos previstos em lei”.

É evidente que o dispositivo constitucional invocado não pode ser lido de forma isolada, devendo ser compreendido com as demais previsões constitucionais, as quais impõem delimitações à liberdade individual em prol da coletividade, tais como a função social da propriedade, a redução da desigualdade, a garantia de emprego, a proteção ao meio ambiente, a saúde pública, a segurança pública.

Nesse contexto, havendo previsão legal, é perfeitamente possível que o Estado exija prévia autorização para o exercício de determinadas atividades privadas que possuam interesse público, estabelecendo prévias condições para a sua prestação.

A autorização a que se faz alusão não se trata de uma “autorização de serviço público”, mas de um ato administrativo relacionado ao exercício do poder de polícia administrativo.

A controvérsia acerca do enquadramento do serviço prestado pelo UBER como transporte individual de passageiros, a toda evidência, decorre da sua atuação abrupta e desprovida de autorização em diversos municípios brasileiros, mormente em face da ausência de previsão legislativa acerca da matéria.

Contudo, muito embora o serviço prestado possua alguns elementos que poderiam confundi-lo com o serviço de transporte individual de passageiros (táxi), há clara distinção com tal categoria de transporte.

O serviço de transporte individual de passageiros é reconhecido em diversos municípios como um serviço público, sobre o qual a Administração Municipal impõe uma série de condições, tais como o uso de taxímetro, o prévio treinamento dos condutores, a adequada identificação do veículo, o estabelecimento dos pontos de estacionamento fixo, e a tarifa do serviço.

Até pouco tempo atrás seria relativamente simples diferenciar esse serviço daquele oferecido atualmente pelo UBER, já que o contato dos passageiros com os condutores se dava ou presencialmente (através da simples sinalização com o braço nas ruas da cidade e do acesso pelos pontos de estacionamento) ou através de telefonema para a central de rádio. No entanto, com o ingresso de diversos aplicativos tecnológicos que implementaram facilidades no meio de contratação entre o usuário e o condutor, a distinção entre o sistema de táxi e o UBER passou a ficar mais tênue, mas ainda assim persiste.

Ocorre que a contratação de um serviço de táxi, no município de Porto Alegre, se dá exclusivamente entre o usuário (passageiro) e o próprio condutor (taxista), uma pessoa física, não envolvendo qualquer empresa intermediária ou prestadora de serviço. Os serviços oferecidos pelos aplicativos “Easy Taxi” e “99Taxis”, por exemplo, restringem-se a uma relação entre o taxista e a empresa, não sendo custeado pelo usuário do sistema. Tal fato é de simples constatação ao verificarmos que a contratação de tal serviço é uma faculdade do permissionário de táxi, que poderia exercer a sua atividade livremente sem a utilização de um aplicativo, já

que possui um ponto fixo de táxi e pode recolher passageiros pelas ruas, mas que assim o faz por sua livre iniciativa, com o intuito de aumentar o seu lucro e diminuir a ociosidade de seu veículo.

Aliás, é importante registrar que as permissões de táxi não envolvem uma simples “autorização” para a prestação do serviço, mas também a concessão de um alvará de tráfego, uma licença de estacionamento e a emissão de uma Identidade de Condutor de Transporte Público – Táxi, e justamente por essa razão reclamam uma atuação mais efetiva do Poder Público. A exemplo disso, se não houvesse a regulação do serviço pelo Município, os profissionais de táxi poderiam livremente alterar o preço do quilômetro rodado de acordo com a sazonalidade, o tempo (ensolarado ou chuvoso), o horário, entre outros. Ademais, ao distribuir os pontos de estacionamento fixo em diversas regiões da cidade, o Poder Público acaba por tornar o serviço acessível a todos os munícipes.

Por outro lado, no que tange ao serviço oferecido pelo UBER, ainda que não exista legislação municipal específica regulamentando a matéria, é possível enquadrá-lo, com as devidas adaptações legislativas, na categoria de transporte fretado, por veículos de aluguel, existente no Município, conforme se verá adiante. As principais características que permitem tal enquadramento são: contratação envolvendo passageiro e uma empresa prestadora do serviço (pessoa jurídica, UBER); disponibilidade do serviço de transporte somente através de solicitação do passageiro via aplicativo ou internet, não podendo se utilizar dos pontos de táxi ou mesmo aliciar passageiros nas ruas; valor do serviço ou do quilômetro rodado previamente acordado entre o consumidor (passageiro) e a empresa prestadora do serviço (no caso, UBER).

Veja-se que, diferentemente do serviço de transporte individual de passageiros, a relação contratual se dá exclusivamente entre o usuário e a pessoa jurídica, incumbindo a esta a estipulação do preço de seu serviço e do pessoal que prestará a atividade, seja ele contratado com vínculo de emprego ou remunerado pela

prestação de um serviço eventual. Qualquer defeito na prestação do serviço dessa espécie de transporte deve ser de responsabilidade da empresa, estando o usuário abrigado pelo Código de Defesa do Consumidor. Sendo assim, é evidente que a empresa fará todo o esforço para que o serviço por ela oferecido tenha qualidade e que seu preço tenha atratividade.

A incumbência do Poder Público neste caso está relacionada ao exercício de seu poder de polícia administrativa.

O poder de polícia administrativa em comento revela-se na prerrogativa que tem a Administração Pública de limitar ou restringir o uso e o gozo de bens, o exercício de direitos individuais ou coletivos. Entretanto, tal restrição não se traduz em uma arbitrariedade, posto se tratar de uma possibilidade limitativa que a Administração Pública possui em decorrência do interesse público. Sendo assim, configurar-se-á o poder de polícia nas hipóteses em que presentes de um lado uma limitação ou restrição a um direito e, de outro, o interesse coletivo que justifica essa limitação ou restrição.

Não há dúvida que a oferta de um serviço de transporte, ainda que se trate de uma atividade eminentemente privada, detém interesse público, incumbindo à Administração o estabelecimento de condições para a sua prestação, de modo a assegurar a qualidade no serviço oferecido e a permitir a efetiva fiscalização quanto ao cumprimento da legislação, do pagamento de tributos, entre outros.

Aliás, o conceito de poder de polícia administrativo vem esculpido no Código Tributário Nacional, que dispõe em seu artigo 78, *verbis*:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exer-

cício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. (Redação dada pelo Ato Complementar nº 31, de 1966)

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

Trata-se, portanto, de uma atividade na qual a Administração Municipal tem o desiderato de evitar que o interesse público seja lesado.

2 DO ENQUADRAMENTO DA ATIVIDADE PRESTADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Os defensores do UBER têm razão ao aduzir que o serviço por ele oferecido tem assento constitucional na livre iniciativa e livre concorrência. Contudo, conforme dispõe o próprio artigo 170 da Constituição Federal (utilizado como fundamento pelos defensores para sustentar a legalidade do serviço sem a devida regulamentação), nos casos previstos em lei, é possível condicionar o exercício de tal direito à prévia autorização dos órgãos públicos, desde que presente o interesse público.

É justamente por essa razão que os arts. 107 e 135 do Código de Trânsito Brasileiro preveem que os veículos de aluguel, destinados ao transporte individual, além de atender às suas disposições, devem se submeter às condições técnicas e aos requisitos de segurança, higiene e conforto estabelecidos pelo poder competente para autorizar a exploração de tal atividade, *verbis*:

Art. 107. Os veículos de aluguel, destinados ao transporte individual ou coletivo de passageiros, deverão satisfazer, além das exigências previstas neste Código, às condições técnicas e aos requisitos de segurança, higiene e conforto estabelecidos pelo poder competente para autorizar, permitir ou conceder a exploração dessa atividade.

Art. 135. Os veículos de aluguel, destinados ao transporte individual ou coletivo de passageiros de linhas regulares ou empregados em qualquer serviço remunerado, para registro, licenciamento e respectivo emplacamento de característica comercial, deverão estar devidamente autorizados pelo poder público concedente.

A lei que instituiu a Política Nacional de Mobilidade Urbana (Lei Federal n. 12.587, de 03 de janeiro de 2012) conquanto defina a atividade prestada pelo UBER como transporte motorizado privado, nos termos do seu art. 4º, X, estabelece que incumbe aos Municípios planejar, executar e avaliar a política de mobilidade urbana, bem como promover a regulamentação dos serviços de transporte urbano.

Essa é a conclusão que se extrai da leitura conjunta dos artigos 4º, incisos I, II, VIII e X, 18 e 22, incisos I e VII, da Lei Federal n. 12.587/2012, *verbis*:

Art. 4º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - transporte urbano: conjunto dos modos e serviços de transporte público e privado utilizados para o deslocamento de pessoas e cargas nas cidades integrantes da Política Nacional de Mobilidade Urbana;

II - mobilidade urbana: condição em que se realizam os deslocamentos de pessoas e cargas no espaço urbano;

[...]

VIII - transporte público individual: serviço remunerado de transporte de passageiros aberto ao público, por intermédio de veículos de aluguel, para a realização de viagens individualizadas;

[...]

X - transporte motorizado privado: meio motorizado de transporte de passageiros utilizado para a realização de viagens individualizadas por intermédio de veículos particulares;

Art. 18. São atribuições dos Municípios:

I - planejar, executar e avaliar a política de mobilidade urbana, bem como promover a regulamentação dos serviços de transporte urbano;

[...]

Art. 22. Consideram-se atribuições mínimas dos órgãos gestores dos entes federativos incumbidos respectivamente do planejamento e gestão do sistema de mobilidade urbana:

I - planejar e coordenar os diferentes modos e serviços, observados os princípios e diretrizes desta Lei;

[...]

VII - combater o transporte ilegal de passageiros.

A lei federal trata como transporte urbano tanto o serviço de transporte público quanto o privado, utilizados para o deslocamento de pessoas no espaço urbano. Sendo assim, a lei federal destina a política nacional de mobilidade urbana para o conjunto de serviços de transporte, objetivando a integração dos diferentes modais e a melhoria da acessibilidade e mobilidade das pessoas, conforme dispõe o seu art. 1º.

Por tais razões, a Lei Federal n. 12.587/2012 contempla o serviço de transporte motorizado eminentemente privado, que não se confunde com o sistema de transporte público individual (táxis), conforme abordado no tópico anterior deste trabalho, prevendo a atribuição do Poder Público Municipal de planejar, coordenar e regulamentar tais atividades, sem que isso represente qualquer afronta ao ordenamento constitucional.

Em se tratando de uma atividade privada, o serviço disponibilizado pelo UBER submete-se, outrossim, ao Código Civil Brasileiro, que estabelece as suas responsabilidades contratuais, nos artigos 730 e seguintes. Assim, a atividade privada de transporte, além de se subordinar à regulamentação (condições) dada pela Administração Municipal, é regida pelas disposições do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor.

E não se diga que a regulamentação do serviço de transporte privado, atrelada ao exercício do poder de polícia administrativa, afrontaria competência privativa da União para legislar sobre trânsito e transporte (art. 22, XI, CF), como defendem alguns. Isso porque a regulamentação do serviço de transporte fretado, na categoria de veículos de aluguel (transporte privado), está atrelado ao exercício do poder de polícia administrativo, de interesse local e que assegura maior efetividade à fiscalização municipal quanto ao cumprimento das normas federais acerca da matéria, em especial quanto à qualidade e segurança do serviço.

Corroborando esse entendimento, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao apreciar ação direta de inconstitucionalidade n. 70030013742, proposta pelo Procurador-Geral de Justiça em face do art. 21 da Lei do Município de Porto Alegre n. 8.133/98, que dispõe justamente sobre o serviço de transporte de passageiros escolar e fretado, entendeu pela pertinência e constitucionalidade da prévia submissão dos interessados ao cumprimento de condições impostas pela Administração Municipal para a concessão de autorização, a exceção do estabelecimento de itinerário e da forma de composição do preço, conforme ementa que ora se reproduz:

CONSTITUCIONAL. MUNICÍPIOS E TRANSPORTE ESCOLAR. ART. 30, V, CF/88. SERVIÇOS PÚBLICOS E AUTORIZAÇÃO. CONCEITOS. PODER DE POLÍCIA E LIMITAÇÕES. ART. 139, CÓDIGO BRASILEIRO DE TRÂNSITO. ART. 21, LEI DO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE Nº 8.133/98. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL. INTERPRETAÇÃO CONFORME, COM REDUÇÃO DE TEXTO. PRECEDENTES DO ÓRGÃO ESPECIAL. Aos Municípios o art. 30, V, CF/88, destinou o exercício do transporte coletivo em seu âmbito territorial, possibilitando delegação mediante concessão e permissão, como se dá quanto ao serviço público propriamente dito. **Tratando-se de transporte escolar, não se está diante de serviço público senso estrito, intervindo o Poder Municipal apenas através do seu poder de polícia, para resguardar a qualidade, regularidade e segurança e evitar desvios. Daí a autoridade municipal autorizar tal atividade privada, regida pelo Direito Civil, inconfundível tal modalidade de autorização com aquela prevista na Constituição Federal quanto a determinados serviços federais (art. 21, XI e XII, e art. 223). Poder de Polícia este jungido a sua razão de ser, descabido extrapolar dos seus limites e invadir áreas a cujo respeito não se justifica, tal qual definição de itinerários e preço do serviço, a cujo respeito evidente a relação de consumo, existentes órgãos próprios de controle.** Ação acolhida, em parte, para expungir do art. 21 da Lei Municipal nº 8.133/98 a parte relativa ao excesso regulatório e, quanto ao mais, conferir a ele interpretação conforme. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. (Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70030013742, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Genaro José Baroni Borges, Julgado em 22/11/2010) (Grifou-se).

Para melhor compreensão do entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, colacionam-se excertos do voto do Desembargador Arminio José Abreu Lima da Rosa, que conduziu à procedência parcial da ação no referido julgado, *verbis*:

Não há nenhuma dúvida de que esse transporte há de passar por autorização e fiscalização do Poder Público, até para evitar aquelas situações referidas da tribuna.

A Lei Municipal nº 8.133, ao disciplinar as espécies de transporte público no seu art. 14, diz o seguinte: “Os serviços de transporte público de passageiros classificam-se em: I - coletivos; II – seletivos; III – individuais; IV – especiais”.

Vamos ficar no transporte público especial, que é o que nos interessa aqui. O § 3º do art. 14 diz o seguinte: “O serviço de transporte especial é subdividido em escolar e fretado”.

De sorte que, independentemente do art. 21, nós temos previsão na lei municipal da submissão desse transporte ao controle da Administração municipal. E tem que ser assim, isso é evidente.

O problema está no art. 21, que diz o seguinte na sua primeira parte, e daí a minha divergência parcial: “O Poder Público municipal autorizará o serviço de transporte de passageiros escolar e fretado nos termos do regulamento próprio,” – até aí não há nenhuma dúvida – “o qual definirá a forma de composição do preço a ser pago pelo usuário”.

Trago um precedente de que fui Relator, que deu pela inconstitucionalidade parcial, com redução de texto, de dispositivo similar na lei de Guaíba, ou seja, no que diz com o Poder Público ter ingerência na composição do preço – é a segunda parte do art. 21 – e no itinerário.

Ora, os Colegas que têm experiência como pais e mães sabem como é feito o transporte es-

colar. **Seria uma grave ingerência do Poder Público estabelecer um controle do preço. É um transporte especial, como diz a lei municipal. O mesmo acontece em relação ao roteiro. Usualmente, esses veículos são autorizados pelo Poder Público municipal e são identificados. Os interessados procuram os responsáveis e acertam, em função do interesse individual, do melhor roteiro, do atendimento às crianças, daquele que atende as famílias de determinado bairro ou localidade, do preço, da qualidade do veículo, da confiança em relação ao motorista. Tudo é em função de algo muito particular.**

Tenho a submissão ao controle estatal por extremamente desvantajosa. Ela não assegura nenhuma proteção; a proteção que o Estado tem que assegurar é relativamente às condições do motorista, sua qualificação, e do veículo.

Agora, ir ao ponto, nesse transporte especial, de interferir no valor e no próprio roteiro, que é feito ao sabor das circunstâncias, dos clientes que são carreados, das crianças que vão ser transportadas, de quem têm necessidade, porque os pais têm compromissos, de sair antes ou depois? É um transporte seletivo, especial, e submetê-lo aos rigores da aprovação, nos termos em que consta na lei municipal, pelo Poder Público pode, sim, levar a uma má qualidade desse serviço.

[...]

A autorização de que fala a lei municipal não é aquela relativa a serviços públicos, por várias razões. Desde não se estar diante de efetivo serviço público, intervindo o Poder Público Municipal, **aqui, em face de seu Poder de Polícia, passando por não corresponder a uma hipótese excepcionada quanto às modalidades de delegação da concessão e da permissão e o princípio da licitação, a par**

do próprio texto constitucional, quanto ao transporte municipal, jungir-se a estas duas modalidades.

Por isso, como já adiantado, **somente se pode conceber intervir o Município, aqui, em decorrência de seu poder de polícia e daí o emprego, acertado, da expressão autorização, atrelada a tal competência, em que o Poder Público só autoriza, contudo não obriga**, como acentua EGON BOCKMANN MOREIRA (Ob. cit., p. 60).

Poder de Polícia que tem óbvios limites e que se há de jungir ao que lhe sobra, quanto ao Município, em termos de regramentos estabelecidos pelas Constituição Federal e Legislação Federal.” (Grifo nosso).

Da leitura dos excertos supramencionados, depreende-se que a autorização que se defende possível no caso concreto do UBER diz respeito ao exercício do Poder de Polícia Administrativo, como bem compreendido pelo Tribunal de Justiça do Estado que, aliás, já se pronunciou de maneira idêntica em caso envolvendo legislação do município de Guaíba:

CONSTITUCIONAL. TRANSPORTE ESCOLAR PRESTADO EM CARÁTER PRIVADO. NÃO-SUBORDINAÇÃO A ITINERÁRIO FIXADO PELO PODER PÚBLICO, ASSIM COMO AUSÊNCIA DE REGULAÇÃO ESTATAL DO PREÇO. PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA. INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI MUNICIPAL QUE O SUBMETE À AUTORIZAÇÃO DO PODER PÚBLICO. Em se tratando de transporte escolar prestado em caráter privado, inexistindo submissão a controle estatal quanto a itinerário e preço do serviço, está-se no campo da livre

concorrência, apresentando inconstitucionalidade a lei municipal naquilo em que pretende submeter tal transporte à autorização do poder público, resguardando-se a validade do texto normativo no que dispõe sobre transporte escolar prestado sob os auspícios do Estado. (Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70010727360, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 11/04/2005)

Forte nesses fundamentos, é perfeitamente possível a regulamentação pela Administração Pública de serviços eminentemente privados, mas que estejam atrelados a um interesse público subjacente, em razão do exercício do poder de polícia administrativo.

3 DA NECESSIDADE DE REVISÃO DA LEGISLAÇÃO MUNICIPAL PARA PERMITIR A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO SIMILAR AO UBER

É natural que a disponibilização de um novo serviço, principalmente quando aparentemente possui melhor qualidade do que o existente, é muito bem recebida pela sociedade e esta, a despeito da ilegalidade do serviço oferecido, envida todos os seus esforços para que seja disponibilizado em caráter definitivo.

Como referido alhures, mesmo caracterizando o serviço de transporte ofertado pelo UBER como uma atividade privada, esta depende de autorização do Poder Público municipal para iniciar a sua operação.

Considerando o estrépito social ocasionado pela conduta temerária por parte dos idealizadores do aplicativo UBER, que implementaram o serviço no Município de Porto Alegre sem dialogar com a Administração Municipal, gerando um acirramento de ânimos, especialmente por parte da categoria profissional que exerce a atividade de táxi, faz-se necessária a imediata re-

gulamentação do serviço em Porto Alegre, permitindo a adequada fiscalização do serviço, inclusive no que se refere à tributação da atividade.

Sendo assim, pretende-se com o presente estudo dar algumas sugestões para a regulamentação do serviço, auxiliando para imediata solução do impasse, já que enquanto não regulamentada a atividade esta é compreendida como transporte clandestino, como já se manifestou a Empresa Pública de Transporte e Circulação de Porto Alegre.

Inicialmente, analisando-se a legislação local, depreende-se que a Lei Orgânica do Município de Porto Alegre estabelece em seu artigo 143 que “[...] o transporte remunerado de passageiros, coletivo ou individual, de qualquer natureza, é serviço público sujeito ao controle e fiscalização dos órgãos próprios do Município”.

A toda evidência, o dispositivo em comento, ao contemplar todo e qualquer transporte individual remunerado, induz a compreensão de que todos serão tratados como permissões públicas. Contudo, tal solução em nada resolveria o impasse que vivenciamos, primeiro porque, como já analisado anteriormente, o serviço disponibilizado pelo UBER tem natureza jurídica de direito privado, sobre o qual há interesse público na sua regulamentação; segundo porque a simples criação de uma nova categoria de transporte subordinada ao direito público (prévia licitação das permissões) certamente não afastaria a prestação do serviço por empresas que se entendem legitimadas a exercer a atividade com fundamento na Constituição Federal.

Dessarte, sugere-se a edição de projeto de emenda à Lei Orgânica do Município de Porto Alegre para alterar o artigo 143, acrescentando-se o parágrafo único, conforme segue:

Art. 143. O transporte remunerado de passageiros, de qualquer natureza, é serviço público sujeito ao controle e à fiscalização dos órgãos próprios do Município.

Parágrafo Único. Não se considera serviço público, o transporte remunerado de passageiros escolar e fretado, classificados como especiais, exercidos pela iniciativa privada, condicionando-se a autorização da prestação do serviço ao prévio licenciamento do veículo e da atividade pelo Poder Público Municipal, nos termos do regulamento próprio.

Outrossim, considerando que a Lei Municipal n. 8.133/98 igualmente classifica os serviços de transporte fretado e escolar como serviços públicos, sugere-se a edição de projeto de lei para a alteração dos seguintes dispositivos:

Fica alterada a denominação do Capítulo III, passando a ter a seguinte redação:

“Capítulo III - DOS SERVIÇOS DO SISTEMA DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS DE PORTO ALEGRE – STPOA

Revoga o inciso IV e o § 3º do artigo 14:

Art. 14 Os serviços de transporte público de passageiros classificam-se em:

I - coletivos;

II - seletivos;

III - individuais;

~~IV - especiais.~~

§ 1º Os serviços de transporte seletivo compreende o seletivo direto e lotação.

§ 2º Os serviços de transporte individual é subdividido em comum, especial, táxi-mirim-utilitário e perua-rádio-táxi.

~~§ 3º Os serviços de transporte especial é subdividido em escolar e fretado.~~

§ 4º São categorias de linhas do serviço de transporte coletivo, entre outras:

I - comum;

II - rápida;

III - direta;

IV - transversal; e

V - alimentadora. (Redação acrescida pela Lei nº 11.541/2014)”

“Fica incluído artigo 18-A à Lei Municipal n. 8.133/98, conforme segue:

Art. 18-A. Os serviços de transporte privado de passageiros classificam-se em:

I – escolar; e

II – fretado.”

“Ficam alterados os art. 20 e 21 da Lei Municipal n. 8.133/98, conforme segue:

Art. 20. É fretado o transporte de pessoas prestado por pessoas jurídicas, mediante condições estabelecidas exclusivamente entre as partes interessadas, desde que previamente licenciado pelo Poder Público Municipal.

Art. 21. O Poder Público Municipal autorizará o serviço de transporte de passageiros escolar e fretado, nos termos do regulamento próprio, o qual definirá as condições para a emissão do alvará de tráfego.

Parágrafo Único. É vedada a cobrança de tarifa na prestação do serviço de transporte escolar e fretado quando do embarque e desembarque de passageiros, devendo a remuneração do serviço ser estabelecida previamente, contratualmente ou através de plataforma tecnológica, observado sempre o disposto neste artigo.”

Nessa concepção, compreende-se que o serviço prestado pelo UBER, ou por qualquer empresa que preste serviço de natureza similar, poderia se enquadrar na classificação de serviço de transporte privado fretado, na categoria de veículos de aluguel, em consonância com o Código de Trânsito Brasileiro.

Assim, promovidas tais alterações legislativas, parece possível a edição de um decreto municipal regulamentando o serviço de transporte privado de passageiros fretado, na categoria de veículos de aluguel, no qual poderá ser estabelecida a idade média do veículo admissível para a prestação do serviço, as características essenciais dos veículos, a restrição à utilização de pontos de estacionamento fixos e à captação de usuários nas vias públicas ou em determinados locais específicos.

Contudo, reforça-se novamente a impossibilidade de determinar o valor da tarifa a ser cobrada e do itinerário a ser seguido, haja vista tratar de uma atividade privada, cuja autorização pela Administração Municipal se dá em razão do exercício do poder de polícia administrativa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As atividades de interesse público, desenvolvidas nos Municípios passam por constantes mudanças, notadamente em razão de novas ferramentas tecnológicas, que são implementadas diariamente e viabilizam maior aproximação dos gestores públicos com os reais interesses dos munícipes, possibilitando uma atuação mais célere, efetiva e eficaz por parte do Poder Público.

Por vezes, a implementação de plataformas tecnológicas é recebida com grande resistência, seja por oportunizar uma mudança de paradigma, seja por retirar da zona de conforto aqueles que são avessos a mudanças e desafios.

O Município de Porto Alegre vem envidando todos os esforços no sentido de permitir a ampla propagação e utilização da tecnologia da informação, tanto que incentiva através do POAdigital, vinculado ao Gabinete de Comunicação Social, as *startups* gaúchas e fomenta o empreendedorismo local.

Entretanto, não há como se concordar com o ingresso abrupto e desavisado de atividades que, além de ocasionar um grande clamor social, por vezes, acaba por incitar manifestações de violência, como a recentemente ocorrida com um prestador de serviço do UBER.

Não há dúvida que todos possuem grande interesse em qualificar o sistema de transporte disponível à população, seja ele público ou privado, contudo há que se ter a devida cautela para que a angústia ou afobação não comprometa um interesse legítimo em prestar uma atividade privada de interesse público.

Forte nesses fundamentos e na necessidade imediata de se dar um retorno à sociedade quanto ao pleito de disponibilização de uma nova alternativa de transporte, é que se pretendeu fazer a presente análise, traçando-se alternativas para a imediata regulamentação do serviço de transporte de passageiros por empresas privadas, seja ele disponível através de plataformas eletrônicas, seja através de outros meios, em que possível a cobrança antecipada do valor do serviço (ou a indicação da forma de pagamento, que não em dinheiro), em contrato de natureza privada, firmado livremente entre o passageiro e a empresa prestadora do serviço.

Nesse sentido, espera-se que o impasse envolvendo o transporte de passageiros seja sanado em curto espaço de tempo, permitindo-se a convivência pacífica entre taxistas e transportadores privados, trazendo grandes benefícios aos munícipes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: nov. 2015.

_____. **Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: nov. 2015.

_____. **Lei 12.587, de 03 de janeiro de 2012**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12587.htm>. Acesso em: nov. 2015.

_____. **Código Tributário Nacional, Lei 5.172, de 25 de Outubro de 1966**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>. Acesso em: nov. 2015.

PORTO ALEGRE. **Lei Orgânica do Município de Porto Alegre.** Porto Alegre, RS: Câmara Municipal de Porto Alegre, 1990. Disponível em: <http://www.camarapoa.rs.gov.br/biblioteca/lei_org/LEI%20ORG%C3%82NICA.html>. Acesso em: nov. 2015.

_____. **Lei n. 8.133, de 12 de janeiro de 1998.** Disponível em: <<http://www2.portoalegre.rs.gov.br/cgi-bin/nph-br-s?u=/netahtml/sirel/avancada.html&p=1&r=1&f=G&d=A-TOS&l=20&n=-DATA&s1=&s2=&s3=%228133%22&s4=&s5=-&s6=>>>. Acesso em: nov. 2015.

A DISCIPLINA DA RENÚNCIA DE RECEITA TRIBUTÁRIA NA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL: IMPACTOS NA SOCIEDADE E FRAGMENTAÇÃO DO DIREITO

THE DISCIPLINE OF TAX EXPENDITURE ON THE
BRAZILIAN FISCAL RESPONSIBILITY LAW: IMPACTS
ON SOCIETY AND FRAGMENTATION OF THE LAW

Luiz Felipe Menezes Tronquini⁸²
Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira⁸³

Resumo: O artigo propõe-se a apresentar a disciplina da renúncia de receita tributária advinda da concessão de benefícios tributários nos termos da Lei de Responsabilidade Fiscal. Utilizando-se de pesquisa doutrinária, argumenta-se que a concessão de benefícios de natureza tributária pelo Poder Público não escapou do controle dessa Lei, possuindo um dispositivo próprio, o artigo 14, que regula detalhadamente a renúncia de receita decorrente deste ato, estabelecendo critérios para a sua concessão. Finaliza indicando que benefícios tributários constituem-se no conjunto de normas que proporcionam tratamento diferenciado aos contribuín-

82 Procurador do Município de São Leopoldo/RS, Especialista em Processo Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2008); Especialista em Direito dos Contratos e Responsabilidade Civil pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2009); Especialista em Direito Municipal pela Fundação Escola de Direito Municipal (2015).

83 Procuradora do Município de Porto Alegre/RS, Doutora em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

tes, pois reduzem ou excluem o seu dever de recolher tributos, dando ensejo a renúncia de receita, também denominada de despesa tributária ou gasto tributário. Por sua vez, a renúncia de receita é o resultado do ato de concessão desses benefícios, acarretando a diminuição da receita esperada, estimada ou prevista na lei orçamentária.

Palavras-chave: Lei de Responsabilidade Fiscal – benefício tributário – renúncia de receita – gasto tributário – despesa tributária.

Abstract: *This article intends to present the discipline of tax expenditure under the Fiscal Responsibility Law. Using doctrinal research, argues that the granting of tax benefits by the Government has not escaped the control of this Law, having a device itself, which is the Article 14, that regulates in details the tax expenditure resulting from this act, establishing criteria for its granting. Ends indicating that tax benefits constitute the set of standards that provide differential treatment to taxpayers because they reduce or exclude his duty to collect taxes, giving rise to the tax expenditure. In turn, the tax expenditure is the result of the act of granting these benefits, which decreases expected revenue, estimated or predicted in the budget law.*

Keywords: *Fiscal Responsibility Law - granting of tax benefits - tax expenditure.*

INTRODUÇÃO

A Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000, notoriamente conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal, doravante assim denominada neste trabalho, estabelece que a gestão das finanças públicas de todos os entes federados pressupõe a ação planejada e transparente de seus gestores, em que se previnem riscos e se corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas. Entre outras formas de se atingir a responsabilidade na gestão fiscal preconizada por esta Lei, está à obediência aos limites e condições no que tange a renúncia de receita decorren-

te da concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária, matéria tratada com bastante acuidade e rigorismo no seu artigo 14.

Este artigo norteia a conduta do gestor público, é de cumprimento obrigatório e aplicação irrestrita quando a concessão de benefícios tributários ensejar renúncia de receita tributária. A sua missão é a salvaguarda do interesse público, especificamente das finanças do ente, em prol da continuidade das políticas públicas. Desta forma, cabe ao gestor público captar a exata noção desta regra e dos requisitos para comprovar a renúncia de receita tributária consignados nesta Lei, para que quando sua administração conceder benefício tributário, o faça na correta observância dos seus termos, a fim de se evitar dano ao erário público.

Em face disso, objetiva-se no presente trabalho apresentar a disciplina outorgada pela Lei de Responsabilidade Fiscal à renúncia de receita tributária advinda da concessão de benefícios tributários. Visando atingir tais propósitos, o texto, elaborado a partir de pesquisa doutrinária, apresentará a razão de ser da concessão de benefícios tributários, o conceito de renúncia de receita sob o ponto de vista da Lei de Responsabilidade Fiscal e os requisitos do seu artigo 14 para que sejam concedidos tais benefícios.

Soma-se a isso, a atualidade do tema neste tempo de guerra fiscal e de gestores públicos reclamando da falta de recursos financeiros para realizar seus programas de governo e cumprir com os compromissos legais e constitucionais de competência do ente federado. Tudo isso motiva o estudo da renúncia de receita de forma mais aprofundada e, certamente, colaborará para o enriquecimento e consolidação da matéria na disciplina das finanças públicas.

1 A RAZÃO DE SER DOS BENEFÍCIOS TRIBUTÁRIOS

Para atingir o exposto acima, impõe-se começar a análise proposta a partir da natureza e características dos benefícios tributários. A primeira consideração a

ser trazida a lume diz respeito ao fato de que existem três tipos de benefícios reconhecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro. De acordo com o artigo 165, §6º, da Constituição da República de 1988 a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal poderão conceder benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia a terceiros. A Lei de Responsabilidade Fiscal no seu artigo 14 se dedica a disciplinar apenas a concessão dos benefícios tributários.

Em segundo lugar, mister se faz apresentar a terminologia que é utilizada para nominar este instituto jurídico, o qual é conhecido por diversos vocábulos como destaca Elcio Fiori Henriques (2010, p. 28), sendo alguns deles: “benefícios fiscais”, “incentivos fiscais”⁸⁴, “desoneração tributária”, “isenções”, “privilégios fiscais” e “alívio fiscal”. Para fins deste trabalho, utilizar-se-á unicamente a expressão benefícios tributários, que é a utilizada e recepcionada pela Lei de Responsabilidade Fiscal, para denominar, nos termos trazidos pelo artigo 89, §2º da Lei de Diretrizes Orçamentárias da União de 2012,

[...] os gastos governamentais indiretos decorrentes do sistema tributário vigente que visem atender objetivos econômicos e sociais, explicitados na norma que desonera o tributo, constituindo-se exceção ao sistema tributário de referência e que alcancem, exclusivamente, determinado grupo de contribuintes, produzindo a redução da arrecadação potencial e, consequentemente, aumentando a disponibilidade econômica do contribuinte.

84 Acerca desta questão de nomenclatura, Weder de Oliveira acentua que nem sempre a escolha de um destes vocábulos é neutra, havendo ideias e significados distintos quando a expressão “benefício” é utilizada em detrimento de “incentivo”. Segundo este jurista, “benefício tributário e incentivo fiscal (ou estímulo fiscal) constituem denominações de um mesmo fenômeno tributário, mas transmitem percepções diferentes no discurso argumentativo: benefício suscita a ideia de certo privilégio, de ação não isonômica, que deve sempre ser devidamente justificada para ser legítima; incentivo lembra a noção de ajuda, auxílio à produção de algo de interesse público ou social, sendo dever estatal promovê-lo. Aquela ideia suscita sentimento de necessidade de controle mais rigoroso; esta, nem tanto. O uso de uma pela outra nem sempre é neutro. (In: OLIVEIRA, 2013, p. 926).

Obedecendo a esta lógica, os benefícios tributários constituem-se no conjunto de normas que determinam, “[...] por meio de uma grande variedade de mecanismos, um tratamento tributário menos gravoso para os contribuintes beneficiados, acarretando um recolhimento menor de tributos” (HENRIQUES, 2010, p. 28). E considerando que a regra lógica é a arrecadação dos tributos por parte do Estado, advindo esse entendimento dos princípios constitucionais que regulam o sistema tributário nacional e do previsto no *caput* do artigo 11 da Lei em questão, que dispõe serem requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da Federação, os benefícios tributários advêm de normas excepcionais.

Nos dizeres de Weder de Oliveira, “[...] a expressão benefício tributário evoca também a ideia de algo excepcional, um benefício, uma situação financeira ou economicamente favorável que somente parte dos contribuintes do tributo obtém: aqueles detentores de determinados requisitos ou que cumpram certas condições” (2013, p. 864). Portanto, são e, enquanto persistir o sistema vigente, estarão sempre revestidos de um viés condicional e não geral.

Este caráter de excepcionalidade dos benefícios tributários advêm do mandamento insculpido no artigo 150, §6º, da Constituição da República de 1988, e significa que eles somente poderão ser concedidos mediante a edição de lei específica federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente esta matéria⁸⁵. A existência

85 Neste sentido julgou o Supremo Tribunal Federal na ADI 3462: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO TRIBUTÁRIO. LEI PARAENSE N. 6.489/2002. AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA PARA O PODER EXECUTIVO CONCEDER, POR REGULAMENTO, OS BENEFÍCIOS FISCAIS DA REMISSÃO E DA ANISTIA. PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA ABSOLUTA DE LEI FORMAL. ART. 150, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. A adoção do processo legislativo decorrente do art. 150, § 6º, da Constituição Federal, tende a coibir o uso desses institutos de desoneração tributária como moeda de barganha para a obtenção de vantagem pessoal pela autoridade pública, pois a fixação, pelo mesmo Poder instituidor do tributo, de requisitos objetivos para a concessão do benefício tende a mitigar arbitrio do Chefe do Poder Executivo, garantindo que qualquer pessoa física ou jurídica enquadrada nas hipóteses legalmente previstas usufrua da benesse tributária, homenageando-se aos princípios constitucionais da impessoalidade, da legalidade e da moralidade administrativas (art. 37, *caput*, da Constituição da República). [...]” (In: BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação direta de inconstitucionalidade

desta característica, que concretiza no âmbito da concessão de benefícios tributários o princípio da legalidade específica, de acordo com Misabel Abreu Machado Derzi (2004, p. 353),

[...] objetivamente consagra:

- a exclusividade da lei tributária para conceder quaisquer exonerações, subsídios e outros benefícios, redutores, extintivos ou excludentes do crédito tributário, com o que se evitam as improvisações e os oportunismos por meio dos quais, subrepticiamente, certos grupos parlamentares introduziam favores em leis estranhas ao tema tributário, aprovados pelo silêncio ou desconhecimento da maioria;
- a especificidade da lei tributária, vedando-se fórmulas indeterminadas ou delegantes de favores fiscais ao Poder Executivo.

nº 3.462. Requerente: Procurador Geral da República. Requeridos: Governador do Estado do Pará e Assembleia Legislativa do Estado do Pará. Relatora: Ministra Cármen Lucia. Brasília 15 de setembro de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618979>>. Acesso em 27 out. 2014).

Também serve de exemplo a seguinte decisão da corte constitucional no julgamento do RE 403205: “[...]2. O Poder Público detém a faculdade de instituir benefícios fiscais, desde que observados determinados requisitos ou condições já definidos no texto constitucional e em legislação complementar. Precedentes do STF. [...]” (In: BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 403.205. Recorrente: Distribuidora Farmacêutica Panarello Ltda. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília 28 de março de 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261757>>. Acesso em 27 out. 2014).

Por fim, o Agravo Regimental no RE 414.249: “[...]1. Cabe ao Poder Legislativo autorizar a realização de despesas e a instituição de tributos, como expressão da vontade popular. Ainda que a autorização orçamentária para arrecadação de tributos não mais tenha vigência (‘ princípio da anualidade ’), a regra da legalidade tributária estrita não admite tributação sem representação democrática. Por outro lado, a regra da legalidade é extensível à concessão de benefícios fiscais, nos termos do art. 150, § 6º da Constituição. Trata-se de salvaguarda à atividade legislativa, que poderia ser frustrada na hipótese de assunto de grande relevância ser tratado em texto de estatura ostensivamente menos relevante.[...]” (In: BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 414.249. Agravante: Município de Belo Horizonte. Agravado: Companhia de Saneamento de Minas Gerais. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília 31 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=616635>>. Acesso em 27 out. 2014.)

A conjugação do disposto no citado §6º do artigo 150 da Constituição com os §§1º e 3º do artigo 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal permitem enumerar a série de institutos, juridicamente distintos, em que a expressão benefícios tributários pode ser traduzida, ou melhor, como ocorre a sua materialização prática no seio das Administrações Públicas brasileiras. Tais institutos, de uma maneira ou de outra, produzem efeitos similares, quais sejam a redução, total ou parcial, do pagamento dos tributos por parte do contribuinte, enriquecendo-o e empobrecendo o Estado, e são os seguintes: anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota e/ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições. Além destes, todas aquelas vantagens que corresponderem a tratamento diferenciado ao contribuinte, independentemente da designação que receberem, bem como as alterações das alíquotas dos impostos sobre a importação de produtos estrangeiros, a exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados, produtos industrializados e operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários, e o cancelamento de débitos tributários cujo custo da cobrança seja superior ao seu efetivo valor, conforme os parágrafos do artigo 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal também podem ser definidos como benefícios tributários. Desta forma, o que se verifica é a generalidade do conceito em estudo e a sua múltipla aplicabilidade em inúmeras situações fáticas.

Em síntese, a partir desses pressupostos normativos, Weder de Oliveira (2013, p. 944-945) afirma que é possível definir tecnicamente os benefícios tributários da seguinte forma:

[...] norma tributária que alcance exclusivamente determinado grupo de contribuintes, constituindo exceção ao sistema de referência do tributo, e implique redução da arrecadação potencial da Fazenda Pública, bem como redução discriminada de tributo ou aumento da dispo-

nibilidade econômica do contribuinte, mediante (a) isenção, (b) anistia, (c) remissão, (d) crédito presumido, (e) redução de alíquotas, (f) redução de base de cálculo, (g) devolução total ou parcial de tributo, direta ou indireta, condicionada ou não, ao contribuinte, a responsável ou a terceiros, (h) concessão de benefícios financeiros ou creditícios com base no tributo, dos quais resulte redução ou eliminação, direta ou indireta, do respectivo ônus, (i) qualquer outra sistemática tributária da qual resulte redução ou eliminação, direta ou indireta, do montante do crédito tributário devido.

A amplitude deste conceito, bem como a razão de assim ser, pode ser explicada pelo seu fundamento constitucional que é promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do país (artigo 151, I, da Constituição). Este fundamento, que também é um dos princípios da ordem econômica expresso no artigo 174, VII, da Constituição vigente, haja vista que reduzir as desigualdades regionais e sociais é desenvolver o país, revela que a natureza jurídica dos benefícios tributários é estimular o crescimento e o progresso do país, seja em nível de política nacional, no caso da União, regional, dos Estados, e local, por conta dos Municípios. Os benefícios tributários servem, então, como um instrumento do Estado para “[...] estimular comportamentos das pessoas, que julgar de conveniência e desestimular outros, que decidir sejam prejudiciais à condução da política econômica e social adotada” (DERZI, 2004, p. 346), permitindo-se dizer, afinal, que são um dos mecanismos de efetivação da intervenção estatal na economia e na sociedade⁸⁶.

86 A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 142.348 decidiu que a concessão de benefício tributário “traduz ato discricionário que, fundado em juízo de conveniência e oportunidade do Poder Público, destina-se, a partir de critérios racionais, lógicos e pessoais estabelecidos de modo legítimo em norma legal, a implementar objetivos estatais nitidamente qualificados pela nota da extrafiscalidade. A exigência constitucional de lei formal para a veiculação de isenções em matéria tributária atua como insuperável obstáculo à postulação da parte recorrente, eis que a extensão dos benefícios isenccionais, por via jurisdicional, encontra limitação absoluta no dogma da separação de poderes”. (In: BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo regimental em agra-

E uma das formas mais evidentes e dinâmicas de o Estado intervir na economia é através da concessão de benefícios tributários, no que se denominou chamar de intervenção sob o domínio econômico. As normas jurídicas que autorizam e operacionalizam esta intervenção são chamadas de extrafiscais, haja vista que são “normas tributárias que não tem como única e exclusiva razão de ser a tomada de capital privado necessário a manutenção do Estado, mas também a prevalência dos interesses públicos frente aos privados” (BRAZ, 2008). No caso, como menciona Marcelo Guerra Martins (2012, p. 56), a atuação estatal, ante a

[...] tradicional finalidade precipuamente fiscal dos tributos, até então vistos como ferramentas para o sustento exclusivo das despesas estatais típicas, passa a repartir cada vez mais espaço com a extrafiscalidade, aceitando-se a instituição de exações muito mais vocacionadas a induzir comportamentos do que representar fonte substancial de receita.

Pelo exposto, o Estado ao conceder benefícios tributários desvirtua a tributação para o alcance de outra finalidade, isto é, não para abastecer os cofres públicos de dinheiro, mas, pelo contrário, para constranger ou obrigar comportamentos e atrair investidores para determinado local do seu território em prol do desenvolvimento, geração de postos de trabalho, desconcentração industrial e aumento da produção, o que, sob a ótica financeira, implica em renúncia de receita, próximo objeto de estudo.

vo de instrumento nº 142.348. Agravante: SID Microeletrônica S.A. Agravada: União Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília 02 de agosto de 1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=275285>>. Acesso em 31 out. 2014).

2 A DEFINIÇÃO DE RENÚNCIA DE RECEITA TRIBUTÁRIA

Conforme já assentado, a regra é que o Estado arrecade recursos pecuniários para financiar as suas atividades, honrando com a execução dos seus compromissos constitucionais e legais. Estes recursos, recebidos e utilizados para cobrir as despesas estatais, são denominados de receita pública, que, por sua vez, corresponde a “[...] entrada definitiva de dinheiro nos cofres públicos” (BROLIANI, 2004, p.52).

