

revistaPGM

Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre

2017 | Nº 31



Prefeitura de
Porto Alegre

PROCURADORIA-GERAL
DO MUNICÍPIO

ISSN1415-3491 | 2017 - Nº 31

re
vis
ta **PGM**

Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre



REVISTA DA
PROCURADORIA-GERAL
DO MUNICÍPIO DE
PORTO ALEGRE

ANO 2017
NÚMERO 31

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

Revisão: Sandra Denardin / Comunicação PGM
Projeto Gráfico: Abnel de Souza Lima Filho/ Comunicação PMPA
Capa: Freepik
Fotografia: Freepik
Diagramação e Impressão: Perfil Gráfica e Editora Ltda
Tiragem: 550 exemplares



CENTRO DE ESTUDOS DE DIREITO MUNICIPAL

Vanêsa Buzelato Prestes (Coordenadora)

COMISSÃO EDITORIAL

Vanêsa Buzelato Prestes
Angela 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*) desta edição

Ana Luísa Soares de Carvalho
André Santos Chaves
Cláudio Hiran Alves Duarte
Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira
Laura Antunes de Mattos



Prefeito:

Nelson Marchezan Júnior

Vice-Prefeito:

Gustavo Bohrer Paim

Procuradora-Geral do Município:

Eunice Ferreira Nequete

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

Carlos Eduardo da Silveira

Procurador-Geral Adjunto de Domínio Público, Urbanismo e Meio Ambiente:

Nelson Nemo Franchini Marisco

Procurador-Geral Adjunto de Assuntos Fiscais:

Ricardo Hoffmann Muñoz

Corregedor-Geral:

Heron Nunes Estrella

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

Assessoria Técnica Especial

Comissão Permanente de Inquérito

Central de Conciliação

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

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 Indenizações
- Procuradoria de Patrimônio e Domínio Público
 - Gerência de Aquisições Especiais
 - Gerência de Escrituras
- Procuradoria de Urbanismo e Meio Ambiente

Procuradoria-Geral Adjunta de Assuntos Fiscais

- Procuradoria da Dívida Ativa
 - Gerência de Distribuição e Análise de Processos
 - Posto de Arrecadação Fiscal
- Procuradoria Tributária
- Procuradoria de Assuntos Estratégicos Fiscais
 - Gerência de Precatórios e Contencioso Especial
- Procuradoria de Dívidas não Tributárias

Coordenação Administrativo-Financeira

- Assessoria de Planejamento Orçamentário e Fundos
- Coordenação de Gestão, Qualidade e Produtividade
- Gerência de Apoio Administrativo
- Gerência de Cadastro e Distribuição
- Gerência de Materiais
- Gerência de Serviços Gerais
- Recursos Humanos
- Setor de Contratos
- Gerência de Engenharia e Arquitetura

APRESENTAÇÃO

É com grande satisfação que estamos publicando a Revista 31 da Procuradoria-Geral do Município, correspondente ao ano de 2017.

Na presente edição, seguimos a sistemática consolidada ao longo dos anos que divide a Revista em quatro seções: artigos, pareceres, documentos e Município em Juízo.

Na seção artigos, publicamos aqueles aprovados pelos pareceristas que contribuíram com esta edição. Neste volume, contamos com seis artigos que versam sobre temas atuais do direito público contemporâneo. Do Protagonismo dos Tribunais e o reflexo desta atuação na democracia brasileira, passando pelo Comércio Eletrônico e o direito de arrependimento, da análise dos consórcios públicos intermunicipais e a questão do interesse local, todos, temas enfrentados no cotidiano de uma administração municipal. Destacam-se as produções da nossa Casa das Procuradoras Luciane Timmers e Patrícia Dornelles acerca do tema inovador da Pacificação de Conflitos, bem como da atuação da Central de Conciliação nesse âmbito, e do artigo do Procurador Carlos Guedes Pires sobre as Atribuições da Guarda Municipal frente à normativa constitucional e à decorrente da Lei 13.022/14. Os artigos dão conta da riqueza de temas examinados nesta Revista.

Na seção Pareceres, publicamos a ementa do único parecer da Casa prolatado em 2017, de lavra do Procurador Albert Abuabara, sendo que a íntegra deste pode ser acessada no link indicado na Revista.

Já nos Documentos, constam estudos que alertam sobre temas de interesse dos Municípios, em formato didático para facilitar a leitura das mais variadas áreas do conhecimento. A Procuradora Cristiane Nery trata do projeto de emenda constitucional da reforma tributária, a Procuradora Maren Taborda destaca os pontos mais importantes da lei do processo administrativo municipal, sendo este um estudo didático e facilitador da lei para servidores das mais variadas áreas de atuação. Já, a arquiteta Liamara Libermann, que é lotada na

PGM e trabalha na assessoria da Procuradoria de Urbanismo e Meio Ambiente, aponta reflexões sobre a função da lei na proteção do planeta, usando linguagem técnica própria e que contribui para dialogar sobre esse tema tão relevante com outras áreas do conhecimento.

Na seção Município em Juízo, seguindo a tradição de dar divulgação a debates atuais e que possam contribuir com outros municípios. Publicamos o seguinte: a) Decisões em agravo de instrumento resultante do debate de quem são os lindeiros nos processos de usucapião decorrentes de regularização fundiária; b) Ação Declaratória, com pedido de tutela antecipada, em caso de área doada ao Município e que sofreu desvio de finalidade; c) Ausência de responsabilidade civil em caso de força maior nos casos de alagamentos; d) Repartições Públicas Itinerantes. Conceito e extensão. Ação de interdito proibitório.

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, da jurisprudência e das tendências contemporâneas do direito público. Desse modo, a Revista da PGM contribui para a construção conceitual, dogmática e jurisprudencial do direito municipal, tão importante na consolidação da federação brasileira.

A todos, uma boa leitura!

Eunice Nequete

Procuradora-Geral do Município de Porto Alegre

SUMÁRIO

ARTIGOS E ESTUDOS

- DECISÕES JUDICIAIS E INSTITUIÇÕES POLÍTICAS: O PROTAGONISMO DOS TRIBUNAIS E OS NOVOS RUMOS DA DEMOCRACIA BRASILEIRA
*JUDICIAL DECISIONS AND POLITICAL INSTITUTIONS: THE PROTAGONISM OF THE COURTS AND THE NEW DIRECTIONS OF BRAZILIAN DEMOCRACY.....*15
Alexsandra Ramos Fantinel
- COMÉRCIO ELETRÔNICO E DIREITO DE ARREPENDIMENTO: UMA ANÁLISE DA TUTELA ADMINISTRATIVA DO CONSUMIDOR
*ELECTRONIC TRADE AND THE REPAYMENT RIGHT: AN ANALYSIS OF THE ADMINISTRATIVE CONSUMER PROTECTION.....*37
Leandro Alex Missagia Fernandes
- OS CONSÓRCIOS PÚBLICOS INTERMUNICIPAIS E O INTERESSE TRANSLOCAL
*INTERCITY PUBLIC CONSORTIA AND THE TRANSLOCAL INTEREST.....*67
Márcia Regina Zok da Silva
- PREVENÇÃO, POLICIAMENTO E PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA: ATRIBUIÇÕES DA GUARDA MUNICIPAL E PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA EM FACE DA LEI Nº 13.022/2014 E DA CONSTITUIÇÃO
*PREVENTION, POLICING AND POLICE POWER OF THE PUBLIC ADMINISTRATION: MUNICIPAL GUARD'S ASSIGNMENTS AND POLICE POWER OF THE PUBLIC ADMINISTRATION UNDER LAW Nº 13.022/2014 AND THE CONSTITUTION.....*107
Carlos Rogério Guedes Pires
- A ATUAÇÃO DA CENTRAL DE CONCILIAÇÃO DO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
*THE CONCILIATION CENTER'S ACTING AT THE MUNICIPALITY OF PORTO ALEGRE.....*147
Luciane Favaretto Timmers
- MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: A CONCILIAÇÃO DOS PROCESSOS JUDICIAIS PELO PODER PÚBLICO. A EXPERIÊNCIA DE PORTO ALEGRE
*ALTERNATIVE METHODS OF CONFLICT RESOLUTION: THE CONCILIATION OF THE JUDICIAL PROCESSES BY THE PUBLIC POWER. PORTO ALEGRE'S EXPERIENCE.....*169
Patricia Dornelles Schneider

PARECERES INDIVIDUAIS

EMPREGADO PÚBLICO EM COMISSÃO. VINCULO ADMINISTRATIVO.
DISPENSA AD NUTUM. NOMEAÇÃO E EXONERAÇÃO LIVRES.....179

Albert Abuabara

DIREITO CIVIL OBRIGACIONAL. DOAÇÃO DE BENS. DIREITO
ADMINISTRATIVO. DOAÇÃO DE SERVIÇOS.....181

Albert Abuabara

DOCUMENTOS

PEC DA REFORMA TRIBUTÁRIA: COMO FICA A AUTONOMIA DOS
MUNICÍPIOS?.....185

Cristiane da Costa Nery

O PLANETA NÃO PODE ESPERAR: A CONSCIENTIZAÇÃO COLETIVA
RESULTARÁ DA DETERMINAÇÃO LEGAL.....214

Liamara Nique Liberman

CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI DE PROCESSO ADMINISTRATIVO:
LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL Nº 790/2016.....218

Maren Guimarães Taborda

MUNICÍPIO EM JUÍZO

AGRAVO DE INSTRUMENTO COM PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO.
USUCAPIÃO (BENS IMÓVEIS). INTIMAÇÃO DE LINDEIROS.....257

Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira

Simone Somensi

Valnor Prochinski Henriques

APELAÇÃO CÍVEL 70072718422 – TRIBUTAÇÃO SOBRE UNIDADES
AUTÔNOMAS. INEXIGIBILIDADE DE PRÉVIO REGISTRO IMOBILIÁRIO
DE NOVAS UNIDADES PARA LANÇAMENTO DO IPTU
INDIVIDUALIZADO, ANTE A POSSE DO BEM IMÓVEL.....269

Cristiane da Costa Nery

AÇÃO DECLARATÓRIA E CONSTITUTIVA COM PEDIDO DE TUTELA
ANTECIPADA. ÁREA DOADA. MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE.
FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE.....273

Nelson Nemo Franchini Marisco

DESAPROPRIAÇÃO AMIGÁVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS
MATERIAIS E MORAIS. ALAGAMENTOS. RESPONSABILIDADE
SUBJETIVA DO PODER PÚBLICO NA OMISÃO. EXCLUDENTE DO NEXO
CAUSAL. FORÇA MAIOR. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE
CIVIL.....285

Patricia Dornelles Schneider

AÇÃO DE INTERDITO PROIBITÓRIO PARA DEFESA DA PRESTAÇÃO DE
SERVIÇOS PÚBLICOS EM REPARTIÇÕES ITINERANTES.....289

Roberto Silva da Rocha

AR
TI
GOS

E
ES
TU
DOS



DECISÕES JUDICIAIS E INSTITUIÇÕES POLÍTICAS: O PROTAGONISMO DOS TRIBUNAIS E OS NOVOS RUMOS DA DEMOCRACIA BRASILEIRA

JUDICIAL DECISIONS AND POLITICAL INSTITUTIONS: THE PROTAGONISM OF THE COURTS AND THE NEW DIRECTIONS OF BRAZILIAN DEMOCRACY

Alexsandra Ramos Fantinel¹

Resumo: O presente artigo busca analisar as formas de decidir do Poder Judiciário com base na ingerência deste em matérias de cunho político. A relevância do tema deve-se ao fato de que os tribunais, ao longo dos anos, vêm assumindo uma função atípica de “legislador positivo”, no sentido de editar normas as quais refletem diretamente na dinâmica político-partidária. No caso em tela, esse protagonismo do Judiciário demonstrou sua capacidade de atuar criando uma legislação capaz de impor barreiras e condições no tocante ao pertencimento dos mandatos eletivos. O assunto enseja polêmicas, inclusive no tocante à estrutura da separação de poderes, bem como consubstancia a proatividade dos tribunais em outras searas, incorrendo no fenômeno da “judicialização” da política. A metodologia de pesquisa é de cunho qualitativo, pois analisou-se a legislação, bases bibliográficas, jurisprudência, acórdãos, bem como o conteúdo dos discursos dos ministros no julgamento de demandas que culminaram na aprovação da normativa que regulamentou a fidelidade partidária no Brasil. Assim, através do presente trabalho é possível constatar a importância que o Poder Judiciário vem tendo no cenário político brasileiro através de sua atuação em outros assuntos e funções.

Palavras-chave: Fidelidade partidária. Judicialização da política.

¹ Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. (PUCRS). Advogada. Mestra em Ciência Política pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Pesquisadora vinculada ao grupo de pesquisa Direito Internacional da Concorrência da UFRGS. Correio eletrônico: alexsarf@gmail.com

Judiciário.

Abstract: *This article seeks to analyze the ways of deciding on the judiciary on the basis of its interference in matters of a political nature. The relevance of the theme is due to the fact that the Courts, over the years, have assumed an atypical role as a "positive legislator", in order to edit norms which reflect directly in the political-partisan dynamics. In the present case, this role of the judiciary demonstrated its capacity to act by creating legislation capable of imposing barriers and conditions regarding the membership of the elective mandates. The subject provokes controversies, including regarding the structure of the separation of powers, as well as consubstantiates the pro-activity of the Courts in other fields, incurring in the phenomenon of the "judicialization" of politics. The methodology for the research is qualitative, as it analyzed the legislation, bibliographic bases, jurisprudence, judgments, as well as the discourse of the ministers in the judgment of demands that culminated in the approval of the legislation that regulated party loyalty in Brazil. Thus, through the present work it is possible to record the importance that the judiciary has been having in the Brazilian political scenario through its performance in other subjects and functions.*

Keywords: *Party loyalty. Judicialization of politics. The judiciary.*

INTRODUÇÃO

O presente trabalho abrange um estudo de aspectos relacionados ao Poder Judiciário brasileiro e seu engajamento em questões essencialmente políticas. O tema a ser tratado refere-se ao processo de judicialização da política no Brasil, principalmente sob a perspectiva do engajamento dos tribunais. Salienta-se que, no Brasil, são raras as discussões científicas nesse sentido, já que o estudo das instituições jurídicas é um tema recente e inovador nos debates dos intelectuais deste país. Busca-se, por meio da análise dos discursos dos ministros do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal, relacionar os argumentos jurídicos constantes na decisão que instituiu um marco regulatório sobre a perda de mandato no Brasil. Ressalta-se ainda que esse fato só veio a reforçar o protagonismo dos tribunais superiores frente a temas políticos, bem como enfocar um dos fatos que, de certa forma, fundamenta a ampliação do Poder

Judiciário frente aos demais poderes, como é o caso da polêmica decisão sobre a “fidelidade partidária” no Brasil. A materialização da judicialização da política no caso acima exposto pode ser verificada através da elaboração e aprovação da Resolução n. 22.610 do TSE, em 2007.

Ademais, o propósito do artigo é fornecer subsídios para a tomada de decisões e os rumos da nova política, a qual vem sendo delineada pelo judiciário por meio de suas decisões. O objetivo do artigo é colaborar para o aprimoramento da relação jurídico-política, tendo em vista a expansão da atuação do Poder Judiciário, inclusive na esfera político-partidária. Nesse diapasão, a análise do discurso dos ministros do TSE e do STF demonstra um aparente rigorismo no que tange à discussão dos assuntos inerentes às instituições políticas, assim como a nova tipologia das concepções dos membros da alta corte acerca dos partidos, mandato e representação política, priorizando a interface da democracia, a qual foi revalidada em 1988, através da promulgação da Constituição Federal. A pesquisa é pautada em um estudo analítico tanto do Supremo Tribunal Federal, este que possui um forte grau de institucionalização², e, através dessa consolidação, vem conquistando espaços no cenário político; quanto do Tribunal Superior Eleitoral, o qual desempenhou um papel importante na discussão sobre o caso narrado. Assim, entende-se que a legislação eleitoral, e, principalmente, a edição de novas regras sobre política, têm sido interpretadas pelos tribunais brasileiros com decisões inovadoras, considerando que este novo instituto não pode desviar-se de sua finalidade, ou seja, a manutenção da coesão partidária (CLÉVE, 1998, p. 218).

² A partir da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal pontifica a estrutura do Poder Judiciário brasileiro, composto de 11 ministros vitalícios, escolhidos dentre cidadãos com mais de 35 e menos de 65 anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Com sede em Brasília, seus ministros são nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal. (LIMA, 2001, p. 30).

1 A QUESTÃO POLÍTICA COMO DEMOCRACIA

A democracia surgiu em diversas épocas, porém foi catalogado na história somente por volta de 500 a.C., na Grécia, precisamente, em Atenas, durante o período clássico. O significado do termo *demokratia* para os gregos significava o governo do povo, ou seja, um governo “para o povo”. Cabe salientar que em Roma também foi implementado um sistema de governo popular um tanto similar ao da Grécia, o qual era chamado de república ou coisa pública. Houve muitas divergências e resistências para a implementação desse novo sistema, sob argumentos de que os governantes careciam de experiência, o que poderia desencadear um malefício à sociedade. Nesse sentido, a democracia não perdurou por muito tempo, já que sofreu abalos através de resistência, revoluções, guerras civis, fazendo com que tal sistema sofresse déficits na escola do governo.

Embasada na linha de pensamento de Kelsen (1993) considera-se que o “governo para o povo”, cuja participação é legítima para eleger seus representantes, consiste em um dos elementos principais da democracia com a ampla participação no governo, a qual pode ser dar de forma direta ou indireta. Nessa mesma linha, verifica-se que a democracia de massa, que teve seu ápice no século XX, consistiu na obrigatoriedade de o governo voltar suas atenções ao interesse popular, ou seja, é considerada a “vontade do povo” para a tomada de decisões. A “verdadeira” democracia traz à tona o verdadeiro interesse do povo, podendo, por vezes, ser desconsiderada a vontade do próprio povo por esta conter equívocos.

A forma com que o assunto é exposto traz a sensação de que o termo democracia representativa trata-se de um benefício para a sociedade pela mesma tratar-se de um modelo ideal de governo, ou seja, um meio pelo qual são materializados os valores sociais para convivência social. Muito se discutiu sobre as consequências desse modelo de democracia no qual os representantes do Estado, ao mesmo tempo, tomam para si a função de representar o povo, através

de órgãos e indivíduos eleitos pela via democrática, ou seja, através voto. Aliás, nossa Constituição Federal está estruturada em um regime democrático, devendo ser considerada como um processo dialético, no qual deve haver a participação da sociedade. Por isso, dentre todos os tipos de democracia existentes, aquela que melhor se insere no contexto brasileiro é a representativa ou indireta. Por meio desta, o povo outorga a representantes constituídos, através do voto, os poderes para dirigirem o Estado.

A maioria dos doutrinadores entende que dentre as atribuições do Poder Judiciário estaria a construção da democracia, por isso aquele vem emergindo no cenário brasileiro como o poder menos ligado à questão da eficácia da constituição, por isso, consagra-se como uma mola propulsora para a equidade do direito. Esta democracia tão propagada por autores como Tocqueville (1987), Dahl (2001), Kelsen (1993), vem tomando força através de ações de cunho individual ou coletivo por parte dos membros do Judiciário. A “separação dos poderes” foi a forma pela qual debateu-se sobre as três funções estatais, atribuídas a três órgãos (Executivo, Judiciário e Legislativo).

2 A POLÊMICA DECISÃO SOBRE FIDELIDADE PARTIDÁRIA E O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

O Poder Judiciário é considerado uma das instituições mais sólidas e confiáveis, segundo pesquisas de opinião pública realizadas por estudiosos no tema³. Ressalta-se que o assunto vem sendo discutido desde o advento da Constituição Federal de 1988 com mais afinco, na medida em que esta traz à tona a conceituação do instituto. No que tange à fidelidade partidária, ressalta-se constitui um atributo ou qualidade que deter-

³ Bonelli (1995), em suas pesquisas sobre o judiciário, traça considerações sobre a magistratura sob o prisma sociológico e comportamental dos juízes, assim como a dinâmica da justiça brasileira através de afirmações precisas.

mina um vínculo entre afiliado e partido político, entre partidos, no interesse mútuo, ou entre eleitor e candidato. Conforme Aras (2006) a fidelidade partidária constitui-se na “[...] lealdade a um partido político, observado o programa partidário e as decisões tomadas em suas instâncias deliberativas pelos filiados, trata-se de um dever de observância das normas estatutárias e do ideário do partido político.”

A decisão que disciplinou o processo de perda de cargo eletivo, analisada e decidida pelo Tribunal Superior Eleitoral, através das Consultas n. 1398⁴ e n. 1407⁵, foi possível buscar aparatos para a elaboração da Resolução 22.610/2007, que institui a perda de mandato eletivo para políticos infiéis. Somente em 2008, o STF reconheceu a constitucionalidade da Resolução do TSE por meio do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3999/08/DF e Ação Direta de Inconstitucionalidade 4086/08/DF, interpostas, respectivamente, pelo PSC e pelo procurador-geral da República, os quais foram improvidos.

É importante narrar a perspectiva de cada ministro sobre o assunto, suas posições e justificativas para a tomada de decisão contrária ou favorável à instituição da fidelidade partidária no Brasil, que culminou na aprovação da Resolução n. 22.610/2007. Através das justificativas de cada membro da Suprema Corte brasileira e análise de seu perfil, será possível encontrar as possíveis condicionantes para um rigorismo adotado diante da situação, ou seja, na penalização para candidatos infiéis com a perda do mandato eletivo, proporcionando aos partidos maior soberania frente aos mandatos, já que, na opinião da maioria dos ministros que julgaram o caso, o mandato pertence ao partido, à exceção da ocorrência de justa causa que justifique a manutenção do cargo em prol do candidato. Não existe uma definição sobre a influência do comportamento judicial e a linha adotada por cada ministro inserida na decisão que regulamentou a perda do mandato

⁴ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral, 2007a.

⁵ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral, 2007b.

eletivo. O tema será aprofundado no próximo capítulo através da análise dos discursos dos ministros que participaram da decisão. Essa aparente concentração de poderes nas mãos do TSE e do STF vem trazendo mudanças no equilíbrio da separação dos poderes, agregando, ao longo dos anos, um papel político aos tribunais superiores.

Quando pretendemos abordar o tema da *politização da justiça ou judicialização da política* referimo-nos, preferencialmente, ao fato de o judiciário estar assumindo uma função política que caberia, em tese, ao Legislativo. Isso porque compete a este discutir e implementar as leis, as quais poderão ser vetadas ou sancionadas pelo chefe do Poder Executivo. O tema começou a ter maior abrangência, primeiramente, através de estudos e pesquisas realizados por especialistas e estudiosos⁶ que debatem acerca do papel das instituições judiciais. No decorrer dos últimos anos, tal instituição, além de aplicar a legislação ao caso concreto, tem deparado-se com assuntos nos quais é provocada a intervir e participar de forma mais ativa. O *status* de intérprete da constituição pode ser considerado uma criação legislativa, fato que vem sendo alvo de críticas constantes, tendo em vista seu papel de aplicador das normas⁷. Isso demonstra a amplitude de atribuições que o órgão vem desempenhando ao longo dos últimos vinte anos, já que tem assumido um viés político e social, tendo em vista a complexidade das questões a ele submetidas.

Entende-se que tanto os termos *politização da justiça* quanto a *judicialização da política* interligam-se e trazem em seu significado a ampliação do Poder Judiciário e a capacidade de julgar questões de cunho político (DAMASCENO, 2011, p. 114). Entretanto, ao tratarmos sobre essa maior atuação do Judiciário em assuntos que antes não lhe eram atinentes só materializa-se diante de um cenário propício à manifestação

⁶ FERREIRA FILHO, 1996; VIANNA, 1999; CASTRO, 1997; TATE e VALLINDER, 1995; ARANTES, 1997; MACIEL e KOERNER, 2002; SHAPIRO e SWEET, 2002; CARVALHO, 2009.

⁷ VIEIRA, O. V. **Supremo Tribunal Federal**: jurisprudência política. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

do magistrado, ou seja, em um país democrático.

Nas palavras de Lorenzetti (2009, p. 177) “[...] o jurista é quem elabora argumentos levando em conta a sua capacidade para convencer a sociedade acerca da sua razoabilidade”. Ou seja, não se pode atribuir ao juiz a qualidade de um ator “neutro” nesse universo jurídico, uma vez que, aquele deve exprimir sua ideologia na medida de sua decisão fundamentando-a. Como bem assinala Zaffaroni (1995, p.92), essa aparente neutralidade não transparece à luz das decisões, mesmo que a lei já consigne ao julgador o atributo da imparcialidade, o que pressupõe um certo grau de liberalidade na tomada de decisões e explicitação de opiniões por parte do juiz.

Afirma-se que os tribunais superiores constituem-se em uma instituição disciplinadora das decisões, o que pode significar um grande passo para a possibilidade de haver um *controle judicial* sobre atos de outros poderes. Passando assim o Judiciário, ao longo dos séculos, de um poder submisso às leis a um poder mais independente no sentido de suas decisões e interpretações, considerando os processos de independência das nações e o impacto do regime político vigente. Sendo assim, houve uma “[...] reorganização e redefinição de atribuições dos vários organismos que compõem o poder judiciário [...]” (SADEK, 1995, p. 13), e o Supremo Tribunal Federal passou a desenvolver atribuições essencialmente constitucionais e tem passado por importantes e significativas modificações.

3 PRINCIPAIS LINHAS ADOTADAS NAS DECISÕES JUDICIAIS

Ao analisar a forma dos discursos dos ministros dos tribunais superiores, especialmente, do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal, que norteiam a maioria das decisões no estado democrático de direito. Nesse sentido, tendo em vista que no Brasil os tribunais superiores têm tomado como exemplo práticas utilizadas pelos tribunais

norte-americanos, cabe aqui demonstrar três linhas de decisão. Esta descrição sucinta de cada um dos modelos será capaz de delimitar qual é o mais apropriado ao sistema adotado pelas cortes brasileiras com o objetivo de verificar a natureza das decisões e sua validade. Estas linhas pelas quais se baseiam os julgadores são as seguintes: escolha racional, institucionalista e comportamentalista, esta também denominada como atitudinal.

Convém mencionar que o embasamento teórico advém da construção elaborada por autores norte-americanos Segal e Spaeth (2002), os quais traçam uma análise sobre o comportamento dos ministros da Corte Suprema dos EUA, levantando importantes discussões acerca das linhas adotadas em suas decisões. Busca-se, através da explanação destes modelos, fornecer um embasamento para os fatores envolvidos no processo de tomada de decisões dos juízes da Corte. Nesse sentido, contempla-se a ideia de que na essência desses modelos de decisão estão agregados fatores ligados à representação simplificada da realidade. Existem basicamente três modelos relacionados às linhas de decisão adotadas pelos julgadores, são elas: a legal, a atitudinal e a escolha racional.

O modelo *legal* está relacionado à aplicação direta das leis e da jurisprudência, sendo que as decisões da corte são basicamente influenciadas pelos fatos do caso à luz dos estatutos e da Constituição, assim como dos precedentes. Essa tomada de decisões pode pautar-se por precedentes que desempenham um papel fundamental na resolução de casos complexos, já que não preexistem leis que se adequem ao caso específico. Na opinião dos cientistas políticos, o juiz não tem nada menos que a função de interpretar os textos expressos na Constituição, estatutos e ordenações, e não de criá-los, pois estaria legislando e não julgando. Nesse sentido, para aliviar a ansiedade quando estão diante de um processo de tomada de decisões, estes contam com o auxílio do precedente e da história, muitas vezes considerados extremamente falsos⁸.

⁸ SEGAL; SPAETH, 2002, p.85.

O *modelo atitudinal (behavioralist)* ou *comportamentalista* representa uma fusão de conceitos-chave do realismo jurídico, ciência política, psicologia e economia. Esse modelo sustenta que a Suprema Corte decide disputas, à luz dos fatos do caso vis-à-vis as atitudes ideológicas e os valores dos juízes (SEGAL; SPAETH, 2002, p. 86). A criação judicial resulta basicamente mais de mudanças constantes da sociedade do que pelo fato de maus juízes avocarem o poder para si. Caso os juízes criassem a lei, não haveria uma explicação concreta para embasar a sua decisão, já que pretendem descrever o objetivo dos tribunais. A ciência política busca explicar tal fenômeno denominado pela doutrina como *behavioralism* buscando meios que possam explicá-lo, amparando as conclusões em dados quantificáveis. Segal e Spaeth (2002) investigam a influência das atitudes no comportamento da justiça, define o conceito de atitude como sendo baseado nas crenças sobre uma situação ou objeto, as quais interacionam-se entre elas para que exista a ação⁹.

Já o modelo da *escolha racional* recebeu a influência do modelo atitudinal, no sentido de que se busca adaptar e aplicar as teorias e métodos atinentes à economia para toda forma de interações humanas políticas e sociais. Os autores adotaram alguns pressupostos que tendem a explicar tal modelo no sentido de que os atores são capazes de ordenar seus objetivos alternativos, valores, gostos e estratégias, tendo a possibilidade de escolher uma alternativa a outra dentre a que lhe satisfaça mais. Aplicando tal modelo à Suprema Corte, verifica-se uma divisão entre dois campos: um interno, o qual contempla interações entre os juízes, e outro campo externo, que incide sobre as restrições impostas ao tribunal por outros atores políticos.

⁹ Segal & Spaeth (2002) defined his central concept, an attitude, as a relatively enduring “interrelated set of beliefs about an object or situation for social action to occur, at least two interacting attitudes, one concerning the attitude object and the other concerning the attitude situation must occur”.

4 O PROCESSO DECISÓRIO SOBRE PERDA DE MANDATO ELETIVO SOB A PERSPECTIVA DOS DISCURSOS DOS MINISTROS DO TSE E STF

O Judiciário, ao ser acionado por uma parte legitimada perante a legislação, deve posicionar-se sobre determinado assunto conforme os ditames legais e outras fontes subsidiárias do direito. As decisões analisadas tratam-se de demandas (Consultas, Mandados de Segurança e Ações Diretas de Inconstitucionalidade) submetidas perante o Tribunal Superior Eleitoral e Supremo Tribunal Federal. No caso da resposta do TSE à Consulta n. 1398 de 2007¹⁰, interposta pelo PFL, atual DEM, partido então oposicionista ao governo da época (Partido do Trabalhadores), verificou-se que o Judiciário além de responder ao questionamento, através de debates orais, propôs uma decisão a qual serviu de paradigma para a elaboração da legislação própria ao assunto da perda de mandato. A pesquisa foi realizada através do debate da Consulta que questionava acerca da preservação do mandato em prol dos partidos e coligações em caso de cancelamento ou transferência de candidato eleito por um partido por outra legenda no sistema proporcional.

Por outro lado, há posicionamentos contrários acerca do papel atribuído ao Judiciário de legislador, pois na opinião de autores como Cerqueira (2008, p. 139), assim estaria indo além da esfera de sua competência normativa, violando a harmonia do *check and balance*. No caso da decisão sobre a fidelidade partidária, os ministros, tanto do TSE quanto do STF, tiveram um papel essencial na discussão e aprovação de uma legislação capaz de regulamentar a relação entre os políticos e partidos. Busca-se, neste momento, traçar explicações acerca da decisão que culminou na instituição de uma fidelidade partidária e inserção do Judiciário em temas análogos a sua função e competência. Esse assunto foi submetido ao Tribunal

¹⁰ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral, 2007a.

em março de 2007, sendo alvo de discussão entre os ministros do TSE à época. É justamente o que se discute são as condicionantes da decisão, através dos argumentos apresentados no voto de cada ministro que analisou e julgou o caso. Requer-se a figura de um político mais comprometido tanto com o partido ao qual está filiado, quanto aos eleitores, aos quais deve prestar contas, sendo considerada a fidelidade partidária como uma forma de controle dos partidos.

No âmbito do TSE, a Consulta n. 1.398/DF de 2007 teve grande repercussão, sendo a decisão aprovada de forma positiva em favor do consulente (partido político), por maioria, determinando a legitimação da perda de mandato para cargos proporcionais de deputados que trocam de partido. Dentre os argumentos que culminaram na aprovação da Resolução sobre a perda de mandato está o do ministro relator Cesar Asfor Rocha, o qual pautou sua decisão na jurisprudência, bem como em pesquisas empíricas sobre os deputados federais acerca da desproporção dos candidatos eleitos para com seus antigos partidos. Em sua opinião, os partidos é que deram visibilidade para que os candidatos se elegessem, e, por isso, os parlamentares não poderiam levar consigo os mandatos, como se fossem coisas particulares.

O ministro Marco Aurélio consagra em seu voto a prioridade do mandato em favor do partido político, considerando a legislação em vigor a qual tem sido favorável aos partidos políticos, principalmente com o advento da Constituição de 1988, além da legislação dos partidos políticos (Lei n. 9096/95), principalmente porque os votos são obtidos pela legenda. Já o ministro César Peluso discorre sobre a tese doutrinária do sistema representativo proporcional e a sua importância da mediação de um partido, que é o intermediador entre o povo e seu representante, referindo que a perda do mandato não configura uma sanção pela mudança do partido, mas sim o reconhecimento de inexistência de um direito subjetivo do político sobre o mandato, concluindo que o cargo pertence ao partido e coligação.

Outra posição que mereceu destaque foi a do ministro

Carlos Ayres Britto, o qual baseou sua tese em ditames constitucionais, principalmente ao ponderar sobre a inexistência de candidatura avulsa no Brasil. Isso porque o candidato para concorrer a uma vaga no pleito eleitoral necessita estar filiado a um partido. Sendo o seu entendimento acompanhado pela maioria dos ministros presentes, no sentido de que o mandato pertence ao partido e não ao candidato. Ademais, o ministro Caputo Bastos analisa os votos anteriores e traça uma rápida análise sobre a condição do candidato sob a perspectiva do voto e sua procedibilidade para que o político seja eleito, que não depende apenas da filiação, mas também do aval do candidato pela justiça eleitoral.

O ministro José Delgado faz uma análise histórica da evolução da legislação sobre o sistema eleitoral, afirmando que a ideologia partidária representaria um negócio jurídico eleitoral, e que a troca de partidos violaria o princípio da representatividade, citando algumas jurisprudências (acórdãos) que entende ilustrarem a ideia de representatividade, assim como da fidelidade partidária. Já o ministro Marcelo Ribeiro, o qual foi voto vencido, respondeu negativamente à pergunta formulada na consulta. Mesmo afirmando que há uma falta de fidelidade aos partidos, considera que a Constituição já pondera casos em que deve ocorrer a perda do mandato e que as legislações infraconstitucionais citadas não dizem respeito ao tema. Regista em seu voto que existe um precedente na Corte, no sentido de ser afirmado que a questão da perda do mandato em razão da mudança de partido estaria prejudicada, e cita o voto do ministro Moreira Alves que pressupõe que a constituição não teve o condão de impedir a mudança de partido do parlamentar, trazendo à tona a ideia de que a perda do mandato por infidelidade não estaria elencado no rol da Carta Magna, e portanto, não deve ser uma causa de perda do cargo.

Dessa forma, os ministros do TSE, ao serem questionados acerca do assunto “fidelidade partidária”, referendaram a importância da instituição para a consolidação de um sistema democrático, respondendo positivamente à consulta por 6

(seis) votos a 1 (um)¹¹. Ou seja, entendeu-se, por maioria de votos, que o mandato pertence ao partido e não ao candidato, sendo dissidente somente o voto do ministro Marcelo Ribeiro.

Já no âmbito do STF, a decisão do TSE foi confirmada e ratificada, prevalecendo a tese dos ministros Celso de Melo e Cármen Lúcia, acolhida por Menezes Direito, Cezar Peluso, Gilmar Mendes e Ellen Gracie. Ficaram vencidos Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa. Carlos Ayres Brito e Marco Aurélio ficaram vencidos em parte. Essa decisão foi uma das pioneiras nesse sentido, já que incorporou ao sistema jurídico uma norma eivada de critérios objetivos que condicionam a perda do mandato eletivo. Cabe, aqui, ressaltar as justificativas apresentadas, assim como o posicionamento de cada ministro frente ao tema, objeto de estudo deste trabalho.

Através do julgamento dos Mandados de Segurança n. 26.603/DF, MS n. 26.604/DF e das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 3999/08/DF e 4086/08/DF, o tema começou a ter mais visibilidade e repercussão perante o STF. O objeto desses mandados de segurança foi a garantia de um direito líquido e certo dos partidos políticos em prol da preservação dos mandatos eletivos. Houve a confirmação, através desses julgados, do entendimento unânime do TSE sobre a titularidade do mandato do parlamentar em favor do partido. Tal decisão foi capaz de modular os efeitos da decisão de 2007 que normatizou a fidelidade partidária no Brasil, a qual prima pelos princípios constitucionais. Inclusive, na antecipação do voto ao mandado de segurança citado, o ministro Gilmar Mendes ressaltou que *a função política não é função político-partidária, isso porque quem define os limites de competência exerce um papel político* (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2007). Diante do julgamento dos Mandados de Segurança supra, o assunto sobre a perda de mandato fora novamente

¹¹ O Tribunal, por maioria, respondeu positivamente à consulta, restando vencido o Ministro Marcelo Ribeiro. Votou o Presidente. Votaram os ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Ayres Brito, Cesar Asfor Rocha, José Delgado, Caputo Bastos e Marcelo Ribeiro.

questionado, agora no âmbito do STF. Nesta esfera, passa-se a analisar o discurso dos ministros do STF sobre o instituto da fidelidade partidária.

Na opinião do ministro Celso de Mello, o instituto da fidelidade partidária contempla uma dupla perspectiva: a fidelidade ao partido político por cuja legenda elegeram-se, e outra, *ao cidadão que o elegeu*. Para o relator, o ato de infidelidade configuraria um ultraje ao princípio democrático, já que as desfiliações imotivadas tendem a desfalcicar as representatividades de determinada agremiação conquistada pelo voto. Votando a favor da fidelidade partidária, estabelecendo o marco inicial da entrada em vigor da norma, os candidatos que se desfiliam antes do pronunciamento do TSE não perderão os cargos, sugerindo ao TSE que regulamente por meio de resolução o procedimento de justificação de perda ou manutenção do cargo¹². Ressaltando que as vagas obtidas por meio do quociente eleitoral pertencem ao partido, e que a infidelidade ao partido caracteriza-se como um desvio ético e político. Já o ministro Eros Grau votou contra o mandado de segurança sobre fidelidade partidária, relatando em seus argumentos que não existe previsão constitucional para a perda de mandato pela desfiliação de um partido e aderência a outro. Refere que não seria da competência do STF pronunciarse sobre fidelidade partidária por meio de mandado de segurança, somente se tratasse de Ação Direta de Constitucionalidade.

Por sua vez, a ministra Carmen Lucia votou pela manutenção dos cargos dos parlamentares que mudaram de partido antes da resposta do TSE, entendendo que o marco temporal é importante para julgar os casos. O voto foi marcado pela revisão histórica dos partidos políticos, assim como da representação proporcional, a qual traz como pressuposto para a elegibilidade a prévia filiação a um partido, aprovando a

¹² Cf. o art. 1º da Resolução 22.610/2007 (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral, 2007c): “O partido político interessado pode pedir, perante a Justiça Eleitoral, a decretação da perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa. § 1º - Considera-se justa causa: I) incorporação ou fusão do partido; II) criação de novo partido; III) mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário; IV) grave discriminação pessoal.”

fidelidade partidária¹³. No mesmo sentido, foi o voto do ministro Menezes Direito, que votou a favor da fidelidade partidária, entendendo que existem laços entre os políticos e os partidos, já que não existe candidato de si mesmo. Em direção contrária, posicionou-se o ministro Joaquim Barbosa, o qual foi rigoroso em seus comentários, afirmando que, por inexistir tal hipótese no ordenamento jurídico brasileiro, não há que se falar em perda de mandato por infidelidade partidária. Entendeu que os mandados de segurança não deveriam configurar elementos modificadores para a inserção de uma regulamentação do comportamento dos parlamentares e seus partidos. Sugere que, caso seja decidido que o cargo pertence ao partido, a decisão não deve retroagir, deve ser a partir da resposta do TSE. O Ministro Ricardo Lewandowski denegou a ordem dos mandados de segurança, alegando a ausência de direito líquido e certo, uma vez que consiste em pressuposto constitucional.

Foi ressaltado pelo ministro Ayres Britto o papel dos partidos políticos e sua importância na sociedade. Sendo muito destacado pelos julgadores o verdadeiro sentido da desfiliação partidária, já que o político, ao desligar-se do partido, abdica do mandato, e a recomposição somente ocorre através da convocação do político que já foi diplomado como primeiro suplente do partido ou coligação. Sendo concedida a segurança ao partido que requereu como impetrante, sendo decretada a vacância dos cargos. Votou pela fidelidade partidária, já que a filiação a um partido dá-se de forma livre.

Acompanhando os votos de Celso de Mello e Carmen Lúcia, o ministro Gilmar Mendes considerou que o político não pode desfiliar-se de um partido levando consigo o mandato. Destacou a importância desempenhada pelos partidos

¹³ Cf. artigo 55 da CF/88 (BRASIL, 1988): "Perderá o mandato o deputado ou senador: I-que infringir qualquer das sanções estabelecidas no artigo anterior; II -cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar; III- que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa à terça parte das sessões ordinárias da casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada; IV- que perder ou tiver suspensos os direitos políticos; V- quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição; VI- que sofrer condenação criminal em sentença transitado em julgado."

políticos, e que a permanência do político na legenda que o elegeu mantém sua representatividade. O ministro Cezar Peluso votou pela aplicação da fidelidade partidária, estabelecendo que o marco inicial de entrada em vigor da normativa seria no dia da resposta do TSE, citando a questão da fidelidade por meio de reportagens da imprensa, declarando em seu voto que o mandato não pertence ao parlamentar.

O ministro Marco Aurélio deferiu os mandados de segurança, pronunciando-se a favor da aplicação do princípio da fidelidade partidária, entendendo que o mandato pertence ao partido. No mesmo sentido, votou a ministra Ellen Gracie, a qual acompanhou o relator, afirmando que a relação entre candidato e partido prolonga-se após a eleição, considerando pertinente a resposta do TSE à Consulta 1398, e salientou a importância do partido na candidatura do parlamentar.

Assim, o Supremo entendeu, por maioria de oito votos, que a infidelidade partidária é capaz de ensejar a perda do mandato. Uma das questões discutidas foi o marco inicial da entrada em vigor da resolução tanto referente ao sistema proporcional quanto o sistema majoritário. Tais debates demonstram que existia, até então, uma insegurança muito grande do partido para com o parlamentar, isso na medida em que aquele, ao fornecer um suporte que possibilita a elegibilidade e assunção ao poder de seu filiado, requer uma cumplicidade e defesa de sua linha ideologia e programa político-partidário, assim como há uma deformação da coesão de um partido. Verificou-se, desde 1985, uma grande instabilidade no interior do Legislativo, o que dificulta a consolidação de um sistema propriamente representativo partidário e, por conseguinte, vem a enfraquecer a democracia participativa, sendo os partidos veículos da democracia representativa (ARAS, 2006). A controvérsia toda está centrada na titularidade do mandato eletivo, e por maioria de votos, foi consagrada ao partido político, já que, no Brasil, prospera o sistema de mandato representativo partidário.

Entende-se que o parlamentar possui liberdade ao exercer o mandato, sendo que as contrariedades às diretrizes partidá-

rias e ideário programático sejam capazes de ensejar sanções, por isso falar-se na vedação do mandato imperativo, capaz de impor uma ditadura do partido. A consequência de uma saída imotivada de um político eleito através da agremiação geraria abalos internos do partido, principalmente quanto a sua representatividade nas cadeiras do Legislativo e Executivo, além de configurar um ato abusivo. Os partidos políticos são considerados instituições permanentes e essenciais ao sistema representativo, devido a sua fragilidade necessitam de mecanismos internos e externos para manter sua estabilidade. Nesse sentido é que se salienta a importância do instituto da fidelidade partidária, incumbindo o papel disciplinador da conduta de parlamentares filiados que buscam outros interesses, desfiliando-se do partido base e aliando-se a outro. A questão, ao ser posta sobre a análise do Judiciário, poderia configurar uma forma de inibir a conduta dos parlamentares de desfiliarem-se de uma agremiação sem a devida justificativa. Verifica-se que o ideal de partido defendido é aquele capaz de não se desvincular de suas raízes, ou seja, de seus ideários programáticos, conforme seu estatuto, fazendo com que haja uma relação de cumplicidade entre o eleito e a instituição.

Com base na Consulta 1.407/07¹⁴, o STF ampliou o campo de abrangência da norma, a qual também deve ser aplicada a cargos majoritários, ou seja, senadores, prefeitos, governadores e presidente da República, uma vez que a Consulta 1.398/07 contemplava somente as eleições proporcionais (deputados federais, estaduais, distritais e vereadores). Por isso, o marco inicial, considerando a data da resposta de cada consulta, ocorreu em datas diferentes quando da aprovação da Resolução n. 22.610/07 do TSE¹⁵. Assim, verificou-se que ao

¹⁴ A Consulta teve como autor o deputado federal Nilson Mourão do (PT-AC), decidindo o STF, neste caso, por unanimidade, de que a filiação partidária requerida para o registro da candidatura e também condição para o exercício do mandato. Ao demitir-se do dever de servir ao partido pelo qual se elegeu, o candidato renuncia a seus direitos de eleito (BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral, 2007b).

¹⁵ Cf. art. 13 – “Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação, aplicando-se apenas às desfiliações consumadas após 27 (vinte e sete) de março deste ano, quanto a mandatários eleitos pelo sistema proporcional, e, após 16 (dezesesseis) de outubro corrente, quanto a eleitos pelo sistema majoritário. Parágrafo único – Para os casos anteriores, o prazo previsto no art. 1º, § 2º, conta-se a partir do início de vigência desta Resolução.” (BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral, 2007c).

emanar os juízos de valor sobre a elaboração da Resolução pelo TSE, assim como a rediscussão do assunto pelo STF, os princípios da legalidade e segurança jurídica foram sublimados, em favor de um consenso acerca da titularidade dos mandatos.

CONCLUSÃO

Os tribunais superiores, ao assumirem um protagonismo em suas funções, as quais abrangem a legislativa, vêm adquirindo um alto grau de confiança e credibilidade da população, fazendo com que essa instituição seja fortalecida. Verifica-se que a aprovação da resolução, de certa forma, atendeu aos anseios e interesses do cidadão, o qual atribui ao candidato um voto partidário e pessoal - este predominando amplamente; quanto do partido, no qual o político estabelece laços de lealdade a fim de tornar-se elegível nos ditames da lei eleitoral.

O resultado conspira para que haja uma maior disciplina dos parlamentares com relação a seus respectivos partidos. Por outro lado, essa resolução poderia significar a privação da liberdade de expressão dos políticos, que não podem, sem justa causa, desfiliarem-se dos partidos pelos quais foram eleitos. O que se observou, ao transcrever os argumentos de cada julgador, foi uma soberania de opiniões e formas de exporem suas convicções em prol de uma causa política, que a partir de então poderia mudar os rumos da dinâmica eleitoral.

Assim, verificou-se que o Supremo Tribunal Federal, ao emanar sua decisão, está cumprindo, prioritariamente, uma função política. Entretanto, baseia-se em fundamentos técnicos e jurídicos. Por isso, acredita-se que a legislação que instituiu a fidelidade partidária no Brasil foi aprovada com o objetivo principal de garantir um maior controle dos partidos sobre seus parlamentares, e, por conseguinte, um “fortalecimento” daqueles. Trouxe à tona um maior disciplinamento dos parlamentares perante os partidos, bem como trouxe um cunho sancionatório em desfavor do político eleito. Isso

comprova uma mudança de paradigmas, principalmente nas novas funções assumidas pelos tribunais, que contemplam um protagonismo dos mesmos, os quais expandiram seus poderes para além de aplicar a lei.

REFERÊNCIAS

ARANTES, R. B. **Judiciário e Política no Brasil**. São Paulo: Idesp, Sumaré, Educ, 1997.

ARAS, A. **Fidelidade Partidária: a perda do mandato parlamentar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BONELLI, M. G. Condicionantes da Competição Profissional no Campo da Justiça: a morfologia da magistratura. In: SADEK, M. T. (Org.). **Uma Introdução ao Estudo da Justiça**. São Paulo: Sumaré, 1995.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 26.603-1 / Distrito Federal, 04/10/2007**.

Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms26603CB.pdf>. Acesso em: dez. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta nº 1.398, Resolução nº 22.526 de 27/03/2007. Consulta, eleições proporcionais, candidato eleito, cancelamento de filiação, transferência de partido, vaga, agremiação, resposta afirmativa. Relator: Francisco Cesar Asfor Rocha. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, v. 1, p. 143, 8 maio 2007a.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta nº 1.407, Resolução nº 22.600 de 16/10/2007. Consulta, mandato, cargo majoritário, partido, resposta afirmativa. Relator: Carlos Augusto Ayres De Freitas Britto. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, p. 1, 28 dez 2007b.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 22.610, de 25 de outubro de 2007. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 30 out. 2007c, republicada em 27 mar. 2008.

CARVALHO, E. Judicialização da Política no Brasil: controlo de constitucionalidade e racionalidade política. **Análise Social**, v. XLIV, n. 191, p. 315-335, 2009. Disponível em: <http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1244540513N8dQF1dd5Da71UX0.p>

df. Acesso em: dez. 2017.

CASTRO, M. F. O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 12, n. 34, 1997.

CERQUEIRA, T. T. P. L. P. **Fidelidade Partidária & Perda de Mandato no Brasil**: temas complexos. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

CLÉVE, C. M. **Fidelidade Partidária**: estudo de caso. Curitiba: Juruá, 1998.

DAHL, R. A. **Sobre a Democracia**. Brasília, DF: Ed. Universidade de Brasília, 2001.

DAMASCENO, J. B. A Crença no Poder Jurisdicional do Estado: judicialização das relações sociais, inclusive das relações políticas e politização do judiciário. In: MOTTA, L. E. (Org.). **O Estado Democrático de Direito em Questão**: teorias críticas da judicialização da política. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

FERREIRA FILHO, M. G. A constituição de 1988 e a Judicialização da Política. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 12, p. 189-197, 1996.

FIGUEIREDO, A. C.; LIMONGI, F. **Executivo e Legislativo na Nova Ordem Constitucional**. Rio de Janeiro: FGV, 2001.

GARAPON, A. **O Juiz e a Democracia**: o guardião de promessas. 2. ed. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Renavan, 2001.

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

LIMA, F. G. M. de. **Supremo Tribunal Federal**. Fortaleza: ABC, 2001.

LOPES, J. R. de L. A função política do poder judiciário. In: FARIA, J. E. (Org.). **Direito e Justiça**: a função social do judiciário. São Paulo: Ática, 1989. p.123-141.

LORENZETTI, R. L. **Teoria da Decisão Judicial**: fundamentos de direito. Trad. Claudia Lima Marques. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009

MACIEL, D. A.; KOERNER, A. Sentidos da Judicialização da Política: duas análises. **Lua Nova**, n. 57, p. 113-133, 2002.

MELO, C. R. **Retirando as Cadeiras do Lugar**: migração partidária na Câmara dos Deputados (1985-2002). Belo Horizonte: UFMG, 2004.

RODRIGUES, L. B. **A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano**. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

SADEK, M. T. **O Judiciário em Debate**. São Paulo: IDESP, Sumaré, 1995.

SEGAL, J. A.; SPAETH, H. J. **The Supreme Court and the attitudinal model revisited**. Cambridge: Cambridge University, 2002.

SHAPIRO, M.; SWEET, A. S. **On law, politics & judicialization**. Oxford: Oxford

University Press, 2002.

TATE, N.; VALLINDER, T. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995

TOCQUEVILLE, A. **A Democracia na América**. 3. ed. São Paulo: USP, Itatiaia, 1987.

VERISSIMO, M. P. A Constituição de 1988, Vinte Anos Depois: suprema corte e ativismo judicial “a brasileira”. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 407-440, jul./dez. 2008.

VIANNA, L. W. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, O. V. **Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

ZAFFARONI, E. R. **Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

COMÉRCIO ELETRÔNICO E DIREITO DE ARREPENDIMENTO: UMA ANÁLISE DA TUTELA ADMINISTRATIVA DO CONSUMIDOR

ELECTRONIC TRADE AND THE REPAYMENT RIGHT:
AN ANALYSIS OF THE ADMINISTRATIVE CONSUMER
PROTECTION

Leandro Alex Missagia Fernandes¹⁶

Resumo: Com o crescimento da internet, o comércio eletrônico ganhou dimensões globais e revolucionou a maneira de fazer compras em todo o mundo, impactando as relações de consumo. Percebe-se que o assunto ainda é pouco compreendido por consumidores e fornecedores. Além disso, o ordenamento jurídico pátrio não tratou especificamente dessa matéria no corpo do Código de Defesa do Consumidor, embora alguns artigos sejam aplicáveis a esse tipo de contratação. O presente artigo tem como objetivo analisar o direito de arrependimento do consumidor no comércio eletrônico e a responsabilidade dos fornecedores e dos sites de compras coletivas segundo o Código de Defesa do Consumidor e o Decreto nº 7.962/2013, além das sanções administrativas aplicadas no caso de infração, com foco na multa. A metodologia de pesquisa utilizada foi a bibliográfica, legislativa e jurisprudencial, buscando-se sempre realizar um paralelo entre elas. Como resultado dos estudos, conclui-se que se aplica aos consumidores que adquirirem produtos via internet a regra do artigo 49 do CDC e que os *sites* de compras coletivas possuem responsabilidade solidária pela venda de produtos e contratação de serviços via internet, enquadrando-se no conceito de fornecedor previsto no artigo 3º *caput*, do CDC.

¹⁶ Graduado em Direito pela Universidade Católica de Pelotas. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela ULBRA. Especialista em Direito Sanitário pela Escola de Saúde Pública do Estado do Rio Grande do Sul e Università degli Studi Roma Tre em parceria com a UNISINOS. Especialista em Gestão Pública Municipal pela UFRGS. Especialista em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá. Atuou na função de Coordenador do PROCON de Novo Hamburgo/RS. Procurador do Município de Novo Hamburgo/RS. Correio eletrônico: leandroalex@terra.com.br

Palavras-chave: Comércio eletrônico. Direito de arrependimento. Consumidor. Fornecedor e responsabilidade.

Abstract: *With the growth of the internet, e-commerce has gained global dimensions and has revolutionized the way we shop around the world, impacting consumer relationships. It is noticed that the subject is still little understood by consumers and suppliers. In addition, the country legal order did not specifically address this issue in the body of the Consumer Protection Code, although some articles apply to this type of hiring. The purpose of this article is to analyze the right of consumer repentance in electronic commerce and the responsibility of suppliers and collective purchasing sites according to the Consumer Protection Code and Decree nº 7.962/2013, in addition to the administrative sanctions applied in the case of infringement, focusing on fine. The research methodology used was bibliographical, legislative and jurisprudential, always seeking a parallel between them. As a result of the studies, it is concluded that it applies to consumers who purchase products via the Internet the rule of article 49 of the CDC and that the sites of collective purchases have joint responsibility for the sale of products and contracting services via the Internet, falling within the concept supplier provided for in article 3º caput, of the CDC.*

Keywords: *Electronic commerce. Right of repentance. Consumer. Supplier and responsibility.*

INTRODUÇÃO

Com o avanço da tecnologia e da informática, nas últimas décadas, começou a tornar-se uma prática global o comércio via internet, permitindo o acesso dos consumidores aos bens e serviços, sem a necessidade da presença física dos contratantes.

Toda a tecnologia hoje disponibilizada nos meios de comunicação faz parte do cotidiano de muitos consumidores.

O comércio eletrônico é, hodiernamente, uma das atividades mais atrativas da internet. Esse setor está em constante crescimento no Brasil, conforme dados da *E-bit*¹⁷.

¹⁷ Especializada em informações sobre comércio eletrônico, a *E-bit* divulgou a 29ª edição do *Webshoppers*, um estudo completo do *e-commerce* brasileiro no ano de 2013. O estudo conta com o apoio da Câmara Brasileira de Comércio Eletrônico (Camara-e.net), da Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado de São Paulo (Fecomércio SP) e da Associação Brasileira de Comércio Eletrônico (ABComm). E-BIT. **Relatório WebShoppers 2014**. 29. ed. Disponível em: <<https://www.webit.com.br/webshoppers>>. Acesso em: 11 abril 2017.

Daí, a necessidade de proteger os direitos do consumidor no comércio eletrônico.

Para garantir segurança às partes nesse tipo de relação comercial torna-se imprescindível que o direito acompanhe essa transformação da sociedade, e adequa-se às necessidades atuais dos consumidores.

O comércio eletrônico trouxe uma nova economia de mercado, onde as empresas visualizam menos custos, e, conseqüentemente, mais lucros, considerando a nova forma virtual do comércio, ganhando mais adeptos a cada dia. Dessa forma, com o aumento das relações de consumo pelos meios eletrônicos, torna-se indispensável que o legislador crie mecanismos capazes de proteger as partes, especialmente o consumidor, por ser este o sujeito mais vulnerável na relação consumerista.

Assim, levando-se em consideração o cenário apresentado, propõe-se analisar o exercício ao direito de arrependimento no comércio eletrônico e a tutela administrativa do consumidor, buscando responder as seguintes questões de pesquisa: 1) Quais as tutelas administrativas aplicadas na violação do exercício ao direito de arrependimento do consumidor no comércio eletrônico? 2) Quais são os sujeitos fornecedores que poderão sofrer as sanções administrativas por violar o direito de arrependimento do consumidor no comércio eletrônico?

Para responder as questões de pesquisa, foram desenvolvidos os objetivos a seguir.

O objetivo geral deste estudo é analisar o direito de arrependimento do consumidor no âmbito do comércio eletrônico, sua legislação pertinente e como tem sido trabalhada a tutela administrativa nesta seara, com foco na sanção pecuniária.

Com base no objetivo supracitado é necessário delinear objetivos específicos, que auxiliem na condução da pesquisa, com vista à compreensão do tema proposto, que são:

- Conceituar o comércio eletrônico e sua incidência na relação de consumo;
- Identificar as hipóteses do direito de arrependimento à luz da legislação aplicável;
- Analisar as espécies de tutela administrativa aplicadas na violação do direito de arrependimento, focando na sanção pecuniária;
- A pesquisa foi realizada através de pesquisa doutrinária, legislativa e jurisprudencial.

A análise dos dados coletados foi realizada através de leitura exploratória e seletiva de doutrina e jurisprudência, com vistas à interpretação, à crítica, reflexões e comparações entre os mesmos.

1 COMÉRCIO ELETRÔNICO E RELAÇÃO DE CONSUMO

Para compreender a relação de consumo no comércio eletrônico e a proteção do consumidor, é preciso desenvolver os respectivos conceitos, comércio eletrônico, compras coletivas, relação de consumo, sujeitos (enfocando no consumidor pessoa física), objeto e o elemento negocial.

1.1 Comércio eletrônico: aspectos gerais e conceito

A partir do crescimento da internet, o comércio eletrônico ganhou dimensões globais e revolucionou a maneira de fazer compras, impactando as relações de consumo.

Com o surgimento do comércio eletrônico, o perfil do cliente, questões de concorrência, marketing e a estrutura organizacional da empresa devem ser reavaliados de forma a adaptar-se a essa nova economia. Com isso espera-se que a internet seja usada como um novo instrumento de negócios, onde cliente e empresa sejam beneficiados.

O termo “comércio eletrônico” é usado para expressar toda e qualquer forma de transação comercial via internet.

Situação em que as partes da relação de consumo interagem eletronicamente, em vez de estabelecerem um contato físico. A empresa vendedora cria um site próprio, ou utiliza site de anúncios, que funciona como uma vitrine virtual.

De uma forma geral o comércio eletrônico é conhecido como “e-commerce”. Para Albertin (2002, p. 15): “É a realização de toda a cadeia de valor dos processos de negócios num ambiente eletrônico, por meio da aplicação intensa das tecnologias de comunicação e informação, atendendo aos objetivos do negócio”.

Para a professora Marques (2013, p. 106), comércio eletrônico é:

É o comércio 'clássico' de atos negociais entre empresários e clientes para vender produtos e serviços, agora realizado através de contratações a distância, conduzidas por meios eletrônicos (*e-mail*, mensagens de texto, etc), por Internet (*on line*) ou por meios de telecomunicação de massa (telefones fixos, televisão a cabo, telefones celulares etc.). Estes negócios jurídicos por meio eletrônico são concluídos sem a presença física simultânea dos dois contratantes no mesmo lugar, daí serem denominados, normalmente, *contratos a distância no comércio eletrônico*, e incluírem trocas de dados digitais, textos, sons e imagens.

Ainda, na lição de Marques (2011, p. 121), a contratação por meio eletrônico é um fenômeno novo, por sua “[...] fluidez, complexidade, distância, simultaneidade ou atemporalidade, desterritorialidade e objetividade ou autonomia”.

Lorenzetti (2004, p. 76, 91-93) também conceitua comércio eletrônico, ou “relações jurídicas por meios eletrônicos”, como uma modalidade de compra e venda a distância, constituída pela aquisição de bens, produtos e/ou serviços por meios de equipamentos eletrônicos de transmissão de dados. Ele denomina a internet de “espaço negocial eletrônico”, caracterizado pela distância entre fornecedor e consumidor. Assim como a professora Marques fala da simultaneidade ou atemporalida-

de da oferta e da aceitação, como da desterritorialidade da contratação, realizada em “território” virtual e a objetividade ou autonomia das duas vontades exteriorizadas perante o meio eletrônico. Acrescenta a imaterialidade da execução da contratação a distância.

Como pode ver-se, muitos autores buscaram definir esse novo fenômeno. Atualmente, não existe uma definição propriamente dita, mas compilações de diversos significados e interpretações. Porém, uma coisa está perfeitamente clara: o comércio eletrônico significa muito mais do que comprar e vender mercadorias e serviços pela internet.

No próximo tópico será abordado o conceito de compra coletiva e estudados os elementos da relação de consumo: os sujeitos, o objeto e o elemento negocial.

1.2 Compra coletiva: conceito

Podemos definir a compra coletiva como sendo uma modalidade de comércio eletrônico que tem por finalidade a venda de produtos e serviços promocionais, por um período curto de tempo, e para um mínimo de consumidores preestabelecido.

Em outras palavras, compra coletiva é uma modalidade de comércio eletrônico, cujo objetivo é vender produtos e serviços para um número mínimo preestabelecido de consumidores por oferta.

1.3 Relação de consumo: sujeitos, objeto e elemento negocial

Para que se possa delimitar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) perante o comércio eletrônico, faz-se necessário definir quais são os sujeitos envolvidos na relação de consumo, ou seja, consumidor, fornecedor e o elemento negocial.

É de suma importância definir quem são os sujeitos que formam uma relação de consumo, pois somente assim é pos-

sível identificar se há uma relação de consumo que deverá ser regida pelo CDC, ou uma simples relação jurídica regida pelo Código Civil Brasileiro.

1.3.1 Sujeitos da relação de consumo: consumidor e fornecedor

Para haver uma relação de consumo é preciso que se tenha o elemento subjetivo, o elemento objetivo e o elemento negocial. O elemento subjetivo é o consumidor e o fornecedor, o elemento objetivo é o objeto da relação, podendo ser o produto ou serviço, enquanto o elemento negocial é o interesse das partes para efetivar essa relação consumerista.

Importante destacar aqui que no presente artigo trataremos da figura do consumidor pessoa física.

O Código de Defesa do Consumidor, no art. 2º, *caput*, conceitua o consumidor como sendo “[...] toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” (BRASIL, 1990).

Para compreender o conceito de consumidor é preciso entender o que significa a expressão “destinatário final”, considerando-se como tal aquela pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza-se de produtos ou serviços em benefício próprio, ou seja, é aquele que busca a satisfação de suas necessidades através de um produto ou serviço, sem ter o interesse de repassar esse serviço ou esse produto a terceiros. Caso esse produto ou serviço seja repassado a terceiros, mediante remuneração, inexistente a figura do consumidor e surge imediatamente a do fornecedor.

A Lei nº 8.078/90 apresenta ainda outros conceitos de consumidor. São os chamados consumidores por equiparação: “[...] a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo” (BRASIL, 1990, art. 2º, parágrafo único), todas as vítimas de um acidente de consumo (art. 17) e todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais previstas no Capítulo V (art. 29).

Após compreender quem pode ser considerado consumi-

dor, passa-se à figura do fornecedor, outro elemento subjetivo da relação de consumo. O conceito de fornecedor encontra-se no artigo 3º, *caput*¹⁸, do CDC.

Após leitura do dispositivo legal acima transcrito, conclui-se, como o próprio CDC traz em seu conceito, que para ser considerado fornecedor é preciso desenvolver atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços na forma habitual, caso contrário não será considerado fornecedor.

Uma dúvida que surge quando tratamos do conceito de fornecedores no comércio eletrônico diz respeito à questão da responsabilidade e a incidência ou não da solidariedade. Surge a seguinte pergunta: Quem responde pelos danos causados ao consumidor que se sentir lesado na venda de produtos e/ou serviços pela internet, o fornecedor e/ou os sites de compras coletivas que divulgam a oferta e publicam?

