

2021 - V. 33-Nº 34

r.e
vis
ta

PGM

Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre



REVISTA DA
PROCURADORIA-GERAL
DO MUNICÍPIO DE
PORTO ALEGRE

VOLUME 33
NÚMERO 34
2021

REALIZAÇÃO

CEDIM
CENTRO DE ESTUDOS EM
DIREITO MUNICIPAL



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

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

Anual.

Publicação interrompida em 2018.

Modo de acesso a partir de 2019: online:

http://www2.portoalegre.rs.gov.br/pgm/default.php?p_secao=72

ISSN (edição impressa): 1415-3491.

ISSN (edição digital): 2675-2190.

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

CRÉDITOS

Capa: Alex Fontoura Mendes

Fotografia: Freepik

Normatização e diagramação: Liziane Ungaretti Minuzzo

Revisão Ortográfica: Sandra Denardin

Diagramação final: Fabiana Espírito Santo

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.

Prefeitura de Porto Alegre
Procuradoria-Geral do Município
Centro de Estudos de Direito Municipal
Av. Siqueira Campos, 1300 - Sala 1300
90010-001 - Porto Alegre/RS
Fone: (51) 3289.1498
E-mail: revista@pgm.prefpoa.com.br ou cedim@portoalegre.rs.gov.br
Site: www.portoalegre.rs.gov.br/pgm/revista
Redes Sociais:
Facebook: PGMPoa | Instagram: pgm.poa | Twitter: @PGMPoa
LinkedIn: PGM Porto Alegre | Youtube: PGM Porto Alegre
Spotify: Integridade PGM



CENTRO DE ESTUDOS DE DIREITO MUNICIPAL

Rafael Vincente Ramos (Coordenador)

COMISSÃO EDITORIAL

Rafael Vincente Ramos

Angela Beatriz Luckei Rodrigues

Liziane Ungaretti Minuzzo

CONSELHO EDITORIAL DA REVISTA (Nacional)

Alexandra Giacomet Pezzi

Almiro do Couto e Silva (*in memoriam*)

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)



Prefeitura de Porto Alegre

PROCURADORIA-GERAL
DO MUNICÍPIO

Prefeito:

Sebastião Melo

Vice-Prefeito:

Ricardo Gomes

Procurador-Geral do Município:

Roberto Silva da Rocha

Procuradora-Geral Adjunta de Pessoal, Contratos e Serviços Públicos:

Juliana Bento Cucchiarelli

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

Eleonora Braz Serralta

Procuradora-Geral Adjunta de Assuntos Fiscais:

Cristiane da Costa Nery

Corregedora-Geral:

Clarissa Cortes Fernandes Bohrer

Corregedora-Geral Substituta:

Carin Simone Prediger

Coordenador do Centro de Estudos de Direito Municipal:

Rafael Vincente Ramos

Gabinete da Procuradoria-Geral do Município

Assessoria de Comunicação
Assessoria para Assuntos Especiais e Institucionais
ASSEAEI-LEGIS
Assessoria Técnica do Distrito Federal
Comissão Permanente de Inquérito
Conselho Superior
Central de Conciliação
Centro de Estudos de Direito Municipal
Biblioteca
Procuradoria de Acompanhamento de Processo Eletrônico
Procuradoria de Relações Institucionais e Controle - PRIC
Coordenação das Procuradorias Setoriais e Especializadas Autárquicas
Procuradorias Especializadas e Setoriais

Corregedoria-Geral

Procuradoria-Geral Adjunta de Pessoal, Contratos e Serviços Públicos

Procuradoria de Licitações e Contratos
Gerência de Apoio à CELIC
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 Grandes Dívidas e Atuação Estratégica
Gerência de Distribuição e Análise de Processos
Posto de Arrecadação Fiscal
Procuradoria Tributária
Gerência de Dívidas Não Tributárias
Gerência de Precatórios e Contencioso Especial

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 satisfação que apresentamos à comunidade jurídica a Revista de número 34 da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre, correspondente ao ano de 2021. Como de costume, a revista apresenta artigos, pareceres e manifestações jurídicas, assim como o Município em Juízo.

A seção de artigos inicia com um atualíssimo texto sobre o “regime sancionatório na nova lei de licitações e contratos: mecanismo de prevenção à corrupção” de autoria da advogada, Viviane Mafissoni. Na sequência apresentamos uma série de textos de procuradores municipais com temas de interesse da advocacia pública e da sociedade, em geral: i) autonomia federativa e a importância da autocontenção nas decisões judiciais para a gestão das cidades; ii) liberdade de expressão; iii) programa de *compliance* nas licitações e contratações públicas; iv) teorias da jurisdição e v) mediação de conflitos.

Na seção de pareceres e manifestações jurídicas são apresentados pareceres individuais e coletivos de maior relevância, elaborados por procuradores municipais de Porto Alegre, com o objetivo de dar a necessária segurança jurídica aos gestores públicos municipais, cumprindo, assim, o mandamento do art. 30 da Nova LINDB (Lei nº 13.655/2018). Nesses pareceres são enfrentados problemas complexos envolvendo: interpretação/aplicação de normas previdenciárias, obrigatoriedade de abertura de sindicância para qualquer despesa sem prévio empenho, gastos dos entes federativos com manutenção e desenvolvimento de ensino e, por fim, interessante manifestação jurídica a respeito da definição legal da figura do encarregado, sua função e importância para instituição.

Por derradeiro, a seção do Município em Juízo traz a atuação dos procuradores em processos judiciais, através de recursos, sustentação oral no Supremo Tribunal Federal, bem como a atuação consensual da procuradoria com a assinatura do primeiro acordo de não-persecução cível da PGM.

Como é possível perceber, dessa pequena mostra do trabalho desenvolvido em 2021, os procuradores e procuradoras municipais conseguiram realizar um magnífico trabalho e, assim, possibilitar a implementação de políticas públicas, nas mais diversas áreas para o desenvolvimento da cidade e para o bem-estar da população.

Boa leitura!

Roberto Silva da Rocha
Procurador-Geral do Município de Porto Alegre

Rafael Vincente Ramos
Procurador Municipal de Porto Alegre
Coordenador do Centro de Estudos de Direito Municipal

Liziane Ungaretti Minuzzo
Bibliotecária-chefe

SUMÁRIO

ARTIGOS E ESTUDOS

O REGIME SANCIONATÓRIO NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS: MECANISMO DE PREVENÇÃO À CORRUPÇÃO..... 13
Viviane Mafissoni

A AUTONOMIA FEDERATIVA E A IMPORTÂNCIA DA AUTOCONTENÇÃO NAS DECISÕES JUDICIAIS PARA A GESTÃO DAS CIDADES..... 26
FEDERATIVE AUTONOMY AND THE IMPORTANCE OF SELF-CONTINCTION IN JUDICIAL DECISIONS FOR THE MANAGEMENT OF CITIES
Cristiane da Costa Nery

LEVANDO A LIBERDADE DE EXPRESSÃO A SÉRIO 46
TAKING FREEDOM SPEECH SERIOUSLY
Felipe de Sousa Menezes