Luiz Emygdio Franco da Rosa Júnior apresenta um conceito doutrinário para a receita pública como sendo “[...] a entrada de dinheiro não sujeita à condição devolutiva ou a baixa patrimonial correspondente, eis que se incorpora permanentemente ao patrimônio público como um elemento novo ao qual passa a pertencer, a fim de que o Estado possa aplicá-la no cumprimento de suas finalidades” (2003, p. 54). Segundo este jurista (2003, p. 54), para ser considerada receita pública, esta entrada de dinheiro deve obedecer aos seguintes requisitos:

- a) integrar-se de modo permanente no patrimônio do Estado, pelo que as entradas com natureza transitória, como as decorrentes de fiança, não constituem receita pública;
- b) não estar sujeita esta integração a quaisquer condições de devolução, pelo que os ingressos provenientes de empréstimos não constituem receita pública;
- c) em decorrência da aludida integração, o patrimônio público deve ser acrescido de um elemento novo, e desse modo a venda de um bem não se inclui na noção de receita pública, eis que determinará uma baixa patrimonial correspondente a saída do bem.

Ademais, a receita pública, nos termos do artigo 11 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, é constituída das receitas correntes e de capital. No rol das receitas correntes está compreendida a receita tributária que é

aquela advinda do lançamento, cobrança e arrecadação dos tributos pelo ente federado que possui competência constitucional para a sua instituição. Será sobre esta receita que se operarão os efeitos da concessão de benefícios de natureza tributária, dando ensejo a caracterização da renúncia de receita tributária, uma vez que deixarão de serem cobrados e arrecadados tributos, “[...] com o fim de atingir objetivos de ordem social, econômica ou político-administrativa, objetivos estes diversos da natureza do tributo” (RIBEIRO, 2001, p. 39), como mencionado anteriormente.

Diante deste panorama orçamentário-financeiro, em que o objetivo é arrecadar e recolher tributos, a renúncia à receita tributária “[...] fere uma situação normal da estimativa [de receita] estampada na LDO e na LOA” (CRUZ, 2012, p. 50), afeta a arrecadação, implicando, conseqüentemente, no ingresso de menos dinheiro nos cofres públicos. Ou seja, constitui-se numa nova despesa pública (NOBREGA, 2014) (“[...] ao menos no que tange aos respectivos efeitos”, como salienta Marcelo Guerra Martins (2012, p. 53), conhecida como despesa tributária ou gasto tributário (do inglês *tax expenditure*), a ser contabilizada e administrada pela Fazenda Pública no conjunto das demais despesas.

Destacam Luiz Villela, Andrea Lemgruber e Michael Jorratt em estudo resultado de um trabalho conjunto do Banco Interamericano de Desenvolvimento e do Fundo Monetário Internacional (2009), que

[...] los gastos tributarios constituyen una transferencia de recursos públicos llevada a cabo mediante la reducción de las obligaciones tributarias con respecto a un impuesto de referencia. Ahora bien, idealmente, estas transferencias deberían perseguir en esencia cuatro objetivos: (i) mejorar la progresividad del sistema tributario; (ii) otorgar mayor eficiencia a la estructura tributaria; (iii) estimular el consumo de bienes estimados “meritorios”, e (iv) incentivar la inversión en ciertos sectores o regiones (2009).

Segundo Elcio Fiori Henriques (2010, p. 48-49), a expressão gasto tributário surgiu nos Estados Unidos em 1968, ano em que

[...] o Congresso norte-americano criou uma comissão responsável pelo levantamento e análise de todos os valores “gastos” com benefícios fiscais no imposto de renda, coordenada pelo Professor HENRY AARON. O resultado foi a publicação no *Annual Report of the Secretary of the Treasury* em 1968 do primeiro “Orçamento de Gastos Tributários” (“Tax Expenditure Budget”) da história dos Estados Unidos. Foi nos trabalhos dessa comissão que STANLEY S. SURREY, à época Secretário-Assistente do Tesouro norte-americano, procedeu a uma análise detalhada dos benefícios fiscais que “erodiam” a receita pública. Nesse sentido, o autor adotou o termo “*tax expenditure*”, o qual pode ser traduzido literalmente como “despesa tributária” ou “gasto tributário”, para denominar as reduções de receita pública causadas pelos benefícios fiscais. (Grifos do autor).

Na América Latina, como assinalam os citados autores do estudo para o Banco Interamericano de Desenvolvimento e o Fundo Monetário Internacional (2009), o Brasil foi o primeiro país

[...] en desarrollar un marco legal definido para estimar los gastos tributarios, en el contexto de la reforma constitucional de 1988. La carta magna de este país establece que el proyecto de ley presupuestaria será acompañado de un demostrativo regionalizado del efecto que sobre los ingresos y los gastos tendrán las exenciones, amnistías, remisiones, subsidios y beneficios de naturaleza financiera, tributaria y crediticia. Después de la Constitución, la Ley

de Responsabilidad Fiscal, de 2000, introdujo mayor transparencia en la estimación de gastos tributarios, al establecer la necesidad de adoptar medidas de compensación fiscal cuando se proponga un nuevo gasto tributario, más allá de extender la obligación de la estimativa a estados y municipios.

Para atender estes dois marcos legais referidos por estes autores, quais sejam o artigo 165, §6º, da Constituição da República, e o artigo 5º, II, da Lei de Responsabilidade Fiscal, a Secretaria da Receita Federal do Brasil para o exercício fiscal de 2014, na forma do relatório denominado Demonstrativo dos Gastos Governamentais Indiretos de Natureza Tributária – (Gastos Tributários) – PLOA 2014 (2014), adotou a seguinte noção para gastos tributários:

gastos tributários são gastos indiretos do governo realizados por intermédio do sistema tributário, visando atender objetivos econômicos e sociais.

São explicitados na norma que referencia o tributo, constituindo-se uma exceção ao sistema tributário de referência, reduzindo a arrecadação potencial e, conseqüentemente, aumentando a disponibilidade econômica do contribuinte.

Tem caráter compensatório, quando o governo não atende adequadamente a população dos serviços de sua responsabilidade, ou têm caráter incentivador, quando o governo tem a intenção de desenvolver determinado setor ou região.

No campo doutrinário brasileiro, encontram-se nos estudos de Ricardo Lobo Torres as primeiras análises

acerca do gasto tributário no país⁸⁷. Para este jurista (2008, p. 194):

a expressão renúncia de receitas, equivalente a gasto tributário (tax expenditure), entrou na linguagem orçamentária americana nas últimas décadas e adquiriu dimensão universal pelos trabalhos de Surrey. Gastos tributários ou renúncias de receitas são mecanismos financeiros empregados na vertente da receita pública (isenção fiscal, redução de base de cálculo ou de alíquota de imposto, depreciações para efeito de imposto de renda, etc.) que produzem os mesmos resultados econômicos da despesa pública (subvenções, subsídios, restituições de impostos, etc.).

Ainda, de acordo com Elcio Fiori Henriques (2010, p. 53-54),

segundo a lógica do conceito, uma vez instituído um benefício fiscal, o qual gera uma perda de arrecadação para o Estado, cria-se imediatamente um “gasto virtual”, chamado de renúncia de receita ou gasto tributário, que corresponde à despesa pública que existiria caso o contribuinte tivesse efetuado o recolhimento integral do tributo e, posteriormente, o Estado houvesse efetuado uma transferência de recursos para o mesmo na proporção do valor renunciado pelo benefício fiscal. [...]

Daí a conclusão de que, juridicamente, o gasto tributário corresponde ao enunciado, estimativo ou limitativo, de natureza estritamente orçamentária, dos valores que deixaram de ser

87 Conforme informa Marcos Nóbrega em seu artigo *Renúncia de Receita; guerra fiscal e tax expenditure: uma abordagem do art. 14 da LRF*. (In: NÓBREGA, Marcos. *Renúncia de receita; guerra fiscal e tax expenditure: uma abordagem do art. 14 da LRF. Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL)*. Disponível em: <<http://www.cepal.org/ilpes/noticias/paginas/6/13526/marcosnobrega1.pdf>>. Acesso em 30 ago. 2014.

arrecadados pelo Estado em função de benefícios fiscais.

Nesse sentido, não pode o referido conceito ser confundido com as subvenções, as quais representam movimentações efetivas de recursos orçamentários. Da mesma forma, o conceito de gasto tributário também não se confunde com o de “benefício fiscal”, na medida em que o primeiro conceito é tão somente o enunciado quantitativo dos efeitos financeiros acarretados pelo segundo.

Baseado nestes pressupostos, a doutrina especializada formula conceitos para definir a renúncia de receita tributária. Por exemplo, Francisco Carlos Ribeiro de Almeida (2001, p. 54) a compreende como um instituto de natureza político-governamental a ser utilizado pelo gestor público para promover o desenvolvimento de determinado local, o que faz nestes termos:

[...] o ato de renunciar à receita pública é, em essência, uma política de governo como todas as demais implementadas com o objetivo de executar as Funções inerentes aos entes políticos que constituem as diferentes esferas de governo: federal, estadual e municipal. Trata-se de política pública consagrada em âmbito internacional, de aplicação difundida em países de todos os continentes, sem distinções de nível de desenvolvimento econômico-social e regime de governo, cujo propósito é promover o suporte financeiro necessário à realização de programas, projetos e atividades de interesse da sociedade e destinados à promoção do equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico nas diferentes regiões geoeconômicas do país, ao desenvolvimento de segmentos econômicos estratégicos e ao favorecimento de determinados grupos de contribuintes, entre outros objetivos públicos relevantes.

Nesta mesma linha de raciocínio, Marcos Nóbrega, conceituando o gasto tributário como a “[...] abdicação do Fisco de recolher o produto de tributos com o interesse de incentivar ou favorecer determinados setores, atividades, regiões ou agentes da economia”, assegura que esta prática é considerada “renúncia de receita” (2014). Entende desta forma porque nesta situação o “[...] Fisco desiste, total ou parcialmente, de aplicar o regime impositivo geral, atendendo a reclamos superiores da política econômica ou social” (NÓBREGA, 2014). Portanto, para estes juristas a renúncia de receita está relacionada ao compromisso do Estado em criar condições para beneficiar contribuintes em prol do investimento e progresso que estes podem promover e atrair para certa região.

Um pouco mais voltado a órbita tributária-financeira é o conceito elaborado por Carlos Valder do Nascimento para quem renúncia de receita é “[...] a desistência do direito sobre determinado tributo, por abandono ou desistência expressa do ente federativo competente para sua instituição” (2001, p. 94). Percebe-se que para este jurista a renúncia de receita tributária está associada ao não exercício da competência tributária pelo ente federado.

Visualizando a renúncia de receita tributária como equivalente a benefícios tributários José Nilo de Castro e Virgínia Kirchmeyer Vieira apregoam que esta “[...] caracteriza-se como qualquer tipo de concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária que implique na redução da receita arrecadada pelo Município” (2006, p. 102). Semelhante raciocínio é desenvolvido por José de Ribamar Caldas Furtado que se manifesta no sentido de que a “[...] renúncia de receita é o benefício fiscal concedido à pessoa física ou jurídica, consubstanciado em dispensa (ou redução) de pagamento de tributo ou multa, tratamento diferenciado ou auxílio em dinheiro (subsídio), por meio de lei específica” (2006, p. 411). Nesta perspectiva, a renúncia de receita tributária e o benefício tributário são entendidos como expressões sinônimas.

O conceito legal de renúncia de receita trazido pelo artigo 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal, no entanto, faz essa diferenciação, conforme se verifica do teor do seu *caput*, e dos seus parágrafos 1º e 3º, a seguir reproduzidos:

Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições:

[...]

§1º A renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado.

[...]

§3º O disposto neste artigo não se aplica:

I - às alterações das alíquotas dos impostos previstos nos incisos I, II, IV e V do art. 153 da Constituição, na forma do seu §1º;

II - ao cancelamento de débito cujo montante seja inferior ao dos respectivos custos de cobrança.

Verifica-se que, de acordo com o *caput* do artigo em questão, “[...] o conceito de ‘renúncia de receita’ se refere ao efeito financeiro da concessão de ‘benefícios fiscais’” (HENRIQUES, 2010, p. 141). Assim, para a Lei de Responsabilidade Fiscal, a renúncia de receita é uma decorrência da concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária. Já o benefício tributário está definido de forma bastante

aberta e não exaustiva nos parágrafos citados e corresponde ao ato que dá origem e concretiza a renúncia de receita.

Pelo exposto, pode-se asseverar que a renúncia de receita tributária é o resultado do ato de concessão de benefícios de ordem tributária, originada de uma lei, em que a Fazenda Pública competente para a instituição do tributo fica autorizada a não arrecadá-lo, ensejando tal ato no ingresso de menos dinheiro nos seus cofres. Enfim, é a “[...] desistência do direito de cobrar um crédito tributário (na sua totalidade ou parcialmente)” como define Jozélia Nogueira Broliani (2004, p. 63), que se concretiza através da concessão dos benefícios tributários. Desta forma, benefício tributário e renúncia de receita são, respectivamente, causa e consequência de um mesmo fenômeno tributário que implica, definitivamente, em redução da receita.

3 O ARTIGO 14 DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL E OS CRITÉRIOS PARA A CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS TRIBUTÁRIOS

Até a edição da Lei de Responsabilidade Fiscal não havia no ordenamento jurídico brasileiro um regramento legal e formal que disciplinasse racionalmente a concessão de benefícios tributários e, conseqüentemente, a renúncia de receita tributária. A falta destas regras ocasionava “diversos problemas para a gestão responsável e planejada das finanças públicas” (HENRIQUES, 2010, p. 29), pois a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios concediam tais benefícios despreocupados com qualquer planejamento e desprovidos de um adequado estudo técnico acerca das suas efetivas capacidades de suportarem a perda da arrecadação advinda desta renúncia. Esta afirmação fica evidenciada quando Reinaldo Moreira Bruno (2008, p. 49) aponta que

[...] sem qualquer planejamento, sem análise de qualquer impacto sobre as finanças, sem atentar-se para as conseqüências, como redução de receita, aumento de despesas imediata

e posteriormente de forma continuada para a prestação de serviços aos novos cidadãos, atraídos pelos novos empregos, Municípios encontram-se em estado de autêntica penúria, com enormes problemas na gestão de suas atividades, serviços e finanças (2008, p.49),

por terem sido concedidos “[...] incentivos e isenções fiscais a mancheias, na convicção de que tais benefícios conduziram ao crescimento econômico” (TORRES, 2010, p. 11), sem a adequada responsabilidade no exercício da gestão dos recursos públicos.

A fim de evitar tais situações e frear a abusividade na concessão descontrolada e despropositada de benefícios tributários que acarretavam mais perdas do que vantagens para as Fazendas Públicas, a Lei de Responsabilidade Fiscal trouxe “[...] uma série de restrições para concedê-los, exigindo que os mesmos transitem pelo orçamento e, portanto, possam ser informados e, o que é mais importante, fiscalizados pela sociedade” (NÓBREGA, 2014). Estas restrições, ou melhor, estes critérios que devem ser observados para a concessão de benefícios tributários estão previstos no artigo 14 da Lei Complementar em comento, que tem a seguinte redação integral:

Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições:

I - demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias;

II - estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no caput, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.

§1º A renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado.

§2º Se o ato de concessão ou ampliação do incentivo ou benefício de que trata o caput deste artigo decorrer da condição contida no inciso II, o benefício só entrará em vigor quando implementadas as medidas referidas no mencionado inciso.

§3º O disposto neste artigo não se aplica:

I - às alterações das alíquotas dos impostos previstos nos incisos I, II, IV e V do art. 153 da Constituição, na forma do seu § 1º;

II - ao cancelamento de débito cujo montante seja inferior ao dos respectivos custos de cobrança. (grifo nosso)

O artigo em questão, como leciona Weder de Oliveira (2013, p. 909),

[...] assim como a Constituição (nos arts. 150, §6º, e 165, §6º), pretendeu tornar mais planejada e transparente a concessão de benefícios tributários, por meio de mecanismos de produção, divulgação e utilização de estudos técnicos, e processo de submissão das propostas a testes democráticos de relevância e oportunidade mais efetivos e participativos, implícitos na capacidade da proposta de obter, quando necessário, adesões a compensações orçamen-

tárias ou tributárias requeridas para sua aprovação (2013, p.909).

Destarte, além da exigência constitucional de lei específica, a partir do advento da Lei de Responsabilidade Fiscal, por meio do artigo 14 acima transcrito, a concessão ou ampliação de benefícios tributários que acarretar renúncia de receita para ser considerada válida e efetiva deve, também, observar os seguintes critérios:

- a) *estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes*: por estimativa do impacto orçamentário-financeiro, ensina José de Ribamar Caldas Furtado (2006, p. 414).

[...] deve-se entender a quantificação da queda na arrecadação de receitas, em valores aproximados, que resultará do implemento da renúncia (impacto financeiro), indicando-se a parte desse valor que já consta no orçamento em execução, bem como a origem dos recursos que irão ocorrer à diferença (impacto orçamentário), e ainda a forma como será compensada a redução de receita nos anos fiscais subsequentes (2006, p. 414).

- b) *atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias*: decorrência lógica da exigência constitucional estabelecida no artigo 165, §2º, da Constituição da República de 1988 que determina que esta lei disporá sobre as alterações na legislação tributária, seara em que se inclui a concessão de benefícios tributários.
- c) *satisfazer, pelo menos, uma das seguintes condições abaixo indicadas*: ou seja, os requisitos “a” e “b” são de observância obrigatória pelo ente concedente do benefício tributário, ao passo

que a demonstração do terceiro requisito para a concessão de benefício tributário poderá se dar, alternativamente, pelo cumprimento do critério “c.1” (“[...] quando a proposta de concessão ou ampliação de benefício é prévia e expressamente considerada na estimativa de receitas quando da elaboração ou apreciação do projeto de lei orçamentária anual” (OLIVEIRA, 2013, p. 852)) e/ou do “c.2” (quando “[...] concomitantemente à apresentação da proposta, deverão ser apresentadas medidas de compensação, caso em que a concessão somente entrará em vigor após serem implementadas essas medidas compensatórias” (OLIVEIRA, 2013, p. 852)). Os aludidos critérios são os seguintes:

- c.1) *demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias*: o cumprimento deste requisito, segundo parecer de Oscar Breno Stahnke, exigirá que os entes federados desenvolvam “[...] um trabalho, indubitavelmente, mais técnico, muito mais preciso, cujo desdobramento implicará um absoluto comprometimento da administração na perseguição do cumprimento das metas, valorativamente, lançadas e identificadas no mencionado anexo à Lei de Diretrizes Orçamentárias” (2001, p. 153).
- c.2) *estar acompanhada de medidas de compensação, no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição*: isto é, como sintetiza o referido parecerista “[...] se [o ente] ‘abrir mão’ de receita tributária por um lado, deverá, em essência, aumentar a receita pelas diversas formas” (WOCZIKOSKY, 2006, p. 261) autorizadas em lei.

A existência destes requisitos assinala Adler Van Grisbach Woczikosky (2006. p. 261), objetiva que o “administrador público comprove que a renúncia de receita não trará prejuízos à sociedade, mas ao contrário, deverá demonstrar detalhadamente que a sociedade lucrará com a renúncia fiscal. Da mesma forma, pretende-se evitar e limitar as concessões irresponsáveis e politiquistas de receita tributária”. A missão destes requisitos, portanto, é de salvaguarda do interesse público, especificamente das finanças públicas, uma vez que visam o planejamento, a transparência e o equilíbrio fiscal na concessão ou ampliação de benefícios tributários, evitando, conseqüentemente, que a arrecadação das receitas previstas na lei orçamentária fique comprometida e prejudique a continuidade das políticas públicas.

Assim sendo, pode-se verificar que a renúncia de receita advinda da concessão de benefícios tributários não está vedada pelo ordenamento jurídico pátrio, pois “[...] o art. 14 [da Lei de Responsabilidade Fiscal] não inibe por completo a concessão de incentivos fiscais e, podemos dizer, nem mesmo parcialmente” (OLIVEIRA, 2013, p. 958). Neste mesmo sentido, José Nilo de Castro (2006, p. 114) acentua que “[...] o que se evidencia não é a total impossibilidade de se renunciar receita, mas sim a renúncia com planejamento. Se se vai conceder ou se vai ampliar o benefício tributário ensejador de renúncia, impõe-se a satisfação das condições supracitadas, condições estas não previstas outrora”. Por conseguinte, percebe-se que conceder ou ampliar benefícios tributários é uma faculdade do gestor público⁸⁸, bastando

88 Este é o entendimento do Supremo Tribunal Federal manifestado no Agravo Regimental no RE 480.107: “[...]3. A concessão do benefício da isenção fiscal é ato discricionário, fundado em juízo de conveniência e oportunidade do Poder Executivo, cujo controle é vedado ao Judiciário. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.” (BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 480.107. Agravante: Paiva e Meneghel Ltda. e outro (a/s). Agravado: União. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília 03 de março de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=583843>>. Acesso em 27 out. 2014.) Igualmente assim se manifestou a corte por ocasião do RE 591.033: “[...] 1. O Município é ente federado detentor de autonomia tributária, com competência legislativa plena tanto para a instituição do tributo, observado o art. 150, I, da Constituição, como para eventuais desonerações, nos termos do art. 150, § 6º, da Constituição. [...]” (BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 591.033. Recorrente: Município de Votorantim. Recorrido: Edson Douglas Barbosa. Relatora: Ellen Gracie. Brasília 17 de novembro de 2010. Disponível em: <[119](http://re-</p></div><div data-bbox=)

que este comprove e atenda os requisitos definidos no referido artigo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, ao exigir planejamento, transparência e equilíbrio das contas públicas, constata-se que a Lei de Responsabilidade Fiscal há 15 anos vem cumprindo com o seu propósito de salvaguardar o interesse público ao qualificar a gestão das finanças públicas nas três esferas estatais. Este compromisso inclui a disciplina legal da concessão de benefícios de ordem tributária que acarretem renúncia de receita tributária.

Conforme assinalado, o artigo 14 desta Lei regula detalhadamente a renúncia de receita decorrente deste ato, estabelecendo critérios que devem ser obrigatoriamente seguidos quando ocorrer a concessão ou ampliação de tais benefícios. Assim, nos termos apresentados os benefícios tributários constituem-se no conjunto de normas que proporcionam tratamento diferenciado aos contribuintes, na medida que reduzem ou excluem o seu dever de recolher tributos, implicando em menor arrecadação pelo fisco. Não são vedados pelo ordenamento jurídico brasileiro, bastando a edição de lei específica pelo ente concedente como exige o artigo 150, §6º, da Constituição da República de 1988, e são utilizados como instrumentos de efetivação da intervenção do Estado na economia e na sociedade.

Por recaírem sobre a receita tributária, diminuindo a estimativa de receita prevista na lei orçamentária, os benefícios tributários dão ensejo a renúncia de receita, a qual a doutrina citada denomina de despesa tributária ou gasto tributário a ser contabilizada e administrada pela Fazenda Pública no conjunto das demais despesas. A renúncia de receita é, portanto, o resultado do ato de concessão de benefícios de ordem tributária, originada de uma lei, em que a Fazenda Pública competente para a instituição do tributo fica autorizada a não arrecadá-

-lo, ensejando este ato no ingresso de menos dinheiro nos seus cofres.

Para que seja considerada válida, a concessão ou ampliação de benefícios tributários que acarretem renúncia de receita tributária deve atender aos requisitos definidos no artigo 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal. O artigo em questão exige que a Fazenda Pública concedente elabore a estimativa do impacto orçamento-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, que atenda ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias (*caput*) e a uma das seguintes condições: a demonstração de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária (inciso I) e/ou apresentação de medidas de compensação (inciso II). Enfim, como dito, conceder ou ampliar benefícios tributários é uma faculdade do gestor público, traduzindo-se num ato discricionário, fundado em juízo de conveniência e oportunidade, visando implementar objetivos estatais de caráter extrafiscal, que se tornam válidos e efetivos quando atendidos os critérios acima, relativos a renúncia de receita que o ato desencadeará no equilíbrio e gestão das contas públicas.

Assim, restaram fixadas as diretrizes teóricas e legais que norteiam e disciplinam a concessão de benefícios tributários e a renúncia de receita na Lei de Responsabilidade Fiscal. Por fim, impõe-se deixar registrado que o assunto não se esgota por aqui, dado que ainda há muito a ser produzido doutrinária e jurisprudencialmente sobre ele, com vistas ao fortalecimento dos estudos da renúncia de receita tributária e o seu impacto não só nas finanças públicas, mas em todas as áreas da Administração Pública. Renunciar receita tributária no atual estado de penúria das Fazendas Públicas é atentar contra o interesse público e retirar direitos daqueles que mais precisam da atuação estatal.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Francisco Carlos Ribeiro de. A renúncia de receita como fonte alternativa de recursos orçamentários. **Revista do Tribunal de Contas da União**. Brasília, v. 32, n. 88, p. 54-65, abr./jun 2001.

BRASIL. **Ministério da Fazenda**. Secretaria da Receita Federal do Brasil. Demonstrativo dos Gastos Governamentais Indiretos de Natureza Tributária – (Gastos Tributários) – PLOA 2014. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/publico/estudotributario/BensTributarios/2014/DGT2014.pdf>>. Acesso em 06 set. 2014.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.462. Requerente: Procurador Geral da República. Requeridos: Governador do Estado do Pará e Assembleia Legislativa do Estado do Pará. Relatora: Ministra Cármen Lucia. Brasília 15 de setembro de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618979>>. Acesso em 27 out. 2014.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo regimental em agravo de instrumento nº 142.348. Agravante: SID Microeletrônica S.A. Agravada: União Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília 02 de agosto de 1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=275285>>. Acesso em 31 de out. 2014.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 414.249. Agravante: Município de Belo Horizonte. Agravado: Companhia de Saneamento de Minas Gerais - COPASA. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília 31 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=616635>>. Acesso em 27 out. 2014.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 480.107. Agravante: Paiva e Meneghel Ltda. e outro (a/s). Agravado: União. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília 03 de março de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=583843>>. Acesso em 27 out. 2014.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 403.205. Recorrente: Distribuidora Farmacêutica Panarello Ltda. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília 28 de março de 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261757>>. Acesso em 27 out. 2014.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 591.033. Recorrente: Município de Votorantim. Recorrido: Edson Douglas Barbosa. Relatora: Ellen Gracie. Brasília 17 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=619654>>. Acesso em 27 out. 2014.

BRAZ, Felipe Juliano. Intervenção do Estado no domínio econômico. **Jurisway Sistema Educacional Online**, 08 ago. 2008. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=774>. Acesso em 07. jun. 2014.

BROLIANI, Jozélia Nogueira. Renúncia de receita e a lei de responsabilidade fiscal. **A&C: Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, ano 4, n. 18, p. 51-88, out./dez. 2004.

BRUNO, Reinaldo Moreira. **Lei de Responsabilidade Fiscal e Orçamento Público Municipal**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2008.

CASTRO, José Nilo de; VIEIRA, Virgínia Kirchmeyer. Loteamento – Necessidade de verificar sua compatibilidade com a legislação urbanística – IPTU – Cobrança regular em zona urbana – Necessária verificação – Isenção – Renúncia de receita (Parecer). **Revista Brasileira de Direito Municipal**. Belo Horizonte, v. 7, n. 20, p. 93-105, abr./jun. 2006.

CASTRO, José Nilo; MAYRINK, Cristina Pandovani; CASTRO, Christofer Magalhães. Análise – Projeto de lei nº *** - Lei ordinária – Benefício fiscal – Anistia – Renúncia de receita com planejamento – Possibilidade (Parecer). **Revista Brasileira de Direito Municipal**. Belo Horizonte, ano 7, n. 20, p. 107-116, abr./jun. 2006.

DERZI, Misabel Abreu Machado. Princípios constitucionais que regem a renúncia de receita. **Revista Internacional de Direito Tributário**. Belo Horizonte, v. 1, n. 1, jan./jun. 2004, p. 333-362.

FURTADO, José Ribamar Caldas. O controle da renúncia de receita. **Interesse Público**. Sapucaia do Sul, v. 8, n. 39, p. 411-422, set./out. 2006.

HENRIQUES, Elcio Fiori. **Os benefícios fiscais no direito financeiro e orçamentário: o gasto tributário no direito brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010.

MARTINS, Marcelo Guerra. Renúncia de receita como gasto tributário e a Lei de Responsabilidade Fiscal. **Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico**. Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 51-69, set. 2012/fev. 2013.

NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Ives Gandra da Silva; (co-ordenadores). **Comentários a Lei de Responsabilidade Fiscal**. São Paulo: Saraiva, 2001.

NÓBREGA, Marcos. Renúncia de receita; guerra fiscal e tax expenditure: uma abordagem do art. 14 da LRF. **Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL)**. Disponível em: <<http://www.cepal.org/ilpes/noticias/paginas/6/13526/marcosnobrega1.pdf>>. Acesso em 30 ago. 2014.

OLIVEIRA, Weder de. Curso de responsabilidade fiscal: direito, orçamento e finanças públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

RIBEIRO, Deborah Fialho; VIEIRA, Virgínia Kirchmeyer. Renúncia de receita tributária na lei de responsabilidade fiscal. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte, v. 39, n. 2, p. 35-43, abr. 2001.

ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio Franco da. **Manual de direito financeiro e direito tributário**. 17. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

STAHNKE, Oscar Breno. Lei de Responsabilidade Fiscal: art. 14. Interpretação e considerações sobre a renúncia de receita, isenção de impostos, remissão, descontos, redução de multas, etc. Concessão de créditos. Vigência de leis editadas anteriormente. (Parecer). **Interesse Público**. São Paulo, 2001, n. 11, p. 148-157.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VILLELA, Luiz; LEMGRUBER, Andrea; JORRATT, Michael. Los presupuestos de gastos tributarios: conceptos y desafios de implementación. Documento de trabajo del BID # IDB-WP-131. **Banco Interamericano de Desarrollo**. Diciembre 2009. Disponível em: <<http://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/4302/Los%20presupuestos%20de%20gastos%20tributarios.pdf%3bjsessionid=F6DA006B17B0F06DF027DBCD5AEB01BE?sequence=1>>. Acesso em 06 set. 2014.

WOCZIKOSKY, Adler Van Grisbach. Isenção tributária sob o prisma da Lei de Responsabilidade Fiscal. **Revista do Instituto dos Advogados do Paraná**. Curitiba, n. 34, p. 249-269, jan./jun. 2006.

PRIVACIDADE EM PÚBLICO: MONITORAMENTO DE ESPAÇOS PÚBLICOS ATRAVÉS DE CIRCUITO FECHADO DE TELEVISÃO

*PRIVACY IN PUBLIC: MONITORING PUBLIC PLACES
TROUGH CLOSED CIRCUIT TELEVISION*

Carlos Rogério Guedes Pires⁸⁹

Resumo: O presente artigo tem o objetivo de relatar estudos realizados com a finalidade de apresentar uma proposta de regulamentação do emprego de sistemas de monitoramento de espaços públicos através de câmeras em Circuito Fechado de Televisão (CFTV). Após uma breve exposição das abordagens sociológicas sobre o emprego de sistemas de CFTV em espaços público e das perspectivas normativas sobre o direito à privacidade, o estudo passa a problematizar as condições e limites da vigência de um direito à privacidade em público. Por fim, após um levantamento dos regimes de proteção da privacidade no direito comparado, em especial sobre a proteção de dados pessoais, conclui-se com a apresentação de algumas diretrizes mínimas que devem ser consideradas na implementação de um marco regulatório sobre o emprego de sistemas de monitoramento de espaços público através de câmeras em Circuito Fechado de Televisão (CFTV).

Palavras-chave: CFTV. Direito à Privacidade. Espaços públicos. Proteção de dados. Marco regulatório.

89 Procurador da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre. Mestre em Sociologia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Municipal pela Escola Superior de Direito Municipal / Fundação Escola Superior do Ministério Público

Abstract: *This article aims to report studies undertaken in order to submit a proposal to regulate the use of Closed Circuit Television (CCTV) cameras monitoring systems in public places. After a brief presentation of sociological approaches to the use of CCTV systems in public places and normative perspectives on the right to privacy, the study goes on to discuss the conditions and limits of validity of a right to privacy in public. Finally, after a survey of the privacy's protection regimes in comparative Law, in particular on personal dataprotection, it concludes with the presentation of a minimum guidelines that should be considered in the implementation of a regulatory framework on employment of Closed Circuit Television in public places.*

Keywords: *CCTV. Right to privacy. Public spaces. Data protection. Regulatory framework.*

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa relatar estudos realizados com a finalidade de elaborar um marco regulatório para o monitoramento de espaços públicos com o emprego de sistemas de Circuito Fechado de Televisão (CFTV) no âmbito municipal. O trabalho procura abranger a abordagem do monitoramento de espaços públicos tanto do ponto de vista descritivo, como normativo. A franca expansão desses dispositivos torna patente a necessidade de um marco normativo para o seu emprego. Mesmo consciente das implicações de correlacionar pontos de vista descritivos e normativos, esta postura parece adequada à presente situação, uma vez que o estudo teve por objeto a elaboração de uma proposta legislativa. Assim, primeiro farei uma breve revisão de pesquisas acadêmicas, em especial as abordagens sociológicas, a fim de identificar as principais questões relacionadas ao emprego desses dispositivos em vias públicas com fins de prevenção do delito e controle da delinquência. Num segundo momento examino o direito à privacidade na tentativa de construir uma concepção desse direito, em especial para perquirir sobre

a sua vigência tanto em espaços públicos quanto em relação a direitos, interesses ou valores contrapostos, a segurança notadamente. Por fim, examinarei algumas experiências de regulação empreendidas no direito comparado.

1 SEGURANÇA E PRIVACIDADE

Para além da questão conceitual sobre o eventual conflito entre segurança e privacidade, fatos recentes, tanto em nível local como nacional⁹⁰, demonstram a preeminência do tema da proteção de informações pessoais disponíveis em bases de dados públicas. Além disso, o Ministério da Justiça retomou recentemente consulta pública realizada entre 2010-2011, objetivando a elaboração de projeto de lei sobre a proteção de dados pessoais nos moldes adotados na União Europeia⁹¹. Finalmente, em Porto Alegre uma ação civil pública⁹² promovida por uma organização não governamental ligada ao movimento LGBT questionou em juízo a utilização de câmeras em vias públicas com fundamento na proteção da privacidade. E um termo de ajustamento de conduta firmado entre o Ministério Público Estadual e o Governo do Estado do Rio Grande do Sul reconhece a implicação do emprego desses dispositivos sobre o direito à privacidade e impõe ampla regulação da matéria⁹³.

Primeiramente vale explicar a escolha terminológica. A opção pela expressão CFTV decorre de sua neutralidade em relação às alternativas encontradas na

90 No Rio Grande do Sul, os vazamentos de informações pessoais do Sistema de Consultas Integradas da Secretaria de Segurança (<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2010/09/sistema-com-dados-sigilosos-e-acessado-por-49-orgaos-diz-secretario-de-seguranca-do-rs-3030814.html>) e, na União, o vazamento de informações fiscais da Receita Federal (<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2010/09/filha-de-jose-serra-tambem-tem-sigilo-fiscal-violado.html>) mostram a fragilidade dos mecanismos de proteção de dados pessoais.

91 Ver <http://participacao.mj.gov.br/dadospessoais/>

92 Processo nº 001/1.05.0267565-2, que tramitou na 1ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central, Comarca de Porto Alegre, tendo como autor SOMOS COMUNICACAO SAUDE E SEXUALIDADE e réus o Estado do Rio Grande do Sul e o Município de Porto Alegre.

93 Inquérito Civil Público 87/2004.

literatura. A expressão é adotada pelos investigadores do Reino Unido e outras regiões de língua inglesa. Os pesquisadores da Europa Continental preferem o termo videovigilância que comporta uma valoração prévia negativa ao remeter à distopia orweliana do *big brother* ou às perspectivas foucaultianas do panoptismo. Por essa razão, a polícia francesa, a fim de evitar tal conotação, passou a utilizar o termo videoproteção, também valorativo, porém com sinal inverso. No Brasil, textos normativos e oficiais optam pelo termo videomonitoramento. Penso, todavia, que a expressão CFTV, adotada pelos pesquisadores do Reino Unido, é preferível por simplesmente descrever a tecnologia empregada sem adotar uma valoração dos dispositivos em questão.

1.1 Circuito Fechado de Televisão (CFTV) em Espaços Públicos

A utilização massiva de câmeras de vídeo para o monitoramento de espaços públicos com objetivos de controle do crime se tornou uma constante nas últimas duas décadas e vem se difundindo rapidamente nas grandes metrópoles da Europa e da América do Norte e, mais recentemente, na América Latina (VIANNA, 2004; NIETO, 1997). O exemplo mais exuberante é o do Reino Unido que segundo algumas estimativas disporia, em meados dos anos 2000, de cerca de quatro milhões de câmeras, sendo que apenas em Londres haveria dispositivos numa proporção de uma câmera para cada 14 habitantes (NORRIS, McCAHILL, 2006). Esses equipamentos são apresentados como ferramenta efetiva para a prevenção do delito. No entanto, a sua utilização em espaços públicos tem suscitado debates tanto na Europa quanto nos Estados Unidos em vista de seu potencial intrusivo sobre a privacidade e outras liberdades públicas dos cidadãos⁹⁴.

94 Para os Estados Unidos consultar: THE CONSTITUTION PROJECT (2005). Também "AMERICAN BAR ASSOCIATION. **Standards for Criminal Justice-Electronic Surveillance (3D ED.)**. Section b: technologically-assisted physical surveillance", do European Data Protection Supervisor.

Como aponta Kanashiro (2008) e mostra a experiência internacional (NORRIS, McCAHILL, WOOD, 2004), a difusão de sistemas de CFTV tem antecedido a sua regulamentação legal. Conforme tipologia apresentada por Norris *et alii* (NORRIS, McCAHILL, WOOD, 2004), com base na experiência britânica, o modo de propagação dos sistemas de CFTV é composto por quatro etapas progressivas: difusão privada⁹⁵, difusão institucional na esfera pública⁹⁶, difusão limitada nos espaços públicos⁹⁷ e, por fim, em direção à ubiquidade⁹⁸.

A experiência brasileira, segundo Kanashiro (2008), seguiu mais ou menos o mesmo padrão, iniciando-se nos anos 1980 com o emprego de sistemas de CFTV em bancos e na segurança privada, seguindo para prédios públicos e hoje se difunde ao processo de monitoramento de espaços públicos urbanos. A utilização de sistemas de CFTV no Brasil encontra-se em franca expansão, inclusive por indução da Secretaria Nacional de Segurança Pública, dado que o módulo de videomonitoramento é parte integrante da infraestrutura dos Gabinetes de Gestão Integrada Municipal, cuja instituição foi estimulada em todo o País mediante aportes financeiros por parte do Governo Federal⁹⁹. Apesar disso, o Ministério da Justiça não apresentou um marco normativo para a sua regulação. Neste contexto, alguns textos legais passam a tratar de uma regulamentação dos dispositivos instalados sob os auspícios da União

95 Quando os sistemas são utilizados para fins de segurança privada em bancos e no comércio de varejo, com utilização de câmeras fixas e sem pessoal dedicado ao monitoramento contínuo.

96 Quando passam a monitorar estações de transporte público, instalações públicas e escolas, com pequena aplicação de dispositivos com capacidade movimentação, foco e aproximação das imagens (*pan, tilt and zoom*) em muitos casos com pessoal empregado especificamente no monitoramento dos espaços.

97 Em centros e vias urbanas, destinados a prevenção e flagrante de delitos, normalmente com sistemas em pequena escala, com grande variação em termos de tecnologia e organização de pessoal e, em muitos casos, com ligação com as forças policiais.

98 Quando os sistemas se tornam mais abrangentes em termos de espaço de cobertura, capacidade tecnológica, integração, entre si e com bases de dados diversas, tudo integrado a uma única central de monitoramento.

99 Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania – PRONASCI, Lei 11.530/2007.

em convênios firmados para a execução do programa¹⁰⁰.

Contribui para a expansão dos sistemas de CFTV, como aponta Kanashiro (2008), a estreita relação entre empresários de segurança privada e formuladores de políticas de segurança e as preocupações com ações terroristas por parte da Europa e dos Estados Unidos, o que tem feito com que a utilização dos dispositivos tenha passado de mera sugestão no período 1982-1995 à imposição em certos espaços, notadamente em portos e aeroportos. Para Kanashiro (2008), que analisou 62 projetos de lei sobre o assunto, no Brasil, a quase totalidade das propostas legislativas sobre a matéria se restringe a sugerir ou obrigar a utilização de câmeras de vigilância, sem definições e regras claras sobre a instalação e operação dos dispositivos, sendo que apenas 3,2% dos documentos analisados referiam-se à necessidade de afixar avisos nas áreas monitoradas em resposta a preocupações sobre a privacidade (KANASHIRO, 2008).

1.2 Prevenção Situacional do Delito

O emprego de sistemas de CFTV em espaços públicos costuma ser apresentado como ferramenta para a prevenção de delitos e captura de criminosos ou, ainda, como elemento de prova na persecução criminal (WELSH, FARRINGTON, 2002; HIRSCH, 2007). Objetivos que se inscrevem em uma nova compreensão criminológica mais centrada nas oportunidades para a prática de delitos que na identificação, punição e tratamento dos delinquentes (CLARKÉ, 1997; FELSON, CLARKE, 1998; no Brasil ver BEATO, PEIXOTO, ANDRADE, 2004). Essas novas criminologias de prevenção situacional do delito buscam seus fundamentos teóricos na teoria da escolha racional e na teoria das atividades de rotina.

[...] a prevenção situacional compreende medidas de redução de oportunidade que (1) são dirigidas a formas altamente específicas de cri-

100 No Rio Grande do Sul, notadamente, o Município de Canoas, através da Lei Municipal nº 5466/2009.

me, (2) envolvem o gerenciamento, desenho e manipulação do contexto imediato de forma tão permanente e imediata quanto possível, (3) tornando a prática criminosa mais difícil e arriscada, ou menos recompensadora e escusável segundo o julgamento de uma ampla gama de ofensores (CLARKE, 1997, p. 4, tradução nossa).

Conforme se depreende da definição dada por Clarke, a prevenção situacional é tributária das teorias da escolha racional que percebem o criminoso como um agente calculador, que pesa os custos e benefícios da ação criminosa conforme as informações de que dispõe. Nesse sentido, as técnicas de prevenção situacional centram-se na manipulação do ambiente a fim de criar obstáculos à prática delituosa e reduzir os ganhos decorrentes dessa atividade.

Ao contrário da abordagem criminológica tradicional, que pretendia entender a dinâmica criminal a partir de suas causas próximas e remotas (sociais, psicológicas e biológicas) e assim propor medidas terapêuticas e reformas das instituições, a contemporaneidade tem visto surgir uma criminologia mais orientada para a prevenção das situações próximas que oportunizam a conduta delitiva (GARLAND, 2005). Segundo Garland, em verdade se trata de técnicas adaptativas adotadas, primeiro como adaptação em âmbito privado, depois incorporadas pelas políticas públicas e racionalizadas pelo saber criminológico, para enfrentar uma situação de normalização das altas taxas de delitos e o reconhecimento das limitações da justiça criminal estatal. Em um trabalho publicado nos anos setenta, Cohen e Felson sustentam que a ocorrência de delitos depende da conjugação no espaço e no tempo de três fatores: um ofensor motivado, um alvo apropriado e a falta de um guardião em condições de evitar o delito (COHEN, FELSON, 1979). Para esses autores, o aumento das taxas de delito nos EUA a partir dos anos 1960 decorre de determinadas mudanças nessa sociedade que facilitaram a conjugação desses três fatores. Assim, a crescente entrada das mulheres no mercado de trabalho aumentou o número de residências vazias (*absence of*

a *capable guardian*) durante o dia, enquanto a portabilidade dos equipamentos domésticos, somado ao seu crescente valor econômico, os tornaram atrativos objetos de furto (*suitable targets*). Desde essa perspectiva, a implementação de sistemas de CFTV aparece aos proponentes das teorias da prevenção situacional como instrumento capaz de incidir sobre o terceiro fator da tríade, servindo de contra incentivo à prática de delitos e outras desordens e à captura de delinquentes.

1.3 Os Estudos sobre Vigilância

O debate em torno do emprego de dispositivos de CFTV e outras tecnologias de coleta e tratamento de dados fez surgir um tema específico de pesquisa no seio do que se convencionou chamar de *surveillance studies*, especialmente a partir de pesquisadores agrupados em torno da publicação eletrônica *Surveillance and Society*¹⁰¹. Ao mesmo tempo, têm predominado na literatura pesquisas sobre a efetividade dos sistemas de CFTV na prevenção e redução da criminalidade, onde se destaca a produção do *Home Office* no Reino Unido (CLARKE, 1997).