A resposta ao questionamento acima será aprofundada quando da análise da tutela administrativa.

1.3.2 Objeto da relação de consumo: produto ou serviço

O elemento objetivo da relação de consumo é o produto ou serviço. O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 3º, nos parágrafos 1º e 2º, conceitua produto e serviço respectivamente, citando que “Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial” e “Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.” (BRASIL, 1990).

No caso do produto, é preciso que o mesmo seja apreciável

¹⁸ Art. 3º - Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços (BRASIL, 1990).

economicamente, embora não necessite ser obtido através de uma relação onerosa, pode ser gratuita também, como a amostra grátis de alguma mercadoria.

Com relação ao serviço, o mesmo precisa decorrer de um comportamento humano oneroso, é a atividade fornecida por uma pessoa a outra, mediante remuneração, sendo em dinheiro ou não, incluindo os serviços públicos e as atividades desempenhadas por instituições financeiras e bancárias.

Ainda, para a caracterização da relação de consumo, o serviço deve ser prestado pelos fornecedores mediante remuneração.

Cláudia Lima Marques (2003, p. 94), a respeito do tema, leciona-nos:

Mediante remuneração: A expressão utilizada pelo art. 3º do CDC para incluir todos os serviços de consumo é 'mediante remuneração'. [...] Parece-me que a opção pela expressão 'remunerado' significa uma importante abertura para incluir os serviços de consumo remunerados indiretamente, isto é, quando não é o consumidor individual que paga, mas a coletividade (facilidade diluída no preço de todos) ou quando ele paga indiretamente o 'benefício gratuito' que está recebendo. A expressão 'remuneração' permite incluir todos aqueles contratos em que for possível identificar, no sinalagma escondido (contraprestação escondida), uma remuneração indireta do serviço de consumo. [...] Remuneração e gratuidade: Como a oferta e o marketing de atividades de consumo 'gratuitas' estão a aumentar no mercado de consumo brasileiro [...], importante frisar que o art. 3º, § 2º, do CDC refere-se à remuneração dos serviços e não a sua gratuidade. 'Remuneração' (direta ou indireta) significa um ganho direto ou indireto para o fornecedor. 'Gratuidade' significa que o consumidor não 'paga', logo, não sofre um minus em seu patrimônio.

Cumprido frisar aqui, para fins de delimitação do trabalho, será dado maior enfoque à compra de produtos e contratação de serviços no meio eletrônico.

Após análise do elemento subjetivo e objetivo na relação de

consumo, passa-se ao elemento negocial, outro aspecto importante e essencial nessa relação.

1.3.3 Elemento negocial

Para que haja uma relação de consumo é preciso ter um consumidor, um fornecedor e um produto ou serviço, mas apenas esses três elementos não formam uma relação de consumo sem que haja o elemento negocial.

O elemento negocial é o interesse das partes, no caso, consumidor e fornecedor, em envolverem-se em uma relação de consumo ao adquirir um produto ou serviço.

Importa frisar que, para haver uma relação de consumo juridicamente válida, é preciso, também, cumprir os requisitos existentes no artigo 104¹⁹ do Código Civil vigente.

Diante disso, conclui-se que o elemento negocial é o negócio existente entre o fornecedor e o consumidor “destinatário final”, onde o primeiro oferta um produto ou serviço, e o segundo consome o produto ou serviço ofertado na condição de destinatário final.

Feitas essas considerações, passamos à definição do que é relação de consumo.

A relação de consumo pode ser definida como toda relação existente entre o consumidor e o fornecedor tendo como objeto o fornecimento de um produto ou da prestação de um serviço.

Adiante será abordado o direito de arrependimento nas relações de consumo envolvendo o comércio eletrônico e a legislação aplicável.

2 DIREITO DE ARREPENDIMENTO NO COMÉRCIO ELETRÔNICO: ARTIGO 49 DO CDC E DECRETO Nº 7.962/2013

¹⁹ “Art. 104 - A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.” (BRASIL, 2002).

Nesse item faremos uma explanação doutrinária, legal e jurisprudencial do direito de arrependimento na relação de consumo nas compras pela internet, abordando o Decreto nº 7.962/20013, que regulamentou a Lei nº 8.078/1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico.

2.1 O direito de arrependimento no comércio eletrônico à luz do CDC

O Código de Defesa do Consumidor estabelece no artigo 49²⁰ o direito de arrependimento aos consumidores que adquirirem produtos ou serviços fora do estabelecimento comercial no prazo de 7 (sete) dias a contar da assinatura do contrato ou do recebimento do produto.

Quando da entrada em vigor do CDC, este objetivava a proteção do consumidor adquirente de produtos, principalmente via telefone ou quando recebia vendedores em seu domicílio. Todavia, nos dias atuais esse tipo de negócio foi dominado pelo comércio eletrônico realizado via internet. Nesse sentido menciona Geraldo Frazão de Aquino Júnior (2015, p. 67-120):

Ressalte-se que o art. 49, do CDC, que assegura ao consumidor o direito de arrependimento, é aplicável ao comércio eletrônico, pois a legislação consumerista protege o consumidor em todas as situações em que a contratação é realizada fora do estabelecimento comercial, concedendo-lhe o prazo de 7 (sete) dias para arrepender-se do negócio, sendo-lhe assegurada a devolução dos valores eventualmente pagos, monetariamente atualizados, caso exerça o referido direito dentro do prazo de reflexão.

Cabe salientar também que para o consumidor exercer o direito de arrependimento é indispensável que a compra tenha

²⁰ "Art. 49 - O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio. Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados." (BRASIL, 1990).

sido efetuada fora do estabelecimento comercial.

Da leitura do dispositivo legal retro, verifica-se que a lei consumerista permite o desfazimento do contrato de modo injustificado pelo consumidor, dentro do período de 7 (sete) dias, sem que sofra qualquer consequência, desde que presentes os pressupostos de contratação previstos no referido artigo.

A título de ilustração, colacionam-se algumas ementas do Tribunal de Justiça gaúcho a respeito do assunto:

RECURSO INOMINADO. CONSUMIDOR. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. COMPRA DE TELEVISOR PELA INTERNET. DIREITO DE ARREPENDIMENTO DA CONTRATAÇÃO DO EXERCIDO NO PRAZO DE SETE DIAS, PREVISTO NO ART. 49 DO CDC. DEVOLUÇÃO DO PREÇO PAGO. APARELHO A SER RETIRADO PELA RÉ. NÃO COMPROVADA SITUAÇÃO EXCEPCIONAL DE OFENSA A DIREITO DA PERSONALIDADE. DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. **(Recurso Cível Nº 71006738801)** (RIO GRANDE DO SUL, 2017b).

RECURSO INOMINADO. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. COMPRA DE APARELHO CELULAR VIA INTERNET. REJEIÇÃO DA MERCADORIA. DEVOLUÇÃO DO PRODUTO À RÉ, DENTRO DO PRAZO ESTIPULADO PELO ART. 49 DO CDC. DESCONTOS REALIZADOS, MESMO APÓS A DEVOLUÇÃO DO BEM. DEVOLUÇÃO EM DOBRO. CABIMENTO. 1. Hipótese em que a parte autora alega ter comprado um aparelho celular junto à ré, via internet, porém, ao receber o produto, arrependeu-se e decidiu devolvê-lo. 2. A compra do aparelho está devidamente provada, bem como a devolução do aparelho, conforme fls. 09 e 14, respectivamente. 3. Autor que atendeu ao prazo estipulado no art. 49 do CDC, quanto ao direito de arrependimento, rescindindo o contrato após a devolução do aparelho. 4. Parte ré, que efetua descontos no cartão de crédito do autor, mesmo após a devolução do produto, caracterizando cobrança indevida. 5. O consumidor, cobrado em quantia indevida, tem direito à repetição do indébito,

por valor igual ao dobro do que pagou em excesso. Inteligência do art. 42, parágrafo único, do CDC. RECURSO PROVIDO. UNÂNIME. (**Recurso Cível Nº 71006353486**) (RIO GRANDE DO SUL, 2017a).

Como se vê – nas decisões exemplificativas acima - para o exercício do direito de arrependimento do consumidor nas compras via comércio eletrônico, faz-se necessário que as mesmas tenham sido realizadas fora do estabelecimento comercial, bem como seja observado o prazo legal para o seu exercício.

Outra questão importante a ser abordada diz respeito à natureza jurídica do prazo do artigo 49, se ele é decadencial ou prescricional.

Esse prazo é decadencial porque a manifestação do direito de arrependimento por parte do consumidor é um direito potestativo, ou seja, é uma faculdade de modificar a situação jurídica existente. Uma vez transcorrido o prazo de 7 dias, ocorre a extinção automática do direito de arrependimento.

No tocante à contagem desse prazo, é feita com base no artigo 132²¹ e parágrafos do Código Civil, excluindo-se o dia do início e incluindo-se o do final. O efeito do arrependimento é *extunc*, e as partes voltam ao *status quo ante*.

Por fim, o parágrafo único do artigo 49, prevê que “[...] se o consumidor exercer o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados” (BRASIL, 1990).

2.2 O Decreto nº 7.962/13 e sua aplicação nas relações de consumo no comércio eletrônico

O comércio eletrônico está em constante expansão, estando carente de normatização, utilizando-se o CDC, no que couber, e demais normas pertinentes.

Depreende-se da análise de toda sistemática legal que as

²¹ “Art. 132 - Salvo disposição legal ou convencional em contrário, computam-se os prazos, excluído o dia do começo, e incluído o do vencimento”. (BRASIL, 2002).

relações de consumo são regidas pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Entretanto, sendo essa lei do ano de 1990, não tratou esse diploma legal dos diversos canais de comércio disponibilizados na atualidade, razão pela qual não existe, no aludido estatuto jurídico, qualquer alusão específica sobre compra e venda através da internet.

Sendo assim, no intuito de normatização do comércio eletrônico, em 15 de março de 2013, foi promulgado o Decreto nº 7.962/2013 (BRASIL 2013), com o fim de regulamentar o Código de Defesa do Consumidor para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico.

O artigo 1º do Decreto visa à delimitação de seu objeto, apontando nos incisos I, II e III, três direitos básicos dos consumidores a serem regulamentados, visando dar-lhes maior aplicabilidade. O inciso I trata da regra matriz do direito básico à informação previsto no artigo 6º, III do CDC.

Prosseguindo, ao dispor sobre o atendimento facilitado ao consumidor previsto no inciso II do decreto, o Poder Executivo visou regulamentar as regras basilares de boa-fé nas contratações (art. 4º, III, do CDC), bem como parte dos deveres anexos do contrato, dentre os quais a doutrina em geral aponta: de cuidado, de orientação, de segurança, de comunicação e informação (não só informação mas como efetivo esclarecimento), de prestação de contas, de manutenção do equilíbrio das prestações, de sigilo e, ainda, de cuidado com o patrimônio do outro contratante, dentre outros.

E o inciso III do artigo 1º do Decreto visa garantir o “respeito ao direito de arrependimento”, direito básico previsto no art. 49, do CDC.

Seguindo na leitura do Decreto, o art. 2º²² estabelece acerca das informações indispensáveis para maior segurança do consumidor no momento da contratação por meio eletrônico.

²² “Art. 2º - Os sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para oferta ou conclusão de contrato de consumo devem disponibilizar, em local de destaque e de fácil visualização, as seguintes informações: I - nome empresarial e número de inscrição do fornecedor, quando houver, no Cadastro Nacional de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda; II - endereço físico e eletrônico, e demais informações necessárias

O art. 3º²³ estabelece a determinação para que informações adicionais sejam divulgadas no caso de sites que ofereçam serviços de compras coletivas.

Continuando a leitura do texto do decreto, estabelece o inciso I do artigo 4º²⁴ ser necessária a apresentação, antes da contratação, de um sumário do contrato, o qual deve enfatizar as informações básicas necessárias ao livre direito de escolha e as cláusulas limitativas de direitos.

Seguindo na leitura do artigo 4º, os incisos II a VI²⁵ tratam, especificamente, da disponibilização de ferramentas de comunicação entre consumidor e fornecedor.

Na sequência, o *caput* do artigo 5º²⁶ impõe o dever do fornecedor de informar clara e ostensivamente o meio pelo qual o consumidor poderá exercer o direito de arrependimento,

para sua localização e contato; III - características essenciais do produto ou do serviço, incluídos os riscos à saúde e à segurança dos consumidores; IV - discriminação, no preço, de quaisquer despesas adicionais ou acessórias, tais como as de entrega ou seguros; V - condições integrais da oferta, incluídas modalidades de pagamento, disponibilidade, forma e prazo da execução do serviço ou da entrega ou disponibilização do produto; e VI - informações claras e ostensivas a respeito de quaisquer restrições à fruição da oferta.” (BRASIL, 2013).

²³ “Art. 3º - Os sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para ofertas de compras coletivas ou modalidades análogas de contratação deverão conter, além das informações previstas no art. 2º, as seguintes: I - quantidade mínima de consumidores para a efetivação do contrato; II - prazo para utilização da oferta pelo consumidor; e III - identificação do fornecedor responsável pelo sítio eletrônico e do fornecedor do produto ou serviço ofertado, nos termos dos incisos I e II do art. 2º.” (BRASIL, 2013).

²⁴ “Art. 4º - Para garantir o atendimento facilitado ao consumidor no comércio eletrônico, o fornecedor deverá: I - apresentar sumário do contrato antes da contratação, com as informações necessárias ao pleno exercício do direito de escolha do consumidor, enfatizadas as cláusulas que limitem direitos;”. (BRASIL, 2013).

²⁵ “II - fornecer ferramentas eficazes ao consumidor para identificação e correção imediata de erros ocorridos nas etapas anteriores à finalização da contratação; III - confirmar imediatamente o recebimento da aceitação da oferta; IV - disponibilizar o contrato ao consumidor em meio que permita sua conservação e reprodução, imediatamente após a contratação; V - manter serviço adequado e eficaz de atendimento em meio eletrônico, que possibilite ao consumidor a resolução de demandas referentes a informação, dúvida, reclamação, suspensão ou cancelamento do contrato; VI - confirmar imediatamente o recebimento das demandas do consumidor referidas no inciso, pelo mesmo meio empregado pelo consumidor; e VII - utilizar mecanismos de segurança eficazes para pagamento e para tratamento de dados do consumidor. Parágrafo único. A manifestação do fornecedor às demandas previstas no inciso V do *caput* será encaminhada em até cinco dias ao consumidor.” (BRASIL, 2013).

²⁶ “Art. 5º - O fornecedor deve informar, de forma clara e ostensiva, os meios adequados e eficazes para o exercício do direito de arrependimento pelo consumidor. § 1º O consumidor poderá exercer seu direito de arrependimento pela mesma ferramenta utilizada para a contratação, sem prejuízo de outros meios disponibilizados. § 2º O exercício do direito de arrependimento implica a rescisão dos contratos acessórios, sem qualquer ônus para o consumidor. § 3º O exercício do direito de arrependimento será comunicado imediatamente pelo fornecedor à instituição financeira ou à administradora do cartão de crédito ou similar, para

ressaltando no §1º que este meio deve ser o mesmo meio utilizado pela contratação (adotando-se a regra de simetria prevista no Código Civil, artigo 472²⁷) ou, ainda, outros meios disponíveis (pessoalmente, por telefone, fax, etc.).

O § 2º do artigo 5º dispõe acerca da consequência do exercício do direito de arrependimento, qual seja a rescisão dos contratos acessórios e, o § 3º, a obrigação do fornecedor em comunicar à instituição financeira ou administradora do cartão de crédito o cancelamento da operação ou o estorno do valor.

Analisando ainda o artigo 5º, o §4º dispõe ter o fornecedor que confirmar, de imediato, o recebimento da manifestação do consumidor do arrependimento na celebração do contrato eletrônico.

Prosseguindo, o artigo 6º do Decreto, visa regulamentar os artigos 30²⁸ e 31²⁹ do Código de Defesa do Consumidor reiterando a obrigação de cumprimento dos termos da oferta e minudenciando a expressão “entre outros dados” indicadas no artigo 31, fazendo incluir, quanto à entrega de produtos e serviços, a necessária observância dos prazos, quantidade, qualidade e adequação.

O artigo 7º do Decreto dispõe que a infração a quaisquer condutas determinadas na regulamentação sujeita os infratores às penalidades administrativas previstas no artigo 56 da Lei nº 8.078, de 1990, as quais serão analisadas no próximo tópico.

Finalizando a análise da regulamentação do comércio eletrônico temos que, na forma do art. 8º do Decreto, as regras previs-

que: I - a transação não seja lançada na fatura do consumidor; ou II - seja efetivado o estorno do valor, caso o lançamento na fatura já tenha sido realizado. § 4º O fornecedor deve enviar ao consumidor confirmação imediata do recebimento da manifestação de arrependimento.” (BRASIL, 2013).

²⁷ “Art. 472 - O distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato.” (BRASIL, 2002).

²⁸ “Art. 30 - Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.” (BRASIL, 1990).

²⁹ “Art. 31 - A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.” (BRASIL, 1990).

tas nos artigos 2º³⁰, 3º³¹ e 9º³² do Decreto 5.903/06 aplicam-se às contratações eletrônicas.

3 A TUTELA ADMINISTRATIVA E A VIOLAÇÃO AO DIREITO DE ARREPENDIMENTO DO CONSUMIDOR: LEGITIMIDADE PARA APLICAÇÃO DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS (ARTIGOS 56 e 57 CDC) E RESPONSABILIDADE DOS FORNECEDORES

Nesse tópico vamos abordar as sanções administrativas previstas no Código de Defesa do Consumidor e a responsabilidade dos fornecedores.

3.1 As Sanções Administrativas previstas no CDC. Competência para aplicação

O Capítulo VII da Lei nº 8.078/90 disciplina as sanções administrativas que serão impostas nos casos que prevê.

³⁰“Art. 2º - Os preços de produtos e serviços deverão ser informados adequadamente, de modo a garantir ao consumidor a correção, clareza, precisão, ostensividade, legibilidade das informações prestadas. § 1º Para efeito do disposto no caput deste artigo, considera-se: I - correção, a informação verdadeira que não seja capaz de induzir o consumidor em erro; II - clareza, a informação que pode ser entendida de imediato e com facilidade pelo consumidor, sem abreviaturas que dificultem a sua compreensão, e sem a necessidade de qualquer interpretação ou cálculo; III - precisão, a informação que seja exata, definida e que esteja física ou visualmente ligada ao produto a que se refere, sem nenhum embaraço físico ou visual interposto; IV - ostensividade, a informação que seja de fácil percepção, dispensando qualquer esforço na sua assimilação; e V - legibilidade, a informação que seja visível e indelével.” (BRASIL, 2006).

³¹“Art. 3º - O preço de produto ou serviço deverá ser informado discriminando-se o total à vista. Parágrafo único. No caso de outorga de crédito, como nas hipóteses de financiamento ou parcelamento, deverão ser também discriminados: I - o valor total a ser pago com financiamento; II - o número, periodicidade e valor das prestações; III - os juros; e IV - os eventuais acréscimos e encargos que incidirem sobre o valor do financiamento ou parcelamento.” (BRASIL, 2006).

³²“Art. 9º - Configuram infrações ao direito básico do consumidor à informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, sujeitando o infrator às penalidades previstas na Lei nº 8.078, de 1990, as seguintes condutas: I - utilizar letras cujo tamanho não seja uniforme ou dificulte a percepção da informação, considerada a distância normal de visualização do consumidor; II - expor preços com as cores das letras e do fundo idêntico ou semelhante; III - utilizar caracteres apagados, rasurados ou borrados; IV - informar preços apenas em parcelas, obrigando o consumidor ao cálculo do total; V - informar preços em moeda estrangeira, desacompanhados de sua conversão em moeda corrente nacional, em caracteres de igual ou superior destaque; VI - utilizar referência que deixa dúvida quanto à identificação do item ao qual se refere; VII - atribuir preços distintos para o mesmo item; e VIII - expor informação redigida na vertical ou outro ângulo que dificulte a percepção.” (BRASIL, 2006).

Nesse artigo trataremos mais especificadamente apenas das sanções previstas nos artigos 56 e 57 do CDC, em especial a multa.

Os entes federados exercerão seu poder de polícia para fiscalizar e controlar a produção, industrialização, distribuição, a publicidade de produtos e serviços e o mercado de consumo, no interesse da preservação da vida, da saúde, da segurança, da informação e do bem-estar do consumidor. É o que dispõe o parágrafo 1º do artigo 55.

Nesse sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. FORNECEDORA DE SERVIÇO DE TV A CABO. MULTA APLICADA PELO PROCON. LEGALIDADE DO PROCEDIMENTO. INVIABILIDADE DE SUSPENSÃO LIMINAR DA MULTA. PROPORCIONALIDADE. 1. O PROCON é órgão criado especificamente para a proteção dos interesses do consumidor, competindo-lhe a aplicação de penalidades administrativas no exercício do poder de polícia quanto às atividades exercidas pelos fornecedores nas relações de consumo. 2. O art. 57 do Código de Defesa do Consumidor prevê que a penalidade será fixada conforme a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor, critérios que foram adequadamente sopesados, nos termos do art. 6º da Resolução nº 01/2011 - SJDH. Ausência de violação ao princípio da proporcionalidade. NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. **(Agravamento de Instrumento Nº 70070717111)** (RIO GRANDE DO SUL, 2016b).³³

Compete, portanto, ao Poder Público, através dos órgãos que compõem o SNDC - Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (PROCONS estaduais, Distrito Federal, municipais das

³³ A relatora do acórdão, Desª. Matilde Chabar Maia, salientou que o PROCON é órgão criado especificamente para a proteção dos interesses do consumidor, competindo-lhe a aplicação de penalidades administrativas no exercício do poder de polícia quanto às atividades exercidas pelos fornecedores nas relações de consumo. E que o art. 5º, do Decreto nº 2.181/97 prevê que "Qualquer entidade ou órgão da Administração Pública, federal, estadual e municipal, destinado à defesa dos interesses e direitos do consumidor, tem, no âmbito de suas respectivas competências, atribuição para apurar e punir infrações a este Decreto e à legislação das relações de consu-

Capitais), no exercício do poder de polícia, empreender diligências preventivas e fiscalizadoras para que sejam resguardados os

A apuração das práticas infrativas dar-se-á através da abertura de processo administrativo, onde é garantido o contraditório e a ampla defesa, obedecendo-se as exigências contidas no Decreto nº 2.181/97, uma vez que, apesar de o poder de império representar a característica essencial da posição jurídica do Estado, não se permite o seu exercício de modo arbitrário.

Os órgãos públicos que compõem o SNDC não podem atuar de modo desarrazoado e despropositado, cabendo-lhes agir motivadamente e embasados nas normas protetivas dos consumidores.

Após a conclusão do procedimento administrativo, a autoridade competente, a depender da natureza da infração cometida pelo fornecedor de produtos e serviços, aplicará a sanção que considerar mais adequada.

As sanções administrativas classificam-se em *pecuniárias*, *materiais* ou *procedimentais*, sendo que determinados doutrinadores preferem conceituar estas duas últimas como objetivas ou subjetivas.

As sanções pecuniárias têm por objeto o pagamento de uma multa por parte do fornecedor que tenha desrespeitado as normas protetivas da categoria consumerista. Denominam-se sanções materiais aquelas que estão diretamente vinculadas ao bem de consumo e, dada a impropriedade detectada, atingem o produto em si, tendo a matéria e a essência deste contribuído para a incidência da pena. As sanções procedimentais estão ligadas ao desenvolvimento da atividade pelos fornecedores e os efeitos ecoam não diretamente nos bens disponibilizados, mas sim na possibilidade de as empresas continuarem ou não funcionando no setor econômico.

Se o fornecedor agir em desacordo com o estabelecido

mo" (BRASIL, 1997). Ao final da sua decisão, afirmou que não há falar em ausência de proporcionalidade na aplicação da multa, porquanto aplicada em consonância com o regramento normativo que rege o tema, negando provimento ao Agravo de Instrumento.

pelo CDC e violar direitos de proteção inerentes ao consumidor, o Procon poderá aplicar as sanções administrativas materiais previstas, de maneira exemplificativa, na Lei nº 8.078/90, no seu artigo 56³⁴.

As sanções previstas no artigo 56 devem ser aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição.

A penalidade mais comum imposta pelos órgãos de Proteção e Defesa do Consumidor é a pena de multa que, nos termos do artigo 57 do Código de Defesa do Consumidor, tem como critérios estabelecidos a graduação: a) gravidade da infração; b) vantagem auferida e c) condições econômicas do fornecedor.

O valor apurado no processo administrativo, quando se tratar de penalidade imposta pela União, deverá ser revertido ao Fundo criado pela Lei nº 7.347/1985 (LACP), destinado a reconstituição dos bens lesados. Quando a penalidade for imposta pelo Município ou pelo Estado, deverá ser revertida para os respectivos fundos. O artigo 31³⁵ do Decreto nº 2.181/1997 estabelece que, na ausência desses, ao fundo federal.

E nos moldes do artigo 55³⁶ do Decreto nº 2.181/1997, não sendo recolhido o valor da multa em 30 dias, será o débito inscrito em dívida ativa do órgão que houver aplicado a sanção, para subseqüente cobrança executiva.

Finalmente, cumpre frisar que a multa prevista no artigo 56, inciso I do CDC, não visa à reparação do dano sofrido pelo

³⁴ "Art. 56 - As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas: I - multa; II - apreensão do produto; III - inutilização do produto; IV - cassação do registro do produto junto ao órgão competente; V - proibição de fabricação do produto; VI - suspensão de fornecimento de produtos ou serviço; VII - suspensão temporária de atividade; VIII - revogação de concessão ou permissão de uso; IX - cassação de licença do estabelecimento ou de atividade; X - interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade; XI - intervenção administrativa; XII - imposição de contrapropaganda. Parágrafo único. As sanções previstas neste artigo serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar, antecedente ou incidente de procedimento administrativo." (BRASIL, 1990).

³⁵ "Art. 31 - Na ausência de Fundos municipais, os recursos serão depositados no Fundo do respectivo Estado e, faltando este, no Fundo federal." (BRASIL, 1997).

³⁶ "Art. 55 - Não sendo recolhido o valor da multa em trinta dias, será o débito inscrito em dívida ativa do órgão que houver aplicado a sanção, para subseqüente cobrança executiva." (BRASIL, 1997).

consumidor, mas sim à punição pela infração às normas que tutelam as relações de consumo. Portanto, a multa tem caráter punitivo e pedagógico, que busca inibir o infrator evitando reincidência.

3.2. A responsabilidade dos fornecedores e dos sites de compra coletivas segundo o Código de Defesa do Consumidor

Após aprofundar o conhecimento dos direitos do consumidor na doutrina e legislações que disciplinam a relação de consumo no comércio eletrônico, é pertinente buscar saber até que ponto os fornecedores e os *sites* de compras coletivas possuem responsabilidade pela venda de produtos e contratação de serviços via internet. Até o presente momento foram analisados direitos, legislações e jurisprudências que garantem a segurança nas relações de consumo, principalmente ao consumidor, que é a parte mais vulnerável, e, muitas vezes, hipossuficiente nessa relação.

Mas não basta saber que os consumidores têm inúmeros direitos garantidos por várias legislações, as quais já restaram citadas, é imprescindível adentrar na seara da responsabilidade de fornecedores e “*sites*” de compras coletivas, para compreender a quem responsabilizar caso seja necessário e até onde cabe tal responsabilidade para aplicação das sanções, que será vista nos tópicos seguintes.

3.2.1 A responsabilidade dos fornecedores

A responsabilidade dos fornecedores, bem como a reparação dos danos oriundos da relação de consumo precisa ser analisada à luz do Código de Defesa do Consumidor que disciplina a matéria.

O CDC estabelece dois tipos de responsabilidade, a responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, que consta na Seção II do capítulo IV, compreendida entre os artigos 12 a 17,

e a responsabilidade por vício do produto e do serviço, que consta na seção III do capítulo IV, compreendida entre os artigos 18 a 22.

No que se refere à responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, o CDC adota a responsabilidade civil objetiva, pelo fato de responder independentemente de culpa, baseada no risco criado, conforme dispõe o artigo 12 do CDC³⁷, que o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de seus produtos, nesse sentido também dispõe o artigo 14 do CDC³⁸, com relação à prestação de serviço.

A responsabilidade de indenizar nasce do nexo de causalidade entre o consumidor lesado, o produto ou serviço e o dano efetivamente ocorrido, garantindo ao consumidor o direito de acionar o fornecedor.

Passa-se agora à seara da responsabilidade pelo vício do produto ou serviço, já que no caso das compras via comércio

³⁷ “Art. 12 - O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. § 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - sua apresentação; II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - a época em que foi colocado em circulação. § 2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado. § 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I - que não colocou o produto no mercado; II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.” (BRASIL, 1990).

³⁸ “Art. 14 - O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. § 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - o modo de seu fornecimento; II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - a época em que foi fornecido. § 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas. § 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.” (BRASIL, 1990)

eletrônico, esta é a mais usual. A responsabilidade pelo vício existe quando o produto ou serviço apresenta uma anomalia, sem que tenha ocorrido acidente de consumo, o que se diferencia da responsabilidade pelo fato.

O Código de Defesa do Consumidor determina que os produtos e serviços disponibilizados no mercado aos consumidores, independente da garantia oferecida pelo fornecedor, devem ser adequados aos fins a que se destinam, funcionando corretamente e atendendo a expectativa do consumidor, devendo observar as indicações de qualidade e quantidade constantes na oferta. Na responsabilidade pelo vício, o foco principal é a sua adequação real às finalidades próprias, ou seja, a geladeira deve gelar, a televisão transmitir imagens e som, e o serviço de colocação de telha impedir que a água da chuva adentre o imóvel e o danifique.

Da leitura do artigo 18³⁹, do CDC, é possível identificar a existência de três espécies de vício: 1) o vício que torne o produto impróprio ou inadequado para o consumo; 2) o vício que lhe diminua o valor; e 3) o vício decorrente da disparidade das características dos produtos com aquelas veiculadas na oferta e publicidade.

O § 1º do artigo 18 disponibiliza ao fornecedor o prazo máximo de 30 dias para sanar o vício apresentado nos produtos de consumo duráveis ou não duráveis. Caso o vício não seja sanado, o consumidor tem três opções, podendo requerer a substituição do produto por outro da mesma espécie, ou requerer a restituição do valor pago devidamente corrigido, ou ainda, o

³⁹ “Art. 18 - Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas. § 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; III - o abatimento proporcional do preço. § 2º Poderão as partes convencionar a redução ou ampliação do prazo previsto no parágrafo anterior, não podendo ser inferior a sete nem superior a cento e oitenta dias. Nos contratos de adesão, a cláusula de prazo deverá ser convencionada em separado, por meio de manifestação expressa do consumidor. § 3º O consumidor poderá fazer uso imediato das alternativas do § 1º deste artigo sempre que, em razão da exten-

abatimento proporcional do preço.

3.2.2 A responsabilidade dos “sites” de compras coletivas segundo o Código de Defesa do Consumidor

O fenômeno dos *sites* de compra coletivas é típico da atual sociedade de consumo conectada à internet. Seu surgimento ocorreu nos Estados Unidos, em novembro 2008, com o site Groupon. No Brasil, o primeiro site de compras coletivas, o Peixe Urbano, surgiu em março 2010⁴⁰, abrindo as portas para uma legião de outros tantos que, segundo a e-Bit, empresa de pesquisa no varejo eletrônico, atualmente, somam mais de 20.000⁴¹ sites de lojas cadastradas somente em relação ao comércio coletivo.

Os produtos e serviços oferecidos aos consumidores são os mais variados possíveis: vestuário, calçados, acessórios, eletrônicos, viagens, hotéis, restaurantes, cursos, tratamentos médicos de menor complexidade, dentre vários outros e o sucesso deste segmento de comércio decorre do benefício que causa aos dois lados da relação de consumo: possibilita que as empresas vendam suas mercadorias em maior volume, por conta do baixo custo de manutenção que requer o site, como também que os consumidores, por sua vez, se beneficiem de descontos generosos, que em média ultrapassam a

são do vício, a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou características do produto, diminuir-lhe o valor ou se tratar de produto essencial. § 4º Tendo o consumidor optado pela alternativa do inciso I do § 1º deste artigo, e não sendo possível a substituição do bem, poderá haver substituição por outro de espécie, marca ou modelo diversos, mediante complementação ou restituição de eventual diferença de preço, sem prejuízo do disposto nos incisos II e III do § 1º deste artigo. § 5º No caso de fornecimento de produtos in natura, será responsável perante o consumidor o fornecedor imediato, exceto quando identificado claramente seu produtor. § 6º São impróprios ao uso e consumo: I - os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos; II - os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação; III - os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam”. (BRASIL, 1990).

⁴⁰E-COMMERCE NEWS. Compra Coletiva.

Disponível em: <https://www.ecommercenews.com.br/glossario/o-que-e-compra-coletiva>. Acesso em: 6 maio 2017.

⁴¹EBIT. Disponível em: <http://www.ebit.com.br>>. Acesso em: 6 maio 2017.

casa dos 50%. Contudo, a par do sucesso e lucros vultosos que envolvem o tema, não podemos deixar de abordar a responsabilidade dos sites de compras coletivas.

Embora se autointitulem como meros "intermediadores" entre o fornecedor e o consumidor, acreditando estarem isentos de qualquer responsabilidade pela venda de produtos e serviços aos consumidores, os sites de compras coletivas enquadram-se no conceito de fornecedor do artigo 3º, *caput*, do CDC.

Na lição de Paulo Luiz Neto Lobo (1996, p. 48) "[...] no sistema no Código do Consumidor prevalece a solidariedade passiva de todos os que participam da cadeia econômica de produção, circulação e distribuição dos produtos ou de prestação de serviços. São todos fornecedores solidários".

Não podemos nos esquecer de que "fornecer" tem, entre seus significados, o de "facilitar" e "proporcionar", que é exatamente o que esses sites de compras coletivas fazem ao comercializarem os produtos e serviços para os consumidores, podendo, pois, serem considerados como fornecedores.

Vale ressaltar também que os sites de compras coletivas são remunerados em um determinado percentual sobre cada venda realizada. Esse é mais um fator que os insere na categoria de "fornecedor" e enseja as responsabilidades, obrigações e deveres descritos no Código de Defesa do Consumidor.

Sendo assim, o consumidor que se sentir prejudicado poderá procurar os órgãos de proteção ao consumidor para resolver a questão via administrativa ou intentar a ação de reparação contra todos os que estiverem na cadeia de responsabilidade, ou seja, contra todos aqueles que foram responsáveis pela colocação do produto no mercado ou pela prestação do serviço (princípio da solidariedade legal entre os causadores de danos ao consumidor). Essa regra está prevista no parágrafo único do artigo 7º⁴² do CDC.

⁴² "Art. 7º - Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade. Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo." (BRASIL, 1990).

O princípio da solidariedade é a regra geral adotada no CDC, e também está previsto nos artigos 18 e 19 (responsabilidade por vício do produto e do serviço), e no § 1º do artigo 25, ao prever que “[...] tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo”.

Portanto, o consumidor que efetuar uma compra coletiva e tiver algum dano dela decorrente, poderá ajuizar ação cível contra o site de compra e contra o fabricante do produto ou fornecedor do serviço adquirido, pois ambos são responsáveis, solidariamente.

Resta clara, assim, a responsabilidade também do site de compra coletiva por danos ao consumidor, já que ele integra a relação de consumo como fornecedor de produtos e serviços.

Esse entendimento já encontra acolhida na jurisprudência do TJRS, cuja ementa segue abaixo transcrita:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. AQUISIÇÃO DE PACOTE TURÍSTICO EM SITE DE COMPRAS COLETIVAS. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. 1. Tratando-se de responsabilidade solidária entre empresas parceiras na venda de pacote turístico, não há de se cogitar de culpa exclusiva de terceiro capaz de afastar a responsabilidade da administradora do site de compras coletivas. 2. A restituição dos valores pagos pelo pacote decorre da não prestação do serviço respectivo, ao passo que o ressarcimento da quantia despendida pelo autor para viabilizar a viagem constitui prejuízo material derivado exatamente da falha perpetrada pela requerida. 3. No caso dos autos, é evidente que ocorreu falha na prestação do serviço, que privou a parte autora do gozo do pacote turístico adquirido cerca de um ano antes da data da viagem, que seria utilizado juntamente com outro para extensão da estadia no exterior, o que, conseqüentemente, causou-lhe prejuízos de ordem moral que extrapolam a condição de mero dissabor. Quantum indenizatório mantido. APELAÇÃO DA PARTE RÉ E RECURSO ADESIVO DA PARTE AUTORA DESPROVIDOS. (Apelação Cível

Nº 70068573476) (RIO GRANDE DO SUL, 2016a).⁴³

CONCLUSÕES

O comércio eletrônico vem crescendo aceleradamente nos últimos anos, devido ao avanço da tecnologia e da informática, permitindo o acesso dos consumidores aos bens e serviços, sem a necessidade da presença física dos contratantes.

É fato e do conhecimento dos usuários dos sites de compras coletivas que a internet trouxe benefícios ao consumidor ao aumentar sua liberdade de escolha, além das vantagens oferecidas, como: preços baixos, cupons com descontos, privacidade, inúmeras formas de pagamento, etc.

Ocorre que tudo tem um preço, e nesse tipo de relação de consumo o consumidor torna-se ainda mais vulnerável, tendo que recorrer ao Poder Público, através dos órgãos que compõem o SNDC - Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (PROCONs estaduais, Distrito Federal, municipais das capitais e promotorias de Defesa do Consumidor dos Estados) e/ou ao Judiciário para fazer valer seus direitos.

Como demonstrado no desenvolvimento do presente artigo, o Código de Defesa do Consumidor não apresenta normas que tratam especificamente das relações de consumo no comércio eletrônico, dificultando a aplicabilidade dos direitos do consumidor e dos deveres dos fornecedores virtuais, assim como o julgamento e a aplicação das sanções administrativas para quem descumprir a legislação consumerista.

Com o surgimento do Decreto nº 7.962/2013, que regulamentou a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, dispondo

⁴³ "No caso em comento, as partes celebraram contrato de compra e venda de quatro diárias de hotel com café da manhã em Miami e quatro dias de locação de veículo pelo valor de R\$ 699,00, através de cupom promocional da agência Luxor Viagens adquirido no site de compras coletivas da requerida, denominado Peixe Urbano. O pacote de viagens adquirido, entretanto, não foi confirmado por razões operacionais, exigindo a aquisição de outras diárias de hotel e locação de veículo para não frustrar a viagem programada há cerca de um ano. Na hipótese dos autos, a magistrada entendeu haver a responsabilidade solidária entre empresas parceiras na venda de pacote turístico, não havendo de se cogitar de culpa exclusiva de terceiro capaz de afastar a responsabilidade da administradora do site de compras coletivas. A decisão foi fundamentada nos artigos 7º e 25 do CDC.

sobre a contratação no comércio eletrônico, aparecem novas regras no ordenamento jurídico para tratar do assunto, colaborando para o julgamento dos sites de compras coletivas que não cumprirem com as suas obrigações frente ao consumidor, bem como os meios adequados para possibilitar o exercício ao direito de arrependimento, disposto no artigo 49 do CDC.

Assim, restando configurada a relação de consumo no comércio eletrônico, é plenamente aplicável o Código de Defesa do Consumidor, no que couber, em conjunto com as normas constantes no Decreto nº 7.962/2013, especialmente o direito de arrependimento previsto no artigo 49 do CDC, exceto nos casos em que não se evidenciar a presença do consumidor, de um lado, e fornecedor do outro.

Conforme se expôs no corpo do artigo, os sites de compras coletivas autointitulam-se como meros "intermediadores" entre o fornecedor e o consumidor, acreditando estarem isentos de qualquer responsabilidade pela venda de produtos e serviços aos consumidores, mas se enquadram no conceito de fornecedor do artigo 3º, *caput*, do CDC, e são responsáveis, solidariamente, junto com o fabricante do produto ou fornecedor do serviço adquirido, pelos danos causados ao consumidor, de acordo com o parágrafo único do artigo 7º do mesmo diploma legal.

O direito do consumidor para alcançar a efetividade preconizada no texto legal suscita uma adequada tutela administrativa. O Poder Público tem que agir de modo eficiente e produtivo no âmbito das relações de consumo. De nada adiantará elaborar a Política Nacional das Relações de Consumo e estruturar o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), bem como criar normas protetivas, se não houver uma atividade fiscalizatória e sancionadora, por parte dos órgãos de defesa do consumidor, para os fornecedores infratores da legislação consumerista.

A ineficiência da tutela administrativa pelos órgãos de defesa do consumidor afeta a proteção conferida aos consumidores pelo ordenamento jurídico pertinente e faz com que diversas questões escoem desnecessariamente para o campo judicial.

REFERÊNCIAS

ALBERTIN, Alberto Luiz. **Comércio Eletrônico: modelos, aspectos e contribuições de sua aplicação**. São Paulo: Atlas. 2002.

AQUINO JÚNIOR, Geraldo Frazão. As Vicissitudes Do Contrato No Comércio Eletrônico Globalizado. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 102 p. 67-120, nov. 2015.

Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 17 abril 2017.

BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. In: VADE MECUM Acadêmico do Direito. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei. 8.078 de 11 de setembro de 1990. In: VADE MECUM Acadêmico do Direito. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. **Decreto nº 5.903, de 20 de setembro de 2006**. Regulamenta a Lei nº 10.962, de 11 de outubro de 2004, e a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5903.htm>. Acesso em: 17 abril 2017.

BRASIL. **Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997**. Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC, estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, revoga o Decreto Nº 861, de 9 de julho de 1993, e dá outras providências.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2181.htm>. Acesso em: 17 abril 2017.

BRASIL. **Decreto nº 7.962, de 15 de março de 2013**. Regulamenta a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm>. Acesso em: 17 abril 2017.

BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm>. Acesso em: 17 abril 2017.

E-COMMERCE NEWS. **Compra Coletiva**. Disponível em:

<<https://www.ecommercenews.com.br/glossario/o-que-e-compra-coletiva>>. Acesso em: 06 maio 2017.

EBIT. Disponível em: <<http://www.ebit.com.br>>. Acesso em: 6 maio 2017.

LOBO, Paulo Luiz Neto. **Responsabilidade por Vício do Produto ou do**

Serviço. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 1996.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Comércio Eletrônico.** Tradução de Fabiano Menke. Notas de Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. Campo de Aplicação do CDC. In: BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor:** o novo regime das relações contratuais. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor,** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível N° 70068573476,** da 17ª Câmara Cível. Relator: Marta Borges Ortiz. Porto Alegre, 28 jul. 2016a. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 6 de maio de 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento N° 70070717111,** da 3ª Câmara Cível. Relator: Matilde Chabar Maia. Porto Alegre, 15 dez. 2016b. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 21 abril 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Recurso Cível N° 71006353486,** da 2ª Turma Recursal Cível, Turmas Recursais. Relator(a): Elaine Maria Canto da Fonseca. Porto Alegre, 12 abril 2017a. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 17 abril 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Recurso Cível N° 71006738801,** da 1ª Turma Recursal Cível, Turmas Recursais. Relator(a): Mara Lúcia Cocco Martins Facchini. Porto Alegre, 25 abril 2017b. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 17 abril 2017.

OS CONSÓRCIOS PÚBLICOS INTERMUNICIPAIS E O INTERESSE TRANSLOCAL⁴⁴

INTERCITY PUBLIC CONSORTIA AND THE TRANSLOCAL INTEREST.

Márcia Regina Zok da Silva⁴⁵

Resumo: O objetivo deste breve estudo está em apresentar de maneira sucinta a temática dos Consórcios Públicos Intermunicipais, na condição de instrumento de cooperação e execução de políticas públicas oriundas dos “interesses locais” dos diversos entes municipais que os compõem, reunidas em um único interesse, doravante denominado “translocal”, “interlocal”, “ultralocal”, etc. Tal arranjo intergovernamental tem previsão no art. 241 da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, norma de eficácia limitada que foi concretizada pela Lei Federal nº 11.107/2005, a Lei dos Consórcios Públicos, gênero da qual os Intermunicipais são espécie. Para fins de exposição didática, a história das constituições brasileiras e o respectivo modelo de Federalismo ora adotado em cada período serão o pano de fundo da apresentação. Dessa forma, em um primeiro momento, objetivando a compreensão do surgimento e evolução do Instituto cerne deste trabalho, será apresentado um breve painel histórico sobre o município brasileiro e seus assuntos intrínsecos, estes então representados pelo termo “peculiar interesse” e de que maneira, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (doravante CRFB/88), passaram a ser representados pelo termo “interesse local”. No segundo momento, já com o Município alçado à condição de ente federativo, ver-se-á como a combinação do nosso federalismo peculiar com a autonomia local (agora “interesse local”) e o Princípio da Subsidiariedade consolidaram os Consórcios Intermunicipais. No final, apresentar-

⁴⁴ Artigo elaborado a partir do Trabalho de Conclusão do Curso de Especialização em Direito do Estado do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob a orientação do Prof. Dr. Carlos Eduardo Dieder Reverbel, com conceito final “A”.

⁴⁵ Mestranda e Especialista em Direito do Estado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob a orientação do Prof. Dr. Carlos Eduardo Dieder Reverbel. Bacharel em Direito pela mesma Instituição. Oficial de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, atualmente lotada na Secretaria das Sessões do Tribunal Pleno.

se-ão as conclusões extraídas desse estudo, sem intenções de esgotar o tema, mas apenas de apresentar um panorama geral sobre o assunto.

Palavras-chave: Município. Princípio da subsidiariedade. Competência comum. Política. Interesse local. Interesse translocal. Consórcios públicos. Dignidade da pessoa humana.

Abstract: *The objective of this brief study is to briefly present the theme of the Intermunicipal Public Consortia, as a tool for cooperation and execution of public policies stemming from the "local interests" of the various municipal entities that compose them, united in a single interest, henceforth "Interlocal", "ultralocal", etc. This intergovernmental arrangement is foreseen in Article 241 of the Constitution of the Federative Republic of Brazil, 1988, a limited effectiveness rule that was implemented by Federal Law 11,107 / 2005, the history of the Brazilian constitutions and the respective model of Federalism adopted in each period will be the background of the presentation. Thus, in a first understanding of the emergence and evolution of the Institute at the heart of this work, will be presented a brief historical panel on the Brazilian municipality and its intrinsic subjects, which are then represented by the term "peculiar interest" and how, with the advent of the 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil (hereinafter CRFB / 88), represented by the term "local interest". In the second moment, with the Municipality elevated to the status of federative, we will see how the combination of our peculiar federalism with local autonomy (now "local interest") and the Principle of Subsidiarity consolidated the Intermunicipal Consortia. In the end, we will present the conclusions drawn from this study, with no intention of exhausting the theme, but only presenting an overview of the subject.*

Keywords: *Town. Principle of subsidiarity. Common racing. Politics. Local interest. Translocal interest. Public consortia. Human dignity.*

INTRODUÇÃO

O escopo do presente trabalho está na interação do chamado interesse intermunicipal (doravante também denominado interesse translocal, transmunicipal ou interlocal) com um instituto preexistente na história constitucional brasileira, embora sua regulamentação tenha se dado somente em 2005, por meio de uma Lei Ordinária Federal. Está-se falando do Consórcio Público Intermunicipal, instituto previsto no bojo do artigo

241⁴⁶ da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, introduzido pela Lei Federal n. 11.107, de 06 de abril de 2005, e por seu Decreto Regulador n. 6.017, de 17 de janeiro de 2007.

Um dos objetivos que fundamentam o referido trabalho está em relacionar os diplomas em comento com o denominado interesse translocal, de forma a conceituá-lo e fundamentá-lo sob a exegese dos princípios da Administração Pública, devidamente enumerados no caput do artigo 37⁴⁷, da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, doravante designada CRFB/88, além de princípios como a Subsidiariedade, o Federalismo⁴⁸, a Dignidade da Pessoa Humana⁴⁹ e o Bem Comum⁵⁰.

Outro objetivo deste estudo está na tentativa de demonstrar que a Federação brasileira, por meio de princípios como o da Subsidiariedade, concretiza os postulados administrativos modernos, a partir do entendimento que o conceito de interesse translocal, termo a ser discutido neste trabalho, encerra a essência do Princípio em comento, bem como dos demais postulados administrativos, expressos no caput do art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, doravante denominada CRFB/88.

Como pano de fundo está a história das constituições brasi-

⁴⁶ Art. 241 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de leis os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 nov. 2017.

⁴⁷ 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: [...]. BRASIL, 1988, op. cit.

⁴⁸ Art. 60 - A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...]§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma **federativa** de Estado; [...]. (grifo nosso). BRASIL, 1988, op. cit.

⁴⁹ Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a **dignidade da pessoa humana**; [...]. (grifo nosso). BRASIL, 1988, op. cit.

⁵⁰ Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV - promover o **bem de todos**, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (grifo nosso). BRASIL, 1988, op. cit.

leiras e o modelo de Federalismo adotado por cada uma delas. Dessa maneira, com vistas à compreensão do surgimento e evolução do instituto aqui discutido, será apresentado no primeiro plano um breve painel histórico sobre o município brasileiro e seus assuntos intrínsecos, os quais foram representados pelo termo “peculiar interesse” durante a maior parte da História e de que maneira, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (doravante CRFB/88), adquiriram a semântica do “interesse local”. No segundo plano, já com o Município brasileiro reconhecido como ente federativo, será exposta a discussão de como a combinação entre o nosso federalismo peculiar e a autonomia local (agora “interesse local”) e o Princípio da Subsidiariedade consolidou os Consórcios Intermunicipais.

Cabe salientar que a Forma de Estado (Unitária, quando nos períodos Colônia e Império, e Federal, quando da Proclamação da República até nossos dias) vigente em cada período servirá como embasamento teórico desta exposição, uma vez que os interesses das municipalidades parecem estar diretamente ligados ao federalismo pendular⁵¹ experimentado pelo Brasil ao longo de sua história, cuja repercussão a nível local ora concedia ao município autonomia máxima para o tratamento de assuntos que lhe dizem respeito – na condição de capacidade ou poder de gerir os próprios negócios, dentro de um círculo prefixado pela entidade superior⁵² –, ora a suprimia totalmente. Machado Horta chama de oscilação pendular a cada uma dessas nuances, pois tal evolução é marcada por fases de plenitude e períodos de queda e de negação⁵³. Ao final, apresentar-se-ão as conclusões extraídas do estudo.

1 O INTERESSE LOCAL: INTRODUÇÃO HISTÓRICA DO MUNICÍPIO

⁵¹ HORTA, Raul Machado. Direito Constitucional. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 450.

⁵² SILVA, José Afonso da. O Prefeito e o Município. Brasília: Serfnau, 1970. p. 21-22.

⁵³ HORTA, op. cit., p. 450.

1.1 O Município no Brasil Colônia

Carneiro Maia costumava afirmar que o Município brasileiro surgiu como fruto da necessidade, tendo em vista que a população que se aglomerava precisava de governo⁵⁴. Nesse contexto a primeira estrutura administrativa foi chamada de Corporações Municipais⁵⁵, com poderes de mando em mãos dos donatários, cuja sistematização ocorreu por meio do Regimento de 1548, por três níveis de poder, segundo Cezar Saldanha⁵⁶: o central ou soberano, centralizado nos moldes do Estado Nacional Moderno; o regional, constituído pela divisão em Capitânicas, sistema pouco efetivo, por razões adiante expostas; e o local, representado pelos Municípios (Cidades e Vilas), organização então transladada de Portugal.

O fortalecimento e desenvolvimento das estruturas político-administrativas locais de então (Corporações Municipais) ocorreram à custa do enfraquecimento da estrutura político-administrativa regional – a das Capitânicas Hereditárias. Essas estruturas, outrora implantadas em outras terras portuguesas – ilhas Madeira, Açores e Cabo Verde – não tiveram sucesso em solo sul-americano, em virtude de fatores exógenos à referida estrutura: falta de unidade entre os donatários⁵⁷, dificuldades de comunicação e falta de mecanismos de defesa causada pelas dimensões continentais do território brasileiro⁵⁸. Assim, coube às corporações resolverem suas demandas locais, por iniciativa própria, ou seja, sem o auxílio dos donatários ou até mesmo da Metrópole, embora estivessem subordinados aos interesses dela.

1.2 O Município no Brasil Império: Constituição de 1824

⁵⁴ CARVALHO, Austrícliano de. **Brasil Colônia e Brasil Império**. Rio de Janeiro: Jornal do Comércio, 1927. p. 322.

⁵⁵ MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição Brasileira de 1891**. Brasília: Senado Federal, 2005. p. 665.

⁵⁶ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **Constituições do Brasil**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002a. p. 16-17.

⁵⁷ CASTRO, José Nilo de. **Direito Municipal Positivo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 07.

⁵⁸ PAZZINATO, Alceu Luiz. SENISE, Maria Helena Valente. **História Moderna e Contemporânea**. São Paulo: Ática, 1992. p. 53.

Cezar Saldanha⁵⁹ entende que o objetivo inicial da Carta de 1824 foi o de conceder plena autonomia ao Município, visto que essa era a real situação das circunscrições locais do período. Nesse sentido, o art. 167⁶⁰ consolida as Câmaras de Vereação na condição de motor das municipalidades: “[...] em todas as Cidades, e Villas ora existentes, e nas mais, que para o futuro se crearem haverá Camaras, ás quaes compete o Governo economico, e municipal das mesmas Cidades, e Villas.”

No entanto, está no texto do art. 169⁶¹ a problemática que perduraria durante todo o período do Império e se estenderia por considerável parte da República brasileira: “[...] o exercicio de suas funcções municipaes, formação das suas Posturas policiaes, applicação das suas rendas, e todas as suas particulares, e uteis attribuições, serão decretadas por uma Lei Regulamentar.” Tal diploma é a Lei das Câmaras, considerada a primeira lei orgânica municipal brasileira⁶², pois configurou a organização municipal, por meio do rol estabelecido nos artigos 66 a 71⁶³ do supracitado diploma, de forma a sistematizar a organização das Câmaras Municipais, engessando-a: fixou o número de vereadores nas circunscrições, o qual passou a ser de nove nas Cidades e de sete nas Vilas.

Destarte, verifica-se que a plena autonomia dos interesses das municipalidades, inicialmente garantida na Constituição Imperial de 1824, foi reprimida pela Lei das Câmaras e, mais tarde, com o Ato Adicional (Lei 16), o qual engessou o modelo de Município e condicionou a autonomia local⁶⁴ à prévia deliberação das respectivas Assembleias Provinciais.

⁵⁹ SOUZA JUNIOR, 2002a, op. cit., p. 23.

⁶⁰ BRASIL, 1824, op. cit.

⁶¹ CASTRO, 1996, op. cit, p. 15.

⁶² “Art. 66 - Terão a seu cargo tudo quanto diz respeito á policia, e economia das povoações, e seus termos, pelo que tomarão deliberações, e proverão por suas posturas sobre os objectos seguintes:

⁶³ § 1º Alinhamento, limpeza, illuminação, e desempachamento das ruas, cães e praças, conservação e reparos de muralhas feitas para segurança dos edificios, e prisões publicas, calçadas, pontes, fontes, aqueductos, chafarizes, poços, tanques, e quaesquer outras construcções em beneficio commum dos habitantes, ou para decôre e ornamento das povoações.[...].” BRASIL. Lei Regulamentar (1828). **Lei das Câmaras**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-1-10-1828.htm>. Acesso em: 15 nov. 2017.

⁶⁴ MAXIMILIANO, op. cit., p. 26.

1.3 O Município na Constituição de 1891: surgimento do termo “peculiar interesse”

A inadequação institucional continuou presente na Carta Constitucional de 1891, através da importação equivocada de um modelo de Federalismo, o qual se mostrou incompatível com nossas instituições políticas de até então: o Federalismo de Competição. O referido tipo de Estado baseava-se, na sua gênese, na prerrogativa de conceder grande autonomia aos Estados-membros, por isso sendo também denominado Federalismo Clássico, Federalismo Dual⁶⁵ (parte da doutrina não concorda com esse termo) ou, ainda, Federalismo Norte-Americano, em virtude da autonomia concedida sem o correspondente aporte econômico, a fim de que os estados-membros pudessem prover, às expensas próprias, as necessidades de seu governo e administração⁶⁶. Tal técnica consistia na repartição de competências, de forma a especificar os poderes da União, deixando para os estados os demais poderes que não atribuiu à autoridade federal e nem vedados às autoridades estaduais⁶⁷.

Cezar Saldanha Souza Junior aponta que o citado modelo transladado possuía uma peculiaridade, a qual viria a repercutir na doutrina constitucional desse período, a saber, a referência expressa, no texto, à autonomia municipal⁶⁸, premissa cristalizada no texto do art. 68 da Carta de 1891⁶⁹: “[...] os Estados organizar-se-ão de forma que fique assegurada a autonomia dos Municípios em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse.”

O supracitado dispositivo⁷⁰ veio a concretizar a revogação

⁶⁵SCHWARTZ, Bernard. **El Federalismo Norteamericano Actual**. Traducción Juan Manuel Ruigómez. Madrid: Editorial Civitas, 1993. p. 40.

⁶⁶RAMOS, Dircêo Torrecillas. **O Federalismo Assimétrico**. São Paulo: Plêiade, 1998. p. 254.

⁶⁷ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1888**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 47.

⁶⁸SOUZAJUNIOR, 2002b, op. cit., p. 40.

⁶⁹BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 15 nov. 2017.

⁷⁰Art 2º - Cada uma das antigas Províncias formará um Estado e o antigo Município Neutro

da Lei das Câmaras, de maneira a conceder às (ex) Províncias o rol de competências para que essas pudessem estabelecer parâmetros gerais acerca da configuração estrutural dos municípios – segundo os cânones do tipo de Federalismo ora adotado – de maneira que as municipalidades pudessem tratar de seus assuntos conforme o seu peculiar interesse.

Entretanto, como consequência de tal política dual, a figura do Município, sob a Constituição de 1891, viu-se desprovida de uma atenção especial às suas necessidades intrínsecas, dado o tratamento precedente concedido pela União ao Estado-membro, no sentido do insumo econômico em déficit; destarte, a figura da municipalidade definiu em autonomia nesse período, em virtude de sua exclusão como integrante da Federação⁷¹, nem a previsão de competência tributária⁷² própria, a fim de que tivesse um mínimo de possibilidade de autodeterminação diante dos assuntos que lhe eram peculiares. Destarte, os municípios foram condenados a fazer quase ao abandono, durante este período inicial da vida republicana⁷³, de maneira a definir em prestígio, progresso e influência.

1.4 A Municipalidade na Constituição de 1934 e a adaptação do modelo de Federalismo

A adaptação do modelo de Federalismo consistiu na principal contribuição da Constituição Federal de 1934: de competitivo, o subtipo de Estado passou a adquirir contornos cooperativos, através da adição de uma nova técnica de repartição de competências. Até então, a fonte adotada, de caráter norteamericano, assentava-se sobre uma técnica horizontal, a qual tinha por pressuposto a existência de competências enumera-

constituirá o Distrito Federal, continuando a ser a Capital da União, enquanto não se der execução ao disposto no artigo seguinte. *Ibid.*

⁷¹ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **Consenso e Constitucionalismo no Brasil**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002a. p. 67.

⁷² *Ibid.*, p. 67.

⁷³ BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 363.

das e remanescentes, tal como se separasse setores no horizonte governamental⁷⁴, ou seja, era uma divisão de matérias.

No plano local, a adoção dos critérios de cooperação cristalizou-se na concessão de competências, em especial a tributária, conforme a redação do inciso II do caput do art. 13⁷⁵, embora o Município ainda não fosse tido na condição de ente federado, posto a prerrogativa desse ente em orientar-se pelas diretrizes da União, dos estados-membros e do Distrito Federal. Para Sílvia Faber Torres, tal nova técnica foi possível por meio da adição da ideia de cooperação⁷⁶ aos já existentes princípios federativos de autonomia e de participação, oriundos do federalismo clássico. Essa nova técnica, denominada competência concorrente, consistia em uma técnica vertical de repartição, de maneira a possibilitar que a União delegasse ao Município o trato de assuntos de peculiar interesse deste, embora condicionasse à edição de normas gerais⁷⁷.

Consequentemente, não houve uma substituição de uma técnica por outra, mas sim, a adoção de mais de um tipo de procedimento, ou seja, não suprimiu as preexistentes competências enumeradas e remanescentes, mas apenas houve o acréscimo da competência concorrente. Tal mescla faz-se presente até hoje, abrindo espaço para ações conjuntas entre União, estados e municípios⁷⁸. Em que pese tal inovação, observa-se que a autonomia do Município em gerir assuntos a ele peculiares estava vinculada ao interesse de outro ente, nesse caso da esfera regional, na forma da alínea do inciso I do art. 7º, da CRFB de 1934⁷⁹, pois as municipalidades ainda estavam na condição de assunto interno dos estados-membros.

⁷⁴ TORRES, Luis Cláudio Alves. A Repartição de Competências no Estado Federal. **Boletim Informativo Ad Judicia**, Juiz de Fora, v.1, n.6, p. 03, 2005.

⁷⁵ "Art 13 - Os Municípios serão organizados de forma que lhes fique assegurada a autonomia em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse; e especialmente: [...] II - a decretação dos seus impostos e taxas, a arrecadação e aplicação das suas rendas.". BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 15 nov. 2017.

⁷⁶ TORRES, Sílvia Faber. **O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 219-220.

⁷⁷ ALMEIDA, op. cit., p. 55-56.

⁷⁸ SOUZA JUNIOR, 2002b, op. cit., p. 47.

⁷⁹ "Art 7º - Compete privativamente aos Estados: I - decretar a Constituição e as leis por que se devam reger, respeitados os seguintes princípios: [...] d) autonomia dos Municípios; [...]". BRASIL, 1934, op. cit.

Essa tendência, de caráter centralizador, revelou-se crescente no período seguinte, levando a esfera federal a restringir cada vez mais a atuação do plano estadual e do âmbito local, principalmente no tocante à matéria tributária e à eletividade do Chefe do Executivo local, respectivamente.

1.5 O “peculiar interesse” do Município brasileiro na Constituição de 1937

Nesse período, a forma federativa foi apenas nominal, em virtude da conjuntura histórica do período, caracterizada pelo fechamento político, tendo sido abolida pelo Decreto-Lei nº 1202, de 8 de abril de 1939. Esse diploma legalizou a forma de Estado Centralizada (ou Unitária), fato o qual, na prática, já vinha ocorrendo, apesar da previsão do art. 3º⁸⁰, que atribuía ao Estado brasileiro a Forma Federativa. Nesse mesmo sentido, Arthur Machado Paupério⁸¹ afirma que a Constituição de 1937 não teve vigência nos Estados-membros e nem nos Municípios, pois esses não foram por contemplados por tal Carta. No que tange aos Municípios, o referido Decreto era uma espécie de Lei Orgânica Unificada, em virtude da uniformidade imposta pela União à auto-organização local. Tal fiscalização à uniformidade era exercida pelo Interventor, em âmbito estadual, e pelos conselhos de administração, em âmbito local. Ainda no plano municipal, a centralização de poderes acima referida foi concretizada através da cassação da eletividade do Chefe do Executivo local, cuja nomeação ficara então a encargo do Interventor, conforme o art. 27⁸².

⁸⁰ “Art 3º - O Brasil é um Estado federal, constituído pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. É mantida a sua atual divisão política e territorial. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de Novembro de 1937.”. BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937**.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 16 nov. 2017.

⁸¹ PAUPÉRIO, Arthur Machado. **O Município e seu Regime Jurídico no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973. p. 66.

⁸² “Art 27 - O Prefeito será de livre nomeação do Governador do Estado.”. BRASIL, 1937, op. cit.

Assim, embora houvesse previsão expressa que garantia a autonomia local, por meio da alínea b do art. 26, no que se refere às rendas próprias e à organização dos serviços públicos, na prática, verifica-se que essa prerrogativa não existiu, pois o Prefeito fazia parte de um sistema de subalternidade nacional⁸³, no qual ele não era nada mais que um preposto do Interventor que, por sua vez, era um subalterno da Presidência da República, de forma a transformar os municípios em instrumentos hábeis para a consecução dos planos provinciais dos políticos interessados no governo do Estado.⁸⁴

1.6 O “peculiar interesse” e a Teoria Municipalista na Constituição de 1946

A Carta de 1946, na opinião de Cezar Saldanha, por exemplo, caracteriza-se por ser uma reação ao Estado Novo e a tudo o que ele representava⁸⁵, em virtude de um rompimento institucional com o período anterior, que se deu mediante a restauração da Federação brasileira aos moldes da Federação de 1934. Tais moldes, conforme expõe Fernanda Dias Menezes de Almeida⁸⁶, consistem na implantação da já referida técnica mesclada de competências, por meio da qual as enumeradas ficaram para a União e as remanescentes para os estados-membros, de forma que a denominada concorrente apenas preenchia de maneira supletiva e complementar o tratamento de determinadas matérias, através de Lei Complementar editada pela União. Salienta-se que, até então, inexistia a competência comum na Federação brasileira.