A (DES)NECESSIDADE DE PREVISÃO LEGAL PARA A EXIGÊNCIA DE PROGRAMA DE COMPLIANCE (INTEGRIDADE) NAS LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS..... 54
THE (UN)NECESSITY OF LEGAL FORECASTING FOR COMPLIANCE PROGRAM REQUIREMENT (INTEGRITY) IN THE BIDDING AND PUBLIC PROCUREMENT
Gustavo da Silva Santanna
Clóvis Roberto Agliardi Silvei

TEORIAS DA JURISDIÇÃO E A NATUREZA CULTURAL DO PROCESSO..... 70
TEORIE DELLA GIURISDIZIONE E LA NATURA CULTURALE DEL PROCESSO
Hélio Fagundes Medeiros

UMA VISÃO SISTEMICA DO PROCEDIMENTO DE MEDIAÇÃO: AS LIÇÕES DO PENSAMENTO DE MATURANA 80
A SYSTEMATIC VIEW OF THE MEDIATION PROCEDURE
Patricia Dornelles Schneider

PARECERES E MANIFESTAÇÕES JURÍDICAS

PARECER COLETIVO

PARECER COLETIVO 214/2020 - NORMAS PREVIDENCIÁRIAS. PROVENTOS DOS SERVIDORES MUNICIPAIS. APOSENTADORIA. PENSÃO POR MORTE. 90
Deise Moura
Heron Nunes Estrella
Alexandre Salgado Marder
Luig Almeida Mota
Murilo Silveira Corrêa Silva

PARECERES INDIVIDUAIS

PARECER INDIVIDUAL 1214/2021 - APARENTE INCOMPATIBILIDADE ENTRE A LC799/16 E A LC630/09..... 118

Eleonora Braz Serralta

PARECER INDIVIDUAL 1215/2021 - INTERPRETAÇÃO DO ART. 15 E 16 DA LEI COMPLEMENTAR 881/20 E A OBRIGATORIEDADE DE ABERTURA DE SINDICÂNCIA PARA QUALQUER DESPESA SEM PRÉVIO EMPENHO..... 144

Jhonny Prado

PARECER INDIVIDUAL 1216/2021 - EMENDA CONSTITUCIONAL 108/2020. LEI 14.113/20. LIMITES DA APLICAÇÃO. INCREMENTO DOS GASTOS DOS ENTES FEDERATIVOS COM MANUTENÇÃO E DESENVOLVIMENTO DE ENSINO QUE DEVE SER OBSERVADO..... 159

Jhonny Prado

Cristiane da Costa Nery

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA

NOTA TÉCNICA PGADPUMA/PGM 12965240 – DEFINIÇÃO LEGAL DA FIGURA DO ENCARREGADO, SUA FUNÇÃO E IMPORTÂNCIA PARA INSTITUIÇÃO, LEVANDO-SE EM CONTA A LGPD, TRABALHOS DOUTRINÁRIOS NO TEMA E EXPERIÊNCIA DE OUTROS ENTES FEDERATIVOS..... 185

Daniela Copetti Cravo

MUNICÍPIO EM JUÍZO

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. ABERTURA DE LEITOS HOSPITALARES NO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE, DESTINADOS A TRATAMENTO DE PACIENTES INFECTADOS PELA COVID/19..... 192

Gerson Dalle Grave

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO LICITATÓRIO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE CAPINA, ROÇADA E LIMPEZA NO MUNICÍPIO. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL INABILITADA EM LICITAÇÃO POR AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA CAPACIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA..... 196

Líssia Maria Eugênio Lopes

EXECUÇÕES FISCAIS. COBRANÇA DE IPTU E TAXA DE COLETA DE LIXO. AGRAVO DE INSTRUMENTO..... 200

Luciane Favaretto Timmers

INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL
E DA LEI DE EXECUÇÕES FISCAIS. CONTRARIEDADE A PRECEITOS CONSTITUCIONAIS
QUE NORTEIAM E FUNDAMENTAM O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO, ESPECIALMENTE
O PRINCÍPIO FEDERATIVO..... 215

Nelson Nemo Franchini Marisco

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PACOTE
ANTICRIME. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA..... 221

Rafael Ramos

AR
TI
GOS

E

ES

TU

DOS



O REGIME SANCIONATÓRIO NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS: MECANISMO DE PREVENÇÃO À CORRUPÇÃO

Viviane Mafissoni¹

Resumo: A parametrização de procedimentos de apuração de responsabilidade de licitantes e contratados e a necessidade de atuação do gestor público são questões fundamentais ao atendimento do interesse público e da política de compras. E a Nova Lei de Licitações e Contratos – NLLC vem trazendo importantes normativas a respeito do regime sancionatório, evoluindo para regras gerais bem mais claras, facilitando a regulamentação da matéria pelos entes e unidades administrativas e reforçando a necessidade de gestão de ações de prevenção e combate à corrupção, evitando a ocorrência de infrações administrativas em licitações e contratos, especialmente nos pregões eletrônicos, utilizando do instituto da diligência como importante ferramenta.

Palavras-chave: Direito sancionador. Infrações. Sanções. Combate à corrupção.

Abstract: *The parameterization of procedures for determining the liability of bidders and contractors and the need for action by the public manager are fundamental issues in meeting the public interest and the procurement policy. And the New Law on Tenders and Contracts - NLLC has been bringing important regulations regarding the sanctioning regime, evolving to much clearer general rules, facilitating the regulation of the matter by administrative entities and units and reinforcing the need to manage prevention and combat actions to corruption, preventing the occurrence of administrative infractions in bids and contracts, especially in electronic auctions, using the institute of diligence as an important tool.*

Keywords: *Sanctioning law. Infractions. Sanctions. Fight against corruption.*

1 INTRODUÇÃO

Uma das principais novidades da Lei nº 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos - NLLC) é a disciplina das infrações e sanções administrativas, passando para a previsão expressa, em norma geral, de regras a serem cumpridas no processo administrativo de responsabilização de licitantes e contratados.

Tal regramento é fundamental para a ascensão dos preceitos do direito administrativo sancionador, que está em processo de evolução em suas considerações doutrinárias e jurisprudenciais. Ainda que a nova legislação traga mais consistência nas previsões normativas, ela acaba por incorporar o que a jurisprudência já vinha decidindo, facilitando a

¹ **Autora convidada.** Advogada; Especialista em Direito Público; Servidora pública do Poder Executivo do Estado do Rio Grande do Sul desde 2010, em exercício como Chefe de Serviço de Compras Centralizadas da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares – EBSEH, vinculada ao Ministério da Educação. Autora de artigos e palestrante sobre temas que envolvem compras públicas.

atuação na prevenção e no combate à corrupção, inovando em normas de procedimento e reafirmando o poder-dever do gestor em apurar a responsabilidade de licitantes e contratados em condições de cometimento de infrações expressas na NLLC.