As pesquisas voltadas para a avaliação da efetividade dos sistemas de CFTV sobre a criminalidade têm concluído que estes sistemas têm um baixo impacto sobre as taxas de delitos (WELSH, FARRINGTON, 2002; para uma análise sobre o Rio Grande do Sul, vide GUIMARÃES, 2007), apontando que ocorre um efeito de deslocamento da criminalidade (*displacement*) para áreas não cobertas pelos sistemas de CFTV (WELSH e FARRINGTON, 2002; GUIMARÃES, 2007), bem como há um impacto diferencial sobre crimes contra a propriedade (maior efetividade) e crimes contra a pessoa e outras formas de desordem (menor efetividade) (WELSH e FARRINGTON, 2002; PHILLIPS, 1999). Os resultados têm sido considerados, na maioria das vezes, ambíguos (WELSH e FARRINGTON, 2002)¹⁰². De outro lado, alguns

101 <http://www.surveillance-and-society.org/>

102 Conforme se lê na revisão sistemática de 22 estudos conduzida por Welsh e Farrington (2002), em 11 casos (metade da amostra) houve redução significativa da taxa de cri-

estudos indicam que a melhoria da iluminação pública teria maior impacto na redução das taxas de criminalidade que a introdução de CFTVs (ATKINS, 1991). Tais incertezas, somadas às dificuldades metodológicas de se medir o impacto destes mecanismos, têm levado a uma virada nesse tipo de pesquisa, agora voltada a identificar as condições que favorecem a sua efetividade (DUMOULIN, GERMAIN, DOUILLET, 2010).

No campo dos *surveillance studies* os pesquisadores têm centrado a atenção sobre o aspecto do poder e do controle social, numa tradição que remonta ao célebre trabalho de Foucault sobre o nascimento da prisão (FOUCAULT, 1991; LYON, 2003; McCAHILL, NORRIS, 2002). Sobressaem, nesse tipo de abordagem, os aspectos relacionados ao aumento do poder de controle sobre os indivíduos, o surgimento de um controle sobre grupos populacionais centrado nos riscos e a utilização dos sistemas de vigilância como mecanismo de exclusão e discriminação. É de ressaltar que estas perspectivas tendem a considerar inadequada ou insuficiente uma abordagem do problema centrada no direito à privacidade (BENNETT, 2011; SIMITIS, 1987).

Apesar disso, como demonstra Bennett (2011), o desenvolvimento atual da perspectiva da privacidade e do seu regime de proteção parece resistir às principais críticas endereçadas pelos pesquisadores vinculados aos *Surveillance Studies*. Para Bennett (2011) se não fosse o atual regime de proteção da privacidade, tal como expresso em diversas normativas internacionais e normas internas nos EUA e na Europa, haveria pouco ou nenhum remédio às violações da privacidade. Além disso, os *Surveillance Studies* baseiam-se em grande medida em especulações teóricas, sem avançar em demonstrações empíricas que corroborem suas análises mais abrangentes sobre os efeitos de poder decorrentes do emprego de sistemas de vigilância (DUMOULIN, GERMAIN, DOUILLET, 2010). Essas perspectivas, ade-

mes, em 5 casos houve um aumento, em 5 casos não foi encontrado nenhum efeito, enquanto em um caso os efeitos foram considerados incertos. O estudo aponta, ainda, que a taxa média de redução, em contraste com as áreas de controle, girou entre 4% e 6%. Concluiu, ademais, que os dispositivos de CFTV são mais efetivos em relação a crimes que envolvem furto de veículos e que apresentaram baixa efetividade em relação a crimes violentos.

mais, na esteira do trabalho de Foucault, tendem a desprezar os aspectos normativos o que as impossibilita de justificar porque o aumento da vigilância deve ser visto como algo negativo seja para os indivíduos, seja para a sociedade como um todo (FRASER, 1994). Contudo, é notável o trabalho de autores como Norris e Armstrong (1999)¹⁰³ que têm conduzido trabalhos empíricos procurando estabelecer os padrões de seletividade na operação dos sistemas de CFTV, concluindo que:

[...] o poder dos operadores mostrou-se amplamente discricionário em relação a quem será vigiado, por quanto tempo e à decisão de iniciar uma intervenção direta. A soma total destes julgamentos discricionários individuais produziu um padrão altamente diferenciado para a vigilância desproporcional de homens jovens, negros ou visivelmente identificados por sinais de afiliação subcultural. Como essa diferenciação não se relaciona com qualquer comportamento objetivo ou critério individualizado, mas meramente por ser categorizado como parte de um grupo social, tais práticas são claramente discriminatórias (NORRIS, ARMSTRONG, 1999, p. 175, tradução nossa).

A mesma pesquisa constatou, ainda, a baixa vigilância sobre as mulheres, mesmo por razões de proteção, e que ao serem focadas, em 10% a 15% das vezes, a vigilância estava relacionada a motivações voyeurísticas (NORRIS, ARMSTRONG, 1999). Pesquisas conduzidas em salas de monitoramento têm demonstrado, também, o desenvolvimento de formas sutis de resistência por parte dos operadores das salas de controle através da construção de estratégias para passar o tempo em resposta aos efeitos do cansaço, enfado e a dificuldade de monitorar muitas câmeras ao mesmo tempo (SMITH, 2004). Segundo Smith, tais achados sugerem que os operadores sentem-se alienados do seu trabalho devido ao confinamento da sala de controle, às longas ho-

103 Para tanto os autores observaram uma sala de monitoramento por 592 horas, onde foram constatados 888 alvos vigiados ativamente pelos operadores.

ras de trabalho, às expectativas elevadas sobre o resultado do seu trabalho, à baixa remuneração e à falta de reconhecimento. Em conclusão aponta que tais fatores somados comprometem seriamente a efetividade dos aparatos de vigilância (SMITH, 2004). Pesquisa idêntica reproduzida na cidade de Curitiba, PR, chegou a conclusões semelhantes: aborrecimento, tédio, construção de jogos para passar o tempo, vigilância baseada em estereótipos, etc. (TREVISAN, FIRMINO, MOURA JUNIOR, 2009). Entretanto, as novas tecnologias de vídeoanálise (*smartcam*) e de identificação biométrica tendem a minimizar alguns desses aspectos.

Cabe destacar, também, as pesquisas sobre grandes metrópoles têm identificado a relação entre o avanço das tecnologias de vigilância e a revitalização dos centros urbanos com vistas à atração de investimentos e o estímulo ao turismo, tendo como consequência visível a exclusão de consumidores “falhos” (*flawed consumers*) (FYFE, BANNISTER, 1996; McCAHILL, NORRIS, 2002; em sentido semelhante, CALDEIRA, 2000 e KANASHIRO, 2008). Caldeira (2000, p. 320), em estudo comparativo sobre as metrópoles de São Paulo e Los Angeles, sustenta que “[...] em uma cidade em que os sistemas de identificação e as estratégias de segurança estão se espalhando por toda a parte, a experiência de vida urbana é de diferenças sociais, separações, exclusões e lembranças das restrições no uso do espaço público”.

Independentemente das considerações teóricas mais abrangentes dos *surveillance studies* sobre a sociedade disciplinar ou de vigilância, as pesquisas empíricas parecem corroborar alguns aspectos estigmatizantes e discriminatórios do emprego de sistemas de CFTV, bem como os seus efeitos sobre os agentes encarregados do monitoramento do sistema. Neste sentido, qualquer iniciativa de regulamentação da utilização de sistemas de monitoramento por câmeras de vídeo em vias públicas deve enfrentar esses interrogantes em seu próprio desenho, o que se tem designado na literatura internacional como *privacy by design*. Além disso, a pesquisa empírica sobre os efeitos desejados do sistema - prevenção do delito e captura de delinquentes - parece conduzir

à conclusão de que a sua eficácia está diretamente relacionada ao tipo de evento que se pretende coibir e com os locais que se pretende monitorar e, portanto, depende de estudos prévios para o seu desenho e instalação. Essa última ideia é especialmente frisada pelos entusiastas da prevenção situacional (CLARKE, 1997; FELSON, CLARKE, 1998). Assim, Clarke afirma que:

A necessidade de adotar medidas específicas a determinados tipos de delitos não deveria ser interpretada no sentido de que os infratores sejam especialistas [...] somente que o cometimento de certos tipos de delinquência depende fundamentalmente de uma particular constelação de oportunidades ambientais e que essas oportunidades precisam ser restringidas de formas muito específicas (CLARKE, 1997, p. 4, tradução nossa).

O autor ainda aponta entre as principais causas da ineficácia no emprego de estratégias de prevenção situacional a falta de análise adequada dos problemas a serem enfrentados em relação às medidas adotadas. Do mesmo modo, em Felson e Clarke (1998) apontam como segundo princípio no seu decálogo da prevenção situacional que as oportunidades criminais são altamente específicas e que, por consequência, as medidas de prevenção também devem ser.

Em suma, enquanto as pesquisas sobre a efetividade dos sistemas de CFTV se centram na busca de soluções técnicas, sem desenvolver qualquer análise complementar sobre os aspectos éticos envolvidos no emprego de tais dispositivos, os *surveillance studies* tendem a condenar essas práticas com base em um ideal normativo nunca explicitado. Esse déficit normativo os impede de conceber modelos de regulação que permitam conciliar expectativas legítimas em relação a direitos que podem estar em aparente conflito, no caso, a segurança e a privacidade. Essa questão demonstra mais ainda sua relevância, penso, quando se percebe a ampla acei-

tação do público em relação aos dispositivos de CFTV em espaços públicos.

Atualmente, a CFTV tem uma recepção positiva dos membros do público em geral. Os níveis de preocupação quanto à sua utilização não são elevados e o sistema é considerado eficaz no controle do crime. No entanto, a aceitação do público baseia-se no limitado, e em parte, impreciso conhecimento das funções e capacidades de sistemas de CFTV em lugares públicos. Pode haver uma necessidade de diretrizes que irão tornar possível uma aceitação pública informada sobre CFTV através de consulta mais ampla e a prestação de informações. Há também uma necessidade de encorajar procedimentos operacionais que irão maximizar a eficácia da CFTV e minimizar qualquer ameaça às liberdades civis que possam surgir a partir de qualquer prática descuidada ou o mau uso deliberado de tais sistemas. Quaisquer orientações devem antecipar futuros problemas devido à proliferação de sistemas de CFTV, e o ritmo de desenvolvimento tecnológico que permite formas cada vez mais poderosas de vigilância (HONESS, CHARMAN, 1992, 25).

Nesse sentido, seguindo Bennett (2011), parece correta uma abordagem do problema que retome o fio condutor que vai da discussão conceitual do direito à privacidade à consideração dos seus regimes de proteção.

2 OS SISTEMAS DE MONITORAMENTO POR CÂMERAS DE VÍDEO EM VIAS PÚBLICAS E A PROTEÇÃO DA PRIVACIDADE

Os sistemas de CFTV representam um aspecto apenas de um panorama alterado pelas tecnologias da informação e da comunicação. As capacidades aumen-

tadas de coleta, processamento e disseminação de informações pessoais têm motivado uma preocupação crescente com relação ao seu impacto sobre a privacidade e outras liberdades públicas (NISSENBAUM, 2010). Desnecessário referir que a situação norteamericana e europeia após os atentados de 11 de setembro de 2001 faz com que os argumentos de defesa da segurança nacional, alimentados pelo sentimento de insegurança resultante, se sobreponham às reivindicações de direitos, em especial à privacidade (LYON, 2003)¹⁰⁴. Contudo, o direito a uma esfera protegida da intervenção do Estado ou de terceiros é garantida pela Constituição Federal, bem como pelos sistemas internacionais globais e regionais de proteção dos direitos humanos e constitui aspecto central da formação ética e da liberdade de escolha dos indivíduos, servindo como condição possibilitadora, em última instância, da própria autonomia pública dos cidadãos. A discussão se insere em um marco mais amplo do debate travado entre liberais e comunitaristas contrapondo a autonomia individual aos deveres para com a comunidade a que se pertence (SANDEL, 1998). Os primeiros, priorizando a privacidade como condição para o exercício da autonomia individual e os segundos, que o direito à privacidade deve ceder em face do bem comum. Por essa razão, considero importante reconstruir uma concepção sobre a privacidade e as liberdades públicas que dê amparo tanto às preocupações legítimas sobre a segurança pública como aos direitos e liberdades dos indivíduos no uso dos espaços públicos.

2.1 O Direito à Privacidade

O debate acerca do direito à privacidade remonta, ao menos em sua formulação moderna, ao artigo seminal de Warren e Brandeis¹⁰⁵, publicado em 1890 na

104 Para uma exposição da legislação norte-americana posterior aos atentados, em especial o *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act (the PATRIOT Act)*, ver Nieto, Johnston-Dodds, Simmons (2002).

105 A motivação do texto é o desenvolvimento e difusão dos equipamentos fotográficos

Harvard Law Review, invocando o “direito de ser deixado em paz” (*right to be let alone*). Nesse texto os autores não apresentam um conceito de direito à privacidade, no entanto, fundamentam a sua proteção por parte do Estado em virtude do vínculo que este direito apresenta em relação à integridade da personalidade (*inviolate personality*), o que justificaria a sua proteção específica (WARREN, BRANDEIS, 1890). A literatura costuma fundar o direito à privacidade numa vasta gama de interesses que visam à proteção de uma esfera privada para que o indivíduo desenvolva o seu bem-estar, autonomia, saúde mental, criatividade e liberdade, ao desfrutar de um espaço livre do constante escrutínio por parte dos outros, principalmente do risco de desaprovação, censura e ridículo (GAVISON, 1980). Tal esfera, argumenta-se, permite ao indivíduo formar seus julgamentos de forma autônoma (GAVISON, 1980)¹⁰⁶, construir uma gama de relações pessoais significativas com as pessoas de sua escolha (RACHELS, 1975)¹⁰⁷ e, por consequência, construir uma sociedade plural e democrática (NAGEL, 2002)¹⁰⁸.

Dizer, no entanto, que o direito à privacidade serve à proteção da autonomia individual, ao florescimento das relações humanas e à própria sociedade, não nos diz muito sobre o seu campo de aplicação. São muitas as teorias que visam definir o seu escopo, sendo que os autores costumam recorrer ao segredo de determinadas

e da imprensa de fofoca que estaria a minar a proteção da esfera privada, questões que afetaram a própria vida privada de um dos autores.

106 Assim, o gozo de um espaço de liberdade permite ao indivíduo formar suas próprias escolhas e julgamentos e ter experiências mentais e práticas não convencionais ou impopulares aos olhos dos demais ou da maioria, sem o temor da desaprovação alheia, permitindo o seu amadurecimento antes de expor-se ao julgamento público.

107 Segundo Rachels (1975, p. 326), a privacidade permite aos indivíduos estabelecer os tipos de relação que entretém com os demais através da seleção do tipo de informação que compartilha com esses outros, conforme o grau de intimidade e confiança. Segundo o autor “o valor da privacidade é baseado na idéia de que há uma estreita conexão entre nossa habilidade para controlar quem tem acesso a nós e a informação sobre nós, e nossa habilidade para criar e manter diferentes tipos de relação social com diferentes tipos de pessoa”.

108 Também Priscilla Regan (1995, *apud* NISSENBAUM, 2010, p. 86) destaca a importância da proteção da privacidade para a promoção de outras liberdades públicas como a liberdade de expressão e associação e por consequência para o florescimento de sociedades liberais e democráticas.

matérias, à proteção da personalidade, à intimidade, ao direito de ser deixado só, ao acesso limitado ao *self*, ao controle sobre as informações pessoais (SOLOVE, 2002) e, mais recentemente, em razão da revolução das comunicações, a um direito ao esquecimento.

A tendência internacional é tratar a proteção do direito à privacidade como controle sobre as informações pessoais, na esteira do que decidiu a Corte Constitucional Federal Alemã, em 1983, sobre a coleta de informações para fins censitários. Segundo essa decisão, os indivíduos devem ter o direito de determinar quem pode utilizar seus dados, sob que propósito, em que condições e por quanto tempo, pois somente assim serão capazes de livremente formar, expressar e defender suas opiniões, devendo a autodeterminação informacional (*informationelle Selbstbestimmung*) ser vista e tratada como uma pré-condição elementar de uma sociedade democrática (SIMITIS, 2010).

Na doutrina brasileira José Afonso da Silva (2007, p. 206), assentindo com posição defendida por Matos Pereira, afirma: “[...] toma-se a privacidade como ‘o conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob o seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito’”. Também Doneda (2000, p. 119-120), sintetizando a tendência contemporânea, sustenta:

[...] a proteção mais adequada para a privacidade não reside mais na garantia de isolamento e segredo, mas sim em uma perspectiva de amplo controle da circulação de informações pessoais. Pode-se considerar, emblematicamente, uma transformação na definição do direito à privacidade, do “direito a ser deixado em paz” para o “direito a controlar o uso que outros fazem das informações que me digam respeito”.

Assim, mais importante do que seguir os desdobramentos do debate acadêmico sobre o direito à privacidade, ainda que reconhecendo a sua relevância, é

avaliar os seus regimes concretos de proteção cuja tendência tem sido a de tratar a proteção da privacidade como direito a alguma forma de controle sobre as informações pessoais.

2.2 A Proteção da Privacidade em Público

Um aspecto importante para os propósitos da presente análise, entretanto, diz respeito ao problema da proteção da privacidade em público. As muitas formas pelas quais a literatura estabelece esses contornos tendem a deixar fora do espectro de proteção do direito à privacidade aquilo que se desenrola em público, ou a vista de todos (SILVA, 2007, p. 206-210). Em geral a proteção da privacidade compreende a proteção de determinados espaços (a inviolabilidade do domicílio), da intimidade, em especial as relações sexuais, a correspondência, o sigilo telefônico, as informações financeiras e fiscais e o segredo profissional (SILVA, 2007; NISSENBAUM, 2010). A proteção da esfera doméstica é o *locus*, por excelência, do direito à privacidade, embora seja alvo constante de críticas¹⁰⁹. É de destacar, nesse sentido, a interpretação do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul¹¹⁰, em primeira instância, que sustentou que

[...] a captação por uma filmadora da imagem de uma pessoa em local público não fere sua dignidade.[...] A intimidade e a imagem que o constituinte quis resguardar não coincidem com as sugeridas pela requerente. O legislador almejou tornar inviolável a intimidade do recôndito do lar e da vida privada [...] Quem está em ambiente público está ciente de que dele se espera um comportamento compatível com

109 Sobre a incapacidade da dicotomia público / privado para tratar das questões suscitadas pelas novas tecnologias da informação ver Nissenbaum (2010). Sobre as críticas feministas, no sentido de que a proteção da privacidade no espaço doméstico tem servido de escudo para a opressão, o abuso e a violência contra as mulheres ver Allen (1999) e Decew (2008).

110 Vide nota 3.

a vida em grupo. O que faz, ou deve fazer, nessas ocasiões não pode ser motivo de vergonha para ninguém. Como bem disse o Município de Porto Alegre, **a restrição da intimidade já ocorre no simples fato das pessoas estarem em local público, e não pelas imagens que a câmera possa captar nestes locais**¹¹¹. (Grifo do autor).

Essa perspectiva tende a identificar a esfera de proteção do direito à privacidade com a proteção do lar¹¹² e da intimidade (SILVA, 2007, p. 206; SOLOVE, 2002)¹¹³. Essa posição, embora amparada por nossa tradição legal tem sido objeto de revisão, uma vez que se tem reconhecido que as capacidades alteradas de monitoramento, tratamento e disseminação de dados coletados em espaços públicos (através de sistemas de CFTV ou na internet, e.g.) têm implicações diretas sobre as concepções sobre a privacidade.

O avanço das tecnologias da informação permite coletar e combinar uma ampla gama de dados pessoais, em princípio públicos, que em conjunto são capazes de afetar a esfera íntima dos indivíduos, montar perfis, revelar seus segredos e incidir sobre suas oportunidades na vida; afetando, de outra parte, a própria qualidade das relações sociais, as liberdades de expressão, associação e reunião e, em última instância, a própria existência de uma sociedade plural e democrática (NISSENBAUM, 2010; GAVISON, 1980; SIMITIS, 1987 e 2010; COHEN, 2000; SLOBOGIN, 2002; NIETO, 1997; BURROWS, 1997).

111 Cabe destacar que a posição do Ministério Público do Estado reconhece a implicação do direito à privacidade na instalação e funcionamento de sistemas de CFTV. Cf. Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta firmado entre o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e o Estado do Rio Grande do Sul, no Inquérito Civil Público nº 87/2004.

112 *The right to be let alone* de Warren e Brandeis (1890).

113 A intimidade se refere à dimensão da vida privada que consiste nas relações mais próximas que mantemos, nas palavras de Julie Innes, citada por SOLOVE (2002), aquelas que envolvem amor, cuidado e afeto. Essa perspectiva, como se percebe, exclui do campo da privacidade importantes aspectos que não se relacionam a intimidade, mas sobre os quais mantemos grande expectativa de privacidade (v.g. as relações bancárias).

Merecem menção dois casos julgados que reconheceram as implicações do monitoramento de pessoas em público sobre a privacidade individual. A interpretação sobre o direito à privacidade dada pela Suprema Corte dos Estados Unidos em *Katz v US*¹¹⁴, estabeleceu que a proteção da quarta emenda (que trata das buscas e apreensões criminais) se refere a pessoas e não lugares, bem como que há uma violação do direito à privacidade: (1) se a pessoa exibiu uma atual (subjativa) expectativa de privacidade e, (2) que a expectativa seja tal que a sociedade esteja preparada para reconhecê-la como razoável. Desse modo, uma conversa privada conduzida em público estaria protegida pela quarta emenda. Como aponta Burrows (1997), todavia, a tendência majoritária nos Estados Unidos é considerar constitucional o monitoramento dos espaços públicos por sistemas de CFTV. Em *Peck v United Kingdom*¹¹⁵ a Corte Européia de Direitos Humanos pronunciou-se especificamente sobre um caso envolvendo gravação por CFTV. Na sua decisão aquela Corte estabeleceu que a gravação do evento envolvendo Peck em um espaço público não implicou em violação dos direitos estabelecidos pelo art. 8º da Convenção Européia (que trata do direito à privacidade)¹¹⁶, uma vez que ao deslocar-se em um espaço

114 Katz, envolvido com jogos ilegais, foi gravado em um telefone público, sem intrusão em um espaço privado por parte dos agentes federais, o *decisum* tem sido interpretado no sentido de que existe uma razoável expectativa de privacidade em espaços públicos ou abertos ao público [Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967)]. Ver Slobogin (2002).

115 Peck v United Kingdom, ECHR 28 Jan 2003. Geoff Peck, cidadão britânico, foi flagrado por câmeras ao caminhar pela via pública com uma faca de cozinha logo após tentar o suicídio cortando seus próprios pulsos. A gravação dos passos de Peck por um CFTV administrado por um conselho local foi distribuída para transmissão em rede de televisão e jornais a pretexto de divulgar o sucesso do equipamento recém instalado. Em consequência dessa divulgação Peck foi identificado por conhecidos e familiares vindo, em razão da grande cobertura midiática, a intentar demandas, primeiro em agências reguladoras dos meios de comunicação, depois no judiciário. Não obtendo êxito em suas demandas recorreu à Corte Européia de Direitos Humanos. Disponível em <<http://www.worldlii.org/eu/cases/ECHR/2003/44.html>>. Acesso em: 12 jul. 2011.

116 Todos tem direito ao respeito a sua vida privada e familiar, ao seu domicílio e à sua correspondência. Não pode haver interferência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando previsto em lei e que seja necessária em uma sociedade democrática para a defesa da segurança nacional, da segurança pública, para o bem estar econômico do país, para a prevenção do crime e da desordem, para a proteção da saúde ou da moral, ou para a proteção dos direitos e liberdades dos demais.

público a vista de todos não ostentava uma razoável expectativa de privacidade. Considerou, porém, que a distribuição das imagens para os meios de comunicação incidiu nas vedações daquele dispositivo¹¹⁷. Essas decisões, de certo modo, reconhecem que mesmo em espaços públicos o indivíduo não se despe totalmente de suas expectativas de privacidade. É assim, que autores como Nissenbaum (1998) e Hirsch (2007) sustentam que há um direito à privacidade em público. É que uma noção mais abrangente da privacidade vai além da esfera da intimidade desenvolvida no “recôndito do lar”, abarcando a própria capacidade da pessoa de decidir sobre como se apresenta ao mundo (HIRSCH, 2007). Como refere Rachels (1975), a privacidade é importante não pelo fato de permitir a dissimulação de fatos embaraçosos ou a manipulação dos demais, mas porque permite aos indivíduos estabelecer os fluxos de informação pessoal que compartilham segundo os diferentes tipos de relacionamento que entretêm com os outros¹¹⁸. Para Hirsch haveria uma esfera que se refere ao comportamento do indivíduo em público, onde as expectativas de privacidade são bastante menos eloquentes, mas onde, ainda assim, pode-se divisar a legítima expectativa de se ter algum controle sobre as informações que terceiros possam razoavelmente exigir (HIRSCH, 2007). Segundo Hirsch, essas expectativas são sustentadas pelo reconhecimento convencional¹¹⁹ de que as pessoas em público sujeitem-se a uma observação fortuita e superficial, mas não a uma observação detalhada e contínua. Como seria o caso, por exemplo, de um estranho se aproximar a ponto de ouvir uma conversa privada, a menos que o comportamento da pessoa observada seja tal que possa chamar a atenção (HIRSCH, 2007).

117 O Tribunal considerou que a autoridade local responsável pela distribuição das filmagens não tomou as cautelas necessárias para: buscar o consentimento de Peck; tomar medidas para evitar a identificação do pleiteante antes de repassar as imagens; tomar o cuidado de assegurar que a mídia tomasse medidas para evitar a identificação do autor solicitando por escrito a referida medida. Ver Gallagher (2003).

118 Para uma abordagem ilustrativa desde uma perspectiva sociológica ver Goffman, (2003 e 1988).

119 Sobre a importância das convenções na configuração da privacidade ver Scanlon (1975).

É notável que a ação civil pública a que fiz referência a pouco tenha sido proposta por uma ONG voltada à defesa dos direitos relacionados à orientação sexual. Os homossexuais ostentam comportamentos divergentes em relação à maioria¹²⁰ heterossexual e sustentam um legítimo interesse no controle da destinação das informações relativas aos seus encontros em público, uma vez que passem a ser monitorados por câmeras e seus dados sejam armazenados e estejam disponíveis para revisão posterior por um número indefinido de pessoas. Em especial pessoas que mantêm sua orientação sexual em segredo em relação aos seus familiares, colegas de trabalho, amigos etc. Também outros grupos voltados a manifestações públicas em prol de outras reivindicações minoritárias e impopulares podem se ressentir a ponto de evadir de toda exposição pública de seus interesses e concepções de justiça, minando a própria liberdade de expressão e associação desses grupos. Esses interesses estão albergados pela proteção constitucional de direitos fundamentais, assim como a sua preservação interessa a sociedade como um todo.

Nesse ponto, contudo, considero necessário contrastar a pretensão de um direito à privacidade em público com duas objeções fortes. A primeira delas se refere à efetiva existência de uma pretensão dos cidadãos em ver essa privacidade preservada. Nissenbaum apresenta o seguinte paradoxo: embora pesquisas de opinião apontem para uma forte preocupação da cidadania em relação às ameaças da tecnologia sobre a sua privacidade, a cada ocasião que se apresenta a alternativa, as pessoas tendem a preferir outros valores/vantagens em detrimento da sua privacidade (ao utilizar cartões de crédito e não dinheiro, por exemplo) (NISSENBAUM, 2010). Cada vez mais frequente, também, é a exposição da vida privada, seja através da mídia, seja pela *world wide web* (blogs, páginas pessoais, redes sociais, etc.), mostrando que as pessoas parecem estar cada vez mais ávidas por exibir-se e por consumir a exibição alheia (NISSENBAUM, 2010; ALLEN, 1999). Nissenbaum sustenta, todavia, que pesquisas têm demonstrado

120 Essa expressão não têm necessariamente uma conotação numérica, mas apenas refere à dicotomia maioria minoria amplamente utilizada no debate político.

que, em verdade, situações como o uso de cartões de crédito, por exemplo, não constituem uma escolha efetiva, uma vez que a alternativa contrária implicaria em um alto custo para a vida cotidiana das pessoas (NISSENBAUM, 2010). Ademais, muitas vezes as pessoas não têm conhecimento de que dados pessoais estão sendo coletados, menos ainda sobre a finalidade da coleta e sua utilização posterior (NISSENBAUM, 2010). Em qualquer caso, ainda que a falta de informações claras por parte do público ou mesmo a demonstração de disponibilidade para exibir-se a milhões de pessoas, o que deve preponderar é a autonomia dos indivíduos para decidir quando, em que circunstâncias e com quem devem compartilhar a sua intimidade ou, se preferem, mantê-la resguardada do escrutínio alheio.

Um segundo tipo de objeção é que interessa frontalmente para os propósitos do presente trabalho diz respeito ao conflito entre o direito à privacidade e outros interesses, valores e direitos igualmente importantes. Assim, costuma-se perfilar, especialmente, a liberdade de expressão (VOLOKH, 2000), a eficiência dos negócios (POSNER, 1981) e a segurança (ETZIONI, 2005). Aqui destaco o conflito que pode ensejar o cotejo do direito à privacidade e a segurança pública, uma vez que esta é a finalidade declarada do emprego de sistemas de CFTV em espaços públicos. A proteção da privacidade, além de servir de suporte aos valores antes mencionados, pode servir também para acobertar crimes e outras condutas reprováveis. Neste sentido, por óbvio, o direito à privacidade deve ser confrontado com as expectativas de proteção e segurança de indivíduos e comunidades. Monitorar espaços públicos, todavia, significa por sob vigilância permanente o cotidiano de um número indeterminado de pessoas sem uma suspeita fundada. Parece óbvio que em uma sociedade que não protegesse a privacidade e vigorasse uma situação de transparência absoluta os crimes poderiam ser evitados ainda na fase de sua concepção, mas os custos seriam o detrimento daqueles valores com os quais a privacidade se relaciona, comprometendo a autonomia dos indivíduos, seus relacionamentos e a própria possibilidade de uma sociedade plural e democrática (GAVISON, 1980).

Digna de nota a opinião de Bloustein (1964, p. 1003, tradução nossa):

[...] o homem que é compelido a viver todos os minutos de sua vida entre outros e de quem cada necessidade, pensamento, desejo, fantasia ou gratificação está sujeita à observação pública foi privado de sua individualidade e dignidade humana. Tal indivíduo se funde com a massa. Suas opiniões, sendo públicas, tendem a nunca ser diferente; suas aspirações, sendo conhecidas, tendem sempre a ser aquelas convencionalmente aceitas; seus sentimentos, sendo abertamente exibidos, tendem a perder sua humanidade única para tornarem-se os sentimentos ordinários da maioria. Tal ser, embora sensível, é fungível; ele já não é mais um indivíduo.

A privacidade, todavia, como qualquer direito, deve ser conciliada com outros direitos (GAVISON, 1980; NISSENBAUM, 2010). Trata-se, ademais, da distribuição dos custos e benefícios da cooperação social (RAWLS, 2002). Parece, pois, necessário que se empreenda conciliação dos direitos em disputa. Tema que não pretendo desenvolver aqui, mas que merece ser referido, diz respeito ao modo de conceber a relação entre direitos e fins coletivos, em especial nos casos de conflito. Enquanto autores como Alexy (1993) defendem a possibilidade de desenvolver juízos de ponderação e regras de preferência entre direitos e fins coletivos, outros autores, mais inclinados a conceber os direitos como obrigações categóricas, deontológicas, como o próprio Rawls (2002), Dworkin (2002) e Habermas (1996), tendem a conceber a precedência de argumentos baseados em direitos em relação a argumentos baseados em políticas ou fins coletivos. Apesar disso, as experiências de regulamentação dos sistemas de CFTV, como veremos, adotam, em regra, alguma forma de ponderação em bases semelhantes às defendidas por Alexy (1993). Geralmente as propostas de regulamentação têm se

encaminhado no sentido de que seu emprego seja decidido com base em uma avaliação prévia que considere o binômio necessidade / adequação e, uma vez tomada a decisão pelo seu emprego, procura-se construir estratégias de minimização do seu impacto sobre o direito à privacidade, o que referi anteriormente como a estratégia do *privacy by design*. Tal circunstância torna premente a necessidade de encontrar uma forma de regulamentação que concilie a um tempo direito à privacidade e segurança pública. É por esta razão que convém revisar algumas experiências de regulação da matéria.

3 AS EXPERIÊNCIAS DE REGULAÇÃO OU OS REGIMES DE PROTEÇÃO DA PRIVACIDADE

A proteção da privacidade em vista do desenvolvimento das novas tecnologias da informação tem origem na informatização de grandes bases de dados públicas em meados dos anos sessenta do século passado (SCHWARTZ, 2009; SIMITIS, 2010). Esse fenômeno deu origem a uma série de textos normativos ao longo dos anos setenta onde se destacam, especialmente, a norma sobre proteção de dados pessoais editada pelo parlamento do estado de Hessen, na Alemanha, de 1970, seguida pela edição da normativa federal em 1977, a Lei Federal alemã de Proteção de Dados Pessoais (*Bundesdatenschutzgesetz*, ou BDSG); o Privacy Act de 1974 nos Estados Unidos e a *Loi 78-17 du 6 janvier 1978* na França. Essas normativas vieram em resposta à preocupação pública com o risco de uma crescente vigilância dos cidadãos por parte do Estado (SIMITIS, 2010). Esse processo culminou com a edição da Diretiva 95/46/CE Do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de Outubro de 1995, que obriga os países membros da União Européia a editar legislação interna nos moldes preconizados na normativa, que estabelece uma ampla regulamentação sobre a formação e operação de bases de dados com informações de natureza pessoal. Na América Latina existem legislações relativas à proteção de dados pessoais no México (2010), no Uruguai (2008) e na Argentina (2000). No Brasil, como referi ao início,

está em curso um debate que discute uma proposta de regulamentação¹²¹. Antes, porém, de passar a expor a diretiva européia convém referir, ainda que superficialmente, como se dá a proteção do direito à privacidade nos EUA. Nos Estados Unidos a proteção da privacidade, como se disse, remonta ao famoso artigo de Warren e Brandeis de 1890 e foi paulatinamente reconhecida pelos tribunais (PROSSER, 1960). O direito norte-americano a proteção do direito à privacidade se desenvolve da seguinte forma: a responsabilidade civil pela sua violação (*tort law*)¹²²; a privacidade protegida pela quarta emenda à Constituição que trata das buscas e apreensões criminais; e o chamado direito constitucional à privacidade reconhecido pela Suprema Corte no Julgamento *Griswold v. Connecticut*¹²³. Além disso, os EUA editaram em 1974 o *Privacy Act*, na ocasião motivado pela grande comoção popular em torno da informatização das bases de dados do Governo Federal (NISSENBAUM, 2010). Ademais, há uma série de estatutos (leis escritas) disciplinando a proteção de informações pessoais em bases setoriais que vão desde as informações fiscais e financeiras, de saúde até cadastros de videolocadoras (NISSENBAUM, 2010). O principal aspecto distintivo entre as perspectivas norte-americana e européia refere-se à opção européia por uma legislação abrangente que regula tanto o Estado como a iniciativa privada, enquanto o modelo estadunidense privilegia a proteção do indivíduo em relação ao Estado (o *Privacy Act* se aplica exclusivamente às agências federais), regulando

121 Ver <http://culturadigital.br/dadospessoais/>

122 Prosser (1960) apresenta o que se tornou a taxonomia paradigmática para os casos de responsabilidade civil por violação da privacidade (*tort law*). Segundo o autor o direito à privacidade compreende quatro tipos de violação a quatro diferentes interesses do querelante: a) intromissão sobre a reserva (*seclusion*) ou solidão de uma pessoa ou sobre seus assuntos pessoais; b) divulgação de fatos pessoais embaraçosos; c) publicidade que lança uma falsa imagem da pessoa aos olhos do público; e d) apropriação do nome ou outra característica da pessoa em proveito próprio.

123 *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965). Conforme Decew (2008), nesse julgamento a Suprema Corte dos EUA reverteu a condenação do Diretor de planejamento familiar e de um médico da Escola de Medicina de YALE acusados de dispensar informações sobre uso de contraceptivos a pessoas casadas. O julgado sustentou que a constituição protege uma esfera íntima destinada a garantir a independência dos indivíduos para tomar decisões importantes em relação à família, à vida e ao próprio modo de vida. Reconhecimento que foi posteriormente estendido para proteger casamentos interracialis, aborto, relações homossexuais, etc.

a iniciativa privada em bases setoriais ou remetendo à auto-regulamentação (SCHWARTZ, 2009; SIMITIS, 2010). Há, todavia, pressão da União Européia sobre os E.U.A. para que o país adote legislação adequada em vista do fluxo internacional de dados pessoais (BYGRAVE, 2004; REGAN, 2003). O privilégio conferido neste estudo ao modelo europeu continental parece justificado em razão da grande convergência internacional (BYGRAVE, 2004; REGAN, 2003), associada ao fato de que o Brasil, ao que parece, pretende seguir este caminho. Ademais, o ordenamento jurídico brasileiro, ainda que se reconheça uma certa convergência dos dois sistemas, é claramente orientado pelos sistemas jurídicos da *civil law* ou continental-europeu, que tendem a privilegiar a edição de normas de conteúdo geral e abstrato ao invés de uma abordagem mais casuística como costuma ocorrer no modelo anglo-saxão.

3.1 A Proteção de Dados Pessoais e a Regulação de Sistemas de CFTV

Na esteira dos documentos precursores antes referidos, o marco normativo dessa legislação é a Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de Outubro de 1995. A diretiva está informada pelo princípio das práticas informacionais justas (*fair informational practices* – *FIP*). Diretrizes que foram propostas por primeira vez em relatório apresentado ao US Department of Health, Education and Welfare (1973) e que serviu de base à edição do Privacy Act de 1974 nos Estados Unidos. As diretrizes basicamente impõem: a) prestação de contas (*accountability*), b) finalidades específicas (que implica na vedação de usos secundários), c) objeto transparência, d) que somente seja permitida a coleta e utilização de informação lícita, acurada, relevante e atualizada, e) que sejam garantidos direitos de notificação, acesso e correção, f) limitação do uso, divulgação e retenção e g) que haja segurança dos dados pessoais (com pequenas variações em SCHWARTZ, 2009; MARX, 1998; e NISSENBAUM, 2010). A diretiva de-

fine como dados pessoais toda e qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável e estipula que o seu tratamento seja (art. 6º, 1):

a) Objecto de um tratamento leal e lícito; b) Recolhidos para finalidades determinadas, explícitas e legítimas, e que não serão posteriormente tratados de forma incompatível com essas finalidades. O tratamento posterior para fins históricos, estatísticos ou científicos não é considerado incompatível desde que os Estados-membros estabeleçam garantias adequadas; c) Adequados, pertinentes e não excessivos relativamente às finalidades para que são recolhidos e para que são tratados posteriormente; d) Exactos e, se necessário, actualizados; devem ser tomadas todas as medidas razoáveis para assegurar que os dados inexactos ou incompletos, tendo em conta as finalidades para que foram recolhidos ou para que são tratados posteriormente, sejam apagados ou rectificados; e) Conservados de forma a permitir a identificação das pessoas em causa apenas durante o período necessário para a prossecução das finalidades para que foram recolhidos ou para que são tratados posteriormente. Os Estados-membros estabelecerão garantias apropriadas para os dados pessoais conservados durante períodos mais longos do que o referido, para fins históricos, estatísticos ou científicos.

Estabelece, ademais, que medidas técnicas e organizacionais adequadas serão tomadas contra a destruição accidental ou ilícita, a perda accidental, a alteração, a difusão ou acesso não autorizados (art. 17º); proíbe a formação e tratamento de dados (sensíveis) relativos à origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, a filiação sindical, bem

como o tratamento de dados relativos à saúde e à vida sexual, ressalvadas algumas exceções¹²⁴. Outro aspecto relevante se refere ao direito à informação (arts. 10º e 11º) e acesso da pessoa em causa (art. 12º), bem como a possibilidade de oposição da pessoa em causa (art. 14º). Estabelece, ainda, que os estados membro devem criar um ou mais órgãos ou agências de controle destinados a fiscalização e aplicação da Diretiva (art. 28º).

A regulamentação de bases de dados decorrentes da operação de CFTVs têm se desenvolvido dentro do âmbito de aplicação da Diretiva. No marco da diretiva sobre a proteção de dados pessoais o European Data Protection Supervisor fez editar a EDPS Video-Surveillance Guidelines, a fim de oferecer diretrizes práticas às instituições dentro da União Européia que operam equipamentos de CFTV, estabelecendo princípios para avaliar a necessidade de emprego destes dispositivos e indicando diretrizes sobre como operá-los de modo a minimizar o seu impacto sobre a privacidade e outros direitos fundamentais¹²⁵. As normativas, em geral, adaptam os princípios sobre práticas informacionais justas (*Fair Informational Practices – FIP*) consagrados na Diretiva ao tratamento dos sistemas de CFTV. O *CCTV Code of Practice* do *Information Commissioner's Office – ICO* do Reino Unido sustenta que “[...] a utilização de CFTV

124 Relacionadas à legislação do trabalho, saúde, dados tornados públicos pela pessoa em causa, dados relacionadas à medicina preventiva resguardados pelo segredo profissional, infrações penais controladas por autoridades públicas (art. 8º). Impõe, também, que se estabeleçam isenções relativas à liberdade de expressão para fins jornalísticos, literários e de expressão artística (art. 9º).

125 Do mesmo modo, no Reino Unido, o Information Commissioner's Office - ICO editou o CCTV Code of Practice. Na Espanha, a Agencia Española de Protección de Datos edita o Guia de Videovigilancia e o governo fez editar a Ley Orgánica 04/1997, que “Regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad Ciudadana en lugares públicos”. Portugal fez publicar a Lei 1/2005, que Regula a utilização de câmaras de vídeo pelas forças e serviços de segurança em locais públicos de utilização comum. O órgão de controle italiano (Garante) editou normas de instalação e operação desses dispositivos. Na França, em face de sua legislação sobre proteção de dados pessoais ser anterior a edição da diretiva européia a *Loi n°95-73 du 21 janvier 1995* (FRANÇA, 1995) trata a matéria no âmbito da segurança pública, sendo submetida a parecer prévio de uma comissão instituída para esse fim e presidida por um magistrado e autorização do Chefe de polícia e, ademais, se existe a formação de uma base de dados deve haver notificação prévia ou mesmo autorização prévia da *Commission nationale de l'informatique et des libertés* conforme a tecnologia empregada.

pode ser intrusiva sobre a privacidade, pois é capaz de por um grande número de pessoas obedientes à lei sob vigilância e gravar os seus movimentos diários”. De regra os textos impõem que a instalação de sistemas de CFTV seja avaliada segundo as finalidades pretendidas a fim de julgar sobre a sua necessidade, extensão, desenho tecnológico, tempo de retenção das imagens, controle de acesso e disponibilização para terceiros. A avaliação preconizada deve analisar a proporcionalidade na implementação dos sistemas, propondo que o emprego desse tipo de dispositivo seja julgado a luz do binômio necessidade / adequação, em vista das finalidades declaradas a fim de que se estabeleça uma ponderação entre o direito à privacidade e os objetivos do sistema. Impõem regras de operação que objetivam à proteção da vida privada e da intimidade, especialmente para que o sistema não cubra áreas protegidas, como interior de residências, etc¹²⁶. Impõem regras de sigilo a serem observadas pelos operadores do sistema, bem como daqueles que tenham acesso legal à base de dados resultante. Estabelecem a obrigação de sinalizar a área monitorada, informando quem é responsável pelo monitoramento e qual a finalidade do sistema. Impõem regras sobre o direito de acesso, retificação e exclusão a ser exercido pela pessoa captada pelo sistema. Determinam que especial atenção deve ser dispensada para o armazenamento e revisão das imagens; que se deve zelar pela integridade do material; que o acesso às imagens deve ser restrito ao pessoal autorizado, o qual deve dispor de senhas de acesso; e que, uma vez que não haja mais razão para manter os arquivos, segundo as finalidades do sistema, eles devem ser destruídos. As normativas não são uniformes quanto ao prazo de retenção das imagens. Enquanto as diretrizes britânicas apenas recomendam que a retenção não exceda o tempo necessário a atingir as finalidades do sistema, sem sugerir prazo, a normativa italiana determina que, em alguns casos, a retenção não seja superior a 24 horas, admitindo exceções desde que devidamente justifica-

126 A normativa francesa sobre esse ponto veda, inclusive, a gravação das entradas dos prédios residenciais.

das ao Garante (agência italiana de proteção de dados pessoais) e em caso de necessidade para fins de investigação criminal. Outra disposição importante se refere à divulgação / disponibilização das imagens. As normativas impõem que deve haver diretrizes claras sobre a disponibilização de imagens para terceiros e os responsáveis por manejar com a base de dados devem ser especialmente treinados para observá-las, assim como toda disponibilização deva ser objeto de registro específico. Sempre que houver um conflito entre o direito de acesso da pessoa em causa e a exposição de terceiros as normativas determinam que deve ser avaliada a necessidade de obscurecer as imagens para evitar a identificação, especialmente quando envolver uma invasão da privacidade do terceiro ou puder causar dano ou incomodo indevido¹²⁷.