O Município recebeu papel relevante nessa nova ordem institucional, pois além do reestabelecimento de sua autonomia local pelo art. 28⁸⁷, a ele foram atribuídas competências em

⁸³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 38-39.

⁸⁴ PAUPÉRIO, op. cit., p. 60.

⁸⁵ SOUZA JUNIOR, 2002b, p. 58.

⁸⁶ ALMEIDA, op. cit., p. 57.

⁸⁷ Art 28 - A autonomia dos Municípios será assegurada: I - pela eleição do Prefeito e dos Vereadores; II - pela administração própria, no que concerne ao seu peculiar interesse e, especialmente,

matéria tributária, na forma da alínea a do art. 28⁸⁸, cuja prerrogativa estava em um sistema de arrecadação oriundo das áreas mais desenvolvidas para as regiões mais pobres, com liberdade na gerência do produto arrecadado, conforme a redação do § 2º⁸⁹, do inciso VI, do art. 15 da Constituição. Assim, tais disposições trazidas pela Carta de 1946 prestigiaram o Município como nenhuma tinha ainda feito⁹⁰, de maneira a tornar a Constituição de 1946 a mais municipalista⁹¹ das Constituições de até então. Essa nova configuração institucional foi possível graças à Teoria do Estado Municipalista⁹², de Yves de Oliveira, formulada a partir determinadas premissas.

Em que pese tal prestígio, pode-se afirmar que a autonomia das municipalidades do período de 1946 era deficitária à de períodos anteriores, podendo ser apontadas como causas o não reconhecimento desses entes locais como entes federati-

a) à decretação e arrecadação dos tributos de sua competência e à aplicação das suas rendas; b) à organização dos serviços públicos locais. § 1º - Poderão ser nomeados pelos Governadores dos Estados ou dos Territórios os Prefeitos das Capitais, bem como os dos Municípios onde houver estâncias hidrominerais naturais, quando beneficiadas pelo Estado ou pela União. § 2º - Serão nomeados pelos Governadores dos Estados ou dos Territórios os Prefeitos dos Municípios que a lei federal, mediante parecer do Conselho de Segurança Nacional, declarar bases ou portos militares de excepcional importância para a defesa externa do País.". BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946**.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>.

Acesso em: 18 nov. 2017.

⁸⁸ "Art 28 - A autonomia dos Municípios será assegurada: [...] II - pela administração própria, no que concerne ao seu peculiar interesse e, especialmente, a) à decretação e arrecadação dos tributos de sua competência e à aplicação das suas rendas;". Ibid.

⁸⁹ "Art 15 - Compete à União decretar impostos sobre: [...] VI - negócios de sua economia, atos e instrumentos regulados por lei federal. § 2º - A tributação de que trata o nº III terá a forma de imposto único, que incidirá sobre cada espécie de produto. Da renda resultante, sessenta por cento no mínimo serão entregues aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, proporcionalmente à sua superfície, população, consumo e produção, nos termos e para os fins estabelecidos em lei federal.". Ibid.

⁹⁰ SOUZA JUNIOR, 2002b, op. cit., p. 59.

⁹¹ PAUPÉRIO, op. cit., p. 73.

⁹² "I - Descentralização política e administrativa em três graus: União, Estados-membros e Municípios. II - Autonomia municipal constituindo um dos princípios constitucionais da União, art. 7º - VII, letra e. III - Discriminação de rendas passando a ser matéria específica da Carta Magna. IV - Existência de poderes (sic) constituintes nas três esferas de Governo (sic): União, Estados-membros e Municípios. V - Princípios da autonomia municipal assegurados e definidos pela Constituição."

OLIVEIRA, Yves de. República Municipalista: fundamentos preliminares e estruturais. **Revista Brasileira dos Municípios**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 63/64, p. 202, jul. dez. 1963. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/180/rbm_1963_v16_n63_n64_jul_dez.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2017. 87

vos e a criação dos Departamentos das Municipalidades, Autarquias Estaduais criadas pelo art. 24⁹³ cuja função planejada pelo constituinte era a de prestação de auxílio técnico em matéria tributária, objetivando o fortalecimento das finanças locais.

Embora gozassem de um maior rol de assuntos de “peculiar interesse”, os municípios desse período ainda não eram entes federativos. A autonomia que dispunham, na Constituição de 1946, era inédita em quantidade, em virtude do acréscimo em número de matérias; em qualidade pois, pela primeira vez, os interesses dos municípios não estavam diretamente atrelados aos da União⁹⁴ ou dos estados-membros da circunscrição a que pertenciam: os Departamentos das Municipalidades, apesar de consistirem em órgãos estaduais, eram expressamente proibidos de interferirem nas autonomias municipais⁹⁵, sob pena de intervenção federal⁹⁶.

1.7 A supressão dos interesses municipais na Constituição de 1967: a EC 01/69⁹⁷

Conforme Cezar Saldanha⁹⁸, a Constituição de 1967 tirou a legitimidade das conquistas da Carta de 1946, através da concentração de poderes pelo ente federal, assim como foi no período do Estado Novo, de maneira a aumentar o rol de competências enumeradas em torno deste ente central e, conseqüentemente, suprimir a autonomia de estados-membros e municípios. Embora houvesse menção expressa à

⁹³ “Art. 24. É permitida ao Estado a criação de órgão de assistência técnica aos Municípios.”. BRASIL, 1946, op. cit.

⁹⁴ “Art. 7º - O Governo federal não intervirá nos Estados salvo para: [...] VII - assegurar a observância dos seguintes princípios: [...] e) autonomia municipal;”. Ibid.

⁹⁵ “Art 23 - Os Estados não intervirão nos Municípios, senão para lhes regularizar as finanças, quando: [...]”. BRASIL, 1946, op. cit.

⁹⁶ PAUPÉRIO, op. cit., p. 75.

⁹⁷ Teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformado, a começar pela denominação que se lhe deu: Constituição da República Federativa do Brasil, enquanto que a de 1967 chamava-se apenas de Constituição do Brasil. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 87.

⁹⁸ SOUZA JUNIOR, 2002b, p. 68.

autonomia local, na prática, foram avocadas pela União as capacidades de autogoverno⁹⁹, autoadministração¹⁰⁰ e auto-organização¹⁰¹, de maneira a resultar na supressão da forma de Estado Federal.

No que concerne ao autogoverno, ou seja, referente à capacidade do município em escolher seus representantes, a limitação de competências deu-se pela possibilidade de nomeação do Chefe do Executivo conforme o art. 16, § 1º, alíneas a e b¹⁰², da Constituição de 1967 e, mais tarde, conforme o art. 3º¹⁰³ da Constituição de 1969 com a nomeação de interventores nos Municípios feita diretamente pelo Presidente da República.

Referente à autoadministração, o Município viu reduzida tal capacidade, principalmente no que tange às matérias tributária e financeira, pressupostos para sua auto-organização. Assim, por meio do art. 24, II¹⁰⁴, da Constituição de 1969, o Município viu-se destituído da maioria das competências tributárias e financeiras que possuía até então, cuja titularidade

⁹⁹ "Art 16 - A autonomia municipal será assegurada: I - pela eleição direta de Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores realizada simultaneamente em todo o País (sic), dois anos antes das eleições gerais para Governador, Câmara dos Deputados e Assembleia Legislativa; [...]". BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 18 nov. 2017.

¹⁰⁰ "Art 16 - A autonomia municipal será assegurada: [...] II - pela administração própria, no que concerne ao seu peculiar interesse, especialmente quanto: [...]". Ibid.

¹⁰¹ "Art 15 - A criação de Municípios, bem como sua divisão em distritos, dependerá de lei estadual. A organização municipal poderá variar, tendo-se em vista as peculiaridades locais.". Ibid.

¹⁰² "[...] § 1º - Serão nomeados pelo Governador, com prévia aprovação: a) da Assembléia Legislativa, os Prefeitos das Capitais dos Estados e dos Municípios considerados estâncias hidromineiras em lei estadual; b) do Presidente da República, os Prefeitos dos Municípios declarados de interesse da segurança nacional, por lei de iniciativa do Poder Executivo." Ibid.

¹⁰³ "Art. 3º - O Presidente da República, no interesse nacional, poderá decretar a intervenção nos Estados e Municípios, sem as limitações previstas na Constituição. Parágrafo único - **Os interventores nos Estados e Municípios serão nomeados pelo Presidente da República e exercerão todas as funções e atribuições que caibam, respectivamente, aos Governadores ou Prefeitos**, e gozarão das prerrogativas, vencimentos e vantagens fixados em lei". (grifo nosso). BRASIL. **Ato Institucional nº 05, de 13 de dezembro de 1968a**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm>. Acesso em: 18 nov. 2017.

¹⁰⁴ "Art. 24 - Compete aos municípios instituir impôsto sôbre: [...]. II - serviços de qualquer natureza não compreendidos na competência tributária da União ou dos Estados, definidos em lei complementar.". BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 18 nov. 2017.

passou a ser matéria de um Decreto-Lei editado pela União¹⁰⁵.

A organização municipal também sofreu redução: antes, com a Constituição de 1946, havia o Departamento das Municipalidades, órgão estadual incumbido de prestar auxílio técnico aos municípios e ao qual era vedada a interferência na autonomia local; a partir de 1967, essa capacidade de auto-organização local passou a ser definida por Lei Complementar também editada pela União, conhecida por Lei Orgânica dos Municípios¹⁰⁶.

1.8 A Constituição Cidadã e a mudança de paradigma das municipalidades, de “peculiar interesse” para “interesse local”

A promulgação da Constituição de 1988 alinhou-se às aberturas políticas que vinham ocorrendo desde a década de 70. Em que pese o caráter democrático que a cerca, a nova Carta não foi produto de um consenso entre a sociedade (não foi por ela referendada, como foi a da Espanha)¹⁰⁷, mas sim, de um compromisso dentre os diversos setores que a elaboraram, além de outros fatores que, conjuntamente, contribuíram para a inclusão final do Município como ente federado, na Tríplice Estrutura¹⁰⁸ do Federalismo brasileiro, ao lado da União e dos estados-membros¹⁰⁹.

¹⁰⁵ BRASIL. **Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968b**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0406.htm>. Acesso em: 18 nov. 2017.

¹⁰⁶ “Art. 14 - Lei complementar estabelecerá os requisitos mínimos de população e renda pública, bem como a forma de consulta prévia às populações, para a criação de municípios. Parágrafo único. A organização municipal, variável segundo as peculiaridades locais, a criação de municípios e a respectiva divisão em distritos dependerão de lei.”. BRASIL. **Lei Complementar nº 01, de 09 de novembro de 1967**. Lei Orgânica do Município. Estabelece os requisitos mínimos de população e renda pública e a forma de consulta prévia às populações locais, para a criação de novos municípios. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lleicom/1960-1969/lleicomplementar-1-9-novembro-1967-364990-norma-pl.html>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

¹⁰⁷ SOUZA JUNIOR, 2002a, op. cit., p. 150.

¹⁰⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 41.

¹⁰⁹ “Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]”. (grifo nosso). BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 19 nov. 2017.

Tais fatores consistem principalmente (1) nos estudos elaborados pela Subcomissão da União, por meio dos quais foi introduzida a competência comum, seguindo a técnica da Lei Fundamental de Bonn; (2) no Princípio da Subsidiariedade; (3) no anteprojeto feito pela Subcomissão de Tributos, Participação e Distribuição das Receitas; (4) pelo relatório da Subcomissão dos Municípios. Ao final desses estudos e com a promulgação da Constituição de 1988, o Município não apenas foi incluído como ente na Estrutura Federal brasileira (agora Tríplice)¹¹⁰, realidade há muito tempo perceptível, como também sua autonomia ganha nova interpretação semântica e teleológica, inédita até então, através da alteração no texto constitucional do termo “Peculiar Interesse” em lugar do termo “Interesse Local”¹¹¹.

A partir dos estudos feitos pela Subcomissão da União¹¹², uma nova técnica de repartição de competências (1) foi somada às preexistentes, a saber, a Competência Comum, positivada nos dezesseis incisos do art. 23 da CFRB/88. Importada da Lei Fundamental de Bonn¹¹³, a introdução dessa técnica na estrutura federativa brasileira inaugura o modelo denominado de Federalismo Cooperativo Democrático¹¹⁴, cuja premissa está no rol de funções compartilhadas entre os três entes federativos, de viés cooperativo e não legislativo. Consequentemente, há desconcentração de poderes em mãos da União, de maneira que as ações conjuntas entre os três entes da Federação passaram então a ser executadas segundo o Princípio da Subsidiariedade, cuja definição, segundo Baracho, não comportaria uma significação precisa¹¹⁵.

¹¹⁰ FERREIRA FILHO, 2001, op. cit, p. 41.

¹¹¹ “Art. 30 - Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de **interesse local**; [...]” (grifo nosso). BRASIL, 1988, op. cit.

¹¹² BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. **Anteprojeto da Subcomissão da União, Distrito Federal e Territórios**. Brasília, DF: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987. p. 08. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-90.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

¹¹³ HORTA, op. cit., p. 481.

¹¹⁴ BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta**: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 435.

¹¹⁵ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O Princípio de Subsidiariedade: conceito e evolução. In: DESENVOLVIMENTO Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional: estudos jurídicos em homenagem ao professor Washington Peluso Albino de Souza. Porto Alegre: Fabris, 1995. p. 118.

Em que pese tal imprecisão conceitual, Sílvia Faber Torres entende que o (2) Princípio da Subsidiariedade teria três objetivos¹¹⁶: o de fundamentar a função subsidiária do Estado em relação à sociedade; o de indicar parâmetros de repartição de competências entre as autoridades públicas ou privadas de diversos níveis e, por fim, o de nortear o âmbito de atuação estatal. Quando cotejado à cláusula do Interesse Local, é possível afirmar que esse princípio aponta, no caso concreto, a qual ente federativo caberia primariamente o tratamento de determinada matéria de competência comum, legitimando o modelo de Federalismo Cooperativo Democrático¹¹⁷.

Seria insuficiente declarar o Município como ente da Federação e incluí-lo no art. 1º, ao lado da União e dos estados-membros, se a ele também não coubessem competências tributárias próprias, na forma do art. 156 da Constituição¹¹⁸. A redistribuição de matérias financeiro-tributárias, iniciada com as Emendas à Constituição de 1969, desembocou no (3) anteprojeto da Subcomissão de Tributos, Participação e Distribuição das Receitas¹¹⁹, tendo como objetivos a Justiça Social e o Desenvolvimento Equilibrado entre as Regiões do País¹²⁰. Ao serem aplicados aos municípios, tais objetivos concretizaram-se no princípio do equilíbrio entre a receita arrecada e os serviços efetiva e eficazmente prestados aos munícipes, dentro dos assuntos de inseridos no rol da Competência Comum e no limite do Interesse Local, com vistas à diminuição das diferenças socioeconômicas entre cada pessoa daquele grupo local,

¹¹⁶ TORRES, S.F., op. cit., p. 37.

¹¹⁷ ALMEIDA, op. cit., p. 66.

¹¹⁸ Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre: I - propriedade predial e territorial urbana; 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; III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)". BRASIL, 1988, op. cit.

¹¹⁹ BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. **Anteprojeto da Subcomissão de Tributos, Participação e Distribuição das Receitas**. Brasília, DF: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-150.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

¹²⁰ Ibid., p. 2.

bem como ao desenvolvimento conjunto do referido grupo perante outros.

Por fim, (4) os trabalhos da Subcomissão dos Municípios¹²¹ deram o embasamento para (a) o reestabelecimento da Tríplice Capacidade do Município¹²² – prerrogativa suprimida pela Constituição de 1969 -, e (b) para a inédita introdução no texto constitucional de 1988 da cláusula do Interesse Local, como sinônimo de autonomia municipal. É necessário salientar que a redação original do referido Anteprojeto falava em “interesse municipal predominante” no inciso I do caput do art. 9º¹²³, e em “peculiar interesse” no §1º¹²⁴ do caput do mesmo artigo, termos os quais foram posteriormente substituídos na redação final pela expressão “interesse local” – art. 30, I, da Constituição de 1988, por razões adiante explicitadas.

No que tange à (a) Tríplice Capacidade do Município¹²⁵, requisito essencial para a efetividade da competência do Interesse Local, a Constituição de 1988 devolveu aos municípios a eletividade do Prefeito (inciso I¹²⁶ do art. 29 – autogoverno), o poder derivado decorrente dos municípios em editarem suas Leis Orgânicas, se organizando da maneira que lhes convier (caput do art. 29¹²⁷ – auto-organização) e a aplicação das suas rendas e a administração de seus serviços municipais (art. 30¹²⁸, incisos III e V – autoadministração).

¹²¹ BRASIL, 1987b, op. cit.

¹²² MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014. p. 288.

¹²³ “Art. 9º. Compete privativamente aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse municipal predominante; [...]”. BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. **Anteprojeto da Subcomissão de Tributos, Participação e Distribuição das Receitas**. Brasília, DF: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-150.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

¹²⁴ “§ 1º. As atribuições dos Municípios poderão variar segundo as particularidades locais, sendo, entretanto, de sua competência exclusiva os serviços e atividades que digam respeito ao seu peculiar interesse, tais como: [...]”. Ibid.

¹²⁵ MORAES, op. cit., p. 288.

¹²⁶ “[...] I - eleição do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos Vereadores, para mandato de quatro anos, mediante pleito direto e simultâneo realizado em todo o País; [...]”. BRASIL, 1988, op. cit.

¹²⁷ “Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: [...]”. Ibid.

¹²⁸ “Art. 30. Compete aos Municípios: [...] III - instituir e arrecadar os tributos de sua competência,

A autonomia municipal sob a Constituição de 1988 é considerada o somatório dos fatores (a) e (b) supramencionados, resultando na cláusula do “Interesse Local”, cujo campo semântico difere em parte ao da cláusula até então vigente, a do “Peculiar Interesse”. O “Peculiar Interesse” foi concebido em um modelo de Federalismo Clássico (Constituição de 1891), composto por somente dois entes federados e com o agravante da União (ente central) ter enumerado para si a maior parte das funções em detrimento dos entes periféricos. Até 1988, o Município não integrava formalmente a federação brasileira, estrutura a qual era vista do topo para a base, com a União ditando as regras, pois era quem enumerava as competências aos Estados, quando não as tomava totalmente para si; além disso, a União estabelecia um rol comum de funções a todos os municípios, desconsiderando as realidades locais, assimétricas entre si.

A Constituição de 1988 inverteu esse paradigma, ao (1) redistribuir as competências avocadas pela Constituição de 1969, (2) ao instituir a técnica da Competência Comum entre os três entes, e (3) ao incluir o Município como ente-base da nova Federação brasileira, cuja estrutura passou a ser vista sob um novo prisma: de baixo para cima, ou seja, com os municípios na base e a União no topo. Com a redistribuição de competências advinda do Pacto Federativo, o novo ente federado passou a ter na cláusula do Interesse Local seu “mínimo intangível”¹²⁹ de competências, condição essencial para o tratamento adequado de seus assuntos, complementada com a competência do inciso II do art. 30¹³⁰, no sentido de suplementar a legislação federal e a estadual no que couber.

Assim, a partir da constatação de realidades locais assimétricas, complementada com a instituição desse mínimo intangível de funções locais, pode-se perceber que há interesses

bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei; [...]; V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial; [...]”. *Ibid.*

¹²⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 356.

¹³⁰ BRASIL, 1988, op. cit.

além do local, denominados interesses ultra-locais por Cezar Saldanha¹³¹. Tais interesses, contudo, não se restringem a um mero somatório dos interesses locais, tampouco se concretizam apenas nos Consórcios Públicos Intermunicipais, alcançando ainda outros terrenos não discutidos neste trabalho.

2 O “INTERESSE TRANSLOCAL” E OS CONSÓRCIOS INTERMUNICIPAIS: CONCEITO, EVOLUÇÃO E INTEGRAÇÃO DOS “INTERESSES LOCAIS”

2.1 Panorama histórico do Instituto na federação brasileira: as Associações de Municípios na Constituição de 1891

A apresentação de um segundo quadro histórico é importante pois o interesse translocal também sofreu influência da pendular autonomia experimentada pelo ente municipal ao longo de nossa história constitucional, cuja evolução foi¹³² “[...] marcada por fases de plenitude e períodos de queda e de negação”. Assim¹³³, “[...] a criação deste tipo de associação independente de sua menção explícita nas leis constitucionais, já que os municípios podem, em qualquer tempo, criá-las, desde que gozem de autonomia quanto à organização de seus serviços.”

Para Hely Lopes Meirelles, tal Instituto atualmente seria uma espécie de Autarquia Inter Federativa¹³⁴, a partir do entendimento que, na forma do §1º do art. 6º¹³⁵ da Lei Federal n.º 11.107/2005, um Consórcio que assuma personalidade de pessoa jurídica de direito público integrará a Administração

¹³¹ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. Autonomia Municipal e Subsidiariedade: competência constitucional do município. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre**, Porto Alegre, n. 20, p. 19, nov. 2006.

¹³² HORTA, op. cit., p. 450.

¹³³ TAVARES, Hermes. Planejamento Microrregional e Consórcios Intermunicipais. **Revista de Administração Municipal**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 144, p. 53-64, 1992.

¹³⁴ MEIRELLES, op. cit., p. 379.

¹³⁵ “Art. 6º - O consórcio público adquirirá personalidade jurídica: [...]; § 1º O consórcio público com personalidade jurídica de direito público integra a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados.”. BRASIL. **Lei nº 11.107, de 06 de abril de 2005**. Lei dos Consórcios Públicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/11107.htm>. Acesso em: 22 nov. 2017.

Pública Indireta de cada um dos entes consorciados, ainda que estes sejam de distintas esferas federativas.

Consequentemente, a autonomia intermunicipal também acompanhou as nuances dos modelos federativos expostos no primeiro capítulo, carecendo de reconhecimento. Ainda assim, desde a 1ª República, tem-se observado a existência de associações entre municípios, ainda que não com os atuais contornos, os quais cresceram e evoluíram à sombra da Federação, estando diretamente ao modelo vigente relacionados, como salientado.

Na 1ª Constituição Federal brasileira, com o Brasil adotando o modelo norte-americano de federalismo, sem que o ente municipal integrasse a federação brasileira, modelo este então chamado Dual, Clássico, ou de Competição - devido à característica de centralização das competências pelo ente central (União), com reduzido espaço de atuação dos entes periféricos, os estados-membros -, havia uma marcada e nítida separação entre as competências estaduais e federais (repartição somente horizontal); “[...] cabia ao poder central o expresso, e ao parcial, as competências residuais”¹³⁶.

Nesse contexto de competências enumeradas para o ente Central e remanescentes para os entes estaduais, os atuais Consórcios (então Associações) eram considerados uma espécie de contratos que, se celebrados entre municípios, precisavam ainda da prévia aprovação do Estado a que pertenciam e/ou da União, pré-requisito que não existe atualmente, pois os entes locais têm autonomia para constituírem Consórcios Públicos, independente de autorização prévia da União ou do(s) estado(s)-membro(s) a que configurarem como consorciados¹³⁷, pois hoje tal prerrogativa está prevista na Constitui-

¹³⁶ SCHWARTZ, op. cit., p 19.

¹³⁷ “Art. 2º - Para os fins deste Decreto, consideram-se: [...]; II - área de atuação do consórcio público: área correspondente à soma dos seguintes territórios, independentemente de figurar a União como consorciada:

a) dos Municípios, quando o consórcio público for constituído somente por Municípios ou por um Estado e Municípios com territórios nele contidos; [...]”. BRASIL. **Decreto nº 6.017, de 17 de janeiro de 2007**. Regulamenta a Lei no 11.107, de 6 de abril de 2005, que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6017.htm>. Acesso em: 22 nov. 2017.

ção Federal.

No caso dos municípios existentes por ocasião das Constituições de 1891 e de 1934, a prerrogativa acima estava embasada no entendimento de que os peculiares-interesses desses entes consistiam em assunto interno dos estados-membros a que pertenciam, sendo os Consórcios Públicos (então denominados Associações de Municípios) previstos somente nas Constituições dos estados-membros, inexistindo previsão expressa na Constituição Federal de então. A Constituição Estadual de São Paulo, de 1891, é exemplo, cujo art. 56¹³⁸ previa as chamadas Associações de Municípios, cuja validade estava condicionada à aprovação do Congresso Nacional; assim, embora o Estado brasileiro por ocasião da República Velha fosse federado, o que se observava, na prática, eram resquícios do período histórico anterior, no qual o poder político estava concentrado em mãos da esfera federativa central.

2.2 As Associações de Municípios na Constituição de 1934

O Interesse das Associações de Municípios, na vigência da Carta de 1934, embora tenha sido mantido dentro da órbita de atuação e aprovação dos estados-membros¹³⁹, sofreu influência do contexto político de então, o qual levou à necessidade de adaptação ao modelo de Federalismo até então vigente. A Crise da Bolsa de Nova York e a posterior Política do "New Deal" ocasionaram uma maior intervenção do Estado na economia.

Até então, a máxima do "Laissez-Faire" era de que o mercado econômico se autorregulava, sendo praticamente prescin-

¹³⁸ "Art. 56. As municipalidades poderão associar-se para a realização de quaisquer melhoramentos, que julguem de **comum interesse**, dependendo, porém, de aprovação do Congresso as resoluções que nesse caso tomarem". (grifo nosso). BRASIL, 1891, op. cit.

¹³⁹ BRASIL. Casa Civil. Subchefia de Assuntos Jurídicos. **Ciclo de palestras do Centro de Estudos da Subchefia de Assuntos Jurídicos**: a Lei de Consórcios Públicos (Lei nº. 11.107, de 6 de abril de 2005) Brasília, 3 de maio de 2005. Disponível em: <<http://docslide.com.br/documents/presidencia-da-republica-subchefia-de-assuntos-juridicos-da-casa-civil-centro-de-estudos-ciclo-de-palestras-do-centro-de-estudos-da-subchefia-de-assuntos.html>>. Acesso em: 11 jan. 2016. p. 09.

dível a atuação estatal. Com a quebra da Bolsa, milhares de cidadãos perderam seus empregos, ficando na miséria, de maneira que se fez necessária a intervenção do Estado com vistas a evitar o colapso total, bem como uma iminente mudança para o Modo de Produção Socialista. Assim, várias políticas sociais foram inseridas pelos norte-americanos, das quais o "New Deal" se fez a mais conhecida. Tais políticas concederam os primeiros direitos sociais ao povo e influenciaram o restante do mundo a fazer o mesmo.

No Brasil, a Constituição de 1934 é reflexo da política norte-americana, de maneira que houve uma adaptação do modelo federalista, adotado até então: o Dual/Competitivo passou a ser chamado de Cooperativo Autoritário, pois embora esse modelo tenha desconcentrado poderes da União, a maioria das matérias ainda permaneceu com essa esfera.

A contribuição desse modelo de Federalismo para as Associações de Municípios está na redistribuição das competências financeiras e tributárias, que se desconcentraram do eixo central (União) e foram realocadas para estados e municípios, embora a autonomia desses continuasse assunto interno¹⁴⁰ dos entes regionais. Com essa redistribuição de competências financeiras, foi possível um maior desenvolvimento dos Interesses do Município e, por consequência, dos Interesses Intermunicipais, pois o ente local tinha o pressuposto da liberdade na organização de seus serviços públicos locais, conforme o inciso III¹⁴¹ do caput do art. 13 da Constituição de 1934. Nesse sentido, está na Constituição do Estado de São Paulo, no § único do art. 63¹⁴²: "[...] fixadas as normas reguladoras da

¹⁴⁰Art 7º - Compete privativamente aos Estados; [...]; d) autonomia dos Municípios; [...]. BRASIL, 1934, op. cit.

¹⁴¹Art 13 - Os Municípios serão organizados de forma que lhes fique assegurada a autonomia em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse; e especialmente: [...]; III - A organização dos serviços de sua competência". Ibid.

¹⁴²Art. 63 - As condições de criação, anexação, desmembramento e supressão de Municípios, serão estabelecidas em lei, de modo a tornar estável a organização municipal. Parágrafo Único - Serão, outrossim, fixadas as **normas reguladoras da cooperação dos Municípios entre si, naquilo que respeite a seus interesses comuns.**" (grifo nosso). SÃO PAULO. Constituição (1935). **Constituição do Estado de São Paulo de 1935.** Disponível em:

<<http://www.al.sp.gov.br/leis/constituicoes/constituicoes-antiores/constituicao-estadual-1935/>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

cooperação dos Municípios entre si, naquilo que respeite a seus interesses comuns”.

Entretanto, as inovações produzidas por essa Constituição, em especial no tocante às autonomias municipal e intermunicipal, restaram prejudicadas pela efemeridade dessa Carta, a qual foi gradativamente concentrando poderes nas mãos da União, prejudicando a efetividade das disposições supra, até resultar na “Polaca”, a Constituição de 1937, a qual centralizou as autonomias política e administrativa na esfera da União.

2.3 Os Consórcios Intermunicipais na Constituição de 1937

O contexto histórico do final dos anos 30 influenciou diretamente a Constituição de 1937, a qual inovava ao prever pela primeira vez os Consórcios Intermunicipais e, dessa vez, na condição de pessoas jurídicas de direito público, ainda que sob a égide do Federalismo de Cooperação de 34; entretanto, em vista daquela Constituição ter vigência durante a ditadura do Estado Novo, tal reconhecimento era meramente formal, dada a política do período, caracterizada pela volta da centralização de competências em mãos da União, e a consequente perda de autonomia pelos estados-membros e municípios, o que determinou uma supressão de toda autonomia até então conquistada pelos entes estaduais.

A ascensão dos regimes totalitários europeus marcou o final dos anos 30 e, conseqüentemente, a Constituição brasileira desse período. Idealizada por Francisco Campos e inspirada nos referidos regimes não democráticos, a outorga da Constituição de 1937¹⁴³ possibilitou a Getúlio Vargas instituir o Estado Novo e concentrar na União os poderes governamentais, tendência observada desde a Carta de 1934 (o Decreto-Lei 1202

¹⁴³ “Eram características da Constituição de 1937: centralização política, com o fortalecimento do poder do presidente; extinção do Legislativo, cujas funções passariam a ser exercidas pelo Executivo; subordinação do poder Judiciário ao Executivo; indicação dos governadores (interventores) dos estados pelo presidente; legislação trabalhista.” VICENTINO, Cláudio. DORIGO, Gianpaolo. **História Geral e do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Scipione, 2013. p. 101.

transformou o Brasil em um Estado Unitário), e os poderes administrativos, mediante a reforma do aparelho administrativo do Estado, e auxiliado por Luiz Simões Lopes, introduziu o modelo Burocrático, mediante a criação do DASP¹⁴⁴ – Departamento Administrativo do Serviço Público -, em 1938.

Tal criação representou um rompimento com o Modelo de Administração Patrimonialista e o Coronelismo, característicos do Império e da República Velha, nos quais havia confusão patrimonial entre os bens públicos e os privados, além da ausência dos princípios que hoje regem a Administração Pública. Nesse contexto de burocratização do serviço público brasileiro, surgiu a primeira referência constitucional¹⁴⁵ às Associações de Municípios (art. 29)¹⁴⁶ e à sua personalidade jurídica (de direito público)¹⁴⁷, fatos inéditos até então, salientando que suas deliberações ficavam a encargo dos Estados-membros de sua circunscrição (§ único do art. 29¹⁴⁸).

É importante salientar que, embora outorgada, inicialmente a Constituição de 1937 concedeu relativa autonomia ao Município para tratar de seus assuntos de peculiar interesse, dentre os quais está a organização dos serviços públicos municipais, na forma da alínea “c” do art. 26¹⁴⁹ da Carta de 37.

¹⁴⁴ “[...] o sistema de interventorias, criado após a revolução de 30 e aperfeiçoado com o Estado Novo, era o mecanismo estabelecido para manter o controle dos governos estaduais, para cuja chefia eram nomeadas pessoas de confiança do Governo Central (os interventores). O DASP (Departamento Administrativo do Serviço Público), criado em 1938, era um órgão de administração geral. Tinha ramificação em cada estado (os departamentos estaduais) com a função de assessorar os interventores, essencialmente em decisões de natureza técnica. Na prática, os interventores acabaram submetidos aos departamentos, que passaram a funcionar com características de legislativos estaduais. A articulação entre interventorias e DASP permitia, ao Executivo Federal, exercer o controle absoluto dos estados que, assim, foram transformados em simples divisões administrativas. Com isso, abandonavam-se definitivamente os resquícios do federalismo e dos regionalismos da República Velha”. *Ibid.*, p. 43.

¹⁴⁵ BRASIL, 1937, op. cit.

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ PROVIN, Camila. **Consórcios Intermunicipais**: uma alternativa para a gestão pública em saúde no Rio Grande do Sul. 2012. 43 f. Trabalho de Conclusão de Curso de Especialização (Especialista em Gestão da Saúde) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. p. 15.

¹⁴⁸ “Art 29 - Os Municípios da mesma região podem agrupar-se para a instalação, exploração e administração de serviços públicos comuns. O agrupamento, assim constituído, **será dotado de personalidade jurídica** limitada a seus fins. Parágrafo único - Caberá aos Estados regular as condições em que tais agrupamentos poderão constituir-se, bem como a forma, de sua administração.” (grifo nosso). BRASIL, 1937, op. cit.

¹⁴⁹ “Art 26 - Os Municípios serão organizados de forma a ser-lhes assegurada autonomia em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse, e, especialmente: [...]; c) à organização dos serviços públicos de caráter local; [...]”. *Ibid.*

Entretanto, a ascensão política dos regimes totalitários levou à posterior edição do Decreto-Lei Nº 1202/38 (Ato Adicional à Carta Constitucional de 1937, chamado por Hely Lopes Meirelles de “Código das Municipalidades”)¹⁵⁰, instrumento que legalizou a Forma de Estado Unitária (centralização governamental), ao estabelecer que estavam suspensas as Constituições dos estados-membros¹⁵¹, e a Subalternidade Nacional¹⁵² (centralização administrativa), ao estabelecer que os interventores e o DASP passariam a ser órgãos da administração¹⁵³ dos estados-membros.

Nesse sistema de Subalternidade, os municípios tiveram seus interesses locais e translocais suprimidos, pois eram administrados por um Prefeito que era nomeado pelo Governador¹⁵⁴ que, por sua vez, era nomeado pelo Presidente da República¹⁵⁵, além da organização de seus serviços públicos locais ser feita diretamente pelo Interventor¹⁵⁶.

Embora usasse os mesmos contornos cooperativos do Federalismo de 1934, na prática, o reconhecimento de que havia um Interesse Translocal foi meramente formal, em virtude da política centralizadora do Estado Novo, a qual consistia na concentração de competências em mãos da União, resultando na perda da autonomia até então conquistada pelos municípios.

¹⁵⁰ MEIRELLES, op. cit., p. 41.

¹⁵¹ “Art. 1º - Os Estados, até a outorga das respectivas Constituições, serão administrados de acôrdo com o disposto nesta lei. Parágrafo único. As Constituições estaduais só serão outorgadas após a realização do plebiscito a que se refere o art. 187 da Constituição”. BRASIL. **Decreto-Lei Nº 1.202, de 08 de abril de 1939**. Dispõe sobre a administração dos Estados e dos Municípios. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1930-1939/decreto-lei-1202-8-abril-1939-349366-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

¹⁵² MEIRELLES, op. cit., p. 41.

¹⁵³ “Art. 2º - São órgãos da administração do Estado: a) o Interventor, ou Governador; b) o Departamento Administrativo”. BRASIL, 1939, op. cit.

¹⁵⁴ “Art. 7º São ainda atribuições do Interventor, ou Governador: [...] II - nomear o Secretário Geral ou as (sic) secretários do seu governo, **e os Prefeitos dos Municípios**; [...]” (grifo nosso). Ibid.

¹⁵⁵ “Art. 3º - O Interventor, brasileiro nato, maior de 25 de anos, **será nomeado pelo Presidente da República**, em decreto referendado pelo Ministro da Justiça e Negócios Interiores.” (grifo nosso). Ibid.

¹⁵⁶ “Art. 6º - **Compete ao Interventor**, ou Governador, especialmente: I - **Organizar a administração** do Estado e dos Municípios de acôrdo com o disposto para os serviços da União, no que for aplicável; [...]”. Ibid.

2.4 A Constituição de 1946 e os Consórcios Intermunicipais

Com a Constituição de 1946, o interesse transmunicipal igualmente ganhou novo fôlego, surgindo nesse período diversos novos Consórcios Intermunicipais¹⁵⁷ para a realização de obras e serviços de interesse comum – serviço público típico. Assim, muitos municípios participaram de acordos, tanto com os governos estaduais (entes estaduais) quanto com o governo federal (ente central), com vistas à cooperação técnica e financeira, à realização de empreendimentos de interesse local, ou à complementação de serviços estaduais e federais. Para tal, foram criados vários modelos jurídicos para a formalização desses acordos. Nesse contexto, em 1961, surge o *BRDE – Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul* –, *autarquia interfederativa*, formada pelos estados-membros do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul.

Em que pese tenha sido inicialmente reestabelecido o modelo Autoritário do Federalismo Cooperativo (das competências enumeradas em combinação com um rol de competências concorrentes), o contexto histórico atenuou o caráter de competitividade entre a União, os estados (embora estes com menor grau de autonomia que aqueles em comparação ao Modelo de 1934), e os municípios¹⁵⁸ (que ainda não eram entes federados), ao atribuir-lhes competências tributárias exclusivas, as quais, no período anterior (1937), estavam concentradas em mãos da União; e competências tributárias concorrentes, compartilhadas entre União, estados-membros e municípios,

¹⁵⁷ BASTOS, Francisco Avelar. Os Consórcios Intermunicipais e a Nova Legislação. **Polêmica: Revista Eletrônica**, p. 03. Disponível em: <http://www.polemica.uerj.br/pol19/cquestoes/artigos/contemp_2.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2017.

¹⁵⁸ “Assim sendo, restabeleceu-se, em sentido amplo, a autonomia dos Municípios, que se fortaleceram economicamente, através da revisão do regime tributário, em detrimento dos Estados”. PAUPÉRIO, 1959, p. 69-70 apud BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Descentralização do poder: federação e município. **Revista de Informação Legislativa**, v. 22, n. 85, p. 151-184, jan./mar. 1985. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181609>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

consoante o rol do art. 30 da Carta de 1946¹⁵⁹.

Ao redistribuir a capacidade legislativa para a criação e cobrança de rendas, a rigidez de outros tempos no campo das competências enumeradas, técnica de repartição consagrada por juristas como Oswaldo Aranha Bandeira de Mello¹⁶⁰, inicia a perder força no Federalismo brasileiro, cedendo lugar a um modelo de Federalismo de contornos mais cooperativos e democráticos entre os entes e o Município, em comparação ao modelo utilizado em 1934.

Com isso, “[...] a Federação, a rigor, é um grande sistema de repartição de competências. E que essa repartição de competências é que dá substância à Descentralização em unidades autônomas [...]”¹⁶¹, entendimento que resta firmado.

2.5 O associativismo de municípios nas Constituições de 1967 e 1969

Entretanto, toda autonomia local e translocal, conquistada a duras penas, foi tolhida, dado o novo contexto político: o golpe militar de 1964 suprimiu, tal qual foi no período do Estado Novo, todas as liberdades conquistadas com o movimento municipalista da Constituição de 1946. Nem seria preciso dizer, a Constituição Federal de 1967 positivou tal supressão, pois permitia o associativismo intermunicipal pelas Câmaras Municipais¹⁶², o condicionando, porém, à aprovação das respectivas Câmaras.

Além disso, a Carta possibilita, mediante Lei Complemen-

¹⁵⁹ Art 30 - Compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios cobrar:

I - contribuição de melhoria, quando se verificar valorização do imóvel, em consequência de obras públicas; II - taxas; III - quaisquer outras rendas que possam provir do exercício de suas atribuições e da utilização de seus bens e serviços. Parágrafo único - A contribuição de melhoria não poderá ser exigida em limites superiores à despesa realizada, nem ao acréscimo de valor que da obra decorrer para o imóvel beneficiado.” BRASIL, 1946, op. cit.

¹⁶⁰ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Natureza Jurídica do Estado Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1937. p. 127.

¹⁶¹ ALMEIDA, op. cit., p. 32.

¹⁶² Art. 16 - A autonomia municipal será assegurada: [...]; II - pela administração própria, no que concerne ao seu peculiar interesse, especialmente quanto: [...]; § 4º - Os Municípios poderão celebrar convênios para a realização de obras ou exploração de serviços públicos de interesse comum, cuja execução ficará dependendo de aprovação das respectivas Câmaras Municipais.” BRASIL, 1967a, op. cit.

tar Federal, aos municípios que se agrupem em regiões metropolitanas, desde que tenham a mesma realidade socioeconômica, visando à realização de serviços de interesse comum¹⁶³. Aqui se observa ainda um resquício de democracia, porém, a Emenda Constitucional de 1969 aboliu de vez o artigo da Constituição de 1967 que se referia aos Consórcios; em seu lugar, previa a mera existência de convênios entre as diferentes esferas de governo. Nesse período, os Consórcios Públicos consistiam em meros pactos de colaboração, cujo cumprimento não era obrigatório, em virtude de tais institutos terem perdido a personalidade jurídica outrora conquistada.

Em que pese a política de fechamento do período, surgiram nos anos 60-70 as primeiras experiências de cooperação intermunicipal, por fruto da necessidade. Já não bastava aos municípios ser assunto interno de seus estados-membros, tampouco se contentarem com migalhas de poder oferecidas pelos demais entes.

Muito embora não houvesse referência expressa, na Constituição Federal, no que tange à possibilidade de os municípios agruparem-se para a prestação conjunta de serviços públicos comuns, havia tal "autonomia", desde que prevista nas Constituições dos estados-membros¹⁶⁴. E essa premissa precisava ser mudada.

Nesse ínterim, surgiram as primeiras experiências de gestão associada intermunicipal, em distintas áreas de atuação, em municípios dos estados de São Paulo, Santa Catarina, Rio Grande do Sul e Minas Gerais. Em São Paulo, inclusive, estão os pioneiros Consórcios de Promoção Social na região de Bauru (1960), e de Desenvolvimento do Vale do Paraíba, o CODIVAP (1970)¹⁶⁵.

¹⁶³ "Art 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: § 10 - A União, mediante lei complementar, poderá estabelecer regiões metropolitanas, constituídas por Municípios que, independentemente de sua vinculação administrativa, integrem a mesma comunidade sócio-econômica, visando à realização de serviços de interesse comum." Ibid.

¹⁶⁴ TAVARES, op. cit., p. 53-64.

¹⁶⁵ DIAS, Fernanda Matos Reinaldo. Cooperação Intermunicipal na Bacia do Rio Paraopeba. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 46, n. 5, jan./out. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122012000500003>. Acesso em: 22 nov. 2017.

2.6 Os Consórcios Intermunicipais na CRFB/88: evolução do Instituto sob a égide da EC 19/1998

Entre o AI5 e a promulgação da Constituição de 1988, houve um gradual movimento de articulação entre os municípios, com vistas a promover o seu desenvolvimento local e translocal, por meio de inúmeros estudos¹⁶⁶, objetivando o reconhecimento e a promoção do desenvolvimento político local. Tal período encerrou-se com o reconhecimento do status de ente federado do Município e sua conseqüente ascensão a tal categoria, levando à necessidade de reformulação da elaboração e da prestação dos serviços públicos, como resultado da consolidação dos princípios da Administração Pública Gerencial, bem como da Municipalização das Políticas Públicas.

Tais estudos tiveram por tema central o termo adequação¹⁶⁷ do serviço público, sendo o Decreto-Lei Nº 200/67 (do período ditatorial - em seu art. 10º) o instrumento legal que deu suporte inicial para a reformulação dos pressupostos da Administração Pública, ao prever a descentralização administrativa, a qual veio a ser posteriormente positivada na Lei Federal n.º 8.987/1995, a Lei da Concessão e Permissão dos Serviços Públicos. Nesse contexto, a adequação relaciona-se diretamente com o Princípio da Eficiência, introduzido pela EC 19/1998, tendo por corolário o Princípio da Boa Administração, pedra de toque do Direito Italiano¹⁶⁸. Dessa forma, a máxima centralização outrora experimentada pela Administração Pública, na prestação dos serviços públicos, não mais atendia

¹⁶⁶ CARVALHO, Aline Werneck Barbosa de. As formas de gestão extralocal como apoio ao processo de descentralização político administrativa. **Revista de Ciências Humanas**, v. 1, n. 2, p. 147, jul. 2001. Disponível em: <www.cch.ufv.br/revista/pdfs>. Acesso em: 19 jul. 2015

¹⁶⁷ "Art. 6º - Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. § 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. [...]". BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Lei de Concessões. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm>. Acesso em: 22 nov. 2017.

¹⁶⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 118.

eficaz e adequadamente as necessidades da coletividade municipal, trazendo a necessidade de um novo modelo. O Decreto-Lei nº 200/67¹⁶⁹, em seu art. 10º, já previa a descentralização administrativa.

Aos Consórcios Públicos Intermunicipais, aplica-se o disposto na alínea *a*, descentralização essa denominada por serviços, funcional ou técnica¹⁷⁰, pois ocorre dentro da própria Administração Pública. No caso dos Consórcios Públicos, é criada nova pessoa jurídica, de direito público e por meio de lei específica, como se verá adiante.

Assim, os novos contornos da administração impuseram a descentralização de seus serviços como forma de resolver tal impasse o que, conseqüentemente, levou ao surgimento de pessoas jurídicas de direito público (autarquias e fundações) e de direito privado (empresas públicas e sociedades de economia mista) para absorver a demanda¹⁷¹. Nesse contexto renovatório, a Emenda Constitucional Nº 19/98 introduziu o art. 241¹⁷² na Constituição Federal de 1988, tratando pela primeira vez, em nível nacional, dos Consórcios Públicos, tal qual como hoje os conhecemos, cuja pedra de toque reside no princípio constitucional da Eficiência, também introduzida na Constituição Federal, no caput do art. 37¹⁷³, por condão da Emenda 19.

No entanto, como já mencionado, em que pese existisse a

¹⁶⁹ "Art. 10 - A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada. § 1º A descentralização será posta em prática em três planos principais: **a) dentro dos quadros da Administração Federal, distinguindo-se claramente o nível de direção do de execução;** b) da Administração Federal para a das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio; c) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões." (grifo nosso). BRASIL. **Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967b**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>. Acesso em: 22 nov. 2017.

¹⁷⁰ DI PIETRO, Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**: atualizada com a reforma previdenciária - EC n. 41/03. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 350.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 351.

¹⁷² "Art 241 - União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os **consórcios públicos e os convênios de cooperação** entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos." (grifo nosso). BRASIL, 1988, *op. cit.*

¹⁷³ "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: [...]". BRASIL, 1988, *op. cit.*

previsão legal em nível constitucional, o artigo 24 era de eficácia limitada, pois lhe faltava o diploma regulatório de tal instituto. Somente no ano de 2005 surgiu a norma em questão: a Lei Federal N° 11.107, de 06 de abril de 2005, a Lei dos Consórcios Públicos e, posteriormente, seu Decreto Regulamentador, o de N° 6.017, de 17 de janeiro de 2007, cujo art. 2°, inciso I¹⁷⁴, traz o conceito de Consórcio Público.

Do exposto, constata-se que a palavra de ordem de um Consórcio Público é cooperação, visto que somente é viável a sua formação se os entes que o compuserem estabelecerem entre si relações de cooperação e auxílio mútuo, baseadas nas competências administrativa comum e legislativa concorrente, consubstanciadas pelo rol dos arts. 23 e 24, respectivamente, da Constituição Federal.

Entretanto, os Consórcios Públicos Intermunicipais não são entes federados intermediários entre o Município (ente local) e o Estado-membro (ente estadual), pois lhes faltam prerrogativas como um Legislativo e um Executivo, locais, bem como a de atribuir-se uma Lei Orgânica, por exemplo, capacidades referentes à auto-organização. Além disso, os Consórcios têm competências assimétricas, conforme disposto em seus estatutos, as quais estão restritas à execução em uma ou mais áreas de atuação, em comparação com os municípios, cujas competências seriam simétricas, nos termos da Constituição Federal.

O interesse translocal (a) que os fundamenta consiste no interesse local dos municípios signatários do Consórcio, harmonizado em um estatuto, sendo possível afirmar, portanto que se trata da Causa Eficiente do Consórcio Intermunicipal, cuja área territorial (b) de atuação seria a sua Causa Formal. A população destinatária (c) das políticas públicas objeto (d) do estatuto fundador (e) seriam, por sua vez, a causa Material,

¹⁷⁴ "Art. 2° - Para os fins deste Decreto, consideram-se: I - consórcio público: pessoa jurídica formada exclusivamente por entes da Federação, na forma da Lei n° 11.107, de 2005, **para estabelecer relações de cooperação federativa**, inclusive a realização de objetivos de interesse comum, constituída como associação pública, com personalidade jurídica de direito público e natureza autárquica, ou como pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos;". (grifo nosso). BRASIL, 2005, op. cit.

Final e Instrumental do Consórcio Intermunicipal, respectivamente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos Consórcios Públicos Intermunicipais o interesse preponderante não é exclusivamente municipal, mas sim, comum, e pertencente a um grupo socioeconomicamente semelhante de entes locais, por isso chamado Translocal. Esse Interesse Translocal é reflexo direto da autonomia local, que evoluiu de um Peculiar Interesse, muitas vezes condicionado ao Interesse do estado-membro de sua circunscrição ou ao da União, nos períodos de centralização político-governamental, para um Interesse Local, em que passa a compor um campo próprio de autonomia para seus assuntos, não estando condicionado aos interesses dos outros entes, mas sim, conforme definidos em estatuto.

Assim como o Interesse Local, o Interesse Translocal acompanhou as nuances do Modelo Federativo vigente em cada Constituição, desde o Dual, em que havia um caráter de competitividade entre os dois entes existentes até então (União e estados) no qual o Município e seus Interesses (Trans) Locais ficavam condicionados ao Interesse do Estado e, por isso, muitas vezes relegados a segundo plano; passando por dois subtipos de modelos cooperativos autoritários, os quais tentaram compartilhar matérias (1934) e competências tributárias (1946), mas restaram inexitosos ao final, pois pecavam principalmente pela falta de cooperação técnico-financeira aos municípios; até chegar ao Modelo Cooperativo Democrático, cuja base está na competência comum, que compartilha a obrigação da prestação de serviços públicos entre os entes, deixando a encargo do município a obrigação de execução direta, segundo o Princípio da Subsidiariedade e, aos outros entes, a obrigação de auxílio técnico e financeiro em caso do município não conseguir executar sozinho o serviço que lhe foi incumbido pelo rol da competência comum.

No que toca aos Consórcios Públicos, em especial aos Inter-

municipais, tema cerne deste trabalho, observa-se que o interesse preponderante não é exclusivamente municipal (pois pertencente a um grupo socioeconomicamente semelhante de entes locais), tampouco estadual, pois os Consórcios Intermunicipais consistem em um interesse translocal, o qual é mera fatia dos interesses local e estadual. Tal constatação é relativamente inédita no cenário federativo brasileiro, merecendo análise mais aprofundada. Conclui-se, por conseguinte, que os Consórcios Públicos Intermunicipais não são entes federados, pois existem diversas diferenças entre eles e os municípios, dentre as quais está o direito à secessão, e as competências assimétricas, em contraponto ao pacto federativo e as competências simétricas.

O interesse intermunicipal, fundador de um Consórcio Público, tem como base o Princípio da Subsidiariedade. Nas palavras de Raul Machado Horta¹⁷⁵, “[...] a subsidiariedade incorpora na palavra a ideia de auxílio, de reforço, de subsidiário, de subsídio, de compensação, de supletividade”. Nesse contexto, é possível vislumbrar que, em caso de impossibilidade de um só município oferecer de maneira eficaz o acesso a um serviço de sua competência, cabe a ele, com base no Interesse Local em combinação com o Princípio da Subsidiariedade, buscar auxílio junto a outros municípios em situação similar para que juntos possam oferecer satisfatoriamente tal serviço, antes de recorrer ao auxílio de estados-membros e da União. Assim, os Consórcios Públicos Intermunicipais consistem em um verdadeiro interesse translocal, visto ser uma espécie de somatório dos interesses locais dos entes que o compõem, restrito, porém, à determinada área de política pública.

Assim, para delinear o interesse translocal, deve-se considerar o caso concreto, o qual, quando ventila a competência de duas modalidades de entes, sua decisão, a fim de ser justa, deverá observar qual deles desempenha com maior eficiência

¹⁷⁵ HORTA, Raul Machado. **Federalismo e o Princípio da Subsidiariedade - II**. Recife, 15 dez. 2007. Disponível em: <<http://www.grupos.com.br/blog/dbcaxanga/permalink/19187.html>>. Acesso em: 20 de nov. 2017. Blog: Núcleo Federalista Libertário da Caxangá.

a tarefa. De regra, é em prol do ente local, visto que essa comunidade constituiu-se na base da federação e, portanto, tem maior potencial no trato da matéria com Eficácia. O interesse translocal deverá resultar no meio mais adequado que o local, o estadual ou o federal quando da resolução do conflito, ou seja, deverá demonstrar cabalmente que é o mais eficiente para atender às necessidades do munícipe, em comparação com os demais interesses; conseqüentemente, mostrar-se-á a medida necessária para dirimir a situação conflitante, sendo estritamente proporcional se for observada a tábua de valores vigente, ou seja, a do *Verfassungsstaat* - Estado Democrático de Direito¹⁷⁶ - diante da Dignidade da Pessoa Humana, e da coexistência entre o Direito e a Política, sem sobreposição de dimensões.

Assim, um Consórcio Intermunicipal consiste em verdadeiro espaço político, de forma que, na hipótese de conflito de competências dentre a comunidade (inter) local e as esferas estadual e/ou federal, se restar deveras comprovado que dada matéria é executável com maior grau de Eficácia pelo ente (inter) local, a esse (s) deverá ser concedido o tratamento da matéria alegada. Para tal, faz-se pertinente atentar se essa medida observa postulados acessórios como o da proporcionalidade. O Município é a base da federação e, portanto, tem maior potencial no trato de matéria de sua competência, com Eficácia. Inverter o paradigma significaria delegar a tal ente migalhas de poder¹⁷⁷ com as quais ele jamais poderá atender satisfatoriamente as necessidades de seus cidadãos, pois o Município consiste na célula-base da democracia¹⁷⁸, de forma que dele devem partir tais prerrogativas, em virtude de consistir no ente mais próximo do cidadão.

¹⁷⁶ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos**. Porto Alegre: [S.l.], 2002. Tese para concurso de professor titular apresentada ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. p. 110

¹⁷⁷ SOUZA JUNIOR, 2006, p. 21.

¹⁷⁸ CAMAROTTI, Antônio. **Presidente do TRE Apoia Movimento dos Vereadores**. Entrevista concedida a Josué Nogueira e Sílvia Bessa. Disponível em:

<http://www.pernambuco.com/diario/2004/04/14/politica1_0.html>. Acesso em: 27 nov. 2017.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O Princípio de Subsidiariedade: conceito e evolução. In: DESENVOLVIMENTO Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional: estudos jurídicos em homenagem ao professor Washington Peluso Albino de Souza. Porto Alegre: Fabris, 1995.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Descentralização do poder: federação e município. **Revista de Informação Legislativa**, v. 22, n. 85, p. 151-184, jan./mar. 1985. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181609>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

BASTOS, Francisco Avelar. Os Consórcios Intermunicipais e a Nova Legislação. **Polêmica: Revista Eletrônica**. p. 03. Disponível em: <http://www.polemica.uerj.br/pol19/cquestoes/artigos/contemp_2.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2017.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta**: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

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

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. **História Constitucional do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1989.

BRASIL. **Ato Institucional nº 05, de 13 de dezembro de 1968a**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm>. Acesso em: 18 nov. 2017.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil de 1824**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 15 nov. 2017.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 15 nov. 2017.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 15 nov. 2017.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**

de 1937. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>.

Acesso em: 16 nov. 2017.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>.

Acesso em: 18 nov. 2017.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967a.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>.

Acesso em: 18 nov. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso

em: 15 nov. 2017.

BRASIL. **Decreto nº 6.017, de 17 de janeiro de 2007.** Regulamenta a Lei no 11.107, de 6 de abril de 2005, que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20072010/2007/decreto/d6017.htm

>. Acesso em: 22 nov. 2017.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967b.** Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>. Acesso em:

22 nov. 2017.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968b.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0406.htm>. Acesso em:

18 nov. 2017.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.202, de 08 de abril de 1939.** Dispõe sobre a administração dos Estados e dos Municípios. Disponível em:

<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1202-8-abril-1939-349366-publicacaooriginal-1-pe-html>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969.** Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 18 nov. 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.** Lei de Concessões. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm>. Acesso em:

22 nov. 2017.

BRASIL. **Lei nº 11.107, de 06 de abril de 2005.** Lei dos Consórcios Públicos.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11107.htm>.

Acesso em: 22 nov. 2017.

BRASIL. **Lei Complementar nº 01, de 09 de novembro de 1967.** Lei Orgânica do Município. Estabelece os requisitos mínimos de população e renda pública e a forma de consulta prévia às populações locais, para a criação de novos municípios. Disponível em:

<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/leicom/1960-1969/leicomplementar-1-9-novembro-1967-364990-norma-pl-html>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

BRASIL. Lei Regulamentar (1828). **Lei das Câmaras.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-1-10-1828.htm>. Acesso em: 15 nov. 2017.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. **Anteprojeto da Subcomissão da União, Distrito Federal e Territórios.** Brasília, DF: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987a. p. 08. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-90.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. **Anteprojeto da Subcomissão de Tributos, Participação e Distribuição das Receitas.** Brasília, DF: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987b. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-150.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

BRASIL. Casa Civil. Subchefia de Assuntos Jurídicos. **Ciclo de Palestras do Centro de Estudos da Subchefia de Assuntos Jurídicos:** a Lei de Consórcios Públicos (Lei nº. 11.107, de 6 de abril de 2005) Brasília, 3 de maio de 2005. Disponível em:

<<http://docslide.com.br/documents/presidencia-da-republica-subchefia-de-assuntos-juridicos-da-casa-civil-centro-de-estudos-ciclo-de-palestras-do-centro-de-estudos-da-subchefia-de-assuntos.html>>. Acesso em: 11 jan. 2016. p. 09.

CAMAROTTI, Antônio. **Presidente do TRE Apoiou Movimento dos Vereadores.** Entrevista concedida a Josué Nogueira e Sílvia Bessa. Disponível em: <http://www.pernambuco.com/diario/2004/04/14/politica1_0.html>. Acesso em: 27 nov. 2017.

CARVALHO, Aline Werneck Barbosa de. As formas de gestão extralocal como apoio ao processo de descentralização político administrativa. **Revista de Ciências Humanas**, v. 1, n. 2, jul. 2001. Disponível em:

<www.cch.ufv.br/revista/pdfs>. Acesso em: 19 jul. 2015.

CARVALHO, Austrícliano de. **Brasil Colônia e Brasil Império.** Rio de Janeiro: Jornal do Comércio, 1927.

CASTRO, José Nilo de. **Direito Municipal Positivo.** Belo Horizonte: Del Rey,

1996.

DI PIETRO, Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**: atualizada com a reforma previdenciária – EC n. 41/03. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

DIAS, Fernanda Matos Reinaldo. Cooperação Intermunicipal na Bacia do Rio Paraopeba. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 46, n. 5, jan./out. 2012.

Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122012000500003>. Acesso em: 22 nov. 2017.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HORTA, Raul Machado. **Federalismo e o Princípio da Subsidiariedade - II**.

Recife, 15 dez. 2007. Disponível em:

<<http://www.grupos.com.br/blog/dbcaxanga/permalink/19187.html>>. Acesso em: 20 de nov. 2017. Blog: Núcleo Federalista Libertário da Caxangá.

MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição Brasileira de 1891**.

Brasília: Senado Federal, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Natureza Jurídica do Estado Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1937. p. 127.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

OLIVEIRA, Yves de. República Municipalista: fundamentos preliminares e estruturais. **Revista Brasileira dos Municípios**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 63/64, p. 202-203, jul./dez. 1963. Disponível em:

<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/180/rbm_1963_v16_n63_n64_jul_dez.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2017.

PAUPÉRIO, Arthur Machado. **O Município e seu Regime Jurídico no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

PAZZINATO, Alceu Luiz. SENISE, Maria Helena Valente. **História Moderna e Contemporânea**. São Paulo: Ática, 1992.

PROVIN, Camila. **Consórcios Intermunicipais**: uma alternativa para a gestão pública em saúde no Rio Grande do Sul. 2012. 43 f. Trabalho de Conclusão de Curso de Especialização (Especialista em Gestão da Saúde) – Universidade

Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. p. 15.

RAMOS, Dircêo Torrecillas. **O Federalismo Assimétrico**. São Paulo: Plêiade, 1998.

SÃO PAULO. Constituição (1935). **Constituição do Estado de São Paulo de 1935**. Disponível em:

<<http://www.al.sp.gov.br/leis/constituicoes/constituicoes-antteriores/constituicao-estadual-1935/>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

SCHWARTZ, Bernard. **El Federalismo Norteamericano Actual**. Traducción Juan Manuel Ruigómez. Madri: Editorial Civitas, 1993.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, José Afonso da. **O Prefeito e o Município**. Brasília: Serfnau, 1970.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. Autonomia Municipal e Subsidiariedade: competência constitucional do município. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre**, Porto Alegre, n. 20, p. 13-21, nov. 2006.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **Consenso e Constitucionalismo no Brasil**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002a.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **Constituições do Brasil**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002b.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos**. Porto Alegre: [S.l.], 2002. Tese para concurso de professor titular apresentada ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

TAVARES, Hermes. Planejamento Microrregional e Consórcios Intermunicipais. **Revista de Administração Municipal**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 144, p. 53-64, 1992.

TORRES, Luis Cláudio Alves. A Repartição de Competências no Estado Federal. **Boletim Informativo Ad Judicia**, Juiz de Fora, v.1, n.6, p. 03, 2005.

TORRES, Sílvia Faber. **O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VICENTINO, Cláudio. DORIGO, Gianpaolo. **História Geral e do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Scipione, 2013. p. 101.

PREVENÇÃO, POLICIAMENTO E PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA: ATRIBUIÇÕES DA GUARDA MUNICIPAL E PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA EM FACE DA LEI Nº 13.022/2014 E DA CONSTITUIÇÃO

PREVENTION, POLICING AND POLICE POWER OF THE PUBLIC ADMINISTRATION: MUNICIPAL GUARD'S ASSIGNMENTS AND POLICE POWER OF THE PUBLIC ADMINISTRATION UNDER LAW Nº 13.022/2014 AND THE CONSTITUTION

Carlos Rogério Guedes Pires¹⁷⁹

Resumo: O presente artigo visa a reportar estudos sobre as atribuições da Guarda Municipal em face da Lei 13.022/2014 e da Constituição. A partir das concepções de prevenção, policiamento e poder de polícia administrativa esse estudo pretende delimitar a distinção entre as atribuições das guardas municipais e das agências encarregadas pela Constituição de promover segurança pública em sentido estrito. Em conclusão o estudo compreende as guardas municipais como agência com poder de polícia administrativa especial relacionada aos bens, serviços e instalações do Município.

Palavras-chave: Guardas Municipais. Prevenção. Policiamento. Poder de polícia administrativa - atribuições.

Abstract: *This paper is about the municipal guard's assignments under Law nº 13.022/2014 and the Constitution. From the conceptions of prevention, policing and police power of the public administration this study delineate the distinction between the assignments of the municipal guard and of the agencies assigned by the constitution the duty to promote public security in strict sense. In conclusion, this study understands the munic-*

¹⁷⁹ Procurador Municipal 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.

ipal guards as an agency with public administration special police power related to Municipal's goods, services and facilities.

Keywords: *Municipal Guards. Prevention. Policing. Police power of the public administration - assignments.*

O presente estudo foi elaborado em face de consulta formulada pelo Comando da Guarda Municipal acerca da interpretação de diversos dispositivos da Lei nº 13.022/2014, que institui o Estatuto das Guardas Municipais. Considerando o teor da consulta, bem como o aceso debate em torno das atribuições constitucionais da Guarda Municipal em face das agências de Segurança Pública de que trata o art. 144 da Constituição, convém que se empreenda uma análise desse contexto e das concepções que informam o texto legal sob enfoque. A norma em comento é objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5156 tanto sob o aspecto formal quanto em relação ao conteúdo de alguns de seus dispositivos. Além disso, desde a vigência da Constituição de 1988 e, em especial, a partir dos anos 2000, por influxo da União¹⁸⁰, as guardas municipais têm expandido sua atuação, muitas vezes em tensão com as limitações constitucionais, circunstância que encontra ressonância na ADI e na própria Lei nº 13.022/2014. Razões que justificam, a meu ver, o aprofundamento do estudo do tema e a devida colocação da Lei Nacional em cotejo com as atribuições constitucionais da Guarda Municipal.