A parte que diz respeito às infrações e sanções se encontra prevista no Título IV - Das Irregularidades, em capítulo específico chamado "Das Infrações e Sanções Administrativas". São 9 (nove) artigos que tratam do tema (do artigo 155 ao artigo 163), contra apenas 1 (um) normativo na Lei nº 8.666/1993 (artigo 87), 1 (um) na Lei nº 10.520/2020 (artigo 7º) e 1 (um) na Lei nº 12.462/2011 (artigo 47). Por esse simples fato já se pode confirmar a evolução dos parâmetros sobre a matéria e a intenção do legislador em regulamentar tão importante procedimento para a Administração Pública.

Entre os temas abordados pela nova norma tem-se: no art. 155, a descrição das infrações; no art. 156, a previsão das sanções, dos prazos mínimos e máximos, do âmbito de alcance (amplitude) das sanções, da autoridade competente, da vinculação da sanção aplicável à infração; no art. 157, o prazo de defesa para sanção de multa; no art. 158, o procedimento sancionador e as regras de prescrição; no art. 159, as infrações previstas na lei anticorrupção² e rito; no art. 160, a previsão da desconsideração da personalidade jurídica; no art. 161, as regras de publicidade da sanção em cadastros; no art. 162, a multa de mora; e no art. 163, as condições para reabilitação do sancionado.

O presente artigo tem por escopo apresentar as novas regras sancionadoras, de forma objetiva, trazendo recentes acórdãos do Tribunal de Contas da União (TCU) - sobre a matéria.

2 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DE LICITANTES E CONTRATADOS

O direito administrativo sancionador ainda é tema pouco explorado pela doutrina. Contudo, órgãos de controle e suas jurisprudências têm imposto uma atuação mais efetiva do gestor público na prevenção e combate à corrupção em licitações e contratos e na obrigatoriedade de apuração de infrações administrativas em contratações, exigindo ações que objetivem resultados concretos na gestão de riscos da política de compra pública. Os regramentos normativos também vêm evoluindo. A exemplo da NLLC que, como já destacado, tem tratado da matéria de forma bem mais ampla do que as normas vigentes, do mesmo modo que os regramentos específicos sobre o procedimento sancionador de unidades administrativas no país.³

² BRASIL. **Lei nº 12.843, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 23 nov. 2021.

³ Como exemplo:

BRASIL. Ministério da Infraestrutura. Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes. Instrução Normativa nº 2, de 04 de janeiro de 2019. Dispõe sobre o rito de aplicação das penalidades previstas nas Leis 8.666 de 21 de junho de 1.993, 10.520 de 17 de julho de 2.002 e 12.462 de 04 de agosto de 2011, instituindo o rito procedimental conexo ao Processo Administrativo de Apuração de Responsabilidade - PAAR das infrações praticadas por fornecedores, na fase licitatória e/ou contratual, no âmbito deste

O instituto em destaque é considerável instrumento do exercício do *ius puniendi* estatal. Entretanto tem sido difícil encontrar uma conceituação do próprio termo na doutrina em geral. Nas palavras do autor Francisco Zardo é a teoria que se dedica ao estudo dos princípios e das regras que incidem sobre a infração administrativa que irá consumir-se a partir de uma apuração em processo administrativo⁴. Ou seja, o que a conceituação nos traz são os principais pilares do direito administrativo sancionador, quais sejam: a legalidade, a infração administrativa, os princípios e o processo administrativo apuratório.

Ao passo que tímidas manifestações doutrinárias se ocupam da matéria, a jurisprudência já tem sido bastante significativa ao longo dos últimos 10 anos. Uma cobrança efetiva do gestor na instauração de processo sancionador já pode ser vista desde 2015, quando o Plenário do TCU, através do Acórdão nº 754/2015, orientou “[...] os gestores das áreas responsáveis por conduzir licitações para que autuem processo administrativo visando aferir a responsabilização das empresas que praticarem ato ilegal tipificado no art. 7º da Lei 10.520/2002 [...]”.⁵ Ao tempo, a análise foi feita a partir da prática de reiteradas condutas de não entrega de documentos e não manutenção de propostas por licitantes que acabavam por passar “ílesos” de apuração de responsabilidade, ainda que a tipificação da Lei do Pregão assim destacava.

Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, n.4, p. 24, 7 jan. 2019. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/58029901. Acesso em: 23 nov. 2021.

⁴ “O direito administrativo sancionador é o ramo do direito administrativo que disciplina a aplicação das sanções administrativas. O pressuposto da sanção é a infração administrativa, cuja consumação é apurada em um processo administrativo. Portanto, o direito administrativo sancionador dedica-se ao estudo dos princípios e regras incidentes sobre a infração, a sanção administrativa e o respectivo processo apuratório.”

ZARDO, Francisco. **Infrações e sanções em licitações e contratos administrativos**: com as alterações da Lei anticorrupção (Lei 12.846/2013). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 37-38.

⁵ “[...] 1070.1 oriente os gestores das áreas responsáveis por conduzir licitações para que autuem processo administrativo visando aferir a responsabilização das empresas que praticarem ato ilegal tipificado no art. 7º da Lei 10.520/2002 (peça 252, p. 59, § 298.1), considerando, também, como tal, o pedido de desistência, que equivale à não manutenção da proposta, e a declaração falsa relativa ao cumprimento dos requisitos de habilitação e proposta, a qual considera-se comportamento inidôneo;

1070.2 alerte os gestores das áreas responsáveis por conduzir licitações que a não autuação sem justificativa dos processos administrativos referidos no subparágrafo 1070.1 poderá ensejar a aplicação de sanções a seus gestores, conforme previsão da Lei 6.880/1980, art. 28, inciso IV c/c Lei 10.520/2002, art. 9º e Lei 8.666/1993, art. 82 (peça 252, p. 59, § 298.1);

[...] 51. Destaco apenas que a instauração de procedimento administrativo para aplicação das sanções previstas no art. 7º da Lei 10.520/2002 não se deve dar automaticamente, ou seja, todas as vezes em que ocorrer uma das condutas ali previstas. Tal prática poderia comprometer seriamente a atuação administrativa das unidades jurisdicionadas, em razão do provável grande volume de processos a gerir.

52. Considero apropriado, portanto, orientar as unidades para que instaurem tais procedimentos sempre que as licitantes incorrerem injustificadamente nas práticas previstas na aludida norma. Será evitada, assim, a autuação de processos nos casos em que, desde o início, já é conhecida pela Administração justificativa plausível para o suposto comportamento condenável. [...]”

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 754/2015-Plenário**. Processo 015.239/2012-8. Relatora: Min. Ana Arraes, 8 abril 2015. Disponível em:

<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.contas.uniao;plenario:acordao:2015-04-08;754>. Acesso em: 23 nov. 2021.

Voltando ao contexto conceitual é importante trazer para consideração a decisão do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, RMS 24559/PR, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, que deu destaque informando: os mesmos princípios, garantias e normas do direito processual penal se aplicam ao direito administrativo sancionador⁶.