3.2 A Proteção de Dados Pessoais no Brasil e Algumas Experiências Locais

No Brasil, há disposições expressas na Constituição Federal reconhecendo a proteção da vida privada e da intimidade, do domicílio e o sigilo de correspondência; o direito à ação constitucional de *habeas data* que visa salvaguardar o conhecimento e retificação de dados pessoais em bases de dados públicas; o Código Tributário Nacional assegura o sigilo das informações financeiras e fiscais; o Código de Defesa do Consumidor estabelece o direito de acesso e retificação de bases de dados produzidas em decorrência de relações de consumo, bem como o dever de obter o consentimento do consumidor para formar as referidas bases de dados. O Brasil, no entanto, ao contrário do que acontece na Europa, nos Estados Unidos e alguns países latino-americanos, não

127 As disposições da lei portuguesa, neste sentido, estabelecem: “1 — São assegurados, a todas as pessoas que figurem em gravações obtidas de acordo com a presente lei, os direitos de acesso e eliminação, salvo o disposto no número seguinte. 2 — O exercício dos direitos previstos no número anterior poderá ser fundamentadamente negado quando seja susceptível de constituir perigo para a defesa do Estado ou para a segurança pública, ou quando seja susceptível de constituir uma ameaça ao exercício dos direitos e liberdades de terceiros ou, ainda, quando esse exercício prejudique investigação criminal em curso”.

dispõe de uma legislação específica sobre a proteção de dados pessoais, embora, ao que parece, pretenda adotar uma normativa semelhante¹²⁸. De notar que a Lei nº 12.965/2014 estabelece que a disciplina do uso da *internet* no Brasil observará os princípios da proteção da privacidade e da proteção dos dados pessoais, na forma da Lei (art. 3º, incisos II e III, respectivamente). Em seu art. 7º, o mesmo diploma, ao estabelecer os direitos dos usuários da Internet, apresenta um conjunto de direitos inspirados nas FIP, notadamente, que os usuários da Internet têm direito à inviolabilidade da intimidade e da vida privada; à inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei; à inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial; ao não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei; a obter informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que justifiquem sua coleta e não sejam vedadas pela legislação e estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet; ao consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais; à exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta norma.

No Rio Grande do Sul podemos citar alguns exemplos de regulação da implantação e funcionamento de sistemas de CFTV que, em alguma medida, compartilham dos parâmetros encontrados no direito comparado. Exemplarmente, o termo de ajustamento de conduta firmado entre o Ministério Público do Estado do Rio

128 Ver <http://culturadigital.br/dadospessoais/>

Grande do Sul e o Estado do Rio Grande do Sul no bojo do Inquérito Civil Público 87/2004; as Portarias 042/2005 e 101/2008 da Secretaria de Segurança Pública do Estado do Rio Grande do Sul; e a Lei Municipal 5466/2009 do Município de Canoas.

O termo de compromisso de ajustamento de conduta firmado entre o MP/RS e o Estado do Rio Grande do Sul estabelece que o

COMPROMITENTE, ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, por sua SECRETARIA ESTADUAL DA JUSTIÇA E DA SEGURANÇA, reconhece a importância de regulamentar, por intermédio do presente termo de conduta e ajustamento, os procedimentos de instalação e o uso de câmeras de vigilância nos espaços públicos do Estado do Rio Grande do Sul, com o fito de compatibilizar o direito fundamental à segurança pública com os demais direitos constitucionais em conflito aparente, em prevenção a potencial dano a direitos difusos, coletivos ou individuais que, em tese, possam estar em potencial rota de colisão ou tensão.

É interessante notar, de plano, que o documento identifica um potencial conflito entre direitos, que não é outro senão aquele existente entre segurança e privacidade. Em razão disso impõe ao Estado a obrigação de: “regulamentar a instalação e operação, em todos os espaços públicos do Rio Grande do Sul, incluindo todos os procedimentos de correção da instalação, operação, captação, visualização, armazenamento e uso das imagens captadas pelas câmeras de vigilância”. O documento destoa da sentença judicial antes mencionada precisamente por reconhecer a tensão entre direitos fundamentais, a ponto de propor regulamentação minudente, especialmente no que se refere à proteção da vida privada, às normas de confidencialidade e aos controles de acesso às salas de observação e ao mate-

rial armazenado. De especial interesse são as disposições relativas à imposição de realização de estudos prévios; a delimitação estrita das finalidades do sistema; a atribuição à Secretaria Estadual de Segurança Pública para autorização e fiscalização dos sistemas a serem instalados; e a preocupação com a disponibilização de imagens para terceiros, notadamente, pesquisadores e meios de comunicação. De outro lado, destaca-se a desconsideração em relação aos direitos de consentimento prévio, mesmo que por meio de afixação de placas de aviso, direitos de informação e direitos de acesso por parte das pessoas captadas pelo sistema, bem como sobre a adoção de medidas contra o desvelamento de espaços internos de residências ou outras áreas protegidas. Em decorrência desse ajustamento de conduta, o Estado do Rio Grande do Sul fez editar a Portaria 042/2005, complementada pela Portaria 101/2008, ambas da Secretaria de Segurança Pública do Estado do Rio Grande do Sul.

A Portaria 042/05, no seu art. 1º, de pronto, impõe a necessidade de aprovação técnica prévia por parte da Secretaria de Segurança Pública do Estado do Rio Grande do Sul para a implementação de qualquer sistema de CFTV em vias públicas. A portaria, em linhas gerais, reprodut o termo de compromisso, apenas especificando as condições em que a observação está autorizada, notadamente nos casos relacionados à segurança pública, seja no viés preventivo, seja no repressivo. Condiciona a observação à constatação da fundada suspeita, prevista no artigo 240, § 2º e artigo 244, do Código de Processo Penal, conforme se dá no policiamento tradicional, e reforça a obrigação de confidencialidade em relação às informações pessoais. A Portaria 101/2008, por sua vez, estabelece “os procedimentos para a gestão, utilização, coordenação e supervisão dos sistemas de informação e dos bancos de dados criminais e administrativos utilizados no âmbito da Secretaria de Segurança Pública – SSP e das instituições vinculadas: Brigada Militar – BM, Instituto-Geral de Perícias – IGP, Polícia Civil – PC e Superintendência de Serviços Penitenciários – SUSEPE”.

Embora com escopo mais abrangente, o documento se aplica às bases de dados decorrentes do armazenamento das imagens coletadas pelas centrais de CFTV. Segundo a portaria, “os dados, informações e sistemas informatizados da SSP e dos órgãos vinculados deverão ser protegidos contra ações intencionais ou acidentais que impliquem perda, destruição, inserção, cópia, acesso e alteração indevidos”. Segundo o documento, as senhas de acesso devem ser individuais e intransferíveis e distribuídas segundo as atividades típicas dos órgãos de segurança pública observado o emprego estritamente relacionado às funções institucionais e sujeito a amplo controle hierárquico. Como se percebe, a preocupação da Secretaria de Segurança decorre claramente do potencial intrusivo sobre a intimidade, a vida privada e a honra das pessoas, além da preocupação com a incolumidade das bases de dados, a restrição ao uso dos dados apenas dentro das finalidades especificadas e a proteção das informações. Essa cautela, acorde com a manifestada em normas internacionais parece não deixar dúvida quanto ao reconhecimento das implicações que o monitoramento de espaços públicos têm para os direitos individuais.

Nessa esteira, a prática de alguns entes públicos que empregam essas tecnologias em espaços públicos tem sido a de regulamentar tais práticas a fim de minorar o impacto sobre o direito à privacidade. O exemplo da cidade de Canoas, RS, que implantou sistema de CFTV em cumprimento a convênio firmado com a União para a execução do PRONASCI, editando a Lei Municipal 5466/2009, na qual se repisa as disposições contidas nos documentos já comentados. De destacar que o texto inclui a obrigação de que sejam afixadas placas de aviso nas áreas monitoradas e veda expressamente a captação de imagens do interior de residências e outras áreas protegidas. De salientar, ainda, que o texto prevê que o acesso às imagens gravadas somente será permitido mediante ordem judicial ou solicitação fundamentada de autoridade competente.

CONCLUSÃO:

ALGUMAS DIRETRIZES PARA A REGULAMENTAÇÃO DO EMPREGO DE SISTEMAS DE CFTV EM ESPAÇOS PÚBLICOS

Em conclusão ao estudo apresentado é possível avançar algumas diretrizes mínimas para a regulação da instalação e operação de sistemas de CFTV em espaços públicos urbanos. Dada a grande expansão do emprego dessas tecnologias em cidades de todos os portes em todo o país, espera-se com o presente estudo, contribuir para o esclarecimento dos potenciais, limites e implicações normativas de seu emprego. Com esse objetivo em vista é que passo a apontar a seguir algumas diretrizes que devem orientar a elaboração de um marco regulatório sobre a matéria.

A primeira diretriz a ser explicitada se refere à finalidade do sistema. O princípio da finalidade tem dois aspectos bem estabelecidos pelos princípios sobre práticas informacionais justas (*fair informational practices* – *FIP*). O primeiro impõe que as finalidades do sistema sejam legais, vale dizer, correspondam a uma atribuição legal ou direito dos responsáveis pela coleta e tratamento dos dados pessoais. Nesse sentido, a normativa deve indicar com clareza as finalidades do sistema que, segundo suas finalidades declaradas, deve ser destinado à segurança, à ordem pública, à prevenção da violência e outras desordens urbanas. O segundo aspecto, não menos importante, se refere à vedação de utilização dos dados pessoais para finalidades diversas daquelas para as quais foram originalmente coletados, salvo consentimento do sujeito dos dados (*data subject*) e outras exceções relacionadas com relevante interesse público (p. ex. pesquisas científicas, epidemiológicas, liberdade de expressão, etc.) recorrendo-se nesses casos à disponibilização de dados anônimos ou que não permitam a identificação dos sujeitos em causa.

Da análise sociológica sobre a efetividade dos sistemas de CFTV na prevenção dos delitos colhe-se a idéia de que a eficácia dos mecanismos de prevenção está diretamente relacionada com a especificidade dos pro-

blemas a serem enfrentados. Notadamente no que se refere ao cotejo entre sistemas de CFTV e alternativas menos intrusivas sobre a intimidade e da vida privada, como é o caso da iluminação pública, por exemplo. Em razão disso, a implantação dos sistemas de CFTV deve ser precedida de estudos prévios. Estes estudos devem ser documentados e conter uma análise que indique os problemas que se pretende enfrentar, a necessidade do emprego do sistema para enfrentar os ditos problemas, a adequação do sistema para enfrentá-los e uma avaliação do possível impacto do sistema sobre a privacidade. O referido estudo deve apresentar, na medida do possível, soluções tecnológicas relacionadas ao desenho do sistema que permitam minimizar seu impacto sobre a privacidade. O desenho do sistema deve, de antemão, empregar soluções que impeçam o devassamento de espaços residenciais ou reservados. Essas medidas atendem aos princípios da efetividade, da necessidade e da transparência ao determinar que o emprego do sistema seja decidido com base em sua necessidade e adequação (efetividade) em relação aos problemas visados, bem como permite a sua avaliação *a posteriori* ou auditamento (*accountability*).

Uma terceira diretriz se refere ao atendimento dos princípios da qualidade e da segurança dos dados coletados. Quanto a esse aspecto o sistema deve ser desenhado de modo a garantir que os dados sejam preservados pelo tempo necessário ao alcance das finalidades de modo a garantir a sua confiabilidade e proteção contra alteração, destruição ou utilização indevida. O tempo máximo de retenção das imagens deve ser apenas aquele adequado ao alcance da finalidade do sistema. Em geral as normas internacionais apontam o máximo de trinta dias, salvo necessidade de retenção por tempo superior para instruir procedimento criminal, quando devem ser preservadas de ofício ou por solicitação da autoridade policial, judiciária ou do Ministério Público competente. O sistema deve conter mecanismos de segurança de modo a permitir que apenas pessoal previamente autorizado possa operá-lo, bem como rever as bases de dados. Deve conter senhas de acesso individualizadas e com privilégios diferenciados uma vez que

se trate de mera operação *on-line* ou revisão e edição posterior dos arquivos. Tais medidas devem ser desenhadas de modo a permitir apuração posterior em caso de alteração, destruição ou desvio de finalidade do sistema. Os agentes responsáveis pela operação do sistema devem receber treinamento adequado tanto sobre aspectos técnicos como sobre suas implicações éticas. Devendo receber informações detalhadas sobre a política de privacidade e as finalidades do sistema e firmar termo de confidencialidade a respeito dos dados armazenados e/ou visualizados.

Sobre a operação do sistema cabe salientar, novamente, a imposição de que sejam observadas as finalidades para as quais ele foi implantado. Em vista da grande preocupação expressada pela investigação acadêmica, em relação ao monitoramento discriminatório e suas consequências excludentes, devem ser evitados padrões de monitoramento seletivos sem relação com as finalidades do sistema. Em especial com relação a determinados grupos sociais baseados em estigmas (GOFFMAN, 1988), tais como negros, jovens, homossexuais, visualizações de mulheres com finalidades voyeurísticas, etc. Esses aspectos devem ser especialmente tratados no treinamento das equipes de monitoramento. Como regra, todavia, vale a norma prescrita pelo art. 3º da Portaria 042/2005 da Secretaria de Segurança Pública do Estado do Rio Grande do Sul que determina a observação dos mesmos critérios e condição do monitoramento convencional e exige a caracterização da “fundada suspeita”, nos termos dos arts. 240, § 2º e 244 do Código de Processo Penal.

Outro ponto a ser salientado diz respeito à política de disponibilização das imagens para terceiros. Como regra a disponibilização de imagens deve estar relacionada às finalidades do sistema. Nesse sentido, a disponibilização de imagens para as polícias, órgãos do Ministério Público e do Poder Judiciário para os fins de instrução de procedimento criminal, seja na fase de inquérito, seja na fase judicial, estão cobertas pela finalidade do sistema e devem ser, portanto, permitidas. Além disso, as imagens podem ser disponibilizadas aos

órgãos responsáveis pelo policiamento ostensivo para fins de preservação da ordem pública. Qualquer uso fora das finalidades do sistema deve ser, em regra, vedado. Essa regra, todavia, comporta exceções. A mais evidente se refere ao consentimento expresso do sujeito dos dados (*data subject*). Como se verá adiante, no que tange aos princípios relacionados ao direito de informação, acesso, correção e exclusão, o sujeito dos dados pode ter acesso às gravações que lhe disserem respeito, desde que não implique em direitos de terceiros. A divulgação dessas imagens pelo próprio sujeito dos dados não tem qualquer relevância para a regulação do sistema, sempre que a decisão seja tomada de modo autônomo e esclarecido. Também a utilização dos dados para fins científicos e sanitários, se eventualmente forem de interesse para pesquisas epidemiológicas ou de outra natureza, podem ser franqueados às respectivas agências ou institutos de pesquisa, mas nestes casos deve-se preferir a utilização de dados anônimos ou que não permitam a identificação dos sujeitos dos dados (*data subjects*). Para tal finalidade é possível utilizar-se de tecnologias de desidentificação (*digital mask*) dos indivíduos captados (por ex. borrando as imagens, seja dos indivíduos ou de objetos que permitam identificá-los como placa de veículos, por exemplo). Outro possível interesse na divulgação das imagens pode advir dos meios de comunicação social. Neste caso, é necessário promover a conciliação com o direito à informação e a liberdade de expressão, uma vez que imagens eventualmente captadas podem guardar valor como notícia de interesse de toda a sociedade. Por essa razão, a disponibilização de imagens para os meios de comunicação social deve ser precedida de medidas para evitar a identificação de indivíduos e coisas que permitam a sua identificação e não deve haver preferência por veículos específicos, mas disponibilização a todos os veículos que demonstrarem interesse. Qualquer outra forma de acesso à base de dados deve depender de ordem escrita da autoridade judiciária competente, sendo que o interessado deve poder requerer a preservação das imagens até que o eventual pedido judicial seja apreciado. Em qualquer caso, a disponibilização de dados

a terceiros deve ser objeto de registro específico, com identificação do destinatário, da finalidade e formalização de compromisso de preservar os dados de pessoas identificadas ou identificáveis, notadamente a sua privacidade, honra e imagem.

Por fim, a regulamentação deve prever normas relativas aos princípios da informação e do acesso. Esses princípios são amplamente reconhecidos no direito comparado, mas não deixam de encontrar amparo no ordenamento pátrio. De destacar as disposições constitucionais e legais sobre o *habeas data* e aquelas relativas ao princípio da publicidade e da transparência. A fim de atender esses aspectos é importante, em primeiro lugar, que as áreas sob monitoramento sejam adequadamente sinalizadas com placas visíveis, claras e legíveis e contenham detalhes sobre quem opera o sistema, qual a sua finalidade e como entrar em contato com os responsáveis. Ademais, qualquer sujeito cujas imagens sejam captadas pelo sistema deve ter direito de acesso desde que informe os dados necessários à identificação dos arquivos armazenados, tais como data, horário, local, características e outros meios que permitam localizá-los e desde que a demanda não seja excessiva em relação com as capacidades do sistema e dos órgãos responsáveis. O acesso deve poder ser indeferido sempre que as imagens em questão forem objeto de procedimento criminal ou impliquem em direitos de terceiros, quando deve depender de ordem judicial. Além disso, o direito de acesso implica no direito de exclusão dos dados. O direito de exclusão é cabível quando as imagens não tiverem qualquer relação com as finalidades do sistema.

Essas diretrizes têm sido amplamente validadas pela legislação estrangeira e vem sendo paulatinamente reconhecidas em regulamentos internos. Partem do reconhecimento da necessidade de conciliar direitos que se apresentam em aparente conflito. O direito dos indivíduos em verem preservados pelo Estado a sua vida, incolumidade física e patrimônio e o direito a um espaço de privacidade protegido contra a intrusão do estado e de outros indivíduos. Como já reconheceu o Tribunal

Constitucional Federal Alemão, o direito a proteção dos dados pessoais é condição da autonomia e somente assim os indivíduos serão capazes de livremente formar, expressar e defender suas opiniões, dado que esse direito deve ser visto e tratado como uma pré-condição elementar de uma sociedade democrática e componente essencial da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCION DE DATOS. **Guía de Videovigilancia**. Disponível em: <<https://www.agpd.es/>>. Acesso em: 05 jul. 2011.

ALEX, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALLEN, Anita. Coercing Privacy. **William and Mary Law Review**, Williamsburg, VA, V. 40, n. 03, março de 1999, p. 723-57.

AMERICAN BAR ASSOCIATION. **Standards for Criminal Justice-Electronic Surveillance (3D ED.)**. Section b: technologically-assisted physical surveillance. Disponível em: <http://www.abanet.org/crim-just/standards/taps_blk.html#9.3>. Acesso em: 24 jan. 2011.

ATKINS, Stephen. The Influence Of Street Lighting on Crime and Fear of Crime. **Crime Prevention Unit Paper**. London, n. 28, 1991. Disponível em: <<http://www.celfosc.org/biblio/seguridad/atkins.pdf>>. Acesso em: 28 março 2011.

BEATO F., Cláudio; PEIXOTO, Betânia Totino; ANDRADE, Mônica Viegas. Crime, Oportunidade e Vitimização. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. São Paulo, v. 19 n. 55, jun. 2004, p. 73-90.

BENNETT, Colin J. In Defence of Privacy: the concept and the regime. **Surveillance & Society**. Kingston, Ontario, CANADA, v. 8, n. 4, 2011. Disponível em: <http://www.surveillance-and-society.org/ojs/index.php/journal/article/view/privacy_defence>. Acesso em: 18 jul. 2011.

BLOUSTEIN, Edward J. Privacy as an aspect of human dignity: an answer to Dean Prosser. **New York University Law Review**, New York, 39, 1964.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil** de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 09 nov. 2015.

- BRASIL. **Lei Nº 11.530**, de 24 de outubro de 2007. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/Lei/L11530.htm>. Acesso em: 09 nov. 2015.
- BURROWS, Quentin. Scowl Because You're on Candid Camera: Privacy and Video Surveillance. **Valparaiso University Law Review**. Valparaiso, Indiana, v. 31, nº 3, 1997. Disponível em: <<http://scholar.valpo.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1849&context=vulr>>. Acesso em: 05 ago. 2011.
- BYGRAVE, Lee. Privacy Protection in a Global Context: A Comparative Overview. **Scandinavian Studies in Law**, Stockholm, 2004, v. 47. Disponível em: <<http://folk.uio.no/lee/publications/Privacy%20in%20global%20context.pdf>>. Acesso em 05 ago. 2011.
- CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de Muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo**. Tradução de Frank de Oliveira e Henrique Monteiro. São Paulo: Editora 34/EDUSP, 2000.
- CANOAS, RS. **Lei nº 5466**, de 23 de dezembro de 2009. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/legislacao-de-canoas/848748/lei-5466-2009-canoas-rs.html>>. Acesso em: 02 março 2011.
- CLARKE, Ronald. Introduction. In: **___Situational Crime Prevention: successful case studies**. 2. ed. New York: Harrow and Heston. 1997. P. 2-43. Disponível em: <http://www.popcenter.org/library/reading/PDFs/scp2_intro.pdf>. Acesso em: 25 março 2011.
- COHEN, Julie E. Examined Lives: Informational Privacy and the Subject as Object. **Stanford Law Review**. Stanford, CA, v. 52, maio de 2000.
- COHEN, Lawrence E.; FELSON, Marcus. Social Change and Crime Rate Trends: a Routine Activity Approach. **American Sociological Review**, v. 44, n.4, p. 588-608, ago. 1979.
- DECEW, Judith. "Privacy". **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. 2008. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/privacy/>>. Acesso em: 05 jan. 2011.
- DONEDA, Danilo. Considerações Iniciais sobre os Bancos de Dados Informatizados e o Direito à Privacidade. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. P. 111-136.
- DUMOULIN, Laurence; GERMAIN, Séverine; DOUILLET, Anne-Cécile. Une petite entreprise qui ne connaît pas la crise: le succès de la vidéosurveillance au regard de la littérature internationale. **Champ pénal / Penal field, nouvelle revue internationale de criminologie** [On line], v. VII, 2010. Disponível em: <<http://champpenal.revues.org/7931>>. Acesso em: 29 jul. 2011.

- DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ESPANHA. **Ley Orgánica 4/1997**, de 4 de agosto de 1997. Disponível em: <<https://www.agpd.es/>>. Acesso em: 28 jul. 2011.
- ETZIONI, Amitai. The Limits of Privacy. In: COHEN, Andrew I; WELLMAN, Christopher Heath (Org.). **Contemporary Debates in Applied Ethics**. Oxford: Blackwell, 2005.
- EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR. **EDPS Vídeo-Surveillance Guidelines**. Disponível em: <<http://www.edps.europa.eu/EDPSWEB/>>. Acesso em: 28 jul. 2011.
- FELSON, Marcus; CLARKE, Ronald. Opportunity Makes the Thief: practical theory for crime prevention. **Police Research Series Paper 98**, 1998. Disponível em: <<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20110220105210/rds.homeoffice.gov.uk/rds/prgpdfs/fprs98.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2011.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Lúcia M. Ponde Vassalo. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 1991.
- FRANÇA. **Loi n°95-73** du 21 janvier 1995. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEX-T000005617582&dateTexte=20110811>>. Disponível em: 02 março 2011.
- FRASER, Nancy. Michael Foucault: A “Young Conservative”? In: KELLY, Michael (Org.). **Critique and Power**: recasting the Foucault/Habermas debate. Cambridge, London: MIT Press, 1994. p. 185-210.
- FYFE, Nicholas R.; BANNISTER, Jon. City Watching: Closed Circuit Television Surveillance in Public Spaces. **Area**. London, v. 28, n. 1, março 1996. P. 37-46.
- GALLAGHER, Caoilfhionn. CCTV and Human Rights: the Fish and the Bicycle? An Examination of Peck V. United Kingdom (2003) 36 E.H.R.R. 41. **Surveillance & Society**. Kingston, Ontario, 2004. Disponível em: <[http://www.surveillance-and-society.org/articles2\(2\)/humanrights.pdf](http://www.surveillance-and-society.org/articles2(2)/humanrights.pdf)>. Acesso em: 12 março 2011.
- GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI. **Video surveillance**: the general provision adopted by the Garante. Disponível em: <<http://www.garanteprivacy.it/>>. Acesso em: 02 março 2011.
- GARLAND, David. **La Cultura del Control**: crimen y orden social em la sociedad contemporánea. Traducción de Máximo Sozzo. Barcelona: GEDISA, 2005.
- GAVISON, Ruth. Privacy and the Limits of Law. **The Yale Law Journal**. New Haven, CT, v. 89, n. 3, jan. 1980), p. 421-471.
- GOFFMAN, Erving. **A representação do eu na vida cotidiana**. Tradução de Maria Célia Santos Raposo. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

GOFFMAN, Erving. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Tradução de Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. 4. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1988.

GUIMARÃES, Luiz Antônio Brenner. **Os Limites da Vigilância Eletrônica em Via Pública**: a experiência gaúcha. 2007. Disponível em: <http://www.guayi.org.br/?area=-77&arq=img/galeria/1103_Vigilancia_eletronica.pdf>. Acesso em: 28 março 2011.

HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms**: contributions to a discourse theory of law and democracy. Translated by REHG, William. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 1996.

HIRSCH, Andrew von. Cuestiones éticas en torno a la vigilancia en espacios públicos mediante cámaras de televisión. **Revista Indret**, 4, Barcelona, 2007. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/476_es.pdf>. Acesso em: 20 maio 2011.

HONESS, Terry; CHARMAN, Elizabeth. Closed Circuit Television in Public Places: its Acceptability and Perceived Effectiveness. **Crime Prevention Unit Series Paper**, n. 35, Home Office Police Department. London, 1992.

INFORMATION COMMISSIONER'S OFFICE (ICO). **CCTV Code of Practice**. Disponível em: < <https://ico.org.uk/>>. Acesso em: 23 nov 2015.

KANASHIRO, Marta Mourão. Surveillance Cameras in Brazil: exclusion, mobility regulation, and the new meanings of security. **Surveillance and Inequality**, Ontario, 2008. Disponível em: <[http://www.surveillance-and-society.org/articles5\(3\)/brazil.pdf](http://www.surveillance-and-society.org/articles5(3)/brazil.pdf)>. Acesso em: 26 abril 2011.

LYON, David. Fear, Surveillance, and Consumption. **The Hedgehog Review**. Charlottesville, VA, v. 5, n. 3, 2003.

MARX, Gary T. Ethics for the New Surveillance. **The Information Society**, v. 14, n. 3, 1998, Disponível em: <[http://www.asc.upenn.edu/usr/ogandy/Gandy%20Comm664/marx%20-%20ethics%20for%20the%20new%20\(good%20copy\).pdf](http://www.asc.upenn.edu/usr/ogandy/Gandy%20Comm664/marx%20-%20ethics%20for%20the%20new%20(good%20copy).pdf)>. Acesso em: 11 ago. 2011.

MCCAHILL, Michael; NORRIS, Clive. Literature Review (Working Paper No.2). In: **On the Threshold to Urban Panopticon?** Analysing the Employment of CCTV in European Cities and Assessing its Social and Political Impacts. Centre for Technology and Society, Technical University Berlin: European Commission. 2002. Disponível em: <http://www.urbaneye.net/results/ue_wp2.pdf>. Consultado em: 29 março 2011.

NAGEL, Thomas. **Concealment and Exposure and Other Essays**. New York: Oxford University Press, 2002.

NIETO, Marcus Public Video Surveillance: Is It An Effective Crime Prevention Tool? **California Research Bureau**. Sacramento, jun. 1997, p. 28-30. Disponível em: <<http://www.library.ca.gov/crb/97/05/>>

- crb97-005.pdf>. Acesso em: 28 março 2011.
- NIETO, Marcus; JOHNSTON-DODDS, Kimberly; SIMMONS, Charlene Wear. Public and Private Applications of Video Surveillance and Biometric Technologies. **California Research Bureau**, março, 2002. Disponível em: <<http://www.library.ca.gov/crb/02/06/02-006.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2011.
- NISSENBAUM, Helen. **Privacy in Context: technology, policy, and the integrity of social life**. Stanford, CA: Stanford University Press, 2010.
- NISSENBAUM, Helen. Protecting Privacy in an Information Age: The Problem of Privacy in Public. **Law and Philosophy**. New York, 17, 1998. Disponível em: <<http://www.nyu.edu/projects/nissenbaum/papers/privacy.pdf>>. Acesso em: 12 jul.2011.
- NORRIS, Clive; ARMSTRONG, Gary. CCTV and the Social Structuring of Surveillance. PAINTER, Kate; TILLEY, Nick (Orgs.). **Surveillance of Public Space: CCTV, Street Lighting and Crime Prevention**, p. 157-78, 1999 (Crime Prevention Studies, v. 10). Disponível em <http://www.popcenter.org/library/crimeprevention/volume_10/06-NorrisArmstrong.pdf> Acesso em: 04 nov. 2015.
- NORRIS, Clive; McCAHILL, Michael. CCTV: beyond penal modernism? **British Journal of Criminology**, v. 46, n.1, 2006, p. 97-118.
- NORRIS, Clive; McCAHILL, Mike; WOOD, David. Editorial. The Growth of CCTV: a global perspective on the international diffusion of video surveillance in publicly accessible space. **Surveillance & Society**, Kingston, Ontario, 2004. Disponível em: <[http://www.surveillance-and-society.org/articles2\(2\)/editorial.pdf](http://www.surveillance-and-society.org/articles2(2)/editorial.pdf)>. Acesso em: 07 abril 2011.
- PHILLIPS, Coretta. A Review Of CCTV Evaluations: crime reduction effects and attitudes towards its use. PAINTER, Kate; TILLEY, Nick (Orgs.). **Surveillance of Public Space: CCTV, Street Lighting and Crime Prevention**, p. 123-155, 1999 (Crime Prevention Studies, v.10). Disponível em: <http://www.popcenter.org/library/crimeprevention/volume_10/05-Phillips-CCTV_Evaluations.pdf>. Acesso em: 25 março 2011.
- PORTUGAL. **Lei n. 1/2005** de 10 de Janeiro. Disponível em: <<http://www.cnpd.pt/>>. Acesso em: 23 abril 2011.
- POSNER, Richard A. The Economics of Privacy. **The American Economic Review**, Pittsburgh, PA, 71, n 2, 1981.
- PROSSER, William L. Privacy. **Califórnia Law Review**. Berkeley, CA, v. 48, n. 03, ago. 1960, p. 383-423.
- RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- RACHELS, James. Why Privacy is Important. **Philosophy and Public Affairs**. Princeton, New Jersey, v. 4, n. 4, 1975.

- REGAN, Priscilla. Safe Harbors or Free Frontiers? Privacy and trans-
borders data flows. **Journal of Social Issues**. Columbia, MO, v. 59,
n. 02, 2003.
- RIO GRANDE DO SUL (Estado). 1ª Vara da Fazenda Pública do Foro
Central. Comarca de Porto Alegre. Ação Civil Pública. Improcedente.
Processo nº 001/1.05.0267565-2, Autor Somos Comunicação Saúde
e Sexualidade, réus o Estado do Rio Grande do Sul e o Município de
Porto Alegre. Porto Alegre, 2008. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 09 nov. 2015.
- RIO GRANDE DO SUL (Estado). Secretaria de Justiça e Segurança.
Portaria SJS Nº 042, de 25 de abril de 2005, Anexo A. **Diário Oficial
do Estado**. Porto Alegre, 27 abril 2005, p.42.
- RIO GRANDE DO SUL (Estado). Secretaria da Segurança Pública.
Portaria nº 101/2008-SSP, de 8 de julho de 2008. Disponível em:
<http://www.igp.rs.gov.br/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=62>. Acesso em: 04 nov. 2015.
- SANDEL, Michael J. **Liberalism and the Limits of Justice**, 2.ed.
Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- SCANLON, Thomas. Thomson on Privacy. **Philosophy and Public
Affairs**, Princeton, New Jersey, v. 4, n. 4, 1975.
- SCHWARTZ, Paul M. Preemption and Privacy. **Yale Law Journal**.
New Haven, CT, v. 118, n.5, p. 902-947, 2009.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**.
29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SIMITIS, Spiros. Privacy: an Endless Debate? **California Law Review**.
Berkeley, CA, v. 98, 2010.
- SIMITIS, Spiros. Reviewing Privacy in an Information Society.
University Of Pennsylvania Law Review. Philadelphia, PA, v. 135,
1987, p. 707-746.
- SLOBOGIN, Christopher. Public Privacy: camera surveillance of
public places and the right to anonymity. **Mississippi Law Journal**,
Oxford, MS, v.72, 2002.
- SMITH, Gavin J.D. Behind the Screens: examining Constructions
of Deviance and Informal Practices among CCTV Control Room
Operators in the UK. **Surveillance & Society**. Kingston, Ontario,
Canada, v. 2, n. 2; 3, 2004, p. 376 - 395. Disponível em: <[http://www.surveillance-and-society.org/articles2\(2\)/screens.pdf](http://www.surveillance-and-society.org/articles2(2)/screens.pdf)>. Acessado
em: 28 março 2011.
- SOLOVE, Daniel J. Conceptualizing Privacy. **California Law Review**.
Berkeley, CA, v. 90, p. 1087, 2002.
- THE CONSTITUTION PROJECT. **Guidelines For Public Video
Surveillance**: a guide to protecting communities and preserving ci-
vil liberties. A report of The Constitution Project's liberty and secu-
rity committee. 2005. Disponível em: <<http://www.constitutionpro->

ject.org/pdf/Video_Surveillance_Guidelines_Report_w_Model_Legislation4.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2011.

TREVISAN, Elisa; FIRMINO, Rodrigo José e MOURA JUNIOR, Almir de. Olhos de vidro: observando os observadores no monitoramento de espaços públicos em Curitiba, Brasil. In: **Anais do I Simpósio Interdisciplinar e Internacional Vigilância, Segurança e Controle Social na América Latina**, Curitiba, Pontifícia Universidade Católica, 4 a 6 de março de 2009. Disponível em: <http://www2.pucpr.br/sssc/papers/SessaoB_A42_pp134-152.pdf>. Acesso em: 28 março 2011.

UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho** de 24 de Outubro de 1995. Disponível em: <http://www.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/EDPS/DataProt/Legislation/Dir_1995_46_PT.pdf>. Acesso em: 20 abril 2011.

US DEPARTMENT OF HEALTH, EDUCATION AND WELFARE. **Records, Computers and the Rights of Citizens**. Report of the Secretary's Advisory Committee on Automated Personal Data Systems. DHEW Publication, 1973.

VIANNA, Túlio de Lima. A era do Controle: introdução e crítica ao Direito Penal Cibernético. **Direito e Justiça Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa**, Lisboa, vol. XVIII, t. II, 2004, p. 339-351.

VOLOKH, Eugene. Freedom of Speech and Information Privacy: The Troubling Implications of a Right to Stop People from Speaking About You. **Stanford Law Review**, Stanford, CA, 52, p. 1049-1124, 2000.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. **Harvard Law Review**. Cambridge, MA, v. 4, n. 5, dez. 1890, p. 193-220.

WELSH, Brandon C.; FARRINGTON, David P. Crime prevention effects of closed circuit television: a systematic review. **Home Office Research Study 252**, 2002. Disponível em: <<http://www.homeoffice.gov.uk/rds/pdfs2/hors252.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2011.

A COMPETÊNCIA SUPLEMENTAR DO MUNICÍPIO: DELIMITAÇÃO IMPLÍCITA DA CLÁUSULA DO INTERESSE LOCAL¹²⁹

THE ADDITIONAL RESPONSIBILITY
OF THE MUNICIPALITY: IMPLICIT
DELIMITATION OF LOCAL INTEREST CLAUSE

Rejane Maria Machado Pinto¹³⁰

Resumo: Este artigo pretende, a partir da exegese do artigo 30, II da Constituição Federal – que prevê a legislação municipal supletiva à legislação federal e estadual, no que couber – e do artigo 30, I da Constituição Federal – que entende cabível a suplementação apenas sobre assuntos de interesse local –, verificar as hipóteses em que a legislação municipal suplementar seja necessária para atuar competências materiais privativas do município ou para atuar competências materiais comuns.

Palavras-chave: Competência suplementar. Município. Interesse local.

Abstract: *This article aims, from the exegesis of article 30, II, of the Federal Constitution – which predicts the municipal legislation supplementary to the federal and state laws, where applicable – and article 30, I, of the Federal*

129 Artigo apresentado ao curso de Especialização em Direito Municipal da Fundação Escola Superior de Direito Municipal (ESDM) como parte dos requisitos de avaliação do módulo de Direito Constitucional. Coordenação: Professora Maren Guimarães Taborda

130 Pós-graduanda em Direito Municipal, pela Fundação Escola Superior de Direito Municipal (ESDM).

Constitution – that understands appropriate the supplementation only on matters of local interest –, to verify the hypotheses in which supplementary municipal legislation is required to perform private material competences of the City or to perform common material competences. The comments presented here are based on the Doctrine of the Brazilian Public Law and on the Jurisprudence of Supreme Federal Court.

Keywords: *City. Supplementary competence. Local interest.*

INTRODUÇÃO

Quais as hipóteses de competência suplementar do município, conforme o artigo 30, II da Constituição Federal (CF), considerada a delimitação implícita da cláusula genérica do interesse local no artigo 30, I da CF?

A Constituição Federal, no *caput* do artigo 24, ao versar sobre a competência legislativa concorrente, distribuída entre a União, os estados e o Distrito Federal, deixa de citar os municípios entre aqueles entes legiferantes.

De outra parte, o artigo 30, II da Constituição vigente atribui aos municípios suplementar a legislação federal e estadual, no que couber, ao passo que o artigo 30, I do mesmo ordenamento constitucional prevê que compete aos municípios legislar sobre assuntos de interesse local.

A presente pesquisa pretende, a partir da exegese do artigo 30, II da Constituição Federal – que esclarece que a legislação municipal suplementar ocorrerá no que couber – e da interpretação do artigo 30, I da Constituição Federal – que entende só caber suplementação sobre assuntos referentes ao interesse local –, verificar as hipóteses em que a legislação municipal suplementar seja necessária para atuar competências materiais privativas do município ou para atuar competências materiais comuns.

O estudo realizado apoiou-se nos métodos indutivo e dedutivo, a partir de questionamento que ensejou o projeto ora desenvolvido, de modo a deduzir soluções e/ou resultados pertinentes ao tema. Nessa direção, a metodologia proposta buscou atender aos objetivos introduzidos pelo trabalho.

1 REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: AUTONOMIA MUNICIPAL

Como ponto de partida, veja-se o conceito de “federação” segundo o dizer de Lúcia Valle Figueiredo (1997, p. 5): “Federação é o modelo constitucional em que se prevê a descentralização do poder estatal, tal seja, a pluralidade de centros de poderes autônomos, coordenados pelo poder central, este sim, exercendo a soberania externa.”

A forma federativa adotada pelo Estado brasileiro inaugurou a necessidade de divisão do poder estatal por meio da fixação de competências dentro do território nacional. Estas, determinadas constitucionalmente, distribuem o foco do poder nas diversas esferas, assim compreendidas: federal, estadual, distrital e municipal.

A Constituição Federal de 1988, ao elevar o município ao *status* de ente federado e autônomo, como afirmado em seu artigo 18, não só inovou no ordenamento constitucional como prestou um tratamento diferenciado à matéria municipal – talvez sem precedentes no Direito Constitucional comparado.

Como integrante da estrutura federativa determinada pela Constituição de 1988, o município passou a gozar de autonomia derivada única e exclusivamente daquele ordenamento, restrita aos limites estatuidos constitucionalmente. O ente municipal não mais deve obediência a deveres ditados pelas Constituições dos estados ou por qualquer legislação infraconstitucional (não municipal). Ao contrário, ora detém o poder de auto-organização e é regido por lei orgânica própria, conforme lhe confere o artigo 29 da Constituição Federal.

O artigo 30 da Carta Política ocupa-se de catalogar certas competências municipais privativas e, em seu inciso I, confere ao município competência para legislar sobre assuntos de interesse local, sendo explicitadas nos incisos III, IV, V e VIII demais competências de ordem administrativa (competência material privativa).

A nova expressão adapta-se à concepção já ministrada por Victor Nunes Leal (1954) e Alaor Caffé Alves (1981). O artigo 30, I da Constituição Federal de 1988, ao dispor sobre o “interesse local”, extrapola o entendimento pretérito da teoria da predominância, inerente à cláusula do “peculiar interesse”, antes assim denominada. O novo sentido seria de exclusão: excludente dos demais interesses nacionais ou regionais. É uma ideia mais concreta – embora ainda um tanto indefinida – se comparada com a completa abstração e generalidade do conceito de “peculiar interesse municipal”.

Outros autores há, como Celso Antonio Ribeiro Bastos (1993), que defendem a ideia da predominância. Entendem que, por óbvio, não se trata de interesse exclusivo a competência municipal de legislar sobre tudo que for de interesse local. Pode-se averbar sobre isso que os interesses locais do município são aqueles que dizem de perto com suas realidades imediatas e diretas; mas, também, não deixam de repercutir, indiretamente, nas necessidades gerais da comunidade nacional.

Em relação a matérias antes completamente alijadas da influência municipal, pode agora a municipalidade versar legislativamente, de forma suplementar, suprimindo a legislação federal ou estadual, sem desrespeitá-la. A expressão legislativa conferida aos entes locais possibilita a suplementação de normatividade heterônoma. Consideradas as características locais, pode o município adequar-se a disposições que o levem a alcançar seus objetivos comunitários.

Nas constituintes anteriores alvo de grande controvérsia, a autonomia auferida aos municípios pela Constituição de 1988 centra-se no poder de editar normas próprias e prestar atividade administrativa de conformidade com o interesse local – interesse esse que, resguardado o interesse nacional, há que ser respeita-

do na instância municipal. Este centro que deve ser tido como intocável pelos estados-membros e União deixa ainda em aberto a questão do preenchimento da cláusula atinente ao interesse local.

A expressão “autonomia”, ainda hoje, reveste-se da conotação de poder e competência – poderes e competências outorgados constitucionalmente aos entes federais, conforme os interesses gerais (União), regionais (estados-membros), regionais e locais (Distrito Federal) e locais (municípios). Desse contexto, surge uma estrutura dogmática a tratar da matéria municipal que se revela através de autonomia política, autonomia financeira, autonomia legislativa e autonomia administrativa.

Não por falta de tentativas contrárias da Constituinte de 1988 – que buscou delimitar áreas específicas aos municípios, mediante traçados claros de seus poderes e tarefas, relativamente aos demais entes da Federação brasileira –, manteve-se o sistema anterior da cláusula do “peculiar interesse”, agora sob o nome de “interesse local”.

Sobre a matéria “interesse local”, pretendeu Itiberê Oliveira Rodrigues (1997), a partir das ponderações de Carlos Ary Sundfeld e das lições de Francisco Campos e João Luiz Teixeira, estabelecer critérios, que em última instância deverão estar conjugados com o caso concreto:

- capacidade financeira – aferição da ajuda financeira aos estados e municípios já é possível a partir da Constituição de 1988; informa, assim, as necessidades de receitas extraordinárias municipais ou, ainda, a possibilidade de maiores responsabilidades a assumir, na dependência maior ou menor de repasses;
- capacidade econômica – aferição da maior ou menor participação nas rendas próprias municipais dos três setores de produção da economia: primário, secundário e terciário; as diferentes necessidades provêm das características dos municípios – mais e menos dependentes da agricultura ou da prestação de serviços;

- condições demográficas – população urbana e rural identificadas; aspecto que não está diretamente vinculado ao item anterior;
- condições socioculturais – cidadania em sentido amplo; participação efetiva da sociedade em questões comunitárias, junto ao governo municipal (orçamentos participativos, indicadores sociais referentes às taxas de analfabetismo, percentual de idosos, população economicamente ativa etc.);
- grau de especialização da administração municipal – complexidade ou não da estrutura administrativa; aferição do número de órgãos municipais, setores e profissionais tecnicamente capacitados, serviços terceirizados.