Prevenção e policiamento comunitário na Lei nº 13.022/2014. A Lei nº 13.022/2014 pretende, sob o pálio da parte final do § 8º do art. 144 da Constituição, estabelecer normas gerais para as guardas municipais (art. 1º) dos mais de cinco mil municípios brasileiros. Destaca-se na norma a preocupação de que as guardas municipais tenham uma atuação **preventiva**, em contraposição a uma intervenção de caráter

¹⁸⁰ Ver a Matriz Curricular proposta para as guardas municipais pela Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça em:

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Segurança Pública. **Matriz curricular nacional para guardas municipais para a formação em segurança pública.**

Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/senasp-1/matrizcurricularguardasmunicipais2005.pdf>>. Acesso em: nov. 2017.

repressivo atribuída às agências de segurança pública propriamente ditas.

De fato o conceito de prevenção e de atuação comunitária aparece de forma destacada no texto, senão vejamos: incumbe às guardas municipais a proteção municipal preventiva (art. 2º); é princípio de atuação das guardas municipais o patrulhamento preventivo (art. 3º, III); lhes compete prevenir e inibir, pela presença e vigilância, bem como coibir, infrações penais ou administrativas e atos infracionais que atentem contra os bens, serviços e instalações municipais (art. 5º, II); atuar, preventiva e permanentemente, no território do Município, para a proteção sistêmica da população que utiliza os bens, serviços e instalações municipais (art. 5º, III); proteger o patrimônio ecológico, histórico, cultural, arquitetônico e ambiental do Município, inclusive adotando medidas educativas e preventivas (art. 5º, VII); estabelecer parcerias com os órgãos estaduais e da União, ou de Municípios vizinhos, por meio da celebração de convênios ou consórcios, com vistas ao desenvolvimento de ações preventivas integradas (art. 5º, X); desenvolver ações de prevenção primária à violência, isoladamente ou em conjunto com os demais órgãos da própria municipalidade, de outros Municípios ou das esferas estadual e federal (art. 5º, XVI); atuar mediante ações preventivas na segurança escolar, zelando pelo entorno e participando de ações educativas com o corpo discente e docente das unidades de ensino municipal, de forma a colaborar com a implantação da cultura de paz na comunidade local (art. 5º, XVIII).

O enfoque comunitário, do mesmo modo, é saliente: é princípio de atuação das guardas municipais compromisso com a evolução social da comunidade (art. 3º, IV); lhes compete interagir com a sociedade civil para discussão de soluções de problemas e projetos locais voltados à melhoria das condições de segurança das comunidades (art. 5º, IX); e atuar mediante ações preventivas na segurança escolar, zelando pelo entorno e participando de ações educativas com o corpo discente e docente das unidades de ensino municipal, de forma a colaborar com a implantação da cultura de paz na comunidade local

(art. 5º, VIII).

A discussão sobre a atuação preventiva e comunitária em políticas de segurança pública não é nova. As primeiras discussões sobre as polícias e a necessidade de empreender reformas nessas instituições informadas por essas concepções começaram a formar-se nos anos sessenta do século passado, principalmente nos Estados Unidos, e passaram a incidir no debate público brasileiro a partir dos anos 90. A ideia de policiamento preventivo e de policiamento comunitário aparece de modo destacado na Matriz Curricular para as guardas municipais produzida pelo Ministério da Justiça em 2005. Tanto a ideia de prevenção, como a de policiamento comunitário, no entanto, aparecem, primeiro, em discussões sobre a reforma das polícias. Nesse sentido, nem o viés preventivo, nem o policiamento comunitário constituem traços suficientes para distinguir ou separar o trabalho ou as atribuições das guardas municipais do trabalho policial, especialmente aquele atribuído pela Constituição às polícias militares. Tentar estabelecer essas distinções é o objeto do presente estudo.

O conceito de prevenção no âmbito das políticas de segurança pública. O termo prevenção, quando associado à prevenção de crimes, é daqueles que guardam grande vagueza e indeterminação¹⁸¹. Já as teorias utilitárias da pena, que remontam ao trabalho do Marques de Beccaria, de 1776, atribuíam à pena funções preventivas. As teorias absolutistas da pena fixam-se exclusivamente na função retributiva, vale dizer, retribuem com o mal da pena o mal perpetrado pelo crime, independente de quaisquer benefícios ulteriores que pudessem advir da punição ou da cominação legal. As teorias relativas ou utilitárias, ao contrário, atribuem à pena uma função preventiva. Costuma-se dividi-las em teorias da prevenção geral e especial, segundo se refiram à função de constringimento dirigida à sociedade como um todo ou ao próprio condenado em sua função de intimidação e ressocialização. Falar, portanto, em prevenção de crimes envolve atividades que abran-

¹⁸¹ HART, H.L.A. **The Concept of Law**. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 124 et seq.

gem todo o espectro de medidas orientadas à diminuição dos delitos, desde intervenções sociais até a execução de penas privativas de liberdade. De sorte que a linha divisória entre repressão de crimes e sua prevenção pode ser tudo, menos clara.

Por essa razão, autores trabalhando na área de políticas públicas de segurança têm recorrido a conceitos da saúde pública a fim de definir o que sejam ações de prevenção de crimes. Assim, teríamos ações de prevenção primária, secundária e terciária da violência e/ou criminalidade. A classificação deve-se aos pesquisadores Hugh Leavell e E. Gurney Clark e pode ser, grosso modo, compreendida nos seguintes termos: a prevenção primária visa à promoção de modos de vida saudável que atuam sobre os fatores de risco associados com determinada patologia, como por exemplo a adoção de dietas, a prática de exercícios e o não consumo de tabaco; a prevenção secundária dirige-se à detecção e tratamento de doenças pré-sintomáticas, para as formas latentes das patologias e visam indivíduos que já vivenciam fatores de risco associado; por fim, a prevenção terciária dirige-se aos indivíduos que já desenvolveram a patologia e visa à limitação das consequências incapacitantes e à reabilitação¹⁸². No campo da prevenção do delito e da violência, esses conceitos foram traduzidos da seguinte maneira:

[...] são medidas de prevenção primária aquelas orientadas a totalidade do público de um determinado território, secundárias aquelas dirigidas a indivíduos que representam risco especial de envolvimento, ativo ou passivo, em condutas desviantes ou criminais, e são terciárias as orientadas a infratores ou vítimas.¹⁸³

¹⁸² KATZ, David L.; ALI, Ather. **Preventive Medicine, Integrative Medicine & The Health Of The Public**. Commissioned for the IOM Summit on Integrative Medicine and the Health of the Public. [S.l.]: Institute of Medicine, 2009. Disponível em: <<http://www.nationalacademies.org/hmd/~media/Files/Activity%20Files/Quality/IntegrativeMed/Preventive%20Medicine%20Integrative%20Medicine%20and%20the%20Health%20of%20the%20Public.pdf>>. Acesso em: 28 abril 2016.

¹⁸³ DIAS NETO, Theodomiro. **Segurança Urbana**: o modelo da nova prevenção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 120. No mesmo sentido:

SENTO-SÉ, João Trajano. Prevenção ao Crime e Teoria Social. **Lua Nova**, São Paulo, n. 83, p. 9-40, 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n83/a02n83.pdf>>. Acesso em: dez. 2017.183

Theodomiro Dias Neto cita os seguintes exemplos: prevenção primária: medidas de natureza global voltadas à redução da exclusão social e ao fortalecimento de laços sociais, por exemplo, campanhas educativas visando uma variedade de problemas de criminalidade e violência; prevenção secundária: intervenções dirigidas a grupos sociais problemáticos, dos quais se presume maior probabilidade de envolvimento em dinâmicas criminais, em especial jovens, como por exemplo, programas educativos, de orientação profissional e familiar e atividades esportivas, culturais e sociais; prevenção terciária: ações que visam à redução da reincidência, por exemplo, programas de assistência a egressos e redução da marginalização social, tratamento psiquiátrico, orientação e inserção profissional e programas de intensificação do controle social sobre condenados em liberdade¹⁸⁴.

Outra classificação influente é aquela apresentada por Michael Tonry e David P. Farrington em trabalho publicado em 1995¹⁸⁵. Segundo os autores ingleses, no campo da investigação da criminalidade e da violência nós teríamos quatro estratégias principais de prevenção: a estratégia de prevenção pelo funcionamento do sistema de justiça criminal (identificação e punição dos infratores, *law enforcement*), a prevenção da evolução criminal (*developmental prevention*), a prevenção comunitária (*community prevention*) e a prevenção situacional do delito (*situational crime prevention*)¹⁸⁶. Deixo de lado aqui, como fazem os citados autores, as ações próprias do sistema de justiça criminal (o ciclo de identificação, processamento e punição de infratores da lei penal: polícia, Ministério Público, Judiciário e execução penal). Por prevenção da evolução criminal os autores pretendem significar intervenções desenhadas para prevenir o desenvolvimento de potencial criminal nos indivíduos, visando especialmente os fatores de risco e protetivos identificados por estudos de desenvolvimento humano

¹⁸⁴ DIAS NETO, op. cit., p. 121.

¹⁸⁵ TONRY, Michael; FARRINGTON, David P. Strategic Approaches to Crime Prevention. **Crime and Justice**, v. 19, 1995, p. 1-20.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 1-20.

(programas sociais focados na maternidade, infância e pré-adolescência, apoio e orientação familiar, atendimento médico e psicológico de crianças, prevenção do abuso infantil e atenção e promoção ao desempenho escolar); por prevenção comunitária os autores designam intervenções que visam à alteração das condições sociais que influenciam o cometimento de delitos em áreas residenciais (aumentar a ocupação dos espaços públicos para incrementar a vigilância natural, organizar a comunidade para adotar ações preventivas, criar grupos de vigilância comunitária [*neighborhood watches*] e reivindicar políticas e recursos das autoridades públicas); e, por prevenção situacional remetem a intervenções desenhadas para a prevenção da ocorrência de delitos pela redução de oportunidades e pelo incremento dos riscos para os perpetradores (trancas de portas, sistemas de alarme, cães de guarda, sistemas de videomonitoramento e toda sorte de aparato tecnológico e arquitetônico destinado a reforçar a segurança pessoal e patrimonial)¹⁸⁷.

A principal característica desses desenvolvimentos é que as estratégias preconizadas miram para além do sistema de justiça criminal, que é visto, majoritariamente, como ineficiente em promover segurança e paz social no seu papel de prevenção do delito¹⁸⁸. Preferem, portanto, estratégias de intervenção que recorrem ao sistema de saúde, de assistência social, de educação, e toda sorte de intervenções relacionadas ao esporte, ao lazer e à cultura, intervenções urbanísticas, etc. Prevenção, portanto, abrange um conjunto muito amplo de ações e estratégias e não serve como critério suficiente para identificar as funções e atribuições próprias das guardas municipais em oposição às ações de segurança pública.

Policiamento e funções da polícia. Uma vez que a norma sob análise refere-se à atuação preventiva da Guarda Municipal que, por sua vez, não é a responsável direta por essas polí-

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 1-20.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 1-20.

Posição contrária é defendida, por exemplo, por Charles Murray, em:

MURRAY, Charles. **The Underclass Revisited**. Washington, D.C.: AEI Press, 1999.

ticas e programas, convém que se volte a atenção para os estudos policiais na busca de compreender o que significa prevenção na esfera de atuação das polícias e qual a diferença específica que pode ser reivindicada em favor da atuação da Guarda Municipal nesse campo sem contrastar com as atribuições constitucionais dos órgãos de segurança pública listados no art. 144 da Constituição. Com esse propósito vale a pena empreender um esforço prévio, ainda que sucinto, de expor como se tem compreendido o trabalho policial no campo dos estudos policiais a partir dos anos sessenta do século passado e a sua repercussão sobre as políticas públicas de segurança.

O surgimento de um campo de pesquisa acadêmica denominado de *estudos policiais* é um produto estadunidense. Os clássicos na área são, com uma notável exceção¹⁸⁹, norte-americanos. É fácil compreender as razões. A relação entre polícia e sociedade dominou as discussões na esfera pública nos anos sessenta nos Estados Unidos em razão de uma série de confrontos com grupos de protesto relacionados ao movimento por direitos civis (direitos dos negros principalmente) e por grupos pacifistas contrários à Guerra do Vietnam. Esses enfrentamentos, em seguida, foram objeto de investigação por, ao menos, três comissões presidenciais relevantes: a *President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice (1966)*, a *National Advisory Commission on Civil Disorders* e a *National Commission on the Causes and Prevention of Violence*, ambas de 1969¹⁹⁰. Outro aspecto importante destacado por Reiner é a influência acadêmica do trabalho de Howard Becker, em criminologia, que promoveu um redirecionamento da atenção da pesquisa. Ao invés de focar na investigação tradicional das causas de violação do direito (ou da criminalidade), essa linha de pesquisa passou a centrar-se no papel das instituições do sistema de justiça criminal na construção e aplica-

¹⁸⁹ O autor é Michael Banton, que publicou em 1964 um trabalho intitulado "The Policeman in the Community".

¹⁹⁰ REINER, Robert. Revisiting the Classics: three seminal founders of the study of policing: Michael Banton, Jeromy Skolnick and Egon Bittner. **Policing and Society**, London, v. 25, n. 3, p. 308-327, 2015.

ção do direito (*law enforcement*)¹⁹¹. Os estudos realizados nesse período giraram em torno dos seguintes temas: as funções da polícia, a cultura policial e a discricionariedade policial. Além de, por certo, um quarto tema que envolve a violência policial. Willian Westley, pesquisador da Escola de Chicago, pioneiro do campo de estudos sobre a polícia, publicou em 1970 um trabalho titulado “Violence and the police: a sociological study of law, custom, and morality”¹⁹². Além da violência policial, que dá título à obra, dois dos temas mencionados estão presentes no trabalho de Westley, a cultura policial e as funções da polícia. No ponto que aqui interessa para as finalidades do presente estudo parece suficiente tematizar o problema das funções da polícia. E isso porque ao compreender o sentido que emprestamos à expressão trabalho policial pode nos socorrer na identificação daquilo que lhe é próprio, permitindo classificações e distinções ulteriores.

Nesse sentido, parece que o ponto central diz respeito à caracterização da atividade policial. Egon Bittner, em uma monografia publicada em 1970, definiu o papel da polícia nos seguintes termos: “[...] o papel da polícia é melhor compreendido como um mecanismo para a distribuição de força coerciva não negociável empregada de acordo com os ditados por uma apreensão intuitiva de exigências situacionais”¹⁹³. Contra uma tendência corrente de definir o papel da polícia como aquele de combater o crime (em termos da literatura anglo-saxã, *law enforcement*), Bittner defendia em sua monografia que a característica central da polícia era a capacidade e autorização para o uso da força para atender a uma série de situações, grande parte delas sem relação direta com a aplicação da lei penal¹⁹⁴. Dada, portanto, a grande variedade das situações

¹⁹¹ Ibid., 308-327.

¹⁹² Ibid., 308-327. Segundo Reiner, o trabalho era resultado do que pode ser considerado o primeiro trabalho empírico sobre a atividade policial e foi elaborado na década de 1950 como tese do seu PhD na Universidade de Chicago, vindo à luz apenas em 1970, como se disse, quase vinte anos após a sua elaboração.

¹⁹³ BITTNER, Egon. **The Functions of the Police in Modern Society**: a review of background factors, current practices, and possible role models. Maryland: National Institute of Mental Health, 1970, p. 46.

¹⁹⁴ Ibid., *passim*.

enfrentadas pela polícia, definir o seu papel, como comumente se faz, pela referência ao combate ao crime seria equivocada. Ou dito de modo mais direto, a polícia caracteriza-se pela autorização para recorrer ao uso da força quando algo precisa ser feito e precisa ser feito logo, independentemente de que a situação tenha relação direta com a prática de um crime¹⁹⁵. Nas palavras de Bittner, “[...] o policial, e somente o policial, está equipado, autorizado e requisitado para fazer frente a qualquer situação crítica onde o uso da força física seja potencialmente necessário”¹⁹⁶. É por essa razão que Bayley vai definir a polícia como “[...] pessoas autorizadas por um grupo para regular as relações pessoais dentro deste grupo através da aplicação de força física”¹⁹⁷.

Michael Banton, por seu turno, é o primeiro a desenvolver um trabalho comparado entre forças policiais britânicas e estadunidenses e a demonstrar a grande diversidade de funções exercidas pela polícia¹⁹⁸. Ao contrário da representação comum de que polícia está, basicamente, envolvida na tarefa de combater o crime, esse autor identificou que os policiais nos seus afazeres cotidianos (notadamente os policiais fardados, *patrolmen*) despendem grande parte do seu tempo em atividades que apenas remotamente se relacionam com a aplicação da lei penal (*law enforcement*), ou seja, comportariam-se principalmente como *peace officer* e não tanto como *law officer*¹⁹⁹. De onde provém a distinção clássica nos estudos policiais das tarefas de manutenção da ordem (*peace keeping*) e de aplicação da lei (*law enforcement*). Constatação que foi e vem sendo corroborada por estudos subsequentes. Bayley, em seu estudo comparado sobre forças policiais em sete países, identificou as seguintes situações nas quais se envolvem os policiais em seu trabalho cotidiano: emergência criminal, queixa e investigação criminal, emergência não-criminal, pre-

¹⁹⁵ BITTNER, E. Florence Nightingale à la poursuite de Willie Sutton: regard théorique sur la police. **Déviance et Société**, Chêne-Bourg, v. 25, n. 3, p. 285-305, 2001.

¹⁹⁶ Ibid., p. 285-305.

¹⁹⁷ BAYLEY, David H. **Padrões de Policiamento**. São Paulo: EdUSP, 2002. p. 20.

¹⁹⁸ REINER, op. cit., p. 308-327.

¹⁹⁹ Ibid., p. 308-327.

venção ao crime, cuidado com pessoas incapacitadas ou incompetentes, briga ou disputa, aconselhamento, trânsito, controle de multidão e investigação não criminal²⁰⁰. Ou seja, a polícia é chamada a atender uma gama muito diversificada de situações das quais boa parte não se relaciona diretamente com a aplicação da lei penal (*law enforcement*), mas que, ainda assim, são imprescindíveis à “manutenção da ordem”. Intervenções que se podem incluir na função “preventiva” da atividade policial. Assim, por exemplo (o exemplo é de Bittner), uma discussão acalorada entre um casal, em princípio, não envolve uma conduta criminal, mas a experiência mostra que muitas agressões e até mesmo homicídios ocorrem no âmbito das relações domésticas, o que vem a justificar a intervenção da polícia em casos dessa ordem. Segundo Bittner, a maioria das pessoas é capaz de identificar as situações onde “chamar a polícia” (*call the cops*²⁰¹) parece o mais sensato a se fazer, mas onde as categorias do direito penal jogam um papel secundário²⁰².

Herman Goldstein propõe uma melhor diferenciação e análise do que seriam os objetivos da polícia e as suas estratégias para atender esses objetivos²⁰³. Goldstein apresenta os seguintes objetivos das forças policiais (nos Estados Unidos): prevenir e controlar condutas reconhecidamente ameaçadoras à vida e à propriedade (crimes graves); ajudar indivíduos em perigo em sua incolumidade física, bem como a vítima de uma agressão criminosa; proteger as garantias constitucionais, tais como a liberdade de opinião e de reunião; facilitar o movimento de pessoas e veículos; auxiliar aqueles que não podem cuidar de si mesmos, como pessoas intoxicadas, adictos, doentes mentais, deficientes físicos, idosos e os muito jovens; resolver conflitos, seja entre indivíduos, grupos de indivíduos ou entre indivíduos

²⁰⁰ BAYLEY, op. cit., p. 138.

²⁰¹ Bittner recorre à expressão popular nos Estados Unidos para designar as situações que levam o público a chamar por auxílio policial. Ver: BITTNER, 1970, passim.

²⁰² Para uma lista ilustrativa ver: BITTNER, 1970, passim.

²⁰³ GOLDSTEIN, Herman. **Policing a Free Society**. Cambridge: Ballinger Pub., 1977. (University of Wisconsin Legal Studies Research Paper Series, n. 1349).

Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2596883>>. Acesso em: dez. 2017.

e seu governo; identificar problemas que tenham o potencial de se tornar mais graves para os cidadãos individualmente, para a polícia e para o governo; e criar e manter o sentimento de segurança na comunidade²⁰⁴. Ainda segundo Goldstein, embora a polícia possa sempre, em princípio, promover uma prisão e iniciar uma persecução criminal, a **intervenção policial**, geralmente, **envolve duas etapas**. A primeira envolve a utilização de várias estratégias para **pôr fim a uma crise** e “tomar pé” da situação; somente então se inicia o processo de **avaliação sobre o melhor caminho a ser dado ao caso**²⁰⁵. Mesmo que a possibilidade de promover uma prisão e iniciar a persecução criminal esteja sempre presente, a polícia recorre a uma vasta gama de disposições para cumprir seus objetivos que, como se disse, não se restringem apenas à aplicação da lei penal (*law enforcement*). Para alcançar esses objetivos a polícia recorre, usualmente, às seguintes estratégias de intervenção, segundo Goldstein: conduzir uma investigação; parar pessoas e averiguar; realizar revista ou busca pessoal; conduzir uma pessoa em custódia para investigação; conduzir uma pessoa em custódia com fins protetivos (no caso de uma tentativa de suicídio, por exemplo); emitir uma ordem para parar (em caso de barulho ou briga, por exemplo); emitir uma ordem para deixar um local (um cliente desordeiro, por exemplo); emitir uma ordem para se separar (numa briga doméstica, por exemplo); emitir uma ordem para evacuar (uma aglomeração em uma esquina ou prostitutas na calçada, por exemplo); emitir uma ordem para que todos permaneçam parados (*freeze*) a fim de promover maiores investigações (como no caso de um homicídio descoberto em uma taverna, por exemplo); usar a força ou ameaçar usar a força²⁰⁶. De modo similar, propõe David H. Bayley, o que a polícia faz pode ser descrito recorrendo às atribuições da polícia, às situações com as quais ela se defronta e com os resulta-

²⁰⁴ GOLDSTEIN, Herman. Improving Policing: a problem-oriented approach. Originalmente publicado em **Crime & Delinquency**, v. 25, n. 2, 1979. (University of Wisconsin Legal Studies Research Paper Series, n. 1336). p. 35. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2537955>>. Acesso em: dez. 2017.

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 36-37.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 38.

dos ou ações que ela executa: “[...] as atribuições são a descrição organizacional do que os policiais estão fazendo – patrulhando, investigando, controlando o tráfego, aconselhando e administrando [...]”; as situações são aquilo com o que a polícia tem que lidar, “[...] crimes em andamento, brigas domésticas, crianças perdidas, acidentes de automóvel, pessoas suspeitas, supostos arrombamentos, distúrbios públicos e mortes não naturais [...]”; e resultados são as ações executadas pela polícia durante as situações, “[...] prender, relatar, tranquilizar, advertir, prestar primeiros socorros, aconselhar, mediar, interromper, ameaçar, citar”, etc²⁰⁷. Assim, dados os objetivos e as ações ou estratégias de intervenção as quais usualmente a polícia recorre, uma parcela relevante de suas funções escapa aos objetivos estritos do sistema de justiça criminal, embora não deixem de relacionar-se com um sentido amplo de manutenção da ordem e da paz social. Muitas vezes a polícia está envolvida em atividades de mediação, encaminhamento (*referrals*), prestação de informação e recomendação, que remetem a mecanismos de controle social que podem ser desagregados das atribuições específicas das agências de segurança pública relacionadas com o funcionamento do sistema de justiça criminal, embora possam exigir, também, certa dose da resolutividade imediata que caracteriza a sua capacidade e autorização para usar a força. Assim, o reconhecimento desses aspectos da atividade policial, uma certa compreensão generalizada sobre a ineficiência dos métodos tradicionais de policiamento e determinados fatores locais conduziram, nas últimas décadas, ao surgimento de propostas de reforma das polícias que visam à integração dessas funções e a uma postura proativa, ao que se fará breve referência.

Novas estratégias de policiamento: polícia comunitária, policiamento orientado ao problema, polícia da qualidade de vida. Para atender a imensa e diversificada gama de situações com as quais se defronta (inclusive e principalmente situações criminais) a polícia recorre, tradicionalmente, a três estra-

²⁰⁷ BAYLEY, op. cit., p. 118-119.

tégias: responder rapidamente aos chamados por ajuda, patrulhamento preventivo e investigação criminal²⁰⁸. Segundo Anthony A. Braga, essas estratégias resultaram, nos Estados Unidos, de um processo de reforma das polícias conhecido como “*professional era*”, voltado a tornar as polícias melhor estruturadas, mais organizadas e melhor equipadas, inclusive em termos tecnológicos (são exemplos paradigmáticos a rádio patrulha, o número de telefone 911 (190 no Brasil), impressões digitais e outros conhecimentos e tecnologias forenses)²⁰⁹. Dois conjuntos de circunstâncias tiveram especial relevância para a revisão dessas posturas tradicionais das polícias e incentivaram um novo movimento de reformas. O primeiro, decorrente de estudos empíricos desenvolvidos nos anos setenta e oitenta do século passado, os quais concluíram que essas estratégias eram ineficientes na consecução dos objetivos de diminuição das taxas de delito e vitimização²¹⁰. Somados a esses achados deve ser apontado o aumento da tensão, nos Estados Unidos notoriamente, entre as polícias e grupos estudantis, minorias étnicas e bairros pobres, decorrentes dos embates com movimentos pacifistas contra a guerra do Vietnam e movimentos por direitos civis²¹¹. Em resposta foram propostas novas estratégias para a atividade policial que enfatizavam, entre outros aspectos, uma ação mais proativa na prevenção das ocorrências criminais e outras desordens e uma maior aproximação entre polícia e comunidade. Destacaram-se nesse movimento as propostas de policiamento orientado ao problema²¹², policiamento comunitário²¹³, toda sorte de policiamento da qualidade de vida²¹⁴ e o policiamento a pé²¹⁵, por exemplo.

²⁰⁸ BRAGA, Anthony A. **Problem-oriented Policing and Crime Prevention**. 2. ed. Nova York: Criminal Justice Press, 2008. p. 6.

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 6.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 7-8. DIAS NETO, Theodomiro. **Policiamento Comunitário e Controle sobre a Polícia: a experiência norte-americana**. Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2003.

²¹¹ BRAGA, op. cit., p. 7-8. DIAS NETO, 2003, op. cit.

²¹² GOLDSTEIN, 1979, op. cit., passim.

²¹³ BRAGA, op. cit., p. 9.

²¹⁴ WILSON, J.Q.; KELLING, G. Broken windows: the police and neighborhood safety. **The Atlantic**, [S.l.], p. 29-38, mar. 1982. Também: SKOGAN, Wesley G. Disorder and Crime. In: **THE OXFORD Handbook of Crime Prevention**. [S.l.]: Oxford University Press, 2012. cap. 9, p. 173-188.

²¹⁵ TROJANOWICZ, Robert C. An Evaluation of a Neighborhood Foot Patrol Program. **Journal of Police Science Administration**, Gaithersburg, v. 11, n. 4, p. 410-419, dez. 1983.

Três dessas estratégias alcançaram grande repercussão: o policiamento comunitário, o policiamento orientado ao problema e as várias estratégias de polícia de qualidade de vida, cujo exemplo mais debatido é o policiamento de “tolerância zero”.

O policiamento orientado ao problema foi desenvolvido a partir de um trabalho de Herman Goldstein, publicado em 1979, no qual o autor postulava que as reformas policiais, ao centrarem-se nos aspectos organizacionais da atividade policial, terminavam por deixar de lado o que seria o produto final da ação policial: enfrentar os problemas que surgem nas comunidades, em especial, aqueles relacionados à prática de crimes violentos, mas também outras fontes de distúrbio que podem envolver desde o vandalismo até o barulho noturno em áreas residenciais. Segundo Goldstein, a forma mais adequada de enfrentar esse conjunto heterogêneo de problemas é definir os problemas de forma mais específica possível; investigar os problemas, se necessário importar os métodos de investigação empírica para a prática das agências policiais, mas também recorrer - no sentido de tomar conhecimento e propor adequações - à pesquisa acadêmica produzida sobre esses problemas; explorar e avaliar as alternativas de resposta postas à disposição da polícia e escolher a mais adequada; por fim avaliar os resultados. Como refere Goldstein, o policiamento orientado ao problema,

[...] exige identificar os problemas em termos precisos, investigar cada problema, documentar sua natureza e a resposta policial atual, avaliar sua adequação e a adequação das disponibilidades em termos de autoridade e recursos, envolver-se em uma ampla exploração das alternativas às respostas atuais, ponderando os méritos dessas alternativas e escolhendo entre elas.²¹⁶

Em resumo: definir o problema com grande especificidade, pesquisar sobre ele, explorar as alternativas e avaliar os resul-

²¹⁶ GOLDSTEIN, 1979, op. cit., passim.

tados. De grande importância para a definição e resolução de problemas seriam a análise e investigação detalhada das características dos ofensores, das características das vítimas e das características dos locais de ocorrência dos problemas²¹⁷. Essa perspectiva traduz-se, atualmente, principalmente em estratégias de investigação e planejamento da ação policial com recurso à computação e estatísticas criminais (*compstat*), utilização de tecnologia de georreferenciamento das ocorrências policiais e o policiamento de áreas com alta incidência de delitos (*hot spots*).

Outra estratégia importante é o policiamento de qualidade de vida. Em um artigo que se tornou famoso internacionalmente Wilson e Kelling²¹⁸ procuraram demonstrar, ou ao menos sugerir, uma relação entre o descuido para com a atividade de manutenção da ordem e as suas implicações sobre a atividade de aplicação da lei pelas forças policiais. É a famosa “teoria” das janelas quebradas: uma janela quebrada que não é reparada passa a informação de que ninguém se importa, fazendo com que onde havia uma janela quebrada logo apareçam várias. A ideia central é que a degradação de determinados locais pela presença de pedintes, prostitutas, grafite e arruaceiros, etc., exerce uma força de atração sobre problemas mais sérios e crimes graves. Skogan, de modo similar, destaca as seguintes consequências individuais e coletivas do descuido para com o policiamento orientado para a manutenção da ordem: a estabilidade dos bairros é minada, os processos naturais de controle social informal são prejudicados, os investimentos são desencorajados e o medo do crime é estimulado²¹⁹. Skogan sustenta que “[o] papel desempenhado pela desordem na causa de outras formas de delito é outra razão para cautela, mas é apenas um ponto de verificação adicional sobre a longa lista de razões para preocupação”²²⁰. Essas elaborações tiveram grande influência internacional e

²¹⁷ Cf. HOUGH; TILLEY, 1998, p. 23 apud BRAGA, 2008, p. 3-4.

²¹⁸ WILSON, J.Q.; KELLING, G., op. cit., p. 29-38.

²¹⁹ SKOGAN, op. cit., p. 173-188.

²²⁰ Ibid., p. 173-188.

fizeram surgir propostas de políticas públicas de segurança mais ou menos vinculadas ao policiamento de “tolerância zero”, implementado (em conjunto com outras medidas) pelo Departamento de Polícia de Nova York²²¹. Por essa perspectiva exige-se das polícias a atuação sobre problemas de degradação urbana, incivildades e outras desordens, independentemente de sua vinculação direta com a violação da lei penal.

Outra inovação nas estratégias policiais é representada pelo policiamento comunitário. Essa estratégia tem correlação com as tensões verificadas nos Estados Unidos entre a polícia e as comunidades negras no âmbito da luta por direitos civis naquele país. Naquela época o contingente policial era formado quase que exclusivamente por homens brancos e o enfrentamento de grupos de protesto por direitos civis terminou convertendo-se em um conflito racializado. Em razão disso, em 1967 o relatório final da *President's commission* já apontava em suas recomendações para a necessidade de promover relações mais estreitas entre a polícia e os moradores dos bairros habitados por minorias raciais, principalmente negros, e a instituição de unidades especiais nos departamentos de polícia para estabelecer relações com as comunidades²²². A ideia central a embasar as estratégias de policiamento comunitário é a aproximação entre polícia e comunidade e a descentralização dos processos de tomada de decisão e prestação de serviços e, com isso, a promoção de uma maior efetividade da atuação policial e uma maior atenção por parte da polícia às

²²¹ SOARES, Luiz Eduardo. O Enigma de Nova York. In: OLIVEIRA, Nilson Vieira (Org.). **Insegurança Pública**. Nova Alexandria: São Paulo, 2002. p. 227-237.

²²² Ver: THE CHALLENGE of Crime in a Free Society: a report by the President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice. Washington, D.C.: United States Government Printing Office, 1967. “A relação entre a polícia e os pobres urbanos merece especial atenção. Aqui a Comissão recomenda que cada grande departamento [de polícia] - especialmente em comunidades com substancial população de grupos minoritários - deve ter algum mecanismo de relações comunitárias consistente em uma unidade de planejamento e supervisão central e unidades descentralizadas para conduzir os programas recomendados. Comitês de cidadãos efetivos devem ser estabelecidos em bairros de grupos minoritários. Todos os departamentos com substancial população de grupos minoritários devem envidar esforços para recrutar oficiais de grupos minoritários e para empregar e promovê-los equitativamente. Os departamentos devem dispor de unidades rigorosas de investigação interna para apurar as reclamações de má conduta. A Comissão acredita que é de extrema importância assegurar que as reclamações por tratamento injusto devam ser conduzidas com justiça”. (tradução nossa).

demandas da população, melhorando, assim o controle e a influência da sociedade no planejamento e implementação de políticas de segurança pública²²³. As expressões mais notórias dessa estratégia são o policiamento a pé, a alocação de um policial em uma certa área delimitada e a instalação de comitês ou conselhos de bairro. Ao contrário da estratégia de policiamento orientado ao problema, onde a aproximação com a comunidade e o estabelecimento de uma relação de confiança entre a comunidade e a polícia são valores importantes para a obtenção de conhecimento e posterior planejamento e ação²²⁴, nas estratégias de policiamento comunitário a comunidade aparece como um ator fundamental no próprio estabelecimento do programa de trabalho da polícia pelo lado da demanda da ação policial, estabelecendo parcerias fortes entre polícia e comunidade no enfrentamento de problemas e partilhando decisões²²⁵. Essas propostas avançam no sentido da constituição de esferas públicas não estatais especializadas no tratamento de questões de segurança pública e numa maior abertura do aparato policial para a influência da sociedade²²⁶.

Todas essas estratégias apontam para uma ampliação das funções das polícias (ou para o reconhecimento de que as funções das polícias não se restringem ao seu papel dentro do sistema de justiça criminal) e uma atuação mais proativa em direção à prevenção de delitos e outras desordens. Embora com suas nuances, todas essas estratégias vêm em resposta a uma situação de aumento das taxas de delito verificadas internacionalmente e um diagnóstico que aponta para a limitação do sistema de justiça criminal como um todo²²⁷ e das estratégias tradicionais de atuação policial em particular²²⁸ no

²²³ DIAS NETO, 2003, op. cit., p. 37.

²²⁴ GOLDSTEIN, 1979, op. cit., passim.

²²⁵ BRAGA, op. cit., p. 12.

²²⁶ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CUNHA, Eduardo Pazinato da. As Políticas Públicas Municipais de Segurança no Rio Grande do Sul. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre**, Porto Alegre, n. 21, p. 95-112, dez. 2007.

²²⁷ GARLAND, David. **La Cultura del Control**: crímen y orden social em la sociedad contemporánea. Traducción de Máximo Sozzo. Barcelona: GEDISA, 2005.

²²⁸ BRAGA, op. cit., passim.

enfrentamento do problema. Essas políticas públicas de policiamento, em suma, postulam por um policiamento qualificado em termos de conhecimento dos problemas sociais e das respostas possíveis, atento para os sintomas de desorganização social que podem indicar a deterioração das comunidades e a consequente atração de problemas mais graves de criminalidade e um policiamento mais próximo e permeável às intervenções das comunidades onde essas forças policiais estão atuando. No Brasil esse olhar para além do sistema de justiça criminal e das instituições policiais tem conduzido a uma demanda por uma ampliação do papel da União e dos municípios no tratamento das questões relacionadas à segurança pública. No caso dos municípios, esse olhar tem dirigido-se para as guardas municipais.

Funções da guarda municipal e funções da polícia. Com esse breve apanhado do panorama dos esforços em compreender as funções da polícia e das principais propostas práticas sobre a atuação policial, é possível avançar sobre as funções preventivas atribuídas à polícia e avaliar em que medida essas atribuições podem ser distinguidas entre aquelas que são funções exclusivas das agências policiais das que podem ser desenvolvidas por outras agências estatais sem invasão da esfera de competências das polícias, com especial atenção para o marco normativo posto pela Constituição. **A questão posta no presente estudo, portanto, perquire sobre o que a polícia faz e que somente a polícia pode fazer, dado o marco normativo no qual se insere.** A Constituição estabelece a finalidade das políticas de segurança pública como sendo a “[...] preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio” (art. 144). A responsabilidade **estatal** pelas políticas de segurança está dividida entre diversas agências com atribuições específicas e, segundo já decidiu o STF, esse rol de agências policiais é taxativo (ADI n. 2.827-RS²²⁹ e

²²⁹ EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Emenda Constitucional nº 19, de 16 de julho de 1997, à Constituição do Estado do Rio Grande do Sul; expressão “do Instituto-Geral de Perícias” contida na Emenda Constitucional nº 18/1997, à Constituição do Estado do Rio Grande do Sul; e Lei Complementar nº 10.687/1996, com as alterações introduzidas pela Lei Complementar

ADI n. 3.469-SC²³⁰). A questão central colocada pela nova norma sobre as guardas municipais parece centrar-se na eventual sobreposição com as funções policiais de garantia da ordem pública incumbida às polícias militares. Nos termos do § 5º do art. 144 da Constituição, às polícias militares incumbe “[...] a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública”. No Brasil as atribuições de investigar e as de manter a ordem são estritamente separadas, inclusive institucionalmente, uma vez que tais atribuições são distribuídas em agências distintas: nos casos típicos, polícia civil e polícia militar. Como se percebe a partir dos estudos sobre a polícia, a preservação da ordem envolve um conjunto de intervenções da polícia que apenas indiretamente se relacionam à aplicação da lei penal, mas que, ainda assim, envolvem a consecução de importantes funções sociais, inclusive de prevenção de violências e outros problemas, além de promover o sentimento (experiência subjetiva) de segurança das pessoas.

As atribuições das guardas municipais estão definidas no art. 144, § 8º, da Constituição e são restringidas à proteção dos bens, serviços e instalações do Município. Na prática, as situações com as quais as guardas municipais deparam-se assem-

nº 10.998/1997, ambas do Estado do Rio Grande do Sul 3. Criação do Instituto-Geral de Perícias e inserção do órgão no rol daqueles encarregados da segurança pública. 4. O requerente indicou os dispositivos sobre os quais versa a ação, bem como os fundamentos jurídicos do pedido. Preliminar de inépcia da inicial rejeitada. 5. **Observância obrigatória, pelos Estados-membros, do disposto no art. 144 da Constituição da República. Precedentes. 6. Taxatividade do rol dos órgãos encarregados da segurança pública, contidos no art. 144 da Constituição da República. Precedentes. 7. Impossibilidade da criação, pelos Estados-membros, de órgão de segurança pública diverso daqueles previstos no art. 144 da Constituição.** Precedentes. 8. Ao Instituto-Geral de Perícias, instituído pela norma impugnada, são incumbidas funções atinentes à segurança pública. 9. Violação do artigo 144 c/c o art. 25 da Constituição da República. 10. Ação direta de inconstitucionalidade parcialmente procedente.

²³⁰ EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Emenda Constitucional nº 39, de 31 de janeiro de 2005, à Constituição do Estado de Santa Catarina. 3. Criação do Instituto Geral de Perícia e inserção do órgão no rol daqueles encarregados da segurança pública. 4. Legitimidade ativa da Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL-BRASIL). Precedentes. 5. **Observância obrigatória, pelos Estados-membros, do disposto no art. 144 da Constituição da República. Precedentes. 6. Taxatividade do rol dos órgãos encarregados da segurança pública, contidos no art. 144 da Constituição da República. Precedentes. 7. Impossibilidade da criação, pelos Estados-membros, de órgão de segurança pública diverso daqueles previstos no art. 144 da Constituição.** Precedentes. 8. Ao Instituto Geral de Perícia, instituído pela norma impugnada, são incumbidas funções atinentes à segurança pública. 9. Violação do artigo 144 c/c o art. 25 da Constituição da República. 10. Ação direta de inconstitucionalidade parcialmente procedente.

lham-se às situações com as quais as polícias militares depararam-se. A diferença dá-se no nível das atribuições, porquanto as guardas municipais estão restringidas no seu âmbito de atuação. Então, sempre que a Lei nº 13.022/2014 atribui uma função de patrulhamento, prevenção ou outra semelhante, às guardas municipais, essa atribuição deve ser lida em conjugação com essa restrição. Embora muitas das situações com as quais as guardas municipais deparam-se possam envolver a prática de crimes e não somente contra bens, serviços e instalações do Município, e, também, considerando que a presença de um servidor fardado tem evidente efeito **preventivo** sobre a ocorrência de delitos e outras desordens²³¹, resta a circunstância de que não estão à disposição das guardas municipais certas ações que as polícias lançam mão para enfrentar as situações com as quais se deparam. Parece que os pontos centrais de controvérsia decorrem da possibilidade de as guardas municipais exercerem patrulhamento preventivo em logradouros públicos, o que constitui uma atribuição tradicionalmente relacionada à idéia de policiamento ostensivo; e a possibilidade de parar, interrogar e revistar pessoas por fundada suspeita (*stop, question and frisk*, no jargão anglosaxão), outra ação tradicionalmente vinculada à atividade policial.

Outro aspecto importante que comungam as polícias militares e as guardas municipais é a autorização para empregar a força física quando encontram resistência para tratar das situações com as quais se deparam. As guardas municipais, tal como as polícias em geral, estão autorizadas a utilizar armas de fogo (Lei nº 10.826/2003 – Estatuto do Desarmamento); as guardas municipais, tal qual as polícias, são treinadas para o uso legal e progressivo da força, da arma de fogo e defesa pessoal (Matriz Curricular Nacional para Guardas Municipais da

²³¹ Sobre os efeitos dissuasórios da presença de um guardião capaz (ou que se percebe como capaz) de evitar o cometimento de crimes, ver:

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.

E também:

CLARKE, Ronald. **Situational Crime Prevention: successful case studies: introduction**. 2. ed. New York: Harrow and Heston, 1997. Disponível em:

<http://www.popcenter.org/library/reading/PDFs/scp2_intro.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2011.

Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça – SENASP/MJ²³²); e esse treinamento, usualmente, é realizado em escolas de formação policial (Lei nº 10.826/2003 – Estatuto do Desarmamento). Além disso, a visão de que as guardas municipais, na prática, têm assumido funções que já não se subsumem ao desenho constitucional parece bastante difundida. Já a Matriz Curricular da SENASP-MJ, em 2005, assentava:

As funções e atribuições das Guardas Municipais ampliaram, na prática, aquelas previstas no artigo 144 da Constituição Federal, que se limitam à proteção dos bens, serviços e instalações municipais. Elas se multiplicaram ao longo dos anos acompanhando o crescimento das cidades e a complexidade dos problemas de urbanização.²³³

Assim, para separar o que sejam as atribuições das guardas municipais das atribuições das agências policiais (em especial das atribuições das polícias militares) parece adequado iniciar por uma distinção tradicional no direito administrativo que seria aquela entre polícia administrativa e polícia judiciária. Por primeiro, é conveniente que se apresente uma definição de polícia administrativa ou poder de polícia administrativa. Segundo Caio Tácito, em trabalho clássico sobre o tema, “O poder de polícia é, em suma, o conjunto de atribuições concedidas à administração para disciplinar e restringir, em favor de interesse público adequado, direitos e liberdades individuais”²³⁴. Hely Lopes Meirelles define o poder de polícia como “[...] a faculdade que tem a Administração pública de editar e executar medidas restritivas do direito individual em benefício do bem-estar da coletividade e da preservação do próprio Estado”²³⁵. Como refere Hely Lopes Meirelles a conceituação doutrinária, no Brasil, passou à legislação através do art. 78 do

²³² BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Segurança Pública, op. cit.

²³³ Ibid.

²³⁴ TÁCITO, Caio. O Poder de Polícia e seus Limites. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 27, p. 1-11, jan. 1952.

²³⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 132.

Código Tributário Nacional, assim vertido:

Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.²³⁶

Esse poder de polícia, com a qualificação “administrativa”, é tradicionalmente apartado da polícia judiciária. Os autores pátrios, com pequenas variações de ênfase costumam apontar os seguintes critérios de discriminação: a polícia administrativa tem viés preventivo, enquanto a polícia judiciária tem viés repressivo; a polícia administrativa visa regular atividades lícitas e a polícia judiciária incide sobre condutas ilícitas; a polícia administrativa incide sobre bens, direitos e atividades, a polícia judiciária sobre pessoas; os atos de polícia administrativa regulam-se pelo direito administrativo e as ações de polícia judiciária regulam-se pelas normas de direito processual penal; a polícia administrativa é inerente à administração pública e difunde-se por diversos órgãos estatais, enquanto a polícia judiciária é afeta, com exclusividade, a corporações especializadas (notadamente as polícias civil e militar)²³⁷. As guardas municipais, por certo, não

²³⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello, baseado em doutrina italiana, coloca uma perspicaz, e a meu ver correta, consideração. O poder de polícia da Administração não trata de restringir ou limitar direitos, mas de configurar a dimensão juridicamente tutelada da liberdade e da propriedade. É que o direito à liberdade e à propriedade é aquele reconhecido pela ordem jurídica. Segundo o autor, “[...] não se deve confundir liberdade e propriedade com direito de liberdade e direito de propriedade. Estes últimos são as expressões daquelas, porém tal como admitidas em um dado sistema normativo [...] não há limitações administrativas ao direito de liberdade e ao direito de propriedade [...] são elas, na verdade, a fisionomia normativa dele. Há, isto sim, limitações à liberdade e à propriedade”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 705.

²³⁷ MEIRELLES, op. cit., p. 131.

MELLO, op. cit., p. 720-722.

DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 105.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 391-392.

detêm atribuições de polícia judiciária, de sorte que a distinção parece irrelevante para o presente estudo. No entanto, as polícias militares, especialmente, acumulam funções de polícia administrativa e de polícia judiciária, dada sua relação direta com a repressão de ilícitos penais. Hely Lopes Meirelles ao apartar as funções em comento assevera que “[...] convém distinguir a polícia administrativa [...] da polícia judiciária e da polícia da ordem pública, estranhas **[estas últimas]** às nossas cogitações”²³⁸ (grifo nosso). Conforme já foi exposto, as polícias, em especial os agentes uniformizados incumbidos do patrulhamento preventivo, na feliz formulação de Michael Banton, exercem tanto funções de oficiais de manutenção da ordem (*peace officer*), como de aplicação da lei penal (*law officer*)²³⁹. Ao contrário de Hely Meirelles, que aparta a polícia da ordem pública da polícia administrativa, a maioria dos autores nacionais parece acolher a idéia de que a polícia da segurança e da tranquilidade pública constitui uma das expressões ou ramos da polícia administrativa, na verdade sua expressão original²⁴⁰. A expansão dos ramos ou especialidades do exercício do poder de polícia decorre, notadamente, da passagem de um estado liberal para uma forma de estado mais intervencionista na ordem econômica e social²⁴¹. Como refere Odete Medauar, a concepção atual de estado e do poder de polícia a ele inerente, “além dos aspectos clássicos da segurança dos bens e das pessoas, de tranquilidade e da salubridade, abarca também aspectos econômicos [...], ambientais [...] e até estéticos”²⁴². Essas alterações no modelo de estado, que conduziram à especialização dos ramos e expressões do poder de polícia, promoveram, também, a especialização e, em alguns países, a concentração em agências específicas a polícia da segurança pública e da

²³⁸ MEIRELLES, op. cit., p. 131.

²³⁹ Essa é uma característica tipicamente norte-americana, uma vez que a organização descentralizada do policiamento termina por atribuir às polícias tanto a imposição das leis penais (*statute criminal laws*) estabelecidas pelos estados membros, quanto dos regulamentos administrativos municipais decorrentes do poder de polícia administrativa (*municipal ordinances*).

²⁴⁰ DI PIETRO, op. cit., p. 103. MEDAUAR, op. cit., p. 392-393.

²⁴¹ DI PIETRO, op. cit., p. 103. MEDAUAR, op. cit., p. 392-393. TÁCITO, op. cit., p. 1-11.

²⁴² MEDAUAR, op. cit., p. 392.

ordem pública. É interessante notar que, antes do movimento de reforma que consolidou a organização da polícia inglesa, centralizada e especializada, autores como Patrick Colquhoun postularam por uma continuidade entre policiamento e polícia administrativa em conjunto com um enfoque preventivo da função de segurança pública²⁴³. O modelo que se consagrou, no entanto, foi o modelo profissional, especializado e centralizado. O que se pretende destacar é que o policiamento ostensivo e de manutenção da ordem pública atribuído às polícias militares pela Constituição cumula (a expressão é de Celso Antônio Bandeira de Mello) atribuições de polícia administrativa e de polícia judiciária. É que essas agências, além da persecução criminal dos crimes militares, atuam de modo auxiliar na persecução criminal geral, mesmo que não tenham competência de conduzir inquérito policial, porquanto autorizadas a realizar busca e apreensão e com o dever de promover a prisão em flagrante na forma da legislação processual penal. As polícias militares, portanto, realizam, a um só tempo, funções de polícia administrativa da ordem pública e a repressão de ilícitos penais. No primeiro caso exercem atribuição de polícia administrativa, no segundo, vinculam-se ao sistema de justiça criminal na função de identificação e punição de criminosos. A tendência a privilegiar esse segundo aspecto, seja por parte de estudiosos, seja por parte do público em geral, seja por parte das próprias polícias militares, acaba por obscurecer a importância da primeira função, a de polícia administrativa, voltada a garantir a segurança e a tranquilidade pública e o sentimento de segurança por parte dos cidadãos. Essa função expressa-se, especialmente, pela presença ostensiva em locais públicos ou acessíveis ao público, pela prestação de auxílio e orientação aos que necessitam, pelo controle de multidões, pela desobstrução de vias e garantia da circulação, pela proteção de movimentos de reivindicação no exercício de seus direitos de opinião e reunião, pelo apoio a

²⁴³ COLQUHOUN, Patrick. **A Treatise on the Police of the Metropolis**: explaining the various crimes and misdemeanors which at present are felt as a pressure upon the community: and suggesting remedies for their prevention. London: H. Fry, 1796.

Disponível em: <<https://books.google.com.br/>>. Em especial os capítulos XIII e XIV.

ações administrativas e judiciais que demandam agentes autorizados a empregar a força física em caso de resistência, enfim, em toda sorte de situações – independentemente da verificação de uma infração de normas penais – onde se imponha a presença de agentes capacitados, equipados e autorizados a empregar a força em caso de necessidade. Ações que se inserem no mandato atribuído às polícias militares para promover “[...] a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública” (art. 144, § 5º, da Constituição). Essas ações, a meu ver, não caracterizam outra coisa que não o exercício do poder de polícia (administrativa) estatal na manutenção da segurança e da tranquilidade públicas. Caio Tácito, em seu estudo, já anotava que

Se a distinção diminui de importância naqueles países, como o nosso, em que se [sic] duas modalidades de polícia se confundem no mesmo órgão, nem por isso, no plano da natureza intrínseca da função, deixa de se estabelecer uma sensível diversidade entre a ação policial repressiva e o poder de polícia do Estado²⁴⁴.

Reconhecendo, de modo implícito, a acumulação da polícia administrativa e judiciária nas agências policiais, especialmente nas polícias militares.

Pode-se dizer que as atribuições das polícias militares constituem uma polícia (administrativa) geral da ordem (segurança) pública. Em contraste, **às guardas municipais é atribuído um poder de polícia (administrativa) especial, que se pode designar como polícia dos próprios e dos serviços**, voltado ao exercício da polícia administrativa dos bens, serviços e instalações dos municípios (art. 144, § 8º, da Constituição). A distinção entre polícia administrativa geral e polícia administrativa especial é reconhecida pela doutrina nacional. Já era acolhida por Hely Lopes Meirelles, para quem a polícia Administrativa pode ser distinguida entre polícia administrativa geral e polícia administrativa especial, conforme cuide genericamente da segurança, da salubridade e da moralidade públicas ou de seto-

²⁴⁴ TÁCITO, op. cit., p. 1-11.

res específicos de atividade capazes de afetar bens ou interesses coletivos²⁴⁵. Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, nos informa que a distinção decorre de uma peculiaridade do sistema francês que continha disposição expressa em lei atribuindo aos administradores dos departamentos a “[...] manutenção da salubridade, da segurança e da tranqüilidade públicas²⁴⁶”, sendo que os demais setores foram paulatinamente agregados por disposições legislativas especiais. O poder de polícia administrativa é inerente ao Estado²⁴⁷, com o que se quer dizer que o poder de polícia administrativa não é poder de determinados órgãos ou agentes, mas do ente estatal do qual derivam as atribuições dos órgãos ou agentes específicos. Ademais, o poder de polícia administrativa incumbe, de regra, aos entes competentes para legislar sobre a matéria²⁴⁸, distribuindo-se pelos diversos órgãos estatais conforme as respectivas especialidades²⁴⁹. Às guardas municipais, nesse sentido, incumbe, como se disse, a polícia dos próprios e dos serviços municipais, como decorrência da disposição expressa da Constituição. A expressão “serviços”, nesse contexto, deve ser tomada em seu sentido amplo para envolver tanto aquelas ações específicas que envolvem a prestação de um serviço público em sentido estrito, quanto todo e qualquer local onde se desenvolvam as atividades administrativas dos municípios, incluídos, aí, os vários ramos especiais de polícia administrativa incumbida a órgãos especializados outros que não as guardas municipais. Assim, por exemplo, na atividade de fiscalização do Município no exercício da polícia administrativa sanitária, de edificações, do comércio, do meio ambiente, da proteção do patrimônio histórico, etc. Nesses casos, embora a atribuição recaia sobre órgãos específicos da administração, as guardas municipais atuam, legitimamente, na proteção e garantia desses serviços públicos e, nessa condição, estão autorizadas a fazer cumprir os

²⁴⁵ MEIRELLES, op. cit., p. 131.

²⁴⁶ MELLO, op. cit., p. 725. Na mesma linha.

²⁴⁷ MEIRELLES, op. cit., p. 132.

²⁴⁸ MEIRELLES, op. cit., p. 130. MELLO, op. cit., p. 731-732.

²⁴⁹ MEIRELLES, op. cit., p. 141 et seq. MELLO, op. cit., p. 731. DI PIETRO, op. cit., p. 104. MEDAUAR, op. cit., p. 394.

atos administrativos decorrentes da autoexecutoriedade própria dos atos de polícia, sempre, é claro, que tais atos sejam previstos em Lei e que essa atuação transcorra de maneira proporcional com relação às finalidades de fiscalização e imposição próprias do exercício do poder de polícia estatal; além, por óbvio, de que sejam observados os demais elementos de validade dos atos administrativos em geral (competência, motivação, finalidade, etc.)²⁵⁰. Nas palavras de Caio Tácito:

As decisões de polícia são, por natureza, executórias. A administração tem a **faculdade de recorrer a meios coercitivos** para compelir ao cumprimento de suas determinações. A coação administrativa, desde que exercida moderadamente e dentro nos quadros legais, é meio essencial à realização do poder de polícia.²⁵¹ (grifo nosso).

Há, portanto, segundo se está propondo, uma a cumulação de atribuições de polícia administrativa e polícia judiciária nas atribuições das polícias militares, enquanto há uma relação entre o geral e o especial na distinção entre as atribuições de polícia administrativa das polícias militares e a das guardas municipais. Essa distinção permite, a meu ver, determinar as atribuições das guardas municipais como sendo correlatas à segurança pública dos próprios, dos equipamentos e dos serviços municipais. Permite, também, conceber o papel das guardas municipais nas políticas de segurança pública de modo a não contrastar com suas atribuições constitucionalmente estabelecidas, porquanto no exercício dessas atribuições e com a autorização de usar a força física nessas situações específicas, as guardas municipais incidem, complementarmente, nas dinâmicas sociais que promovem a prevenção de ocorrências mais graves e exercem um efeito de dissuasão de práticas delitivas nos bens, serviços e instalações dos municípios. Por constituir-se em agência uniformizada e armada colaboram na pro-

²⁵⁰ MEIRELLES, op. cit., p. 139-141. MELLO, op. cit., p. 730. DI PIETRO, op. cit., p. 108-109. MEDAUAR, op. cit., p. 395-396.

²⁵¹ TÁCITO, op. cit., p. 1-11.

moção de um sentimento de segurança nos espaços onde atuam, além de disporem da faculdade de fazer cessar e promover a prisão em flagrante, autorizada a qualquer do povo (art. 301 do Código de processo Penal), quando se deparam com uma situação de flagrante delito.

Os pontos críticos: patrulhamento preventivo, policiamento de logradouros públicos e busca pessoal por fundada suspeita. Essas considerações, embora permitam, em abstrato, uma distinção clara entre as atribuições das polícias militares e as das guardas municipais amparada em doutrina consagrada no âmbito do direito administrativo, não afastam situações de penumbra onde a divergência pode instalar-se. A nova Lei nº 13.022/2014 (art. 4º), ao definir, por exemplo, o que sejam bens municipais, amparada em disposição expressa do Código Civil (art. 99, I, do Código Civil), inclui os bens de uso comum, onde constam os parques, as praças, a orla, as vias públicas, etc. Note-se que, como já foi exposto, o patrulhamento preventivo, em especial nas vias públicas, é consensualmente reconhecido, no Brasil como no exterior, como trabalho tipicamente policial; na nossa ordem constitucional atribuído, principalmente²⁵², às polícias militares. Como corolário dessas atribuições, as polícias militares estão autorizadas a patrulhar ruas, parar, interrogar e revistar suspeitos e têm o dever de promover a prisão em situação de flagrante delito. Esse conjunto de autorizações decorre da competência específica de promover **segurança pública** nos termos do art. 144 da Constituição. Note-se que na qualidade de patrulhamento preventivo essa atuação integra o que foi anteriormente designado como polícia administrativa geral de segurança e tranquilidade pública. Uma vez que uma infração penal tenha ocorrido, as ações das polícias militares passam a integrar a dinâmica do sistema de justiça criminal e, nesse passo, é atividade “[...] incumbida de apurar a responsabilidade e de encaminhar à justiça os autores de infrações penais”²⁵³. Antes, porém, a ativi-

²⁵² São exceções as polícias rodoviária, ferroviária, marítima, aeroportuária e de fronteiras, atribuídas à União e desempenhadas através de agências específicas federais (art. 144, I, II e III, §§ 1º, 2º e 3º, da Constituição).

²⁵³ TÁCITO, op. cit., p. 1-11.

dade é a típica atividade de polícia administrativa de caráter eminentemente preventivo, “[...] voltada à manutenção da segurança, ordem e tranquilidade públicas como meio de resguardar o meio social de ofensas potenciais”²⁵⁴. As guardas municipais, ao contrário, estão incumbidas de realizar essas atividades apenas quando a atuação esteja vinculada ao poder de polícia especial de proteção dos bens, serviços e instalações dos municípios. Como as vias públicas, como se disse, são bens municipais a questão é: **podem as guardas municipais realizar patrulhamento preventivo e seus correlatos de parar, interrogar e revistar suspeitos nas vias públicas?** A resposta deve ser **negativa**. Conforme já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande de Sul, as guardas municipais não estão autorizadas a desenvolver ação que, isoladamente, caracterize manutenção da ordem pública e proteção da incolumidade física e do patrimônio das pessoas, vale dizer, segurança pública. No dispositivo do acórdão lê-se:

[...] voto pela concessão da liminar requerida no primeiro grau, presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, para o efeito de proibir o **Município de Porto Alegre** de atribuir à Guarda Municipal o exercício de funções de órgão de segurança pública, limitando-se sua atuação à proteção dos bens, serviços e instalações municipais, excluídas ações que possam configurar, isoladamente, proteção à ordem pública e à incolumidade física dos munícipes.²⁵⁵

Na mesma linha de entendimento o STF, ao julgar a competência das guardas municipais para exercer as atribuições de fiscalização do trânsito (RE 658570), sustentou que a atribuição às guardas municipais da fiscalização de trânsito não contrasta com texto constitucional porque caracteriza exercício de polícia administrativa que não se confunde

²⁵⁴ *Ibid.*, p. 1-11.

²⁵⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 70005941414**, da 4ª Câmara Cível da Comarca de Porto Alegre. Agravante: Promotoria de Justiça de Defesa do Patrimônio Público. Agravados: Município de Porto Alegre, Estado do Rio Grande do Sul. Relator: João Carlos Branco Cardoso. Porto Alegre, 27 ago. 2003.

com atividade de segurança pública. A decisão ficou assim ementada:

DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PODER DE POLÍCIA. IMPOSIÇÃO DE MULTA DE TRÂNSITO. GUARDA MUNICIPAL. CONSTITUCIONALIDADE.

1. Poder de polícia não se confunde com segurança pública. O exercício do primeiro não é prerrogativa exclusiva das entidades policiais, a quem a Constituição outorgou, com exclusividade, no art. 144, apenas as funções de promoção da segurança pública.

2. A fiscalização do trânsito, com aplicação das sanções administrativas legalmente previstas, embora possa se dar ostensivamente, constitui mero exercício de poder de polícia, não havendo, portanto, óbice ao seu exercício por entidades não policiais.

3. O Código de Trânsito Brasileiro, observando os parâmetros constitucionais, estabeleceu a competência comum dos entes da federação para o exercício da fiscalização de trânsito.

4. Dentro de sua esfera de atuação, delimitada pelo CTB, os Municípios podem determinar que o poder de polícia que lhe compete seja exercido pela guarda municipal.

5. O art. 144, §8º, da CF, não impede que a guarda municipal exerça funções adicionais à de proteção dos bens, serviços e instalações do Município. Até mesmo instituições policiais podem cumular funções típicas de segurança pública com exercício de poder de polícia. Entendimento que não foi alterado pelo advento da EC nº 82/2014.

6. Desprovemento do recurso extraordinário e fixação, em repercussão geral, da seguinte tese: **é constitucional a atribuição às guardas municipais do exercício de poder de polícia de trânsito, inclusive para imposição de sanções administrativas legalmente previstas.**²⁵⁶

Decisão que, interpretada *a contrario*, implica na afirmação

²⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 658570 Minas Gerais**. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 06 ago. 2015. p. 1-2. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9486497>>. Acesso em: dez. 2017.

de que é inconstitucional a atribuição de ações de segurança pública em sentido estrito à Guarda Municipal. Portanto, mesmo que as guardas municipais possam atuar na proteção de bens municipais situados em vias públicas, sua atuação é restrita ao desenho constitucional, dada a especialidade do poder de polícia administrativa a elas atribuído. O que não se afasta, como de resto concede-se a “qualquer do povo”, é a faculdade de dar voz de prisão em situação de flagrante delito quando se configure o caso. Diga-se, também, que é corolário do poder de polícia a coercibilidade dos atos de polícia administrativa, o que autoriza as guardas municipais, no exercício do seu poder de polícia especial, como se disse, dos próprios, dos equipamentos e dos serviços municipais, patrulhar, parar, interrogar e revistar suspeitos. O que, ao contrário, se lhe veda é a atuação ostensiva nas vias públicas como se dá com as polícias militares. Como decorrência desses balizamentos pode-se dizer que a atuação das guardas municipais, mesmo reconhecendo essas limitações, tem inegável incidência sobre a segurança pública, uma vez que, ainda que cingida à proteção de próprios, a presença física de um guardião capaz de intervir produz efeitos preventivos em relação à prática de infrações penais, como tem reconhecido a literatura internacional²⁵⁷. Ainda mais em vista da extensa presença territorial de bens e equipamentos públicos do Município, tais como escolas, unidades de saúde, assistência, patrimônio histórico e cultural, no apoio de outros órgãos de polícia administrativa, etc. Presença que se traduz em inserção, inclusive das guardas municipais, nas comunidades em que se localizam os prédios e os serviços públicos. Mais que isso, como já ocorre no Município de Porto Alegre e em outras unidades da federação, as guardas municipais podem ter assento em conselhos e outros espaços comunitários onde são discutidos os problemas de segurança que afetam a população e são dados os encaminhamentos e apresentadas demandas aos órgãos e agências competentes em cada caso. Esses traços, parece, autorizam o

²⁵⁷ COHEN; FELSON, op. cit., p. 588-608. CLARKE, op. cit.

fomento das ações de prevenção e de participação comunitária enfatizados pela nova Lei nº 13.022/2014, sem contrastar com as atribuições constitucionais das guardas municipais. Assim, a ADI 5156, no que se refere à inconstitucionalidade material, somente têm razão de ser quando os dispositivos atacados são interpretados como autorização para o exercício de policiamento ostensivo nas vias públicas nos moldes atribuídos às polícias militares. Ao contrário, quando vinculados ao exercício do poder de polícia especial, conforme estabelece o art. 4º da Lei nº 13.022/2014, as guardas municipais não realizam outra função que não sua incumbência constitucional e legal. Nessa linha de entendimento se pronunciou a Procuradoria-Geral da República (PGR) na ADI 5156. Aquele órgão superior do Ministério Público Federal apontou, apenas, que as competências instituídas pela Lei devem ser interpretadas em compasso com a restrição específica constante no art. 4º da Lei nº 13.022/2014 e do art. 144 da Constituição. Assim se pronunciou a PGR:

Portanto, do ponto de vista material, apenas os incs. VI, XIII e XVII do art. 5º da Lei 13.022/2014 merecem censura judicial do Supremo Tribunal Federal, por darem contornos de órgão policial responsável pela segurança pública às guardas civis municipais, em violação ao art. 144, I a V e §§ 5º e 8º, da Constituição da República. Os demais dispositivos questionados, desde que restritos à proteção de bens, serviços e instalações municipais, não são inconstitucionais.²⁵⁸

Os dispositivos do art. 5º, VI, XIII e XVII, da Lei nº 13.022/2014, ressalvados no parecer da PGR, referem-se, respectivamente, às atribuições de polícia administrativa de trân-

²⁵⁸ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. [Relatório de Rodrigo Janot Monteiro de Barros] nº 18.196/2015-AsjConst/SAJ/PGR. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.156/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Requerente: Federação Nacional de Entidades de Oficiais Militares Estaduais (FENEME). Interessados: Presidente da República, Congresso Nacional. Brasília, DF, 18 fev. 2015. p. 28. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarpr_oucessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4618655>. Acesso em: dez. 2017.

sito, atendimento de chamados de emergência e segurança em grandes eventos. Sobre a atribuição de trânsito a matéria resta superada pela decisão do STF, com repercussão geral, no RE 658570. As demais, efetivamente, desbordam da restrição constitucional à atuação das guardas municipais.