Portanto, observa-se que a jurisprudência só fez crescer o debate sobre a matéria e passou a nortear diversos procedimentos em todo o país. Claro que isso não passa de um reflexo sobre uma Lei geral de licitações que apenas trata(va) do tema em 1 (um) artigo, no qual não havia sequer uma previsão do que seria uma infração administrativa, assim como não destacava regras procedimentais para condução do sancionamento por parte dos gestores.

Sobretudo, com a nova lei, uma pequena evolução se mostra, não exatamente no sentido de acompanhar a jurisprudência e normativas criadas no âmbito de unidades administrativas, mas com a consolidação de inúmeras decisões de órgãos de controle e de normas esparsas existentes, em especial das vigentes no âmbito federal, trazendo as seguintes previsões:

- a apresentação de descritivo das infrações administrativas;
- a extinção da sanção de suspensão de licitar e contratar do ordenamento licitatório, restando como sanções restritivas de licitar e contratar as penas de impedimento e de inidoneidade;
- a imposição de criação de comissão para apuração das infrações;
- a amplitude (âmbito) das sanções restritivas; e,
- as regras de reabilitação, entre outras.

Conforme o autor Ronny Charles⁷, o direito administrativo sancionador de licitantes e contratados vem evoluindo aos longos dos anos. Desde a legislação e jurisprudência até a doutrina. Se identificarmos as previsões ainda da Lei nº 8.666/1993, percebemos uma referência de análise de condutas irregulares apenas na parte da contratação. Já na Lei nº 10.520/2002 avançou-se no sentido de trazer a descrição das infrações e não só na seara da relação contratual, mas também da fase do procedimento licitatório. Contudo, a NLLC absorveu o melhor dos diplomas em referência.⁸

⁶ Consoante precisas lições de eminentes doutrinadores e processualistas modernos, à atividade sancionatória ou disciplinar da Administração Pública se aplicam os princípios, garantias e normas que regem o Processo Penal comum, em respeito aos valores de proteção e defesa das liberdades individuais e da dignidade da pessoa humana, que se plasmaram no campo daquela disciplina.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **RMS 24.559 PR Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 2007/0165377-1**. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 3 dez. 2009. Diário da Justiça, Brasília, DF, 1 fev. 2010.

⁷ TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de licitações públicas comentadas**. 12. ed. São Paulo: Juspodivm, 2021. p. 754-755.

⁸ "A Lei nº 14.133/2021 absorveu características interessantes de ambos os diplomas, estabelecendo um regime jurídico sancionatório que mescla dos dois anteriores e apresenta ainda alguns avanços."

Ibid, p. 755.

Nesse sentido, os próximos capítulos abordarão as previsões da NLLC buscando sintetizar o sistema apuratório de licitantes e contratados, que passará a ser regra de cumprimento obrigatório a partir de abril de 2023 (em razão do prazo de dois anos previsto no inciso II do art. 193, da Lei nº 14.133/2021).

3 INFRAÇÕES E SANÇÕES NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

O aperfeiçoamento trazido pela NLLC começa pela descrição das infrações administrativas no art. 155 – primeiro artigo a tratar da matéria na nova norma. Situação essa que não é explícita na Lei nº 8.666/1993, mas vem disposta no art. 7º da Lei do Pregão (Lei nº 10.520/2002) e no art. 47 da Lei do Regime Diferenciado de Contratação (Lei nº 12.462/2011), conforme já destacado.

À vista disso, não há grandes modificações em relação às infrações previstas nas leis esparsas, mas importante destacar que o inc. II do art. 155 traz um reforço em relação a inexecução contratual parcial, impondo sanção diversa e mais severa para quando referida infração causar grave dano à Administração, ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo. Já o inc. VIII do art. 155 traz mais uma infração denominada “fazer declaração falsa” (conduta bastante comum na participação de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte quando se autodeclaram na referida condição de forma inverídica). Ademais, uma nova referência na Lei Geral de Licitações e Contratos é a destacada no inc. XII do art. 155, que fala da prática de atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846/2013.

A norma também deixa para traz a infração “cometer fraude fiscal”, disposta nas Leis nº 10.520/2002 e 12.462/2011, de forma assertiva pelo legislador, pois o cometimento de crime fiscal tem seus aspectos já previstos e regulados em normas específicas.

Sobre as espécies de sanções, a NLLC excluiu a sanção de suspensão temporária de participação em licitações e impedimento de contratar com a Administração por prazo não superior a 2 anos constante do art. 87, inc. III da Lei nº 8.666/1993. Manteve a advertência, a multa, o impedimento de licitar e contratar da Lei nº 10.520/2020 e a declaração de inidoneidade.

Normatiza de forma contundente a amplitude das sanções restritivas de licitar e contratar, destacando nos parágrafos 4º e 5º do art. 156, o âmbito de aplicação das sanções de impedimento e de inidoneidade e os prazos mínimos (inidoneidade) e máximos (impedimento e inidoneidade), sendo que atualmente a jurisprudência ainda diverge sobre a amplitude das sanções de suspensão, inidoneidade e impedimento⁹.

Enquanto o § 4º rege a sanção de impedimento e impede o infrator de licitar e contratar com toda a administração pública direta e indireta do ente federativo que tiver aplicado a

⁹ Para compreensão cito o Acórdão nº 2530/2015 do Plenário do TCU, que aborda ser a sanção de inidoneidade de amplitude em todos os entes federados, a sanção de impedimento com amplitude apenas dentro do ente sancionador e a sanção de suspensão com amplitude apenas dentro do órgão sancionador. Já a decisão em REsp nº 151567/RJ, da Segunda Turma do STJ, o Tribunal entendeu que a amplitude das sanções de inidoneidade e de suspensão seria a mesma, ou seja, no sentido de fazer valer sobre todos os entes da federação.

sanção, pelo prazo máximo de 3 (três) anos¹⁰, o § 5º normatiza que a sanção de inidoneidade impedirá o responsável de licitar e contratar no âmbito da administração pública direta e indireta de todos os entes federativos, pelo prazo mínimo de 3 (três) anos e máximo de 6 (seis) anos (sanção mais grave da norma)¹¹.

O § 1º do art. 156 fixa aparatos para cumprir a garantia da justa punição e o devido processo legal, a partir da necessidade de análise de requisitos de proporcionalidade, observando o caso concreto, a natureza e a gravidade da infração, as circunstâncias agravantes e atenuantes, os danos que dela se derem e a implantação ou aprimoramento de programa de integridade (normas em sua maioria já destacadas em leis esparsas, editais e jurisprudência). É um importante norteador do gestor público na instituição de regulamento próprio para a condução de processos administrativos sancionadores, em especial quanto às circunstâncias a serem consideradas atenuantes e agravantes, promovendo uma parametrização de análise das situações verificadas.