Ainda, no ensinamento de Rodrigues (1997) é a junção desses fatores, ou *topoi*, que dimensiona, de forma objetiva, o grau de desenvolvimento do município, e assim o atendimento de suas necessidades mais urgentes, identificadas, por assim dizer, com os **interesses locais**.

Seriam esses *topoi* determinantes para um trabalho objetivo acerca da **autonomia** e do **interesse local** e sua extensão, cuja validade não mais se estenderia, uniforme, em âmbito nacional para todos os municípios. Não mais ficaria à mercê de posterior interpretação jurisprudencial; em vez disso, ficaria em conformidade com suas possibilidades concretas e territoriais a partir daqueles fatores.

Desta sorte, as teses da predominância ou do interesse local são insuficientes para delimitar a realidade dos municípios. Necessitam, por evidente, de preenchimento a ser dado pela soma de fatores (*topoi*), como os ora vistos, com os casos concretos balizadores da realidade local. Essa situação, hoje, só se resolve com a jurisprudência, em especial a do Supremo Tribunal Federal, mediante a abordagem dos critérios dominantes utilizados para fundamentar os julgados sobre a extensão e limites do princípio do interesse local.

2 COMPETÊNCIAS CONCORRENTES: DISTINÇÃO ENTRE AS MODALIDADES DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE PRIMÁRIA DO ARTIGO 30, II, E COMPETÊNCIA CONCORRENTE PRIMÁRIA DO ARTIGO 24, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Uma das competências fixadas constitucionalmente é a **competência concorrente**. Entende-se por “competência concorrente” a possibilidade de atuação de mais de um ente federativo sobre determinada matéria. Deve embasar-se essa atuação na distinção existente entre normas gerais e normas especiais. Assim, cabe à União estabelecer normas gerais sobre certas matérias; e, aos demais entes federados, editar normas específicas aplicáveis às suas realidades.

As hipóteses elencadas no artigo 24 da Constituição Federal consistem nessa espécie de competência (concorrente). Há aí um desdobramento em **competência complementar** e **competência suplementar**.

Em tese, o referido artigo deve guiar-se pelos seguintes requisitos:

- a União editará normas gerais;
- na ausência de normas gerais, por inércia da União, os estados-membros e o Distrito Federal podem editar as normas gerais, que poderão vigorar até a edição de normas gerais federais colidentes;
- os estados-membros e o Distrito Federal, diante das normas gerais, legislarão mediante seus interesses complementando-as.

Não obstante, o município não ficou excluído dessa estrutura de competências, ainda que não presente expressamente no artigo 24 da Carta Política. O artigo 30, II da Constituição Federal revela sua competência suplementar perante a legislação federal e estadual. Com efeito, na ausência de lei federal e/ou estadual, o município poderá suprir essa omissão por meio da edição de normas decorrentes do exercício da **competência comum**.

Havendo, contudo, a superveniência de normas federais ou estaduais, a legislação municipal colidente terá sua eficácia suspensa.

A outorga aos municípios da atividade legislativa suplementar, conforme dispõe o artigo 30, II da Constituição Federal, será exercida “**no que couber**”. Os assuntos nos quais os municípios, assim, poderão atuar são os de interesse local, na inteligência do artigo 30, I da Constituição Federal.

No texto constitucional de 1988, estão presentes as **competências legislativas concorrentes primárias** – por ter assento na própria Constituição – e as **competências legislativas concorrentes secundárias** – não previstas expressamente na Constituição, mas resultantes da necessidade de exercer competências materiais comuns; assim classificadas por Fernanda Dias Menezes de Almeida (2000, p. 140).

As competências legislativas concorrentes primárias compreendem as hipóteses de **competência concorrente clássica** e de **competência concorrente limitada**, atendendo terminologia de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1988). Também **primária**, mas, se assim pode-se chamar de **segundo grau**, é a **competência suplementar do município**.

Na atual Constituição é dada maior ênfase à competência concorrente limitada. Nesta enquadram-se o artigo 24 e parágrafos, com os quais deverá se conformar o artigo 30, II.

O artigo 24 da Constituição contempla a competência legislativa concorrente, mediante à qual, União, estados e Distrito Federal podem legislar sobre os temas arrolados pelo dispositivo, na forma disposta em seus quatro parágrafos. Relaciona, aí, matérias já integrantes da Constituição anterior. Nos termos daquela Constituição, competia à União editar normas gerais; e, aos estados-membros, normas específicas sobre temas como direito tributário, direito financeiro, orçamento, custas dos serviços forenses, educação, desporto, previdência social, proteção e defesa da saúde. Já então se abriam à legislação supletiva dos Estados matérias como juntas comerciais e de produção e consumo.

Certos assuntos que não faziam parte do texto constitucional pretérito, agora, passam a integrar de forma direta a esfera da competência concorrente: direito penitenciário; direito econômico; direito urbanístico; conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição; responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; assistência jurídica; e defensoria pública.

Com efeito, a competência concorrente (limitada) da Constituição de 1946 – representada, apenas, por seis hipóteses naquele ordenamento – ampliou-se muito até a Constituição de hoje, alcançando número superior a trinta casos, sem falar daqueles deslocados noutros dispositivos constitucionais. É o caso do inciso II do artigo 30, cuja competência legislativa concorrente municipal foi deslocada para o referido dispositivo, não ficando o município alijado da capacidade de suplementar a legislação federal e a legislação estadual **no que couber**.

Terminologia nova, usada no § 2.º do artigo 24 da Constituição, para qualificar a competência dos Estados, a expressão “suplementar” difere, em seu sentido, de “complementar”. “Complementar” significa detalhar ou desdobrar o conteúdo de uma norma geral; já “suplementar” quer dizer substituir ou fazer as vezes de algo.

Conforme análise sistemática dos parágrafos do artigo 24, os estados-membros e o Distrito Federal são titulares de competência complementar e competência supletiva. De forma reflexa, também os municípios passam a deter competências dessa ordem, a partir da compatibilização do artigo 30, II com ditos parágrafos do artigo 24. Na hipótese do § 2.º, os estados e o Distrito Federal poderão exercer sua atividade legislativa complementar – situação em que, guardadas as devidas reservas, mesmo a competência do município não há de ser excluída, desde que não afrontadas as regras gerais da União, nem as regras complementares dos estados. Na hipótese do § 3.º, a competência de ordem supletiva possibilitará a União, estados, Distrito Federal e municípios, por força do artigo 30, II, sempre adstrito à locu-

ção “no que couber”, suprir a lacuna legislando a fim de atender suas peculiaridades.

O próprio município pode agora suprir omissões da legislação federal e estadual, por evidente sem contrariá-la. Afigura-se como viável, desta forma, atuar legislativamente sobre assuntos de interesse local, mediante a suplementação de atividade legislativa heterônoma, adequando-a nos moldes de seus objetivos peculiares.

Cumpra, agora, indagar, em que circunstâncias cabe a legislação municipal suplementar, levando em conta o teor do artigo 30, II da Constituição Federal, que informa ocorrer tal atividade legislativa **no que couber**. Isto porque não há uma referência expressa nesse sentido, apontando as leis federais ou estaduais cuja suplementação seja autorizada. Entende a doutrina que a atuação supletiva não pode incidir indiscriminadamente sobre quaisquer leis federais e estaduais, pois matérias há cuja natureza não possui qualquer relação com a esfera municipal e, nesse caso, sua intervenção legislativa pode beirar o despropósito.

Nesse passo, o ponto de partida consiste no entendimento de que a suplementação municipal é cabível, apenas, relativamente a assuntos de interesse local. Se, de um lado, o critério constitucional “no que couber” estabelece os limites à atuação supletiva municipal, de outro, o “interesse local” busca definir as matérias sobre as quais o município pode atuar supletivamente.

Há que ser feita uma ressalva, nesse aspecto, quanto ao artigo 22 da Constituição – competência privativa da União, classificada como competência concorrente clássica –, em relação ao qual não se estende a cláusula constitucional “no que couber”. Nessa hipótese, a outorga de poderes, de caráter complementar, é feita aos estados e refere-se tão só a questões específicas arroladas no dispositivo. Nos termos do artigo 22, depende do legislador federal, de modo discricionário, delegar ou não aos estados-membros a faculdade de legislar sobre pontos específicos dos temas inerentes à competência legislativa privativa da União. Logo, se o estado cumprir o que lhe foi delegado, a finalidade de complementação ou, até mesmo, de suplementação

estará atingida. Se não praticado o ato delegatório pelo estado, não é lícito ao município exercer qualquer atividade suplementar, de forma direta, à legislação federal, o que, nesse caso, conflitaria com as exigências feitas para o exercício da atividade suplementar pelos estados. É o que explica a não abrangência pela cláusula em comento (no que couber) das matérias versadas no artigo 22 da Constituição Federal.

É dentro da legislação federal contemplada pelo artigo 24 da Constituição que o município terá oportunidade de exercer sua faculdade legislativa suplementar, desde que em questões pertinentes à municipalidade e respeitadas as leis federais e estaduais sobre o tema. Nesse dispositivo, são fixadas as competências concorrentes da União, dos estados e do Distrito Federal. A União fica limitada às regras de cunho geral, enquanto aos estados incumbem regras mais concretas, sempre restritas às diretrizes gerais da esfera federal. Nesse contexto, é plena a competência dos estados quando houver omissão da União; e, havendo superveniência de lei federal, a estadual fica com sua eficácia suspensa no que conflitar com aquela.

Assim, duas possibilidades se abrem quanto à legislação municipal suplementar. Em primeiro, será cabível quando a atuação da competência material privativa do município depender da observância de normatização heterônoma, seja ela federal ou estadual.

Na hipótese da legislação federal, a faculdade de suplementar – ou complementar – do município em relação às normas gerais da União vem exemplificada pela competência privativa de instituir os próprios tributos. Respeitadas as regras gerais de direito tributário editadas pela União, ao município é conferida a possibilidade de editar regras tributárias específicas (competência complementar), e até mesmo regras gerais, no caso de omissão da União em expedi-las (competência suplementar).

A atuação suplementar do município também é passível de concretização, quando, em cumprimento à competência material privativa, o município for obrigado a observar lei federal editada pela União no exercício

de sua competência legislativa plena. Como exemplo, a competência exclusiva do município de promover **no que couber** adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e uso do solo urbano (artigo 30, VIII). Se à União compete privativamente elaborar e executar planos nacional e regionais do território, ao município resta adequar-se por meio de sua legislação sobre a matéria à legislação federal pertinente e suplementá-la, se este for o caso.

Quanto à legislação estadual, o município atuará supletivamente na prática de competência material privativa, quando, da mesma forma que com a lei federal, deve se sujeitar às leis do estado pertinentes. É o exemplo do artigo 30, IV, que faculta ao município a competência de criar, organizar e suprimir distritos, na constante observância da legislação do estado. Por óbvio, nesses casos, sendo o assunto de ordem municipal (distritos são organismos de circunscrição administrativa da municipalidade) e sendo autônomos os municípios, lhes é conferida a competência de legislar sobre a matéria. Contudo, como, em determinadas circunstâncias, tais circunscrições são também consideradas pelo estado, deve o município pautar-se por leis estaduais genericamente editadas sobre a matéria.

Segundo Celso Seixas Ribeiro Bastos (1989), a competência legislativa do município pode mesmo estender-se à legislação estadual, de forma supletiva, quando o estado detiver autonomia sobre matérias expressas na fórmula constitucional residual do artigo 25, § 1.º. Nessa situação, o município de algum modo há de ser afetado por ditas matérias, sob pena de não fazer qualquer sentido sua intervenção supletiva, que restaria, portanto, injustificável.

Observe-se sobre a questão que a Constituição Federal foi expressa ao determinar que as leis orgânicas dos municípios deverão ater-se aos princípios ditados por aquela Constituição e pelas constituições estaduais. Por outro lado, a fixação de princípios pelas constituições dos estados depara-se – e respeita – com o princípio da autonomia municipal, o que constitucionalmente é imperativo. Os municípios, de sua vez,

não se aproveitam deste valioso espaço muitas vezes deixado pelos estados, pois, ao editar suas normas de *status* constitucional, se limitam a reproduzir o texto da Constituição Federal, não preenchendo – como poderia ser feito – um sistema de princípios de natureza precípua municipal.

A propósito, é de se destacar que as leis federais e estaduais que extrapolarem os limites de suas competências, interferindo, desse modo, na esfera de competência municipal, serão tidas como inconstitucionais. Essa constatação cede espaço ao ente municipal, que, na órbita de sua competência constitucional, atua legislativamente sem sujeição hierárquica.

A competência do município para legislar sobre matérias de seu interesse parece questão perfeitamente superada. Na Constituição de 1988, o constituinte optou por declarar, de forma explícita, o poder municipal de legislar – e com exclusividade – sobre assuntos de interesse local. Trata-se da competência não arrolada no texto constitucional, ressalvadas algumas poucas referências à legislação municipal como suporte de atividades administrativas, cujo detalhamento fica por conta das leis de organização municipal.

Essa escolha do constituinte deve-se à necessidade crescente de que o município preste novos serviços. Por isso, não convém ao texto constitucional estratificar em relação taxativa as competências municipais. A solução adequada encontrada pelo legislador foi a de repassar essa competência legislativa aos municípios, o que se processará mediante a edição das leis orgânicas.

Exemplo típico dessa competência encontra-se demonstrado na Lei Orgânica do Município de São Paulo, que relaciona em seu artigo 13 um grande número de competências legislativas, além de outros dispositivos esparsos no texto constitucional.

De outra parte, a Constituição Federal dispõe em seu próprio texto, de forma exemplificativa, algumas competências, como as político-administrativas, dos municípios. É o caso dos incisos III, IV, V e VIII do artigo 30, que preveem a competência de arrecadação dos tributos municipais, aplicação de suas rendas, prestação de con-

tas e publicação de balancetes; organização e supressão de distritos, organização e prestação de contas dos serviços locais; promoção, no que couber, do ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, parcelamento e ocupação do solo urbano.

Na linha de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1990), cabe o comentário sobre a desnecessidade dessas previsões, quanto mais não seja por terem assento em outros dispositivos constitucionais, como no artigo 156 (sobre o poder de tributar do município), ou, ainda, por decorrerem indiscutivelmente da autonomia municipal. Segundo o autor, ao enunciar essas competências (não taxativas), pretendeu o constituinte, mais que elucidar questões, insistir em algumas recomendações ou “lembretes”, de modo a detalhar ditas atribuições, como, por exemplo, o dever da prestação de contas sobre a aplicação de suas rendas; a possibilidade da prestação dos serviços públicos sob regime de concessão ou permissão; a obrigação de planejamento do solo urbano.

Por outro lado, como adverte Celso Seixas Ribeiro Bastos (1989), as competências expressas no artigo 30 “não devem estimular uma visão exageradamente grandiosa da autonomia municipal, porque diversas matérias aí explicitadas sofrem a restrição de uma normatividade superior”. Exemplo disso é o inciso V, que, embora confira ao município a organização dos transportes coletivos, refere que esta há de operar-se na observância da legislação federal, pois à União compete editar normas para os transportes urbanos. Outro exemplo é o inciso VII, que prevê a ordenação do território: também aí o município deverá submeter-se aos planos nacional e regional sobre a matéria.

Cabe o registro, ainda, de outros dispositivos constitucionais que versam sobre as competências materiais do município: o artigo 144, § 8.º – que atribui ao município a constituição da guarda municipal destinada à proteção de seu patrimônio; e o artigo 182 – que comete ao município a execução da política de desenvolvimento urbano, apontando como instrumento básico dessa política o plano diretor aprovado pelas câmaras municipais e obrigatório para cidades com número de habitantes superior a vinte mil.

3 COMPETÊNCIAS MATERIAIS COMUNS, QUE PRESSUPONHAM PARA O SEU EXERCÍCIO A COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE PREVISTA NO ARTIGO 24 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E A QUESTÃO DA LEGISLAÇÃO MUNICIPAL SUPLEMENTAR

Na área das **competências materiais comuns**, que tenham como pressuposto para sua atuação a competência legislativa concorrente prevista no artigo 24, torna-se mais complexa a questão da legislação municipal suplementar. Ao que parece, a competência complementar das normas gerais da União auferida aos estados transmite-se extensivamente aos municípios, ou seja, não os exclui dessa atividade legislativa. Ainda assim, o município fica sujeito às normas gerais da União ou às de complementação estaduais, sendo-lhe vedado opor-se a elas. É de reconhecer, porém, que, em relação às normas estaduais de complementação, é reservado aos municípios o seu detalhamento, de modo a adequá-las às características da comunidade.

Na ausência de normas gerais da União, compete aos municípios, da mesma forma que aos estados-membros, suprir tal lacuna, mediante a edição de normas gerais para atender às suas peculiaridades e realidades típicas. Outra situação é aquela em que o estado, em substituição à União, tenha editado normas gerais: então, ao município caberá obediência, sendo-lhe assegurado apenas o exercício de complementação. Diga-se que, nessas hipóteses, as normas municipais destoantes ou conflitantes com as normas gerais da União ou supletivas dos estados terão sua eficácia suspensa.

O artigo 23 da Constituição de 1988 recepcionou o rol do artigo 10 da Constituição de 1934, referente às competências materiais comuns, de forma ampliada e extensiva ao Distrito Federal e aos municípios – antes tal previsão limitava-se à União e aos estados-membros.

Dispositivo que trata do que se denomina **competência material comum**, o artigo 23 da Constituição Federal versa sobre matérias que poderão dispor, em

comum, a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios. Consistem em normas programáticas, com matérias de conteúdo administrativo, cuja fixação das regras de cooperação entre os entes federativos envolvidos – tendo por finalidade o equilíbrio do bem-estar e do desenvolvimento em âmbito nacional – fica na dependência de lei complementar nacional, conforme mandamento constitucional do parágrafo único do artigo 23.

Nesse sentir, o constituinte pretendeu a conjugação de todos os esforços, com vistas à proteção e incentivo de determinados interesses comuns. Com essa intenção legislativa, o precitado artigo 23 encerra em seu teor, a par de competências, deveres como “zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas, conservar o patrimônio público”, proteger o meio ambiente e combater a poluição, melhorar as condições habitacionais e de saneamento básico, proteger obras de arte, sítios arqueológicos, paisagens naturais notáveis e monumentos – apenas para citar algumas competências/incumbências elencadas no artigo 23, em seus incisos.

Espécie pertencente à classe de competências concorrentes (secundárias) – não previstas expressamente na Constituição, mas decorrentes da necessidade de seu exercício –, as competências materiais comuns cingem-se à hipótese em que todos os entes federativos são considerados aptos para o seu exercício. Os casos de competência aí compreendidos, em número reduzido, correspondem a uma competência legislativa concorrente cumulativa implícita que prevê uma ordem central e outras ordens parciais a legislar sem limites prévios sobre as mesmas matérias. Exemplo disso é a competência facultada a cada ente da Federação para atuar legislativamente, caso entenda necessário, a fim realizar a previsão do artigo 23, I – “que consiste em zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público”.

Trata-se de competência concorrente, denominação tradicionalmente usada, porque em relação a uma mesma matéria dá-se o concurso de competências de mais

de um ente federativo. O constituinte criou uma área de competências exercitáveis, de maneira conjunta e em parceria, pelos entes da Federação, de acordo com regras preestabelecidas, e assim possibilitou o fomento na preservação de certos bens (em particular, aqueles ameaçados) e no especial cumprimento de metas de cunho social.

Sabe-se que o exercício das competências materiais comuns deverá ser presidido pelo ideal de colaboração entre os entes federados. Também, sabe-se que as normas constitucionais editadas com o objetivo de proporcionar a cooperação aspirada ainda obrigarão a União. A lei complementar prevista no parágrafo único do artigo 23, predestinada a disciplinar a forma concertada de atuação dos entes federativos, não pode desatender as normas de repartição de competência, que, por óbvio, coordenam e limitam a colaboração na espécie.

A especial referência diz respeito às regras de competência legislativa, pelas quais se haverá de reger a normatização em espécie, pressuposto para a atuação das competências materiais comuns. São regras que sinalizam, sem dúvida, a preponderância da União.

Com efeito, mediante o cotejo dos dispositivos 23 e 24, transparecem as leis que servirão de fundamento para a execução das tarefas em comum e que resultarão, preponderantemente, de competência legislativa concorrente – situação em que caberá à União expedir regras gerais, enquanto que, aos demais entes da Federação, a legislação suplementar. É o que permitem inferir atividades como cuidar da saúde e da proteção dos deficientes; proteger o patrimônio cultural; proporcionar o acesso à cultura e à educação; proteger o meio ambiente; preservar florestas, a fauna e a flora – que pressupõem a obediência a normas gerais da União (incisos VI, VII, VIII, IX, XII e XIV do artigo 24). Do mesmo modo, compete à União fixar diretrizes para o desenvolvimento urbano, com a inclusão de habitação, saneamento básico e transportes urbanos (artigo 21, XX), diretrizes que não podem ser descumpridas pela legislação estadual e municipal, destinadas à prática da competência material comum, cuja previsão se contém no artigo 23, IX da Constituição Federal.

Em exemplo previsto no artigo 23, XI, à União compete legislar integralmente sobre a matéria, mediante a edição de normas gerais e específicas. Nessa hipótese, o espaço cedido às leis estaduais e municipais há de se restringir à fiscalização das atividades de concessionárias credenciadas à exploração dos recursos hídricos e minerais, obrigatoriamente respeitada a legislação federal.

Em relação à competência comum de fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar, as leis estaduais e municipais submeter-se-ão às normas gerais estabelecidas integralmente pela União sobre produção e consumo (artigo 24, V) e, de forma pontual, algumas regras exclusivas da União, como as do comércio exterior e interestadual (artigo 22, VIII) ou as de transportes (artigo 22, XI).

Merece destaque o fato de que raros são os casos em que a competência comum tem como pressuposto legislação editada de forma independente pelos diversos entes da Federação – para exemplificar: a hipótese do artigo 23, I, ao deliberar sobre a atuação de cada esfera na guarda da Constituição e das leis.

Nesse passo e de acordo com as considerações de Paulo Luiz Neto Lobo (1989), pode-se afirmar que na competência comum não há de prevalecer supremacia de qualquer ente. A União, detentora do comando legislativo que lhe pertence, será mantida no comando geral na área das competências materiais comuns, a par da lei complementar prevista no artigo 23.

Cabe aqui a síntese de Anna Cândida da Cunha Ferraz (1989, p. 65): “O princípio que rege essa partilha (de competências comuns) é o da ‘coordenação e cooperação’, entre as entidades políticas sob a égide da legislação federal.”

Trata-se da convocação de todos os entes públicos para a assunção de ações conjuntas e permanentes e de responsabilidades diante de deveres cometidos a todos, ou, no dizer de Anna Cândida da Cunha Ferraz (1986, p. 67):

Nota-se, no modo de enunciar essas competências ('zelar', 'cuidar', 'proteger'), além do tom imperativo, certo caráter pedagógico. Cuida o texto de 'lembrar' que cada esfera de poder público tem deveres a cumprir para concretizar as atribuições e competências que o constituinte federal lhes confere.

Às competências concorrentes foi dispensado o mesmo tratamento dado às competências privativas da União. Dessa forma, separou o constituinte competências gerais ou de execução cometidas à União, aos estados-membros e ao Distrito Federal. A Constituição, adiante, no artigo 30, II, ainda dispôs sobre a competência legislativa concorrente para nela integrar os municípios.

O desejo do constituinte – de que os entes políticos como um todo cooperem na execução de tarefas e objetivos enunciados na lei – toma forma no que pode ser assim descrito: “[...] na competência comum, ocorre uma descentralização de encargos em matérias de grande relevância social, que não podem ser prejudicadas por questões de limites e espaços de competência.” (LOBO, 1989, p. 100).

Como já dito, a inexistência de normas gerais da União faculta aos municípios, tanto quanto aos estados-membros, a edição de normas gerais para atender às suas necessidades locais. Esta não pode, contudo, desbordar os limites daquelas normas editadas, substitutivamente à União, pelos estados, quando, então, ao município é reservada a sua complementação. Na ausência de normas supletivas estaduais, há liberdade para o município editar aquelas que entender cabíveis. Entretanto, a superveniência de normas gerais, expedidas diretamente pela União ou supletivamente pelos estados, determinará a suspensão da eficácia das leis municipais colidentes.

Daí que, para conciliar o artigo 24 e seus parágrafos com o artigo 30, II da Constituição, recomenda-se o desdobramento da regra *“Bundesrecht bricht Landesrecht”*, dando-lhe o seguinte alcance: *“Bundesrecht bricht*

Landesrecht und Kreisrecht; Landesrecht bricht Kreisrecht." Traduzindo: **"A lei federal quebra a lei estadual"**, dando-lhe o seguinte alcance: **"A lei federal quebra a lei estadual e a lei municipal; a lei estadual quebra a lei municipal."** É o mais razoável, como sugere Fernanda Dias Menezes de Almeida (2000) – no que é acompanhada por Diogo Figueiredo de Moreira Neto (1988). Dito raciocínio, segundo a autora, aparentemente, avaliza o artigo 30, IX, referente à proteção do patrimônio histórico-cultural local (a proteção do patrimônio está inserida entre as competências comuns). O dispositivo determina que, na atuação dessa competência, o município deverá obediência às leis federais e leis estaduais (ALMEIDA, 2000, p. 159).

A questão, por evidente, é de difícil equacionamento e, por isso mesmo, reivindica um tratamento constitucional mais adequado. Está a exigir uma articulação do sistema de repartição de competências, em especial no que se refere à atuação da competência concorrente legislativa, foco de atenção do constituinte, na busca da descentralização de poderes, essencial ao federalismo brasileiro – anota, de forma apropriada, Gilmar Ferreira Mendes (2009, p. 820).

À regra de cooperação entre União, estados-membros, Distrito Federal e municípios, opõem-se as situações excepcionais de conflito (de competências) entre esses entes. O critério de cooperação, característico das competências comuns, se não atendido, pode ser compensado pelo critério da preponderância de interesses. É nesse sentido que, não por questão de hierarquia entre os entes – inexistente, como aclarado previamente – mas por hierarquia de interesses, hão de prevalecer os interesses da União, por mais genéricos que os dos demais entes políticos (estados-membros, Distrito Federal e municípios).

Hipóteses de conflito de competência legislativa podem ocorrer, quando matéria de objeto de competência legislativa privativa de certa área de poder possa ser também interpretada como objeto de competência legislativa concorrente.

Exemplo típico disso é o enunciado do artigo 238 da Constituição¹³¹: “[...] a lei ordenará a venda e revenda de combustíveis de petróleo, álcool carburante e outros combustíveis derivados de matérias-primas renováveis, respeitados os princípios desta Constituição.” Diga-se a respeito que a legislação reguladora da matéria deve ser federal – pois, além de a União deter monopólio em relação ao petróleo, um dos combustíveis citados, ainda compete, exclusivamente, ao mesmo ente político (União) a expedição de leis referentes ao trânsito e transporte, assuntos afetos à questão dos combustíveis. Essa é a base lógica da competência, cuja previsão expressa no artigo 238 não deixa dúvidas quanto à situação.

Por outro lado, não se pode perder de vista o impacto causado sobre a saúde e o meio ambiente no que concerne ao uso de produtos químicos como os aludidos. Ademais, as leis que disciplinam a preservação da saúde e do meio ambiente são de competência concorrente, ou seja, está cometida sua atuação a todos os entes da Federação.

Por essa razão, certos estados e municípios vedaram, na década de 1990, a venda de álcool combustível adicionado de metanol, para evitar o prejuízo à saúde e ao meio ambiente que acreditavam ser daí decorrente, ainda que pela União o produto estivesse liberado para comercialização no território nacional.

Em exemplos do gênero, a tendência é a de julgar preponderantes as regras editadas por conta de competência legislativa privativa.

Vale enfatizar, nesse aspecto, que o constituinte, quando dispõe sobre a descentralização e cooperação entre os entes federados, ciente da importância de tal articulação, e, assim, designa de forma privativa um deles para atuar determinada competência normativa, é porque tem motivos para tal decisão pela escolha concentrada de competência.

131 BRASIL. **Constituição (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 ago. 2014.

No caso concreto, tomado como exemplo, poderiam aflorar sérias dificuldades a partir de uma legislação dividida, o que poderia determinar sobre o deslocamento dos indivíduos no território nacional, se cada estado ou município deliberasse acerca dos tipos de combustível destinados ou não à comercialização pelo País afora (ou ao longo do País).

Assim, pode-se bem prever a desordem que seria provocada por veículos movidos a gasolina ou a óleo diesel oriundos do Rio Grande do Sul em direção ao Rio de Janeiro, que, atravessando os estados de Santa Catarina e de São Paulo, se deparassem com a proibição de venda desses combustíveis, por serem considerados poluentes e nocivos à saúde.

De outra parte, imagine-se que a liberação para comercialização de determinado combustível no território nacional seja baseada em estudos técnicos federais e seus resultados sobre o assunto – comprometimento da saúde e do meio ambiente –, em especial se considerado que à União compete a expedição de normas gerais de natureza concorrente; por certo, não teria validade qualquer regramento de vedação de seu comércio pelos estados ou municípios. Até porque, mesmo sendo a estes entes atribuída a competência concorrente suplementar de legislar sobre a matéria, sua atuação não poderá ultrapassar a observância de determinadas cautelas e providências quanto à venda do produto. Jamais a ponto de decretar sua proibição, em situação como a exemplificada, em que a União tiver liberado o produto, considerada sua supremacia na matéria, seja na titularidade exclusiva sobre o comércio de combustíveis (competência privativa), seja na titularidade para a edição de diretrizes acerca da saúde e da preservação ambiental, a que estados e municípios deverão se submeter na esfera das competências concorrentes.

CONCLUSÃO

O constituinte, na busca por uma descentralização mais sólida, apostou nas competências concorrentes e suas características.

Com efeito, a integração entre os entes políticos, mediante a atuação de competências legislativas e de execução comuns, cria uma espécie de participação que favorece e faz transparecer a diversidade no contexto unitário, típica do modelo federativo de Estado.

A repartição de competências, formalmente disposta na Constituição de 1988, representa efetiva evolução nessa área, ainda que mantida uma demasiada concentração no poder federal.

O município foi deveras beneficiado pelo reconhecimento de sua estatura de ente federativo, pela capacidade de auto-organização que lhe foi, expressamente, deferida, cujos resultados transpareceram na esfera de suas competências materiais e legislativas. Esse processo decorreu, principalmente, da redução das competências estaduais de caráter organizatório.

Do ponto de vista técnico, é possível observar falha de sistematização, deficiente quanto à forma de integração do município na órbita de competência legislativa concorrente. Questão que não é esclarecida com a simples previsão no artigo 30, II da Constituição – referente às competências municipais – de que o município suplementará a legislação federal e estadual, no que couber.

Nesse sentido, entende a melhor doutrina pela conveniência de uma melhor sistematização da competência legislativa suplementar do município – principal foco deste artigo, em cotejo com o “interesse local” –, de forma a indicar um procedimento a seguir na busca de definições mais concretas para as expressões “no que couber” e “interesse local” e, assim, facilitar sua compatibilização e, quem sabe, o acesso à segurança de soluções articuladas à espécie. Com efeito, a questão mal resolvida na Constituição, por conta de uma completa omissão do legislador constituinte, dificulta, bastante, a

compatibilização entre as distintas órbitas, em especial da atuação supletiva municipal com a atuação supletiva estadual. Daí que a competência legislativa suplementar do município requer um cuidado mais pormenorizado do constituinte, de modo a integrá-la no mesmo dispositivo em que se apresenta essa modalidade de competência no tratamento dispensado aos estados-membros e ao Distrito Federal, ou seja, na previsão do artigo 24 da Constituição de 1988.

Resta, por enquanto, uma verificação casuística, tentando preservar algum critério norteador para esta definição de “competências constitucionais”.

Do que não estiver expresso como de competência da União, caberá aos estados-membros, Distrito Federal e municípios exercê-lo. A competência legislativa deve existir para todos os entes federados, resguardada a predominância de seus interesses dentro de seus limites territoriais.

Sobre um mesmo assunto, a repartição de interesses (geral, regional e local) faz com que cada unidade federativa atue nos limites de suas atribuições (por exemplo, artigo 23-24 da CF). Para assuntos diferentes, havendo conflito de interesses, prevalecerá o interesse nacional como regra. Resguardado tal interesse, o interesse local deverá ser respeitado e, em eventual divergência, esta deverá ser composta dentro de expectativa de respeito à instância municipal.

Na estrutura descrita no artigo 24 da CF (competência concorrente), há o desdobramento em uma competência complementar e uma competência suplementar. A satisfação desse dispositivo deve ocorrer da seguinte forma:

- a União editará normas gerais;
- na ausência de normas gerais (inércia da União), os estados-membros e o Distrito Federal podem editar as normas gerais, que poderão perdurar até que sejam editadas as normas gerais federais;
- os estados-membros e o Distrito Federal, diante das normas gerais, legislarão mediante seus interesses, complementando-as.

Sabe-se que o município não ficou excluído dessa estrutura de competências concorrentes, mesmo não expressamente citado no artigo 24 da CF. De fato, a competência municipal foi apenas deslocada para o artigo 30, II da CF, que indica sua competência suplementar ante a legislação federal e estadual. Com isso, na ausência de lei federal e/ou estadual, o município poderá editar normas, de modo a suplementar essa ausência, até que aquelas sobrevenham, ou complementá-las, se entender necessário. Os assuntos sobre os quais os municípios poderão, assim, dispor são os de interesse local (artigo 30, I CF).

É possível sintetizar afirmando que a competência legislativa suplementar do município pretende, em seu exercício, suprir as lacunas das normas federais e estaduais, aí incluídas as enumeradas no artigo 24 da CF, por força do artigo 30, II da CF, com a finalidade de atender mais precisamente aos interesses advindos das peculiaridades locais (artigo 30, I da CF).

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 2000.
- ALVES, Alaor Caffé. **Planejamento metropolitano e autonomia municipal no direito brasileiro**. São Paulo: José Bushatsky, 1981.
- BASTOS, Celso Seixas Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- _____. O município na federação brasileira. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, n. 1, 1993.
- BRASIL. **Constituição (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 ago. 2014.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **União, Estados e Municípios na Nova Constituição**: enfoque jurídico-formal. A nova constituição paulista. São Paulo: Fundação Faria Lima; Fundação de Desenvolvimento Administrativo, 1989.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. Competências administrativas dos estados e municípios. **Revista de Direito Administrativo**, Salvador, n. 207, p. 5, 1997.

LEAL, Victor Nunes. Alguns problemas municipais em face da Constituição. In: **Estudos sobre a Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 1954.

LOBO, Paulo Luiz Neto. Competência legislativa concorrente dos estados-membros na Constituição de 1988. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 101, p. 100, jan./mar. 1989.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada. O problema da conceituação das normas gerais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 25, n. 100, out./dez. 1988.

RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano. A competência e a autonomia municipal na Constituição de 1988. **Revista da Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre**, Porto Alegre, v. 10, p. 19-43, 1997.

A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

DISTRIBUTION PROOF OF CHARGE DYNAMICS
IN THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE

Hélio Fagundes Medeiros¹³²

Resumo: A recente aprovação do Novo Código de Processo Civil apresentou uma significativa mudança em relação à distribuição do ônus da prova em nosso sistema processual. O novo diploma processual, seguindo os clamores da doutrina e da jurisprudência positivou a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova em seu artigo 373, §1º e §2. Atualmente coexistem em nossa legislação processual duas formas de distribuição do ônus da prova, a distribuição estática, prevista no caput da aludida norma, e a distribuição dinâmica. Sempre que o magistrado verificar que uma das partes esteja impossibilitada, ou com grave dificuldade de produzir determinada prova aliada à facilidade do litigante adversário, afastará a incidência da regra tradicional, através da aplicação da técnica de dinamização do ônus da prova.

Palavras-Chaves: Novo Código de Processo Civil. Distribuição do ônus da prova.

Abstract: *The recent approval of the new Civil Procedure Code introduced a significant change from the distribution of the burden of proof in our procedural system. The recent procedural diploma, following the cries of the doctrine and jurisprudence positive in Article 373, Paragraph 1 and*

132 Procurador Municipal de Porto Alegre, Especialista em Direito Municipal. E-mail: heliofm@dmae.prefpoa.com.br.

Paragraph 2, the theory of dynamic distribution of the burden of proof. Therefore, currently coexist in our procedural law two forms of distribution of the burden of proof. The static distribution of burden of proof under the heading of the aforementioned standard, and dynamic distribution of the burden of proof. Whenever the magistrate finds that a party is unable, or with great difficulty producing certain evidence together with the simplicity of the other party shall assign to those in better conditions the taking of evidence.

Keywords: *New Code of Civil Procedure. Distribution proof of charge dynamics.*

INTRODUÇÃO

O tema ônus da prova tem sido debatido na doutrina já algum tempo, uma vez que o instituto se reveste de valiosa importância ao direito processual. Em que pese à ocorrência de avanços doutrinários em relação à matéria, cabe indagarmos se a distribuição do ônus da prova no direito brasileiro vem atendendo aos anseios de um Estado Constitucional.

O Código de Processo Civil de 1973 adotou uma distribuição fixa do ônus da prova em seu artigo 333, cabendo ao autor provar os fatos constitutivos de seu direito, e ao réu, os fatos extintivos, modificativos e impeditivos do direito autor. A repartição dos encargos probatórios, em nosso sistema processual, sempre desconsiderou totalmente as peculiaridades de cada relação processual, razão pela qual foi denominada pela doutrina de distribuição estática do ônus da prova.

Contudo, a aplicação mecânica do dispositivo causou inúmeras injustiças, visto que em alguns casos a parte inicialmente onerada se encontra em grande dificuldade de produzir determinada prova, enquanto seu adversário estava de posse de todo acervo probatório, o que inviabilizava o acesso efetivo à justiça.

Em razão do desequilíbrio processual causado pela distribuição estática do ônus da prova, surgiu a necessidade da conformação do artigo 333 do Código de

Processo Civil de 1973 à Constituição Federal de 1988, especialmente ao direito fundamental à prova, direito que deriva de outras garantias processuais fundamentais, tais como: o acesso à justiça, o contraditório, e o devido processo legal.

Através da conformação constitucional do instituto foi possível dinamizar os encargos probatórios, sendo incorporada ao nosso direito processual a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. Deste modo, sempre que o magistrado verificasse que uma das partes estivesse com imensa dificuldade, ou até impossibilidade de produzir determinada prova, estaria obrigado a restabelecer a isonomia da relação processual através da dinamização dos encargos probatórios, atribuindo o encargo de provar a quem estivesse em melhores condições.

A distribuição dinâmica do ônus da prova encontrou amplo fundamento constitucional em nosso ordenamento, entretanto não ficou imune a críticas, dada a insegurança jurídica que resultava a sua aplicação.

O Novo Código de Processo Civil, ao tratar da distribuição do ônus da prova, não abandonou a regra geral do regime anterior, contudo pôs fim a qualquer controvérsia quanto à aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova, visto que a positivou em seu artigo 373, §1º e §2º, onde estabeleceu os seus requisitos formais e materiais para a sua aplicação.

Neste trabalho será estudado o atual perfil dogmático de distribuição dos encargos probatórios em nosso direito processual, explicando, não somente a regra geral mantida no novo regime, mas principalmente os critérios formais e materiais para a dinamização dos encargos probatórios.

1 DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA

A Constituição Federal de 1988 não fez alusão expressamente ao direito à prova, todavia o seu silêncio não significa que não o tenha contemplado¹³³. O seu

133 SOARES, Fábio Costa. **Acesso do Consumidor à justiça: os fundamentos**

fundamento constitucional assenta-se em outras garantias constitucionais, tais como: direito ao acesso à justiça, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa¹³⁴. Portanto, é possível afirmar que o direito à prova possui status constitucional, visto que decorre de outras garantias processuais fundamentais, principalmente o direito ao acesso à justiça¹³⁵.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXV, estabeleceu que a “lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Consagrou, portanto, os princípios da proteção judiciária, do monopólio da jurisdição e os direitos de ação e defesa¹³⁶. Danilo Knijnik afirma que a Constituição Federal ao assegurar o direito de agir em juízo, bem como o contraditório e a ampla defesa, consagra, também, o direito à prova.

Segundo o autor, o denominado “direito de agir em juízo” não se exaure no direito subjetivo de obter um pronunciamento judicial qualquer ou em movimentar a máquina judiciária. Compreende, acima de tudo, uma “[...] atividade judicial mínima, dirigida principalmente à tutela de um procedimento probatório adequado”.¹³⁷

Nelson Nery Júnior leciona que “[...] pelo princípio constitucional do direito de ação, além do processo justo, todos têm direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada”¹³⁸. O acesso à justiça não representa, portanto, o simples poder de ajuizar uma ação ou de apresentar defesa, mas sim o direito a uma tutela jurisdicional efetiva em sua dimensão qualitativa. José Afonso da Silva também esclarece que o direito ao acesso à justiça não é apenas um direito formal à juris-

Constitucionais do Direito à Prova. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2006, p.83.

134 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 2. São Paulo: Atlas, 2012, p. 55.

135 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. São Paulo: Atlas, 2012, p. 24.

136 SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p.135

137 KNJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 7.

138 NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010 p. 174.

dição, mas sim um direito a uma decisão justa¹³⁹. Kazuo Watanabe compartilha do mesmo entendimento, enfatizando que o direito de ação “[...] não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa.¹⁴⁰

Mauro Capelletti e Garth compreendem que o acesso efetivo à justiça pressupõe a paridade de armas, sem a presença de diferenças que sejam estranhas ao Direito. Os autores sustentam que a mais perfeita igualdade é utópica, no entanto convergem no sentido de que é necessária a realização de um esforço no sentido erradicar ao máximo as diferenças existentes entre os litigantes¹⁴¹. As considerações doutrinárias não poderiam ser mais precisas, tendo em vista que podem ocorrer inúmeras situações de desigualdade em uma relação jurídica processual, no entanto nenhuma é tão grave quanto à dificuldade em que uma das partes se encontra de ter acesso às provas.

Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni destacam que o direito fundamental à prova impõe ao órgão jurisdicional dentre outros deveres, a distribuição adequada do ônus da prova¹⁴², e não poderia ser diferente, pois a finalidade da prova no direito processual civil possui relação direta e proporcional com a descoberta verdade, e conseqüentemente com a justiça da decisão.

Logo, é essencial que exista uma rigorosa observância do procedimento destinado à colheita de provas, respeitando regras, valores e princípios processuais e constitucionais, repudiando posicionamentos que afrontem o ideário de acesso à ordem jurídica justa¹⁴³.

139 SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p.135.

140 WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, WATANABE, Kazuo, (coords.). **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p.128.

141 CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 1-15.

142 SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.768.

143 CARPES, Artur Thompsen. Apontamentos sobre a inversão do ônus da prova e a garantia do contraditório. In: KNIJNIK, Danilo (coord). **Prova Judiciária: estudos sobre o novo Direito Probatório**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 33.

Neste cenário, a distribuição adequada do ônus da prova ganha importância no estudo do direito processual civil, porquanto a distribuição do ônus da prova em desarmonia com o texto constitucional afronta o ideário de acesso à ordem jurídica justa.

2 A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973

Para a necessária contextualização do estudo do ônus da prova é imprescindível compreender que em regra todo direito postulado em juízo tem sua origem em fatos jurídicos. São fatos que por razão de política legislativa o legislador os regula, criando em relação a eles normas jurídicas, cuja incidência gera consequência na esfera jurídica do seu titular¹⁴⁴. Todavia a simples alegação da ocorrência dos fatos no mundo material não é suficiente para formar o convencimento do juiz, razão pela qual surge a necessidade da produção de provas, o que torna extremamente relevante o estudo do ônus da prova no direito processual civil¹⁴⁵.

A assertiva é de grande relevância, uma vez que um dos riscos mais graves aos quais as partes estão sujeitas é de não provarem as suas alegações. Em razão disso, é importante que os litigantes saibam antecipadamente quem tem o encargo de provar e, portanto, quem corre o risco de ausência de prova.

Antes de adentrar no estudo mais aprofundado do tema ônus da prova é importante sublinhar que em matéria probatória as partes apenas possuem o encargo de provar, e não a obrigação de produzir a prova¹⁴⁶. Deste modo, ônus e obrigação são institutos jurídicos diversos, cada um possuindo significados completamente diferentes.