Por derradeiro, cabe mencionar que a distinção que ora se defende entre polícia geral e polícia especial e os contornos que se buscou inferir dessa caracterização não afastam, na prática cotidiana das guardas municipais, situações que se apresentem imprecisas e preñhes de incerteza. Pode-se mencionar, por exemplo, o patrulhamento de praças e parques em razão da proteção do equipamento público e a ocorrência de situação que não caracteriza à primeira vista flagrante delito, mas que, ainda assim, suscite a necessidade de intervenção para a proteção da incolumidade física ou do patrimônio. Como refere Goldstein, é da própria natureza dos processos de policiamento a atuação imediata e posterior encaminhamento. A atuação envolve sempre essas duas etapas. Além disso, a intervenção, de regra, dá-se em momentos críticos, muitas vezes na falta de informações adequadas sobre o contexto e os fatos. Por isso o destaque de Bittner de que o uso da força pelas agências policiais é marcado por uma apreensão intuitiva e conforme as exigências da situação. É por essa razão que em situações de crise, sempre que haja possibilidade, não se pode desconhecer que o mais correto e sensato é que as guardas municipais conduzam-se no sentido de controlar a situação fazendo cessar a agressão ou impedido a concretização de uma ameaça, interrompendo a produção do dano ou sua potencialidade, acolhendo vítimas e pessoas necessitadas de ajuda, mediando conflitos e orientando pessoas, etc., ainda que fora dos estritos termos do seu mandato. Ressalve-se, apenas, que essas ações devem ser admitidas sempre em caráter excepcional e não se podem constituir em ação sistemática das guardas municipais.

Concluindo o presente estudo podemos dizer que:

- (a) a promoção de segurança pública é competência exclusiva de determinadas agências estatais “[...] para a pre-

- servação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio” (art 144 da Constituição);
- (b) essas agências estão designadas em *numerus clausus* no *caput* do art. 144, vale dizer, trata-se de enumeração taxativa (ADI n. 2.827-RS e ADI n. 3.469-SC);
 - (c) a prevenção de delitos abarca um amplo conjunto de ações, agências e instituições que vão desde estratégias de comunicação social, passando pelas agências de educação e assistência social, até o sistema de justiça criminal e o cumprimento de penas privativas de liberdade, de sorte que a natureza preventiva ou repressiva da ação estatal não é traço suficiente para distinguir segurança pública e trabalho policial das atribuições da guardas municipais;
 - (d) as agências policiais, conforme informam as pesquisas internacionais, caracterizam-se pela autorização de usar a força física contra a resistência com a finalidade de garantir segurança, paz social, o exercício de direitos e a persecução criminal, exercendo, para tanto, um amplo conjunto de atividades e funções que não se restringem ao papel que desempenham no âmbito do sistema de justiça criminal;
 - (e) encontra-se em curso, na atualidade, um conjunto de propostas de reformas da atividade policial que demandam uma maior atuação dessas agências na prevenção de infrações penais e outros tipos de desordens, nas quais se destacam propostas de policiamento comunitário, policiamento orientado à resolução de problemas e polícia da qualidade de vida e várias formas de policiamento de proximidade, cujo traço unificador é a ampliação das funções das polícias (ou o reconhecimento de que as funções das polícias não se restringem ao seu papel dentro do sistema de justiça criminal) e a exigência de uma atuação mais proativa em direção à prevenção de delitos e outras desordens; reformas que postulam por um policiamento qualificado em termos de conhecimento dos problemas sociais e das respostas

possíveis, atento aos sintomas de desorganização social que podem indicar a deterioração das comunidades e a consequente atração de problemas mais graves de criminalidade e um policiamento mais próximo e permeável às intervenções das comunidades onde essas forças policiais estão atuando.

- (f) esse movimento em direção à prevenção de delitos, à atuação comunitária e, em suma, a uma atuação mais proativa no âmbito das políticas de segurança pública é um traço comum dos processos de reforma de todas as agências policiais e, nesse sentido não serve de traço distintivo entre as funções propriamente policiais e as funções das guardas municipais;
- (g) às guardas municipais compete, nos termos do art. 144 da Constituição, a proteção dos bens, serviços e instalações dos municípios, competência exercida por servidores públicos revestidos de autoridade estatal equipados, capacitados e autorizados a usar a força física, tal como os servidores das agências policiais;
- (h) essa autorização, por seu turno, decorre da autorização geral cometida ao estado para garantir a segurança, a tranquilidade e a salubridade públicas, vale dizer, da autorização estatal para impor os condicionamentos da liberdade e da propriedade privadas decorrentes do exercício do poder de polícia administrativa;
- (i) o que distingue, portanto, a atribuição das polícias militares das guardas municipais é o âmbito de incidência do mesmo poder de polícia administrativa; porquanto as polícias militares cumulam funções dirigidas ao sistema de justiça criminal, com funções dirigidas à promoção geral da segurança e da tranquilidade públicas, exercendo, nesse último âmbito, a **polícia administrativa geral** da segurança e da tranquilidade; as guardas municipais, por seu turno, nos termos da restrição constitucional ao seu âmbito de atuação exercem a **polícia administrativa especial** dos próprios e dos serviços públicos municipais, abrangendo os bens móveis e imóveis, os equipa-

mentos, os serviços públicos em sentido amplo, inclusive em apoio daqueles decorrentes do exercício do poder de polícia especial distribuídos por outros órgãos municipais como, por exemplo, a fiscalização sanitária, do comércio, de edificações, do meio ambiente, etc.;

- (j) as guardas municipais, em razão de suas atribuições constitucionais e sempre vinculadas a elas (**polícia administrativa especial** dos bens, serviços e instalações), estão autorizadas a usar a força física (coercibilidade) para fazer cessar resistências indevidas e promover as imposições (autoexecutoriedade) decorrentes do exercício do poder de polícia administrativa, observadas, sempre, a legalidade e a proporcionalidade da medida, bem como as demais condições de validade dos atos administrativos de polícia, como ocorre com os demais atos administrativos; no exercício dessa autorização as guardas municipais podem recorrer a ações típicas das polícias em geral, como parar, interrogar e revistar suspeitos; as guardas municipais detêm, ainda, a **faculdade**, franqueada a qualquer do povo (art. 301 do CPP), de dar voz de prisão em situação de flagrante delito.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CUNHA, Eduardo Pazinato da. As Políticas Públicas Municipais de Segurança no Rio Grande do Sul. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre**, Porto Alegre, n. 21, p. 95-112, dez. 2007.

BAYLEY, David H. **Padrões de Policiamento**. São Paulo: EdUSP, 2002.

BITTNER, Egon. **The Functions of the Police in Modern Society**: a review of background factors, current practices, and possible role models. Maryland: National Institute of Mental Health, 1970.

BITTNER, E. Florence Nightingale à la poursuite de Willie Sutton: regard théorique sur la police. **Déviance et Société**, Chêne-Bourg, v. 25, n. 3, p. 285-305, 2001.

BRAGA, Anthony A. **Problem-oriented Policing and Crime Prevention**. 2. ed. Nova York: Criminal Justice Press, 2008.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Segurança Pública. **Matriz curricular nacional para guardas municipais para a formação em segurança pública.** Disponível em:

<<http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/senasp-1/matrizcurricularguardasmunicipais2005.pdf>>. Acesso em: nov. 2017.

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. [Relatório de Rodrigo Janot Monteiro de Barros] n° 18.196/2015-

AsJConst/SAJ/PGR. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 5.156/DF.**

Relator: Ministro Gilmar Mendes. Requerente: Federação Nacional de Entidades de Oficiais Militares Estaduais (FENEME). Interessados: Presidente da República, Congresso Nacional. Brasília, DF, 18 fev. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4618655>>. Acesso em: dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n° 658570 Minas Gerais.** Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 06 ago. 2015. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9486497>>. Acesso em: dez. 2017.

CLARKE, Ronald. **Situational Crime Prevention: successful case studies: introduction.** 2. ed. New York: Harrow and Heston, 1997. Disponível em: <http://www.popcenter.org/library/reading/PDFs/scp2_intro.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2011.

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.

COLQUHOUN, Patrick. **A Treatise on the Police of the Metropolis:** explaining the various crimes and misdemeanors which at present are felt as a pressure upon the community: and suggesting remedies for their prevention. London: H. Fry, 1796. Disponível em: <<https://books.google.com.br/>>.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DIAS NETO, Theodomiro. **Policamento Comunitário e Controle sobre a Polícia:** a experiência norte-americana. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

DIAS NETO, Theodomiro. **Segurança Urbana:** o modelo da nova prevenção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GARLAND, David. **La Cultura del Control:** crimen y orden social em la sociedad contemporánea. Traducción de Máximo Sozzo. Barcelona: GEDISA, 2005.

GOLDSTEIN, Herman. **Policing a Free Society.** Cambridge: Ballinger Pub., 1977. (University of Wisconsin Legal Studies Research Paper Series, n.

1349). Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2596883>>. Acesso em: dez. 2017.

GOLDSTEIN, Herman. Improving Policing: a problem-oriented approach. Originalmente publicado em **Crime & Delinquency**, v. 25, n. 2, 1979. (University of Wisconsin Legal Studies Research Paper Series, n. 1336).

Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2537955>>. Acesso em: dez. 2017.

HART, H.L.A. **The Concept of Law**. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1994.

KATZ, David L.; ALI, Ather. **Preventive Medicine, Integrative Medicine & The Health Of The Public**. Commissioned for the IOM Summit on Integrative Medicine and the Health of the Public. [S.l.]: Institute of Medicine, 2009.

Disponível em:

<<http://www.nationalacademies.org/hmd/~media/Files/Activity%20Files/Quality/IntegrativeMed/Preventive%20Medicine%20Integrative%20Medicine%20and%20the%20Health%20of%20the%20Public.pdf>>. Acesso em: 28 abril 2016.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MURRAY, Charles. **The Underclass Revisited**. Washington, D.C.: AEI Press, 1999.

REINER, Robert. Revisiting the Classics: three seminal founders of the study of policing: Michael Banton, Jeromy Skolnick and Egon Bittner. **Policing and Society**, London, v. 25, n. 3, p. 308-327, 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 70005941414**, da 4ª Câmara Cível da Comarca de Porto Alegre. Agravante: Promotoria de Justiça de Defesa do Patrimônio Público. Agravados: Município de Porto Alegre, Estado do Rio Grande do Sul. Relator: João Carlos Branco Cardoso. Porto Alegre, 27 ago. 2003.

SENTO-SÉ, João Trajano. Prevenção ao Crime e Teoria Social. **Lua Nova**, São Paulo, n. 83, p. 9-40, 2011. Disponível em:

< <http://www.scielo.br/pdf/ln/n83/a02n83.pdf>>. Acesso em: dez. 2017.

SKOGAN, Wesley G. Disorder and Crime. In: THE OXFORD Handbook of Crime Prevention. [S.l.]: Oxford University Press, 2012. cap. 9, p. 173-188.

SOARES, Luiz Eduardo. O Enigma de Nova York. In: OLIVEIRA, Nilson Vieira (Org.). **Insegurança Pública**. Nova Alexandria: São Paulo, 2002. p. 227-237.

TÁCITO, Caio. O Poder de Polícia e seus Limites. **Revista de Direito Admi-**

nistrativo, Rio de Janeiro, v. 27, p. 1-11, jan. 1952.

THE CHALLENGE of Crime in a Free Society: a report by the President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice. Washington, D.C.: United States Government Printing Office, 1967.

TONRY, Michael; FARRINGTON, David P. Strategic Approaches to Crime Prevention. **Crime and Justice**, v. 19, 1995, p. 1-20.

TROJANOWICZ, Robert C. An Evaluation of a Neighborhood Foot Patrol Program. **Journal of Police Science Administration**, Gaithersburg, v. 11, n. 4, p. 410-419, dez. 1983.

WILSON, J.Q.; KELLING, G. Broken windows: the police and neighborhood safety. **The Atlantic**, [S.l.], p. 29-38, mar. 1982.

A ATUAÇÃO DA CENTRAL DE CONCILIAÇÃO DO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE

THE CONCILIATION CENTER'S ACTING AT THE MUNICIPALITY OF PORTO ALEGRE²⁵⁹

Luciane Favaretto Timmers²⁶⁰

Resumo: Apresenta a Central de Conciliação do Município de Porto Alegre, cujo objetivo é estabelecer a conciliação e a mediação como meios para a solução de conflitos administrativos ou judiciais que envolvam a Administração Municipal. Trata de suas três Câmaras: Câmara de Indenizações Administrativas, Câmara de Conciliação de Precatórios e Câmara de Mediação e Conciliação. Expõe as atividades e funcionamento de cada Câmara, quantidades e tipologia de processos abertos, tramitação e economia obtida. Avalia os resultados obtidos e sugere melhorias.

Palavras-chave: Conciliação e mediação. Conflitos administrativos. Conflitos judiciais. Administração Pública. Cultura da conciliação.

Abstract: *This article presents the Conciliation Center's at the Municipality of Porto Alegre, whose objective is to establish conciliation and mediation as means of the administrative or judicial conflicts resolution, involving the Municipal Administration. It deals with its three Chambers: Administrative Indemnities Chamber, Bonds Conciliation Chamber, and Conciliation and Mediation Chamber. It shows the activities and functioning of each Chamber, quantities and typology of open processes, procedure and obtained savings. It evaluates the results obtained and suggests improvements.*

Keywords: *Conciliation and mediation. Administrative conflicts. Judicial conflicts. Public administration. Culture of conciliation.*

²⁵⁹ Tradução do título e resumo de Denise de Oliveira Barreiro, Procuradora Municipal de Porto Alegre.

²⁶⁰ Procuradora Municipal de Porto Alegre, Coordenadora da Central de Conciliação, Mestre de Direito/PUCRS, Especialista em Direito Municipal ESDM/UFRGS, Professora da Faculdade de Direito da PUC/RS.

INTRODUÇÃO

A Central de Conciliação do Município de Porto Alegre, criada pela Lei nº 12.003, de 27 de janeiro de 2016, tem como fim instituir a conciliação e a mediação como formas de solucionar conflitos administrativos ou judiciais que envolvam a Administração Pública.

Dentro de um cenário nacional em que se vê o Poder Judiciário abarrotado de demandas, que, pelos levantamentos do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em sua maioria tem em um dos polos um ente público, há que se pensar na resolução dos conflitos por meios alternativos, evitando-se a judicialização.

Nesta mesma linha, recentemente (já que não se pretende aqui a análise completa da evolução histórica dos marcos legais²⁶¹), tanto o Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) quanto a própria Lei de Mediação (Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015) instituíram mecanismos para solução pacífica de conflitos.

O Município de Porto Alegre, atento a essa tendência, desponta com a criação de uma Central de Conciliação²⁶², dentro da estrutura da Procuradoria-Geral do Municipal (PGM), inovando e pretendendo a formação de uma cultura de prevenção e resolução administrativa, consensual e pacífica, de conflitos que envolvam a administração pública.

A Central de Conciliação é composta por três Câmaras que têm competências e atuações distintas e independentes,

²⁶¹ A previsão de conciliação como forma de solucionar conflitos já existe na nossa legislação há muito tempo o que não se tem é a cultura da conciliação. Se buscarmos lá na Constituição de 1824, o art. 160 já previa a possibilidade das partes convencionarem, da mesma forma que o art. 161, do mesmo diploma legal, estabelecia que se não tentada a conciliação não poderia iniciar o processo. E a legislação foi evoluindo e continuou inserindo a conciliação dentro dos processos judiciais nos diplomas legais como Juizados Especiais, Justiça do Trabalho, audiência de conciliação, enfim o permissivo legal existe, falta a cultura de adotar a conciliação. O próprio judiciário passou a adotar essa sistemática, através da Semana Nacional da Conciliação, como forma de reduzir o elevado volume de processos judiciais.

²⁶² Cf. art. 1º da Lei nº 12.003/16: “Fica instituída, nos termos desta Lei, a Central de Conciliação, que visa a estabelecer a mediação e a conciliação como meios para solução de controvérsias administrativas ou judiciais que envolvam a Administração Municipal, nos termos do inc. III do caput do art. 5º da Lei Complementar nº 701, de 18 de julho de 2012, da Lei Orgânica do Município de Porto Alegre, do art. 32 da Lei Federal nº 13.140, de 26 de junho de 2015, e dos arts. 3º e 174 da Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015.” (PORTO ALEGRE, 2016).

sendo elas: a Câmara de Indenizações Administrativas, a Câmara de Conciliação de Precatórios e a Câmara de Mediação e Conciliação, todas devidamente regulamentadas e em pleno funcionamento, já apresentando resultados positivos na solução dos conflitos e economia aos cofres públicos.

1 A CÂMARA DE INDENIZAÇÕES ADMINISTRATIVAS

No Município de Porto Alegre, desde 1999, existia a Junta Administrativa de Indenizações (Decreto nº 12.619, de 28 de dezembro de 1999), que analisava os pedidos administrativos de indenizações decorrentes de danos causados por órgãos da Administração Centralizada. A iniciativa mostrou-se efetiva na composição administrativa de conflitos.

Com o advento da Central de Conciliação, foi criada a Câmara de Indenizações Administrativas, regulamentada pelo Decreto nº 19.437, de 06 de julho de 2016, que trata dos pedidos administrativos decorrentes de danos materiais causados pelos órgãos da Administração Pública Municipal a terceiros, abrangendo a administração centralizada e descentralizada, extinguindo assim a Junta Administrativa de Indenizações.

A Câmara de Indenizações Administrativas (CIA) é composta por duas Turmas, com três membros relatores e revisores, sendo 2/3, no mínimo, de procuradores municipais. Um destes procuradores deve ser originário, obrigatoriamente, da Procuradoria Especializada de Indenizações – o que contribui muito, pela experiência na atuação direta nas ações judiciais, para a constante atualização do grupo e dos entendimentos com base na jurisprudência que se forma.

No universo de pedidos que ingressam diariamente na Câmara de Indenizações Administrativas, os mais comuns são os decorrentes de danos causados a veículos ou pessoas, em razão de buracos nas vias ou passeios públicos; os causados por quedas de árvores ou galhos em veículos, pessoas ou imóveis; aqueles em que há acidentes envolvendo veículos próprios do município ou a serviço deste; os oriundos de alagamen-

tos ou de problemas com abastecimento de água em razão de redes de água ou esgotos.

É pertinente referir que não poderão ser pleiteados na Câmara de Indenizações Administrativas: os danos morais; os danos decorrentes de furto, roubo ou atos predatórios em prédios públicos ou via públicas, inclusive na Área Azul; assim como, os ressarcimentos a empresas seguradoras em relação a seus segurados, em virtude do disposto na Lei 12.003/16, que recepcionou as súmulas²⁶³ da extinta Junta Administrativa de Indenizações quanto às matérias.

Todos os pedidos devem ser protocolados no Protocolo Central do Município de Porto Alegre, por formulário padrão, firmado pelo próprio requerente²⁶⁴, com a documentação legal exigida: a cópia do comprovante de identidade; cópia do certificado de propriedade do veículo (CRLV) atualizado, para pedido decorrente de dano em veículo, a ser apresentado pelo

²⁶³ De acordo com art. 24 do Decreto nº 19.437 (PORTO ALEGRE, 2016) continuam vigentes as súmulas da extinta JAI.

SÚMULA 02/2004 JAI/PGM: "Os pedidos administrativos de indenizações relativos a atos praticados por terceiros como furto, roubo e atos predatórios em vias e prédios públicos, não serão indenizáveis administrativamente, face a ausência de responsabilidade do Município na guarda de bens privados, ressalvada a apuração de eventual falta funcional, mediante processo administrativo disciplinar." Cf. PORTO ALEGRE. Procuradoria-Geral do Município. **Súmula 02/2004**. Disponível em: <http://www2.portoalegre.rs.gov.br/pgm/default.php?reg=2&p_secao=35>. Acesso em: dez. 2017.

SÚMULA 03/2004 JAI/PGM: "A ausência de parâmetros seguros para a indenização, a impossibilidade de análise do grau de culpa e do quantum devido acarretam a impossibilidade de apuração da responsabilidade do município para fins de indenização administrativa do dano moral." Cf. PORTO ALEGRE. Procuradoria-Geral do Município. **Súmula 03/2004**.

Disponível em: <http://www2.portoalegre.rs.gov.br/pgm/default.php?reg=3&p_secao=35>. Acesso em: dez. 2017.

SÚMULA 04/2004 JAI/PGM: "Não cabe indenização administrativa decorrente de pedido indenizatório de empresa seguradora, pois derivado de relação jurídico obrigacional pré-existente, regulado no plano da responsabilidade civil entre empresa e o segurado." Cf. PORTO ALEGRE. Procuradoria-Geral do Município. **Súmula 04/2004**.

Disponível em: <http://www2.portoalegre.rs.gov.br/pgm/default.php?reg=4&p_secao=35>. Acesso em: dez. 2017.

SÚMULA 05/2004 JAI/PGM: " a cobrança de taxa pelo estacionamento na Área Azul decorre do exercício do poder de polícia voltado a assegurar a rotatividade no estacionamento e aumento do fluxo na sua utilização, não caracterizando prestação de serviço de depósito e, por consequência não gera dever de indenizar pelo Município." Cf. PORTO ALEGRE. Procuradoria-Geral do Município. **Súmula 05/2004**.

Disponível em: <http://www2.portoalegre.rs.gov.br/pgm/default.php?reg=5&p_secao=35>. Acesso em: dez. 2017.

²⁶⁴ Uma vantagem do pleito indenizatório via Câmara de Indenizações é a dispensa do advogado, sendo que o próprio titular do direito ingressa administrativamente. É claro que pode haver participação de advogado, mas não é necessário.

proprietário ou por representante com procuração; três orçamentos ou a nota fiscal para fins de ressarcimento; cópia do comprovante de residência, documento de propriedade ou posse do imóvel que sofreu o dano. Além disso, deve-se fazer a juntada de fotos, vídeos, boletim de ocorrência, indicação de testemunhas, até o limite de três, que deverão comparecer à audiência de instrução independente de intimação (ou seja, seu comparecimento é responsabilidade do requerente). A documentação será digitalizada para compor o processo administrativo, que é todo eletrônico. Não há na Câmara de Indenizações Administrativas qualquer processo físico.

Após a devida instrução, com encaminhamento aos setores e órgãos vinculados ao fato, eventual audiência, o processo é distribuído a um Relator, de uma das duas Turmas, para análise e, na sequência, distribuído a um Revisor, da mesma Turma. Se houver divergência entre os votos, o processo será distribuído a um terceiro membro, da mesma Turma, para voto de desempate.

Havendo indeferimento do pleito, o requerente é notificado para apresentar recurso, no prazo do decreto, que será analisado de forma monocrática por um relator da Turma diversa daquela que proferiu a decisão.

As decisões da Câmara de Indenizações são homologadas pelo Procurador-Geral do Município e desta decisão não cabe recurso.

Os pedidos deferidos, devidamente homologados, são atualizados pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), desde a data do protocolo, na contadoria da PGM. O pagamento é realizado diretamente pelo órgão responsável pela despesa. O requerente é notificado do Termo de Concordância, para manifestar se está de acordo com o valor a ser ressarcido ou indenizado, momento em que informará os dados bancários para respectivo depósito.

Após a comprovação do pagamento e com o Termo de Quitação²⁶⁵, firmado pelo requerente, o processo é arquivado pela

²⁶⁵ O Termo de Quitação firmado pelo requerente, quando é depositado o valor da indenização ou ressarcimento em sua conta, implica coisa julgada administrativa e renúncia a todo o qualquer

Coordenação da Câmara de indenizações Administrativas.

No primeiro semestre de atuação da Câmara de Indenizações, iniciado em julho de 2016, houve o ingresso dos seguintes processos:

Quadro 1 – 2º semestre de 2016:²⁶⁶

Acidente causado por veículos da PMPA	14
Alagamentos	03
Buraco via pública	03
Queda/dano em passeio público	0
Corte grama/capina	12
Dano em veículo dependência da PMPA	07
Poda/Queda vegetal	0
Abastecimento de água	01
Indenização por danos materiais/outros	05

Fonte: Elaborado pela autora

Durante todo o ano de 2017, as mesmas demandas foram objeto de pleitos indenizatórios. Não há como estabelecer um comparativo anual já que a Câmara foi regulamentada somente em julho de 2016, porém, é possível apresentar os dados colhidos no primeiro e segundo semestres de 2017, obtidos pelo Sistema e-PGM (Sistema de controle de processos) da Procuradoria do Município, implantado na Central de Conciliação em agosto de 2017.

Em 2017, houve o ingresso dos seguintes novos pedidos:

Quadro 2 – 1º semestre de 2017:²⁶⁷

Acidente causado por veículos da PMPA	29
Alagamentos	11
Buraco via pública	18
Queda/dano em passeio público	0
Corte grama/capina	32

direito no qual possa fundar uma ação judicial, assim como extinção de eventual ação judicial em tramitação.

²⁶⁶ Dados obtidos, em 07/12/2017, do Relatório do Sistema e-PGM que foi implantado em agosto de 2017; assim pode haver alguma divergência com o antigo sistema de relatório estatístico do cadastro da JAI. É importante referir que os números apontam o ingresso de pedidos no período.

²⁶⁷ Dados obtidos, em 07/12/2017, do Relatório do Sistema e-PGM, embora implantado em agosto, foram lançados todos os processos que ingressaram no período na Central de Conciliação.

Poda/Queda vegetal	06
Furto/Roubo de objeto pessoal nas dependências	0
Abastecimento de água	23
Indenização por danos materiais/outros	07

Fonte: Elaborado pela autora.

Quadro 3 – 2º semestre de 2017:²⁶⁸

Acidente causado por veículos da PMPA	28
Alagamentos	12
Buraco via pública	46
Queda/dano em passeio público	05
Corte grama/capina	18
Poda/Queda vegetal	11
Furto/Roubo de objeto pessoal nas dependências	0
Abastecimento de água	07
Indenização por danos materiais/outros	11

Fonte: Elaborado pela autora.

Com isso, é possível referir que os pleitos indenizatórios vêm aumentando na Câmara de Indenizações Administrativa, o que, por si só, justifica sua atuação como forma de resolução administrativa. Contudo, tais dados também podem ser aproveitados preventivamente, para uma análise, pelos setores responsáveis pelo maior número de danos, para solucionar ou diminuir a ocorrência destes, melhorando eventual prestação de serviço ou evitando a ocorrência de danos, o que gerará economia ao ente e satisfação à população.

Quanto ao tempo de tramitação do processo levando em consideração os prazos de quinze (15) dias previstos no decreto regulamentador para cada manifestação: para a parte, se necessário complementar a documentação; para o setor/órgão vinculado ao fato para prestar informações; para

²⁶⁸ Dados obtidos, em 07/12/2017, do Relatório do Sistema e-PGM. Esse sistema difere um pouco do anterior, inclusive na classificação dos danos, sendo que sob a rubrica "Indenização por danos materiais" há pedidos que não se enquadram nas classificações que o sistema disponibiliza. De qualquer forma, já é possível avaliar os ingressos, salientando que uma análise mais precisa será possível no próximo ano com comparativos por períodos idênticos e pelo mesmo sistema alimentado da mesma maneira.

o relator; para o revisor; para a homologação; para a atualização dos valores, contempla-se um período total de até 90 dias para a conclusão do processo, excluindo-se o tempo para o efetivo pagamento, que ocorrerá na unidade financeira ligada ao fato, sem previsão, contudo, de prazo para o pagamento.

A Câmara de Indenizações busca agir dentro do mencionado prazo e, sempre que possível, visa à redução deste. Algumas vezes, por falta de uma cultura de agilidade ou de mecanismos de controle, esses prazos não são observados, ocasionando lentidão na tramitação dos pedidos. Ainda assim, a eventual demora na tramitação do procedimento em nada se compara ao tempo de duração de um processo judicial, mesmo que no Juizado Especial.

É possível afirmar que a atuação da Câmara vem mostrando-se eficaz, não só pela procura constante, mas também, pela procedência dos pedidos, que chega a 60% dos pleitos encaminhados, sendo oportuno mencionar que muitos deles são julgados improcedentes por falta de prova ou documento de responsabilidade do próprio requerente.

Aos poucos, vem criando-se no ente público uma cultura de resolução administrativa, com trabalho eficiente e comprometido.

2 A CÂMARA DE CONCILIAÇÃO DE PRECATÓRIOS

A segunda câmara da Central de Conciliação a ser regulamentada foi a Câmara de Conciliação de Precatórios (Decreto nº 19.506, de 19 de setembro de 2016) que tem como objetivo celebrar acordos diretos com os credores de precatórios do Município, suas autarquias e fundações, inseridas no regime especial de pagamento de precatórios.

A composição da Câmara é formada por um representante e um suplente de cada um dos seguintes órgãos: da Procuradoria-Geral do Município, da Secretaria Municipal da Fazenda e da Secretaria Municipal de Planejamento e Gestão, que conduzirão a negociação dos precatórios.

O funcionamento da Câmara ocorre, anualmente, com o

início do procedimento de conciliação, pelo chamamento dos credores de precatórios e seus advogados, por ato convocatório, publicado no Diário Oficial do Município e no Diário da Justiça, seguindo a lista de ordem cronológica do Tribunal e o montante de recursos destinados ao acordo direto.

O ato convocatório, que discriminará os precatórios, fixará um prazo²⁶⁹ para os credores manifestarem interesse na conciliação, identificando o Tribunal (competente para o pagamento), as partes e seus procuradores; o ano de inscrição no orçamento; o respectivo número do precatório; a incidência de descontos legais (se for o caso) bem como as condições para o acordo.

No próprio decreto regulamentador da Câmara de Conciliação de Precatórios, foi fixado o percentual do redutor para fins de acordo, qual seja: para os precatórios inscritos no orçamento até 2010 será aplicado 30% (trinta por cento) do valor bruto total devido e para os precatórios inscritos no orçamento a partir de 2011 será aplicado um redutor de 40% (quarenta por cento).²⁷⁰

O credor interessado em conciliar deverá, pessoalmente ou por procurador²⁷¹, requerer, por formulário padrão²⁷², a ser entregue no protocolo centralizado do ente público, proposta com todos os dados atualizados e individualizados, que permita identificar a situação do precatório. Se houver interesse em compensar eventuais débitos (tributários ou não tributários, desde que líquidos e certos e inscritos em dívida ativa até março de 2015) com a Fazenda Pública, deve neste mesmo ato o credor manifestar sua intenção, contudo, só será permitida compensação que envolver créditos e débitos de mesma pessoa jurídica da administração devedora do precatório.

²⁶⁹ O prazo de trinta (30) dias, previsto no Ato Convocatório para manifestação do interesse em conciliar, é preclusivo e deve constar o termo inicial e final, de cada lote, bem como o local para a entrega do requerimento.

²⁷⁰ Existe a possibilidade de pagamento parcelado, desde que não ultrapasse dois anos, para o pagamento de precatório cujo valor, após a aplicação do redutor, exceda a 1/3 dos recursos repassados ao Poder Judiciários, nos termos do inc.VI, do art. 5º do Decreto nº 19.506 (PORTO ALEGRE, 2016).

²⁷¹ Advogado devidamente constituído por instrumento procuratório.

²⁷² No site da PGM consta o formulário padrão para manifestação do interesse em conciliar.

Com a manifestação de interesse recebida²⁷³, os precatórios respectivos serão analisados quanto aos aspectos formais, materiais, quanto à titularidade do crédito e legitimidade do requerente, as cessões e sucessões, a individualização quando houver vários credores do mesmo precatório, quantificação dos créditos e valores atualizados, eventuais erros materiais, penhoras ou outro ônus sobre o crédito.

Não havendo impeditivos, pois nesse caso haverá a restituição ao Tribunal, de onde somente retornará com a situação definida e mediante expressa concordância e ratificação do credor do interesse em conciliar com reabertura de prazo, será formalizado o Instrumento de Conciliação, e compensação, se for o caso, sendo chamados os credores, por edital, para pessoalmente ou por procurador, firmarem o instrumento conciliatório²⁷⁴, que será submetido à homologação pelo Procurador-Geral e posteriormente encaminhado ao Tribunal, responsável pelo pagamento, para fins de homologação²⁷⁵ para perfectibilizar e garantir a plena eficácia.

A adesão ao acordo não é obrigatória, assim, caso não haja manifestação de interesse, no prazo estabelecido no ato convocatório, o precatório retornará à sua mesma posição original na lista de precatórios do Tribunal.

A primeira atuação da Câmara de Precatórios ocorreu em 2017, com a publicação do Ato Convocatório em 26/05/2017, estabelecendo o período²⁷⁶ de trinta (30) dias para os interessados manifestarem intenção em conciliar os precatórios. Do universo de 55 precatórios (abrangendo 116 credores) houve manifestação em 5 precatórios, que representavam 9 credores, sendo que destes, 8 credores não tinham débitos tributá-

²⁷³ Serão indeferidos de plano os requerimentos que não atendam os requisitos do ato convocatório.

²⁷⁴ O acordo firmado implica renúncia a qualquer discussão acerca dos cálculos ou percentual apurado, do valor devido ou dos descontos aplicados, e o pagamento importa quitação integral da dívida que foi objeto da conciliação, tendo o instrumento conciliatório caráter irrevogável e irreatável.

²⁷⁵ Se houver compensação o instrumento de conciliação devidamente homologado pelo Procurador-Geral deverá ser primeiro encaminhado à homologação pelo juízo que deu origem aos precatórios (juízo da execução) e depois submetido à homologação pelo juízo responsável pelo pagamento do precatório.

²⁷⁶ Período para manifestação do interesse em conciliar de 01/06/2017 a 30/06/2017.

rios ou não tributários, para eventual compensação, e um deles tinha débito tributário, que poderia compensar, mas como estava parcelado não houve interesse do credor.

O resultado da adesão ao acordo, nessa primeira rodada de conciliação de precatórios, apontou uma economia para os cofres públicos bastante significativa pois, inicialmente, o ente público deveria arcar com um valor original de R\$ 977.640,22 para os precatórios que se apresentaram para acordo, e estavam aptos, assim, descontando o valor conciliado num total de R\$ 391.056,09 (aplicando os redutores do Decreto), menos o imposto de renda cabível, restou o valor líquido a pagar de R\$ 472.641,86, o que perfaz uma economia total para o ente público de R\$ 504.998,36.

Assim é possível constatar a flagrante vantagem na conciliação dos precatórios, para os credores e para o ente público. Para aqueles, pois recebem de forma antecipada (em relação aos demais), mesmo que com redutor e, para o último, porque, embora pague imediatamente, a aplicação do redutor traz uma economia significativa aos cofres municipais.

Essa prática da conciliação de precatório, já adotada no Estado do Rio Grande do Sul, embora incipiente no município já se mostra como um mecanismo vantajoso, mesmo que não tenha havido muita adesão. Há previsão, no decreto regulamentador, que o ato convocatório seja anual assim, após a próxima rodada de negociações será possível verificar a maior efetividade da atuação da Câmara, que ainda necessita de divulgação para uma eventual adesão maior.

O mérito da Câmara de Conciliação de Precatórios está em iniciar procedimento conciliatório de precatórios que traz benefícios às partes, disseminando a idéia da vantagem conciliatória.

3 A CÂMARA DE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

A Central de Conciliação, visando à prevenção e solução de controvérsias, à redução de passivos financeiros decorrentes de controvérsias de repercussão coletiva e à racionalização da

judicialização de litígios, criou na sua estrutura a Câmara de Mediação e Conciliação, regulamentada pelo Decreto nº 19.519, de 30 de setembro de 2016, que busca solucionar de forma consensual conflitos decorrentes de processos administrativos ou judiciais no âmbito da administração pública municipal.

O antigo modelo de solução de conflitos pelo Judiciário não mais se mostra a melhor escolha. Hoje, se tem que investir na cultura da conciliação, da busca por resultados efetivos com economia para o ente público e, nessa linha, a Câmara de Mediação e Conciliação apresenta-se no Município de Porto Alegre, com atuação dentro da estrutura da Procuradoria-Geral.

A Câmara de Mediação e Conciliação é composta por mediadores e conciliadores, além de Coordenação e de uma secretaria, que são preferencialmente procuradores municipais e servidores públicos municipais, com graduação superior, ativos e inativos, devidamente capacitados e cadastrados, que são designados pelo Procurador-Geral, por meio de Portaria, para desempenharem a função no âmbito municipal de forma não remunerada²⁷⁷.

A Procuradoria Municipal, visando à efetividade da Câmara de Mediação e Conciliação, celebrou convênio com a OAB/RS, por meio da Casa de Mediação, para a realização de um curso de formação de mediadores e conciliadores para servidores públicos municipais, ativos ou inativos. O referido curso contou com aulas teóricas e práticas, a fim de capacitar os servidores para bem desempenhar a função, que exige uma atuação imparcial, impessoal, com tratamento isonômico às partes, garantindo a boa fé e observando os princípios da mediação.

As demandas a serem encaminhadas à Câmara de Mediação e Conciliação não foram elencadas no decreto regulamentador cabendo a análise da viabilidade caso a caso e desde que haja interesse do ente público. Nesse ponto, deve-se levar em consideração não só o incentivo às práticas da mediação e

²⁷⁷ Poderão ser aceitos como mediadores e conciliadores pessoas oriundas de outras entidades, desde que reconhecidas na área da mediação e conciliação, mediante convênio firmado pelo Procurador-Geral, conforme previsão no decreto.

conciliação, como também, a possibilidade de economia para os cofres públicos (naquelas demandas que envolvam numerários), já que, além dos processos judiciais terem um tempo de tramitação, há, ainda, um custo, o que deve ser ponderado, e o fato de não haver previsão de valor para as demandas submetidas à Câmara de Mediação de Conciliação.

O procedimento de tramitação das demandas inicia-se com encaminhamento direto pelo Procurador-Geral ou Procuradores Adjuntos, sendo que os processos chegam, a eles, oriundos de quaisquer órgãos do Município, com matérias variadas.

Como o decreto não estabelece o trâmite da controvérsia até chegar à Câmara, é preciso, por força das questões administrativas da coisa pública e princípios que regem a atuação, demonstrar o interesse público naquela solução consensual, para que se aquilate a viabilidade, inclusive financeira (se for o caso). Assim, a Câmara vem desenhando a forma de tramitação das controvérsias nos mais variados setores²⁷⁸, para o devido encaminhamento com a demonstração do interesse público.

Ao término do procedimento de conciliação ou mediação, que se inicia com o convite às partes para comparecerem à Central de Conciliação, é formalizado um Termo de Entendimento²⁷⁹, que será homologado pelo Procurador-Geral para posterior publicação de extrato no Diário Oficial do Município, em atenção ao princípio de publicidade. Caso não haja acordo, são registrados, por ata, no processo, os encaminhamentos.

Como resultado de atuação da Câmara de Mediação e Conciliação, houve litígio que envolveu mais de 900 processos judiciais que pleiteavam indenizações em razão de um proble-

²⁷⁸ Já se tem notícias de que há demandas judiciais e outras administrativas que estão sendo cogitadas para tramitarem na Câmara de Mediação e Conciliação, daí a importância de traçar uma linha para o devido encaminhamento com a demonstração do interesse público e da viabilidade da negociação.

²⁷⁹ O Termo de Entendimento conterá a identificação do processo, das partes/advogados, histórico do assunto com esclarecimento dos fatos, a manifestação da vontade das partes em conciliar, termos da proposta apresentada (com a forma e os meios do pagamento) a questão dos honorários, a referência à homologação e os encaminhamentos, o efeito do acordo, data e assinatura das partes.

ma, ocorrido em 2013, devido ao rompimento de um dique de um Arroio no Município de Porto Alegre, que represava águas limítrofes entre municípios, e que resultou numa grande conciliação. Os processos tramitavam sob a responsabilidade da Procuradoria de Indenizações da PGM, que fez um relato da situação como um todo, acostando várias decisões judiciais demonstrando a direção em que a jurisprudência se firmava, encaminhando para análise e cálculos pela contadoria da PGM, que demonstrou o resultado econômico, ao final do trâmite de todas as mais de 900 ações, apresentando valores acrescidos de honorários e custas judiciais e a situação diante de um possível acordo – que resultaria em redução de valores, custas e honorários – e consequentemente com economia para os cofres públicos municipais.

O estudo encaminhado ao Procurador-Geral, com manifestação da procuradoria-adjunta da área, foi recebido para manifestação e deliberação pelo Comitê Gestor do Município, que apontou o interesse público e a viabilidade econômica de uma possível conciliação.

Com toda a documentação, manifestações e autorizações, a Câmara de Mediação e Conciliação fez o chamamento, individual, de todos os autores dos processos judiciais, por intermédio de seus procuradores, e a todos foi apresentada a mesma proposta de conciliação. Aqueles que não tiveram interesse em conciliar ficou registrado em ata e o processo seguiu seu trâmite na justiça e, aqueles que manifestaram interesse na conciliação foi firmado Termo de Entendimento na Central de Conciliação, encaminhado ao Procurador-Geral para homologação e posterior publicação do extrato. Quanto ao processo judicial foi noticiada a conciliação administrativa e encaminhado para homologação judicial, para posterior baixa dos autos e início dos pagamentos pelo ente público diretamente na conta dos autores.

A atuação da Câmara de Mediação e Conciliação demonstrou sua efetividade com redução de um significativo número de processos com economia financeira para o Município. É pertinente reconhecer, contudo, que a negociação não é ativi-

dade fácil, como parece, sobretudo na esfera pública, em que se tem de observar, além dos princípios da administração, a própria estrutura administrativa e a gestão da coisa pública. Somente com a demonstração do interesse público, a viabilidade da negociação, o respaldo da Procuradoria²⁸⁰ e o comprometimento do ente público é possível ver o resultado do trabalho consolidado.

CONCLUSÃO

A Central de Conciliação surgiu como o instrumento incentivador da cultura da conciliação possibilitando a prática de outros meios de resolver conflitos que envolvam a administração pública municipal, trazendo uma grande expectativa.

As suas três Câmaras, já regulamentadas e em funcionamento, apresentaram resultados positivos demonstrando que é possível resolver conflitos de forma consensual na esfera da administração pública.

A Câmara de Indenizações Administrativas já tem sua atuação consolidada mesmo com ampliação da sua esfera de abrangência administrativa, contudo, há que se buscar ainda um maior controle dos prazos pelos setores envolvidos para garantir-se e agilidade na prestação das informações, bem como, o resultado e as estatísticas da Câmara devem ser utilizados pelo gestor na busca de melhor prestar o serviço à população. Por outro lado, não resta dúvida que a atuação dessa Câmara só contribui para a redução de demandas judiciais indenizatórias com economia aos cofres já que não há custas ou honorários.

A Câmara de Conciliação de Precatórios, da mesma forma, apresentou-se como um mecanismo vantajoso para a administração pública municipal, pois, mesmo com um reduzido

²⁸⁰ Uma procuradoria estruturada como advocacia pública de Estado atuará na busca da solução dos conflitos – resolvendo o problema e não apenas atuando na defesa judicial, e com isso teremos economia para o poder público em todos os sentidos (redução de processos judiciais, menos custas menos condenação em honorários, menos tempo de tramitação dos processos com mais tempo para investir em consultoria, proatividade, e ao final melhorando a arrecadação).

número de adesões, nesse primeiro chamamento, demonstrou sua efetividade o que sugere sua continuidade com a mais ampla divulgação, buscando sempre um maior número de interessados. A atuação da Câmara com a redução da dívida com precatórios, por meio da conciliação, é uma excelente medida de economia para o ente público, devendo o gestor incentivar esse procedimento.

Por fim, a Câmara de Mediação e Conciliação, última a ser regulamentada, mas não de menor importância, também se mostrou bastante eficaz no seu âmbito, merecendo apoio na sua estrutura e respaldo nas negociações. As dificuldades são muitas em razão da diversidade das situações que se apresentam para composição, cabendo atenção nos encaminhamentos, que devem demonstrar o interesse público e a viabilidade da conciliação, como forma de garantir a seriedade e assegurar a efetiva atuação.

Não há dúvidas das vantagens, para o ente público e para a população de Porto Alegre, trazidas pela ação das três Câmaras, como forma de resolver conflitos administrativos ou judiciais, apresentando resultados positivos com redução de processos judiciais e economia aos cofres públicos, alcançando as expectativas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: dez. 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.** Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a auto-composição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: dez. 2017.

PORTO ALEGRE. **Decreto nº 12.619, de 28 de dezembro de 1999.** Cria a Junta Administrativa de Indenizações, junto à Procuradoria-Geral do Município e aprova seu regimento interno. Disponível em:

<<http://leismunicipa.is/scijn>>. Acesso em: dez. 2017.

PORTO ALEGRE. **Decreto nº 19.437, de 06 de julho de 2016.** Regulamenta os art. 8º e 9º da Lei 12.003, de 27 de janeiro de 2016 - que Institui a Central de Conciliação e dá outras providências - dispendo sobre a Câmara de Indenizações Administrativas, da Central de Conciliação e estabelecendo o procedimento dos pedidos administrativos de indenização por danos causados pela Administração Pública Municipal a terceiros.

Disponível em: <<http://leismunicipa.is/uhctp>>. Acesso em: dez. 2017.

PORTO ALEGRE. **Decreto nº 19.506, de 19 de setembro de 2016.** Regulamenta a Câmara de Conciliação de Precatórios dispendo sobre sua organização e funcionamento e institui os procedimentos para fins de acordo direto, nos termos do art.97, § 8º, inc. III, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) e Lei Municipal nº 12.003, de 27 de janeiro de 2016 e compensação de precatórios com débitos tributários e não tributários, líquidos e certos, inscritos em dívida ativa até 25 de março de 2015 pela Secretaria Municipal da Fazenda (SMF). Disponível em:

<<http://leismunicipa.is/vlhgk>>. Acesso em: dez. 2017.

PORTO ALEGRE. **Lei nº 12.003, de 27 de janeiro de 2016.** Institui a Central de Conciliação e dá outras providências.

Disponível em: <<http://leismunicipa.is/drfeu>>. Acesso em: dez. 2017.

**ANEXO I - MODELO DE TERMO DE QUITAÇÃO
(utilizado pela Câmara de Indenizações Administrativas)**

Processo nº _____

Requerente: _____

Relator: _____

MODELO DE TERMO DE QUITAÇÃO

Declaro ter recebido, nesta data, a importância pecuniária de R\$...... (valor por extenso), referente à indenização administrativa por mim pleiteada na Câmara de Indenizações Administrativas no processo administrativo em epígrafe.

Pelo recebimento do valor acima especificado, dou plena e total quitação de meu direito indenizatório perante o Município de Porto Alegre, compreendendo todo e qualquer dano material ou moral por mim sofrido, no evento que constitui objeto do processo administrativo acima especificado. Os valores serão depositados por (citar qual o órgão que fará o pagamento se adm. Centralizada SMF; se descentralizada a unidade financeira da entidade) no (informar dados bancários) Banco....., Agência....., Conta....., CPF....., Nome do titular da conta.....

E para que produza seus jurídicos e legais efeitos, firmo o presente.

Porto Alegre,.....de.....de.....

Nome: _____

CPF: _____

**ANEXO II - MODELO DE TERMO DE CONCILIAÇÃO
DE PRECATÓRIOS**
(utilizado no caso de conciliação de precatórios referido)

Processo nº _____

Precatório nº _____

Requerente/Credor _____

No dia ... de de 2017, às ... horas, reuniram-se os integrantes da Câmara de Conciliação de Precatórios, abaixo assinados, na Central de Conciliação do Município de Porto Alegre, na rua Siqueira Campos, nº 1300, sala 1306, nesta Capital, para realização de audiência de conciliação de Precatórios, nos termos da Lei Municipal n. 12.003/2016, devidamente regulamentada pelo Decreto Municipal nº 19506/2016.

Atendendo aos termos do Ato Convocatório nº 1, publicado no DOPA de 26 de maio de 2017, após tempestiva apresentação de manifestação de interesse, compareceu à audiência, o credor, brasileiro, casado, advogado, residente na Rua, nesta capital, do Precatório nº, na qualidade de titular de honorários advocatícios (ou na qualidade de sócio gerente da empresa credora), devidamente acompanhado por seu advogado.

Na oportunidade, a Câmara de Conciliação de Precatórios apresentou ao credor aderente o valor apurado pelo Setor de Processamento de Precatórios do Tribunal de Justiça e a proposta de acordo contendo o cálculo elaborado pelo Município de Porto Alegre, a saber: o valor bruto, o valor com a incidência do redutor de ... (30% ou 40%, conforme o caso)... e os descontos legais incidentes, conforme anexo. Esclareceu-se ao credor os critérios adotados pelo Município de Porto Alegre que estão previstos na Informação nº 001/2017GEPREC/PAEF/PGA-AF, devidamente homologada pela Procuradoria-Geral Adjunta de Assuntos Fiscais do Município de Porto Alegre e que atendem aos estritos termos de recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, que determinou a incidência de juros de mora desde a elaboração do cálculo até a expedição do precatório.

Tendo havido expressa concordância com os termos apresentados o credor aderente declara que, neste ato, concorda com o valor bruto de R\$ que, após a retenção na fonte do imposto de renda, no montante de R\$, resultando no valor líquido de R\$ RENUNCIA a qualquer discussão acerca dos critéri-

os de cálculo do percentual apurado, do valor devido ou dos descontos incidentes, declarando que, com o pagamento, dará quitação integral da dívida objeto da presente conciliação em caráter irrevogável e irretroatável.

Porto Alegre, de de 2017.

Credor Aderente
CPF

Advogado do requerente
OAB/RS

Repres.SMF
Matric.

Repres.SMGP
Matric.

Repres.PGM
Matric. /OAB

ANEXO III - MODELO DE TERMO DE ENTENDIMENTO
(adaptado do utilizado no caso apresentado
com processo judicial da Câmara de Mediação e Conciliação)

Processo Administrativo SEI nº: _____

Origem: _____

Assunto: _____ - _____

TERMO DE ENTENDIMENTO

Em de 2017 compareceram à Sala da Central de Conciliação da PGM/POA, na presença da Coordenadora da Central de Conciliação e da Câmara de Conciliação e Mediação, o Dr., OAB/RS nº..... representando os seguintes autores: e.....; e a Procuradora Municipal, (especificar a procuradoria) Dr....., OAB/RS nº..... e matrícula nº..... representando o MPOA.

Os autores ingressaram com ações judiciais, individualmente, pleiteando indenização (esclarecer os fatos) em razão de.....

Após a abertura com o esclarecimento dos fatos, as partes expuseram seus reais interesses e manifestaram a vontade de conciliar evitando a continuidade de todos os processos judiciais, foi apresentada proposta pelo representante dos requerentes que foi devidamente encaminhada, analisada pelos setores competentes do ente público e posteriormente apresentada contraproposta única para todas as situações de forma a equilibrar todos os interesses e manter a isonomia, tendo assim ficado ajustada entre as partes:

1. Que o MPOA pagará o valor de R\$por processo ajuizados até .../.../.... (esclarecer a fase judicial que se encontram os processos objeto do acordo) em ... parcelas iguais e consecutivas, a iniciar emde..., sendo que desse valor....% corresponde ao crédito do autor, na monta de R\$..... e% para o advogado a título de honorários que corresponde a R\$..... ;

2. O valor de R\$..... será depositado diretamente na conta de cada requerente: Banco....., Agência....., Contata corrente....., CPF..... nome do titular.....; e o valor de R\$ será pago a título de honorários contratuais, conforme contrato acostado, a serem pagos ao advogado em conta a ser identificada como Banco....., Agência....., Conta....., CPF....., nome do titular.....

3. Os termos do acordo serão transcritos e levado ao judiciário, por meio de petição, conjunta, comunicando a desistência das ações ajuizadas.

Assim manifestando a livre vontade de conciliar e concordando com os termos acima, as partes assinam o presente instrumento de conciliação em três vias, uma para cada uma das partes presente, outra para ser anexada ao processo administrativo de conciliação com a homologação pelo Procurador-Geral, e posteriormente, com a homologação judicial, cujo efeito principal será o de atribuir plena eficácia jurídica ao acordo ora celebrado, o processo será encaminhado para fins de pagamento.

Porto Alegre, de de 2017.

Coordenadora da Central de Conciliação-CMC

Matrícula - OAB/RS

Procuradoria dePGM

OAB/RS

Advogado dos requerentes

OAB/RS.....

MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: A CONCILIAÇÃO DOS PROCESSOS JUDICIAIS PELO PODER PÚBLICO. A EXPERIÊNCIA DE PORTO ALEGRE

ALTERNATIVE METHODS OF CONFLICT RESOLUTION: THE CONCILIATION OF THE JUDICIAL PROCESSES BY THE PUBLIC POWER. PORTO ALEGRE'S EXPERIENCE.

Patricia Dornelles Schneider²⁸¹

Resumo: O presente artigo versa sobre a experiência da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre, por intermédio da Câmara de Conciliação e Mediação, em efetuar a resolução de conflitos utilizando da conciliação nos processos judiciais. A partir das novas disposições inseridas no Código de Processo Civil, na Lei federal nº 13.140, de 26 de junho de 2015, e na Lei municipal nº 12.003, de 27/01/2016, a resolução consensual dos conflitos torna-se ferramenta e alternativa importante para diminuir passivos judiciais, abreviar o tempo da espera pelo término do processo judicial, além de economia para os cofres públicos.

Palavras-chave: Meios alternativos de resolução de conflitos. Conciliação. Poder Público. Paz social.

Abstract: *This article deals with the experience of Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre, by Câmara de Conciliação e Mediação, in resolving conflicts through conciliation in court lawsuits. From the new provisions and standards inserted in the civil process code and laws 13.140/2015 and 12.003/2016, the consensus resolution of conflicts becomes tool and important alternative to reduce legal liabilities, to shorten the process time and economy to public coffers.*

Keywords: *Alternative means of conflict resolution. Conciliation. Government. Social harmony.*

²⁸¹ Pós-graduada em Direito Municipal pela ESDM. Procuradora Municipal de Porto Alegre.

O desenvolvimento da cultura da paz, a criação de instrumentos visando à solução consensual dos conflitos e a diminuição das demandas judiciais é uma tendência contemporânea e que tem desafiado a Administração Pública.

Uma série de *reformas* foram realizadas na legislação processual e no Judiciário, com o intuito de simplificar o processo e criar mecanismos de aceleração do julgamento, tudo com vistas a dar maior efetividade à tutela jurisdicional, ou seja, a busca pela justiça.

Nota-se que os esforços dos processualistas e do legislador foram de propor novas alternativas de solução dos conflitos em face da cultura de litigiosidade impregnada na sociedade brasileira e nos próprios operadores do direito.

Além das alterações no processo civil, inclusive com a aprovação do Novo Código (Lei 13.105, de 16/03/2015), a utilização de meios alternativos de solução de controvérsias, tais como a conciliação, a mediação e a arbitragem, tem sido cada vez mais importante. A experiência somada com vasta produção acadêmica, jurisprudência e inovações legislativas, criou um caminho jurídico para a utilização desses meios com segurança pelas partes.

O Novo Código de Processo Civil (NCPC) prevê expressamente que o Estado promoverá, sempre que possível, a **solução consensual dos conflitos** (art. 3º, § 2º). Além disso, dispõe que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial (art. 3º, § 3º) (BRASIL, 2015).

Ainda sobre o NCPC, o art. 139 prevê que incumbe ao juiz promover, a qualquer tempo, a auto composição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais (inc. V).

Da mesma forma, o Código dispõe para o procedimento ordinário que o juiz, ao receber a petição inicial, designará audiência de conciliação ou de mediação, conforme art. 334 e parágrafos. O § 4º do dispositivo dispõe que a audiência não

será realizada no processo em que não se admita a auto composição e também se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual. Ora, o código torna obrigatória a audiência para processos que envolvam direitos disponíveis.

Já a Lei 13.140, de 26 de junho de 2015, dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias, dispondo também, em capítulo específico, sobre autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública (BRASIL, 2015).

Ada Pellegrini Grinover (2015) afirma que se pode falar hoje de um *minissistema brasileiro de métodos consensuais de solução judicial de conflitos*, formado pela Resolução nº 125/2010 do CNJ, pelo Novo CPC e pela Lei de Mediação, naquilo em que não conflitam.

Neste contexto, a utilização de meios alternativos pelo Poder Público está inserida na ideia de *consensualidade na Administração Pública*, que é fenômeno recente que leva a Administração a adotar mecanismos de diálogo, composição e engajamento do administrado na consecução de finalidades públicas. Torna-se instrumento para a viabilização do agir administrativo. A consensualidade atua tanto na perspectiva de fundamento da ação administrativa, como na perspectiva do método da atividade administrativa e ainda nos instrumentos de atuação administrativa.

Como qualquer atividade que envolva o Poder Público, a negociação deve ser consentânea com os princípios gerais da Administração Pública, dentre os quais estão a legalidade, a moralidade, a impessoalidade, a publicidade e a eficiência. Deve ainda observar a igualdade para casos na mesma situação e os critérios objetivos para a celebração dos acordos, mediante procedimento estabelecido por lei ou regulamento.

É fundamental que o gestor público submeta à Advocacia Pública a análise dos processos que tratem da negociação como forma de solução de um conflito, pois a Procuradoria exerce relevante papel de controle interno da Administração.

A realidade atual e a busca por soluções mais céleres e efica-

zes aos cidadãos acaba levando ao desenvolvimento de técnicas e métodos de negociação, transformando o simples hábito natural à condição humana em atividade inerente, também, à administração pública. As técnicas de negociação são variadas, sendo desenvolvidas teorias e teses que procuram ensinar aos envolvidos a melhor maneira de tirar proveito e atingir seus objetivos. A negociação é encarada em seu aspecto psicológico, social, econômico, matemático, estatístico, administrativo e jurídico. Ela envolve elementos de inúmeras áreas de atividade humana.

Nessa perspectiva, a Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre, por meio da Central de Conciliação, criada pela Lei 12.003, de 27 de janeiro de 2016, composta pela Câmara de Indenizações Administrativas, pela Câmara de Precatórios e pela Câmara de Mediação e Conciliação, esta última regulamentada pelo Decreto 19.519, de 30 setembro de 2016, em seu art. 3º, I, tem como competência a prevenção e a solução, de forma consensual, de conflitos decorrentes de processos administrativos ou judiciais no âmbito da Administração Municipal (PORTO ALEGRE, 2016).

O mesmo Decreto 19.519/2016, em seu art. 8º, ao regulamentar a forma de início do procedimento de mediação e conciliação, dispôs que ele será iniciado mediante requerimento encaminhado pelo Procurador-geral ou Procuradores-gerais adjuntos, oriundos de demandas de quaisquer órgãos municipais.

E foi assim que, por meio do Gabinete da Procuradoria-Geral que, em setembro de 2016, foi aberto processo administrativo motivando e informando, através de diagnóstico detalhado das demandas judiciais indenizatórias que chegavam na Procuradoria de Indenizações da PGM, todas elas pleiteando indenização por danos materiais e morais acerca do mesmo fato, ou seja, o rompimento de Dique do Arroio Feijó, ocorrido no dia 31 de agosto de 2013, no bairro Sarandi, inciou-se o processo de conciliação referente a essas demandas judiciais.

Utilizando o diagnóstico efetuado a partir da jurisprudência que estava consolidando-se, em primeiro e em segundo grau

de jurisdição, no sentido da responsabilização do ente municipal, no âmbito do Juizado Especial da Fazenda Pública, juízo competente para a tramitação e o julgamento da grande maioria das ações que aportavam na Procuradoria, foram sendo chamados os patronos das partes autoras para, através de uma proposta de acordo inicial, que foi encaminhada, avaliada e deliberada pelo Tesouro Municipal, Secretaria da Fazenda e Comitê Gestor Municipal, concluir pela proposta de conciliação como meio de resolver os passivos judiciais referentes aos processos indenizatórios ajuizados.

A Equipe de Cálculos Judiciais da Controladoria-Geral do Município elaborou os cálculos, tendo por base o valor médio das condenações que estavam sendo consolidadas nos processos judiciais, calculando o custo do processo, o valor da verba honorária e das custas processuais, efetuou projeções a partir de vários possíveis cenários. Entre o pagamento a ser efetuado pelo Município, considerando a condenação e o término das ações judiciais e o pagamento de Requisição de Pequeno Valor – RPV, ou o pagamento através de acordo ou conciliação a ser efetuada em cada processo judicial, com pagamento às partes e aos advogados das partes, de forma parcelada, e com depósito em conta corrente a ser indicada pela parte, a diferença encontrada foi substancial.

A diferença encontrada entre o cenário do acordo e o cenário do pagamento ao final do processo judicial, através das competentes RPVs, foi próximo a 9 milhões de reais.

Dos 912 processos judiciais indenizatórios acerca do alagamento ocorrido em agosto de 2013, pelo rompimento do dique do Arroio Feijó, em andamento na Procuradoria de Indenizações em novembro de 2017, 695 deles foram acordados, ou seja, proposta a forma de conciliar e apresentados os valores, as partes concordaram e aderiram ao acordo, efetuando-se petição conjunta de acordo com o pleito de extinção do feito, a teor do art. 487, III, “b”, do CPC.

Os acordos foram efetuados processo a processo, assim, a eficácia de tais termos só passará a surtir seus efeitos a partir da homologação judicial, que é o ato que chancela a avença.

Portanto, percebe-se que além da inovação quanto à forma de enfrentamento do passivo judicial gerado pelas condenações em juízo, a conciliação acaba também sendo uma importante ferramenta de economia aos cofres públicos.

Cabe destacar, também, que o custo financeiro do processo judicial, que pode ser identificado genericamente nas despesas processuais, nos honorários advocatícios e nas despesas extraprocessuais, acaba impactando no Poder Público, já onerado pela escassez de recursos, daí a importância e a relevância da aplicação de alternativas de composição extrajudicial dos conflitos.

Sabe-se que o custo do processo judicial, levando-se em conta estudo realizado pelo IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, realizado em março de 2011, e que considerou a tramitação de processos de execuções fiscais por parte da União, calculou o valor médio provável do processo na quantia de R\$ 4.685,39, o que dá a ideia do custo estimado dos processos judiciais no Brasil.

Assim, é possível concluir que a utilização de meios alternativos para a resolução dos conflitos pelo Poder Público revela-se uma estratégia que pode contribuir para diminuir o volume de demandas repetitivas do Judiciário, representando economia de recursos públicos e resolução de passivos judiciais, promovendo verdadeira pacificação social.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: nov. 2017.

BRASIL. **Lei 13.140, de 26 de junho de 2015.** Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: nov. 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os métodos consensuais de solução de conflitos

no Novo CPC. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **O novo Código de Processo Civil**: questões controvertidas. São Paulo: Atlas, 2015. p. 1-24.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Custo unitário do processo de execução fiscal na Justiça Federal**. [S.l]: Ipea, 2011.

Disponível em:

<http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110331_comunicadoipea83.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2017. (Comunicado do Ipea, 83).

PORTO ALEGRE. **Decreto 19.519, de 30 de setembro de 2016**.

Regulamenta os arts. 10, 11 e 12 da Lei 12.003, de 27 de janeiro de 2016 - que institui a Central de Conciliação e dá outras providências - dispendo sobre a Câmara de Mediação e Conciliação, sua composição, competência e organização funcional. Disponível em: <<http://leismunicipa.is/vcdam>>.

Acesso em: nov. 2017.

PORTO ALEGRE. **Lei 12.003, de 27 de janeiro de 2016**. Institui a Central de Conciliação e dá outras providências.

Disponível em: <<http://leismunicipa.is/drfeu>>. Acesso em: nov. 2017.

SOUZA, Luciane Mossa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos**: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial. Belo Horizonte: Forum, 2012.