Ainda, os parágrafos 2º, 3º, 4º e 5º do art. 156 trazem uma especial singularidade no sentido de vincular a infração ao tipo de sanção a aplicar-se. Ou seja, expressamente conecta a infração ocorrida com a sanção a ser passível de aplicação. No caso da advertência (sanção do inc. I do caput do art. 156), apenas resta vinculada a uma infração, qual seja: relativa à conduta do inc. I do art. 155. Isso proporciona mais clareza à Administração, auxiliando sobre qual a sanção aplicar diante do cometimento de determinadas infrações por licitantes e contratados, impedindo discricionariedades, em especial, no caso de aplicação de sanções graves a infrações menos “expressivas”. Por conseguinte, a norma deixa de associar a sanção de multa a algum tipo determinado de infração, destacando que esta poderá ser aplicada a todas as infrações do art. 155, de forma cumulativa com as demais previstas (nos termos do § 7º do art. 156), regra já prevista na Lei nº 8.666/1993.

Sobre a sanção de multa, então, há de ser bem mais salgada em relação às que já vinham sendo aplicadas pela Administração, por força de normas esparsas, editais e jurisprudência. As atuais normas não traziam a previsão de percentual, restando ao gestor regulamentação sobre os percentuais mínimos e máximos. Agora a NLLC padroniza que a multa não poderá ser inferior a 0,5% e nem superior a 30% do valor do contrato licitado (em caso de sanção de multa aplicada no âmbito de condutas cometidas no procedimento licitatório) ou celebrado (no caso de multa cobrada durante a execução contratual).

A Lei nº 14.133/2021 também dilata o prazo de defesa já previsto na Lei nº 8.666/1993. Ou seja, faculta a defesa do interessado no prazo de 15 dias úteis, contado da data de sua intimação. Isso tanto para a sanção de multa, como para as sanções restritivas de licitar e contratar. Contudo, será que esquece propositalmente o legislador de prever prazo de defesa para a sanção de advertência? Observe que a norma não traz nada nesse sentido. Situação que parece ser passível de resolução por regulamentações específicas dos

¹⁰ Ressaltando que a Lei nº 10.520/2002 já falava neste mesmo âmbito de aplicação, contudo pelo prazo de até 5 anos.

¹¹ Lembrando que a Lei nº 8.666/1993 não traz prazo específico para a pena de inidoneidade, apenas destacando que a sanção é vigente enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição e não foi reabilitado.

gestores, vez ser direito do interessado a oportunização do contraditório e ampla defesa em todo e qualquer processo administrativo.

O autor Felipe Dalenogare Alves destaca a possível caracterização da sanção de advertência como uma advertência “milica”, comparando essa àquela prevista em regimento militar (admoestação), e reforçando que se trata de sanção a ser empregada apenas na fase contratual, já que passível de aplicação apenas na ocorrência da infração do inc. I do art. 155.¹²

Cumprir referir, ademais, que talvez sobre a sanção de advertência tenha sido intenção do legislador a considerar como um mero “alerta”, sem pensar sobre a possível consideração dessa em caso de aplicação de sanção posterior mais grave, na dosimetria da pena.

Outro especial destaque se faz em relação à previsão da necessidade de análise de determinados procedimentos pelas assessorias jurídicas, uma segurança maior aos procedimentos da NLCC como um todo, vez que ampliou o controle de legalidade do órgão jurídico. Entre eles: o constante do § 6º do art. 156, que obriga, no caso de aplicação da sanção de inidoneidade, a precedida análise jurídica; o constante do art. 160, que exige análise jurídica prévia à decisão de desconsideração da personalidade jurídica; e, o procedimento do art. 163 (reabilitação do licitante ou contratado), que obriga a análise jurídica prévia, com posicionamento conclusivo, sobre o cumprimento dos requisitos de reabilitação previstos no ato sancionador.

Sobre o procedimento sancionador em si, a Nova Lei destaca, no art. 158, a necessidade de observância de determinadas regras para o processamento do licitante ou contratado: de instauração de processo de responsabilização; de constituição de comissão formada por no mínimo 2 servidores estáveis em caso de órgão composto por servidores estatutários ou, no caso de órgão não composto por servidores estatutários, formada de 2 (dois) ou mais empregados públicos pertencentes aos seus quadros permanentes, preferencialmente com, no mínimo, 3 (três) anos de tempo de serviço no órgão ou entidade; de providências de intimação para manifestação do licitante ou contratado em 15 dias úteis; da oportunidade de solicitação do licitante ou contratado para produzir provas; bem como, do deferimento do pedido de produção de provas ou com provas juntadas pela comissão, proporcionar ao interessado a apresentação de alegações finais no prazo de 15 (quinze) dias úteis.

O § 4º do art. 158 regulamenta a prescrição, que ocorrerá em 5 anos, contados da ciência da infração pela Administração. Será interrompida pela instauração do processo de responsabilização a que se refere o caput deste artigo, suspensa pela celebração de acordo de leniência previsto na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 ou por decisão judicial que inviabilize a conclusão da apuração administrativa. Referida normatização nada mais destaca que o poder-dever do gestor público para, no prazo de até 5 anos, instaurar processo de responsabilização de licitante ou contratado.

¹² ALVES, Felipe Dalenogare. O risco da advertência "milica" na nova lei de Licitações e Contratos. Disponível em: **Migalhas**, 18 maio 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/345768/o-risco-da-advertencia-milica-na-nova-lei-de-licitacoes-e-contratos>. Acesso em: 23 nov. 2021.

Por força do caput do art. 159, as infrações da Nova Lei ou previstas em normas sobre licitações e contratos, também tipificadas na Lei nº 12.846/2013, serão apuradas e julgadas conjuntamente, nos mesmos autos, observados o rito procedimental e a autoridade competente definidos na referida norma (Lei Anticorrupção).

Outra considerável novidade sobrevém da previsão expressa da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do direito administrativo sancionador. Por força do art. 160, a personalidade jurídica poderá ser desconsiderada no caso desta ser utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, estendendo todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, à pessoa jurídica sucessora ou à empresa do mesmo ramo com relação de coligação ou controle, de fato ou de direito, com o sancionado.¹³ Além disso, conforme já citado, para o procedimento esse a Lei exige análise jurídica prévia à decisão de desconsideração, reforçando o controle de legalidade em procedimento administrativo mais severo aos licitantes e contratados.

Regras de publicidade das sanções estão no art. 161, que obriga órgãos e entidades incluírem as sanções por eles aplicadas, no prazo máximo de 15 dias úteis, nos portais informativos: Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis) e Cadastro Nacional de Empresas Punidas (Cnep), instituídos no âmbito do Poder Executivo Federal. Entretanto, o § único do referido artigo fala da necessidade de regulamentação, pelo poder executivo respectivo, da forma de cômputo e as consequências da soma de diversas sanções aplicadas a uma mesma empresa e derivadas de contratos distintos.

O art. 162 trata da multa de mora em caso de atraso injustificado da execução, frisando que poderá ser esta convertida em compensatória.