144 MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p.8.

145 SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. V. 2. 27 ed. São Paulo: 2011, p. 388.

146 ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito Processual Civil**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.529

O ônus probatório corresponde a um encargo que pesa sobre as partes de ministrarem as provas sobre os fatos que constituem fundamento de suas pretensões. O ônus não possui, portanto, o mesmo significado jurídico que a obrigação, visto que é uma faculdade apenas. Já a obrigação se refere a alguém, e é oriunda de uma relação jurídica entre dois sujeitos, cujo interesse em sua satisfação é do titular do direito. Havendo descumprimento da obrigação, o seu titular terá os meios coercitivos previstos em lei para sujeitar a outra parte à satisfação de seu interesse.

O ônus, por seu turno, é em relação a si próprio, uma vez que satisfazê-lo é do interesse do próprio onerado¹⁴⁷. O descumprimento de uma obrigação gera uma sujeição de um dos integrantes da relação jurídica de direito material a outro. O sujeito passivo da relação obrigacional será compelido pelos meios processuais adequados a cumprir a obrigação não adimplida. No entanto, o descumprimento do ônus apenas acarretará para parte um risco processual de não ter a sua pretensão acolhida pelo órgão julgador, não implicando necessariamente a improcedência do pedido.

Portanto, inexistente direito subjetivo, tampouco interesse jurídico da parte adversária à produção de prova pelo autor de uma demanda, não se podendo falar em obrigação. Estas premissas ficam ainda mais claras quando se estuda o conceito de obrigação. Segundo Arnold Wald a “[...] obrigação pode ser, pois, conceituada como relação jurídica em virtude da qual uma ou mais pessoas determinadas devem fazer, em favor de outra ou outras, uma prestação de caráter patrimonial”¹⁴⁸.

O conceito de obrigação está extremamente vinculado à noção de um dever jurídico, estruturado em uma relação jurídica na qual estão presentes pelos menos dois sujeitos (um sujeitos ativo – e um sujeito passivo) que sem encontram unidos por um vínculo jurídico, do

147 ALVIM, J.E Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.220.

148 WALD, Arnold. **Curso de Direito Civil Brasileiro: obrigações e contratos**. 2 ed. São Paulo: 1969, p. 14.

qual decorre uma prestação¹⁴⁹. Estas considerações não deixam qualquer dúvida da diferença existente entre obrigação e encargo no que se refere à interpretação da regra de distribuição do ônus da prova.

No entanto, mesmo a parte não tendo a obrigação de produzir a prova é natural que tenha o interesse em sua produção, uma vez que geralmente não deseja suportar os riscos de sua eventual omissão. Esta preocupação está diretamente relacionada com os dois aspectos de que se reveste o ônus da prova. O primeiro diz respeito à regra de instrução (ônus subjetivo da prova), e o segundo como regra de julgamento (ônus objetivo da prova)¹⁵⁰.

Na primeira perspectiva, a distribuição do ônus da prova se dirige aos sujeitos processuais, autor e réu, como norma orientadora da atividade probatória das partes. Tal regra atua previamente na distribuição dos encargos probatórios organizando a atividade probatória na relação jurídica processual. Já a segunda perspectiva, é um regramento dirigido ao magistrado, uma vez que indica qual das partes deverá suportar as consequências negativas decorrentes da não produção das provas, caracterizando-se, por assim dizer, em uma regra de julgamento¹⁵¹.

Neste estudo ganha importância a análise mais aprofundada tão somente do ônus subjetivo da prova, já que será dada maior atenção à distribuição do ônus da prova como regra de instrução. O Código de Processo Civil de 1973 em seu artigo 333 adota a clássica distinção entre fatos constitutivos, extintivos e modificativos como critério de distribuição do ônus da prova.

A doutrina processual classifica o fato constitutivo como sendo aquele que deu origem à relação jurídica deduzida em juízo, enquanto o extintivo é o fato que põe fim à relação jurídica, e o impeditivo o fato de conteúdo negativo que corresponde à ausência de um dos

149 WALD, Arnold. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: obrigações e contratos. 2 ed. São Paulo: 1969, p. 15.

150 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Julgamento e ônus da Prova. In: _____. **Temas de Direito Processual Civil**: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1988, p.74-75.

151 DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Processo Civil**. Salvador: JUSPODIVM, 2013, p.82.

requisitos genéricos de validade do ato jurídico. Por fim, o fato modificativo como sendo aquele que altera a relação jurídica substancial.¹⁵²

Em nosso atual regime processual, caso o réu conteste apenas negando o fato em que se baseia a pretensão autoral, o ônus probatório recai sobre este. Nessa hipótese, mesmo sem qualquer iniciativa probatória, o réu poderá ter chances significativas de êxito na causa.

Por outro lado, quando o réu apresenta resposta pautada em defesa indireta, argüindo fato capaz de alterar, impedir ou eliminar as consequências jurídicas do fato invocado pelo autor, a regra inverte-se, visto que há a mudança na natureza do fato alegado¹⁵³.

A par destes esclarecimentos, conclui-se que o nosso sistema processual adota uma concepção estática de distribuição do ônus da prova, isto é, a distribuição realizada de forma abstrata e fixa, sem considerar as peculiaridades de cada relação jurídica processual.

No entanto, a doutrina e a jurisprudência já perceberam a insuficiência do critério tradicional adotado pelo Código de Processo Civil de 1973, uma vez que a sua aplicação literal vem criando inúmeras dificuldades para as partes em relação ao acesso às provas.

A distribuição dos encargos probatórios em nosso atual regime desconsidera totalmente as peculiaridades de cada relação processual, ignorando o fato de que nem sempre as partes estão em igualdade de condições em uma ação judicial, especialmente em relação ao acesso às provas. Esta visão tradicional colide sistematicamente com a Constituição Federal de 1988, por afrontar o direito fundamental à prova, corolário do devido processo legal, dentre outros direitos fundamentais processuais.

Para Michele Taruffo o “[...] direito de apresentar todas as provas relevantes ao seu alcance é um aspecto essencial do direito ao devido processo e deve ser reco-

152 CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 435.

153 SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas Direito Processual Civil**, V. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p.391.

nhecido como pertencente às garantias fundamentais das partes”¹⁵⁴.

No Brasil, a promulgação da Constituição Federal de 1988 desencadeou um estreitamento dos laços entre o Direito Processual Civil e a Constituição, até então quase inexistentes. Este novo momento histórico do Brasil foi denominado de Neoconstitucionalismo, cujos postulados inauguraram uma nova compreensão do sistema jurídico vigente. As suas premissas teóricas são constituídas dentre outros aspectos pela necessidade de uma nova dogmática na interpretação constitucional¹⁵⁵.

A Constituição passou a ser o núcleo hermenêutico de todo sistema jurídico, tornando-se o fundamento de validade das normas jurídicas infraconstitucionais, inclusive das regras processuais, introduzindo em seu texto, direitos e garantias de natureza processual¹⁵⁶.

Deste modo, inaugurou-se um novo modelo teórico de aplicação do direito, marcado pela primazia do Estado Constitucional em detrimento do Estado meramente legislativo. Esta mudança de paradigma foi fundamental para se estabelecer uma nova compreensão do direito processual civil, principalmente em relação ao direito probatório. As luzes lançadas pelo Neoconstitucionalismo sobre a compreensão do direito processual civil foi crucial para elevar o direito à prova ao status de direito fundamental.

O direito fundamental à prova possui vários aspectos: a) direito de produzir provas; b) o direito de participar da produção da prova; c) o direito de manifestar-se sobre a prova produzida; d) o direito ao exame pelo órgão julgador, da prova produzida.¹⁵⁷

O direito de ter acesso às provas, portanto, é um aspecto do direito fundamental à prova, tendo extrema relevância, uma vez que possui íntima conexão com for-

154 TARUFFO, Michele. **A Prova**. São Paulo: Marcial Pons, p. 54.

155 BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 6 nov. 2014.

156 CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. Disponível em: <www.abdpc.org.br>. Acesso em: 10 out. 2014.

157 DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Processo Civil**. Salvador: JUSPODIVM, 2013, p. 18.

mação do convencimento do magistrado sobre a verdade dos fatos, e por sua vez com a justiça da decisão¹⁵⁸.

Portanto, existe uma profunda relação entre a verdade e justiça. Somente será alcançada uma decisão justa se houver uma adequada verificação dos fatos relevantes da causa, garantida esta pela mais ampla participação das partes na formação do convencimento do órgão julgador.

Como em alguns casos a aplicação literal do artigo 333 do Código de Processo Civil se apresentava em verdadeiro descompasso com demais princípios e valores constitucionais, havia a necessidade de conformar a aplicação da regra à Constituição, de modo que restasse viabilizado direito à prova, e, portanto, o acesso à justiça. E isto ocorreu através da aplicação da técnica de dinamização dos encargos probatórios, teoria que conformou a regra tradicional à Constituição Federal.

3 A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973

A chamada Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova teve suas raízes alicerçadas na Argentina, tendo seu maior precursor o jurista Jorge W. Peyrano¹⁵⁹. Naquele país e em outros, como Espanha e Uruguai, foi vastamente difundida e muito bem aceita em seus respectivos ordenamentos, principalmente no campo da responsabilidade profissional.

No Brasil, a dinamização dos encargos probatórios também teve maior incidência nas ações de responsabilidade profissional, e nas que versavam sobre direito bancário e contratos em geral, inclusive com acolhimento da tese pelo Superior Tribunal de Justiça e Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹⁶⁰.

158 TARUFFO, Michele. **Processo Civil Comparado**: ensaios. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 36

159 PEYRANO, Jorge W. **Lineamentos de las carga probatorias dinámicas**. In: ENCICLOPÉDIA del Derecho. Rosário: Juris . 1991, p. 77.

160 CREMASCO, Suzana Santi. **A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova**. Rio de Janeiro: GZ, 2012. p.102.

A distribuição é fixa quando o legislador desde logo atribui o ônus da prova de determinadas alegações de fato às partes. É dinâmica, quando o legislador atribui ao juiz o encargo de definir, à luz do caso concreto, qual das partes se encontra em melhores condições de provar e, portanto, de arcar com o respectivo ônus.¹⁶¹

É importante, ressaltar que a aplicação da carga dinâmica da prova também possui fundamento infraconstitucional no atual regime, especialmente nos poderes instrutórios do juiz, embora seja fruto de uma interpretação sistêmica realizada pela doutrina.

Através da leitura de diversos dispositivos do Código de Processo Civil de 1973 é possível encontrar amparo para a sua aplicação, especialmente nas disposições do artigo 125, tendo em vista que o referido dispositivo impõe ao juiz a obrigação de assegurar a igualdade de tratamento entre as partes¹⁶².

O magistrado possui inteira legitimidade no uso de seus poderes instrutórios para realizar a dinamização dos ônus probatórios. Os poderes instrutórios estão descritos de forma exemplificativa no artigo 130 e 125, inciso I, ambos do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Assim, o magistrado tem o dever de zelar pela efetividade do processo, para que seja possível prestar uma tutela jurisdicional efetiva, alcançando o valor supremo de qualquer ordenamento jurídico: a justiça que constitui, sem dúvida, o objetivo da função jurisdicional do Estado¹⁶³.

161 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 1. São Paulo: Atlas, 2012, p. 24.

162 DALL'AGNOL JÚNIOR, Antônio. Distribuição Dinâmica dos Encargos Probatórios. **Revista Jurídica**, n. 280, fev. 2001.

163 JUNOY, Joan Picó I. **O Juiz e a Prova**. Tradução: Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p.104.

Alexandre Freitas câmara em importante estudo sobre os poderes instrutórios adverte que “o juiz tem, no processo civil brasileiro, o poder de conduzir a instrução do processo”. Salienta ainda o autor que “tal poder se desdobra em vários poderes “menores”, como de determinar as provas que serão produzidas, conduzir a sua produção e valorar a prova produzida.”¹⁶⁴. Se o juiz tem um poder maior de determinar a produção de provas de ofício, é certo que também poderá dinamizar os encargos probatórios afastando a incidência do art. 333 do Código de Processo Civil.

Podemos dizer, então, que existe uma relação direta entre os poderes instrutórios do juiz e a dinamização aludida, uma vez que no instante em que o magistrado realiza a dinamização, também está conduzindo a produção da prova e instruindo o processo. Cabe destacar que os poderes de instrução do juiz encontram amparo em várias regras do sistema processual, principalmente no artigo 125 do Código de Processo Civil de 1973, quando o exige do magistrado o zelo no tratamento isonômico entre as partes na relação processual¹⁶⁵.

Ficou claro que a carga dinâmica da prova já encontra respaldo legislação infraconstitucional, todavia devido à ausência de expressa positivação, a técnica de dinamização não ficou imune às críticas. Vitor de Paulo Ramos, por exemplo, destaca que havendo somente previsão legal a respeito da distribuição fixa, a dinamização judicial viria em franco prejuízo da segurança jurídica¹⁶⁶.

4 A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Visando elidir qualquer controvérsia, e preocupado com a criação e o aprimoramento da tutela jurisdicio-

164 CÂMARA, Alexandre Freitas. Os Poderes Instrutórios do Juiz e Processo Civil Democrático. In: DIDIER, Fredie (et al.). **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. [S.l.]: JusPodivm, 2013, p. 65.

165 CAMBI, Eduardo. **Curso de Direito Probatório**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 266.

166 RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da Prova no Processo Civil**: do ônus ao dever de provar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 90.

nal, o Novo Código de Processo Civil positivou a técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova em seu artigo 373, parágrafos §1º e §2º, *in verbis*:

Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

A decisão prevista §1º deste artigo não pode gerar situação que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil¹⁶⁷.

Portanto, atualmente coexistem em nosso diploma processual duas formas legais de distribuição dos encargos probatórios, uma estática, e outra dinâmica. A distribuição do ônus da prova de forma estática encontra-se descrita no *caput* do artigo 373 do Novo Código de Processo Civil, permanecendo como regra geral de nosso sistema processual. Todavia nos casos em que inviabilizar uma tutela jurisdicional efetiva, restringindo de forma desproporcional o direito fundamental à prova, cederá lugar à aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova.¹⁶⁸

Pela teoria da distribuição da dinâmica dos ônus probatórios é inconcebível a fixação prévia e abstrata do encargo de provar, o que torna irrelevante a posição das partes na relação jurídica processual, bem como a

167 BRASIL. **Lei Nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acessado em: 7 ago. 2015.

168 KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.174.

distinção entre fatos constitutivos, extintivos e modificativos¹⁶⁹.

O importante para sua aplicação é a natureza do fato a ser provado, atribuindo-se o encargo a quem pelas circunstâncias da causa, estiver em melhores condições de produzir a prova. O que ocorre é uma relativização da regra geral em favor da efetivação da tutela jurisdicional.¹⁷⁰

Analisando as disposições da recente inovação legislativa, não há dúvidas de que o órgão jurisdicional estará obrigado a realizar um estudo do fato que constitui o direito alegado. Verificando o magistrado que o fato aludido é difícil de ser provado, ou impossível, fica obrigado a impor o encargo àquele que estiver em melhores condições de prová-lo.

Uma prova pode ser considerada difícil quando o fato que se pretende provar, seja pelas suas características, seja pelas circunstâncias em que ocorreu a sua verificação não é fácil de ser demonstrada. Deste modo, quando se afirma que um fato é difícil de provar, refere-se à dificuldade de criação de uma convicção entre o que é dito no processo e a realidade efetivamente ocorrida¹⁷¹. O Novo Código de Processo não somente positivou a técnica de dinamização dos encargos probatórios, mas também previu os pressupostos materiais e formais para a sua aplicação.

O litigante dinamicamente onerado deve estar sempre em posição privilegiada, de posse da coisa ou do instrumento probatório, ou ser o único que tenha a prova. O ônus dinâmico da prova não poderá ser aplicado para suprir a negligência, ou a falta de técnica processual da parte inicialmente onerada, mas sim unicamente para evitar a formação da prova diabólica. Importa destacar, que a dinamização não poderá acarretar uma

169 DALL'AGNOL JÚNIOR, Antônio. Distribuição Dinâmica dos Encargos Probatórios. **Revista Jurídica**, n. 280, fev. 2001.

170 DALL'AGNOL JÚNIOR, Antônio. Distribuição Dinâmica dos Encargos Probatórios. **Revista Jurídica**, n. 280, fev. 2001.

171 COSTA E SILVA, Paula; REIS, Nuno Trigo dos; WAMBIER, Teresa Arruda ALVIM (Coords). **Revista de Processo**, São Paulo, 2013, p.151-171.

prova diabólica reversa, ou seja, inviabilizar a produção de prova à parte inicialmente não onerada.

A dinamização do ônus da prova também deverá ocorrer em momento processual oportuno, dando tempo suficiente para que parte possa se desincumbir do encargo de provar. Por fim, o magistrado deverá fundamentar a decisão, expondo as razões justificadoras com base nos critérios já mencionados¹⁷².

A positivação da distribuição dinâmica do ônus da prova representa um grande avanço para concretização de diversos direitos processuais fundamentais, uma vez que assegura ao jurisdicionado o acesso efetivo à justiça, evitando participações meramente formais das partes na formação da convicção do juiz. No entanto, é digno de ser mencionado que a sua aplicação terá que ser rigorosamente técnica, baseada nos critérios legais previstos, evitando-se a utilização de argumentos não jurídicos para a sua incidência, caso contrário de nada adiantará a sua positivação.

CONCLUSÃO

No presente estudo foi demonstrado que o Código de Processo Civil de 1973 adotou uma distribuição estática do ônus da prova em seu artigo 333, cabendo ao autor provar os fatos constitutivos de seu direito, e ao réu, os fatos extintivos, modificativos e impeditivos do direito autor.

Contudo, a aplicação meramente mecânica do dispositivo começou a dar causa a inúmeras injustiças, visto que em vários casos uma das partes se encontrava com imensa dificuldade, ou até impossibilitada de produzir determinada prova, enquanto seu adversário estava de posse de todo acervo probatório.

Em razão do desequilíbrio processual causado pela distribuição estática do ônus da prova, surgiu a necessidade da conformação do artigo 333 do Código de

172 KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso” comum como instrumentos para assegurar acesso à justiça e superar a probatio diabólica. In: NERY JUNIOR, Nelson; LUX, Luiz; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords). **Processo e Constituição**. São Paulo: RT, 2006. P.947-8.

Processo Civil de 1973 à Constituição Federal de 1988, especialmente ao direito fundamental à prova, direito que deriva de outras garantias processuais fundamentais, tais como: o acesso à justiça, o contraditório, e ao devido processo legal.

A doutrina processual, com fundamento na Constituição, bem como através de uma interpretação sistemática de diversos dispositivos do Código de Processo Civil de 1973, começou a defender a dinamização dos encargos probatórios, o que encontrou respaldo em nossa jurisprudência. Todavia, mesmo com bases sólidas para a sua aplicação, não ficou isenta de críticas, em razão da ausência de previsão expressa em lei.

Pondo fim à insegurança jurídica, o Novo Código de Processo Civil positivou a técnica de distribuição dinâmica do ônus da prova em seu artigo 373, parágrafos §1º e §2º, nos quais constam os requisitos materiais e formais para a sua incidência. Podemos afirmar que o novo regime processual está mais próximo de atender aos anseios do direito processual civil no Estado Constitucional, uma vez que viabiliza o acesso às provas, assegurando a obediência aos demais direitos processuais fundamentais.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito Processual Civil**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- ALVIM, J.E Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 6 nov. 2014.
- BRASIL. **Lei Nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acessado em: 7 ago. 2015.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Atlas, 2013.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. Os Poderes Instrutórios do Juiz e Processo Civil Democrático. In: DIDIER, Fredie (et al.). **Ativismo**

- Judicial e Garantismo Processual.** [S.l.]: JusPodivm, 2013.
- CAMBI, Eduardo. **Curso de Direito Probatório.** Curitiba: Juruá, 2014.
- _____. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo.** Disponível em: <www.abdpc.org.br>. Acesso em: 10 out. 2014.
- CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CARPES, Artur Thompsen. Apontamentos sobre a inversão do ônus da prova e a garantia do contraditório. In: KNIJNIK, Danilo (coord). **Prova Judiciária:** estudos sobre o novo Direito Probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- COSTA E SILVA, Paula; REIS, Nuno Trigo dos; WAMBIER, Teresa Arruda ALVIM (Coords). **Revista de Processo**, São Paulo, 2013, p.151-171.
- CREMASCO, Suzana Santi. **A distribuição dinâmica do ônus da prova.** Rio de Janeiro: GZ, 2012.
- DALL'AGNOL JÚNIOR, Antônio. Distribuição Dinâmica dos Encargos Probatórios. **Revista Jurídica**, n. 280, fev. 2001.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Processo Civil.** Salvador: JUSPODIVM, 2013.
- JUNOY, Joan Picó I. **O Juiz e a Prova.** Tradução: Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- _____. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso” comum como instrumentos para assegurar acesso á justiça e superar a probatio diabólica. In: NERY JUNIOR, Nelson; LUX, Luiz; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords). **Processo e Constituição.** São Paulo: RT, 2006. P.947-8.
- MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico.** 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Julgamento e ônus da Prova. In: _____. **Temas de Direito Processual Civil:** segunda série. São Paulo: Saraiva, 1988.
- NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal.** 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Processual Civil.** V. 1. São Paulo: Atlas, 2012.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Processual Civil.** V. 2. São Paulo: Atlas, 2012.
- PEYRANO, Jorge W. **Lineamentos de las carga probatorias dinámicas.** In: ENCICLOPÉDIA del Derecho. Rosário: Juris . 1991.
- RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da Prova no Processo Civil:** do ônus ao dever de provar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

- SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. V. 2. 27 ed. São Paulo: 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- SOARES, Fábio Costa. **Acesso do Consumidor à justiça: os fundamentos Constitucionais do Direito à Prova**. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2006.
- TARUFFO, Michele. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- _____. **Processo Civil Comparado: ensaios**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 36
- WALD, Arnold. **Curso de Direito Civil Brasileiro: obrigações e contratos**. 2 ed. São Paulo: 1969.
- WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, WATANABE, Kazuo, (coords.). **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

O PROCESSO DE CREDENCIAMENTO DE SERVIÇOS LABORATORIAIS E PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE NO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE

THE ACCREDITATION PROCESS OF LABORATORY
SERVICES AND PRINCIPLE OF PUBLICITY IN THE
CITY OF PORTO ALEGRE

Andreza Saballa¹⁷³

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo analisar a realização do procedimento de credenciamento, no município de Porto Alegre, para prestação de serviços laboratoriais, uma vez que a Lei Federal 8080/90 permite a complementação de serviços públicos, pela iniciativa privada. A contratação é realizada, nos moldes da Lei Federal 8666/93, por inexigibilidade de licitação, tendo em vista a inviabilidade de competição. No caso da contratação dos serviços laboratoriais, o município pretende contratar todos os prestadores que atenderem aos requisitos do edital, bem como o preço estipulado deverá ser aquele já convencionado na Tabela SUS. Esse tipo de procedimento permite uma maior transparência e a possibilidade de fiscalização, nesse tipo de contratação, uma vez que deverá ser publicado

173 Procuradora Municipal. Especialista em Direito Público, Especialista em Direito Municipal. E-mail: asaballa@gmail.com

um edital a fim de que chamem todos os interessados a prestar esse tipo de serviço.

Palavras-chave: Credenciamento. Complementação dos serviços públicos pela iniciativa privada. Inexigibilidade de licitação. Princípio da Publicidade.

Abstract: *This study aims to analyze the realization of the accreditation procedure, in Porto Alegre, for providing laboratory services, since the 8080/90 Federal Law allows the complementation of public services by the private sector. Hiring is conducted along the lines of Federal Law 8,666 / 93, for waiver of bidding, in view of the impossibility of competition. In the case of procurement of laboratory services, the municipality intends to hire all providers that meet the requirements of the notice, as well as the agreed price will be agreed in Table SUS. This type of procedure allows greater transparency and oversight, this type of contract, once a notice must be published so that it will call all interested parties to provide such services.*

Keywords: *Accreditation. Complementation of public services by the private sector. Waiver of bidding. Principle of publicity.*

INTRODUÇÃO

O processo de credenciamento, ou chamada pública de serviços da saúde, decorre da participação de instituições privadas, a fim de complementar os serviços prestados, pelo poder público, no caso, a municipalidade. Isso decorre do aumento da demanda, em atendimentos, e da impossibilidade dos municípios em aumentarem seus serviços, de forma direta, necessitando do apoio da iniciativa privada para tanto.

O município de Porto Alegre, por intermédio da Secretaria Municipal da Saúde, vem utilizando o instrumento do credenciamento, para publicizar a contratação de alguns serviços prestados por ela, a fim de com-

plementá-los, tendo em vista o aumento da demanda destes, como é o caso dos serviços laboratoriais.

Para tanto, a Secretaria Municipal da Saúde tem a preocupação, primeira, de fazer com que todas as regiões do município sejam atendidas, colocando postos de coleta, em todas elas, evitando o máximo de deslocamento possível dos usuários, a fim de que não desistam do acompanhamento médico.

Quanto à legalidade desse processo, especificamente, a Lei 8.666/93 não menciona o tipo de procedimento para esse caso. O credenciamento, diante das suas características e peculiaridades, estaria enquadrado como uma hipótese de contratação, por inexigibilidade de licitação, tendo em vista a inviabilidade de competição, que, no caso dos serviços laboratoriais, justifica-se pelo fato do preço, a ser contratado, ter como referência a Tabela SUS e pelo fato de haver a necessidade da contratação de todas as instituições privadas que fornecerem o serviço de saúde específico.

Ainda, no caso do município de Porto Alegre, vem sendo utilizado, para esse tipo de processo, as construções advindas da Lei 8.666/93 o Manual de Orientações de Serviços no Sistema Único de Saúde as portarias do Ministério da Saúde bem como a Lei do SUS (Lei 8.080/90).

1 A LEI DE LICITAÇÕES NA SAÚDE

1.1 Inexigibilidade de Licitação

A Constituição Federal de 1988 determina que, ressalvados os casos previstos em lei, a Administração Pública deverá contratar seus serviços, obras, compras e alienações através de processo de licitação a fim de assegurar a igualdade de competição¹⁷⁴. Entretanto,

¹⁷⁴ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

XXI ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços,

a própria lei de licitações, Lei 8.666/93, diz quais são as exceções em que a Administração Pública poderá contratar diretamente, ou seja, sem o procedimento licitatório específico. São os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação dispostos nos artigos 24 e 25 da lei¹⁷⁵. Dessa forma, a necessidade ou não de procedimento licitatório será definida pela própria Lei de Licitações¹⁷⁶.

O sentido dessa diferenciação, entre licitar e contratar diretamente, encontra-se, basicamente, nas questões quanto à onerosidade¹⁷⁷, ou à vantajosidade¹⁷⁸, para a Administração, no que diz respeito ao orçamento e ao tempo gastos ao se realizar um procedimento licitatório. Muitas vezes, dependendo do caso, a realização de um procedimento licitatório poderá ser mais oneroso à Administração, já que esta poderia contratar

compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 set. 2014.

175 As diferenças entre inexigibilidade e dispensa de licitação são evidentes. Não se trata de questão irrelevante ou meramente retórica, mas de alternativas distintas em sua própria natureza, com regime jurídico diverso. A inexigibilidade é um conceito logicamente anterior ao da dispensa. Naquela, a licitação não é instaurada por inviabilidade de competição. Vale dizer, instaurar a licitação em caso de dispensa significaria deixar de obter uma proposta ou obter proposta inadequada. Na dispensa, a competição é viável e, teoricamente, a licitação poderia ser promovida. Não o é porque, diante das circunstâncias, a Lei reputa que a licitação poderia conduzir à seleção de solução que não seria a melhor, tendo em vista circunstâncias peculiares. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Dialética, 2010. p. 357).

176 LOPES DE TORRES, Ronny Charles. **Leis de Licitações Públicas Comentadas**. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 129.

177 Com efeito, a Administração Pública precisa, simultaneamente, obter a proposta mais vantajosa e fazê-lo de modo impessoal, objetivo e eficiente, sendo mister investigar o que tal vantagem à luz da totalidade de princípios, devotando especial atenção ao princípio da economicidade. (FREITAS, 1995, p. 147).

178 Quando a Lei prevê hipóteses de contratação direta (dispensa e inexigibilidade) é porque admite que nem sempre a realização do certame levará à melhor contratação pela Administração ou que, pelo menos, a sujeição do negócio ao procedimento formal e burocrático previsto pelo estatuto não serve ao eficaz atendimento do interesse público naquela hipótese específica. (LOPES DE TORRES, 2011, p. 129).

diretamente, quer pela via da dispensa, quer pela via da inexigibilidade¹⁷⁹.

Diferentemente da dispensa, que possui um rol exaustivo de casos¹⁸⁰, a inexigibilidade de licitação apresenta um rol exemplificativo, e, a exemplo disso, verifica-se o próprio caput do artigo 25, quando se define que é inexigível a licitação, quando houver inviabilidade de competição. Entende-se, assim, que tal expressão permite que outras hipóteses, que não aquelas previstas na lei, poderão tornar inexigível a licitação¹⁸¹.

Ainda, no caso da dispensa, entende-se que a competição é viável e que a legislação oferece a oportunidade de não realizar o procedimento licitatório, já que esta não se justificaria em razão da presença do interesse público¹⁸². Já no caso de inexigibilidade, a licitação não é cabível, tendo em vista que não se vislumbra a competição, uma vez que o procedimento licitatório seria inútil¹⁸³. Nesse caso, o simples fato de se realizar a licitação, contrariaria o interesse público, motivo pela qual se justificaria a contratação direta¹⁸⁴.

Nesse sentir, e como será analisado, posteriormente, a doutrina e a jurisprudência classifica o credenciamento como hipótese de inexigibilidade de licitação. Isso se

179 Há situações em que a Administração recebe da lei o comando para a contratação direta; há outras em que a Administração recebe da lei autorização para deixar de licitar, se assim entender conveniente ao interesse do serviço; hipóteses há em que a Administração defrontase com inviabilidade fática para licitar, anuindo a lei em que é inexigível fazê-lo e há um caso em que à Administração é defeso licitar, por expressa vedação da lei. Estes quatro grupos de situações constituem exceções ao dever geral constitucional de licitar. No primeiro grupo estão as hipóteses do art. 17, incisos e II no segundo, as do art. 24 no terceiro, as do art. 25, entre outras que com elas se venham a identificar no diaadia da Administração no último, a do art. 7º, § 5º. (PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 290).

180 Em suma, a inexigibilidade é uma imposição da realidade extranormativa, enquanto a dispensa é uma criação legislativa. Como decorrência direta, o elenco de causas de inexigibilidade contido na Lei tem cunho meramente exemplificativo. Já os casos de dispensa são exaustivos, o que não significa afirmar que todos se encontram na Lei 8.666. Outras leis existem, prevendo casos de dispensa de licitação. (JUSTEN FILHO, 2010, p. 357).

181 JUSTEN FILHO, 2010, p. 360.

182 BRAZ, Petrônio. **Direito Municipal na constituição**. São Paulo: JH Mizuno, 2010. p. 605.

183 LOPES DE TORRES, 2011, p. 174.

184 LOPES DE TORRES, 2011, p. 175.

deve, tendo em vista a inviabilidade de competição, já que se trata de um cadastro em que todos os prestadores que atenderem aos requisitos exigidos no edital, serão cadastrados, e, posteriormente, contratados, não havendo disputa de preço, já que no caso das contratações com o SUS, o preço será o da tabela SUS¹⁸⁵.

Ainda, cabe ressaltar que, embora a lei permita a contratação direta, a necessidade desse tipo de contratação deverá vir devidamente motivada e fundamentada¹⁸⁶. Além do mais, os casos de contratações diretas necessitarão, também, de um procedimento formal, para tanto, bem como deverão atender aos princípios do Direito Administrativo¹⁸⁷. Isso permite maior transparência dos atos da Administração e maior facilidade quanto à possibilidade de fiscalização desses atos, como também permite maior segurança ao gestor para dispensar ou não exigir o procedimento licitatório.¹⁸⁸

185 É imperioso destacar que a inviabilidade de competição não é um conceito simples, que corresponda a uma ideia única. Trata-se de um gênero, comportando diferentes modalidades. Mais precisamente, a inviabilidade de competição é uma consequência, que pode ser produzida por diferentes causas, as quais consistem nas diversas hipóteses de ausência de pressupostos necessários à licitação. (JUSTEN FILHO, 2010, p. 357)

186 Por outro lado, a Administração terá o dever concreto de evidenciar satisfatoriamente que a realização da licitação será prejudicial. Não bastará a mera invocação dessa justificativa. Será imperioso demonstrar cabalmente como a licitação prejudicará a adoção de alternativa satisfatória para os interesses coletivos. Por outro, a Administração será constrangida a evidenciar que a solução adotada, através de uma contratação direta, representa a melhor alternativa possível para a realização dos fins buscados pelo Estado. Isso significa, inclusive, comprovar a economicidade da contratação e a ausência de desperdício de recursos públicos. (JUSTEN FILHO, 2010, p. 383).

187 Prática correta e que atende ao interesse público é a realização de pesquisa de preço com empresas do mercado, de forma a identificar o valor aproximado da contratação. [...] A intenção do legislador de garantir a inexigibilidade, para situações em que a competição reste demonstrada como inviável, não pode ser utilizada como fundamento para burla ao certame licitatório. Não são raros os casos em que o gestor, a pretexto de uma falsa inviabilidade de competição, utilizase da contratação direta por inexigibilidade para favorecimentos contratuais em detrimento do erário. A fiscalização dos Tribunais de Contas, Ministério Público e órgão de controle deve ser rigorosa, no sentido de evitar que a inexigibilidade seja utilizada como pálio para corrupção e desrespeito ao interesse público. (LOPES DE TORRES, 2011, p. 130-176).

188 LOPES DE TORRES, 2011, p. 173.

1.2 Saúde e Serviços

A saúde é considerada um dos direitos fundamentais sociais do cidadão, conforme dispõe o caput do art. 6º da Constituição Federal de 1988¹⁸⁹. Trata-se de direitos do indivíduo as “[...] prestações sociais estatais, como a assistência social, saúde, educação, trabalho etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas [...]”.¹⁹⁰

Além do mais, a CF/88 preconiza, em seu artigo 175, que “[...] incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.” Ainda, dispõe a Carta Maior, que as ações e os serviços de saúde, são considerados serviços de relevância pública¹⁹¹, e afirma que a sua execução deverá ser realizada, diretamente, pelo ente federativo ou por terceiros, podendo ser pessoa física ou jurídica de direito privado (art.197). A assistência à saúde é livre à iniciativa privada, podendo, as instituições privadas participarem de forma complementar, através de contrato ou de convênio de direito público (art.199)¹⁹².

Os serviços de saúde, por se tratarem de prestações de serviços, ainda que públicos, deverão ser prestados

189 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 set. 2014.

190 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012. p. 47.

191 Serviço público é todo aquele essencial para a realização dos objetivos fundamentais do Estado Democrático, devendo, por isso mesmo, ser prestado sob o regime peculiar juspublicista. Tal traço de essencialidade, mais do que de existência (salvo se adotado o conceito de “Daseinsvorsorge”), merece ser profundamente sublinhado. Direta ou indiretamente prestado pela Administração Pública ou, ainda, por pessoas alheias ao seu âmbito, o que releva destacar é que o Estado não pode prescindir de sua adequada prestação, justamente porquanto considerado, num dado contexto histórico, como essencial à consecução dos seus fins. O Estado pode e, em vários casos, deve prestá-lo por intermédio de terceiros, os quais, sob certo aspecto, deixam de ser meras pessoas de Direito Privado. Passam a ser considerados autoridades, no que entender com essas funções, e a ter vinculação com os motivos dados para os seus atos. (FREITAS, 1995, p. 3132).

192 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 set. 2014.

de forma eficaz, adequada, segura e contínua, conforme determina o Código de Defesa do Consumidor (art. 6 e 22, parágrafo único), uma vez que a saúde é considerada um dos direitos básicos do consumidor. Assim sendo, não é porque se está a tratar de um serviço público que não haverá o controle dos institutos do CDC¹⁹³.

No mesmo sentido, a Lei Federal nº. 8080/90, que “[...] dispõe sobre as condições para promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes”, o Sistema Único de Saúde é formado por serviços prestados no âmbito da União, dos Estados e dos Municípios, através de suas administrações diretas e indiretas, e fundações mantidas pelo poder público¹⁹⁴. No entanto, autoriza a lei, que Instituições privadas possam participar da prestação de serviços do SUS, complementando-os, quando o poder público não tiver condições de prestá-los na sua plenitude¹⁹⁵.

Nesse diapasão, percebe-se que todos esses permissivos legais, quanto à participação da iniciativa privada, na complementação de prestação dos serviços públicos, decorrem da chamada privatização do direito público¹⁹⁶. O Estado passa de prestador a regulador, a

193 Art. 6º São direitos básicos do consumidor: I a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos; [...] Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código. (BRASIL. Lei nº. 8078/90. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 27 set. 2014).

194 BRASIL. **Lei nº. 8.080/90**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 27 set. 2014.

195 Art. 4º O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS). [...]

§ 2º A iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar. (BRASIL. Lei nº. 8.080/90. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 27 set. 2014).

196 No fim do século, um fator novo foi injetado na filosofia liberal. Era a justiça social, vista como a necessidade de apoiar os indivíduos de uma ou outra forma quando sua autoconfiança e iniciativa não podiam mais dar-lhes proteção, ou quando o mercado não mostrava e flexibilidade ou a sensibilidade que era suposto de-

fim de se tornar mais forte e eficiente na prestação dos serviços à população¹⁹⁷. Importante é entender que o titular do serviço público sempre será o Poder Público, independentemente de quem o executa, podendo ser tanto a Administração Direta, indireta ou a iniciativa privada, através de lei, delegação ou autorização do Estado. Ainda, mesmo se tratando de qualquer tipo de concessão de serviço público, esta deverá ser publicada, a fim de justificar, à sociedade, a intenção da Administração, em contratar aquele tipo de serviço¹⁹⁸.

Dessa forma, verifica-se que, em sendo a saúde um direito fundamental, básico do consumidor, bem como considerado um serviço público essencial, que poderá ser prestado de forma direta, pelo poder público, ou, indiretamente, por meio de terceiros, através da prestação complementar da iniciativa privada, justifica-se, desde então, a necessidade da utilização, pelo poder público, do instituto do credenciamento, a fim de possibilitar a participação de instituições privadas na prestação dos serviços de saúde.

2 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E LICITAÇÕES

A Constituição Federal declara que os princípios gerais que regem a Administração Pública são os da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência¹⁹⁹. Contudo, além dos princípios gerais da Constituição, outros, também, deverão ser observados pela Administração Pública, como um todo, tais como

monstrar na satisfação de suas necessidades básicas. Um novo espírito de ajuda, cooperação e serviços mútuos começou a se desenvolver que se tornou mais forte com o advento do século XX. (FACHIN, Luis Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro. Renovar, 2000. p. 31).

197 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 366.

198 FREITAS, 1995, p. 34-39.

199 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] (TOLEDO PINTO, Antônio Luiz de; SANTOS WINDT, Márcia Cristina Vaz de; CÉSPEDES, Livia. **Vade Mecum**: obra coletiva de autoria da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 26)

os previstos nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas dos Municípios.²⁰⁰

No entendimento Diogo de Figueiredo Moreira Neto, os princípios que regem o Direito Administrativo possuem uma classificação mista, tendo em vista a forma que aparecem na Constituição Federal, bem como a abrangência do conteúdo. Dessa forma, estariam classificados da seguinte forma: os princípios fundamentais (Título I da CF/88); os princípios gerais (aplicação em todo sistema jurídico); os princípios do direito público (regram o Estado e seus delegados); os princípios gerais do direito administrativo (aplicados à execução das atividades da administração pública); e os princípios setoriais de direito administrativo (dispersos no ordenamento jurídico e que dizem respeito aos serviços públicos, licitações, procedimento administrativo, poder de polícia, fomento público, ordenamento econômico, ordenamento social, bens públicos, servidores públicos, entre outros)²⁰¹.

Meirelles considera, como doze, os princípios básicos que regem a Administração Pública. Para o autor, além daqueles previstos, no caput do artigo 37 da CF/88, também são considerados como princípios da Administração Pública aqueles decorrentes do nosso regime político, previstos no artigo 2º da Lei Federal 9.784/99, que são os da razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, motivação e supremacia do interesse público. Ainda, cabe ressaltar que o não atendimento a esses princípios constitui ato de improbidade administrativa, conforme dispõe ao artigo 11 da Lei 8.429/92²⁰².

A Administração Pública, além do dever de observar os princípios constitucionais, também deverá atender,

200 Art. 19. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes do Estado e dos municípios, visando à promoção do bem público e à prestação de serviços à comunidade e aos indivíduos que a compõe, observará os princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da publicidade, da legitimidade, da participação, da razoabilidade, da economicidade, da motivação e o seguinte: (Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/prop/legislacao/constituicao/constituicao.htm>>. Acesso em: 27 set. 2014).

201 MOREIRA NETO, 2006, p. 271313.

202 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 86.

no caso das contratações públicas, os princípios norteadores, específicos, da licitação, nos quais, estes, deverão ser processados e julgados conforme aqueles. Tais princípios vêm expressos na Lei Federal nº. 8666/93²⁰³ e são os chamados princípios da “[...] isonomia, da seleção da proposta mais vantajosa para a administração e da promoção do desenvolvimento nacional sustentável”²⁰⁴.

Assim sendo, de todos os princípios citados acima, destacam-se os princípios da publicidade ou da transparência²⁰⁵, tendo em vista a importância da observância destes para o processo de credenciamento. Isso se deve, pois o processo de credenciamento será realizado através de publicação de edital, para que as instituições, que atendam aos requisitos do edital, possam se cadastrar, como também, para transparecer o interesse da Administração, em chamar todas as interessadas, a prestar o serviço, objeto da contratação²⁰⁶.

2.1 O Princípio da Publicidade²⁰⁷

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, não existe Estado Democrático de Direito²⁰⁸ sem que sejam publicizados os assuntos que interessem à popula-

203 No atinente aos princípios, encontram-se elencados em norma própria (art. 3), que dever servir como bússola para dirimir as incertezas e até antinomias aparentes da legislação sobre licitações e contratos administrativos. (FREITAS, 1995, p. 148).

204 TOLEDO PINTO □ SANTOS WINDT □ CÉSPEDES, 2010, p. 1587.

205 Princípio da publicidade ou da transparência, consoante o qual o sigilo, tirantes hipóteses legais expressas, conspira contra o interesse em ver os atos controlados do mais abrangente modo □ (FREITAS, 1995, p. 148).

206 A Administração deverá editar um ato de cunho regulamentar, fundado no reconhecimento da ausência de exclusão de contratação de um número indeterminado de particulares para atendimento a certas necessidades, no qual serão estabelecidas em condições, os requisitos e limites não apenas para as futuras contratações como também para que os particulares obtenham o credenciamento – ato formal por meio do qual o particular é reconhecido como em condições de contratação. (JUSTEN FILHO, 2010, p. 4950).

207 Publicidade é a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos. (MEIRELLES, 2002, p. 86).

208 O princípio democrático vem, também, implícito na configuração do Estado brasileiro, no art. 1, caput, bem como na cláusula pétrea, que protege o voto direto, secreto, universal e periódico, no art. 60, § 4, II. Do mesmo modo, a administração dos interesses e dos recursos afetos ao Estado, por força do princípio democrático, dever obedecer à vontade popular, devidamente cristalizada em normas que garantem a fidelidade política dessa atuação. (MOREIRA NETO, 2006, p. 272273).

ção, principalmente àqueles que são diretamente afetados²⁰⁹.

Nas licitações, conforme entendimento de Marçal Justen Filho, o princípio da publicidade possui, basicamente, duas funções: “[...] amplo acesso dos interessados ao certame e a verificação de regularidade dos atos praticados”²¹⁰. Trata-se de medida preventiva ao combate à corrupção através da fiscalização, também, da sociedade²¹¹. Ainda, preconiza o autor que somente será permitida a ausência de publicidade, nas contratações com o poder público, quando se tratar de casos sigilosos em que a necessidade do sigilo deverá estar justificada no processo²¹².

Para Meirelles, a publicidade não forma o ato, mas o torna eficaz e moral. Dessa forma, os atos ou contratos administrativos que não forem publicados, quando deveriam ser, serão considerados ineficazes, uma vez que da publicidade desses, dependem a contagem de prazo para apresentação de recursos, bem como para anulação judicial, como a contagem para o período decadencial, prescricional e para impetração de mandado de segurança quando for o caso²¹³.

Ainda, conforme o disposto na Lei Federal nº. 8.429/92, a falta de publicidade dos atos oficiais constitui ato de improbidade administrativa, uma vez que a falta de publicidade, no caso das contratações públicas, atenta contra os princípios da Administração Pública²¹⁴.