PA
RE
CE
RES



EMPREGADO PÚBLICO EM COMISSÃO. VINCULO ADMINISTRATIVO. DISPENSA AD NUTUM. NOMEAÇÃO E EXONERAÇÃO LIVRES

Albert Abuabara²⁸²

PARECER INDIVIDUAL N. 1201/2017

PROCESSO N. 16.0.000061740-0

INTERESSADOS: Empresa Pública de Transporte e Circulação, Companhia Carris Porto Alegre, Companhia de Processamento de Dados do Município de Porto Alegre, Instituto Municipal de Estratégia de Saúde da Família.

EMENTA: As contratações do Poder Público sob a condição “em comissão” são incompatíveis com os institutos próprios do direito trabalhista que objetivam proteger o empregado contra o imotivado e o repentino. Não existe vínculo de emprego. E a dispensa arbitrária ou sem justa causa são estranhas. Não são devidos direitos rescisórios tais como o aviso prévio, a multa de 40% do FGTS, a multa do art. 477 da CLT, etc.

ÍNTEGRA DO PARECER disponível no site da PGM, em menu Pareceres.

(www.portoalegre.rs.gov.br/pgm)

²⁸² Procurador Municipal de Porto Alegre.

DIREITO CIVIL OBRIGACIONAL
DOAÇÃO DE BENS. DIREITO
ADMINISTRATIVO.
DOAÇÃO DE SERVIÇOS

Albert Abuabara²⁸³

PARECER INDIVIDUAL N. 1202/2017
PROCESSO N. 17.0.000015191-2
INTERESSADOS: Administração pública

EMENTA: Direito Civil Obrigacional. Doação de bens. Direito Administrativo. "Doação de Serviços". Decreto Municipal do Voluntariado, nº 13.576, de 2001, a pessoas naturais. Lei Nacional nº 13.019, de 2014, a pessoas jurídicas. Necessidade de adoção e regulamentação dessa lei no âmbito do Município de Porto Alegre. Inexistência de transferência de recursos financeiros. Instrumentos: Doação Pura. Voluntariado. Acordo de cooperação. Procedimento de manifestação de interesse social. Atividades tais como supressão, transplante ou poda da flora. Proposição da "autodeclaração autorizadora informatizada" com responsabilidade administrativa, civil e criminal.

ÍNTEGRA DO PARECER disponível no site da PGM, em menu Pareceres.

(www.portoalegre.rs.gov.br/pgm)

²⁸³ Procurador Municipal de Porto Alegre.

DO CU MEN TOS



PEC DA REFORMA TRIBUTÁRIA: COMO FICA A AUTONOMIA DOS MUNICÍPIOS?

Cristiane da Costa Nery²⁸⁴

Tramita desde 2008 a Proposta de Emenda Constitucional da Reforma Tributária (PEC 233/2008). Ou seja, há quase 10 anos ocorre sua tramitação sem que se tenha uma definição séria sobre quais as reais necessidades para o país e qual deve ser sua abrangência a ponto de evitar-se a sonegação, os desvios e ter-se uma tributação justa.

Como se sabe, o ISS é a maior fonte de arrecadação para a grande maioria dos municípios do país. Em capitais como São Paulo e Rio de Janeiro, a arrecadação desse imposto alcançou 30,7% e 29,5%, respectivamente, da Receita Corrente Líquida em junho do corrente ano (2017). Em Porto Alegre, o tributo pode corresponder até 18% da RCL. Juntas, essas três capitais arrecadaram mais de R\$9 bilhões em ISS no primeiro semestre deste ano. Se perderem essa fonte de receita, tanto essas capitais, como os municípios brasileiros em geral, que já sofrem com a falta de repasses por parte de estados em gravíssimas dificuldades financeiras, terão ainda mais prejuízos.

Apesar disso, o texto preliminar de autoria do nobre Deputado Luiz Carlos Hauly sobre a proposta de reforma tributária (texto preliminar e teor da PEC 233/2008 em anexo), divulgado este ano, prevê a extinção do tributo.

Em prosperando a proposta, que não é definitiva, o Imposto sobre Serviços (ISS) ficará incorporado a outro imposto a ser criado para os estados, o chamado IVA (Imposto sobre Valor Agregado), sem qualquer compensação. Parte desse imposto seria repassado aos municípios, aumentando a dependência

²⁸⁴ Procuradora-chefe da Procuradoria Tributária de Porto Alegre, especialista em Direito Municipal pela ESDM/URFGS, Conselheira Estadual da OAB/RS, e Coordenadora do Comitê de Análise da Reforma Tributária da Associação Nacional dos Procuradores Municipais. Correio Eletrônico: cris@pgm.prefpoa.com.br

dos municípios em relação aos estados e à União.

Assim ficaria a proposta:²⁸⁵

- a) União - perde o IPI e o IOF e ganha outros dois impostos ficando com os seguintes impostos:
 - I – Imposto de importação – II;
 - II – Imposto de exportação – IE;
 - III – Imposto sobre a renda – IR;
 - IV – IPI – revogado;
 - V – IOF - revogado;
 - VI – Imposto sobre propriedade territorial rural – ITR;
 - VII – Imposto sobre grandes fortunas – IGF;
 - VIII – Imposto sobre petróleo e seus derivados, combustíveis e lubrificantes de qualquer origem, cigarros e outros produtos do fumo, energia elétrica, serviços de telecomunicações, bebidas alcoólicas e não alcoólicas, veículos automotores novos, terrestre, aquáticos e aéreos, bem como pneus, partes e peças nestes empregados;
 - IX – Imposto Sobre Transmissão causa mortis e doações de quaisquer bens ou direitos - ITCMD.
- b) Estados – perdem o ITCMD e o ICMS e ficam com os seguintes impostos:
 - I – Imposto sobre propriedade de veículos automotores terrestre, aquáticos e aéreos – IPVA – menos os veículos novos inseridos na competência da União;
 - II – Imposto sobre operações com bens e serviços ainda que se iniciem no exterior – IVA – que incorpora os atuais IPI, ICMS, ISS, CIDE, PIS/CO- FINS- Faturamento; PIS/COFINS - importação e Salário Educação.
- c) Municípios - perdem o ISS e não ganham nenhum imposto novo, ficando reduzida a sua competência impositiva aos dois impostos atuais:
 - I – Imposto predial e territorial urbano – IPTU;
 - II – Imposto Sobre Transmissão de Bens Imóveis por ato

²⁸⁵ HARADA, Kiyoshi. **Breves Comentários ao Texto Preliminar da Reforma Tributária.**

Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI264677,21048-Breves+comentarios+ao+texto+preliminar+da+Reforma+Tributaria>>. Acesso em: nov. 2017.

entrevistos e a título oneroso – ITBI.

Ou seja, o ente municipal, aquele que já tem as maiores demandas e obrigações constitucionais, que precisa atender diretamente a população com serviços públicos, que realiza audiências públicas para projeção da aplicação do orçamento, aquele que já tem o menor percentual proporcionalmente falando em relação aos repasses constitucionais, será prejudicado, ainda que previsto o repasse do recolhimento de outros impostos além do IVA. Ficará ainda mais refém de repasses, e a autonomia federativa garantida pela Constituição simplesmente será desconsiderada, pois não existe autonomia administrativa sem a financeira. Não deixará o contribuinte de pagar o imposto, mas sim pagará para outro ente da federação, quando reside na cidade e precisa da municipalidade na prestação de serviços básicos. A União, por sua vez, aumenta a sua parte na repartição do bolo tributário. A carga tributária, portanto, em nada muda para o contribuinte.

Ora, é evidente que tratar os municípios como dependentes dos estados não atende aos comandos constitucionais e deve ser algo combatido veementemente.

Fica nítido que a reforma tenta salvar estados totalmente quebrados financeiramente em detrimento dos municípios. O risco ao contribuinte é maior ainda em função da possibilidade de aumento de percentuais a título de ISSQN, já que há uma intenção arrecadatória maior pelos estados ante a crise já instalada.

Além disso, as municipalidades possuem estrutura técnica especializada e especialmente qualificada para a correta cobrança e tratamento do ISSQN, o que não acontecerá nos estados. O texto refere a criação de uma super Secretaria para unificar as fiscalizações e a cobrança de todos os impostos. Mas, como ficam os atuais concursados? E a remuneração será equiparada? Como municípios e estados já em crise financeira arcarão com salários unificados? Ou a União arcará com a remuneração de todos em unificação de cargos em carreira? Pontos que não estão por ora esclarecidos.

Ora, as finanças públicas municipais justamente foram

tornando-se combalidas ao longo dos anos em função da diminuição dos repasses da União e estados, e se não fosse a arrecadação própria, pior ainda estariam, com mais carência na aplicação em serviços.

Urgente a defesa do fortalecimento e do investimento na arrecadação própria, enquanto não há revisão do pacto federativo. Efetivamente há necessidade, talvez antes de uma reforma tributária - que deveria efetivamente prever justiça tributária e a inviabilidade de sonegação no país, o que não parece ser o caso dessa reforma conduzida pela União - de uma revisão do pacto federativo e de uma reforma política verdadeira e efetiva, que redimensione o tamanho do Estado, sem o que não se vislumbram avanços, mas somente retrocessos.

Em um primeiro momento pode parecer um ganho a municípios de pequeno porte que hoje não possuem estrutura para cobrar seus impostos, mas a dependência será cada vez maior. E aqui cabe a discussão, então, sobre a capacidade de existência de determinados municípios na federação brasileira, pois se não possui estrutura própria para dar conta de suas atribuições e competências constitucionais, talvez não possua condições sequer de existir enquanto ente autônomo. Vários Tribunais de Contas país afora estão debruçando-se sobre esse tema e realizando levantamentos. E esse debate precisa ser feito de forma responsável, urge que seja enfrentada essa questão para o bem do próprio país e continuidade do estado *lato sensu*.

É imprescindível que as entidades municipalistas, que os cidadãos e que os municípios brasileiros fiquem atentos, conheçam, debatam e mobilizem-se para não sofrerem ainda mais com mais uma reforma que não privilegia o cidadão comum e a Constituição Brasileira.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição [PEC 233/2008]**. Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=540729&filename=PEC+233/2008>. Acesso em: nov. 2017.

HAULY, Luiz Carlos. **Reforma Tributária Proposta [do Deputado Luiz Carlos Haully, Relator]**. Disponível em:

<<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/reforma-tributaria/documentos/outros-documentos/22.08.17ResumodaReformaTributria.pdf>>. Acesso em: nov. 2017.

PROPOSTA de Emenda à Constituição: texto preliminar. Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências. Disponível em:

<<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/reforma-tributaria/documentos/outros-documentos/22.08.17PECReformaTributria.pdf>>. Acesso em: nov. 2017.

ANEXO I – REFORMA TRIBUTÁRIA PROPOSTA

A partir das discussões realizadas nas audiências públicas e nas reuniões da Comissão, foi possível traçar um diagnóstico do sistema tributário brasileiro.

A conclusão é que possuímos um sistema altamente complexo, composto por tributos em demasia, com concentração excessiva sobre o consumo, e que exige um alto custo administrativo tanto por parte do contribuinte, quanto da Administração Tributária.

No âmbito do ICMS, o principal imposto dos Estados e do Distrito Federal, a existência de 27 legislações é um verdadeiro tormento para os contribuintes, o que só aumenta o chamado “custo Brasil”. Além disso, a prática de atração de investimentos por meio da concessão de benefícios fiscais indevidos, a conhecida “guerra fiscal”, embora eficaz até determinada época, tornou-se predatória e trouxe uma série de consequências danosas para a economia nacional, para as finanças dos Estados e para os contribuintes, tais como a deterioração das relações entre os entes federados, o deslocamento improdutivo de mercadorias no território nacional, a erosão na base de tributação do ICMS e a insegurança jurídica.

Destacam-se ainda a existência de diversos tributos cumulativos, que permite a incidência de tributo sobre tributo, assim como falhas na apuração dos não-cumulativos, como o PIS, a Cofins, o IPI e o ICMS, em especial pela dificuldade na utilização de créditos relativos às operações com bens e serviços empregados, usados ou consumidos na atividade econômica, bem como na apropriação dos créditos relativos a bens e direitos do ativo imobilizado e intangível.

Na tributação da renda, as diferenças entre o imposto aplicado às pessoas físicas e às jurídicas, com significativas vantagens para as últimas, têm gerado o fenômeno da “pejotização”, onde pessoas físicas se organizam como pessoas jurídicas com o objetivo de, além de diminuir sua carga tributária, burlar a legislação previdenciária e trabalhista.

Diante desse quadro, é seguro dizer que o sistema tributário brasileiro é “laborcida”, isto é, “mata” empresas e empregos, impedindo o crescimento econômico, estabelecendo a concorrência predatória, entupindo o Poder Judiciário com ações tributárias infundáveis, e ainda estimulando a corrupção, a sonegação, a elisão, o subemprego e o déficit da Previdência.

Acrescente-se a tudo isso a grave crise econômica e política por que passamos, e veremos a urgente necessidade de uma reforma tributária profunda como remédio inescapável para ajudar o Brasil a retomar o

crescimento. Estudiosos afirmam que a simples mudança para um sistema tributário mais racional e eficiente promoverá, por si só, um aumento anual de ao menos 1% do PIB por um período de 10 anos.

Nesse sentido, buscamos propor uma reforma que simplifica sobremaneira o sistema, em especial a tributação sobre o consumo e, ao mesmo tempo, garantir que todos os entes federativos preservem, nos primeiros anos após a mudança, sua arrecadação tributária, líquida de transferências, sem aumento de carga tributária. Além disso, elaboramos uma transição confortável do sistema antigo para o novo, de forma a permitir uma adaptação tranquila e segura de todos os agentes envolvidos.

Dentre os diversos modelos de tributação discutidos nas audiências públicas, escolhemos um sistema similar ao adotado pela maior parte dos países europeus, baseado em um imposto de renda, um imposto sobre valor agregado incidente sobre bens e serviços e um imposto seletivo monofásico sobre itens específicos. Diante das peculiaridades de nosso sistema federativo, optamos por deixar o imposto de renda e o imposto seletivo na esfera federal, e o imposto sobre valor agregado na estadual, mas com legislação unificada nacionalmente. Ainda seguindo a experiência internacional, resolvemos transferir o resultado da tributação sobre a propriedade, em sua quase totalidade, para a esfera municipal, ainda que deixando a competência de cobrança de alguns deles com outros entes federativos por questão de eficiência administrativa.

Buscamos, também, garantir que os entes federados partilhem suas arrecadações, fazendo com que todos se comportem como sócios, e não como inquilinos, do sucesso de nossa economia.

Após essas ponderações iniciais, passamos a descrever as alterações propostas.

REDISTRIBUIÇÃO DAS COMPETÊNCIAS TRIBUTÁRIAS

Promovemos significava simplificação no sistema tributário, com a extinção dos seguintes tributos: IPI, IOF, CSLL, PIS, Pasep, Cofins, Salário-Educação, CIDE-Combustíveis, todos federais; ICMS estadual; e ISS municipal. Em seus lugares, surgem um imposto sobre o valor agregado de competência estadual, chamado de Imposto sobre Operações com Bens e Serviços – IBS, e um imposto sobre bens e serviços específicos, de competência federal, que chamaremos de Imposto Seletivo - IS. São preservadas as contribuições previdenciárias sobre a folha de pagamento. Na tributação da propriedade, o ITCMD passa para a competência federal, com toda a arrecadação destinada aos Municípios, enquan-

to o IPVA, apesar de continuar na órbita estadual, também terá suas receitas totalmente direcionadas para os Municípios.

Nesse contexto, as competências tributárias serão assim divididas:

União:

- Impostos: sobre o comércio exterior (Impostos de Importação e Exportação), sobre a Renda (IR), sobre a Propriedade Territorial Rural (ITR), sobre Grandes Fortunas (IGF), Seletivo (IS), sobre Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD), extraordinários de guerra e derivados da competência residual;
- Contribuições: previdenciárias (do empregador sobre a folha, do empregado sobre o salário), de intervenção no domínio econômico (CIDE), sociais gerais (sistema “S”), derivadas da competência residual, de interesse das categorias profissionais ou econômicas (contribuição sindical, CREA, CRM, CRC, entre outras), e sobre receitas de concursos de prognósticos;
- Taxas, contribuições de melhoria e empréstimos compulsórios.

Destaque-se que o Imposto de Renda incorporará a CSLL, e por isso terá suas alíquotas ampliadas, devendo essa mudança ser feita pela legislação ordinária. Além disso, determinamos a cobrança do Imposto de Renda sobre o valor das verbas indenizatórias que superem o gasto ou patrimônio indenizado, acabando, assim, com estratégia comum de travestir renda em pretensas indenizações não tributáveis para fugir do pagamento do imposto.

Já o Imposto Seletivo foi criado para trazer a alíquota do IBS, o imposto sobre valor agregado estadual, para níveis compatíveis com a média dos países desenvolvidos, e terá sua arrecadação compartilhada com os Estados, nos termos de lei complementar a ser editada. Trata-se de nossa versão dos impostos sobre consumo de produtos específicos, os excises taxes, tão consolidados na experiência internacional. Esse tributo será cobrado sobre as seguintes categorias de produtos e serviços, definidas no texto constitucional: petróleo e seus derivados, combustíveis e lubrificantes de qualquer origem, cigarros e outros produtos do fumo, energia elétrica, serviços de telecomunicações, bebidas alcoólicas e não alcoólicas, veículos automotores terrestres, aquáticos e aéreos, novos, bem como pneus, partes e peças nestes empregados. A lei complementar definirá quais os produtos e serviços dessas categorias estarão incluídos no Seletivo; sobre os demais, incidirá IBS.

Quanto à tributação do patrimônio, o ITCMD passa à esfera federal com o objetivo de se tornar significativo imposto sobre o patrimônio,

como é feito nos países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE. Isso porque os grandes patrimônios estão normalmente espalhados por diversos Municípios, sendo mais consistente onerá-los com um tributo de alcance nacional, além de a Receita Federal estar melhor equipada para uma fiscalização dessa natureza, em conjunto com o Imposto de Renda. Contudo, toda a sua arrecadação será transferida para os Municípios, seguindo a lógica de manter o resultado da tributação sobre a propriedade na esfera local.

Na versão que ora apresentamos para debate, o financiamento da Previdência Social fica mantido no formato atual. Em versões anteriores, havíamos sugerido sua completa reformulação com a criação de uma nova contribuição sobre movimentações ou transmissões de valores e a readequação das contribuições sobre folha de pagamentos, com corte ou redução de benefícios insustentáveis do ponto de vista fiscal.

O objetivo era fazer com que efetivamente todos participassem do financiamento da Previdência Social, possibilitando diminuição significativa das alíquotas das contribuições sobre folha e, com isso, redução dos custos de contratação. Com base nessas premissas, receitas e despesas correntes do Regime Geral de Previdência Social (RGPS) se equilibrariam, fazendo desaparecer o déficit previdenciário estimado em 2,5% do PIB.

Já antevíamos grande oposição à criação de tributo semelhante à antiga CPMF. Não esperávamos, no entanto, a falta de apoio inclusive daqueles que, uma vez despidos de preconceitos, deveriam enxergar a evidente complementaridade da nossa proposta com a Reforma Previdenciária (PEC nº 287/2016), cujas modificações focam no equilíbrio de longo prazo da Previdência Pública como um todo. A junção entre as propostas abrandaria a dureza das novas regras de aposentadoria, pelo lado das despesas, com uma maior justiça fiscal, pelo lado das receitas, inclusive pela utilização da nova contribuição como forma de combate à sonegação.

Todavia, ficamos praticamente sozinhos na defesa da nova contribuição sobre movimentação financeira, que, não temos dúvidas, é o tributo do futuro, especialmente quando utilizado como forma de antecipação de arrecadação, com direito a crédito do valor recolhido com outros tributos do Sistema Tributário.

Sem alternativas, fomos obrigados a abrir mão da proposta de repaginação das atuais contribuições previdenciárias, em busca de um sistema mais justo e menos suscetível à sonegação ou elisão, focando nossas forças na resolução do maior problema do nosso Sistema Tributário: a infernal tributação sobre o consumo.

Estados e DF:

- Impostos: sobre Operações com Bens e Serviços (IBS) e sobre Propriedade de Veículos Automotores (IPVA);
- Contribuições: para custeio da previdência de seus servidores;
- Taxas e contribuições de melhoria.

O IBS, o imposto sobre valor agregado, será instituído por lei complementar federal, com regulamentação única, arrecadação centralizada e fiscalização realizada pelos Estados e pelo Distrito Federal. Esse imposto será não-cumulativo, com concessão de crédito financeiro (tudo o que a empresa adquire e usa na atividade gera crédito), cobrado “por fora” (sem incidência de imposto sobre imposto), com arrecadação integral para o Estado de destino, e não onerará bens do ativo fixo nem produtos exportados. Trata-se de um imposto sobre valor agregado assemelhado àqueles adotados pela quase totalidade dos países desenvolvidos.

Em sua concepção, buscamos nos afastar ao máximo de conceitos correntes do ICMS que julgamos ultrapassados, como operações interestaduais, circulação de mercadorias, ou até mesmo estabelecimento, o que pode gerar alguma desconfiança dos tradicionalistas. Na verdade, quando da regulamentação do IBS, entendemos ser necessário adotar o fato gerador para impostos sobre o valor agregado utilizado no resto do mundo, a transmissão de propriedade de bens e a prestação de serviços onerosos, abandonando-se o conceito artificial de mera circulação de mercadorias, que, por razões de controle, imputa o ICMS até nas simples transferências de bens entre estabelecimentos da mesma empresa. Deixamos no texto constitucional, inclusive, a possibilidade de cobrança do IBS por empresa, de forma centralizada em todo território nacional. Caso essa proposta seja considerada de difícil implantação, previmos outras alternativas para uma implementação eficiente do tributo: a exigência integral do imposto no Estado de origem do bem ou serviço, com repasse ao Estado de destino, e a utilização de câmara de compensação.

Observe-se que a tributação sobre o consumo será tanto melhor, quanto menos exceções ela tiver. Pensamos que a situação ideal está em uma cobrança uniforme, com alíquota idêntica para quase a totalidade dos produtos e serviços, garantindo-se uma tributação mais baixa apenas para os alimentos, medicamentos, transporte público e bens do ativo imobilizado, sendo vedada a concessão de benefício fiscal para qualquer outro produto ou serviço. Contudo, nas dezenas de palestras que fizemos por todo o país, tivemos a oportunidade de escutar as preocupações de alguns setores com um possível aumento de carga

tributária, em especial das empresas prestadoras de serviços, que possuem poucos créditos passíveis de compensação. É por isso que, quando da regulamentação do IBS, em um primeiro momento não descartamos a necessidade de fixação de um número maior de alíquotas, de modo a garantir, dentro do possível, que não ocorram alterações abruptas na atual carga tributária dos diversos setores da economia.

Como diversos aspectos importantes do IBS precisarão ser mais bem especificados por meio de regulamentação única a ser emitida pelo Superfisco Nacional, criamos a possibilidade de a lei complementar exigir que algumas dessas matérias precisem de aprovação do Senado Federal para produzir efeitos, permitindo, assim, o controle do Parlamento sobre assuntos sensíveis.

Quanto ao IPVA, optamos por fortalecê-lo, acrescentando as embarcações e as aeronaves em sua hipótese de incidência, o que aumentará sua arrecadação. Ao mesmo tempo, diminuimos a carga tributária sobre custos importantes dos produtos e serviços ao impedir sua incidência sobre os veículos de uso comercial destinados à pesca e ao transporte público de cargas e passageiros. Prestigiamos, aqui, a ideia da conhecida "PEC dos Jatinhos" (PEC 283/2013), de autoria do Ilustre Deputado Vicente Cândido, expandindo-a na parte em que também se desoneram os veículos terrestres de carga. Do mesmo modo como feito com o ITCMD, toda a arrecadação do IPVA será transferida para os Municípios, seguindo a lógica de manter o resultado da tributação sobre a propriedade na esfera local.

O IBS será fiscalizado pelo Superfisco Nacional, formado pelo conjunto dos Fiscos Estaduais (com possibilidade de inclusão, por lei complementar, dos Fiscos Municipais). O Superfisco terá garantia de unidade, indivisibilidade, independência funcional e autonomia administrativa, será financiado por parcela dos impostos que arrecadar, e seu dirigente máximo será escolhido pelos governadores dos Estados e Distrito Federal.

Municípios:

- Impostos: sobre Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU); sobre Transmissão "Inter Vivos" de Bens Imóveis (ITBI);
- Contribuições: para custeio da previdência de seus servidores, e para custeio do serviço de iluminação pública;
- Taxas e contribuições de melhoria.

Apesar de não termos trazidos novas competências diretas para os Municípios, decidimos por concentrar praticamente todas as receitas

dos impostos patrimoniais nessa esfera, já que determinamos a transferência da arrecadação do IPVA e do ITCMD dos Estados e da União, respectivamente, para os Municípios.

Outros dois impostos sobre a propriedade, o ITBI e o IPTU, já são de competência municipal. Para reforçá-los, criamos a possibilidade de celebração de convênio do Município com a União para a arrecadação, fiscalização e cobrança dos impostos.

Para fortalecer ainda mais as finanças municipais, evitando que os Municípios não exerçam sua capacidade tributária plena, como infelizmente muito se vê hoje em dia, inserimos previsão de criação de lei complementar federal que determinará alíquotas mínimas dos impostos municipais e limites máximos para a concessão de benefícios fiscais, bem como estabelecerá uma política de reajustes mínimos da base de cálculo em caso de omissão do legislador local.

Finalmente, o único tributo sobre a propriedade que não teve sua receita ou competência deslocada para a esfera municipal foi o ITR, que está com sua sistemática bem estabelecida: competência da União, transferência de 50% de sua arrecadação para os Municípios, e possibilidade de transferência de 100% com a celebração de convênio onde o ente municipal opte por fiscalizar e cobrar o tributo. Como o sistema está bem consolidado, garantindo-se a totalidade da arrecadação para os Municípios conveniados, com mais de 2.000 convênios já firmados²⁸⁶, optamos por não o alterar.

PARTILHA

Como já esclarecido, dois dos pilares de nossa reforma estão na garantia de que nenhum ente federado perca arrecadação nos primeiros anos após a mudança, e também no compartilhamento do resultado das receitas tributárias entre as esferas de Governo.

No primeiro quesito, construímos a partilha dos novos tributos de forma a garantir participação a mais semelhante possível com a dos tributos atuais²⁸⁷. Contudo, para se evitar as desconfianças naturais com uma mudança tão profunda, criamos uma regra de transição gradual para o novo sistema, de modo que, nos cinco primeiros anos após a reforma, cada ente federado manterá o quinhão de sua arrecadação

²⁸⁶ 2117 era o número de municípios conveniados no Brasil, em 17/8/2017, conforme consulta realizada nessa data no endereço eletrônico: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Aplicacoes/ATSDR/TermoITR/controlador/controlPrincipal.as?acao=telalncial>.

²⁸⁷ Nesta primeira versão, optamos por deixar os percentuais de partilha idênticos, até nas casas dos centésimos, aos obtidos em nossos cálculos. Futuramente, eles poderão ser objeto de arredondamento.

nos mesmos moldes dos anos anteriores, evitando-se perdas com o novo modelo. Para isso, as arrecadações do IR, do IBS, do Seletivo, do IPVA e do ITCMD serão partilhadas entre União, Distrito Federal, cada Estado e cada Município de acordo com a média das arrecadações observadas nos três exercícios anteriores dos tributos IR, CSLL, IPI, ITCMD, IOF, Cofins, PIS, Pasep, Cide-Combustíveis, Salário-Educação, ICMS, IPVA, ISS, deduzidas as entregas a outros entes federativos (FPE, FPM, FPEx e Cotas-parte de 25% do ICMS e de 50% do IPVA), que serão somadas à arrecadação do ente federativo que as recebeu. Foi também criada uma regra de transição de dez anos (do 6º ao 15º ano após a reforma) para transferir essa partilha com base nas arrecadações anteriores para o novo modelo.

No segundo quesito, garantimos que os Estados, Distrito Federal e Municípios participem na arrecadação do IR, que os Estados e Distrito Federal participem na arrecadação do Seletivo, e que a União e os Municípios participem na arrecadação do IBS. Assim, evita-se que se concentre a cobrança em tributos não partilháveis, como foi feito pela União com as contribuições sociais. Essa partilha cruzada dos principais tributos é proposital e busca estabelecer laços permanentes de solidariedade fiscal entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Quanto ao resultado líquido da partilha, estamos propondo que os Municípios aumentem sua participação mediante a entrega da arrecadação do ITCMD e do IPVA, aporte cujo custo será dividido em partes iguais pela União e pelos Estados, ressaltando-se uma vez mais que esse deslocamento de receitas somente será sentido integralmente após os quinze anos da transição.

Esse remanejamento de receitas, juntamente com a necessidade de se recalcular o percentual da Cota-parte dos Municípios no IBS sujeito a regras de distribuição estabelecidas por lei estadual, permite-nos introduzir o critério populacional na partilha do IBS às prefeituras, buscando diminuir as iniquidades observadas hoje com respeito à Cota-parte do ICMS, em que “cidades-dormitórios” recebem recursos substancialmente menores do que as cidades onde se concentram refinarias, hidrelétricas, polos industriais etc.

Nesse sentido, destacamos, também, a criação de dois fundos destinados a reduzir a disparidade da receita per capita entre Estados e entre Municípios, assim entendida a receita dos impostos próprios arrecadados por cada ente federativo, subtraídas as entregas constitucionais transferidas e adicionadas as recebidas, valor dividido pela população.

O objetivo desses fundos é minimizar a discrepância de recursos públicos disponíveis para a realização de investimentos em infraestrutru-

tura, utilizando dados observados em exercícios anteriores, inclusive o esforço empregado pelo ente federativo na arrecadação dos próprios impostos. Ou seja, os fundos buscarão compensar eventual inequidade nos critérios de partilha e/ou insuficiência de potencial arrecadatório do Estado ou do Município. Por isso, não foram fixados percentuais ou valores no texto constitucional, evitando assim que eles sejam desvirtuados e venham a se tornar fontes ordinárias de recursos. Eles somente serão utilizados em caso de não serem suficientes para promover o reequilíbrio do pacto fiscal-federativo as várias medidas ora adotadas, tais como a adoção do princípio do destino no IBS, as novas regras de partilha do Imposto Seletivo, do IBS e de sua Cota-parte destinada aos Municípios, do ITCMD e do IPVA sobre barcos e aviões, os convênios com a União para auxílio na arrecadação dos impostos municipais etc.

SOLIDARIEDADE FISCAL E ADMINISTRAÇÕES TRIBUTÁRIAS

Queremos ressaltar que um sistema tributário somente cumpre a contento suas funções quando todos os agentes, públicos e privados, se tornam responsáveis pelo seu bom funcionamento. Parte dos problemas que ora vivenciamos decorre do isolamento da atuação dos governos central e locais e da situação de “salve-se quem puder” estabelecida no âmbito do setor privado.

Como já mencionado, o sistema proposto fará com que os entes federativos atuem de forma solidária, haja vista que participarão nas arrecadações uns dos outros. Benefício fiscal concedido em determinado tributo será sentido por todos, o que formará uma resistência à concessão de benesses injustificáveis. Com a diminuição de tratamentos favorecidos, os contribuintes passarão a sujeitar-se a um sistema de tributos mais justo, simples e transparente.

E o cimento para construir esse novo paradigma tributário será fornecido pela atuação das administrações tributárias. Como mencionado, o novo Superfisco Nacional atuará de forma independente na cobrança daquele que será o principal imposto nacional, o IBS, partilhado por União, Estados e Municípios. A Secretaria da Receita Federal do Brasil terá como carro-chefe arrecadatório o Imposto de Renda, tributo símbolo da justiça fiscal, cuja cobrança será facilitada pelo cruzamento de informações do ITCMD, sob sua responsabilidade, e do ITBI, cuja funções de arrecadação poderão ser partilhadas com os Municípios.

Escoimadas as chagas dos inconfessáveis benefícios da “guerra fiscal”, das obscuras compensações de um tributo com outro, dos injustificados incentivos fiscais que, embora legais, constituam-se em

meras prebendas aos poderosos, das recorrentes anistias e parcelamentos especiais do tipo “REFIS”, os agentes do fisco terão todas as condições, e a obrigação, de cobrar de forma leal e impessoal os tributos devidos, buscando implementar a velha e batida máxima tributária: “onde todos pagam, todos pagam menos”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

São essas, em linhas gerais, as alterações por nós propostas no ordenamento tributário, reforma que será capaz de construir um sistema mais justo, apto a aumentar a capacidade competitiva de nossas empresas. Simples em sua estrutura, mas pronto para arrecadar os recursos necessários para a construção de um país moderno, rico e solidário.

Nesse sentido, conclamamos as Sras. e Srs. Deputados a debaterem o texto neste fórum, e, depois de aprovada a versão final da Comissão, a partirmos juntos para o convencimento dos demais parlamentares para garantir sua aprovação no Plenário da Câmara dos Deputados.

Desse modo, entregaremos a reforma tributária de que o Brasil tanto necessita, honrando a todos aqueles que muito se esforçaram por realizá-la no passado.

Sala da Comissão, de 2017

Deputado Luiz Carlos Hauly
Relator da Reforma Tributária

ANEXO II - PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO TEXTO PRELIMINAR

Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências.

AS MESAS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS E DO SENADO FEDERAL, nos termos do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º A Constituição Federal passa a vigorar com os seguintes artigos alterados ou acrescidos:

“Art. 61.

.....

§ 3º A iniciativa para a apresentação dos projetos de lei complementar que tratem do imposto previsto no art. 155, IV, caberá exclusivamente a:

I - Governadores de Estado e do Distrito Federal;

II - Assembleias Legislativas, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros;

III - bancadas estaduais de Deputados Federais ou Senadores;

IV - comissão mista de Deputados Federais e Senadores, instituída para esse fim.

§ 4º Nos projetos apresentados na forma dos incisos I a III deverão estar representadas todas as Regiões do País e pelo menos um terço dos Estados e Distrito Federal.” (NR)

“Art. 105.

.....

.....

III -

.....

d) contrariar as leis complementares relativas ao imposto a que se refere o art. 155, IV, bem como a regulamentação de que trata o art. 155, § 7º, I, negar-lhes vigência ou lhes der interpretação divergente da que lhes tenha atribuído outro tribunal.

.....” (NR)

“Art. 146.

.....

III -

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte,

inclusive regimes especiais ou simplificados no caso dos impostos previstos nos arts. 153, III, e 155, IV, e das contribuições sociais previstas no art. 195, I, e § 13.

.....” (NR)

“Art. 150.

.....
§ 1º A vedação do inciso III, 'b', não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I; 153, I, II e VIII; e 154, II; e a vedação do inciso III, 'c', não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I; 153, I, II e III; e 154, II, nem à fixação da base de cálculo dos impostos previstos nos arts. 155, III, e 156, I.

.....” (NR)

“Art. 153.

.....
IV - (Revogado.)

V - (Revogado.)

.....
VIII - petróleo e seus derivados, combustíveis e lubrificantes de qualquer origem, cigarros e outros produtos do fumo, energia elétrica, serviços de telecomunicações, bebidas alcoólicas e não alcoólicas, veículos automotores novos, terrestres, aquáticos e aéreos, bem como pneus, partes e peças nestes empregados;

IX - transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos.

§ 1º É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I e II do caput deste artigo.

§ 2º

.....
III - incidirá também sobre verbas indenizatórias, naquilo que superar o valor do gasto ou do patrimônio material indenizado.

§ 3º (Revogado.)

.....
§ 5º (Revogado.)

§ 6º Lei complementar definirá os produtos e serviços sujeitos ao imposto de que trata o inciso VIII, submetendo-se os demais ao imposto previsto no art. 155, IV.

§ 7º O imposto de que trata o inciso VIII atenderá o seguin-

te:

I - incidirá também nas importações, a qualquer título;

II - poderá ter alíquotas diferenciadas, específicas, por unidade de medida adotada, ou ad valorem, nos termos da lei;

III - não incidirá na exportação de produtos e serviços, estabelecendo a lei a forma de devolução do imposto que os onerar.

§ 8º O imposto previsto no inciso IX atenderá o seguinte:

I - incidirá também quando o doador tiver domicílio ou residência no exterior ou quando o de cujus possuía bens, era residente ou domiciliado ou teve o seu inventário processado no exterior;

II - a lei que o instituir definirá:

a) a parcela do produto da arrecadação retida pela União para financiar as atividades de arrecadação, cobrança e fiscalização;

b) a forma pela qual as atividades mencionadas na alínea 'a' deste inciso poderão ser compartilhadas com os Municípios." (NR)

"Art.155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir:

I - (Revogado.)

II - (Revogado.)

III - imposto sobre propriedade de veículos automotores terrestres, aquáticos e aéreos;

IV - por intermédio do Congresso Nacional, imposto sobre operações com bens e serviços, ainda que se iniciem no exterior.

§ 1º (Revogado.)

§ 2º (Revogado.)

§ 3º (Revogado.)

§ 4º (Revogado.)

§ 5º (Revogado.)

§ 6º

.....

III - não incidirá sobre veículos de uso comercial destinados à pesca e ao transporte público de passageiros e cargas.

§ 7º O imposto de que trata o inciso IV do caput deste artigo será instituído por lei complementar, apresentada nos termos do disposto no art. 61, §§ 3º e 4º, e atenderá o

seguinte:

I - será uniforme em todo o território nacional e terá regulamentação única, vedada a adoção de norma estadual autônoma, ressalvadas as hipóteses previstas em lei complementar;

II - será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores, sendo assegurado:

a) o crédito relativo às operações com bens e serviços empregados, usados ou consumidos na atividade econômica, ressalvadas as exceções relativas a bens ou serviços caracterizados como de uso ou consumo pessoal;

b) o crédito integral e imediato, quando cabível, na aquisição de bens do ativo imobilizado;

c) o aproveitamento de saldos credores acumulados;

III - incidirá também:

a) nas importações, a qualquer título;

b) nas locações e cessões de bens e direitos;

c) nas demais operações com bens intangíveis e direitos;

IV - não incidirá:

a) nas exportações, garantidos a manutenção e o aproveitamento do imposto cobrado nas operações anteriores;

b) sobre a mera movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira;

c) nas prestações de serviço de comunicação nas modalidades de radiodifusão sonora e de sons e imagens de recepção livre e gratuita;

V - o imposto pertencerá ao Estado de destino do bem ou serviço, autorizada a lei complementar a estabelecer:

a) cobrança em todo território nacional centralizada em um único estabelecimento;

b) exigência integral do imposto no Estado de origem do bem ou serviço e repasse ao Estado de destino;

c) utilização de câmara de compensação, que poderá ser implementada por tipo de bem ou serviço ou por setor de atividade econômica;

VI - não poderá ser objeto de isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia, remissão ou qualquer outro tipo de incentivo ou benefício fiscal ou financeiro vinculado ao imposto, exceto em relação aos seguintes produtos ou serviços:

- a) alimentos, inclusive os destinados ao consumo animal;
- b) medicamentos;
- c) transporte público coletivo de passageiros; e
- d) bens do ativo imobilizado;

VII - lei complementar estabelecerá as matérias da regulamentação única prevista no inciso I deste parágrafo que somente produzirão efeitos após aprovação por resolução do Senado Federal.” (NR)

“Art. 155-A. A regulamentação, a arrecadação, a fiscalização e a cobrança do imposto previsto no art. 155, IV, bem como de outros tributos ou responsabilidades que lhe sejam delegados por lei ou convênio, serão realizadas pelo conjunto das administrações tributárias dos Estados e do Distrito Federal, cabendo à lei complementar:

I - dispor sobre as regras de organização e funcionamento integrado em âmbito nacional das administrações tributárias estaduais e distrital, de modo a garantir sua unidade, indivisibilidade, independência funcional, autonomia administrativa e remuneração do servidor compatível com o cargo, podendo criar agência tributária reguladora ou órgão afim para o desempenho das atribuições mencionadas no caput deste artigo;

II - definir outros tributos que poderão ser arrecadados, fiscalizados ou cobrados nos termos deste artigo, podendo ser delegados por meio de convênio ou lei;

III - fixar parcela da receita dos tributos que arrecadar, fiscalizar e cobrar, destinada a financiar suas atividades;

IV - criar o Conselho Gestor da Administração Tributária Nacional, composto por representantes da administração tributária estadual e da municipal para administrar e coordenar, de modo integrado, as atribuições previstas no presente artigo, cabendo-lhe estabelecer:

- a) a instituição de regulamentações e obrigações acessórias unificadas, em âmbito nacional, e a harmonização e divulgação de interpretações relativas à legislação;
- b) a gestão compartilhada de banco de dados, cadastros, sistemas de contas e informações fiscais referentes aos tributos estaduais e municipais;
- c) a emissão de diretivas gerais para as autoridades tributárias estaduais, distrital e municipal;
- d) a coordenação de fiscalizações integradas em âmbito

nacional, bem como a arrecadação, cobrança e distribuição de recursos aos entes federados;

V - a forma pela qual seus dirigentes serão escolhidos pelos governadores dos Estados e Distrito Federal;

VI - a participação das administrações tributárias municipais.”

“Art. 156.

.....
III - (Revogado.)

.....
§ 3º (Revogado.)

.....
§ 5º Lei complementar estabelecerá, em relação aos impostos previstos neste artigo:

I - alíquotas mínimas;

II - limites para concessão de benefícios fiscais;

III - reajustes mínimos da base de cálculo, em caso de omissão do legislador local em atualizar o valor dos bens sujeitos à tributação.

§ 6º Os impostos previstos neste artigo poderão ser arrecadados, fiscalizados e cobrados pela União, mediante convênio que defina a entrega de parcela do produto da arrecadação destinada a financiar essas atividades e as atribuições que poderão ser compartilhadas com os Municípios.” (NR)

“Seção VI

Da Repartição das Receitas Tributárias

Art. 156-A. Pertencem à União vinte e cinco inteiros e oitenta e oito centésimos por cento do produto da arrecadação do imposto previsto no art. 155, IV.”

“Art. 157.

.....
II - (Revogado.)

III - vinte por cento do produto da arrecadação do imposto previsto no art. 153, VIII.” (NR)

“Art. 158.

.....
III - o produto da arrecadação do imposto do Estado sobre a propriedade de veículos automotores terrestres licenciados em seus territórios;

IV - (Revogado.)

V - vinte e sete inteiros e noventa e quatro centésimos por cento do produto da arrecadação do imposto previsto no art. 155, IV;

VI - o produto da arrecadação do imposto federal sobre transmissão *causa mortis* e doação, de quaisquer bens ou direitos.

Parágrafo único. As parcelas de receita pertencentes aos Municípios, mencionadas no inciso V do *caput* deste artigo, serão creditadas conforme os seguintes critérios:

I - até oitenta e quatro inteiros e vinte e quatro centésimos por cento, na proporção do valor adicionado nas operações com bens e serviços, realizadas em seus territórios;

II - quinze inteiros e setenta e seis centésimos por cento, de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos Territórios, lei federal.” (NR)

“Art. 159.....

I - do produto da arrecadação do imposto previsto no art. 153, III, e do imposto ou contribuição social que instituir no exercício da competência que lhe é atribuída pelos arts. 154, I, e 195, § 4º:

a) vinte e um inteiros e três centésimos por cento ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal;

b) vinte e um inteiros e oitenta e seis centésimos por cento ao Fundo de Participação dos Municípios;

c) dois inteiros e noventa e um centésimos por cento, para aplicação em programas de financiamento ao setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, através de suas instituições financeiras de caráter regional, de acordo com os planos regionais de desenvolvimento, ficando assegurada ao semiárido do Nordeste a metade dos recursos destinados à Região, na forma que a lei estabelecer;

d) noventa e sete centésimos por cento ao Fundo de Participação dos Municípios, que será entregue no primeiro decêndio do mês de julho de cada ano;

e) noventa e sete centésimos por cento ao Fundo de Participação dos Municípios, que será entregue no primeiro decêndio do mês de dezembro de cada ano;

f) um inteiro e trinta e cinco centésimos por cento aos Estados e ao Distrito Federal, proporcionalmente ao valor das

respectivas exportações de produtos industrializados;

II - (Revogado.)

III - (Revogado.)

.....

..

§ 2º A nenhuma unidade federada poderá ser destinada parcela superior a vinte por cento do montante a que se refere o inciso I, 'f', do caput deste artigo, devendo o eventual excedente ser distribuído entre os demais participantes, mantido, em relação a esses, o critério de partilha nele estabelecido.

§ 3º Os Estados entregarão aos respectivos Municípios vinte e cinco por cento dos recursos que receberem nos termos do inciso I, 'f', do caput deste artigo, observados os critérios estabelecidos no art. 158, parágrafo único.

§ 4º (Revogado.)" (NR)

"Art. 159-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios constituirão:

I - fundo para reduzir a disparidade da receita per capita entre Estados, com recursos destinados a investimentos em infraestrutura;

II - fundo com os mesmos objetivo e destinação, em relação aos Municípios.

§ 1º Considera-se receita per capita para fins do disposto neste artigo a receita dos impostos próprios arrecadada pelo ente federativo, deduzida das entregas constitucionais transferidas e adicionada das recebidas, e dividida pela população.

§ 2º A lei complementar de que trata o art. 161, II, 'a', 3, poderá prever hipótese de retenção ou redução de valores devidos a ente federativo que não empregue esforço na arrecadação dos impostos próprios, autorizada a exclusão de sua participação no fundo."

"Art. 161.

I - em relação ao art. 158, parágrafo único, I:

definir valor adicionado nas operações com bens e serviços;

b) autorizar a distribuição de até dez por cento dos recursos nele previstos com base na população do Município;

II - estabelecer normas sobre a entrega:

a) dos recursos de que tratam:

1. os arts. 157, III, e 158, VI, aos Estados e aos Municípios, respectivamente;
 2. o art. 159, especialmente sobre os critérios de rateio dos fundos previstos em seu inciso I, objetivando promover o equilíbrio socioeconômico entre Estados e entre Municípios;
 3. o art. 159-A, inclusive os critérios de determinação anual do valor a ser destinado aos fundos e de mensuração da receita per capita;
 - b) entre os Municípios, da receita do imposto de que trata o art. 155, III, sobre veículos automotores aquáticos ou aéreos;
- III - dispor sobre o acompanhamento, pelos beneficiários, do cálculo das quotas e da liberação das participações previstas nos arts. 156-A, 157, 158, 159 e 159-A.

.....”

(NR)

“Art. 177

.....

...

§ 4º (Revogado.)” (NR)

“Art. 195.

I -

.....

.....

...

b) (Revogado.)

c) (Revogado.)

.....

...

IV - (Revogado.)

.....

...

§ 12. (Revogado.)

§ 13. Lei definirá os setores de atividade econômica para os quais a contribuição de que trata o inciso I, 'a', do caput deste artigo poderá ser substituída, total ou parcialmente, por contribuição incidente sobre receita ou faturamento.”

(NR)

“Art. 198.

.....

...

§ 2º

.....
 II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, 'a' e 'f', deduzidas as parcelas que forem transferidas à União e aos respectivos Municípios;

.....”

(NR)

“Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de sete inteiros e setenta e nove centésimos por cento, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

§ 1º A parcela da arrecadação de impostos transferida pela União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, ou pelos Estados e Distrito Federal à União e aos respectivos Municípios, não é considerada, para efeito do cálculo previsto neste artigo, receita do governo que a transferir.

.....

§ 5º A União destinará à educação básica pública, como fonte adicional de financiamento, três inteiros e trinta e sete centésimos por cento da receita resultante de impostos e transferências a que se referem o caput e o § 1º deste artigo.

§ 6º As cotas estaduais e municipais dos recursos de que trata o § 5º deste artigo serão distribuídas proporcionalmente ao número de alunos matriculados na educação básica nas respectivas redes públicas de ensino.”(NR)

“Art. 239. O programa do seguro-desemprego e o abono de que trata o § 3º serão financiados por parcela dos recursos de que trata o art. 156-A, nos termos da lei.

§ 1º (Revogado.)

.....

§ 3º Aos empregados que percebam de empregadores sujeitos aos impostos de que tratam os arts. 153, VIII, ou 155, IV, até dois salários mínimos de remuneração mensal, é assegurado o pagamento de um salário mínimo anual, computado neste valor o rendimento das contas individuais

is, no caso daqueles que já participavam dos programas mencionados no § 2º deste artigo, até a data da promulgação desta Constituição.

.....”

(NR)

Art. 2º O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar com os seguintes artigos alterados ou revogados:

“Art. 60.

.....

...

II - os Fundos referidos no inciso I do caput deste artigo serão constituídos por dezessete inteiros e oitenta e seis centésimos por cento dos recursos a que se referem o inciso IV do caput do art. 155; o inciso III do art. 157; os incisos II, III, V e VI do caput do art. 158; e as alíneas 'a', 'b' e 'f' do inciso I do caput do art. 159, todos da Constituição Federal, e distribuídos entre cada Estado e seus Municípios, proporcionalmente ao número de alunos das diversas etapas e modalidades da educação básica presencial, matriculados nas respectivas redes, nos respectivos âmbitos de atuação prioritária estabelecidos nos §§ 2º e 3º do art. 211 da Constituição Federal.

.....”

(NR)

“Art. 91. (Revogado.)”

Art. 3º Nos cinco primeiros exercícios após o início da vigência desta Emenda Constitucional, o produto da arrecadação dos impostos previstos nos arts. 153, III, VIII e IX, e 155, III e IV, da Constituição Federal, com redação dada por esta Emenda Constitucional, será distribuído entre a União, cada Estado, o Distrito Federal e cada Município de acordo as seguintes regras:

I - a arrecadação dos impostos mencionado no caput será depositada em conta unificada;

II - sua distribuição será realizada automaticamente de acordo com a participação de cada ente federativo na arrecadação, líquida de restituições, dos impostos e contribuições previstos nos arts. 153, III, IV e V; 155, I a III; 156, III; 177, § 4º; 195, I, “b” e “c”, e IV; 212, § 5º; e 239, da Constituição Federal, com redação anterior à dada por esta Emenda

Constitucional;

III - serão subtraídas da arrecadação do ente federativo as entregas realizadas de acordo com os arts. 158, III e IV; e 159; da Constituição Federal, e art. 91 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, todos com redação anterior à dada por esta Emenda Constitucional, e adicionadas à arrecadação do ente federativo que as recebeu;

IV - os cálculos serão feitos com base nas arrecadações e entregas ocorridas no exercício da publicação desta Emenda Constitucional e nos dois anteriores.

§ 1º A partir do décimo quinto exercício após o início da vigência desta Emenda Constitucional, a distribuição do produto da arrecadação dos impostos mencionados no caput deste artigo será realizada de acordo com as alterações estabelecidas por esta Emenda Constitucional, observada a seguinte transição:

I - no sexto exercício após o início da vigência desta Emenda Constitucional, noventa por cento da distribuição será realizada com base nas regras previstas no *caput* deste artigo e dez por cento, com base nas alterações estabelecidas por esta Emenda Constitucional;

II - no sétimo exercício, oitenta por cento e vinte por cento, respectivamente;

III - no oitavo exercício, setenta por cento e trinta por cento, respectivamente;

IV - no nono exercício, sessenta por cento e quarenta por cento, respectivamente;

V - no décimo exercício, cinquenta por cento e cinquenta por cento, respectivamente;

VI - no décimo primeiro exercício, quarenta por cento e sessenta por cento, respectivamente;

VII - no décimo segundo exercício, trinta por cento e setenta por cento, respectivamente;

VIII - no décimo terceiro exercício, vinte por cento e oitenta por cento, respectivamente;

IX - no décimo quarto exercício, dez por cento e noventa por cento, respectivamente.

§ 2º Estabelecida a distribuição a que terão direito a União, cada Estado, o Distrito Federal e cada Município, serão calculadas as parcelas de receitas que no período estiveram vinculadas ao financiamento da seguridade social (art.

195), da educação básica pública (art. 212, § 5º), do programa do seguro-desemprego e abono salarial (art. 239, *caput*) e do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - FUNDEB (art. 60, Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) e garantidas as respectivas destinações nos cinco primeiros exercícios após o início da vigência desta Emenda Constitucional, observada transição análoga à definida no § 1º deste artigo.

§ 3º As aplicações mínimas nas ações e serviços públicos de saúde (art. 198, § 2º) e na manutenção e desenvolvimento do ensino (art. 212, *caput*) serão calculadas conforme o § 2º deste artigo, exceto no caso da União, que observará o disposto no art. 110 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

§ 4º O cálculo de que trata o § 2º deste artigo observará as desvinculações de receitas estabelecidas nos arts. 76 a 76-B do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

§ 5º O Tribunal de Contas da União efetuará o cálculo necessários para a aplicação do disposto deste artigo.

Art. 4º Lei complementar definirá a forma de aproveitamento dos saldos credores acumulados dos impostos e contribuições previstos nos arts. 153, IV; 155, II; 177, § 4º; 195, I, “b”, e IV; e 239, da Constituição Federal, com redação anterior à dada por esta Emenda Constitucional.

Art. 5º Até que produza efeitos a lei complementar a que se refere o art. 161, II, “b”, da Constituição Federal, o produto da arrecadação do imposto de que trata o art. 155, III, sobre veículos automotores aquáticos ou aéreos será distribuído entre os Municípios de forma diretamente proporcional à população.

Art. 6º As Leis complementares de que tratam o art. 155-A da Constituição Federal deverão ser apresentadas no prazo máximo de cento e oitenta dias, contados da data da publicação desta Emenda Constitucional, fixando regras de aproveitamento dos atuais titulares de cargos das administrações tributárias dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para atuar em âmbito nacional.

Art. 7º Esta Emenda Constitucional entra em vigor a partir do segundo exercício subsequente ao de sua publicação.

Parágrafo único. As normas regulamentadoras das altera-

ções no Sistema Tributário Nacional promovidas por esta Emenda Constitucional poderão ser editadas a partir da data da sua publicação.

Art. 8º Ficam revogados, a partir do segundo exercício subsequente ao da publicação desta Emenda Constitucional, os seguintes dispositivos:

I - da Constituição Federal: art. 153, IV e V do *caput* e §§ 3º e 5º; art.155, I e II do *caput* e §§ 1º a 5º; art. 156, III do *caput* e § 3º; art. 157, II do *caput*; art. 158, IV do *caput*; art. 159, II e III do *caput* e § 4º; art. 177, § 4º; art. 195, I, “b” e “c”, e IV do *caput* e § 12; art. 239, § 1º;

II - do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: art. 91.

Parágrafo único. Em relação aos tributos a que se referem os dispositivos revogados por este artigo, será observado o seguinte:

I - os impostos e contribuições previstos nos arts. 153, IV e V; 155, II; 156, III; 177, § 4º; 195, I, “b” e IV; 212, § 5º; e 239; com redação anterior à dada por esta Emenda Constitucional, serão exigidos até a produção de efeitos das leis que instituírem os impostos de que tratam os arts. 153, VIII, e 155, IV;

II - a contribuição prevista no art. 195, I, “c”, com redação anterior à dada por esta Emenda Constitucional, será exigida até a produção de efeitos da lei que majorar o imposto de renda da pessoa jurídica para compensar sua extinção;

III - o imposto previsto no art. 155, I, com redação anterior à dada por esta Emenda Constitucional, será cobrado pela União com base nas legislações estaduais até a produção de efeitos da lei que instituir o imposto de que trata o art. 153, IX, observada a entrega do art. 158, VI, que será realizada de acordo com a população do Município até a produção de efeitos da lei complementar de que trata o art. 161, II, “a”, 1.

O PLANETA NÃO PODE ESPERAR: A CONSCIENTIZAÇÃO COLETIVA RESULTARÁ DA DETERMINAÇÃO LEGAL

Liamara Nique Liberman²⁸⁸

A conscientização da população quanto à necessidade de pensarmos e agirmos sustentavelmente é um processo difícil e longo, pois envolve mudanças de hábitos e práticas há muito arraigadas e também alterações na forma de viver, principalmente nas cidades.

Aproximar o conceito de sustentabilidade do dia a dia das cadeias produtivas é fundamental para a sobrevivência do planeta e, como ele não pode esperar por nossa conscientização, achar caminhos é o meio de preservarmos para as gerações futuras.

Uma das maiores cadeias produtivas nas cidades é a construção civil, que consome 75% de todos recursos naturais²⁸⁹, além de gerar 50% dos resíduos sólidos urbanos, em volume²⁹⁰. As construções serão mais ou menos sustentáveis, na medida em que as legislações urbanas incorporem esse conceito e tratem dele não como recomendação, mas como obrigatoriedade legal. Isso significa que, quando no arcabouço legal que rege as normas das cidades, principalmente Plano Diretor e Código de Edificações, existirem obrigações de práticas importantes para a sustentabilidade, as construções, parcelamentos do solo, atividades econômicas e ações do poder público serão concebidas e planejadas a partir dessas determinações, o que resultará em cidades com melhores condições ambientais, sociais e econômicas.

²⁸⁸ Arquiteta da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre.

Correio eletrônico: liamara.nique@pgm.prefpoa.com.br

²⁸⁹ Canadian Green Building Council.

²⁹⁰ ANEPAC 2006 - Associação Nacional das Entidades de Produtores de Agregados para Construção.

Integrar aspectos econômicos, sociais, culturais e ambientais da sociedade com a preocupação principal de preservá-los, para que os limites dos recursos do planeta e as capacidades das gerações futuras não sejam comprometidos, deve ser o compromisso inegociável de toda legislação urbana.

Quatro são os requisitos fundamentais para um empreendimento sustentável:

- Adequação ambiental;
- Viabilidade econômica;
- Justiça social;
- Aceitação cultural.

As legislações urbanas devem estar estruturadas, quanto aos requisitos de sustentabilidade, de forma progressiva, buscando soluções mais relevantes e viáveis para cada situação de empreendimento ou obra pública, de forma a manter a harmonia entre o ambiente natural e construído, desde o empreendimento de impacto pontual ao empreendimento de impacto regional.

As cidades são constituídas por espaços e edificações privados e públicos. A contribuição individual de cada empreendimento, para a sustentabilidade dele próprio, contribuirá de forma direta para o maior grau de sustentabilidade da cidade em que estiver inserido, pois consumirá menos recursos naturais, reduzindo os impactos do espaço urbano sobre os ecossistemas.

Deve ser incorporado também o conceito de ciclo de vida, sendo definidas regras para construção, requalificação e demolição. Essas regras devem detalhar e prever o que pode ser feito em cada fase da obra e da vida útil do empreendimento, permitindo, dessa forma, uma vida sustentável para os mesmos, do nascimento ao túmulo. O retrofit, reformas e adaptações que transformam edificações habitadas em empreendimentos sustentáveis (SINDICATO..., 2016, p. 43), encontram, muitas vezes nas legislações, impedimentos legais, inviabilizando medidas que requalificariam as mesmas para prolongarem sua vida útil, o que, com certeza, ambientalmente é muito mais adequado do que a demolição dessas

mesmas edificações para construção de uma totalmente nova. Portanto a inserção do conceito de ciclo de vida e a previsão legal das várias fases de uma edificação fazem-se necessárias.

As certificações ambientais, com os vários selos existentes (LEED, AQUA-HQE, Selo Casa Azul, etc) consideradas por muitos como um produto a ser vendido, possuem em seus pré-requisitos ações e obrigações que efetivamente tornam as edificações, parcelamentos ou atividades, sustentáveis, podendo ser um guia orientativo para integrarem as legislações urbanas.

Não podendo o poder público obrigar a ter uma certificação específica, pode e deve incorporar esses pré-requisitos nas normas legais, de acordo com a realidade e condições locais de cada cidade, buscando principalmente mecanismos de controle ou incentivo para que cada edificação ou espaço público opere de acordo com as estratégias de sustentabilidade nele implantadas.

A seleção dessas estratégias é muito mais importante se pensarmos em habitações sociais, pois a adoção de várias delas representa uma redução significativa dos custos de operação ao longo da vida útil das mesmas, tais como reaproveitamento de águas, redutores de vazão, energias alternativas, iluminação natural, etc, necessariamente não representando aumento de custos na etapa de construção.

Segundo a ANAB – Associação Nacional de Arquitetura Sustentável, a cada 1 US\$ investido na construção de edifícios sustentáveis, em 20 anos, US\$ 15,00 são retornados, sendo deste total, 74% economizados em saúde e produtividade dos ocupantes, 14% na operação e manutenção da edificação e 11% no consumo energético e hidráulico. Sobre a melhora na qualidade de vida, saúde e produção dos moradores e usuários, segundo dados da ANAB, os ocupantes de escritórios em edifícios verdes são de 2% a 16% mais produtivos, as vendas em locais com ilumi-

nação natural são de até 40% maiores do que nos locais fechados e estudantes de escolas que tem iluminação natural são em média 20% mais rápidos em provas de matemática e 26% em testes de leitura (SINDICATO..., 2016, p. 44).

A incorporação de conceitos de sustentabilidade nas legislações urbanas será um benefício para as gerações atuais e futuras, representando uma ação efetiva na preservação do planeta e ainda propiciando uma redução dos custos operacionais das edificações, das atividades econômicas e dos espaços públicos.

REFERÊNCIAS

SINDICATO DAS INDÚSTRIAS DA CONSTRUÇÃO CIVIL NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Guia da Sustentabilidade na Construção Civil no Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: SINDUSCON-RS, 2016. Disponível em: <http://www.sinduscon-rs.com.br/wp-content/uploads/2013/06/Cartilha_Sustentabilidade_WEB.pdf>. Acesso em: dez. 2017.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI DE PROCESSO ADMINISTRATIVO: LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL N° 790/2016²⁹¹

Maren Guimarães Taborda²⁹²

INTRODUÇÃO

A lei está dividida em duas partes. Na primeira, geral, estão os princípios e regras obrigatórias para todos os processos administrativos. Na segunda parte, a lei trata de processos administrativos específicos de constituição de dívida não tributária. Por essa razão, o projeto de lei foi feito sob a coordenação da Procuradoria-Geral Adjunta para Assuntos Fiscais da PGM. É lei de processo administrativo, mas também é *lei fiscal*, porque diz respeito à constituição de créditos em favor da Fazenda Municipal que não decorrem atuação tributária. O conceito de dívida que está subjacente à lei é bastante amplo, e diz respeito ao cumprimento de obrigações de dar (pagar multa pela prática de ilícito, por exemplo), fazer e não-fazer.

A) PRINCÍPIOS JURÍDICOS ESSENCIAIS À CONCRETIZAÇÃO DA LEI

1. Legalidade

Personificado o Estado, a Administração Pública adquire

²⁹¹ O presente texto foi utilizado nas oficinas sobre a Lei 790/16, organizadas pela Procuradoria-Geral Adjunta para Assuntos Fiscais da PGM e CEDIM – Centro de Estudos de Direito Municipal, que ocorreram na Câmara Municipal de Porto Alegre durante o ano de 2016.

²⁹² Mestre e doutora em Direito Público pela UFRGS. Especialista em Gestão Tributária pela Universidad Castilla-La Mancha. Professora titular de História do Direito (Graduação) e de Direito Constitucional (Programa de Pós-Graduação em Direito) na FMP/RS. Procuradora Municipal de Porto Alegre. Correio eletrônico: tabordamaren@yahoo.com.br

uma estrutura unificada e hierarquizada, em que a competência dos diversos órgãos encontra-se escalonada e encadeada à semelhança de uma pirâmide. Os órgãos administrativos, em razão de sua competência funcional, estão obrigados a aplicar a lei, não podendo agir contra *legem* nem *praeter legem*, mas sempre *secundum legem*, isto é, conforme à lei e nos quadros determinados por sua esfera de aplicação²⁹³. Esse fenômeno, chamado de "submissão da Administração à lei, é, do ponto de vista prático, o traço mais manifesto da noção jurídica de Estado de Direito"²⁹⁴. Essa submissão da Administração realiza-se através do 'princípio da legalidade da Administração' ou da 'Legalidade Administrativa', constituindo a regra fundamental ao exercício da função administrativa.

No Estado 'liberal' de Direito, a atuação da Administração era vista como uma realidade potencialmente agressiva aos direitos subjetivos dos particulares e, por isso, surgiu concepção de que a mesma deve estar totalmente submetida ao regime das leis instituídas pelo Parlamento. Pelo Princípio da Legalidade, que pressupõe a clara distinção entre a lei e sua execução concreta ou particular, a idéia de generalidade da lei - fonte de uma tripla virtualidade no plano do aperfeiçoamento das relações sociais: certeza e previsibilidade, racionalidade e justiça nas limitações indispensáveis na esfera da liberdade e propriedade de cada um - garantindo o governo das leis e não dos homens, chega-se à idéia do caráter soberano da função legislativa, traduzindo-se na subordinação do Executivo e na vinculação do poder judicial aos comandos da lei²⁹⁵.

Não basta, contudo, que os atos da Administração não violem a lei e os direitos subjetivos que ela consagra, mas exige-se que, em certos domínios - liberdade e propriedade - só pudessem ser regulados por lei ou com base em uma lei. Assim, o princípio da 'reserva de lei' (*Vorbehalt des Gesetzes*) surge como

²⁹³ Cf. STASSINOPOULOS, Michel. **Traité des Actes Administratifs**. Atenas: Collection de L'Institut Français d'Athènes, 1954. p. 19.