A última previsão em matéria sancionadora é a do art. 163, que traz novidades em relação à reabilitação, antes pouco tratada na Lei nº 8.666/1993. Fala da observância de exigências cumulativas para a reabilitação, sendo a especial delas a necessidade de transcurso mínimo de 1 ano da sanção de impedimento e de 3 anos no caso da aplicação da sanção de inidoneidade. Ou seja, a reabilitação se mostra possível tanto para o caso da imposição da sanção de impedimento como para a sanção de inidoneidade, desde que se tenha cumprido, entre outros, com os prazos mínimos de sanção estipulados na norma. Por conseguinte, prevê para a utilização do instituto a obrigatoriedade de análise jurídica prévia, com posicionamento conclusivo sobre o cumprimento dos requisitos de reabilitação, a reparação integral do dano causado, o pagamento da multa aplicada e o

¹³ Situação essa já pacífica na jurisprudência do TCU, vejamos: “O abuso da personalidade jurídica evidenciado a partir de fatos como (i) a completa identidade dos sócios-proprietários de empresa sucedida e sucessora, (ii) a atuação no mesmo ramo de atividades e (iii) a transferência integral do acervo técnico e humano de empresa sucedida para a sucessora permitem a desconsideração da personalidade jurídica desta última para estender a ela os efeitos da declaração de inidoneidade aplicada à primeira, já que evidenciado o propósito de dar continuidade às atividades da empresa inidônea, sob nova denominação”. BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1831/2014-Plenário, TC 022.685/2013-8**. Relator: Min. José Múcio Monteiro, 9 jul. 2014. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.contas.uniao:plenario:acordao:2014-07-09;1831>. Acesso em: 23 nov. 2021.

cumprimento de demais condições previstas no ato punitivo (destaque especial para a obrigatoriedade de se prever no ato punitivo as condições de reabilitação).

Reforça o § único do artigo 163 que a aplicação de sanção para as infrações previstas nos incs. VIII e XII do caput do art. 155 exigirá, como condição de reabilitação do licitante ou contratado, a implantação ou aperfeiçoamento de programa de integridade pelo responsável.

Como boa prática administrativa, já vigente em diversas entidades e órgãos públicos, a definição dos modelos de editais e a presença de cláusulas-padrão tratando do regime sancionador, prevista essa possibilidade no art. 19, inc. IV da NLLC, vem como importante ferramenta da gestão para a padronização de procedimentos de apuração de responsabilidade de licitantes e contratados, reforçando a legalidade do processo administrativo sancionador.

4 DILIGÊNCIAS NOS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS: PRERROGATIVA A INSTAURAÇÃO DE PROCESSO SANCIONADOR?

Ainda que a NLLC faça correlação entre as infrações e sanções e vincule a não entrega de documentos ou não manutenção de proposta por licitantes à sanção de impedimento de licitar e contratar com o ente sancionador (art. 156, § 4º), há de se avaliar quais são as providências que a Administração tem o poder-dever de executar antes da instauração de um processo sancionador de licitantes, por exemplo. A realização de diligências para saneamentos nos procedimentos licitatórios é uma prerrogativa para a não responsabilização?

Se pararmos para analisar a então Lei nº 8.666/1993, em seu art. 43, §3º, observamos que a norma destaca ser facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta. A par disso, muito se discute sobre os “limites” dessas diligências, tendo diversos julgados que tratam do tema¹⁴, no sentido de verificada uma falha, omissão ou obscuridade nos documentos de habilitação ou de proposta existe um poder-dever por parte de pregoeiros e comissão de licitação em realizar diligências, em razão da razoabilidade, eficiência e economicidade, ampliando a competição e primando pela proposta mais vantajosa para Administração Pública. Ou seja, há de se

¹⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1.758/2003 Plenário**. Relator: Walton Alencar Rodrigues, 19 nov. 2003. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.contas.uniao;plenario:acordao:2003-11-19;1758>. Acesso em: 23 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2.627/2013 Plenário**. Relator: Valmir Campelo, 25 set. 2013. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.contas.uniao;plenario:acordao:2013-09-25;2627>. Acesso em: 23 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1.795/2015 Plenário**. Relator: José Mucio Monteiro, 22 jul. 2015. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.contas.uniao;plenario:acordao:2015-07-22;1795>. Acesso em: 23 nov. 2021.

evitar a desclassificação ou inabilitação de licitantes por detalhes irrelevantes, que podem de certo modo ser supridos por diligência.

Nesse sentido, e em razão de consulta formulada pela Central de Licitações do Poder Executivo do Estado do Rio Grande do Sul sobre infrações ocorridas nos pregões eletrônicos e a correlação com o poder-dever de diligências por parte dos pregoeiros para evitar inabilitações, a Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul – PGE-RS, através do Parecer nº 18.051/2020, de lavra da Procuradoria do Domínio Público Estadual¹⁵, baseada nos princípios do formalismo moderado e da busca pela verdade material, destacou a legalidade quanto a realização de diligências administrativas para completar documentação não entregue pelo licitante, quando estes documentos estão disponíveis na internet, podendo o pregoeiro consultar o sítio eletrônico oficial do órgão emitente da certidão e comprovar a regularidade do licitante.

E a PGE-RS complementa que, no caso, resta descabido sancionar o licitante, caso a falta seja verificada e suprida pela Administração. Razão essa que reforça o entendimento de que a realização de diligências deverá sempre ser feita nos casos permissivos, evitando abertura de processos e sancionamentos que possam ser discutidos judicialmente. É importante lembrar que o objetivo da Administração é sancionar licitantes “corruptos”, que se prestam a fraudar licitações para dificultar disputas ou absorver de forma monopolizada o mercado público a determinados “grupos econômicos cartelizados”, e não aqueles responsáveis por erros meramente formais e de “esquecimento”.

Em recente acórdão¹⁶ o Tribunal de Contas da União exarou decisão na acepção de “ampliar” o poder de diligência a ser realizado por pregoeiros quando da condução de

¹⁵ EMENTA: CENTRAL DE LICITAÇÕES – CELIC – PREGÃO -PROCEDIMENTO DE PENALIZAÇÃO DE LICITANTES – CONDUTA FALTOSA – DEIXAR DE APRESENTAR DOCUMENTO OU APRESENTAR DOCUMENTO INCOMPLETO – ARTIGO 7º DA LEI Nº 10.520/02 – INCIDÊNCIA [...] 2. Com base nos princípios do formalismo moderado e da busca pela verdade material, conclui-se pela legalidade de a Administração efetuar diligências administrativas para completar documentação não entregue pelo licitante, quando estes documentos estão disponíveis na internet, podendo consultar o sítio eletrônico oficial do órgão emitente da certidão e comprovar a regularidade do licitante. Nesse caso, descabido será penalizar o licitante, pois a falta estará devida e legitimamente suprida pela Administração Pública.

RIO GRANDE DO SUL. Procuradoria-Geral do Estado. Procuradoria do Domínio Público Estadual. **Parecer nº 18.051/20**. Autora: Helena Beatriz Cesarino Mendes Coelho, 13 fev. 2020. Disponível em: <http://sid.pge.rs.gov.br/pareceres/pa18051.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2021.