209 MELLO DE, Celso Antonio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 68.

210 JUSTEN FILHO, 2010, p. 76.

211 Esta participação pode ser ampliada com a utilização da Internet, pela informação clara e didática dos atos praticados pelo Poder Judiciário na atividade contratual e nos seus resultados, com a inclusão das motivações e justificativas para tais ações, de forma a permitir o controle pelo cidadão. (LOPES DE TORRES, 2011, p. 34)

212 JUSTEN FILHO, 2010, p. 76.

213 MEIRELLES, 2002, p. 9394.

214 Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: [...]

IV negar publicidade aos atos oficiais (BRASIL. **Lei nº. 8242/92**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8242.htm>. Acesso em: 27 set. 2014).

Muito mais que ampliar a competitividade entre as instituições que desejam participar do certame, o princípio da publicidade permite que não somente os órgãos de controle, mas que a própria sociedade possa controlar e fiscalizar os atos dos gestores públicos que atuam em nome da Administração Pública, afim de atender aos interesse público, qual seja da própria sociedade. Nesse sentido, a publicidade dos atos administrativos evita e combate possíveis atos corruptivos como também resguarda a integridade daquele gestor que contrata em nome do interesse coletivo²¹⁵.

Dessa forma, verifica-se a importância do princípio da publicidade no caso do processo credenciamento, uma vez que aquele apresentaria essas funções de dar amplo acesso àqueles que têm interesse de se cadastrarem, bem como de se verificar a regularidade dos atos da administração em todo o processo. É por essa razão que a regularização das contratações dos serviços de saúde dá-se pela via do credenciamento desses serviços afim de resguardar a publicidade desse ato²¹⁶.

2.2 Transparência

A transparência decorre do princípio da publicidade, e por essa razão, pode-se dizer que os dois princípios se confundem²¹⁷, já que possuem a função de

215 O combate a corrupção em nosso país, além da necessária atitude repressiva àqueles que praticarem atos lesivos ao erário, deve evoluir para o implemento e a acentuação de atitudes preventivas, sobretudo aquelas que não criem empecilhos demasiados à agilidade da máquina administrativa. Como uma das soluções para tal implementação, apontase a participação da sociedade no controle e na fiscalização desses atos de contratação, através da efetiva obediência ao princípio da publicidade. (LOPES DE TORRES, 2011, p. 34)

216 O credenciamento envolve uma espécie de cadastro de prestadores de serviço ou fornecedores. O credenciamento é o ato pelo qual o sujeito obtém a inscrição de seu nome no referido cadastro. É necessário destacar que o cadastro para credenciamento dever estar permanentemente aberto a futuros interessados, ainda que seja possível estabelecer certos limites temporais para contratações concretas. (JUSTEN FILHO, 2010, p. 4950).

217 Publicidade. Este dispositivo é uma regra em que se manifesta o respeito do legislador ao princípio da publicidade, como garantia da lisura do procedimento, pois é justamente a transparência um dos maiores instrumentos aptos a permitir que as contratações feitas pelos órgãos públicos sejam realizadas da maneira mais escorreita possível. (LOPES DE TORRES, 2011, p. 41).

tornarem os atos administrativos acessíveis ao público, como é caso do procedimento licitatório, bem como de suas contratações diretas²¹⁸. O princípio da publicidade consagra-se no “[...] dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos”²¹⁹. Dessa forma, o princípio da transparência tem a função de fazer com que os usuários dos serviços públicos controlem os atos da Administração Pública verificando se estes estão atendendo aos demais princípios que regem a Administração, possibilitando a eles uma efetiva participação na prestação desses serviços²²⁰. Nesse sentido, o princípio da publicidade se tornou tão importante, ou o mais importante, no Direito Público e no Direito Administrativo, conforme afirma Diogo de Figueiredo Moreira Neto, justamente pelo fato desse princípio propiciar a transparência dos atos administrativos²²¹.

A Constituição Federal de 1988 já preconizava a necessidade do acesso à informação pelo cidadão, seja de seu próprio interesse, seja de interesse coletivo²²². Ainda, com o surgimento da Lei Federal 12.527/11, a chamada “Lei da Transparência”, reforçou a importância da publicidade dos atos, pela Administração Pública, a fim de possibilitar o mais amplo acesso às informações pelos cidadãos dos atos administrativos²²³.

218 53. A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura. (BRASIL. Lei nº. 8.666/93. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 27 set. 2014).

219 MELLO DE, 1996, p. 68.

220 FREITAS, 1995, p. 44 verso.

221 MOREIRA NETO, 2006, p. 278.

222 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXIII todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27 set. 2014).

223 Art.3. Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes: I observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção (BRASIL. **Lei 12527/2011**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20112014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 27 set. 2014).

3 O PROCESSO DE CREDENCIAMENTO OU CHAMADA PÚBLICA DOS SERVIÇOS DE SAÚDE

3.1 Credenciamento

Como já tratado anteriormente, no âmbito da Administração Pública, a saúde é considerada um serviço público²²⁴ a ser prestado pelo ente federativo competente²²⁵. Dessa forma, tal prestação de serviço, seja ela realizada diretamente, pelo ente público, ou de forma complementar, pelo ente privado, a administração poderá contratar, desde que atenda aos princípios e leis que regem a Administração Pública²²⁶, especificamente a Lei de Licitações (Lei 8.666/93)²²⁷. As contratações relacionadas aos serviços de saúde, por se tratarem de serviços públicos, dependendo do caso em concreto, poderão ser realizadas tanto pelo procedimento licitatório, como pela dispensa ou inexigibilidade de licitação.

224 Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. (B RASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 set. 2014).

225 Os serviços de saúde pública, higiene e assistência social incluem-se na categoria das atividades comuns às três entidades estatais, que, por isso, podem provê-los em caráter comum, concorrente ou supletivo (CF, art. 23, II e IX). (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 478)

226 a) A licitação pública é regida pelos autônomos e mutuamente relacionados princípios constitucionais de Direito Administrativo, de tal maneira que qualquer violação a um dos princípios será uma ofensa frontal à regularidade e à lisura do certame. (FREITAS, 1995. p. 166).

227 Todas as entidades integrantes da Administração Pública, mesmo indireta, subordinam-se à disciplina constitucional correspondente. O caput do art. 37 da CF/88 consagra princípios aplicáveis uniformemente a todas as manifestações de atividade administrativa do Estado, seja no âmbito da Administração direta, seja no tocante à indireta. Não é diferente a natureza e a extensão do inc. XXI do mesmo art. 37 da CF. Esse dispositivo não indica alguma espécie de disciplina, relativamente à natureza do regime jurídico-licitacional. Prevê apenas uma regra da licitação prévia para as contratações administrativas. Admite exceções, cuja disciplina será prevista em lei. Consagra o princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato administrativo. Restringe a admissibilidade de exigências de habilitação. Todos esses postulados têm natureza principiológica ampla e se aplicam indistintamente à Administração direta e indireta. A natureza privada da entidade administrativa não afasta a obrigatoriedade de promover licitação para as suas contratações. (JUSTEN FILHO, 2010. p. 21)

A participação complementar será permitida quando o poder público não tiver condições, com seus próprios meios, de prover os serviços de saúde à população, na sua plenitude. Essa participação complementar será realizada através de instrumentos de contrato ou de convênio, nos quais deverão ser observadas as normas de direito público para tanto²²⁸.

No caso do credenciamento de serviços de saúde, embora não esteja expresso, nas hipóteses do artigo 25²²⁹ da lei de licitações, o entendimento é de que a contratação, para esse caso, deva ser realizada por inexigibilidade de licitação. A inexigibilidade, para que se possibilite a realização do processo de credenciamento estaria motivada pela inviabilidade de competição, uma vez que a Administração pretende contratar todas as instituições, e o preço a ser contratado será o estipulado na Tabela SUS²³⁰.

No entanto, a falta de procedimento licitatório, no credenciamento, ou em qualquer outro caso que permita a contratação direta, não significa que não have-

228 Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.

Parágrafo único. A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público. (BRASIL. **Lei nº. 8.080/90**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 27 set. 2014).

229 O conceito de inexigibilidade de licitação cinde os intérpretes em duas respeitáveis vertentes: (a) a lei descreve hipóteses ilustrativas e admite que de outras, não previstas, possa decorrer a inviabilidade de competição, de forma a configurar a inexigibilidade mas as hipóteses relacionadas na lei, pelo só fato de constarem da lei, caracterizam a inexigibilidade sempre que ocorrerem, independentemente de, no caso concreto, ser ou não viável a competição (b) a lei descreve hipóteses que, além de ilustrativas, somente caracterizam a inexigibilidade se, no caso concreto, a competição for inviável²³⁰ sendo viável, a licitação é de rigor, posto que o traço distintivo entre a exigibilidade e a inexigibilidade é a viabilidade de estabelecer-se, ou não, a disputa. (PEREIRA JUNIOR, 2009, p. 342343).

230 5.3. embora não esteja previsto nos incisos do art. 25 da Lei n. 8.666/1993, o credenciamento tem sido admitido pela doutrina e pela jurisprudência como hipótese de inexigibilidade inserida no **caput** do referido dispositivo legal, porquanto a inviabilidade de competição configurase pelo fato de a Administração dispor-se a contratar todos os que tiverem interesse e que satisfaçam as condições por ela estabelecidas, não havendo, portanto, relação de exclusão; (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 351/2010**. Plenário. Relator: MinSubst. Marcos Bemquerer. Julgado em 03/03/2010. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 13 ago. 2013).

rá a necessidade de um procedimento para tanto²³¹. Diante disso, pode-se considerar o credenciamento um procedimento diferenciado, e, como será visto adiante, tão complexo quanto um procedimento licitatório, uma vez que não será contratada/conveniada somente uma instituição, mas sim todas que se cadastrarem e estiverem aptas a fornecer o serviço ao ente estatal.

O Ministério da Saúde, a fim de regulamentar esse tipo de procedimento, que muito vem sendo utilizado para as contratações com SUS, editou, no ano de 2007, um Manual de Orientações de Serviços no Sistema Único de Saúde. Nele, se apresenta, como os serviços de saúde poderão ser contratados, bem como deverá em cada caso quais documentos deverão ser exigidos e como deverão ser elaborados os instrumentos de contratação²³².

No manual, entre os procedimentos elencados, verifica-se como um dos tópicos o procedimento de Chamada Pública. Esse tópico trata, por exemplo, do momento que se pode realizar, que tipos de prestadores de serviços poderão participar, documentos que deverão ser exigidos, enfim, todo o procedimento, observando os princípios e leis que regem as contratações com o serviço público²³³.

Conforme disposto no manual, o credenciamento deverá ser iniciado com a publicação de edital o qual deverá informar quanto à necessidade da Administração

231 Mesmo sem a observância dos procedimentos relativos às modalidades licitatórias, a contratação direta deve obediência aos princípios do Direito Administrativo, exigindo, por exemplo, a realização de um procedimento formal, destinado a justificar a escolha de tal contratação e delinear o seu parâmetros e objetivos. (LOPES DE TORRES, 2011, p. 130).

232 BRASIL. **Manual de Orientações e Contratações de Serviços do SUS**. Brasília, 2007. Disponível em: <http://saude.sc.gov.br/servicos_saude/contratualizacao_sus/manual_orientacoes_contratacao_servicos_sus.pdf>. Acesso em: 23 set. 2014.

233 O procedimento de Chamada Pública será utilizado quando se estabelecer a inexistência de licitação em função da necessidade do gestor da saúde em contratar todos os prestadores do Município ou de uma área delimitada no Edital. A não realização do procedimento licitatório não desvincula a Administração Pública da utilização da Lei de Licitações e Contratos Públicos, assim, o edital e os contratos resultantes da chamada pública deverão seguir o ditado pela Lei 8.666/93. (BRASIL. **Manual de Orientações e Contratações de Serviços do SUS**. Brasília, 2007. Disponível em: <http://saude.sc.gov.br/servicos_saude/contratualizacao_sus/manual_orientacoes_contratacao_servico_sus.pdf>. p. 23).

Pública em contratar os serviços, bem como os requisitos de participação e o preço conforme Tabela SUS^{234 235}.

O atendimento aos requisitos²³⁶ do edital tornam os prestadores aptos a fazerem parte do chamado Banco de Prestadores no qual serão chamados conforme a necessidade da Administração.

Quanto à documentação, o manual elenca aqueles documentos que entende que devam ser exigidos, in-

234 Como determina o artigo 16, inciso XIX da Lei 8080/90, é competência do gestor nacional fazer a coordenação técnica e financeira do sistema, em virtude disto o ministério da saúde vem determinando tabelas com valores, tempo de permanência tipo de profissional, tipo de unidades assistenciais para procedimentos ambulatoriais e hospitalares. Os entes federativos têm autonomia para praticar os preços estabelecidos pela Tabela SUS nacional ou complementála criando, desta forma, Tabelas SUS Estaduais, Regionais ou Municipais. Essas Tabelas deverão ser publicadas no Diário Oficial dos estados e/ou dos municípios e serão as referências de cada ente federativo para a contratação de serviços de saúde. As Tabelas serão estabelecidas mediante a análise da estrutura da oferta e dos custos dos serviços de saúde em cada unidade territorial. O gestor do SUS não deve praticar preços diferentes para os mesmos serviços de saúde na sua unidade territorial. A composição dos valores estabelecidos pela Tabela Estadual, Regional ou Municipal deverá ser feita tendo como referência os valores estabelecidos na Tabela Nacional. A complementação dada pelos gestores de saúde somente poderá ser feita com recursos próprios, nos termos do art. 1 da Portaria GM n. 1606, de 11 de setembro de 2001. (BRASIL. **Manual de Orientações e Contratações de Serviços do SUS**. Brasília, 2007. Disponível em: <http://saude.sc.gov.br/servicos_saude/contratualizacao_sus/manual_orientacoes_contratacao_servico_s_sus.pdf> p. 41)

235 BRASIL. **Manual de Orientações e Contratações de Serviços do SUS**. Brasília, 2007. Disponível em: <http://saude.sc.gov.br/servicos_saude/contratualizacao_sus/manual_orientacoes_contratacao_servicos_sus.pdf>

236 Para implantação do Banco de Prestadores, os gestores do SUS deverão instituir uma série de procedimentos visando cadastrar todas as unidades de prestação de saúde interessadas em registrar seus serviços, tais como: 1. Constatação e elaboração do processo de inexigibilidade de licitação; 2. Fixação da tabela a ser praticada; 3. Elaboração de Edital de Chamada Pública que disponha sobre as normas e os requisitos operacionais das unidades de saúde para a prestação de serviços complementares ao SUS, bem como dos serviços a serem contratados e da forma de sua prestação composto de: *Modelos dos contratos que se almejam firmar; *planilhas de programação de compras de serviços de saúde; *Critérios para classificação dos prestadores; *Exigência de cadastro no Cadastro Nacional de Estabelecimento de Saúde; *Alvará de licença de funcionamento autorizado; *Alvará sanitário; *Certidões negativas de débitos estadual, municipal e federal; *Contrato social, ata da reunião que o aprovou; *Se for o caso, o cumprimento dos requisitos da filantropia; *Exigência de que o dirigente não possua cargo dentro do sistema; *Circular da Secretaria Municipal a todos os prestadores de serviços, divulgando todo o processo (esta divulgação deve ser realizada também pelos meios de comunicação como rádio e jornais local); (BRASIL. **Manual de Orientações e Contratações de Serviços do SUS**. Brasília, 2007. Disponível em: <http://saude.sc.gov.br/servicos_saude/contratualizacao_sus/manual_orientacoes_contratacao_servicos_sus.pdf>. p. 2324).

dependentemente do instrumento contratual a ser adotado, tais como: comprovação do cadastramento no Cadastro Nacional de Estabelecimento em Saúde; alvará de licença de funcionamento atualizado; alvará sanitário; inscrição municipal; certidões negativas de débitos estadual, municipal e federal; contrato social, estatutos, atas das reuniões que os aprovaram; comprovação do cumprimento dos requisitos de filantropia, se for o caso; comprovação de que o dirigentes não possuam cargo dentro do Sistema Único de Saúde; cédula de identidade ou carteira profissional em caso de pessoa física; cópia da lei que a instituiu, em caso de pessoa jurídica de direito público estatal ou autárquica; registro profissional específica para comprovação de capacidade técnica; documentos que comprovem a disponibilidade de recursos humanos, físicos e equipamentos para realização do objeto do contrato; apresentação do balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício; comprovação do cumprimento do art. 7º, XXXII da Constituição Federal, que prevê o direito dos trabalhadores²³⁷.

Referente ao instrumento de contratação, que poderá ser utilizado, tanto o de contrato como o de convênio, ambos deverão seguir as exigências da Lei 8.666/93, no que pertine as cláusulas. Nessas cláusulas, o manual adaptou as exigências para a contratação com gestores da saúde²³⁸. Ainda, além dessas cláusulas, os Estados

237 BRASIL. **Manual de Orientações e Contratações de Serviços do SUS**. Brasília, 2007. Disponível em: <http://saude.sc.gov.br/servicos_saude/contratualizacao_sus/manual_orientacoes_contratacao_servicos_sus.pdf>. p. 2728.

238 Segundo o artigo 55 da Lei 8.666/93, é necessário que todos os contratos firmados entre os gestores públicos da saúde e o prestadores de serviços contenham as seguintes cláusulas: a. objeto: conterá as especificações, inclusive quanto a quantidade a ser de forma clara e sucinta; b. regime de execução dos serviços: discriminado, por exemplo, a espécie de internação, incluindo a UTI, assistência exigida, o tipo de acomodação das consultas, dos exames, das terapias, dos casos de urgência e emergência, das internações eletivas, e outras situações pertinentes ao serviços contratados, os critérios de avaliação e controle, a gratuidade dos serviços, a proibição de cobrança de valores complementares, dos acréscimos e/ou supressões de serviços contratados até os limites fixados na lei; c. previsão do preço e suas condições de pagamento, a data base e a periodicidade do reajuste de preços, os critério de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e do efetivo pagamento; d. previsão dos prazos de início e final da prestação de serviços; e. crédito pelo qual ocorrerá a despesa, com a sua classificação funcional programática da categoria econômica; f. previsão das obrigações e responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores as multas;

e os Municípios, conforme menciona o manual, deverão incluir as cláusulas que vêm dispostas, na Portaria 3277/2006, no caso das contratações com as entidades filantrópicas, privadas, com ou sem fins lucrativos, e Organizações Sociais para prestações de serviços de saúde²³⁹.

g. caso de rescisão; h. reconhecimento os direitos da Administração, e caso de rescisão administrativa (no caso de inexecução total ou parcial do contrato); i. vinculação ao Edital de Chamada Pública; j. legislação aplicável à execução do contrato, especialmente aos casos omissos; k. obrigação do contratado de manter, durante toda execução do contrato em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na Chamada Pública. As cláusulas obrigatórias devem prever: 1) A obrigatoriedade de o prestador manter cadastro dos usuários, assim como os prontuários que permitam o acompanhamento, o controle e a supervisão dos serviços. 2) O compromisso de o órgão ou a entidade executora apresentar, na periodicidade ajustada, relatórios de atendimentos e outros documentos comprobatórios da execução dos serviços efetivamente prestados ou colocados à disposição; 3) Que em internações de crianças, adolescente e pessoas com mais de 60 anos de idade será assegurada a presença de acompanhante, em tempo integral, podendo a contratada acrescer à conta hospitalar as diárias do acompanhante, correspondente ao acompanhamento correspondentes ao alojamento e alimentação conforme portarias do Ministério da Saúde; 4) Permitir, respeitada a rotina de serviço, visita diária a pacientes do SUS internados, por período mínimo de 2 (duas) horas; 5) A possibilidade de atualização dos valores por ato da Administração ou por atualização da Tabela SUS; 6) A obrigatoriedade de o órgão ou entidade executora manter registro contábeis específicos, para fins de acompanhamento e avaliação dos recursos obtidos com o programa; 7) A possibilidade de rescisão ou denúncia quando os serviços não forem executados de acordo com contrato ou convênio, no caso de descumprimento de qualquer das cláusulas pactuadas; 8) Os valores das multas. (BRASIL. **Manual de Orientações e Contratações de Serviços do SUS**. Brasília, 2007. Disponível em: <http://saude.sc.gov.br/servicos_saude/contratualizacao_sus/manual_orientacoes_contratacao_servic_os_sus.pdf>. p. 3435).

- 239 Os estabelecimentos contratados deverão estar com o cadastro atualizado no Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde – CNES; * Os estabelecimentos contratados serão submetidos a avaliações sistemáticas de acordo com o Programa Nacional de Avaliações de Serviços de Saúde – PNASS; * Os serviços contratados deverão estar submetidos à política de Regulação do seu Gestor; *O contratado deverá entregar ao usuário ou responsável, no ato da saída do atendimento, documento com histórico do atendimento prestado ou resumo da alta, onde conste, também, a informação da gratuidade do serviço; *Obrigação de apresentação de relatórios de atividades sempre que solicitado pelo gestor; *Os serviços contratados e conveniados deverão garantir aos trabalhadores vínculo empregatício que assegure todos os direitos trabalhistas, sociais e previdenciários; *Será garantido o acesso dos conselhos de saúde aos serviços contratados no exercício de seu poder de fiscalização; *Os serviços contratados deverão garantir aos usuários do SUS: redução das filas e tempo de espera o atendimento; *acesso com atendimento acolhedor e resolutivo baseado em critérios de risco; nome dos profissionais que cuidam de sua saúde e são responsáveis por eles; acesso às informações; presença de acompanhante; bem como demais direitos dos usuários do SUS. *Para efeito da remuneração, os serviços contratados deverão ter como referência a Tabela de Procedimento do SUS; *Em conformidade ao artigo 26, §2 da Lei 8080/90, os serviços contratados

Assim sendo, independentemente se for o caso que exija procedimento licitatório, ou não, os princípios licitatórios deverão ser observados em todos eles²⁴⁰, como é o caso dos princípios da publicidade e da transparência. No caso do credenciamento, deverá haver a publicação de edital para que sejam chamadas as instituições²⁴¹. Nesse sentir, importante se faz o tratamento do credenciamento como procedimento, tendo em vista que se trata de contratação de serviços públicos e que, por essa razão, deve ter seus atos publicados, afim de que se demonstre a intenção da Administração Pública, em contratar esses serviços, proporcionando maior transparência aos seus atos.

Importante trazer à análise a Lei Ordinária Federal, nº. 13.019, de 31 de julho de 2014²⁴², que estabelece o regime jurídico de parcerias voluntárias entre a Administração Pública e as Organizações de Sociedade Civil. A lei entra em vigor somente em outubro próximo, mas traz como procedimento, para assinatura de parceria entre a Administração Pública e as Organizações de Sociedade Civil, o Instituto do Chamamento Público, garantindo a observância dos princípios da isonomia, legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, proibidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo e de todos aqueles que lhes forem correlatos²⁴³.

submeterseão às normas emanadas pelo Sistema Único de Saúde; *Identificação do estabelecimento contratado, também pelo código do CNES. (BRASIL. **Manual de Orientações e Contratações de Serviços do SUS**. Brasília, 2007. Disponível em: <http://saude.sc.gov.br/servicos_saude/contratualizacao_sus/manual_orientacoes_contratacao_servicos_sus.pdf>. p. 3637).

240 Assinalase, a calhar, que os princípios, sobre serem os reguladores da licitação, uma vez que constituem os núcleos mesmos do Direito Administrativo em geral, devem ser respeitados, no cabível, ainda quando efetuadas adjudicações diretas, nas situações de dispensa ou inexigibilidade. (FREITAS, 1995, p. 149).

241 JUSTEN FILHO, 2010, p. 387.

242 Estabelece o regime jurídico das parcerias voluntárias, envolvendo ou não transferências de recursos financeiros, entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público; define diretrizes para a política de fomento e de colaboração com organizações da sociedade civil; institui o termo de colaboração e o termo de fomento; e altera as Leis nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.790, de 23 de março de 1999. (BRASIL. **Lei 13.019/2014**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato20112014/2014/Lei/L13019.htm>. Acesso em: 27 set. 2014).

243 Art. 2º. Para os fins desta Lei, considera-se:

[...] XII chamamento público: procedimento destinado a selecionar organização

A lei trás toda uma seção referente ao procedimento do chamamento, quanto às características deste, aos requisitos mínimos que devem constar no edital, bem como sua publicação, casos de dispensa do procedimento, inexigibilidade e impugnação²⁴⁴. Quanto ao regime jurídico, verifica-se que o instituto do chamamento tem como um dos fundamentos tornar transparente a transferência de recursos financeiros entre o poder público e as organizações de sociedade civil²⁴⁵.

Embora o procedimento da chamada pública, nessa lei, seja um pouco diferente, num olhar primeiro sobre a lei, verifica-se que há toda uma construção de princípios e regras que dão a legalidade ao instituto do credenciamento ou do chamamento público o que reforça a possibilidade de sua utilização para fins de contratação com a Administração Pública. Essa construção trazida na lei, é o que já se vinha fazendo para justificar a utilização do procedimento do chamamento, como se pode observar em toda análise deste trabalho.

3.2 Estudo de Caso: o Credenciamento de Serviços Laboratoriais no Município de Porto Alegre

A fim de explicar como o processo de credenciamento vem se configurando nas contratações dos serviços em saúde, no Município de Porto Alegre, será utilizado, como

da sociedade civil para firmar parceria por meio de termo de colaboração ou de fomento, no qual se garanta a observância dos princípios da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos; (BRASIL. Lei 13.019/2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato20112014/2014/Lei/L13019.htm>. Acesso em: 27 set. 2014).

244 BRASIL. Lei 13.019/2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato20112014/2014/Lei/L13019.htm>. Acesso em: 27 set. 2014.

245 Art. 5º. O regime jurídico de que trata esta Lei tem como fundamentos a gestão pública democrática, a participação social, o fortalecimento da sociedade civil e a transparência na aplicação dos recursos públicos, devendo obedecer aos princípios da legalidade, da legitimidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da economicidade, da eficácia e da eficiência, além dos demais princípios constitucionais aplicáveis e dos relacionados a seguir: (BRASIL. Lei 13.019/2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato20112014/2014/Lei/L13019.htm>).

estudo de caso, o processo de credenciamento que está sendo realizado, através da Secretaria Municipal da Saúde de Porto Alegre, para contratação de prestação de serviços laboratoriais. Por se tratar de procedimento novo, para Secretaria Municipal da Saúde, acaba-se verificando uma certa dificuldade, não somente para o setores que instruem o processo, como também, para o operador do direito, da forma como será feita a análise jurídica para esse tipo de procedimento, tendo em vista a falta de regramento para tanto.

Nesse sentir, uma análise específica de um procedimento, no âmbito da Secretaria Municipal da Saúde do Município de Porto Alegre, poderá vir a contribuir para o melhoramento do processamento desses tipos de serviços e de outros que possam vir a necessitar de complementação da iniciativa privada, a fim de que se atendam aos princípios e regras do Direito, como um todo, e especificamente, da Lei de Licitação e Contratos. Embora ainda não finalizado, o processo tal qual como se apresenta está em condições de ser tomado como referência para análise deste trabalho, já que passou pelas fases de publicação do edital, das avaliações das documentações, bem como prazo de recursos, necessitando, apenas da análise jurídica do procedimento e da minuta contratual, esta, a qual será utilizada para a contratação dos laboratórios.

Dessa forma, verifica-se, a princípio, que o procedimento seguiu os princípios e regras da Constituição Federal, da Administração Pública, Lei de Licitações e contratos e o do Manual de Orientações de Serviços no Sistema Único de Saúde, publicado no ano de 2007, tendo em vista a peculiaridade da contratação de um serviço de saúde, no caso, os serviços laboratoriais. A necessidade de se contratar todos os prestadores, a fim de atender em maior proporção a população da cidade, regionalizando o atendimento, foi o que ensejou o chamamento.

O processo em tela teve início no ano de 2013, tendo como número de protocolo administrativo 001.027875.12.1. Conforme justificativa, a necessidade da contratação se deu pelo aumento da demanda desses serviços, bem como a preocupação da Secretaria

em regionalizar esses serviços a fim de que os usuários se locomovam o mínimo possível, evitando o abandono do acompanhamento médico. Essa medida evita que o paciente ingresse, no serviço de saúde, somente pela emergência e siga a prevenção através das consultas e exames.

Nesse caso, verifica-se que existe justificativa concreta quanto à necessidade de se realizar a chamada pública, pois, conforme referido, anteriormente, os serviços de saúde poderão ser complementados através da iniciativa privada²⁴⁶. O aumento da demanda e a necessidade da Administração em fornecer à população um serviço de melhor qualidade e eficiência, a fim de evitar o abandono, pelos pacientes, do tratamento, e, em decorrência disso, evitar que as emergências dos hospitais fiquem lotadas, reforça a exigência da complementação do serviço, já que o próprio Município não teria condições financeiras de fornecer todos esses serviços e nem como garantir que seria realizado de forma eficaz, pois exigiria de uma fiscalização atuante para tanto, ainda mais quando se está a falar de saúde.

Já no que concerne à justificativa para a contratação, por inexigibilidade de licitação, essa se deve ao desejo da municipalidade em contratar todas as empresas²⁴⁷, bem como em não haver disputa de valores, já que o valor a ser utilizado como referência, será o da Tabela SUS.²⁴⁸

Ainda, havia o gravame de que esses serviços vinham sendo prestados, de forma precária, por empresas contratadas, sem cobertura contratual, ansiando por regu-

246 Art. 4º O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).

[...]

§ 2º A iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar. (BRASIL. Lei nº. 8.080/90. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 27 set. 2014).

247 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 351/2010. Plenário. Relator: MinSubst. Marcos Bemquerer. Julgado em 03/03/2010. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 13 ago. 2013.

248 BRASIL. **Manual de Orientações e Contratações de Serviços do SUS**. Brasília, 2007. Disponível em: <http://saude.sc.gov.br/servicos_saude/contratualizacao_sus/manual_orientacoes_contratacao_servicos_sus.pdf>. Acesso em: 27 set. 2014.

larizar, urgentemente, esse tipo de contratação. Grave era a conduta do Município em prestar esses serviços dessa forma, eis que não estavam sendo atendidos os princípios da publicidade, transparência, além de tantos outros que impossibilitava a igualdade de participação a outras instituições que não tinham conhecimento da possibilidade de prestar seus serviços à população. Assim sendo, diante desses fatos, o município buscou a alternativa do credenciamento, para regulamentar, o quanto antes, essa situação.

Nesse diapasão, para a análise prévia da possibilidade da realização do credenciamento, verificou-se que existia justificativa suficiente para tanto. Além do mais, entendeu-se que, para o caso, o credenciamento seria a única solução para a regularização dessa situação, já que o Município corria o risco de sofrer uma ação judicial a ser promovida pelo Ministério Público do Estado, que há anos cobrava o aumento desses serviços e que acabou ensejando as contratações de laboratórios, sem cobertura contratual.

Previamente à abertura do processo, reuniões, praticamente que semanais, foram realizadas, com a área técnica, Vigilância Sanitária, Procuradoria e Equipe de Licitações, a fim de se redigir um edital que atendesse aos requisitos da contratação para esse tipo de serviço, bem como aos ditames legais da Lei 8.666/93 e demais legislações pertinentes. Antes de ser publicado, o edital passou pela análise jurídica da Procuradoria Municipal Setorial da Secretaria Municipal da Saúde, a fim de verificar a viabilidade jurídica, quanto a necessidade do procedimento, para o caso concreto, atendendo, assim, ao que dispõe a Lei de Licitações quanto à obrigatoriedade de prévia análise jurídica e publicação²⁴⁹.

249 Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente: [...] VI pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade; [...] Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração. (BRASIL. Lei nº. 8.666/93. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 27 set. 2014).

Em seguida, foi publicada a data para a abertura de documentação das empresas, nos mesmos moldes de um procedimento licitatório. Cabe ressaltar que, no caso desse credenciamento, não há abertura e julgamento de propostas, uma vez que o preço estipulado contratado é o termo referência da Tabela SUS.

As empresas se apresentaram ao certame e serão contratadas aquelas que atenderem aos requisitos técnicos estipulados no edital. Até o presente momento, o processo se encontra nessa etapa, da análise da documentação das empresas. Será dada a publicação do resultado do julgamento e do prazo para recurso àquelas participantes que assim desejarem, tudo conforme dispõe a Lei de Licitações e Contratos. Após definidas as empresas a serem contratadas, o processo retornará à Procuradoria Municipal Setorial, para análise da regularidade do procedimento, bem como da minuta contratual, a qual será utilizada para contratação de cada empresa classificada, sendo encaminhada, posteriormente, para análise, também, da Procuradoria Especializada de Licitações e Contratos da Procuradoria-Geral do Município.

Aprovada a minuta, o contrato seguirá para assinatura do Procurador Geral do Município, competente para tanto²⁵⁰, bem como deverá ser confeccionada uma minuta, para cada empresa, as quais serão assinadas pelo Procurador-Geral, e pelas empresas contratadas, no Setor de Contratos da PGM, recebendo, cada minuta um número específico de registro. A partir de então, a ordem de início será dada, pelo Secretário Municipal da Saúde, e as empresas contratadas poderão prestar os serviços conforme estipulado no contrato.

Assim sendo, verifica-se que o município de Porto Alegre, diante da dificuldade de prestar serviços laboratoriais na sua plenitude, e, afim de atender a demanda

250 Art. 6º. Fica delegada competência ao Procurador Geral para representar o Município: [...] II na assinatura de contratos, inclusive de mútuo, com a respectiva autorização legislativa, convênios, termos de compromisso e cooperação, observado o disposto no artigo anterior; (PORTO ALEGRE. Disponível em: <<http://www2.portoalegre.rs.gov.br/cgi-bin/nphbrs?u=/netahtml/sirel/avancada.html&p=1&r=1&f=G&d=ATOS&l=20&n=DATA&s1=&s2=Decreto+Municipal&s3=%2211762%22&s4=@data%3E=19970101+%3C=19971231&s5=&s6=>>>. Acesso em: 27 set. 2014).

reprimida, utilizou-se da permissão da Lei do SUS para contratar prestadores privados, de forma a complementar a sua prestação de serviços laboratoriais. Dessa forma, utilizou-se do instituto do credenciamento, por inexigibilidade de licitação, tendo em vista a inviabilidade de competição, tendo em vista a necessidade de se contratar todas as instituições, bem como o preço contrato ser o estipulado na tabela SUS para esse tipo de prestação de serviço.

Esse processo será o precedente para as demais contratações que se derem nesses moldes, possibilitando, através da sua publicação, a participação de maior número de prestadores possíveis, permitindo maior transparência nos atos da administração e a fiscalização, tanto pela sociedade como pelos órgãos competentes para tanto. Assim, também, o gestor terá maior segurança e respaldo jurídico, técnico e econômico para justificar seus atos, diante de uma necessidade de complementar os serviços do SUS.

Esse tipo de procedimento não é novo no sistema jurídico e, portanto, totalmente viável para esse tipo de necessidade. O público e o privado sempre se complementaram a fim de garantir os direitos dos cidadãos e, agora, não poderia ser diferente no que concerne às contratações com o SUS²⁵¹.

CONCLUSÃO

Embora a existência, desde 2007, de um Manual de Orientações de Serviços no Sistema Único de Saúde, que traz o instituto do credenciamento para as contratações dos serviços em saúde, e entendimento do Tribunal de Contas da União quanto à possibilidade de contratação direta, através do credenciamento de serviços em saúde, somente agora, o município de Porto Alegre, come-

251 Interesses privados e públicos não de se alinhar, relativizando-se em caso de conflito, sem se eliminarem, de modo que, em sua constituição mútua seja verificável o conteúdo de funcionalização e apreço, plenamente exigível na condição de direito social, erguido nos ombros do art. 5 da CF/88 à condição de direito fundamental. (ARONNE, Ricardo. **Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados**: das raízes aos fundamentos contemporâneos. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.123124).

ça a se utilizar desse Instituto para complementar seu serviços em saúde. O aumento da demanda na prestação dos serviços laboratoriais, a impossibilidade do município em ampliar esses serviços, de forma direta, e, ainda, e mais prejudicial, as contratações irregulares para esses tipos de serviços ensejaram a necessidade, imediata, da realização do credenciamento, possibilitando a participação de todas as instituições que tivessem interesse em se cadastrarem.

A Administração Pública não pode deixar de prestar seus serviços sem o atendimento aos princípios gerais constitucionais, do Direito Administrativo e da Lei de Licitações. Para tanto, o atendimento ao princípio da publicidade deve ser imediatamente atendido, e o credenciamento, ou o chamamento, vem a resguardar o atendimento daquele nessas contratações.

Ao se publicar o edital, com a finalidade de “chamar” as instituições que tenham interesse e que atendam aos requisitos daquele, se está dando publicidade à intenção do Município em contratar todos esses prestadores conforme a sua necessidade, dando transparência aos atos da Administração. A transparência permite que a população e os órgãos de controle possam fiscalizar esses atos evitando a corrupção, bem como, resguarda a lisura daquele gestor de boa-fé.

Para os gestores, operadores de direito e todos aqueles que devam participar do processo, o credenciamento é uma inovação que permite resguardar a publicidade da contratação com a iniciativa privada a fim de complementar a prestação dos serviços públicos em saúde. Um processo bem realizado, que consiga atender a todos aos princípios e leis existentes para as contratações com o serviço público, possibilitará o uso desse instituto, quando justificável, sem deixar de atender à Lei de Licitações e dos Contratos Administrativos. Dessa forma, os serviços de saúde poderão atender, de forma ampla e eficaz, a população que dele necessitar, eis que se trata de um serviço contínuo e emergencial por excelência.

REFERÊNCIAS

- ARONNE, Ricardo. **Por uma Nova Hermenêutica dos Direitos Reais Limitados**: das raízes aos fundamentos contemporâneos. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 1635 p.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 set. 2014.
- BRASIL. **Lei 12527/2011**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20112014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 27 set. 2014.
- BRASIL. **Lei 13.019/2014**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato20112014/2014/Lei/L13019.htm>. Acesso em: 27 set. 2014.
- BRASIL. **Lei nº. 8.080/90**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 27 set. 2014.
- BRASIL. **Lei nº. 8.666/93**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 27 set. 2014.
- BRASIL. **Lei nº. 8078/90**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 27 set. 2014.
- BRASIL. **Lei nº. 8242/92**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8242.htm>. Acesso em: 27 set. 2014.
- BRASIL. **Manual de Orientações e Contratações de Serviços do SUS**. Brasília, 2007. Disponível em: <http://saude.sc.gov.br/servicos_saude/contratualizacao_sus/manual_orientacoes_contratacao_servicos_sus.pdf>. Acesso em: 27 set. 2014.
- BRAZ, Petrônio. **Direito Municipal na constituição**. São Paulo: JH Mizuno, 2010. FACHIN, Luis Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro. Renovar, 2000. 404 p.
- FREITAS, Juarez. **Estudos de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995. 191 p.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Dialética, 2010. 991 p.
- LOPES DE TORRES, Ronny Charles. **Leis de Licitações Públicas**

Comentadas. Salvador: Jus Podivm, 2011. 655 p.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 2002. 790 p.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro.** São Paulo: Malheiros Editores, 2013. 870 p.

MELLO DE, Celso Antonio Bandeira. **Curso de direito administrativo.** São Paulo: Malheiros Editores, 1996. 624 p.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 442 p.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009. 1229 p.

PORTO ALEGRE. Disponível em:
<http://www2.portoalegre.rs.gov.br/cgi-bin/nphbrs?u=/netahtml/sirel/avancada.html&p=1&r=1&f=G&d=ATOS&l=20&n=DATA&s1=&s2=Decreto+Municipal&s3=%2211762%22&s4=@data%3E=19970101+%3C=19971231&s5=&s6=>>. Acesso em: 27 set. 2014

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 351/2010. Plenário.** Relator: MinSubst. Marcos Bemquerer. Julgado em 03/03/2010. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 13/08/2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012. 504 p.

TOLEDO PINTO, Antônio Luiz de SANTOS WINDT, Márcia Cristina Vaz de CÉSPEDES, Lívia. **Vade Mecum:** obra coletiva de autoria da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2010.

PA
RE
CE
RES





PARECERES INDIVIDUAIS

AFASTAMENTO DE SERVIDOR DE CARGO DE NÍVEL MÉDIO PARA ESTUDO

Paula Carvalho Kleinowski²⁵²

PARECER INDIVIDUAL N. 1190/2015

PROCESSO N. 001.041398.12.2

INTERESSADO: Secretaria Municipal da Saúde

EMENTA: Afastamento para curso de especialização e pós-graduação. Servidor detentor de cargo de nível médio. Possibilidade. Necessidade de relação entre as atribuições do cargo e o conteúdo programático do curso, além de interesse público.

Veja a íntegra do [parecer](#).

ÍNDICES CONSTRUTIVOS. NATUREZA JURÍDICA DE PREÇO PÚBLICO. NECESSIDADE DE ATUALIZAÇÃO DO VALOR EM FUNÇÃO DA NATUREZA NEGOCIAL

Andrea Teichmann Vizzotto²⁵³

PARECER INDIVIDUAL N. 1191/2015

PROCESSO N. 001.025306.14.6

INTERESSADO: Secretaria Municipal da Fazenda

EMENTA: Outorga onerosa do direito de construir. Atualização do preço público do solo criado não adensável e de pequeno adensamento. Ato negocial, condicionado à infraestrutura e controle do adensamento populacional e habitacional. Atribuição do Conselho Municipal de Desenvolvimento Urbano Ambiental - CMDUA. Natureza das decisões dos conselhos municipais e prerrogativas do gestor público em razão de matéria de ordem técnica.

Veja a íntegra do [parecer](#).

253 Procuradora Municipal.

MULTA DIÁRIA. REQUISITOS PARA A CONSTITUIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA

Ana Luísa Soares de Carvalho²⁵⁴

PARECER INDIVIDUAL N. 1192/2015

PROCESSO N. 001.005450.14.4

INTERESSADOS: Secretaria Municipal da Fazenda,
Secretaria Municipal do Meio Ambiente.

EMENTA: Multa diária. Natureza coercitiva e acessória à obrigação de fazer ou não fazer. Aplicação através de regular processo administrativo e limite temporal. Requisitos para constituição em dívida ativa. Parecer nº 206/2011.

Veja a íntegra do [parecer](#).

FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DA ATENÇÃO BÁSICA PELO MUNICÍPIO DE RESIDÊNCIA DO CIDADÃO. ENTREGA DOS MEDICAMENTOS AOS CIDADÃOS DE PORTO ALEGRE QUE TENHAM CARTÃO SUS

César Emílio Sulzbach²⁵⁵

Vanêsa Buzelato Prestes²⁵⁶

PARECER INDIVIDUAL N. 1193/2015

PROCESSO N. 001005944.15.5

INTERESSADO: Secretaria Municipal da Saúde / Assistência Farmacêutica

EMENTA: Assistência Farmacêutica. Dispensação de medicamentos na Atenção Básica para cidadãos de Porto Alegre. Exigência do Cartão SUS. Fornecimento de medicamento de atenção básica pelo Município de residência. Norma que atende forma de sistematizar dados epidemiológicos. Financiamento da aquisição de medicamentos de acordo com a população da cidade. Previsão expressa da Portaria n. 1.555/13 do Ministério da Saúde. Exegese do Pacto do SUS 2006, da Lei Complementar n. 141/12, Portaria n. 1.555/13 do Ministério da Saúde. Instrução Normativa proposta pela Secretaria Municipal da Saúde/SMS. Possibilidade. Recebimento do valor por Porto Alegre para atender a sua população. Obrigatoriedade de buscar ressarcimento do município de residência do cidadão, na hipótese de dispensa do medicamento. Sugestão de redação de artigo à Instrução Normativa da SMS.

Veja a íntegra do [parecer](#).

255 Procurador Municipal.

256 Procuradora Municipal.

**INCONSTITUCIONALIDADE DE PROJETO DE LEI
QUE PREVÊ A CONVERSÃO DE LICENÇA-PRÊMIO EM
PECÚNIA. ADIN N. 5900343336**

Heron Nunes Estrella²⁵⁷

PARECER INDIVIDUAL N. 1194/2015

PROCESSO N. 001.002070.12.0

INTERESSADO: Secretaria Municipal de Educação

EMENTA: É inconstitucional projeto de lei que prevê conversão de licença-prêmio em pecúnia. Aplicação do Parecer PGM n. 994/98. Base legal ADIN n. 5900343336.

Veja a íntegra do [parecer](#).