²⁹⁴ STASSINOPOULOS, op. cit., p. 19.

²⁹⁵ Cf. SÉRVULO CORREIA, José Manuel. **Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos**. Coimbra: Almedina, 1987. p. 24.

um princípio geral de defesa da liberdade e propriedade, vinculando toda a atividade da Administração que se desenvolvesse nessa área (regulamentos ou atos administrativos) a encontrar um fundamento específico num ato legislativo emanado do Parlamento²⁹⁶.

Face às características específicas da monarquia constitucional alemã dos oitocentos, o âmbito da reserva de lei era limitado em duas direções: dizia respeito apenas às intervenções ablativas do Estado no plano das liberdades e da propriedade (*Eingriffsvorbehalt*) e dele estavam subtraídas as chamadas relações especiais de poder (*besondere Gewaltverhältnis*), vistas estas últimas como um espaço de atuação interna do Estado não sujeito à ordenação pelas leis. O princípio da reserva de lei evoluiria para o chamado princípio da reserva total de lei, segundo o qual toda atividade administrativa, independentemente da natureza que revestisse ou da área em que se verificasse, pressupunha a existência de um fundamento legal.

Segundo uma noção restritiva (mínima), o princípio da legalidade “é uma relação de não-contrariedade, de não-incompatibilidade, ou positivamente, de compatibilidade”, afirma Eisenmann²⁹⁷, e isso significa apenas que a Administração está submetida à lei, devendo proceder de forma compatível com o sistema de normas legislativas. Sendo assim, pela primazia da lei, as autoridades administrativas têm a tarefa de executar as leis²⁹⁸. Já de acordo com uma noção mais larga, a relação de legalidade é uma relação de conformidade que tem duas direções: a) formal, em que a emissão do ato desenvolve-se em conformidade com o esquema processual fixado em lei; b) material ou substancial, em que o conteúdo

²⁹⁶ Charles Eisenmann assevera que, embora o Princípio da Legalidade, hoje, tenha concepções mais largas (a Administração deve submeter-se ao Direito, de conjunto), a concepção restritiva, que se funda na noção constitucional de lei é a originária dos juristas e publicistas do séc. XIX, sobretudo franceses e germânicos. Segundo isso, “o princípio da legalidade tem por objeto exclusivamente as relações entre todos os atos administrativos e as leis, a relação entre o corpo inteiro da Administração e o Parlamento-legislador”. Em: EISENMANN, Charles. O Direito Administrativo e o Princípio da Legalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 56, p. 53, abr. 1959.

²⁹⁷ EISENMANN, op. cit., p. 54.

²⁹⁸ Ver MAURER, Harmut. **Elementos de Direito Administrativo Alemão**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2000, p. 45. Tradução das conferências realizadas em Porto Alegre, abril de 2000.

do ato é modelado pela norma. O princípio de conformidade, então, “postula a existência da regulamentação-modêlo como condição necessária para cada ato”²⁹⁹, de modo que a ausência de regulamentação impede a prática do ato. Então, pelo princípio da compatibilidade, a Administração pode fazer tudo o que não seja, de uma forma ou de outra, proibido pela lei; o princípio da conformidade não permitirá que a Administração faça o que não lhe for permitido, de uma forma ou de outra, por essa mesma lei. Contrariedade é o desacordo com o disposto numa norma - plano da emissão ou do conteúdo e, conformidade, a idéia de similitude ou reprodução - como modelo do ato administrativo. A conformidade lógica ou racional é o que importa para a definição da legalidade. As relações de compatibilidade ou conformidade suscitam-se quanto ao modo de produção dos atos e não só quanto ao fundo, sendo, então, requisitos de competência e forma.

Advém daí que as relações entre a lei e o desempenho da função administrativa caracterizam-se pela polivalência, pois a legalidade administrativa pode tanto significar precedência da lei, preferência da lei, compatibilidade ou não-contradição (*Vorrang des Gesetzes*), quanto ser a exigência de que a prática de um ato pela Administração corresponda à sua previsão em lei vigente (princípio da reserva legal ou de conformidade – *Vorbehalt des Gesetzes*). A vinculação da Administração à legalidade, por conseguinte, manifesta-se em dois vetores: a) sua competência funda-se juridicamente em textos legais emanados do Parlamento, e não só nas instruções e comandos do príncipe; b) os direitos dos particulares surgem como limite externo à atividade da Administração e essa atividade está submetida ao controle judicial³⁰⁰. Pela primazia da lei (*Vorrang des Gesetzes*), então, a Administração está vinculada às leis existentes; pela reserva de lei (*Vorbehalt des Gesetzes*), a atuação da Administração deve ter um fundamento e uma autorização legal³⁰¹.

²⁹⁹ EISENMANN, op. cit., p. 56.

³⁰⁰ Cf. MAURER, op. cit., p. 47 e SÉRVULO CORREIA, op. cit., p. 18.

³⁰¹ Cf. MAURER, op. cit., p. 45.

2. Razoabilidade

O juízo de razoabilidade tem três significados distintos, conforme a construção dos tribunais superiores: primeiro, é diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada ou indicando em quais hipóteses o caso individual, em razão de suas especificidades, deixa de enquadrar-se na norma geral. Segundo, razoabilidade é diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com a realidade a qual elas referem-se e, terceiro, razoabilidade pode ser utilizada como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas. No primeiro caso, a razoabilidade serve para demonstrar que a incidência da norma é condição necessária, mas não suficiente para a sua aplicação.

No segundo caso, a razoabilidade exige a harmonização das normas com as suas condições externas de aplicação. Por último, a razoabilidade exige uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona.

3. Imparcialidade

Imparcialidade decorre do princípio da impessoalidade que, vinculando a Administração Pública, deixa-se compreender, segundo Ana Paula Ávila³⁰², como *objetividade* (ou impessoalidade *stricto sensu*) - proibição de tratamento pessoal, de discriminação (favorecimento), com vistas à preservação da igualdade -; como *neutralidade* - proibição de que os seus agentes sobreponham as suas convicções aos interesses que são de todos - e como imparcialidade-. Por esse postulado normativo, que decorre de duas regras essenciais: *nemo iudex in causa propria* e *audiatur et altera pars*³⁰³, fica claro que, tanto na dimensão de

³⁰² ÁVILA, Ana Paula de Oliveira. **O Princípio da Impessoalidade na Administração Pública. Por uma Administração Imparcial.** Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2004. passim.

³⁰³ Proíbe-se, pela primeira regra, o exercício de poderes funcionais por quem tenha interesse pessoal - direto ou indireto - nas questões controversas; pelo segundo, exige-se o contraditório e a participação de todos os interessados na decisão.

impermeabilidade aos interesses exteriores quanto na da necessidade de ponderação de todos os interesses relevantes no contexto decisório, o dever de transparência exterioriza a impessoalidade na atividade administrativa, sendo, pois, o seu pressuposto.

4. Proporcionalidade

Relativamente ao preceito da Proporcionalidade, é um conceito com muitos significados. De acordo com Robert Alexy³⁰⁴, existe uma conexão muito estreita entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade e suas três máximas parciais de adequação (alcançar o resultado esperado), necessidade (aplicação do meio mais benigno) e proporcionalidade em sentido estrito (juízo sobre o equilíbrio do meio em relação ao fim), porque: a) os princípios são mandatos de otimização com respeito a possibilidades fáticas e jurídicas, de modo que a ponderação (proporcionalidade em sentido estrito) é obrigatória quando uma norma fundamental com caráter de princípio entra em colisão com o princípio oposto, isto é, quando a possibilidade jurídica de realização da norma depende do princípio oposto; b) “os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes”³⁰⁵ e daí a sua otimização deve contribuir para alcançar o objetivo perseguido³⁰⁶, e c) a otimização fática deve visar sempre ao meio mais benigno, quer dizer, sempre deve ser considerado se não estão à disposição outros meios convenientes que prejudiquem menos os afetados e a comunidade, segundo a máxima de Pareto³⁰⁷.

³⁰⁴ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 111. Tradução espanhola de Theorie der Grundrechte.

³⁰⁵ ALEXY, op. cit., p. 86.

³⁰⁶ Robert Alexy assim exemplifica a máxima da necessidade: A norma N é promulgada pelo legislador tendo em vista aumentar a segurança do Estado (P1), mas atinge a liberdade de expressão (P2). Se a norma N não é adequada para promover P1 e acarreta perdas para P2, então existe, neste caso, a possibilidade fática de realizar ambos princípios na maior medida possível, declarando inválida a norma N. Em: ALEXY, Robert. *Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional*. In: DERECHO y razón práctica. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. México: Fontamara, 1993. p. 32.

³⁰⁷ Pelo critério de otimização de Vilfredo Pareto, uma situação social será considerada ótima se

Sendo assim, o controle da proporcionalidade abrange quatro planos: a) a determinação do fim a perseguir; b) o juízo sobre a aptidão ou adequação do meio adotado; c) o juízo sobre a indispensabilidade do meio adotado e d) o Proportionalität ou proporcionalidade em sentido estrito.

Humberto Ávila³⁰⁸ assegura ser o dever de proporcionalidade não um 'princípio normativo' ou uma 'norma princípio', porque não é “espécie de norma jurídica que prescreve conteúdos direta ou indiretamente relacionados à conduta humana”, “não entra em conflito com outras normas-princípios, não é concretizado em vários graus ou aplicado mediante regras de prevalência”, mas tão-somente “estabelece uma estrutura formal de aplicação dos princípios envolvidos: o meio escolhido deve ser adequado, necessário e não excessivo”, consistindo em uma regra geral que assegura a realização dos fins estabelecidos pelos princípios. Por essa razão, para o autor, o dever de proporcionalidade “consiste num postulado normativo aplicativo”, isto é, em uma condição de possibilidade de aplicação devida de todo o Direito, já que “instituição simultânea de direitos e garantias individuais e de finalidades públicas e normas de competência, como faz a Constituição de 1988, implica o dever de ponderação, cuja medida só é obtida mediante a obediência à proporcionalidade”. De resto, tem o dever de proporcionalidade a função de estabelecer limites à atividade estatal e “de garantir ao máximo a liberdade dos cidadãos”, de modo que não resulta de um texto específico, mas da estrutura mesma dos princípios, que sempre requerem uma ponderação para sua aplicação. O que a proporcionalidade determina é que “um meio deva ser adequado, necessário – isto é, dentre todos os meios adequados aquele menos restritivo – e não deva ficar sem relação de proporcionalidade relativamente ao fim instituído pela norma³⁰⁹”.

não for possível transferi-la para outra situação onde, no mínimo, um indivíduo experimenta uma melhora e nenhum dos participantes piora. Cf. ALEXI, op. cit., p. 164. Sobre as três máximas da proporcionalidade, ver, também MAURER, op. cit., p. 52.

³⁰⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 215, p.157-179, jan. mar 1999

³⁰⁹ Deduzindo o preceito da proporcionalidade do 'Princípio do Estado de Direito', ver: HECK, Luís

5. Moralidade

Pelo princípio da proteção à confiança, que compõe a moralidade administrativa,³¹⁰ não pode a Administração Pública modificar, em casos concretos, orientações firmadas para fins de sancionar, agravar a situação dos administrados ou denegar-lhes pretensões. Isto é assim porque os valores da lealdade, da honestidade e da moralidade aplicam-se necessariamente às relações entre a Administração e os administrados.

Se a Administração não pode exercer seu poder, de forma a atender a confiança daquele com quem se relaciona, tampouco o administrado pode atuar em observância às exigências éticas. A aplicação do princípio da proteção à confiança, sua absorção por determinada realidade jurídica, permite ao administrado recobrar a certeza (confiança de que não lhe será imposta uma prestação que só superando dificuldades extraordinárias poderá ser cumprida) de que a Administração não adotará uma conduta confusa e equívoca que mais tarde lhe permita tergiversar sobre suas obrigações nem exigir do administrado mais do que seja estritamente necessário para a realização dos fins públicos perseguidos.³¹¹ Daí o referido princípio visar à conservação de estados obtidos e dirigir-se contra modificações jurídicas posteriores.

Assim, pode-se afirmar, em relação à aplicação do princípio, que a Administração Pública e o administrado hão de adotar um comportamento leal em todas as fases de consticstituição das relações até o aperfeiçoamento do ato e das possíveis conformações ao que haja nascido defeituoso. A lealdade

Afonso. **O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais**: contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Alemã. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995. p. 175-186.

³¹⁰ De acordo com José Guilherme Giacomuzzi, o princípio da moralidade abrange três dimensões, a saber: a) a “boa-fé”, que no direito público traduz-se pela tutela da confiança; b) a proibição administrativa (deveres de honestidade e lealdade) e c) a razoabilidade (expectativa de conduta civilizada, do homem comum, da parte do agente público). Ver: GIACOMUZZI, José Guilherme. **A Moralidade Administrativa e a Boa-fé da Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2002.

³¹¹ Cf. GONZALES PEREZ, Jesus. **El principio general de la buena fe en el derecho administrativo**. Civitas: Madrid, 1983. passim.

no comportamento das partes na fase prévia de constituição das relações obriga a uma conduta clara, inequívoca, veraz, pelo que se rechaça qualquer pretensão que se baseie em uma conduta confusa, equívoca e maliciosa. Através do princípio da proteção à confiança, presume-se *ius tantum* que os órgãos administrativos exercerão suas potestades de acordo com o Direito, presunção que não pode ser destruída por simples conjecturas.

Resulta disso que a moralidade - na modalidade proteção à confiança - abrange deveres e formula a exigência de comportamentos justificados por parte da Administração, com várias conseqüências que vão desde a proibição ao *venire contra factum proprium* e a proibição à inação inexplicável e desarrazoada, vinculada ao exercício de direito, que gera legítima confiança da outra parte envolvida, até o dever de sinceridade objetiva e dever de informação, isto é, de não omitir qualquer dado que seja relevante na descrição da questão controversa e/ou que possa auxiliar na sua resolução.³¹²

6. Ampla defesa e contraditório

Dúvida não há no sentido de que as multas administrativas podem ser cobradas via de execução fiscal, eis que constituem créditos de natureza não tributária. Ocorre que *multa* é, tecnicamente, *sanção*, isto é, conseqüência atribuída a determinados atos que a ordem jurídica tem por relevantes, isto é, que são *suporte fático - hipótese de incidência, fato gerador, fattispecie* - de regra jurídica, segundo a terminologia kelseniana e de Pontes de Miranda. As sanções, via de regra, podem ser *negativas* ou *positivas*, isto é, inibem ou premiam comportamentos. Daí que a sanção negativa, com a finalidade de inibir certas condutas, implica a retirada ou limitação de bens que são valiosos para aquele que se conduz contrariamente ao preceito estabelecido no padrão de comportamento (comando da nor-

³¹² Cf. GIACOMUZZI, op. cit., p. 275, aceitando a tese de Egon Bockman Moreira a respeito do *telos* do princípio da moralidade no art. 37 da CF, em: MOREIRA, Egon Bockman. **Processo Administrativo. Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 108-109.

ma). A sanção negativa, mais propriamente denominada *pena*, impõe-se ao sujeito mesmo contra sua vontade afetando sua propriedade e/ou sua liberdade. No caso das execuções forçadas (limitações ao direito de propriedade), temos as chamadas sanções negativas civis. Quando a restrição afeta a liberdade, temos a pena *stricto sensu*. Assim, em última instância e de modo geral, sanções são consequências dos atos ilícitos, criadas pelas regras jurídicas, para os reprovar ou “o dever preestabelecido por uma regra jurídica que o Estado utiliza como instrumento jurídico para impedir ou desestimular, *diretamente*, um ato ou fato que a ordem jurídica *proíbe*”³¹³, porque ao criar uma prestação jurídica, concomitantemente, o legislador cria uma providência ao não-cumprimento do referido dever³¹⁴.

Daí que, sendo a relação jurídica sancionatória àquele vínculo entre o autor da conduta ilícita e o titular do direito violado, no caso de penalidades pecuniárias ou multas administrativas e fiscais, o liame é obrigacional, uma vez que tem substrato econômico, e daí o pagamento da quantia estabelecida é promovido a título de sanção. Tratando-se de outro tipo de sanção, modifica-se apenas o objeto da prestação, que pode ser um fazer ou um não-fazer. As hipóteses em discussão no expediente são de sanções pecuniárias a ilícitos administrativos.

A cláusula do *devido processo jurídico* configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade e propriedade quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito à defesa técnica, publicidade do processo, à citação, à produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal). No âmbito material, a cláusula do *due process of law* confunde-se com a regra da legalidade e determina que ninguém será atingido

³¹³ BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 1963. p. 556.

³¹⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 342.

em sua *liberdade* (legalidade penal) e em sua *propriedade* (legalidade tributária e administrativa) sem que exista *uma lei autorizadora*. Assim, em que pese o legislador constituinte ter estabelecido uma espécie de “tautologia” (porque o preceito do *due process of law* tem, no âmbito do *common law*, o mesmo sentido e valor da regra da legalidade no âmbito do sistema de direito romano-germânico ou *civil law*) é preciso esclarecer que, nos termos da lei de processo administrativo em vigor, assegura-se o devido processo formal, isto é, o direito de defesa e de ampla produção de prova; direito de participar do processo daqueles que vão ser afetados pelas decisões administrativas.

7. Eficiência

A eficiência é realização eficaz de fins pré-dados, modo de realização ótima dos fins (noção formal que se traduz em uma relação meios-fins) e exigência de celeridade. A Constituição de 1998, antes da Emenda 19/98, já consagrava a exigência de eficiência para a Administração Pública, como no caso do art. 74, inciso II e § 7º, que determina aos Poderes Públicos a obrigatoriedade de manter, de forma integrada, um sistema de controle interno com a finalidade de “comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e *eficiência*, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial de seus órgãos” e a necessidade de lei para disciplinar “a organização e funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a *eficiência* de suas atividades”. A Emenda Constitucional nº 42/03 introduziu, a seu turno, novas disposições de conteúdo para a exigência de eficiência da Administração Tributária, ao determinar que as administrações tributárias da União, Estados, do Distrito Federal e dos Municípios “atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e informações fiscais, na forma de lei ou de convênio” (inciso XXII do art. 37), além de dispor que compete prioritariamente ao Senado Federal a avaliação periódica da funcionalidade do “Sistema Tributário Nacional, em sua estrutura e

componentes, e o desempenho das administrações tributárias da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios" (art. 52, inciso XV).

Historicamente essa disposição pode remontar à Constituição Italiana, de 1948, que, de forma pioneira, introduziu em seu texto a garantia do bom andamento da Administração, "com vistas à efetiva realização do conceito *de buona amministrazione*", que, aperfeiçoado pela Constituição Espanhola e inscrito na Constituição Brasileira em 1998, ganhou o nome de eficiência.³¹⁵

Quando a Constituição da República fala em "Princípio da Eficiência", segundo o STJ, refere-se ao fato de que "a atividade administrativa deva orientar-se para alcançar resultado de interesse público" (STJ – 6a. T – RMS nº 5.590/95). A doutrina brasileira, ao discutir o conteúdo do referido princípio, substanciou duas posições. A primeira é a de que a eficiência é nada mais do que manter de forma integrada sistema de controle interno com a finalidade de comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial dos órgãos da administração em geral (aí incluídos os do Poder Judiciário, do Legislativo e das entidades públicas). Significa dizer que nem precisaria estar explícito na Constituição porque a eficiência não é um princípio, mas uma finalidade da Administração. Nesse sentido, todos os princípios que regem a atividade da Administração devem ser conjugados com o da boa administração (eficiência) que exige o exercício da função administrativa de forma eficiente e congruente. Daí que, segundo essa corrente, o princípio da eficiência só veio a explicitar o que sempre foi finalidade da Administração: garantir qualidade na atividade pública e na prestação dos serviços.

A segunda corrente reconhece a eficiência como "princípio" autônomo, cujo conteúdo é o de que o administrador deve laborar para produzir o efeito desejado, isto é, aquele que dá

³¹⁵ Cf. MOREIRA NETO, Diogo F. Em: ÁVILA, Humberto (org.) **Fundamentos do Direito do Estado:** estudos em homenagem ao Prof. Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p 101-102.

bom resultado, exercendo sua atividade sob o manto da igualdade, velando pela objetividade e imparcialidade. Se é assim, o referido princípio impõe à Administração a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção de critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar desperdícios e garantir a maior rentabilidade social. Assim, o princípio da eficiência dirige-se para a razão maior e fim do Estado, a prestação dos serviços sociais essenciais à população, visando a adoção de todos os meios legais e morais possíveis para a satisfação do bem comum. A consequência disso é que a eficiência “se soma aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente o da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança e ao próprio Estado de Direito.”³¹⁶

A posição doutrinária mais forte é a segunda, que entende ser a eficiência um princípio autônomo, que se estrutura como um dever da Administração, qual seja, aquele dever que estrutura “o modo como a Administração deve atingir seus fins e qual deve ser a intensidade da relação entre as medidas que ela adota e os fins que ela persegue.”³¹⁷

Mas isso, por si só, não diz muito a respeito do conteúdo da eficiência, porque nem sempre, por exemplo, cabe escolher, dentre as várias alternativas possíveis, a menos dispendiosa: o que a eficiência determina é que opção menos custosa deva ser adotada somente se as vantagens proporcionadas por outras opções *não superarem* o benefício financeiro. Dito de outro modo, a Administração tem o dever de escolher o meio mais econômico somente se restarem inalteradas a restrição dos direitos dos administrados e o grau de realização dos fins administrativos, mas esse é o primeiro aspecto da eficiência. O segundo diz respeito ao dever de promover o fim de modo

³¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvania. **Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 73-74.

³¹⁷ ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 428.

satisfatório: mais do que adequação, a eficiência da Administração diz respeito à promoção, de forma satisfatória, dos fins em termos quantitativos, qualitativos e probabilísticos³¹⁸. Advém daí que escolher um meio para promover um fim, mas promover esse fim “de modo insignificante, com muitos efeitos negativos paralelos ou com pouca certeza, é violar o dever de eficiência administrativa”, diz Humberto Ávila³¹⁹ e, por isso, se pode compreender por eficiência administrativa pela exigência de promover satisfatoriamente os fins, considerando “promoção satisfatória” aquela minimamente intensa e certa do fim.

8. Publicidade

Na discussão em torno dos vários sentidos do princípio da publicidade, o mais imediato sentido é o de que este é, primeiramente, um preceito que tende a preservar a *res publica*, isto é, a comunidade política no sentido que Kant lhe dá³²⁰, porque esta, sendo regida por leis, unida aos conceitos de “democracia” e de “governo não despótico” é o fundamento do Estado de Direito. “O problema do estabelecimento do Estado [...] formula-se assim: Ordenar uma multidão de seres racionais que, para a sua conservação, exigem conjuntamente leis universais, das quais, porém, cada um é inclinado no seu interior a eximir-se, bem como estabelecer uma constituição de um modo tal que estes, embora opondo-se uns aos outros nas suas disposições privadas, contêm-se, no entanto, reciprocamente, de maneira que o resultado da sua conduta pública é o

³¹⁸ “Em termos quantitativos, um meio pode promover menos, igualmente ou mais o fim do que outro meio. Em termos qualitativos, um meio pode promover pior, igualmente ou melhor o fim que outro meio. Em termos probabilísticos, um meio pode promover com menos, igual ou mais certeza o fim do que outro meio”, assevera Humberto Ávila, em: ÁVILA, 2004, op. cit., p. 428.

³¹⁹ ÁVILA, 2004, op. cit., p. 430.

³²⁰ Kant, tanto na **Metafísica dos Costumes**, quanto na **Paz Perpétua**, defende que a constituição civil, em cada Estado “deve ser republicana” e enfatiza a diferença entre *res publica* e democracia. A democracia é uma das formas da soberania (modo de governar o povo) e a república, a forma do regime que se refere ao modo como o Estado faz uso de seu poder.). Em: KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua e outros opúsculos**. Tradução portuguesa de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2004. p. 130-132. Tradução de: Zum Ewigen Frieden, ein Philosophischer Entwurf, etc.

_____. **La Metafísica de las Costumbres**. Tradução de Adela Cortina Orts e Jesus Conill Sancho. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1999. Tradução espanhola de: Metaphysik des Sitten.

mesmo que se não tivessem essas disposições más". Com estas palavras, Kant, na modernidade, sustentou a harmonia entre política e moral e a necessidade de visibilidade do poder ou de seu "exercício público".³²¹ Mais do que isso, se todo ato político tem que tolerar um controle por parte do público, por cuja aprovação pode alcançar a legitimidade moral e a legalidade jurídica, então a publicidade dos atos políticos converte-se em condição indispensável para a legitimação moral da política e para a democracia, a partir da unidade de interesse entre governantes e governados³²².

De fato, na tradição política do Ocidente, desde o princípio, estão articulados os conceitos de democracia, publicidade, igualdade e racionalidade, de modo que não se pode dizer democrático um regime no qual não existam a visibilidade e o controle do poder, em outras palavras, *publicidade*. Esse é o primeiro significado que a expressão 'publicidade' assume nos ordenamentos jurídicos do Ocidente, qual seja, o de ser uma mediação entre política e a moral que impõe um dever aos poderes públicos, o de agir de forma transparente. Nessa acepção, o princípio da publicidade decorre imediatamente do princípio democrático e do princípio republicano.

A publicidade como transparência é elemento essencial do Estado de Direito no sentido de que indica um dever para a Administração e os poderes públicos em geral, qual seja, o de agir sempre de forma visível, favorecendo o controle dos cidadãos seja para garantir os seus direitos fundamentais, seja para exigir a tutela pessoal dos interesses públicos. É um lugar comum nos discursos sobre a democracia que ela é "go-

³²¹ KANT, 2004, op. cit., p. 147. De acordo com Hannah Arendt, o que Kant disse é que o homem mau é aquele que abre exceção para si, de modo que, em política, diferentemente da moral, tudo depende da conduta pública. "Por que nenhum soberano jamais ousou declarar que não reconhece absolutamente nenhum direito do povo que a ele se opõe? A razão é que tal declaração pública levantaria todos os súditos contra ele [...]." Ver, para isso: ARENDT, Hannah. **Lições sobre a Filosofia Política de Kant**. 2. ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1993. p. 22.

³²² HABERMAS, J. **Mudança Estrutural da Esfera Pública**. Tradução de Flávio Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. p. 128. Tradução brasileira de: Strukturwandel des Öffentlichen. Ver, também: PUBLICIDADE. In: CAYGILL, Howard. **Dicionário Kant**. Tradução de Álvaro Cabral e revisão técnica de Valério Rohden. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000. p. 268. Tradução brasileira de: A Kant Dictionary.

verno do poder visível”, ou “o governo do poder público em público”³²³, mas, como já se disse, foi com o Iluminismo, mais precisamente, com Kant, que se tornou inquestionável que a visibilidade do poder não é só uma questão política, mas também uma questão moral, decorrente do conceito transcendental do direito público: “Todas as ações relativas aos direitos dos outros homens, cuja máxima não é suscetível de se tornar pública, são injustas”.³²⁴

A articulação da moral com a política dá-se porque, se no 'direito público' pode-se prescindir de toda a matéria (as diferentes relações empíricas dos homens no Estado ou dos Estados entre si), resta ainda *a forma da publicidade* “cuja possibilidade está contida em toda a pretensão jurídica, porque sem ela não haveria justiça alguma (que só pode pensar-se como publicamente manifesta), por conseguinte, também não haveria nenhum direito, que só se outorga a partir da justiça”.³²⁵ Decorre daí que, para Kant, o princípio da publicidade não é apenas ético (pertence à doutrina da virtude) como também jurídico (concerne ao direito dos homens).

Conforme Humberto Ávila,³²⁶ um postulado normativo aplicativo apenas estabelece uma estrutura formal de aplicação dos princípios envolvidos, consistindo em uma regra geral que assegura a realização dos fins estabelecidos pelos princípios. Com isso, pode-se falar em dever de transparência, para indicar a exigência de desnudamento da Administração, que não resulta de um texto específico, mas da finalidade de proteger os direitos e garantias fundamentais e tutelar impessoalmente os interesses públicos. O que a transparência determina é que todos os atos políticos sejam praticados à luz do dia, para facilitar o seu controle.

Se a razão de ser da Administração é toda externa - tudo o que ela faz tem uma direção exterior - falta-lhe uma razão de

³²³ BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**: uma defesa das regras do jogo. 2. ed. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1986. p. 83.

³²⁴ KANT, 2004, op. cit., p. 165.

³²⁵ KANT, 2004, op. cit., p. 164.

³²⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros, 2012. passim.

ser independente das normas. Como ela jamais é portadora de interesses, poderes ou direitos pessoais seus, surge o dever de absoluta transparência, e a consequência disso é que o povo - titular do poder - “tem direito de conhecer tudo o que concerne à Administração, de controlar passo a passo o exercício do poder”, afirma Sunfeld.³²⁷ Com isso, pode-se afirmar que a publicidade como transparência é um dever, qual seja, aquele de “franquear-se ao conhecimento público, de desnudar-se, mesmo que não esteja em pauta o problema da notificação de seus atos”. Assim, a publicidade assume a feição de um postulado normativo - condição de possibilidade do conhecimento do fenômeno jurídico -, de uma exigência para a aferição do respeito que a Administração deve ter pelas normas jurídicas. Daí afirmar-se o seu aspecto instrumental: ela é meio para que se atinjam os fins previstos em outras normas (regras ou princípios), quais sejam a proteção dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos e a tutela impessoal dos interesses públicos.

A publicidade, pois, entendida como “dever de transparência” qualifica o movimento de abertura da Administração para o exterior, superando, progressivamente, a tradição do segredo administrativo – *arcana imperii*.³²⁸ A ideia de publicidade como “transparência”, por corresponder a uma pressão aumentada em relação à Administração, é larga e exigente: os cidadãos modernos não obedecem sem conhecer e obedecem com a única condição de consentirem. A partir do momento em que a Administração interfere nos detalhes da vida cotidiana, multiplicam-se as interdições e as regulamentações minuciosas, de modo que os administradores começam a sentir falta de outra coisa mais do que a crença na infalibilidade da sanção ou o respeito pela autoridade suprema, para que as regras sejam obedecidas: a Administração passa,

³²⁷ SUNFELD, Carlos Ari. Princípio da Publicidade Administrativa (Direito de Certidão, Vista e Intimação). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 199, p. 98, jan. 1995.

³²⁸ Cf. DEBBASCH, Charles. Introduction. In: DEBBASCH, Charles. **La Transparence Administrative en Europe**: actes du colloque tenu à Aix en octobre 1989. Paris: Centre National de la Recherche Scientifique, 1990, p. 11.

então, a ter que obter a adesão à regra, e isso se faz com um apelo à inteligência e à razão dos cidadãos.³²⁹ A essa idéia de consentimento junta-se o princípio do conhecimento, não se aceitando um governo sem conhecê-lo, e por isso mesmo, o conhecimento pressupõe a publicidade. Por essa razão, a publicidade recebe o tratamento de “transparência” na doutrina estrangeira.³³⁰

Feitas essas considerações, pode-se afirmar que o princípio de publicidade como dever de transparência, inscrito na Constituição no *caput* do art. 37, é decorrência direta do princípio democrático, convertido em “fator de legitimação material das decisões e atos governamentais”, como afirmou o Ministro Celso de Mello, em voto vencido na ADIn 2.461.³³¹ Segundo o julgador, quando a Assembléia Nacional Constituinte “repudiou o compromisso do Estado com o mistério e o sigilo” dessacralizou o segredo e banuiu a possibilidade de exercício de um poder não consentido. No dever de transparência, o princípio democrático encontrou, assim, um “de seus mais expressivos valores éticos-jurídicos”. Com isso, chega-se à seguinte conclusão: a “regra”, na democracia, é a *publicidade*, e o segredo, a *exceção*.

Na discussão sobre as exceções ao postulado da publicidade, ressaltam aquelas decisões do poder que, se publicizadas, podem ameaçar a segurança e a existência mesma da *res publica*: é o caso dos chamados *arcana imperii*, que têm o objetivo de conservar o Estado e a forma de governo existente. Assim, no

³²⁹ Cf. RIVERO, Jean. Rapport de Synthèse. In: DEBBASCH, op. cit., p. 308, p. 311.

³³⁰ Afirma Debbasch que o princípio da transparência (publicidade) irradia-se no conjunto da vida social contemporânea sendo, por exemplo, um dos direitos essenciais dos trabalhadores nas empresas o de serem informados a respeito da situação econômica da empresa e sobre o conjunto das decisões dos dirigentes. Da mesma forma, a reivindicação de transparência difunde-se no conjunto da vida política *stricto sensu*, basta ver as regulações de eleições e do funcionamento dos partidos políticos. “A passagem de uma administração de comando a uma administração de concertação se faz pela intermediação obrigatória da transparência.” E mais: a ultrapassagem do segredo – regra de ouro do Poder Executivo até um período recente – para a transparência só pode ser explicada pela transformação da atividade da Administração, que se estende e penetra a vida cotidiana, dessacralizando o Poder Executivo, de modo que é em domínios novos – urbanismo, proteção do desenvolvimento – que reside o centro dos esforços de transparência. Cf. DEBBASCH, op. cit., p. 12. e RIVERO, op. cit., p. 308, p. 311.

³³¹ Decisão do plenário do MI 284 - DF, encontra-se, na íntegra, na RTJ 128/712/732; a da ADIN 2.461-2 - RJ, de 12/05/3005, no ementário eletrônico do STF, disponível em: <www.stf.gov.br/juriprudência>. Acesso em: 24 nov. 2005.

Brasil, por exemplo, é a própria Constituição que estabelece o dever de sigredo em muitas circunstâncias, tais como aquelas que servem para proteger a intimidade das pessoas (âmbito da *privacy*), resguardar o sigilo da fonte quando este é necessário ao exercício profissional. Os parâmetros básicos estão dados pelo inciso LX do art. 5º: *mesmo a lei só pode restringir a publicidade dos atos processuais, por exemplo, quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem*. Assim é que, na defesa do Estado e das instituições democráticas, isto é, se o sigilo for indispensável ao exercício da atividade pública (como nos casos de investigações policiais, das propostas em licitações antes de sua abertura e das plantas de presídios), ou para proteger a privacidade individual do cidadão, será permitido. Por vezes, a legislação ordinária estabelece a necessidade de sigilo, como se vê na legislação tributária, que obriga os servidores da Administração Fazendária a não divulgar dados a que tenham acesso em razão de suas funções (art. 198 do CTN).

O princípio da publicidade também assume o significado de “direito de acesso” e, como tal, se deixa descrever como um direito fundamental do cidadão e um dever da Administração. Os direitos fundamentais constituem direitos subjetivos, entendidos como posições ou situações jurídicas fundamentais.³³²

³³² Segundo Jellineck, as pretensões jurídicas que resultam do reconhecimento dos súditos como sujeitos de direito capazes de reclamar uma tutela efetiva, são o que se designa por “direitos subjetivos públicos” e, sob essa expressão compreendem-se quatro relações possíveis entre o Estado e os administrados: *status subjectionis* (*status* passivo, de subordinação ou ausência de personalidade); *status libertatis* (*status* negativo, em que o indivíduo é titular de uma margem de liberdade individual, à margem da intervenção estatal); *status civitatis* (*status* positivo, em que o indivíduo tem direito a prestações) e *status activae civitatis* (situação em que o indivíduo é sujeito do poder político, tendo o direito de participar do poder). Alexy, ao discutir as críticas à teoria de Jellineck, refere que se formulam objeções quanto ao seu caráter demasiadamente formalista: Hesse, por exemplo, objeta que essa teoria não considera a pessoa em sua realidade vital concreta, e, se as normas de direito fundamental contêm uma outorga e um fundamento concretos, a tese de Jellineck deveria ser substituída por um *status jurídico-constitucional do particular*, “fundamentado e garantido pelos direitos fundamentais da Lei Fundamental”, isto é, um “*status* jurídico material”, cujo conteúdo não está ilimitadamente disponível nem para o particular nem para os poderes estatais. Alexy ainda argumenta ser a teoria de Jellineck um paradigma que não pode ser desprezado, não só porque essa teoria tem uma enorme importância histórica e é um exemplo de uma excelente conceituação e teorização jurídicas, mas principalmente porque contém partes essenciais que se contam entre os conhecimentos seguros no âmbito dos direitos fundamentais, “algo que ya significa mucho en un campo tan controvertido”. Considera, então, válida a teoria de Jellineck no que diz respeito à classificação dos direitos fundamentais. Ver:

JELLINECK, Georg. **Diritti Pubblici Subbiettivi**. Tradução italiana da 2. ed. alemã, por Gaetano Vitagliano. Milano: Società Editrice Libreria, 1912. passim.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998. p. 230. ALEXY, 1997, op. cit., p. 247.

Relativamente ao âmbito de proteção e suposto de fato do direito fundamental à informação (aquilo que é protegido sem qualquer consideração a restrições), estão a liberdade de o cidadão informar-se e todas as formas de ação que atingem este fim. Protege-se a liberdade de informação porque esta é o pressuposto da publicidade democrática. Com isso, o direito à informação tem um alcance duplo, pois, tanto é direito subjetivo no sentido de direito de defesa e de cooperação política (participação) como também é prescrição de competência negativa e elemento constitutivo da ordem democrática, na medida em que, sem liberdade de manifestação e de informação, não pode existir uma “opinião pública livre e bem informada ao máximo” e, por conseguinte, não pode existir “Estado Democrático de Direito”.³³³

Que o direito de acesso (direito à informação sobre a atividade dos poderes públicos) esteja estreitamente vinculado aos princípios constitucionais da soberania popular e da democracia é tão evidente que, na última metade do séc. XX, quando se começou a falar em participação, iniciou-se concomitantemente uma ampla reflexão a respeito da necessidade de “transparência” (publicidade) nos Estados ocidentais. Esse movimento, aliás, é considerado uma espécie de “revolução copernicana”, que pôs em primeiro plano os direitos do cidadão e passou a repensar e reorganizar a Administração como estando a seu serviço, no sentido de que esta opera para tornar efetivo os direitos reconhecidos nas Constituições e nas leis de modo geral. No particular, o princípio do “segredo de Estado” foi substituído por aquele que lhe é diametralmente oposto, qual seja o da mais ampla publicidade.

Isso posto, tem-se que o direito de acesso é direito subjetivo público de dupla face, pois, além de ter uma função participativa (constitui a exteriorização do princípio democrático), representa uma concreta modalidade de exercício do direito à informação. Através dele, a “democratização” da Administração pode passar da genérica afirmação de princípio para uma

³³³ Cf. HECK, op. cit., p. 250 e HESSE, op. cit., p. 305.

concreta *praxis* aplicativa, porque, enquanto direito à informação sobre o desenvolvimento da atividade administrativa é exercitável, seja na via instrumental (acesso ao procedimento administrativo), seja na via autônoma (extraprocedimental). Daí ser o direito subjetivo público de acesso, de um lado, direito do cidadão a ser informado e, de outro, dever da Administração ante a exigência de eficiência, moralidade e imparcialidade.

Os direitos fundamentais submetem-se a um regime geral, aplicável a todos os direitos fundamentais, quer sejam direitos, liberdades ou garantias, e a um regime específico dos direitos, liberdades e garantias. No primeiro caso, o regime está constituído pelo princípio da universalidade - os direitos fundamentais são “de todos”, são direitos humanos, embora se possa estabelecer reserva de direitos para os “cidadãos” - e pelo princípio da igualdade na aplicação e na criação do direito - igualdade formal e material - e pelo princípio do amplo acesso à Justiça. Já no que diz respeito ao regime específico, os direitos fundamentais vinculam entes públicos e privados, têm um âmbito de proteção delimitado e podem sofrer restrições. Exige-se reserva de lei e autorização constitucional expressa para a restrição. As leis restritivas devem observar o preceito da proporcionalidade e ter os atributos da generalidade e da abstração, além de não poderem ser retroativas. Salvaguarda-se o seu núcleo essencial e limita-se a possibilidade de suspensão, nos casos de estado de sítio e de emergência.³³⁴

Dado que os direitos fundamentais têm determinados conteúdos que, por vezes, entram em conflito com outros bens³³⁵ ou direitos constitucionalmente protegidos, impõe-se a observância do postulado da proporcionalidade em sentido estrito - ponderação - para o fim de obter-se a concordância prática entre eles. Por isso, muitas vezes, os direitos funda-

³³⁴ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993. p. 577-578.

HESSE, op. cit., p. 302 e ss.

³³⁵ Liberdades, situações, posições de direito ordinário.

mentais sofrem restrições, isto é, o seu âmbito de proteção pode ser efetivamente limitado. Nesses casos, restringe-se não só o bem protegido pela norma de direito fundamental, senão também um direito *prima facie* garantido.

As restrições só se podem dar por reserva de lei, isto é, são diretamente constitucionais, ou pela Constituição autorizadas, por meio de cláusulas explícitas de reserva. De qualquer modo, garante-se o conteúdo essencial do direito restringido, de modo que um direito fundamental não pode ser reduzido, a ponto de perder toda a sua importância para a vida social, existindo um núcleo que, em nenhum caso pode ser afetado. Nos termos da teoria subjetiva das restrições, esse núcleo essencial é o que remanesce após a ponderação. Assim, um direito fundamental pode ser restringido, limitado, por outro direito fundamental ao qual se dá um peso maior.³³⁶ Esse é exatamente o caso do direito de acesso, pois ele não é um direito absoluto: as Constituições que o prevêm, via de regra, a ele impõem, direta ou indiretamente (pela cláusula de reserva explícita) restrições de várias ordens.

As limitações ao direito de acesso são as indicadas expressamente pela Constituição e pelas leis, ou aquelas remetidas à discricionariedade da Administração. Ressaltam inicialmente os casos de “exclusão obrigatória”, quais sejam, aqueles em que estão em jogo a segurança e a privacidade. Daí os documentos considerados “de segredo de Estado” não serem acessíveis ao cidadão, bem como aqueles que dizem respeito aos procedimentos tributários, à planificação e programação da atividade administrativa e aos processos seletivos na parte em que estes contêm informações de caráter íntimo relativas a terceiros.

Assim, a Administração pode negar acesso a documentos quando o seu conhecimento possa afetar a segurança nacional, o exercício da soberania, as relações internacionais e a tutela da ordem pública (prevenção e repressão da criminalidade). Por isso, o princípio da publicidade cede ou fica circuns-

³³⁶ Cf. ALEXY, 1997, op. cit., p. 272.

crito, no plano objetivo e temporal, à exigência de salvaguardar a integridade do Estado democrático. Da mesma forma, se o conhecimento dos documentos prejudicar a política monetária e financeira, poderá ser negado, como também será negado o acesso a atos e documentos que afetem a vida privada, ou a privacidade, como em certos casos de instrução penal e dos processos judiciais que tramitam em “segredo de justiça”. Outras limitações podem ser citadas a título de exemplo, como aquelas relativas a segredos militares, científicos ou industriais, segredo profissional, etc., mas a mais relevante delas é, sem dúvida, a que diz respeito ao âmbito da garantia da privacidade (*privacy*).

A privacidade (*privacy*)³³⁷ é um direito decorrente da afirmação da dignidade humana, e o seu conteúdo é largamente indeterminado, como no caso de “vida privada e família”, de modo que dele podem ser deduzidas conseqüências opostas. No catálogo dos direitos e liberdades fundamentais, o respeito à vida privada é um dos mais desconcertantes, tanto pelo seu aspecto de nebulosa indistinção quanto pela extraordinária confusão de fontes (fatos sociais juridicizáveis). Como se distingue a “vida privada” de outros atributos, direitos, bens da

³³⁷Para o tema “privacidade”, ver, em especial:

BAGOLINI, Luigi. Il fondamento dei diritti umani. **Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto**, Milano, v. 64, n.1, p. 3-11, gen. 1991.

BARBOSA, Sílvio Henrique Vieira. Informação x Privacidade: o dano moral resultante do abuso da liberdade de imprensa. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, n. 73, p. 70-71, 1995.

FERRARI, Janice Helena. **Direito à Própria Imagem**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, n. 4, p. 4-6, 1993.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Sigilo de Dados: o direito à privacidade e os limites da função fiscalizadora do Estado. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, n. 19, p. 77-90, out. 1992.

HABA, Enrique P. Droits de l'homme, libertés individuelles et rationalité juridique (Quelques remarques méthodologiques). **Archives de Philosophie du Droit**, Paris, tome 25, p. 225-344, 1980.

FONSECA, Antonio Cezar Lima. Anotações aos Direitos da Personalidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 715, p. 36-55, maio 1995.

MARTINS-COSTA, Judith; CUNHA, Alexandre dos Santos. **A Reconstrução do Direito Privado: reflexões dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MEULDERS-KLEIN, Marie-Thérèse. Vie privée, vie familiale et droits de l'homme. **Revue Internationale de Droit Comparé**, Paris, n.4, p.767-794, 1992.

MIRANDA, Rosângelo R. Tutela Constitucional do Direito à proteção da própria vida privada. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, n. 13, p. 158-186, 1995.

personalidade, se todos esses bens - de natureza jurídica incerta - são eles mesmos parte da esfera privada de cada indivíduo?

A resposta não é simples e requer, primeiramente, que se determine a noção do que seja a vida privada. A proteção da vida privada inclui a de proteção à pessoa em todas as suas dimensões: vida e integridade física e moral, bem como identidade, honra, nome, imagem, domicílio, correspondência, fatos relativos à vida íntima, relações familiares e afetivas, mais liberdade de pensamento, de consciência, expressão, reunião.³³⁸ Historicamente a proteção à vida privada e outros atributos da personalidade, ligados à pessoa humana, gozaram tradicionalmente de um regime particular, formando um entrelaçamento entre direito público e direito privado, mas a originalidade do *Right of Privacy*, criado pela Suprema Corte Norte-Americana como emanação direta do *Bill of rights*, reside no fato de erigir a pessoa em mestre absoluto de si mesmo, fazendo prevalecer este princípio sobre toda e qualquer outra consideração. Nessa construção, o indivíduo é o epicentro, de modo que a privacidade passa a ser considerada a liberdade por excelência.³³⁹

³³⁸ Conforme o art. 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, *verbis*: "Ninguém será sujeito a interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra ou reputação. Todo homem tem direito à proteção de lei contra tais interferências e ataques." Em: COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 233-234.

³³⁹ A doutrina do *right of privacy* surgiu no caso *Griswold*, em que os julgadores, *Warren e Brandeis* apresentaram um trabalho intitulado *right of privacy*. O juiz *Cooley* disse ser próprio da privacidade direito de ser deixado tranqüilo e de não ser arrastado à publicidade. Ver, por todos: RIGAUX, François. La liberté de la vie privée. **Revue Internationale de Droit Comparé**, v. 43, n. 3, p. 540-563, jul. set. 1991. O caso: *Griswold v. Connecticut / 381 U.S. 479 (1965)* / Discutido em 29 de março de 1965 e decidido em 7 de junho de 1965. *Objeto*: Poder Judicial. Processo por danos pessoais. *Fatos do caso*: *Griswold* era a Diretora-Executiva da Liga de Connecticut para Planejamento Familiar (ou Paternidade Planejada). Ambos, ela e o Diretor Médico da Liga, deram informações, instruções e outros aconselhamentos médicos a casais sobre controle de natalidade. *Griswold* e seu colega foram condenados, com base em uma lei do estado de Connecticut, a qual criminaliza a provisão de aconselhamento e outros tratamentos médicos, a pessoas casadas com o propósito de prevenir a concepção. *Questão Apresentada*: A Constituição protege o direito à privacidade matrimonial contra restrições estaduais sobre a capacidade (disponibilidade) de um casal de ser aconselhado no uso de contraceptivos? *Conclusão*: Embora a Constituição não proteja explicitamente o direito geral à privacidade, as várias garantias contidas no *Bill of Rights* criam penumbras, ou zonas, que estabelecem o direito à privacidade. Juntas, a Primeira, Terceira, Quarta e Nona Emendas criam um direito constitucional novo, o direito à privacidade nas relações matrimoniais. O estatuto de Connecticut colide com o exercício deste direito e é portanto, nulo. Texto completo e discussão em: <http://www.oyez.org/oyez/resource/149/abstract>, acessado em 27 de dezembro de 2005.

No Brasil, a tutela da vida privada dá-se por vários meios, e o que está consagrado implicitamente é o direito à diferença e à exclusividade. José Afonso da Silva³⁴⁰, por exemplo, entende ser a categoria maior o “direito à vida”, englobando dignidade da pessoa, direito à privacidade, integridade e existência. Em função da redação do art. 5º, X, admite ser o direito à privacidade mais amplo, abrangendo todas as manifestações da esfera íntima e privada da personalidade. Com isso, a privacidade seria o conjunto de informações acerca do indivíduo, as quais ele pode decidir manter sob seu controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente submetido. Esfera ampla, a privacidade abrange o modo de vida doméstico, as relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, nome, imagem, pensamento, segredos, conseqüentemente, constitui a privacidade a esfera secreta da vida do indivíduo, na qual este tem o poder legal de evitar os demais.

A tutela constitucional visa proteger os segredos da vida privada e a liberdade da vida privada, de modo que a divulgação, investigação e conservação de dados em documentos são consideradas violações. Segundo essa concepção, honra, imagem e nome não integram o conceito de “direito à vida privada”, constituindo objeto de um direito independente, qual seja, o da personalidade, que se irradia em dois âmbitos: civil e penal. Melhor sistemática, entretanto, seria o tratamento constitucional unitário, pela noção ampla de direito à vida privada, porque, em determinadas situações, a proteção ao bem em perigo ou já afetado realiza-se mediante a instrumentalização de normas pertinentes a dois ou mais direitos. Com isso, ressalta o valor sistemático da noção de “dignidade da pessoa humana”.

Assim, ante a colisão do direito fundamental à informação (direito de acesso) com a proteção da privacidade, há que se fazer uma ponderação. Na construção do Tribunal Constitucional

³⁴⁰ Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 12. ed., 1996.

Alemão - que tem servido de paradigma para a jurisprudência brasileira-, em uma ordem hierárquica, a proteção da personalidade precede sempre a liberdade de informação. Com isso, relativiza-se e se restringe a liberdade de informação, mas essa ponderação é de “preferência condicionada”, e, no caso concreto, atenua-se o direito de acesso.³⁴¹ Casos há em que a lei determina sigilo parcial em favor da privacidade, como, por exemplo, em processos administrativos nos quais se apurem infração e a necessidade de impor-se sanção até o momento em que houver decisão. A publicização “de mera imputação ainda não decidida pode significar, em alguns casos específicos, violação à integridade moral do acusado e condenação social antecipada”, assevera Carlos Ari Sunfeld.³⁴²

Em síntese, quando se trata de restrições ao direito de acesso, ressaltam as hipóteses de segredo de Estado, do sigilo indispensável ao exercício da atividade pública e aquele erigido em favor da *privacidade do cidadão*, mas, de qualquer modo, a indispensabilidade do sigilo sempre pode ser contras-tável judicialmente.

B) GLOSSÁRIO

Interessados: I – pessoas físicas ou jurídicas que o iniciem como titulares de direitos ou de interesses; individuais ou que estejam no exercício do direito de representação; II – aqueles que, sem terem iniciado o processo administrativo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada; III – as organizações e as associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos; e IV – as pessoas ou as associações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesses difusos.

Impedimentos e suspeição: são condições próprias dos servidores ou autoridades que atingem ou violam a imparciali-

³⁴¹ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de Direitos Fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 122, p. 297-301, 1994.

³⁴² SUNFELD, op. cit., p. 105.

dade objetivamente. Estão *impedidos* de atuar no processo administrativo o servidor ou a autoridade que tenha interesse direto ou indireto na matéria; tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, bem como se tais situações ocorrerem com o respectivo cônjuge, companheiro, parente ou afins até o terceiro grau; e esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou o respectivo cônjuge ou companheiro.

São *suspeitos* aqueles a quem for arguída amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes ou afins até o terceiro grau.

Auto de Infração: auto de infração é o documento pelo qual o agente da autoridade competente narra a infração à legislação

Interpelação Extrajudicial: interpelação extrajudicial é o meio pelo qual a Administração Pública notifica o interpelado para que cumpra determinada obrigação, sob pena de sanções.

Reincidência específica e genérica: em sentido corrente, reincidir é, "repetir certo ato, tornar a fazer uma mesma coisa". É, pois, a repetição do acontecimento, a recaída ou a nova execução de um ato, que já se tenha praticado. Na linguagem da lei de processo administrativo municipal, **reincidência genérica** não exige que as infrações sejam de mesma natureza. Podem ser quaisquer infrações administrativas. Já na **reincidência específica**, é exigido que os ilícitos sejam da mesma natureza, ou seja, devem ao menos apresentar caracteres fundamentais comuns.

Notificação: notificação é o ato pelo qual o interessado toma ciência das decisões administrativas. Não basta que a Administração produza determinado ato processual para que ele produza todos os seus efeitos de direito. Assim, existência é a produção mesma do ato normativo, seu atributo próprio; a validade diz respeito à inserção do ato normativo no ordenamento jurídico em geral e, por fim, a eficácia é a relação de conformidade entre o preceito normativo e a conduta por ele

normada. Por esta razão, se diz que eficácia é a observância do preceito pelo sujeito destinatário da norma, é a sua conduta individual, e o destinatário só pode saber disso se “for notificado”. A exigência de notificação do interessado de todos os atos administrativos que lhe dizem respeito (que podem afetar sua esfera jurídica) está ligada ao conceito mesmo de democracia e de devido processo jurídico.

Comissão Judicante: órgãos em que tramitarão os processos administrativos

C) INSTAURAÇÃO DA INSTÂNCIA (COMO INICIA O PROCESSO)

Do artigo 20 ao artigo 23 da lei, estão fixadas as regras para a instauração da instância. Segundo eles, o processo administrativo pode iniciar *de ofício* pela autoridade competente, como nos casos de infração à legislação, que inicia pelo **Auto de Infração**; nos casos em que é necessário buscar ressarcimentos por pagamento indevidos a servidores, ex-servidores, segurados ou terceiros; ou nos demais casos, inclusive os previstos na Lei 4320/64, nos quais o processo inicia de ofício por meio de **Interpelação Extrajudicial**. O auto de infração que inaugura o processo administrativo será instruído com, no mínimo, o auto de infração e a respectiva notificação, a comprovação do lançamento do auto de infração em sistema de registro de dívida não tributária e, em caso de haver, a impugnação apresentada. Em todas as outras situações, o processo poderá iniciar a **requerimento do interessado**.

Quando iniciado por interessado, é preciso atentar que o requerimento pode ser feito por *solicitação verbal reduzida a termo pela autoridade*, por meio de preenchimento de formulário *on-line*, pelo preenchimento de formulário disponibilizado nos setores de atendimento ao público ou em petição própria, desde que legível. Requerimentos ilegíveis poderão ser rejeitados de ofício e sempre devem estar versados em vernáculo (língua portuguesa). Em razão do princípio da publicidade (na modalidade direito fundamental de acesso), a **Administração não poderá recusar imotivadamente qualquer**

requerimento ou documento de prova. Se o pedido de vários interessados apresentar conteúdo e fundamentos idênticos, poderá ser formulado 1 (um) único requerimento, salvo preceito legal em contrário, ocasião em que será dispensado o uso do formulário padronizado. Importante destacar que mesmo nos processos instaurados por iniciativa do interessado, os órgãos administrativos podem proceder às diligências que considerem convenientes para a instrução.

D) OS ATOS DO PROCESSO

Nos termos da lei (art. 17) **os atos do processo não dependem de forma determinada**, senão quando a lei expressamente a exigir. Concreção do princípio da liberdade das formas. A lei exige que sejam escritos, em vernáculo, contendo a data e o local de sua realização, as identificações nominal e funcional e a assinatura da autoridade responsável. Podem ser formalizados, tramitados, comunicados e transmitidos em formato digital, quando for feita a regulamentação. Quanto às autenticações, podem ser feitas pelo órgão administrativo. De outra parte, salvo imposição legal, o reconhecimento de firma somente será exigido em caso de haver dúvida de autenticidade. Quanto à numeração das páginas, proibição de folhas ou espaços em branco, entrelinhas, rasuras ou emendas não ressalvadas, a lei segue o que já está assentado na prática.

E) A NOTIFICAÇÃO DOS ATOS

De acordo com o art. 24, a autoridade competente do órgão perante o qual tramita o processo administrativo notificará o interessado, para ciência de que deva praticar ou deixar de praticar ato, de decisão ou efetivação de diligências. Tal notificação poderá ser pessoal, pelo correio, mediante aviso de recebimento – AR –, pelo correio eletrônico, em caso de o administrado indicá-lo para recebimento de notificações ou intimações ou por edital. Importante ressaltar que a notificação deve observar a antecedência mínima de 7 (sete) dias quanto à data

de comparecimento ou da obrigação de realizar ato, contados da data em que o interessado for considerado notificado. Considerar-se-á nula a notificação feita sem observância das prescrições legais, mas o comparecimento do interessado para tomar ciência da existência do processo administrativo supre sua falta ou irregularidade.

O desatendimento da notificação não importa o reconhecimento da verdade dos fatos nem a renúncia a direito pelo interessado e devem ser objeto de notificação os atos do processo administrativo que resultem ao interessado imposição de deveres, ônus, sanções ou restrição ao exercício de direitos e atividades, bem como os atos de outra natureza e de seu interesse (art. 27). Da decisão de extinção do processo, o interessado também deverá ser notificado.

F) SISTEMA PROBATÓRIO (ART. 29 E SS)

O princípio geral é o da não admissão de provas obtidas por meios ilícitos. As atividades de instrução destinadas a averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão realizar-se-ão de ofício ou mediante impulsão do órgão responsável pelo processo administrativo, sem prejuízo do direito de os interessados proporem atuações probatórias (direito à ampla defesa, contraditório, produção de prova). De acordo com o preceito da proporcionalidade, os atos de instrução que exijam a atuação dos interessados devem realizar-se do modo menos oneroso para estes.

O órgão administrativo competente poderá, mediante motivação, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada, quando a matéria em envolver assunto de interesse geral da comunidade (princípio democrático). As consultas públicas serão divulgadas pelos meios oficiais e terão prazo fixado para que terceiros possam examinar os autos e oferecer razões. Deve ser salientado que o comparecimento à consulta pública não confere, por si, a condição de interessado no processo administrativo, mas confere o direito

de obter da Administração Pública resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais (princípio da publicidade/transparência).

Outros meios de participação de interessados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas e de conselhos municipais, também estão previstos na lei, quando as circunstâncias assim o exigirem. Em caso de ser necessária à instrução do processo administrativo, a audiência de outros órgãos ou entidades administrativas poderá ser realizada em reunião conjunta, com a participação de titulares ou representantes dos órgãos competentes, lavrando-se a respectiva ata, a ser juntada aos autos. A autoridade também poderá solicitar para outros órgãos pareceres técnicos, estudos, análises, etc., que sejam essenciais para o deslinde da controvérsia.

Em razão da ampla defesa, o interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada de decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias e aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo administrativo. E somente poderão ser recusadas, mediante decisão fundamentada, as provas propostas pelos interessados que forem ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias. Em razão do poder de polícia, no entanto, a Administração Pública, poderá, motivadamente, adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado, abrindo-se prazo para defesa e contraditório.

No que tange ao **ônus da prova**, segue-se o princípio do Código de Processo Civil Brasileiro, de modo que cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no art. 36 da lei. O artigo dispõe que no caso do interessado declarar que fatos e dados estão registrados em documentos existentes na própria repartição responsável pelo processo administrativo ou em outro órgão administrativo do Executivo Municipal, o órgão competente para a instrução proverá, de ofício, a obtenção dos documentos ou das respectivas cópias.

G) PRAZOS

1. **Notificação:** a notificação por meio de correio eletrônico considerada lida 5 (cinco) dias após o seu envio; antecedência mínima de 7 (sete) dias quanto à data de comparecimento ou da obrigação de realizar ato, contados da data em que o administrado for considerado notificado.
2. **Intimação de prova ou diligência:** no mínimo, 7 (sete) dias de antecedência da data prevista para a prova ou a diligência.
3. **Parecer de órgão consultivo:** máximo de 90 (noventa) dias, salvo norma especial ou comprovada, motivadamente, necessidade de maior prazo.
4. **Razões finais:** encerrada a instrução, 10 (dez) dias, contados da data da notificação.
5. **Recurso:** 30 (trinta) dias contados da data de **notificação** do ato.
6. **Anulação dos atos administrativos favoráveis para os destinatários (decadência):** decadencial de 5 (cinco) anos. No caso de atos praticados anteriormente à vigência da Lei Complementar, o prazo referido passou a fluir a partir da data de sua publicação. Enquanto o ato estiver submetido a órgão de controle externo, o prazo decadencial não fluirá.
7. Os prazos processuais começam a contar a partir da data da notificação, excluindo-se da contagem o dia do recebimento e incluindo-se o dia do vencimento. Prorrogar-se-á o prazo até o primeiro dia útil seguinte nos casos em que o vencimento cair em dia em que não haja expediente ou esse for encerrado antes da hora normal. Os prazos expressos em dias contam-se de modo contínuo. Os prazos fixados em meses ou anos contam-se de data a data, sendo que, no mês do vencimento em que não houver o dia equivalente àquele do início do prazo, se tem como termo o último dia do mês. Salvo motivo de força maior devidamente comprovado ou disposição

expressa em contrário, os prazos processuais não se suspendem.

8. **Prescrição:** 5 (cinco) anos, contados da prática do ato ou, no caso de infração permanente e continuada, do dia em que tiver cessado.
9. **Prescrição intercorrente:** processo administrativo paralisado por **mais de 3 (três) anos**, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso. Princípio da razoável duração do processo.
10. **Impugnação ao Auto de Infração, à interpelação extrajudicial ou à decisão de devolução de valores:** 30 (trinta) dias contados da notificação.
11. **Impugnação ou defesa no Rito Sumário:** 15 (quinze) dias, contados do recebimento da notificação.

H) DADOS ESSENCIAIS DO AUTO DE INFRAÇÃO (ART. 67)

I – dia, mês, ano, hora e local de sua lavratura; II – nome do infrator ou do responsável e seu número de inscrição no Cadastro de Pessoa Física – CPF – ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas – CNPJ –; III – endereço do infrator ou do responsável, podendo ser endereço eletrônico, nos termos desta Lei Complementar; IV – descrição da irregularidade constatada e do dispositivo legal infringido; V – indicação dos perigos iminentes, em caso de haver medida cautelar; VI – indicação de animais, coisas ou produtos apreendidos, se houver; VII – penalidades previstas, incluindo o valor-referência da multa; VIII – prazo para apresentação de impugnação; IX – matrícula e assinatura de quem lavrou o auto de infração; e X – assinatura do infrator, de seu representante ou de preposto. § 1º Para cada grupo de infração relacionada à mesma comissão julgante, será lavrado 1 (um) auto de infração. § 2º Recusando-se o infrator a assinar o auto de infração, a recusa será averbada pela autoridade competente.

I) PENALIDADES (ART. 68)

I – advertência; II – pena educativa; III – multa; IV – apreensão de animal, coisa ou produto; V – embargo; VI – demolição; VII – interdição, total ou parcial, de estabelecimento, atividade, obra ou produto; VIII – inutilização do produto; IX – reparação do dano ao patrimônio público; X – suspensão do fornecimento ou da fabricação do produto; XI – fechamento do estabelecimento; XII – cassação do alvará do estabelecimento ou da atividade; e XIII – revogação de concessão ou permissão de uso. As penalidades referidas nos incs. do caput deste artigo serão aplicadas de acordo com a gravidade da infração, podendo ser cominadas cumulativamente. Na definição do valor das multas, as comissões judicantes deverão observar a gravidade da infração, o dano causado, a capacidade econômica do infrator, as reincidências genéricas e específicas, em caso de haver, e as circunstâncias agravantes ou atenuantes estabelecidas nesta Lei Complementar. Nos casos de iminente risco à saúde, à segurança das pessoas ou ao meio ambiente, será procedida, de modo sumário e cautelar, a apreensão de animal, produto ou coisa ou a interdição de equipamentos, atividade, estabelecimento ou obra, abrindo-se prazo para a defesa e o contraditório.

J) DADOS ESSENCIAS DA INTERPELAÇÃO EXTRAJUDICIAL

I – a identificação do interpelado extrajudicialmente; II – a exposição sucinta dos fatos e de seus fundamentos; III – as finalidades da interpelação extrajudicial; IV – o valor do crédito a pagar ou a indenizar ou a obrigação de fazer ou de não fazer; V – a repartição municipal na qual o interessado terá vista dos autos e poderá obter cópias dos documentos; e VI – o prazo de 30 (trinta) dias, para que o interpelado cumpra a obrigação ou apresente impugnação à interpelação extrajudicial.