¹⁶ REPRESENTAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO REGIDO PELO DECRETO 10.024/2019. IRREGULARIDADE NA CONCESSÃO DE NOVA OPORTUNIDADE DE ENVIO DE DOCUMENTAÇÃO DE HABILITAÇÃO AOS LICITANTES, NA FASE DE JULGAMENTO DAS PROPOSTAS, SEM QUE O ATO TENHA SIDO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. PROCEDÊNCIA. REVOGAÇÃO DO CERTAME. MEDIDA CAUTELAR PLEITEADA PREJUDICADA. CIÊNCIA AO JURISDICIONADO ACERCA DA IRREGULARIDADE. OITIVA DO MINISTÉRIO DA ECONOMIA SOBRE A CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DE IMPLANTAÇÃO DE MELHORIAS NO SISTEMA COMPRASNET. 1. Admitir a juntada de documentos que apenas venham a atestar condição pré-existente à abertura da sessão pública do certame não fere os princípios da isonomia e igualdade entre as licitantes e o oposto, ou seja, a desclassificação do licitante, sem que lhe seja conferida oportunidade para sanear os seus documentos de habilitação e/ou proposta, resulta em objetivo dissociado do interesse público, com a prevalência do processo (meio) sobre o resultado almejado (fim). 2. O pregoeiro, durante as fases de julgamento das propostas e/ou habilitação, deve sanear eventuais erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica, mediante decisão fundamentada, registrada em ata e acessível aos licitantes, nos termos dos arts. 8º, inciso XII, alínea “h”; 17, inciso VI; e 47 do Decreto 10.024/2019; sendo que a vedação à inclusão de novo documento, prevista no art. 43, §3º, da Lei 8.666/1993

certames e do não envio de documentos de habilitação, admitindo a juntada de documentos que venham a atestar condição pré-existente à abertura da sessão pública do certame, vez que não fere os princípios da isonomia e igualdade entre as licitantes e o oposto. E reforça, por conseguinte, que a desclassificação do licitante, sem que lhe seja conferida oportunidade para sanear os seus documentos de habilitação ou proposta, resulta em objetivo dissociado do interesse público.

A decisão se baseia, ainda, no art. 64 da Lei nº 14.133/2021, que normatiza no sentido de que após a entrega dos documentos para habilitação, não será permitida a substituição ou a apresentação de novos documentos, salvo em sede de diligência, para complementação de informações acerca dos documentos já apresentados pelos licitantes e desde que necessária para apurar fatos existentes à época da abertura do certame e para a atualização de documentos cuja validade tenha expirado após a data de recebimento das propostas.

Referidas manifestações devem ser levadas em consideração na análise das condutas pela comissão de apuração de responsabilidade de licitantes e contratados, tanto para analisar a não aplicação de sanção, tanto para recomendar às divisões que conduzem os procedimentos licitatórios a necessidade de realização de diligências previamente à desclassificação ou inabilitação.

5 CONCLUSÃO

Importa frisar que as normas sancionadoras constantes da Lei nº 14.133/2021 não podem ser aplicadas imediatamente em editais e contratos, por força do disposto nos arts. 191 e 193 da Nova Lei, em razão da proibição de cumulação de normas. Ou seja, a Administração, dentro do prazo de 2 anos a contar da publicação da Lei, poderá optar entre processar suas licitações de acordo com a Nova Lei ou de acordo com as até então vigentes (Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011), sendo proibida a aplicação combinada de referidas normas.

E no caso do procedimento de aplicação de sanção da nova lei não resta diferente. Além de regulamentação dos aspectos da Lei nº 14.133 como um todo, necessário que se regulamente, seja na forma de edital ou de normativo, o procedimento administrativo sancionador como um todo, desde a criação de comissão, até as regras para “somatório” das sanções previsto no art. 161, § único, buscando dar transparência e revelar parametrização na apuração de responsabilidade, almejando prevenir e combater a corrupção de forma eficiente e célere.

e no art. 64 da Nova Lei de Licitações (Lei 14.133/2021), não alcança documento ausente, comprobatório de condição atendida pelo licitante quando apresentou sua proposta, que não foi juntado com os demais comprovantes de habilitação e/ou da proposta, por equívoco ou falha, o qual deverá ser solicitado e avaliado pelo pregoeiro.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1.211/2021 Plenário**. Relator: Marcos Bemquerer, 11 maio 2011. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.contas.uniao;plenario:acordao:2011-05-11;1211>. Acesso em: 23 nov. 2021.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Felipe Dalenogare. O risco da advertência "milica" na nova lei de Licitações e Contratos. Disponível em: **Migalhas**, 18 maio 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/345768/o-risco-da-advertencia-milica-na-nova-lei-de-licitacoes-e-contratos>. Acesso em: 23 nov. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 12.843, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 23 nov. 2021.
- BRASIL. Ministério da Infraestrutura. Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes. Instrução Normativa nº 2, de 04 de janeiro de 2019. Dispõe sobre o rito de aplicação das penalidades previstas nas Leis 8.666 de 21 de junho de 1.993, 10.520 de 17 de julho de 2.002 e 12.462 de 04 de agosto de 2.011, instituindo o rito procedimental conexo ao Processo Administrativo de Apuração de Responsabilidade - PAAR das infrações praticadas por fornecedores, na fase licitatória e/ou contratual, no âmbito deste Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, n.4, p. 24, 7 jan. 2019. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/58029901. Acesso em: 23 nov. 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **RMS 24.559 PR Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 2007/0165377-1**. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 3 dez. 2009. Diário da Justiça, Brasília, DF, 1 fev. 2010.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 754/2015-Plenário**. Processo 015.239/2012-8. Relatora: Min. Ana Arraes, 8 abril 2015. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.contas.uniao;plenario:acordao:2015-04-08;754>. Acesso em: 23 nov. 2021.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1.211/2021 Plenário**. Relator: Marcos Bemquerer, 11 maio 2011. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.contas.uniao;plenario:acordao:2011-05-11;1211>. Acesso em: 23 nov. 2021.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1.758/2003 Plenário**. Relator: Walton Alencar Rodrigues, 19 nov. 2003. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.contas.uniao;plenario:acordao:2003-11-19;1758>. Acesso em: 23 nov. 2021.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1.795/2015 Plenário**. Relator: José Mucio Monteiro, 22 jul. 2015. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.contas.uniao;plenario:acordao:2015-07-22;1795>. Acesso em: 23 nov. 2021.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1.831/2014-Plenário, TC 022.685/2013-8**. Relator: Min. José Mucio Monteiro, 9 jul. 2014. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.contas.uniao;plenario:acordao:2014-07-09;1831>. Acesso em: 23 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2.627/2013 Plenário**. Relator: Valmir Campelo, 25 set. 2013. Disponível em:
<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.contas.uniao;plenario:acordao:2013-09-25;2627>.
Acesso em: 23 nov. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Procuradoria-Geral do Estado. Procuradoria do Domínio Público Estadual. **Parecer nº 18.051/20**. Autora: Helena Beatriz Cesarino Mendes Coelho, 13 fev. 2020. Disponível em:
<http://sid.pge.rs.gov.br/pareceres/pa18051.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2021.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de licitações públicas comentadas**. 12. ed. São Paulo: Juspodivm, 2021.