USO E ALIENAÇÃO DOS ÍNDICES CONSTRUTIVOS DECORRENTES DE DESAPROPRIAÇÃO POR TRANSAÇÃO ADMINISTRATIVA. NECESSIDADE DE MONITORAMENTO E CAUTELA

Andrea Teichmann Vizzotto²⁵⁸

PARECER INDIVIDUAL N. 1195/2015

PROCESSO N. 001.032156.14.6

INTERESSADO: Secretaria Municipal da Fazenda

EMENTA: Transferência de potencial construtivo. Natureza do direito de construir. Exame da possibilidade de uso e alienação dos índices construtivos decorrentes de desapropriação por transação administrativa com pagamento em espécie ou depósito dos valores em ação judicial. Possibilidade. Monitoramento e cautela na utilização e alienação dos índices construtivos dessa natureza a fim de que não se esgote a capacidade construtiva do imóvel desapropriado. Dever de averbação da transação junto às matrículas dos imóveis. Utilização ou alienação dos índices construtivos correspondentes aos imóveis atingidos por desapropriação seguem as regras do Plano de Desenvolvimento Urbano-Ambiental de Porto Alegre.

Veja a íntegra do [parecer](#).

258 Procuradora Municipal.

FORMA DE TRIBUTAÇÃO DO ISS NAS SOCIEDADES DE ADVOGADOS

Ricardo Hoffmann Muñoz²⁵⁹

PARECER INDIVIDUAL N. 1196/2015

PROCESSO N. 001.209154.15.2

INTERESSADO: Ordem dos Advogados do Brasil / Seção
do Estado do Rio Grande do Sul

EMENTA: ISS. Sociedade de profissionais nas
quais se incluem as sociedades de advogados.
Tributação mitigada. Requisitos.

Veja a íntegra do [parecer](#).

²⁵⁹ Procurador Municipal.

PARECERES COLETIVOS

Parecer coletivo 208/2015 - Férias não gozadas. Consequências e Interpretação do artigo 85 da Lei Complementar n. 133/85

Heron Nunes Estrella ²⁶⁰

PARECER COLETIVO N. 208/2015
PROCESSO N. 1.043918.10.7
INTERESSADO: SECRETARIA MUNICIPAL DE
ADMINISTRAÇÃO
Data: 16/09/2015

EMENTA: Férias não gozadas. Proibição de acumulação de férias. Interpretação do artigo 85 da Lei Complementar n. 133/85 conjugado com artigos 7º, inciso XII, e 39, parágrafo 3º da Constituição Federal. Aplicação e consequências.

Veja a íntegra do [parecer](#).

**TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA.
UTILIZAÇÃO NO ÂMBITO DO PROCESSO
ADMINISTRATIVO-DISCIPLINAR. NATUREZA
JURÍDICA DO TAC. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL
DA EFICIÊNCIA. DEMARCADORES DE CONDUTA**

Clarissa Cortes Fernandes Bohrer²⁶¹

PARECER COLETIVO N. 209/2015

DATA: 15/07/2015

EMENTA: Termo de ajustamento de Conduta. Utilização no âmbito do Processo Administrativo-Disciplinar. Natureza jurídica do TAC. Princípio Constitucional da Eficiência. Demarcadores de Conduta

Veja a íntegra do [parecer](#).

MU
NI
CÍPIO
EM
JUÍZO





ÁREA DO DIREITO: DIREITO CONSTITUCIONAL/ MUNICIPAL

ALCANCE DA PARTICIPAÇÃO DO CONSELHO MUNICIPAL DE SAÚDE DE PORTO ALEGRE NA ADMINISTRAÇÃO DA SAÚDE

Alexandra Cristina Giacomet Pezzi²⁶²

Processo nº: 5004915-44.2013.404.7100

Autor: Ministério Público Federal

Réis: União e Município de Porto Alegre

Resumo

Em 01 de fevereiro de 2013, o Ministério Público Federal ajuizou contra a União e o Município de Porto Alegre *ação civil pública*, com pedido de antecipação de tutela, tendente a assegurar “o exercício das atribuições conferidas pela legislação que trata do SUS aos Conselhos de Saúde”.

Consoante consta da petição inicial, a ação teve origem em demanda levada ao MPF em 2009 pelo Conselho Municipal de Saúde de Porto Alegre, em que relatadas posturas ilegítimas supostamente praticadas pelos gestores de saúde de ambos os entes federativos. Essas posturas traduzir-se-iam na “[...] inobservância da necessidade de participação dos Conselhos de Saúde nos processos de decisão, implementação e prestação de contas de serviços de saúde em todo o País, sobretudo no Município de Porto Alegre” (fl. 04 da inicial).

262 Procuradora Municipal. Especialista em Advocacia Municipal (UFRGS). Mestre em Direito (PUCRS). Possui doutorado pela *Scuola Dottorale Internazionale di Diritto ed Economia “Tullio Ascarelli”*, da *Università degli Studi Roma Tre*.

Sustentou o autor que “[...] os Conselhos de Saúde atuam na formulação de estratégias e no controle da execução de política de saúde na instância correspondente, sendo de rigor a sua participação nas políticas públicas de forma ativa, e não de maneira apenas formal” (fl. 15).

Nesse sentido, a implementação de quaisquer serviços de saúde no município de Porto Alegre teria que passar pelo “crivo” do Conselho Municipal de Saúde, não bastando a sua participação *ad referendum*, com a mera juntada de pareceres (fl. 19).

Em sua contestação, o Município de Porto Alegre expôs a disciplina jurídica dos Conselhos de Saúde, fazendo menção à Lei Federal nº 8.142/90 que, editada segundo o espírito da Constituição Federal de 1988, expresso no artigo 198, *caput* e inciso III, estabeleceu, em seu artigo 1º, que o SUS contará, em cada esfera de governo, sem prejuízo das funções do Poder Legislativo, com o Conselho de Saúde.

Aos seus membros compete, na forma do artigo 1º, parágrafo 2º, da Lei nº 8.142/90, atuar na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente.

Evidentemente, tal atribuição não pode ser interpretada senão à luz do disposto no *caput* desta norma. Ou seja: a atuação dos Conselhos de Saúde não pode adentrar no espaço reservado ao Poder Legislativo. Tampouco naquele destinado ao Poder Executivo. Somente aos eleitos pelo voto popular é dado assumir a gestão da saúde.

Ao Conselho Municipal resta, pois, exercer o controle social das ações do gestor.

Compete-lhe, em caráter permanente e deliberativo, na área de vigilância à saúde, definir prioridades e estratégias; propor medidas de aprimoramento, bem como exercer outras atribuições definidas na Lei Complementar Municipal nº 277/92.²⁶³

263 Conforme o artigo 8º, da Lei Complementar nº 395/97 (Código Municipal de Saúde de Porto Alegre).

Portanto, a sua natureza é eminentemente opinativa. Nesse sentido, as suas decisões devem ser sempre encaminhadas ao Prefeito, que as acolherá ou vetará, ou ao Secretário Municipal de Saúde.

Por força da própria Lei Orgânica do Município, em seu artigo 89, parágrafo único, é assegurada a participação popular nas decisões do Poder Executivo. Ocorre que essa participação não tem o alcance pretendido pelo CMS. A participação do Conselho 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”.²⁶⁴

Em outras palavras, é dado ao CMS propor estratégias que contribuam para o desenvolvimento das ações de saúde eleitas pelo gestor segundo critérios de *oportunidade* e de *conveniência*.

Portanto, as decisões do CMS não são auto-executáveis e não vinculam o Poder Executivo, a quem cabe sempre a decisão final, especialmente em se tratando de contratos e convênios.

Contrariamente ao alegado pelo MPF, está sendo oportunizada, no Município de Porto Alegre (obviamente segundo os parâmetros constitucionais e legais), a participação do Conselho Municipal de Saúde, para o desempenho de sua relevante função.

Sentença

O pedido foi julgado parcialmente procedente, para:

(a) em relação à União, para o fim de assegurar a participação do Conselho Municipal de Saúde de Porto Alegre, nas ações e serviços de saúde no âmbito do PROADI que digam respeito ao percentual de até 30% pactuado com o gestor local, a se dar mediante apresentação final do projeto em Plenária do referido Conselho,

264 Parecer PGM/ Porto Alegre nº 1165, homologado em 18 de março de 2011, p. 10. Disponível em: <http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/pgm/usu_doc/p1165_11.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2015.

cujo parecer deverá ser anexado como um dos requisitos da documentação pertinente encaminhada ao Ministério da Saúde.

(b) quanto ao Município de Porto Alegre, para que (a) não celebre novos contratos/convênios/aditamentos e não aprove projetos no SUS sem a prévia e efetiva oitiva do Conselho Municipal de Saúde de Porto Alegre; (b) em caso de discordância ao posicionamento, ou não acolhimento das recomendações, do Conselho Municipal de Saúde de Porto Alegre, apresente a respectiva motivação, previamente à implementação dos projetos e/ou celebração dos contratos/convênios/aditamentos; (c) encaminhe ao Conselho Municipal de Saúde de Porto Alegre os projetos/contratos/convênios/aditamentos já celebrados ou implementados, em relação aos quais não foi oportunizada a sua prévia participação, a fim de proceder à oitiva do Conselho, bem como as prestações de contas dos contratos/convênios já celebrados, acompanhados da documentação e esclarecimentos entendidos necessários pelo Conselho para a adequada análise; (d) após a manifestação dos Conselhos a respeito dos convênios e das prestações de contas mencionadas, informem, em prazo de trinta dias, as medidas efetivamente adotadas e/ou motivos de eventual discordância ao posicionamento/recomendações dos Conselhos; e (e) assegure a participação do Conselho Municipal de Saúde de Porto Alegre, nas ações e serviços de saúde no âmbito do PROADI-SUS que digam respeito ao percentual de até 30% pactuado com o gestor local, a se dar mediante apresentação final do projeto em Plenária do referido Conselho, cujo parecer deverá ser anexado como um dos requisitos da documentação pertinente encaminhada ao Ministério da Saúde.

Foi arbitrada multa diária de R\$ 200,00 (duzentos reais) para o caso de descumprimento injustificado ou deficiente das obrigações de fazer impostas. O Município de Porto Alegre restou condenado em honorários advocatícios de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).

O recurso de apelação, autuado sob nº **5004915-44.2013.4.04.7100**, interposto pelo procurador André Karst Kaminski, pende de julgamento.

ÁREA DO DIREITO: DIREITO URBANÍSTICO/MUNICIPAL

REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA. CONCESSÃO PARA FINS DE MORÁDIA. VILA CHOCOLATÃO. REGISTRO AUTORIZADO COM BASE NO PROVIMENTO MORE LEGAL

Luís Carlos Pellenz²⁶⁵

Vanêsa Buzelato Prestes²⁶⁶

A **Vila Chocolatão** se autoproduziu em terreno de propriedade da União, ao lado do prédio da Justiça Federal. Formada por população miserável e extremamente vulnerável, que vivia de biscates, coleta de papel ou ferro velho, representava um grande contraste social. Se no pomposo prédio da Justiça desfilava o mais refinado estilo, ao lado padecia o que de mais excluído existe socialmente. De tão corriqueira a indiferença, parecia invisível o conglomerado de miseráveis no local.

A União ajuizou reintegração de posse para recuperar o bem público, mas a recolocação das pessoas que lá moravam não ficou acertada. Estas ganhavam a vida da coleta do lixo nas redondezas, existindo no local também uma organização de exploração e divisão do trabalho. O caso tomou repercussão internacional. Juridicamente, não cabia mera expulsão daquelas pessoas, sem qualquer política compensatória. Houve um acordo entre a União, a Justiça e Ministério Público Federais, acompanhamento pelo Ministério Público local, Defensoria, Igreja, até ONG internacional, a fim de se encontrar uma solução autossustentada. A União ofereceu um terreno ao Município, e o DEMHAB elaborou e executou um projeto habitacional, denominado Nova Chocolatão, na Av. Protásio Alves, próximo à FAPA.

²⁶⁵ Procurador municipal.

²⁶⁶ Procuradora municipal.

No conjunto residencial foi erigida uma Usina de Reciclagem, para dar suporte de subsistência aos moradores relocados, além de ter sido construído demais equipamentos comunitários. As obras foram construídas antes de resolvida a questão fundiária. De registrar que auxiliou a continuidade da informalidade o excesso de zelo da tecnoburocracia. O projeto habitacional englobou elementos de loteamento com condomínio, gerando uma complexidade para o Registro Imobiliário.

Para dificultar um pouco mais, o terreno não era de propriedade do DEMHAB nem do Município, que apenas o recebeu em Concessão de Direito Real de Uso da União.

Diante da situação descrita, tendo em mãos a planta provada, a Procuradoria do DEMHAB, em conjunto com a Procuradoria adjunta do Município, ingressaram com ação de regularização fundiária junto a Vara dos Registros, na sistemática do Provimento More Legal da Corregedoria de Justiça. Argumentou-se que o empreendimento tinha caráter de **regularização fundiária**, pois destinado a pessoas deslocadas de assentamento informal, sendo uma continuidade de todo um trabalho de realocação de uma comunidade. O fundamento jurídico para tal pedido foi o contrato de CDRU (concessão de direito real de uso entre União e Município). Dito contrato previa que cabia a municipalidade promover as formalidades em nível de registro imobiliário. Com base nesta previsão foi reconhecida a legitimidade para a promoção da medida de jurisdição voluntária, bem como foram afastadas as exigências da Lei 6766/79 e da Lei de Condomínios, bastando o atendimento dos requisitos do More Legal, ou seja, certidões reais, planta (projeto) aprovada e memorial descritivo.

Com a sensibilidade de todos os operadores do direito no caso, juízo, agente do *parquet* e ofício imobiliário, chegou-se a sentença transitada, sendo emitida ordem para a abertura das matrículas no álbum imobiliário.

Em apertada síntese, nos termos do que consta no processo judicial nº 001/1.14.0066210-0, a inicial alegou que:

O novo empreendimento, porém, ainda não alcançou a regularidade registral, o que também é elemento importante para a inclusão social. A moradia regular favorece a segurança jurídica, a estabilidade familiar e o pleno acesso aos serviços públicos, sendo elemento de estima social e cidadania o registro dos direitos à habitação em cartório. A regularização torna efetiva a função social da propriedade.

A Nova Choclatão é uma continuação do procedimento geral de regularização da antiga Choclatão, devendo a regularização se dar pelo enfoque do More Legal. Não se trata de um loteamento ou incorporação privada, mas de pura atuação do poder público em favor dos mais desvalidos.

A gleba está instituída como Área de Interesse Social, pela Lei 10.383/08. A planta está aprovada pela municipalidade, que fiscalizou os projetos e recebeu o empreendimento.

Seguem anexos o contrato de direito real de uso em favor do Município e as certidões reais, bem como as plantas aprovadas, memoriais e demais documentação técnica.

Assim, é requerida o registro do Contrato de Direito Real de Uso em favor do Município, bem como o registro do parcelamento do solo e a averbação das unidades habitacionais sobre os lotes criados, conforme projetos, com o transporte para cada matrícula gerada o vínculo do direito real de uso concedido.

O juízo assim decidiu:

I - O pedido tramitou regularmente. A retificação no Registro de Imóveis, com nova metragem e descrição, visa adequar os assentamentos do álbum imobiliário à realidade fática da situação do imóvel. Inexistiu impugnação, o que evidencia a ausência de prejuízos a tercei-

ros. O Município aprovou, por declaração, os termos das plantas apresentadas, bem como as descrições dos lotes.

A situação presente, então, conforme evidenciam os autos, encontra-se consolidada e irreversível, e as unidades desmembradas adquirirão autonomia jurídica e destinação social compatível, já que a inviolabilidade do direito à propriedade merece ser dimensionada em harmonia com o princípio, também constitucional, de sua função social.

As exigências do Projeto More Legal resultaram devidamente atendidas, não se verificando qualquer impedimento ao fracionamento da matrícula originária, com a respectiva individualização e abertura da matrículas para os lotes referidos.

Ademais, nos próprios termos do art. 53A, da Lei n.º 9.785/99²⁶⁷, que alterou o Decreto-Lei n.º 3.365/41, e as Leis nºs 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos) e 6.766/79 (Lei do Parcelamento do Solo Urbano), é de interesse público, no caso de uma autarquia municipal, o parcelamento do solo, bem como sua regularização, sendo vedadas exigências outras que não a documentação mínima necessária ao registro.

II – O Tribunal de Justiça do Estado, assim já decidiu:

APELAÇÃO CÍVEL. PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. ABERTURA DE MATRÍCULA DE IMÓVEL. **PROJETO MORE LEGAL**. Em se tratando de jurisdição voluntária, não está o Magistrado obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar a solução que melhor entender conveniente ou oportuna (Art. 1.109 do CPC). Não há contro-

267 Lei n.º 9.785/99. Art. 53A: São considerados de interesse público os parcelamentos vinculados a planos ou programas habitacionais de iniciativa das Prefeituras Municipais e do Distrito Federal, ou entidades autorizadas por lei, em especial as regularizações de parcelamentos e de assentamentos.

vêrsia quanto a presença dos requisitos legais para o registro. A insurgência apresentada no Parecer nº 007/2010-PGM da Procuradoria-Geral do município se apresenta de forma genérica, com indicação de regularização dos imóveis em face de questão social relevante. Mas, isso não pode restringir a incidência dos pressupostos estabelecidos no **Projeto More Legal**, pois a solução da questão social é medida ampla, que não pode ser imposta a um cidadão em particular que pretende regularizar sua situação. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70039703558, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rubem Duarte, Julgado em 14/09/2011)".

III – Isto posto, JULGO PROCEDENTE o pedido formulado pelo MUNICIPIO DE PORTO ALEGRE e DEPARTAMENTO MUNICIPAL DE HABITAÇÃO - DEMHAB, e defiro o registro do Contrato de Direito Real de Uso em favor do Município, assim como o registro do parcelamento do solo e a averbação das unidades habitacionais sobre os lotes criados...". da VILA NOVA CHOCOLATÃO, tendo por objeto a área constante da matrícula nº 109.743, livro 2/RG, do Registro Imobiliário da 3ª Zona de Porto Alegre, que após levantamento realizado por profissional habilitado, resultou com nova metragem e descrição, com desmembramento em lotes numerados, consoante planta e memorial descritivo nos autos, com a abertura de matrículas, para cada um dos lotes.

Tratando-se de regularização de loteamento com base no Projeto More Legal da Corregedoria-Geral da Justiça, os documentos exigidos são somente os no mesmo estabelecidos e que se encontram nos autos, sendo por este juízo, na conformidade do art. 1.109, do CPC, dispensados os demais constantes das exigências realizadas pelo Ofício Imobiliário da

3ª Zona ou mesmo outros, por ventura, não relacionados no presente.

Determino, ainda, a isenção de emolumentos prevista no art. 213, par. 15, da Lei dos Registros Públicos, e, também, no art. 513, §único, da Consolidação Normativa Notarial e Registral. Custas pela parte autora, cuja exigência fica suspensa em razão do benefício da Assistência Judiciária Gratuita concedida.

Após o trânsito em julgado expeça-se mandado que deverá ser acompanhado dos demais documentos apresentados pelo requerente.

Abertas as matrículas junto ao Cartório Imobiliário da 3ª Zona de Porto Alegre, resta a etapa seguinte, a saber, a averbação dos contratos de direito real de uso em favor dos moradores, alcançando-se, enfim, a regularização plena do Loteamento Nova Chocolate.

ÁREA DO DIREITO: DIREITO CONSTITUCIONAL / ADMINISTRATIVO

AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. CONVÊNIO. PRESTAÇÃO DE CONTAS. REJEIÇÃO PELA UNIÃO E FNDE.

Roberto Silva da Rocha²⁶⁸

Em julho de 2005, o Município de Porto Alegre aderiu ao Programa Nacional de Inclusão de Jovens – PROJOVEM, mediante convênio celebrado com o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação e A União, esta por intermédio da Secretaria-Geral da Presidência da República (Convênio n.º 839005/2005), cujo objetivo era atender jovens com idade entre 18 e 24 anos que concluíram a quarta série e não terminaram a oitava série do ensino fundamental e que não tivessem vínculo empregatício

Não obstante tenha o Município de Porto Alegre procurado atender, na medida do possível, todas as regras estabelecidas pelo Concedente, em especial a Instrução Normativa STN n.º 01/1997, restou surpreendido pelo Ofício 1315/2014-DIESP/COAPC/CGCAP/DIFIN/FNDE/MEC, de 20 de outubro de 2014, dando conta de que, nos termos Parecer Técnico da Secretaria Nacional da Juventude n.º 149/2014-PJO-SNJ/SG/PR, de 26.09.2014, houve a REPROVAÇÃO TOTAL da prestação de contas física do convênio.

Inconformado, o Município de Porto Alegre interpôs em 11.12.2014 recurso, demonstrando o equívoco na apreciação das contas do convênio. Sobreveio, então, o Ofício 746/2015-DIESP/COAPC/CGCAP/DIFIN/FNDE/MEC (doc. 03), informando que, com base no Parecer Técnico n.º 32/2015/SNJ/SG/PR, de 19 de maio de 2015, da Secretaria Nacional da Juventude, reconheceu-se

268 Procurador Municipal.

equivoco da rejeição da prestação de contas apresentada pelo Município de Porto Alegre, *verbis*:

Primeiramente, cumpre registra que no Parecer Técnico nº 149/2014-1-PJO-SNJ/SG/PR (fls. 5665 a 5679) houve erro na interpretação da meta, devido à complexidade do Programa.

Destarte, reconsiderando sua análise anterior, no sentido da REPROVAÇÃO TOTAL das contas apresentadas pelo Município de Porto Alegre, a SECRETARIA NACIONAL DA JUVENTUDE, mediante o Of. 107/2015-SNJ/SG/PR, expediu a seguinte conclusão:

Depreende-se dos documentos que houve uma execução de 65% do convênio nº 839005/2005. Dessa forma, sugere-se a rejeição parcial de 35% da prestação de contas física em tela, com base em relatórios e informações obtidas junto as Universidades, bem como publicações sobre o Projovem e documentos apensados nos autos que possibilitaram a tabulação dos dados.

Diante disto, o Município de Porto Alegre ajuizou ação declaratória de inexistência de débito, com pedido de antecipação de tutela, sustentando que, tal como na decisão anterior que há menos de um ano rejeitara *in totum* as contas do convênio, equivocou-se a Secretaria Nacional da Juventude ao imputar ao Município de Porto Alegre a responsabilidade pela suposta inexecução parcial da meta física do Programa, que implicaria a devolução de R\$ 4.270.678,87, quando em realidade eventual inexecução se deve essencialmente a equívocos na própria concepção do Programa, de responsabilidade direta de seus idealizadores, no caso os próprios demandados.

Conforme observado pela Secretaria Nacional da Juventude, no Parecer Técnico 32/2015/SNJ/SG/PR, o PROJOVEM surgiu como política educacional, diferente dos programas/projetos educacionais tradicionais por

objetivar a integração entre formação básica, qualificação profissional e ação comunitária.

Conforme destacado pela própria Secretaria Nacional da Juventude, tratou-se de um curso experimental, implementado com base no artigo 81 da Lei de Diretrizes e Base da Educação Nacional, que na prática acabou apresentando significativos problemas operacionais.

A própria Secretaria Nacional da Juventude, na condição de idealizadora do Programa, admitiu a existência de problemas que prejudicaram a “quase que a totalidade dos executores do Projovem”.

De forma contraditória, em um primeiro momento rejeitou totalmente as contas apresentadas pelo Município de Porto Alegre e, após, reconsiderou tal decisão, sob alegação de que “houve erro na interpretação da meta, devido à complexidade do Programa”, passando a admitir execução de 65% do objeto.

Ora, a mesma entidade que admite ter se “equivocado na interpretação da meta, devido à complexidade do Programa”, por ela mesmo concebido, reivindica contra o conveniente, mero executor do programa, a devolução da quantia correspondente a 35% do valor conveniado, sob a alegação de “não atingimento da meta física”.

Sustenta-se, em suma, que não deve o convente ser responsabilizado por suposto “não atingimento da meta física do programa”, quando a própria idealizadora, Secretaria Nacional da Juventude, admite a existência de falhas na respectiva concepção original, no que tange ao problema da evasão e da desistência, reproduzidas em todo o país, bem como erro na “a interpretação da meta, devido à complexidade do Programa”.

A verossimilhança do direito alegado decorre da demonstração de ter existido falha na concepção original do Programa Nacional de Inclusão de Jovens – PROJOVEM, sob a responsabilidade dos demandados, o que inviabilizou a completa execução de seu objeto por todos os entes que a este programa aderiram, tal como o Município de Porto Alegre.

É consolidado no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que viola o devido processo legal a inscrição

de unidade federativa em cadastros de inadimplentes da União antes de iniciada e julgada tomada de contas especial pelo Tribunal de Contas da União (STF, 1ª Turma, ACO 2.159-MC-REF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 02.06.2014).

Já o risco de dano irreparável consubstancia-se na ameaça concreta de inscrição deste Ente Federativo nos cadastros de inadimplentes da União, caso não a devolução de R\$ 3.935.031,15.

Em face destas razões foi deferido o pedido de antecipação de tutela, conforme a decisão que segue.

Roberto Silva da Rocha

Procurador Municipal, Porto Alegre/RS.

Decisão:

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

Processo N° 0053025-20.2015.4.01.3400 - 16ª VARA
FEDERAL

N° de registro e-CVD 00177.2015.00163400.1.00332/00
033

Trata-se de ação de rito ordinário, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, ajuizada por MUNICIPIO DE PORTO ALEGRE, em face da UNIÃO e do FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO, objetivando determinação suspendendo a inscrição no Sistema Integrado da Administração Financeira – SIAFI, no Cadastro Único de Exigências para Transferências Voluntárias – CAUC ou qualquer outro cadastro de inadimplentes gerido pelos demandados.

Narrou que aderiu ao Programa Nacional de Inclusão de Jovens – PROJOVEM em julho de 2005, mediante celebração do Convênio nº 839005/2005, tendo início em 15/07/2005, e término em 30/11/2008.

Afirmou que, não obstante tenha procurado atender, na medida do possível, todas as regras estabelecidas pelo Concedente, em especial a Instrução Normativa STN nº 01/1997, restou surpreendido pelo Ofício 1315/2014-DIESP/COAPC/CGCAP/DIFIN/FNDE/MEC, de 20 de outubro de 2014, dando conta de que, nos termos do Parecer Técnico da Secretaria Nacional de Juventude nº 149/2014-PJO-SNJ/SG/PR, de 26/09/2014, houve reprovação total da prestação de contas física do convênio em tela. Explicou que em que pese ter recorrido da referida apreciação de contas e da constatação, pela Secretaria Nacional da Juventude, de equívoco da prestação de contas, ainda restaram rejeitadas parcialmente, nos termos do ofício 746/2015 – DIESP/COAPC/CGCAP/DIFIN/FNDE/MEC, baseado no Parecer Técnico nº 32/2015/SNJ/SG/PR. Argumentou que a inexecução parcial verificada deveu-se por equívocos na própria concepção do Programa, tanto pelo critério adotado para a definição das metas pela defasagem do início do programa ocorrer em 2005, utilizando dados do Censo de 2000, tanto pela verificação de alta taxa de evasão/desistência. Instruem a inicial os documentos de fls. 23/135.

Vieram os autos conclusos.

É o relatório.

Decido.

In casu, entendo estar presente os requisitos autorizadores da concessão do pleito liminar formulado.

Isso porque, analisando a documentação carreada aos autos, constata-se que a rejeição parcial de 35% da prestação de contas física do convênio firmado entre as partes, no âmbito do Projovem, se deu pela não consecução total da meta, nos termos do ofício 107/2015 – SNJ/SG/PR e do Parecer Técnico nº 32/2015/SNJ/SG/PR (fls. 111/124).

Ocorre que, conforme expresso no Parecer Técnico 32/2015/SNJ/SG/PR o Projovem trata-se de curso experimental, que se baseia no art. 81 da Lei de Diretrizes e Base da Educação Nacional, sendo reconhecida a complexidade do Programa à fl. 117, bem como a ocorrência de erro na interpretação da meta.

Além disso, restou reconhecida a ocorrência de elevada evasão/desistência comuns a quase totalidade dos executores do Programa, o que pode ter contribuído para o não atendimento da meta (fl. 113).

Nesse aspecto, precedente do STF pelo afastamento da inscrição no SIAF/CAUC diante da possibilidade de risco à execução de políticas públicas e da relevância do argumento jurídico:

AÇÃO CAUTELAR – CADASTRO DE INADIMPLENTES – UNIDADE DA FEDERAÇÃO – INSCRIÇÃO – CONSEQUÊNCIAS GRAVOSAS – MEDIDA LIMINAR – CONCESSÃO. A relevância do argumento jurídico e o risco de manter-se certo quadro são conducentes ao deferimento de medida acauteladora, de medida de urgência. (AC 3505 MC-AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 09/06/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-126 DIVULG 29-06-2015 PUBLIC 30-06- 2015)

Constatado, portanto a verossimilhança do direito alegado, a presença do perigo de dano se verifica pela possibilidade de comprometimento de políticas públicas resultantes de tais restrições no cadastro.

Ante o exposto, defiro o pedido de liminar para afastar a inscrição do Município de Porto Alegre no SIAF e no CAUC, ou qualquer outro cadastro de inadimplentes gerido pelos demandados em decorrência da rejeição parcial da prestação de contas do convênio realizado no âmbito do Projovem, referente à não consecução total da meta.

Intime-se, com urgência, para cumprimento.

Cite-se. Brasília (DF), 6 de outubro de 2015.

Cristiane Pederzolli Rentzsch

Juíza Federal em auxílio à 16ª Vara da SJDF

ÁREA DO DIREITO: DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL, LEGISLAÇÃO MUNICIPAL – DIREITO DOS ANIMAIS

AÇÃO CAUTELAR. PROPOSTA PELO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE CONTRA FUNDAÇÃO BIENAL DE ARTES VISUAIS DO MERCOSUL. IMPOSSIBILIDADE DE USO DE PAPAGAIOS EM EXPOSIÇÃO

Anelise Jacques da Silva²⁶⁹

Ação Cautelar n. 001/1.15.0200062-9

Comentários:

Trata-se de Ação Cautelar que objetivou assegurar resultado efetivo à atuação da Secretaria Especial dos Direitos Animais - SEDA, enquanto órgão municipal responsável pelas políticas de proteção, defesa, saúde e bem-estar dos animais. A ação foi proposta contra a Fundação Bienal de Artes Visuais Mercosul, organizadora da 10ª Bienal do Mercosul.

Anteriormente a ré, Fundação Bienal de Artes Visuais Mercosul, impetrara Mandado de segurança (001/1.15.0188044-7) em razão de intimação enviada pela Secretaria Especial dos Direitos dos Animais – SEDA para “remoção imediata das aves que integram a obra Tropicália”. Pretendeu ver garantido o direito de expor as aves. Alegou que preenchendo todos os requisitos previstos na legislação aplicável, obteve autorização do IBAMA para manter em exposição, inseridos em obra de arte, dois papagaios da espécie “amazona aestiva”.

269 Procuradora municipal.

A obra em questão, onde incluídos os animais silvestres em estrutura semelhante a jaula, encontrava-se dentro da usina do Gasômetro e estaria sendo remontada, posto que a original, do artista Hélio Oiticica, fora concebida e exposta em 1966-1967, tendo também sido exibida na Espanha, nos Estados Unidos e na Inglaterra.

A SEDA, desde a intimação preliminar à Bienal, vinha fazendo cumprir a LCM 694/12 e LM 11.101/11 e assim determinou a remoção dos animais. Não foram constatados maus tratos, todavia, tal ilicitude não seria pressuposto para aplicação do art. 45, I, da LCM 694/2012.

Após o prazo para defesa, em continuidade a Intimação Preliminar, a SEDA retornou ao local da exposição, no intuito de fazer cumprir a LCM 694/12, foi, no entanto, impedida de dar continuidade a ação fiscal, haja vista o deferimento de liminar no Mandado de Segurança n. 001/1.15.0188044-7.

Todavia, tal liminar foi posteriormente revogada porque denegada a segurança naquela ação mandamental, autorizando a SEDA a dar continuidade à ação fiscalizatória, o que efetivamente foi feito. Procedeu-se em 21/nov/15, um sábado, a retomada da Intimação Preliminar 1000677, de 04/nov/2015, que solicitava a retirada imediata dos animais do local da exposição, fulcro no art. 45, I, da LCM 694/2012, passível de multa, conforme art. 30, parágrafo único, do DM 18.587/2014.

Ocorre que mesmo com imposição de multa a ré manteve os animais silvestres em exposição, permanecendo o descumprimento à Lei Complementar Municipal. Assim sendo, perdurava o descumprimento da ordem de retirada dos animais, que permaneciam em exposição, em condições visivelmente inadequadas, sendo submetidos a sofrimento, dada a grande circulação de pessoas no local, e à vasta programação de eventos, especialmente apresentações musicais nos finais de semana.

Argumentou o Município que não pode o arbítrio da arte sobrepor-se ao direito de outros seres vivos, ainda mais quando a proteção da fauna é constitucionalmente garantida (nos moldes do inciso VII, do §1º, do artigo 225, da Constituição Federal), sendo dever do po-

der público, assegurar efetividade à tutela do direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, incumbindo-lhe, por isso, a proteção da fauna e da flora, coibindo toda prática que coloque em risco sua função ecológica, provoque extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade.

A obra em questão já fora remontada em outros países e na petição inicial restou demonstrada a polêmica que causou também no exterior, em razão da manutenção das aves em ambiente muito diverso do natural, hostil e expostos a poluição visual e sonora.

A sociedade atual tem entendimento diverso acerca da proteção dos direitos dos animais e a legislação municipal, a que se buscou dar cumprimento com esta ação, acompanha e está plenamente de acordo com tal evolução. Portanto, no caso concreto, a intenção artística deveria sucumbir à intenção do legislador que é, em última análise, o representante eleito da população.

Quando a cultura e o momento político são absolutamente diferentes de 1967, quase 50 anos passados, e não haveria qualquer razão educativa para serem mantidos dois papagaios reclusos. O apelo educativo moderno é exatamente contrário ao da montagem, que na década de 1960 estava inserida em momento político diverso. Hoje se educa pelo respeito aos animais e pela preservação da natureza.

Enfatizou-se que a Secretaria Especial dos Direitos dos Animais tem plena competência para tratar da matéria, especialmente sob o enfoque dos próprios papagaios enquanto merecedores de sossego e respeito. Eis a diferença do enfoque comumente atribuído ao IBAMA.

Portanto, ainda que houvesse autorização do IBAMA para transporte e exposição dos papagaios, perante as condições do local em que mantidos, sem qualquer elemento que remetesse a natureza, sob forte luz artificial e em ambiente que propicia a reverberação do som, impunha-se a concessão de liminar para RETIRADA IMEDIATA dos animais da exposição, organizada pela Ré na Usina do Gasômetro, sob pena de imposição de multa efetivamente coercitiva a ser fixada pelo Judiciário.

Embora tenha ocorrido a desistência da ação cautelar, pela retirada dos animais da obra antes de seu julgamento, a importância da tese defendida encontra-se na ponderação de preceitos constitucionais, devendo preponderar o dever de proteção a fauna e ao meio ambiente, sobre o direito a expressão artística, que já fora concretizado com a montagem inicial da **obra**, no momento histórico e cultural em que concebida.

A ação ficou a cargo da Procuradora-Chefe da Procuradoria de Serviços Públicos, Anelise Jacques da Silva.

ÁREA DO DIREITO: DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO MUNICIPAL

MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO IMPETRADO PELA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SECCIONAL DO RIO GRANDE DO SUL PRETENDENDO A DECLARAÇÃO DO DIREITO DAS SOCIEDADES DE ADVOGADOS COM SEDE EM PORTO ALEGRE DE RECOLHEREM O ISS/RB PELO NÚMERO DE PROFISSIONAIS

Ricardo Hoffmann Muñoz²⁷⁰
Maren Guimarães Taborda²⁷¹

Mandado de Segurança Coletivo 50495975520114047100
Recurso Especial 1460239

Impetrante/Recorrente: Ordem dos Advogados do
Brasil, Secção RS.

Impetrado/Recorrido: Município de Porto Alegre.

Procuradores Municipais: Maren Guimarães Taborda e
Ricardo Hoffmann Muñoz.

A Ordem dos Advogados do Brasil, Secção RS, ingressou com mandado de segurança coletivo preventivo, visando à declaração do direito das sociedades de advogados, com sede em Porto Alegre, de recolherem o ISS/RB com fundamento no art. 9º, §§ 1º e 3, do Decreto-lei 406/68 que prevê o recolhimento calculado em alíquota fixa incidente sobre o número de profissionais de cada sociedade, se dizendo receosa de que tais sociedades viessem a sofrer violação da autoridade municipal por força do artigo 20, § 4º, inc. II, da Lei Complementar Municipal 07/73 e art. 49, IV, §§ 3º e 4º,

270 Procurador municipal.

271 Procuradora municipal.

do Decreto Municipal n. 15.416/06 , que no seu sentir, contrariam o que o Decreto-lei 406/68 dispõe sobre a matéria, passando, em última análise, a serem tributadas pela receita bruta auferida.

O Município defendeu a legitimidade da legislação local em juízo, sustentando que, na verdade, os artigos 20, § 4º, II, da LCM 07/73, e 49, IV, §§ 3º e 4º, do Decreto Municipal 15.416/2006 estabelecem condições para o exercício da tributação fixa no âmbito municipal em consonância com o que dispõe o art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-lei 406/68, sendo exercida a competência legislativa municipal dentro do âmbito constitucional da competência concorrente em matéria tributária estabelecida pelo artigo 24, inc. I, da CF/88, interpretado em conjunto com o artigo 30, inc. II, que outorga ao Município o poder de suplantar a legislação federal e estadual no que couber.

Ainda referiu a municipalidade que o art. 9º, § 3º, do Decreto-lei 406/68 pressupõe que se analise as condições subjetivas do contribuinte e se a prestação do seu serviço se dá de forma pessoal. Havendo a contratação de pessoas jurídicas ou de pessoas físicas inabilitadas para a execução da atividade-fim, desmancha-se o caráter de trabalho prestado por profissional habilitado em nome da sociedade exigido pela lei federal. Portanto, exsurge da lei federal a análise subjetiva do contribuinte, mormente para distinguir as sociedades civis de profissionais das sociedades empresárias para se aferir se o serviço é prestado em caráter pessoal e especializado pelo profissional habilitado, sem intermediação, por exemplo, de outras pessoas jurídicas ou de pessoas físicas inabilitadas, para fins de concessão da tributação fixa.

Foi salientado também que equiparar sociedades de profissionais com sociedades que atuem em escala empresarial para conceder a estas o regime de tributação diferenciada seria tratar igualmente situações distintas, atentar contra a isonomia tributária e desconhecer as razões pelas quais o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade do tratamento diferenciado da tributação de ISS, dado tanto aos profissio-

nais liberais quanto às sociedades desses profissionais. Arrematou não haver qualquer inconstitucionalidade/ilegalidade na legislação municipal, muito menos procedência do direito líquido e certo alegado na inicial.

Em primeiro grau, a pretensão da OAB-RS foi exitosa.

Contudo, o acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região foi no sentido de dar provimento à apelação do Município para reformar a sentença de primeiro grau, reconhecendo não haver justo receio de violação a direito líquido e certo das sociedades de advogados.

No acórdão restou explicitado que o texto impugnado da lei complementar municipal não se apresenta em contraste com a lei complementar nacional, limitando-se simplesmente a coibir hipótese de abuso de direito do contribuinte, situação que foi deixada pelo legislador nacional à competência do legislador municipal.

Argumentou-se, ainda, no acórdão, que a hipótese indicada na lei municipal é raríssima, pois, conforme noticiou o Município de Porto Alegre, somente uma sociedade de advogados registrada na OAB-RS teve afastado o direito à tributação fixa tão somente porque não exercia a profissão por profissionais habilitados, isto é, vinha advogando por intermédio de um profissional que se passava por advogado, mas que não era advogado, o que afastou a sua condição de beneficiária da tributação fixa por claro descumprimento do § 3º do art. 9º do DL. 406/68, que exige que a sociedade atue, na expressão desse § 3º, por 'profissional habilitado'.

Sem se conformar com o julgamento do TRF4ª Região, a OAB-RS ingressou com recurso especial alegando o seguinte: (i) violação ao artigo 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-lei 406/68²⁷² pelo artigo 20, § 4º, inc. II, da

272 Art 9º A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.

§ 1º Quando se tratar de prestação de serviços sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte, o imposto será calculado, por meio de alíquotas fixas ou variáveis, em função da natureza do serviço ou de outros fatores pertinentes, nestes não compreendida a importância paga a título de remuneração do próprio trabalho.

[...] § 3º Quando os serviços a que se referem os itens 1, 4, 8, 25, 52, 88, 89, 90, 91 e 92 da lista anexa forem prestados por sociedades, estas ficarão sujeitas ao imposto na forma do § 1º, calculado em relação a cada profissional habilitado, sócio, empregado ou não, que preste serviços em nome da sociedade, embora assumindo responsabilidade pessoal, nos termos da lei aplicável.

[...] I) Advogados;

Lei Complementar Municipal 07/73²⁷³ e art. 49, IV, §§ 3º e 4º do Decreto Municipal n. 15.416/06²⁷⁴, que teriam incluído novos requisitos não previstos no Decreto-lei 406/68 para que as sociedades de advogados possam se valer do recolhimento do ISS/RB, na foram privilegiada, ou seja, pelo número de profissionais, e (ii) dissídio jurisprudencial.

Embora admitido pela Vice-Presidência do TRF 4ª Região, o recurso especial foi improvido no Superior Tribunal de Justiça, em julgamento monocrático, sob o argumento de que, para sua análise, necessário seria adentrar no exame da legislação local, o que é inviável por aplicação da Súmula 280 do STF. Ademais, a competência para julgamento de causas em que lei local é contestada em face de lei federal passou a ser do Supremo Tribunal Federal após a vigência da Emenda Constitucional 45/04.

A OAB-RS, então, opôs agravo regimental defendendo, dentre outros argumentos, que o recurso especial não foi apreciado em todos os seus fundamentos e que o reconhecimento da aplicação do art. 9º do DL n. 406/68 em detrimento de todo e qualquer dispositivo de lei municipal não esbarra na Súmula 280/STF.

No acórdão que julgou o agravo regimental, foram reiterados os argumentos quanto à aplicação da Súmula 280 do STF, acrescentando-se que, no conceito de lei local (art. 102, III, alínea “d”, da CF/88), também estão contemplados os decretos dos Estados, do Distrito Federal

273 Art. 20 A base de cálculo do imposto é o preço do serviço;

[...] § 4º Para fins do parágrafo anterior, considera-se sociedades de profissionais aquelas:

[...] II - em que, relativamente à execução de sua atividade-fim, não ocorra a participação de pessoa jurídica ou de pessoa física inabilitada;

274 Art. 49. Considera-se como sociedade de profissionais aquela que atenda cumulativamente aos seguintes requisitos:

[...];

IV – não possua:

[...]

§ 3º Pessoa física inabilitada é toda aquela que não possua o respectivo registro no órgão competente ou, embora inscrita, não esteja no pleno gozo de suas prerrogativas profissionais.

§ 4º A pessoa jurídica cuja participação é vedada, é aquela contratada para executar a atividade em que o profissional habilitado deve exercê-la pessoalmente. [...].

e dos Municípios, uma vez que se limitam a conferir densidade normativa aos correspondentes comandos legais.

Os embargos de declaração da OAB-RS, por sua vez, também foram afastados, sob o fundamento de que a real intenção da parte embargante não era sanar alguma omissão, contradição ou obscuridade no acórdão impugnado, e sim rediscutir o que no julgado ficou claro e coerentemente decidido, buscando efeitos infringentes em situação na qual não são cabíveis.

Assim, a apreciação da matéria está esgotada na esfera de competência do STJ, tendo sido mantida a forma de tributação prevista na legislação municipal. Por certo, o assunto ainda será levado à análise do Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário.

Desde 1978 apresentado a produção intelectual da PGM

O Direito, assim como as demais ciências, é uma construção. As etapas dessa construção estão alicerçadas no saber já existente, na aplicação desse saber e na produção de novos conhecimentos. O Centro de Estudos em Direito Municipal se propõe, ao editar a Revista da PGM, a estimular a produção de conteúdo científico no que se refere ao Direito Municipal e a disseminar esse conteúdo, bem como trazer aos advogados públicos do Município conhecimento produzido externamente, gerando uma cadeia de troca de informações indispensável para o amadurecer científico e profissional. A Revista da PGM é publicada desde 1978. Manter a regularidade de uma publicação como esta, produzida por procuradores municipais, em um ambiente profissional onde as demandas são cada vez mais crescentes, é um desafio permanente. O número 29 da Revista da PGM teve como missão resgatar edição atrasada – este número, apesar de publicado em 2016, corresponde ao ano de 2015. Tem ainda a ambição de motivar cada procurador municipal a continuar colaborando com a produção intelectual da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre. Ainda este ano, será editado o número 30 da nossa revista. Aguarde.



**Prefeitura de
Porto Alegre**

PROCURADORIA-GERAL
DO MUNICÍPIO