K) AGRAVANTES E ATENUANTES

Agravantes: infração cometida por a) ocasião de calamidade pública, assim declarada pelo Poder Público; b) servidor público; ou c) pessoa jurídica; reincidência na prática de infrações para as quais é computada a advertência, sendo que: a) reincidência genérica duplica o valor da multa; e b) reincidência específica triplica o valor da multa. Ter o agente cometido a infração com dolo ou má-fé ou com o fim de obter vantagem para si ou para outrem. Ter o agente retardado ou deixado de adotar as providências de sua alçada, a fim de evitar ou sanar ato ou fato lesivo; coagido ou induzido outrem à execução material da infração; instigado ou determinado alguém sujeito à sua autoridade a cometer a infração; prejudicado o meio ambiente; ou realizado a infração à noite.

Para efeito de caracterização de reincidência, não prevalece a condenação anterior, se, entre a data do cumprimento ou da extinção da penalidade e a data da infração posterior, tiver decorrido período de tempo superior a 3 (três) anos. Para fins da, excluíram-se do conceito de pessoa jurídica as micro e pequenas empresas.

Atenuantes: a ação do agente não ter sido fundamental para a consecução da infração; a equivocada compreensão da norma, admitida como escusável; a incapacidade de o agente entender o caráter ilícito do fato; o agente ter procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, evitar ou minorar as consequências da infração ou reparar o dano; e cometido a infração sob coação ou indução ou no cumprimento de ordem de autoridade superior; o agente não ser reincidente na prática de infrações.

Para a imposição da multa e a respectiva graduação, a autoridade competente levará em conta: I – a gravidade do fato, tendo em vista as suas consequências para a convivência urbana, a saúde pública, a limpeza urbana, o urbanismo e o meio ambiente; II – os antecedentes do infrator quanto ao cumprimento das normas cuja fiscalização caiba ao Município de Porto Alegre; e III – a situação econômica do infrator.

L) ÓRGÃOS JULGADORES

COMISSÕES JUDICANTES: 1ª. Instância. As comissões judicantes ficarão vinculadas aos órgãos da Administração Direta ou Indireta em que haja atividade de fiscalização de legislação ou de apuração de valores pagos indevidamente a servidores, ex-servidores, segurados ou terceiros e na PGM. Cada comissão judicante vinculada à atividade de fiscalização será composta por 3 (três) membros titulares e seus respectivos suplentes, sendo: 1 (um) agente de fiscalização; 1 (um) procurador municipal; e 1 (um) servidor público do quadro de cargos efetivos, indicado pelo titular do órgão ao qual esteja vinculada a comissão judicante. O presidente da comissão judicante deverá ser servidor detentor do cargo efetivo de procurador municipal, indicado pelo procurador-geral. A comissão judicante da PGM será composta de por 3 (três) membros titulares e seus respectivos suplentes, sendo: 1 (um) procurador municipal da procuradoria especializada ou setorial relacionada à matéria em análise e 2 (dois) membros indicados pelo procurador-geral, em caráter permanente, dentre os quais 1 (um) será o presidente da comissão judicante. A comissão judicante para apuração de valores pagos indevidamente a servidores, ex-servidores, segurados ou terceiros será composta por 3 (três) membros titulares e seus respectivos suplentes, sendo: 1 (um) procurador municipal da procuradoria especializada ou setorial, indicado pelo procurador-geral; e II – 2 (dois) servidores públicos do quadro de cargos efetivos, indicados pelo titular do órgão ao qual esteja vinculada a comissão judicante.

INSTÂNCIAS RECURSAIS: o titular de cada secretaria, autarquia ou fundação municipal.

Porto Alegre, 08 de dezembro de 2016.

MU
NI
CÍPIO
EM
JUÍZO



ÁREA DO DIREITO: DIREITO URBANÍSTICO/ MUNICIPAL

AGRAVO DE INSTRUMENTO COM PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO. USUCAPIÃO (BENS IMÓVEIS). INTIMAÇÃO DE LINDEIROS

Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira³⁴³

Simone Somensi³⁴⁴

Valnor Prochinski Henriques³⁴⁵

Processo originário n. 001/1.14.0002045-0

Agravo de Instrumento n. 70076184555

Comentários:

Neste ano de 2017 a Procuradoria de Assistência e Regularização Fundiária – PARF desta Procuradoria-Geral do Município teve mais um, dentre seus vários desafios. E parece que, mais uma vez, estamos conseguindo superar o que se enfrenta. Foi o caso da necessidade de citação de lindeiros registrares nas ações de usucapião individual.

A PARF utiliza vários instrumentos legais para atingir os objetivos da regularização fundiária, em geral coletivos. Todavia, fruto de um procedimento iniciado há mais de 10 anos, algumas das mais antigas vilas de Porto Alegre foram mapeadas e descritos os seus lotes, de forma que fossem regularizados esses lotes por ações de usucapião individual. E são os procuradores da PARF que, por força de lei, representam judicialmente os moradores.

Desde a época em que a competência para ações de usuca-

³⁴³ Procuradora Municipal de Porto Alegre.

³⁴⁴ Procuradora Municipal de Porto Alegre.

³⁴⁵ Procurador Municipal de Porto Alegre.

pião que eram esparsas nas varas da capital, até a centralização de todos os processos, de acordo com sua situação, na Vara de Registros Públicos, a PARF tem representado os moradores e obtendo as matrículas para os lotes. Atualmente tramitam cerca de 400 ações de usucapião desse tipo e, em regra não são interpostas novas ações pois hoje novos instrumentos de regularização estão sendo mais utilizados, como a legitimação de posse e a legitimação fundiária.

Na tramitação das ações de usucapião, há muito se entende que a citação necessária é dos lindeiros que tem posse do lote contíguo ao lote usucapiendo, que poderá ser efetivamente atingido pela regularização. Não se faz a citação dos lindeiros registrais da área total, pois trata-se de áreas em regularização como a Vila Cruzeiro, Vila Orfanotrófio e outras consolidadas há cerca de 50 anos e cujas transcrições imobiliárias são de áreas muito extensas e antigas, sem notícias de lindeiros, ou com nomes de pessoas falecidas há muito tempo.

O desafio da PARF foi exatamente a mudança de entendimento do sr. juiz titular da Vara dos Registros Públicos, entendendo pela citação dos lindeiros que constam no Registro de Imóveis referente à gleba maior que engloba a Vila Cruzeiro, Orfanotrófio, etc... Entendimento esse que inviabiliza os cerca de 400 processos ainda em tramitação representados pela PARF.

Em um trabalho coletivo, inclusive com colegas especialistas em processo de outras áreas da PGM, os procuradores da PARF já interpuseram mais de 20 agravos de instrumento das decisões relativas à citação dos lindeiros registrais da gleba referente ao todo maior da Vila. Obtivemos até agora várias decisões favoráveis, em que a sensibilidade do Judiciário ao tema da regularização fundiária foi destacada.

Assim, a PARF interpôs o agravo que segue abaixo. Na decisão, o Desembargador Giovanni Conti não conheceu do agravo, por não integrar o rol das hipóteses legais do novo CPC, todavia, determinou que o juízo de primeiro grau prosseguisse o processo sem a citação dos lindeiros do todo maior, apoiado mesmo na possibilidade aberta pelo novo CPC. Já o

Desembargador Carlos Cini Marchionatti conheceu do agravo acolhendo todos os argumentos da PARF.

Agravo de Instrumento com Pedido de Efeito Suspensivo PARF/PGM:

A Requerente T., por sua procuradora signatária em exercício na Procuradoria Municipal de Assistência Judiciária e Regularização Fundiária do Município de Porto Alegre, nos autos da **Ação de Usucapião** em epígrafe, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, não se conformando com a decisão de fls. e com fundamento nos artigos 1.015 e seguintes do Código de Processo Civil de 2015, interpor o presente

AGRAVO DE INSTRUMENTO,

na forma e prazos legais, pelos relevantes motivos fáticos e jurídicos constantes nas razões que seguem, que **REQUER** sejam recebidas e processadas, na forma da lei.

I – DOS REQUISITOS DE INTERPOSIÇÃO DO AGRAVO POR INSTRUMENTO

1) Em atendimento ao disposto no artigo 1.016, inciso IV, do CPC/2015, indica os nomes e endereços dos advogados das partes:

Autora: Requerente T. – representada pela Procuradoria Municipal de Assistência Judiciária e Regularização Fundiária do Município de Porto Alegre, com endereço na Rua Siqueira Campos, 1.300, 13º andar, nesta capital. Procuração ex lege.

Réus: Sucessão de A. e O. - representado pela Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, com endereço Av. Borges de Medeiros, 1945, 8º andar, sala 15, Porto Alegre/RS. Procuração ex lege.

2) Em relação ao prazo para interposição do presente agr-

vo, é tempestivo, em vista da cópia da certidão de intimação, ainda considerando-se o prazo de dobro de 15 dias úteis. O prazo de 15 dias está amparado pelo art. Art. 1.003, § 5º e Art. 1.070:

Art. 1.003, § 5º. Excetuados os embargos de declaração, o prazo para interpor os recursos e para responder-lhes é de 15 (quinze) dias.

Art. 1.070. É de 15 (quinze) dias o prazo para a interposição de qualquer agravo, previsto em lei ou em regimento interno de tribunal, contra decisão de relator ou outra decisão unipessoal proferida em tribunal.

3) Foram juntadas as peças obrigatórias e facultativas. O agravo de instrumento está de acordo com os requisitos do arts. 1.016 e 1.017 do Código de Processo Civil:

Art. 1.016. O agravo de instrumento será dirigido diretamente ao tribunal competente, por meio de petição com os seguintes requisitos:

I - os nomes das partes;

II - a exposição do fato e do direito;

III - as razões do pedido de reforma ou de invalidação da decisão e o próprio pedido;

IV - o nome e o endereço completo dos advogados constantes do processo.

Art. 1.017. A petição de agravo de instrumento será instruída:

I - obrigatoriamente, com cópias da petição inicial, da contestação, da petição que ensejou a decisão agravada, da própria decisão agravada, da certidão da respectiva intimação ou outro documento oficial que comprove a tempestividade e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado;

II - com declaração de inexistência de qualquer dos documentos referidos no inciso I, feita pelo advogado do agravante, sob pena de sua responsabilidade pessoal;

A petição contém, no início, os nomes e endereços dos advogados das partes, bem como exposição de fato e de direito e razões da reforma.

4) Por evidente, trata-se de lesão grave e de difícil reparação, pois a necessidade de citação dos confrontantes do todo maior inviabilizaria a ação de usucapião.

Portanto, além do cabimento do presente agravo, a lesão a que o autor poderá estar submetido poderá comprometer o feito sendo essa a razão para requerer, desde logo, o efeito suspensivo do presente agravo, sob pena de o juízo de primeiro grau determinar nulidade por ausência de citação dos efetivos possuidores confrontantes da certidão/matricula onde o lote está inserido.

Portanto, requer-se desde logo a concessão do efeito suspensivo para que se possa dar prosseguimento à ação de usucapião, com a citação dos confrontantes que têm posse ao lado do lote usucapiendo.

Pelas razões apresentadas no presente agravo, é possível comprovar que a interposição de agravo retido ou mesmo a não concessão de efeito suspensivo em agravo de instrumento, inviabiliza o prosseguimento da ação.

II – DA CONTEXTUALIZAÇÃO DO CASO E DA RELEVÂNCIA E IMPACTO JURÍDICO DA DECISÃO

É função constitucional da Municipalidade a ordenação do solo urbano e também a regularização fundiária, utilizando-se dos vários instrumentos legais disponíveis, conforme o caso.

A Procuradoria-Geral do Município, desde a edição da Lei Municipal n. 7.433/94, vem desenvolvendo a regularização fundiária de áreas irregulares da cidade, visando a inclusão social e formal da população de baixa renda residente nas vilas populares, dando atendimento aos ditames constitucionais de proteção à moradia e dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, foram ajuizadas mais de mil ações de usucapião, relativas a algumas vilas específicas, inseridas no

Programa de Regularização Fundiária.

Atualmente tramita uma pequena parcela destas ações (cerca de 300 processos), todas na Vara dos Registros Públicos desta Capital.

Todavia, recentemente não se costuma mais realizar a política de regularização fundiária por meio de ações de usucapião, pois há alguns anos o Município mudou a estratégia de atuação e tem utilizado outros instrumentos para titulação dos lotes populares, judicializando a matéria somente quando não é possível resolver na seara administrativa. Este ano, por exemplo, foram abertas mais de 600 matrículas utilizando os instrumentos da Lei Federal n. 11.977/09 e titulados cerca de 400 lotes em nome dos moradores por legitimação de posse (trabalho ainda em curso). Estes procedimentos possibilitaram a desjudicialização, portanto, de mais de 600 processos de usucapião.

Mas muitas ações de usucapião, fruto da instrumentalização utilizada para regularização fundiária, ainda tramitam judicialmente. Relativamente às ações que estão tramitando na Vara dos Registros Públicos, até muito pouco tempo prevaleceu o entendimento de que a citação era dos confrontantes do LOTE e não da MATRÍCULA/CERTIDÃO do todo maior. Inclusive o Município se responsabilizava por recolher a anuência dos lindeiros, contribuindo para a célere resolução dos litígios.

Entretanto, o Juízo de primeiro grau no presente despacho decisório e em outros, mudou seu entendimento, determinando a citação dos confrontantes que se encontram nominados no Registro de Imóveis do todo maior transcrito. Tempestivamente a parte autora vem agravar a decisão interlocutória do despacho que determinou a citação dos confrontantes registraes do todo maior, eis que torna inviável o processo de regularização fundiária e a execução da competência constitucional do Município prevista no art. 30, VIII.

Importante referir, também, que este entendimento vai na contramão de toda a legislação relativa aos procedimentos de regularização fundiária.

A novel Lei Federal n. 13.465/2017, que disciplina a matéria,

tem como uma de suas diretrizes a simplificação dos procedimentos registrares, prevendo expressamente, por exemplo, a possibilidade de demarcar a área objeto da regularização fundiária, com base no levantamento da situação e na caracterização do núcleo urbano informal, com a notificação apenas dos titulares de domínio e os confrontantes da área demarcada.³⁴⁶

De igual forma, no caso em apreço, muito embora se tratando de um lote individual, por estar inserido num núcleo urbano informal consolidado há muitos anos, por conta das características da área, não há razão para prever a citação ou anuência dos lindeiros registrares, bastando o consentimento do lindeiro de fato.

Obviamente, quando coincidir que o lindeiro é o proprietário registral, necessária sua citação no processo. Porém, não é este o caso dos autos, como demonstra claramente a planta em anexo.

De tudo isso, percebe-se que o despacho nos autos interfere e contraria toda a regulação jurídica da regularização fundiária, desde as leis federais 11.977 e 13.465, bem como interfere diretamente na competência constitucional do Município, art. 30, VIII. Ademais, na prática, inviabiliza as funções administrativas e judiciais da Procuradoria do Município de Porto Alegre, para dar fim a processos antigos de usucapião com fins de regularização fundiária.

III – DOS FATOS

Na presente ação, trata-se de ação de usucapião que a municipalidade ajuizou, como representante da parte autora, pois esta exerce há muitos anos posse mansa, pacífica e ininterrupta do Lote descrito na Inicial. E tal lote está inserido em uma das Vilas de Porto Alegre cuja regularização registral é

³⁴⁶ Art. 19. O poder público poderá utilizar o procedimento de demarcação urbanística, com base no levantamento da situação da área a ser regularizada e na caracterização do núcleo urbano informal a ser regularizado. [...]

Art. 20. O poder público notificará os titulares de domínio e os confrontantes da área demarcada, pessoalmente ou por via postal, com aviso de recebimento, no endereço que constar da matrícula ou da transcrição, para que estes, querendo, apresentem impugnação à demarcação urbanística, no prazo comum de trinta dias.

mais conveniente e possível pela ação de usucapião, tendo em vista o tempo de sua consolidação – em geral mais de 60 anos.

Como já se disse, relativamente às ações que estão tramitando na Vara dos Registros Públicos, até muito pouco tempo prevaleceu o entendimento de que a citação era dos confrontantes do LOTE e não da MATRÍCULA/CERTIDÃO do todo maior. Inclusive o Município se responsabilizava por recolher a anuência dos lindeiros.

Entretanto, o Juízo de primeiro grau no presente despacho decisório e em outros, mudou seu entendimento, determinando a citação dos confrontantes que se encontram nominados no Registro de Imóveis do todo maior transcrito. Tempestivamente a parte autora vem agravar a decisão interlocutória do despacho que determinou a citação dos confrontantes registrais do todo maior, eis que torna inviável o processo de regularização fundiária.

Ademais, por se tratar de certidão registral de uma grande Vila de Porto Alegre, os lindeiros registrais, se encontrados, não terão interesse jurídico, pois não confrontam com o pequeno lote encravado na Vila – seus vizinhos de lote na Vila, sim, terão interesse jurídico pois nas pequenas áreas de seus lotes, qualquer centímetro faz diferença.

IV – DO DIREITO: O OBJETO DA INTERPOSIÇÃO DO AGRAVO

Da citação dos confrontantes posseiros interessados e não dos confrontantes registrais

A decisão judicial interlocutória solicitou a citação de todos os confrontantes do todo maior constantes da matrícula/certidão onde o lote usucapiendo está inserido, ou seja, exige a citação de todos os confrontantes do todo maior nos termos registrais. Essa decisão, ao ser aplicada em todas as ações semelhantes, devido ao volume de pessoas a serem citadas, inviabilizaria as ações de usucapião. Ademais, as áreas em que se encontram os lotes estão inseridas em certidões de imóveis abandonados há décadas, cujos lindeiros registrais

não são mais identificáveis ou também abandonados há décadas, pois são registros inseridos em Vilas consolidadas de Porto Alegre.

O lote em questão é encravado – relativamente a proprietários registrais, e, portanto, não são confrontantes com os mesmos, como, aliás, está demonstrado na respectiva planta de localização da ação em tela. Portanto, considerando que não fazem limites com proprietários confrontantes registrais ao todo maior, apenas com outros possuidores de lotes próximos, não há motivo jurídico para mencioná-los como confrontantes.

Juridicamente há questão relevante na interpretação de quem deve ser considerado confrontante. Considerando que a área que se pretende usucapir encontra-se inserida dentro de um todo maior, mostra-se desnecessário o esgotamento de diligências para citar os confrontantes da área de maior extensão, se não serão de qualquer forma atingidos com eventual sentença de procedência.

Por confrontantes deve-se entender o proprietário ou possuidor de imóvel vizinho a aquele que se pretende usucapir, aqueles que pudessem ser atingidos pelos limites territoriais da declaração da prescrição aquisitiva.

Importante destacar que a solicitação para citar os confrontantes do todo maior não é razoável, tendo em vista que o lote a ser usucapido possui área total muito inferior ao todo maior. Percebe-se assim, que o terreno usucapiendo consiste em uma pequena e mínima porcentagem do total da gleba. Desse modo, além de desnecessária, seria extremamente difícil à localização de todos os confrontantes do todo maior.

Outrossim seria excessivamente oneroso para o judiciário, devido à grande parte dos autores de usucapião terem Assistência Judiciária Gratuita (AJG), bem como, levaria muito tempo para sua conclusão, o que diverge do princípio de celeridade processual.

Com isso, pode-se entender que somente é necessária a citação dos confinantes do imóvel usucapiendo e não daqueles que são lindeiros do todo maior onde encontra-se inserido.

Portanto, não se faz necessária à citação dos lindeiros da área maior registral, já que aqueles que podem eventualmente ser prejudicados com a pretensão do processo já foram devidamente identificados e indicados para o necessário ato citatório.

O TJRS já se manifestou no sentido de que, não há necessidade de citação dos confrontantes do todo maior, tendo em vista que esses não serão afetados pela procedência da ação. É o que se pode observar no julgado que segue:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE USUCAPIÃO. ÁREA DE TERRAS LOCALIZADA DENTRO DE UM TODO MAIOR. DESNECESSIDADE DE CITAÇÃO, NO CASO, DOS CONFRONTANTES DO IMÓVEL. **Considerando que a área que os autores da demanda pretendem usucapir encontra-se inserida dentro de um todo maior, mostra-se desnecessário o esgotamento de diligências para citar os confrontantes da área de maior extensão, se não serão de qualquer forma atingidos com eventual sentença de procedência.** A intenção da norma processual, ao que se depreende, direciona-se a resguardar direitos de terceiros interessados que possam ser alcançados pelos limites territoriais objeto da pretensão de declaração de prescrição aquisitiva. Agravo de instrumento provido. (Agravo de Instrumento Nº 70067358465, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Voltaire de Lima Moraes, Julgado em 10/03/2016).

Além do egrégio Tribunal do Rio Grande do Sul, outros tribunais também já se manifestaram sobre a questão, como é o caso do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Com isso, ressaltamos que a citação ou anuência dos confrontantes diretos do lote é algo que de fato deve ser realizada, mas a citação dos confrontantes da matrícula/certidão do todo maior onde o lote está inserido é algo prejudicial ao processo devido à tamanha dificuldade imposta para a realização de tantas citações de herdeiros, tendo em vista de que esses proprietários registrais não são confrontantes aos lotes objeto das ações em questão.

V – DO PEDIDO

O autor **REQUER**, com base na argumentação antes expandida, seja recebido e examinado o presente agravo de instrumento, sendo concedido seu efeito suspensivo para que dê prosseguimento das ações com a citação dos confrontantes lindeiros de posse do lote e não dos lindeiros registrais da gleba do todo maior.

REQUER também, o conhecimento e o consequente provimento do presente recurso para reformar a decisão atacada e determinar a dispensa da citação dos confrontantes do todo maior.

Termos em que, pede deferimento.

Porto Alegre, 14 de maio de 2018.

Valnor Prochinski Henriques
Procurador Municipal

Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira
Procuradora do Município

Decisão Monocrática:

Vistos.

Compreendo a preocupação do Juiz de Direito, entretanto, a ação da jurisprudência da Câmara, aliada à doutrina, justifica o provimento do agravo de instrumento.

É suficiente para o usucapião a citação dos confrontantes do lote de terreno (além das demais citações do proprietário registral, por mandado ou edital, e científicas cabíveis).

Não é necessária a citação de todos os ocupantes da área primitiva.

A justificativa está na natureza jurídica da sentença declara-

tória do usucapião, que predominantemente reconhece o direito de propriedade adquirido pelo usucapião (o usucapião é modalidade de aquisição de direitos reais suscetíveis de posse).

Aliam-se os efeitos da sentença, que alcança obrigatoriamente quem for citado, de modo que, se alguém que devia ser obrigatoriamente citado deixou de sê-lo, a sentença predominantemente declaratória do usucapião não produz efeitos contra quem, devendo ser citado, não o foi.

Esta situação jurídica, material e processual, proporciona imensa segurança ao procedimento e à sentença, que, assim também, com muita objetividade e utilidade, pode ser considerada ineficaz.

O processo é um meio, jamais um fim em si mesmo.

Dou provimento ao agravo de instrumento para que sejam citados os confrontantes de fato ou imediatos, dispensada a citação dos ocupantes da área originária, onde se individualiza o lote de terreno e usucapião.

Porto Alegre, 18 de dezembro de 2017.

DESEMBARGADOR CARLOS CINI MARCHIONATTI,
Relator

ÁREA DO DIREITO: DIREITO TRIBUTÁRIO/MUNICIPAL

APELAÇÃO CÍVEL 70072718422 - TRIBUTAÇÃO SOBRE UNIDADES AUTÔNOMAS. INEXIGIBILIDADE DE PRÉVIO REGISTRO IMOBILIÁRIO DE NOVAS UNIDADES PARA LANÇAMENTO DO IPTU INDIVIDUALIZADO, ANTE A POSSE DO BEM IMÓVEL

Cristiane da Costa Nery³⁴⁷

Embargos à Execução Fiscal n. 001/1.15.0032562-8

Embargado: Município de Porto Alegre

Procurador Municipal: Napoleão Correa de Barros Neto

Trata-se de embargos à execução fiscal em que a empresa embargante apontou a inexistência de matrícula individualizada relativa ao imóvel sobre o qual incidem os tributos. Por este fato entendeu que o Município de Porto Alegre não deveria cobrar lançamentos realizados sobre imóvel virtual.

O Município, em sua defesa, sustentou que a falta de correspondência entre a área da matrícula do imóvel e a área sobre o qual foi lançado o IPTU não descaracteriza o lançamento realizado.

A Lei Complementar Municipal 7/73 estabelece a obrigatoriedade de inscrição de todos os imóveis abrangidos na área territorial do MPOA no cadastro municipal:

Art. 11. O prédio e o terreno estão sujeitos à inscrição na Secretaria Municipal da Fazenda, ainda que ao abrigo de imunidade, de não incidência ou mesmo que beneficiados por isenção.

³⁴⁷ Procuradora-Chefe da Procuradoria Tributária - PTR/PGA-AF. OAB/RS 40.463.

O mesmo diploma legal determina que **o imóvel terá tantas unidades autônomas quantas forem as unidades distintas, autorizando a subdivisão do imóvel em *mais de uma inscrição***:

Art. 14. [...]

Parágrafo único. O prédio terá tantas inscrições quantas forem as unidades distintas que o integrarem, observado o tipo de utilização.

Além disso, o Decreto Municipal nº 16.500/2009 define o que seja (a) unidade imobiliária – a fração mínima passível de cadastramento imobiliário; (b) lote – área territorial para a qual podem estar cadastradas uma ou mais unidades imobiliárias; (c) bloco – identifica o lote fiscal com as respectivas áreas construídas, quando houver, *verbis*:

Art. 23. Unidade imobiliária é a fração mínima passível de cadastramento individualizado, predial ou territorial, identificada no cadastro imobiliário por um número de inscrição.

[...]

Art. 28. O lote fiscal identifica uma área territorial, para a qual podem estar cadastradas uma ou mais unidades imobiliárias com atributos em comum.

Parágrafo único. No caso de condomínio, o lote fiscal é o somatório das frações territoriais que o compõe.

[...]

Art. 30. O bloco identifica o lote fiscal com as respectivas áreas construídas, quando houver.

A sentença de 1º grau entendeu pela procedência dos embargos e desconstituiu a CDA, extinguindo a execução fiscal, sob o argumento de que o fato gerador da cobrança de IPTU/TCL é a matrícula no Registro Imobiliário.

O Município apelou repisando os argumentos da impugnação, acima referidos, salientando que a legislação é clara no sentido da possibilidade do imóvel inscrito no cadastro imobiliário.

liário possuir área não coincidente com a área total da matrícula, além do que, entendimento em sentido contrário, inviabilizaria a tributação em relação ao possuidor da área.

A apelação foi provida, restando assim ementada:

APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS A EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. TRIBUTAÇÃO SOBRE UNIDADES AUTÔNOMAS. FRACIONAMENTO VIRTUAL. POSSIBILIDADE

- Nos termos do art. 33, do CTN, contribuinte do IPTU é o proprietário do imóvel, do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título, sendo absolutamente dispensável qualquer exigência de prévio registro imobiliário das unidades para que se proceda ao lançamento do IPTU individualizado, uma vez que basta a configuração da posse de bem imóvel para dar ensejo à exação.

- Orientação firmada pelo Décimo Primeiro Grupo Cível desta Corte.

APELO PROVIDO.

Nas razões da relatora, cujo voto foi acompanhado à unanimidade, há ênfase à possibilidade do 'fracionamento virtual' que encontra guarida no art. 33 do CTN, segundo o qual o "contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título." Cita, ainda, precedente do STJ, Primeira Turma:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. IPTU. TRIBUTAÇÃO SOBRE NOVAS UNIDADES AUTÔNOMAS CONSTRUÍDAS EM EDIFÍCIO RESIDENCIAL. DESNECESSIDADE DA INSCRIÇÃO PRÉVIA INDIVIDUALIZADA NO REGISTRO DE IMÓVEIS. LEGALIDADE DA EXAÇÃO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 32, 34 E 116, INCISO I, DO CTN.

1. Cinge-se a controvérsia em se estabelecer a possibilidade de o fisco, verificando alteração em imóvel pré-existente, que se dividiu em unidades autônomas, poder proceder a novas inscrições de IPTU, sem que haja registro das novas unidades em cartório de imóveis.

2. O art. 32 do CTN estabelece que o fato gerador do IPTU é a propriedade, o domínio útil ou a posse. O art. 34 do referido

diploma preconiza que o "Contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título."

3. É absolutamente dispensável qualquer exigência de prévio registro imobiliário das novas unidades para que se proceda ao lançamento do IPTU individualizado, uma vez que basta a configuração da posse de bem imóvel para dar ensejo à exação. Vários são os precedentes do STJ nesse sentido, dentre eles: REsp 735.300/SP, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJe 03/12/2008.

4. É suficiente para ensejar a cobrança do IPTU a verificação das unidades autônomas acrescidas ao imóvel, uma vez ser "cediço que os impostos reais (IPTU e ITBI, em especial) referem-se aos bens autonomamente considerados." (REsp 722.752/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 11/11/2009).

5. Recurso especial provido.

(REsp 1347693/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/04/2013, DJe 17/04/2013)

A decisão transitou em julgado em 31/05/2017.

PGM/PTR, 07 de dezembro de 2017.

ÁREA DO DIREITO: DIREITO CIVIL

AÇÃO DECLARATÓRIA E CONSTITUTIVA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. ÁREA DOADA. MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Nelson Nemo Franchini Marisco³⁴⁸

Ação declaratória demonstrando que a área doada pela Prefeitura de Porto Alegre à determinada Instituição não cumpre mais a função social da propriedade e, por isso, deve retornar ao patrimônio do Município.

Obrigação modal, a que se impõe obrigação certa ao donatário. Tutela de urgência deferida. Segue petição inicial.

AÇÃO DECLARATÓRIA E CONSTITUTIVA Com pedido de tutela antecipada.

I – DOS FATOS

1 - No ano de 1922, **X.** comprou terreno da **Intendência Municipal de Porto Alegre**, com a cláusula-condição de ser o terreno aproveitado para a construção de edifício destinado ao asilo de órfãos ou pobres (**doc. 1**). Esta a condição que ficou averbada na matrícula do imóvel:

“De ser o terreno ora vendido, aproveitado unicamente para a construção de edifício ou edifícios, destinados a um asilo para meninos órfãos ou reconhecidamente pobres, caso contrário, voltará dito terreno, ao patrimônio do Município, sendo devolvido à compradora, sem mais indenização, a importância da compra”.

³⁴⁸ Procurador Municipal de Porto Alegre.

2 - Em 1924, a compradora (X.) doou o imóvel para a *SOCIEDADE F.*, com a condição de manter no local a denominada **INSTITUIÇÃO Z.** com o fim de amparar e educar meninas pobres³⁴⁹. Além das condições da natureza do contrato de doação, constou a seguinte obrigação:

“Que a doação é feita enquanto a donatária funcionar no Estado do Rio Grande do Sul, mantendo a Instituição Z.”, sempre com esta denominação e com o fim de acolher, amparar e educar meninas pobres e desvalidas, sobretudo órfãos desprotegidas, nacionais e estrangeiras” (doc. 2).

3 - A INSTITUIÇÃO Z. (que foi doada à SOCIEDADE F.) foi incorporada patrimonialmente por **SOCIEDADE J.** - SOCIEDADE F., conforme ata de assembleia geral extraordinária de 24 de novembro de 1971. Esta incorporação importou também na transferência à **SOCIEDADE J.**, **1ª Ré**, dos bens imóveis lindeiros que a INSTITUIÇÃO Z. havia adquirido nos anos seguintes à doação. Foram adquiridos os imóveis matriculados sob os nºs 45.912 (depois transformado na matrícula nº 100.201), 93.441 (depois matrícula nº 100.202), 77.681 (depois matrícula nº 99.622), 81.173 (depois matrícula nº 132.856).

4 - Posteriormente, mediante requerimento da proprietária, todos estes imóveis foram objeto de remembramento e desmembramento, resultando em três imóveis distintos e lindeiros, matrículas nºs 98.998, 99.999, 99.000, constando como proprietárias SOCIEDADE F. *“Zona Central”* e *“Zona Norte”*³⁵⁰. Em sequência, a **SOCIEDADE J.** requereu nova configuração do imóvel em razão da qual foram criadas as matrículas 153.305, 153.306, 153.307 e 153.308.

5 - Assim, a área vendida pelo **Município de Porto Alegre**³⁵¹ para **X.**, de 16.394,00m², foi incorporada a outras doações, às compras e vendas e incorporações realizadas, resultando nas

³⁴⁹ Conforme certidão do Cartório do Registro de Imóveis da 1ª Zona (livro 3-J, fls. 287, nº 34.2727).

³⁵⁰ A SOCIEDADE J. foi cindida em duas Províncias autônomas: Zona Norte e Zona Central, sendo a ZONA NORTE a mantenedora da INSTITUIÇÃO Z.

³⁵¹ Intendência Municipal de Porto Alegre.

matrículas 98.998, 99.999 e 99.000, que em conjunto passaram a ter a área total de 38.612,00m². Considerando o desmembramento da área de 7.203,72m² contidos nas matrículas 153.305, 153.306, 153.307, para a empresa ABCD RESIDENCIAL, **a SOCIEDADE J. permaneceu com a área remanescente de 31.408,27m², matriculada sob o nº 153.308, do Registro da 1ª Zona de Porto Alegre, conforme já referido.**

6 - Em abril de 2003, a Sociedade donatária, **1ª Ré**, ajuizou uma ação (**processo nº 113074729**) cujo objeto foi a **sub-rogação** dos encargos impostos à doação feita pela escritura pública de janeiro de 1924, que constava das averbações das matrículas 153.305, 153.306, 153.307 e 153.308 do Ofício de Imóveis da 1ª Zona de Porto Alegre, para a matrícula nº 41.175 do Ofício de Imóveis de Alvorada (**doc. 03**). O Juízo da Vara de Registros Públicos julgou procedente o pedido e deferiu o cancelamento das condições constantes nas matrículas 153.305, 153.306 e 153.307 com sub-rogação para o imóvel de Alvorada.

7 - O Município de Porto Alegre, em razão da referida sub-rogação, ajuizou ação anulatória contra a SOCIEDADE J. ZC, 1ª Ré, e a empresa ABCD ENGENHARIA (**processo nº 1080050213-6**) – **doc. 04** - com o objetivo de obter a declaração de nulidade do ato de sub-rogação de cláusula contratual, com a reversão do bem ao patrimônio do Município de Porto Alegre. Em razão desta ação, cujo objeto era a anulação do ato de sub-rogação de cláusula contratual, as partes resolveram **compor a lide**, da seguinte forma:

a) As mesmas e idênticas condições da transcrição originária do imóvel objeto do litígio (nº 35.271, fls. 19, do Livro 3-K, da 1ª Zona de Porto Alegre), acrescida da observação de que não sendo mais viável o aproveitamento referido, o imóvel ou sua eventual renda poderá ser destinada à manutenção da requerida, SOCIEDADE F. ZONA CENTRAL, para que possa continuar realizando as suas finalidades sociais, entre estas o atendimento de crianças carentes, ou seja:

“De ser o terreno ora vendido, aproveitado unicamen-

te para a construção de um edifício ou edifícios, destinados a um asilo para meninos órfãos ou reconhecidamente pobres, com a observação de que não sendo mais viável o aproveitamento referido, o imóvel ou sua eventual renda poderá ser destinada à manutenção da requerida SOCIEDADE F. ZONA CENTRAL, para que possa continuar realizando as suas finalidades sociais, entre estas o atendimento de crianças carentes, caso contrário, voltará dito terreno, ao patrimônio do Município, sendo devolvido à compradora, sem mais indenização, a importância da compra”, passarão a gravar igual área de 16.394,00m², contida na matrícula 153.308, do Registro de Imóveis da 1ª Zona de Porto Alegre, sendo que parte, ou seja, 9.18027m², se trata da mesma área originariamente vendida pela Intendência Municipal a X. e o restante de área de 7.213,73m², proveniente de outras aquisições, cuja área de 16.394,00m², possui a seguinte descrição, com medidas e confrontações:

UMA ÁREA DE TERRAS URBANA, de dezesseis mil, trezentos e noventa e quatro metros quadrados (16.394,00m²), contendo um grande prédio de construção sólida, adaptado ao fim que se destina, localizado, dito terreno, com frente na Rua Dona Leonor, distante 90,85 metros da esquina com a Rua Professor Álvaro Alvim, na cidade de Porto Alegre, RS, o qual é constituído de parte do imóvel objeto da Matrícula nº 153.308, Livro 2 – Registro Geral, de 03 de dezembro de 2002, do Ofício do Serviço Registral da 1ª Zona da Comarca de Porto Alegre, cuja área possui as seguintes medidas e confrontações: *A área parte do ângulo formado pelas linhas divisórias leste e norte, seguindo rumo sul e medindo 133,65 metros de frente à Rua Dona Leonor, lado par, distanciando 90,85 metros da esquina da Rua Professor Álvaro Alvim, confrontando ao Leste com a Rua Dona Leonor; a seguir, a linha divisória tem o sentido leste oeste e mede 77,56 metros, confrontando ao sul, com o imóvel originário da matrícula nº 161.715, no qual se encontra construído o Edifício Residencial Bosque Rio Branco; em seguida, tem o sentido sul norte e mede 82,61 metros,*

confrontando ao oeste, com parte do imóvel da mesma matrícula, de propriedade da Sociedade [F.] "Zona Central"; a seguir, segue o sentido sul norte e mede 127,98 metros, por uma cerca ali existente, confrontando ao oeste, com parte do imóvel da mesma matrícula, de propriedade da Sociedade [F.] 'Zona Central'; em seguida, tem o sentido oeste leste e mede 40,06 metros, confrontando ao norte, com o alinhamento da Rua Cabral; após, tem o sentido norte sul, onde mede 53,00 metros, em seguida rumo a oeste leste, onde mede 21 metros, a seguir rumo norte sul por 5,25 metros e finalmente rumo oeste leste por 78,06 metros, fechando o perímetro desta descrição, confrontando ao Leste, Norte, Leste e novamente Norte, respectivamente, com propriedades de [...] e outro, [...] e [...]. Bairro Rio Branco. Quarteirão: Ruas Cabral, Dona Leonor, Professor Álvaro Alvim e Paulino Teixeira.

8 - Posteriormente, por intermédio do **processo administrativo nº 001.001669.16.8**, a SOCIEDADE F. "Zona Central", **1ª Ré**, consultou o Município de Porto Alegre sobre a **possibilidade de devolução da Área Urbana de 16.394,00m²** descrita no Ofício de Registro de Imóveis da 1ª Zona, matrícula nº 153.308 (**doc. 05**). A matrícula nº 153.308, da 1ª Zona de Porto Alegre, na qual consta a área remanescente de 80,24%, que permaneceu com as construções originárias, correspondendo a 31.408,27m², que continua em nome da SOCIEDADE J.

9 - **Assim, a 1ª Ré (assumindo que a propriedade não cumpre mais a função social que lhe foi imposta pelo próprio Município) pretende que a área seja desmembrada, e "devolvida" ao Município de Porto Alegre, área originalmente vendida pela Intendência Municipal de Porto Alegre à X.** A matrícula 153.308 da 1ª Zona, conforme já referido, tem 32.018,94m²; porém, desta área, pretende a 1ª Ré entregar ao Município de Porto Alegre uma parcela correspondente a **16.394,00m²**.

10 - O Município **não** tem como receber uma parte de uma área que corresponde a um todo maior – nem por doação. É necessário que seja feito o desmembramento da área para

que ela possa ser entregue e devidamente registrada em nome do Município de Porto Alegre, que, por sua vez, nos termos das condições constantes nas avenças, deverá devolver o preço pago originalmente pelo imóvel à SUCESSÃO DE X.

11 - Importante dizer que a SUCESSÃO DE X., por intermédio do **expediente administrativo nº 001.055260.07.1 (doc. 06)**, já havia solicitado ao Município de Porto Alegre, *que recuperasse judicialmente o seu patrimônio cujo direito foi estabelecido por contrato de venda de 1922*", para que assumisse a **função social** designada originalmente ao imóvel.

12 - Importante salientar, para fins de regularidade processual e legitimação passiva para a ação, em *1º de dezembro de 2016*, a **ASSOCIAÇÃO C.** incorporou todo o ativo e passivo da SOCIEDADE F. Zona Central (SOCIEDADE J.), nos termos da ata nº 135, representativa da Assembleia Geral Extraordinária da referida associação, sendo portanto responsável passivamente para responder esta ação.

II – DO DIREITO

13 - Nas duas relações contratuais que se sucederam houve a estipulação de uma *conditio sine qua non* para o desempenho da **função social** a ser exercida pelo imóvel, qual seja, a manutenção de uma creche ou orfanato para o fim único e exclusivo de manutenção de órfãos carentes – condição esta imposta na origem pelo Município de Porto Alegre.

14 - Cumpre ressaltar que, ocorrendo uma doação modal (a que se impõe certa obrigação ao donatário), esta em nada se assemelha às cláusulas restritivas do poder de disposição, não havendo assim qualquer impedimento à transmissão de propriedade do imóvel onerado com a referida cláusula. Tanto que o referido imóvel passou do Município de Porto Alegre para X. e, desta para a SOCIEDADE F. Zona Central (SOCIEDADE J.); agora, por força da incorporação societária referida, para a propriedade da 1ª Ré, ASSOCIAÇÃO C.

15 - A SOCIEDADE J. e agora a ASSOCIAÇÃO C. pretendem, sob última análise, devolver o imóvel ao patrimônio do Municí-

pio de Porto Alegre, nos termos do que ficou entabulado *nos autos da ação nº 001/1.08.0050213-6*, **acordo devidamente homologado pelo juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Porto Alegre.**

16 - O Município não tem como receber a referida “parte” do imóvel por intermédio de contrato de doação, isto porque a **doação** implicaria encargos ao Município de Porto Alegre, seja no que tange **(1)** a necessidade de desmembramento do imóvel, **(2)** seja na particularidade de receber um todo maior e não ter como devolver à doadora a parte que não corresponderia a doação efetivada, visto que a parte a ser doada é parte integrante de um todo maior. Soma-se a este fato a possibilidade e, talvez, o dever do Município em realizar procedimento licitatório para executar o encargo, o que envolveria a impossibilidade fática e jurídica da retomada do imóvel. Além da **(3)** necessidade de devolução do preço pago pela Sra. X.

17 - Importante dizer que o Município de Porto Alegre não está tentando realizar algum negócio jurídico, visto que ficou acertado entre as partes que o imóvel seria devolvido ao Município de Porto Alegre na eventual hipótese de não ser destinado mais ao fim ao qual o encargo foi estabelecido.³⁵² Ainda cabe dizer que o encargo existente na doação proposta, não seria apenas o relativo ao desmembramento, mas, também, nos termos da cláusula condicionante aposta na matrícula, **a devolução do preço original pago pela compradora do imóvel.**³⁵³ Compradora esta que já faleceu e que tem-se a notícia de que o Senhor **B.** seria um dos possíveis sucessores aptos a receber o preço a ser pago ou dizer o destino para o qual deverá ser destinado o preço do imóvel.

18 - Assim, para que o Município possa receber o imóvel no

³⁵² Para a realização de negócios jurídicos que imponham obrigação ao Município de Porto Alegre, qualquer seja ela, far-se-ia necessária a estrita obediência aos ditames da Lei 8.666/93.

³⁵³ Aqui ter-se-ia uma situação de alegada complexidade. A cláusula dispõe a necessidade de devolver o preço pago à compradora. A compradora do imóvel original foi quem não consta na aludida matrícula, mas que o Município tem conhecimento ser X. O Laudo de Avaliação aponta para o valor do imóvel como sendo de R\$52.745.000,00. Ainda que este não tenha sido o valor originariamente pago, este valor poderia ser exigido (frise-se: poderia) por quem entende-se portador do direito (Sucessão de X.).

seu patrimônio necessário faz-se a existência de sentença declaratória e constitutiva para (1) declarar satisfeita a condição acertada entre as partes e aposta na matrícula, de que o imóvel não cumpre mas a sua função social (orfanato); (2) determinar o desmembramento da área a ser transferida para o Município de Porto Alegre, com a ordem de transcrição no Registro Imobiliário correspondente da área descrita no item 7; e, por fim, (3) declarar a correção do preço ofertado e depositado em juízo em favor da Sucessão credora, que deverá ser recebido pelo representante da Sucessão de X.

19 - O fundamento jurídico para a presente ação, além do próprio acerto consolidado pelo processo nº 001/1.08.0050213-6, devidamente transitado em julgado, e que faz lei entre as partes, é o disposto no artigo 501 do CPC, “in verbis”:

Art. 501 Na ação que tenha por objeto a emissão de declaração de vontade, a sentença que julgar procedente o pedido, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida.

20 - O art. 501 do CPC de 2015, embora tenha redação similar ao art. 466-A do CPC de 1973³⁵⁴, quer regular, conjuntamente, a regra contida também no art. 466-B do CPC de 1973³⁵⁵, abrangendo-a. Até porque, bem entendidos, aqueles dois dispositivos, a despeito de sua diversa redação, conduzem seu intérprete a uma só regra. Sempre que a ação tiver por objeto a emissão de declaração de vontade, a sentença de procedência transitada em julgado produzirá todos os efeitos da declaração não emitida.³⁵⁶

21 - Não existe no presente um contrato preliminar que restou inadimplido por uma das partes; mas uma avença homologada em juízo, com força de coisa julgada, que para ser imple-

³⁵⁴ Art. 466-A. Condenado o devedor a emitir declaração de vontade, a sentença, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida.

³⁵⁵ Art. 466-B. Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado.

³⁵⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 332-333.

mentada necessita da força do ato judicial para implementar seus efeitos e para regularizar a situação.

22 – A 1ª Ré NÃO tem mais o interesse em se manter sequer na posse do referido imóvel, tanto que já formalizou com o Município de Porto Alegre a “devolução” de fato do imóvel, conforme pode se ver pelo teor do **doc. 07**. O imóvel de fato já foi devolvido ao Município de Porto Alegre.

23 – Nos termos do que foi acordado em juízo (processo nº 001/1.08.0050213-6, fls. 520-525) e que consta definitivamente registrado na matrícula do imóvel, *não sendo mais o imóvel destinado a um asilo para meninos ou meninas órfãos, não se destinando mais ao atendimento de crianças carentes, **deverá voltar dito terreno ao patrimônio do Município, sendo devolvido à compradora (Sucessão de X.) a importância da compra.***

24 – O Município, por sua Equipe de Controle de Cálculos Judiciais da CGM/SMF, atualizou o valor de \$19.672.000,00 (dezenove milhões e seiscentos e setenta e dois mil réis), desde **07/01/1992**. Em 1º/11/1942 ocorreu mudança de moeda, passando a referida importância para Cr\$19.672,00 (dezenove mil, seiscentos e setenta e dois cruzeiros). O primeiro índice de medição de inflação no Brasil é o IGP-DI da Fundação Getúlio Vargas, iniciado em 01/02/1944. Assim, o valor que deverá ser pago à Sucessão de X. é de **R\$54.492,47 (cinquenta e quatro mil, quatrocentos e noventa e dois reais e quarenta e sete centavos) – doc. 08.**

III – DO PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA.

25 – Nos termos do artigo 300 do CPC, *“a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”*. O Município precisa ser imediatamente imitado na posse do imóvel, para que possa exercer os direitos que decorrem da propriedade do bem (ainda que esta venha a ser declarada apenas no julgamento definitivo da ação). Antes que possa usar, gozar e dispor da coisa, nos termos do artigo

1228 do Código Civil, *o Município deve proteger, guardar a coisa, sob pena de invasão e apropriação por terceiros possuidores.*

26 – Importante dizer à Vossa Excelência que ante interesse inequívoco da 1ª Ré em entregar o imóvel ao Município de Porto Alegre, a Guarda Municipal já está exercendo uma espécie de proteção ao local; todavia, faz-se importante uma medida judicial autorizadora para que dita proteção seja legítima e duradoura.

27 – Da mesma forma, ato contínuo e subsequente, o Município requer seja expedido ofício ao Registro de Imóveis da 1ª Zona, para que fique averbado na Matrícula nº 153.308, a existência da presente ação que visa declarar a propriedade de parte do imóvel ao Município de Porto Alegre.

28 – Ainda em sede de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, o Município requer a expedição de Guia de Depósito Judicial para fins de consignar em juízo o valor de **R\$54.492,47 (cinquenta e quatro mil, quatrocentos e noventa e dois reais e quarenta e sete centavos)**, que deverá ser destinado à Sucessão de X.

IV – DOS PEDIDOS.

29 – Ante todo o exposto nesta petição, requer o Autor o seguinte:

a) A citação da parte Ré, nos endereços e nas pessoas que a representam, conforme informado no introito desta peça, para contestar, se assim o desejarem, esta ação, sob pena de ser declarada a revelia e aplicada a pena de confissão;

b) O julgamento de procedência definitivo dos pedidos de tutela de urgência formulados, no que dizem respeito a **(b1) imissão na posse definitiva do Município na área e (b2) para declarar como líquido e certo o valor devido pelo Município à Sucessão de X.**, nos termos dos itens 24 e 28 desta peça;

c) O julgamento de procedência da ação, para que seja o Município de Porto Alegre declarado proprietário da área **de 16.394,00m2, contida na matrícula 153.308, do Registro de**

Imóveis da 1ª Zona de Porto Alegre, nos termos da seguinte descrição:

UMA ÁREA DE TERRAS URBANA, de dezesseis mil, trezentos e noventa e quatro metros quadrados (16.394,00m²), contendo um grande prédio de construção sólida, adaptado ao fim que se destina, localizado, dito terreno, com frente na Rua Dona Leonor, distante 90,85 metros da esquina com a Rua Professor Álvaro Alvim, na cidade de Porto Alegre, RS, o qual é constituído de parte do imóvel objeto da Matrícula nº 153.308, Livro 2 – Registro Geral, de 03 de dezembro de 2002, do Ofício do Serviço Registral da 1ª Zona da Comarca de Porto Alegre, cuja área possui as seguintes medidas e confrontações: *A área parte do ângulo formado pelas linhas divisórias leste e norte, seguindo rumo sul e medindo 133,65 metros de frente à Rua Dona Leonor, lado par, distanciando 90,85 metros da esquina da Rua Professor Álvaro Alvim, confrontando ao Leste com a Rua Dona Leonor; a seguir, a linha divisória tem o sentido leste oeste e mede 77,56 metros, confrontando ao sul, com o imóvel originário da matrícula nº 161.715, no qual se encontra construído o Edifício Residencial Bosque Rio Branco; em seguida, tem o sentido sul norte e mede 82,61 metros, confrontando ao oeste, com parte do imóvel da mesma matrícula, de propriedade da Sociedade [F.] "Zona Central"; a seguir, segue o sentido sul norte e mede 127,98 metros, por uma cerca ali existente, confrontando ao oeste, com parte do imóvel da mesma matrícula, de propriedade da Sociedade [F.] 'Zona Central'; em seguida, tem o sentido oeste leste e mede 40,06 metros, confrontando ao norte, com o alinhamento da Rua Cabral; após, tem o sentido norte sul, onde mede 53,00 metros, em seguida rumo a oeste leste, onde mede 21 metros, a seguir rumo norte sul por 5,25 metros e finalmente rumo oeste leste por 78,06 metros, fechando o perímetro desta descrição, confrontando ao Leste, Norte, Leste e novamente Norte, respectivamente, com propriedades de [...] e outro, [...] e [...]. Bairro Rio Branco. Quarteirão: Ruas Cabral, Dona Leonor, Professor Álvaro Alvim e Paulino Teixeira.*

c1) Como consectário do pedido anterior, deverá ser expedido ofício ao Registro de Imóveis da 1ª Zona de Porto Alegre, para que se determine a abertura de nova matrícula com o desmembramento da área acima indicada da área correspondente a matrícula 153.308, com seus registros correspondentes;

d) Requer provar os fatos aqui alegados por todos os meios de provas admitidos em direito, especialmente a prova documental que acompanha esta pela e a que ainda poderá ser produzida, prova testemunhas, pericial e depoimento pessoal das partes;

e) O Município entende possível, neste caso, a realização de audiência de conciliação para resolução mais célere da controvérsia.

Nestes termos, pede deferimento.

Porto Alegre, 24 de julho de 2017.

Nelson Nemo Franchini Marisco
Procurador Municipal

Roberto Silva da Rocha
Procurador-Geral Adjunto DPUMA

ÁREA DO DIREITO: DIREITO ADMINISTRATIVO/MUNICIPAL – RESPONSABILIDADE CIVIL

DESAPROPRIAÇÃO AMIGÁVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ALAGAMENTOS. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO PODER PÚBLICO NA OMISSÃO. EXCLUDENTE DO NEXO CAUSAL. FORÇA MAIOR. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE CIVIL.

Patricia Dornelles Schneider³⁵⁷

Processo n. 001/1.16.0095391-4 – 5ª Vara Da Fazenda Pública

Réu: Município de Porto Alegre

Sentença prolatada pelo Juiz de Direito Dr. Murilo Magalhães Castro Filho

Data: 06/07/2017

Trata-se de decisão de 1º grau que acolheu os fundamentos da defesa do Município, e julgou improcedente a ação interposta, na qual havia pedido de revisão dos valores já pagos pela Municipalidade a título de desapropriação administrativa e, ainda, pedido de indenização por danos materiais e morais, em razão de alagamentos ocorridos e que seriam decorrentes das obras (Av. Tronco), que estariam inacabadas pelo Poder Público.

A tese da defesa foi acolhida pela sentença, com base nos fundamentos de impossibilidade de revisar o valor que fora livremente acordado pelas partes de forma consensual e pago pelo Município através da desapropriação amigável.

Foi também acolhida a tese de defesa acerca da necessidade de comprovação de culpa da Administração Municipal em caso de falha ou omissão do serviço prestado e que teria cau-

³⁵⁷ Procuradora Municipal de Porto Alegre.

sado os alagamentos mencionados, por ausência absoluta de provas de culpa do Poder Público que, inclusive, juntou o Decreto de calamidade pública, editado em 29/01/2016, época dos fatos alegados (Decreto Municipal 19.297, de 1º de fevereiro de 2016), e que caracterizou a força maior que exclui o dever de indenizar e, portanto, afasta o dever de indenizar.

A sentença assim fundamentou o juízo de improcedência da ação interposta:

A autora, pessoa maior e capaz, aceitou livremente os termos e os valores definidos para a desapropriação, inexistindo nos autos qualquer invocação de existência de vício de vontade ou social no momento da concretização do ato jurídico, o que impede a sua modificação, notadamente em relação ao valor. De outro lado, o fato de outros imóveis terem sido acertados valores diferentes não autoriza a revisão postulada pela autora, devendo ser mantido, na íntegra, o negócio jurídico entabulado pelos envolvidos.

Com relação ao pedido indenizatório, a parte autora defende que as obras inacabadas no local teriam causado o alagamento da sua residência.

A responsabilidade pelos alegados prejuízos, por não configurar consequência direta da conduta dos agentes públicos, mas sim na alegação de falha ou omissão na prestação do serviço (atraso no término da obra), é subjetiva, havendo a necessidade de demonstração do agir culposo e ou doloso do agente público e do nexo de causalidade entre o fato e os danos reclamados.

É a conhecida faute du service, originária do direito francês, assim definida por Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Ocorre a culpa do serviço ou “falta do serviço” quando este não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou funciona atrasado. É mister acentuar que a responsabilidade por “falta de serviço”, falha do serviço ou culpa do serviço (faute du service, seja qual foi a tradução que se lhe dê,) não é, de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva, ao contrário do que entre nós e alhures, às vezes, tem-se inadvertidamente suposto. É responsabilidade subjetiva porque baseada na culpa (ou dolo), como sempre advertiu o Prof. Oswaldo

Aranha Bandeira de Mello” (in Curso de Direito Administrativo, 12ª edição, páginas 784/785, Editora Malheiros).

No caso em exame, competia à parte autora demonstrar, modo inequívoco, que o alagamento ocorrido em sua residência tiveram como origem direta as obras inacabadas, o que não ocorreu durante a instrução.

Ao revés, o requerido demonstrou que as chuvas que assolaram Porto Alegre na data apontada nos autos (29.1.2016) foram de proporções incomuns e devastadoras para a cidade e moradores, tanto que foi decretado estado de emergência (Decreto Municipal nº 19.297/16), restando caracterizada a força maior que exclui totalmente o dever de indenizar.

Neste sentido o julgado:

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO PERANTE O USUÁRIO. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. FORÇA MAIOR DECORRENTE DE CALAMIDADE DE GRANDES PROPORÇÕES PROVOCADA POR FORÇA DA NATUREZA. CIRCUNSTÂNCIA EXCEPCIONAL A EXIMIR A REQUERIDA DE RESPONSABILIZAÇÃO POR EVENTUAL DANO MORAL SUPORTADO PELO USUÁRIO. Interrupção do fornecimento de energia elétrica no mês de setembro na residência da autora. Instituto do dano moral que não pode ser subvertido como meio de controle ou tutela da entidade colaboradora da administração. A responsabilidade contratual da concessionária de serviço público perante o seu usuário que deve ser tida por objetiva, mas fundada no risco administrativo, devendo ser excluída em casos de força maior. Condições meteorológicas na região do Município de Candiota a demonstrar situação excepcional decorrente das fortes chuvas que atingiram a localidade, com ventos de mais de 100 Km/h, e que culminaram com a decretação de calamidade pública pela Municipalidade a justificar a interrupção do serviço. Responsabilidade da concessionária afastada frente à comprovação de ocorrência de força maior. Inteligência do artigo 6º, parágrafo 3º, inciso I da lei 8987. Sentença reformada. RECURSO PROVIDO. (Recurso Cível Nº 71002757722, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Carlos Eduardo Richinitti, Julgado em 28/04/2011).

Portanto, em que pese ainda não transitada em julgado a sentença de 1º grau, a decisão é importante na medida em que acata mais de uma linha de defesa do Município nas ações indenizatórias com pedido de danos morais e materiais em caso de alagamentos.

A decisão acolhe tanto a necessidade de comprovação da prova da culpa do Poder Público nos casos de falha ou omissão do serviço público para gerar o dever de indenizar, como também a excludente da responsabilidade civil, que afasta o nexo causal em qualquer uma das modalidades de responsabilidade (subjéctiva ou objectiva). De acordo com a sentença, a excludente de responsabilidade civil ficou consubstanciada no Decreto municipal do Sr. Prefeito (Decreto nº 19.297/2016), declarando de calamidade pública a situação ocorrida em razão das fortes chuvas do dia 29 de janeiro de 2016, na Cidade de Porto Alegre, verdadeira força maior que rompe o nexo causal afastando o dever de indenizar.

ÁREA DO DIREITO: DIREITO ADMINISTRATIVO

AÇÃO DE INTERDITO PROIBITÓRIO PARA DEFESA DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS EM REPARTIÇÕES ITINERANTES

Roberto Silva da Rocha³⁵⁸

A Administração Pública do Município de Porto Alegre, a partir de 2017 implementou o evento denominado “Prefeitura nos Bairros”, objetivando incrementar a presença do Poder Público Municipal nos bairros de Porto Alegre, em especial naqueles com menor índice de desenvolvimento humano e intensa criminalidade.

A base jurídica desta iniciativa plasmou-se na edição do Decreto n.º 19.826, de 30 de agosto de 2017. Conforme regulamentado, a “Prefeitura nos Bairros” caracteriza-se pela disponibilização de serviços públicos à população em bairros carentes de Porto Alegre, conforme previamente divulgado no portal eletrônico do Município, por agentes e servidores públicos, aos sábados, das 10 (dez) às 16 (dezesesseis) horas.

Trata-se, pois, de oferecimento de serviços públicos de forma itinerante, em dias e horários mais convenientes aos destinatários, voltados especialmente para atividades de caráter educativo, de valorização da cidadania, da cultura, da educação e da solidariedade, bem como para o desenvolvimento de hábitos de higiene, limpeza, preservação do meio ambiente e da saúde, prevenção e combate a doenças, mediante realização de exames médicos e laboratoriais, vacinação, entre outras medidas e encaminhamentos.

Assim, por força do mencionado Decreto, as repartições públicas são oficialmente instaladas no local do evento, medi-

³⁵⁸ Procurador Municipal de Porto Alegre.

ante a utilização de unidades móveis como caminhonetes, ônibus, caminhões e tendas.

Os agentes e servidores públicos, em exercício, preservam suas características institucionais, e respectivos direitos e deveres, nos termos da Legislação Municipal, Estadual e Federal, sendo-lhes devido o tratamento constitucional e legal imposto a todos, em suas repartições originais.

Ocorre que, não obstante a receptividade das populações beneficiárias, sabidamente carentes de políticas públicas em locais e horários mais convenientes, constatou-se que grupo de servidores públicos do Município de Porto Alegre, orquestrados pelo respectivo Sindicato, passaram a comparecer aos eventos com o nítido objetivo de prejudicar o andamento dos trabalhos, inclusive com a abusiva utilização de crianças e adolescentes, sob a alegação de estarem protestando contra projetos do Governo Municipal.

Ainda que se trate de local a céu aberto, não se pode esquecer que, por disposição normativa expressa da autoridade competente, o local do evento ostenta a natureza de repartição pública, devendo com tal ser respeitado por seus frequentadores.

Diante disto, **o Município de Porto Alegre ajuizou ação de interdito proibitório contra o Sindicato dos Municipários**, ressaltando expressamente, contudo, que, de forma alguma, pretendia cercear o direito à livre manifestação política ou de classe, mas tão somente garantir o livre acesso e fruição pelos destinatários dos inúmeros serviços de interesse público prestados no evento.

A ação foi tombada sob o número 001/1.17.0101041-1, tendo recebido do MM. Juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública de Porto Alegre o deferimento do pedido de tutela de urgência, mediante a seguinte fundamentação:

Vistos. Passo a apreciar o pedido liminar, já que não apreciado no Serviço de Plantão Permanente. E, no ponto, é caso de deferimento da medida pleiteada. É verdade que a intenção principal era obter medida judicial visando às

atividades realizadas no dia 2 passado. Porém, como o pedido também se estende aos próximos eventos, não há perda do objeto da ação. **Com efeito, não se desconhece a legitimidade do exercício do direito de greve pelos servidores públicos municipais e até mesmo de manifestação pública política ou ideológica. Todavia, tal direito não pode restringir a posse do ente público em próprio municipal e tampouco obstaculizar a prestação de serviço à coletividade.** Na hipótese, com base nos documentos de fls. 23/29, o requerido arquitetou movimento grevista durante a realização de evento denominado "Prefeitura nos Bairros" do Poder Executivo Municipal. O evento é realizado por "repartições públicas", "oficialmente instaladas no local do evento, mediante a utilização de unidades móveis" (fl. 03) e em praça pública ou locais privados cedidos. O objetivo do administrador, fruto de seu juízo de oportunidade e conveniência, é aproximar a administração pública dos administrados. O interdito proibitório uma espécie de ação possessória, regrada pelos artigos 567 e 568, ambos do Código de Processo Civil, à disposição do possuidor quando houver "justo receio de ser molestado na posse". A providência proibitória pleiteada pelo requerente se justifica, uma vez que a manifestação grevista impede ou obstaculiza o normal funcionamento das atividades dos eventos promovidos pelo ente público, prestando serviço nos bairros mais distantes mediante repartições públicas itinerantes. A posse do autor, seja quando se tratar de locais "públicos ou privados cedidos" (art. 3º do Decreto n.º 19.826/2017), é inequívoca, pública e notória. De outro lado, os documentos de fls. 23/29 dão conta de que, nos dias em que realizados tais eventos, houve bloqueio parcial das atividades, atrapalhando o normal funcionamento dos serviços públicos oferecidos, conforme informado a fls. 18/22. É de conhecimento público que o atual Prefeito Municipal vem sendo criticado por parte do funcionalismo público municipal. No entanto, a resistência ao modelo administrativo ora adotado pelo Executivo não legitima ninguém a impedir ou mesmo embaraçar a prestação de serviços públicos comunitários, ainda mais quando dirigidos à população carente. Assim, uma vez que há indicativo de que tal situação po-

derá ocorrer novamente, até porque a animosidade contra a atual administração pública local dá sinais de recrudescer, e em razão de o evento denominado “Prefeitura nos Bairros” ocorrer todos os sábados, na forma do art. 1º do Decreto n.º 19.826/2017, é caso de deferir a medida pleiteada na petição inicial. (grifado).

Ante o exposto, DEFIRO o pedido liminar e determino que o requerido se abstenha de realizar manifestação grevista dentro do espaço físico destinado ao evento “Prefeitura nos Bairros” do Poder Executivo Municipal, sob pena de incidir em multa no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), por cada dia de descumprimento.

Intime-se. Cite-se. Dos termos da contestação, dê-se vista ao demandante. Após, ao Ministério Público.

Em suma, o Poder Judiciário reconheceu, em sede de ação interdital, que a forma eleita pelo Sindicato demandado para a reivindicação de direitos em favor dos servidores públicos municipais inibe a participação da população destinatária do evento “Prefeitura nos Bairros” e prejudica o pleno desenvolvimento dos trabalhos programados.

Por essa razão, em decisão liminar confirmada em segundo grau, determinou ao Sindicato demandado que abstenha de obstruir ou prejudicar os acessos aos locais onde o Município de Porto Alegre instalar suas repartições públicas para a prestação de serviços de interesse da população, bem como interfira de qualquer forma no bom andamento das atividades acima referidas, sobretudo mediante “gritos e apitaços”, bem como explore a imagem de crianças e adolescentes em manifestações de caráter político ou corporativo.