ZARDO, Francisco. **Infrações e sanções em licitações e contratos administrativos**: com as alterações da Lei anticorrupção (Lei 12.846/2013). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

A AUTONOMIA FEDERATIVA E A IMPORTÂNCIA DA AUTOCONTENÇÃO NAS DECISÕES JUDICIAIS PARA A GESTÃO DAS CIDADES

FEDERATIVE AUTONOMY AND THE IMPORTANCE OF SELF-CONTINCTION IN JUDICIAL DECISIONS FOR THE MANAGEMENT OF CITIES

Cristiane da Costa Nery¹

Resumo: A partir da autonomia federativa instituída pela Constituição Federal, cabe aos entes da federação dispor sobre suas competências constitucionais, dentre elas as questões relacionadas à saúde pública e ao combate à pandemia por coronavírus (COVID-19). A interferência indevida de um Poder sobre o outro pode ocasionar desorganização e descontinuidade administrativas, além de impactar negativamente na gestão das políticas públicas, especialmente a local, que enfrenta de forma direta as crises econômica e sanitária instaladas a partir da pandemia. O presente estudo pretende demonstrar a importância do respeito à autonomia federativa, em especial nas decisões judiciais, enfatizando que a autocontenção entre os Poderes possui papel colaborativo essencial no sistema federativo e na observância dos princípios constitucionais estabelecidos no ordenamento jurídico vigente, principalmente em momentos de grave crise como a vivenciada.

Palavras-chave: Autonomia. Federação. Autocontenção. Gestão. Colaboração.

Abstract: Based on the federative autonomy established by the Federal Constitution, it is up to the federation entities to dispose of their constitutional powers, including issues related to public health and the fight against the coronavirus pandemic (COVID-19). The undue interference of one Power over the other can lead to administrative disorganization and discontinuity, in addition to negatively impacting the management of public policies, especially the local, which directly faces the economic and health crisis installed as a result of the pandemic. This study intends to demonstrate the importance of respecting federative autonomy, especially in judicial decisions, emphasizing that self-restraint between the Powers has an essential collaborative role in the federative system and in compliance with the constitutional principles established in the current legal system, especially in times of serious crisis as the one experienced.

Keywords: Autonomy. Federation. Self-restraint. Management. Collaboration.

¹ Procuradora Municipal de Porto Alegre, no exercício da Procuradoria-Geral Adjunta de Assuntos Fiscais. Graduada em Direito pela PUCRS. Pós-Graduada em Direito Municipal pela UFRGS/ESDM. Conselheira Estadual da OAB/RS. Diretora de Atividades Culturais da ESA/OAB-RS. Mestranda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do RS. Integrante do grupo de pesquisas da Faculdade de Direito da UFRGS sobre Reforma Tributária, coordenado pelo prof. Igor Danilevicz e vinculado ao CNPq. Coordenadora científica da Revista Brasileira de Direito Municipal, periódico da Ed. Fórum. E-mail: cris@nerycunha.com.br.

1 INTRODUÇÃO

Com a autonomia conferida aos municípios a partir da Constituição Federal de 1988², as demandas locais se acentuaram, assim como o dever das municipalidades de dar conta das competências constitucionais para garantir os direitos fundamentais previstos.

O direito à saúde, à moradia, à educação, o direito à transparência de dados, a gestão fiscal adequada, são alguns exemplos de competências que cabem aos entes públicos, os quais devem lhes dar concretude por meio da implementação das respectivas políticas públicas. A partir da municipalização de serviços, instrumentos urbanísticos foram aprimorados, formas não tributárias de financiamento das cidades passaram a ser buscadas e utilizadas e a gestão fiscal adequada e profissional tornou-se imprescindível, assumindo o protagonismo nas administrações que querem efetivamente garantir políticas públicas adequadas, ao lado de todos os instrumentos constitucionais já assim definidos.

Os centros urbanos cresceram concentrando grande parte da população. Conforme dados de 2019 da Organização das Nações Unidas (ONU)³, 55% da população mundial vive em áreas urbanas, o que se confirma nos grandes centros urbanos brasileiros.⁴

A autonomia municipal, portanto, possui papel central na gestão das cidades. A definição do tipo de cidade almejada passa pela capacidade financeira própria de obtenção dos recursos tributários e não tributários que traduzem a fonte para o custeio das municipalidades. E com tais recursos é possível planejar adequadamente as políticas públicas constantes do programa do governo legitimamente eleito, dentro da conformação legal e juridicamente orientada, traduzindo-as em políticas de estado. Por isso, a ingerência indevida de outros Poderes da federação, em desrespeito aos princípios federativos previstos na Constituição Federal, pode conduzir a uma desorganização administrativa que prejudica o planejamento, a continuidade e a gestão adequada.

² Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

³ Segundo a ONU, atualmente 55% da população mundial vive em áreas urbanas e a expectativa é de que esta proporção aumente para 70% até 2050. Este crescimento coincide com um período em que muitos países estão implementando processos de políticas descentralizadas. Isso estaria resultando num aumento das responsabilidades de governos locais. Neste contexto, cidades estariam tendo que assumir papéis mais ativos ao contribuir com as iniciativas de governos nacionais para o alcance dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, ODS.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU prevê que cidades abriguem 70% da população mundial até 2050. **ONU News**, 19 fev. 2019. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2019/02/1660701>. Acesso em: 24 set. 2021.

⁴ Segundo o IBGE, 324 municípios têm mais de 100 mil habitantes. Juntos eles são apenas 5,8% do total de 5.570 municípios do país, mas respondem por 57,4% da população brasileira ou 120,7 milhões de habitantes, sendo que 48 deles têm mais de 500 mil habitantes.

ABDALA, Vitor. Quatro municípios concentram 11,8% da população brasileira. **Agência Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 28 ago. 2019. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-08/quatro-municipios-concentram-118-da-populacao-brasileira>. Acesso em: 24 set. 2021.

Ao abordar a importância do respeito à autonomia federativa, principalmente no contexto atual da pandemia por coronavírus, como forma de garantir a gestão plena do ente municipal, pretende-se demonstrar que a autocontenção dos demais Poderes, especialmente do Judiciário, mostra-se imprescindível diante da organização administrativa no ordenamento constitucional posto. Por óbvio, não se estará a negar a necessidade de atuação judicial em casos de flagrante omissão ou ação indevida pela Administração Pública, pois aqui se pressupõe a sua adequação e a função essencial a ser exercida quando da provocação. O estudo se centrará no quanto uma decisão judicial pode ser colaborativa e adequada para contribuir na gestão local e na plena efetivação das políticas públicas, principalmente em momentos de crise ou calamidade como a atual.

Para tal enfrentamento, será feita a contextualização do momento vivenciado no que se refere à pandemia, abordando as competências municipais em cotejo com os recursos disponíveis para avaliar as ações judiciais citadas e as decisões respectivas, com seus reflexos locais, possuindo como base local o Município de Porto Alegre. Serão utilizados, como foco central, casos judiciais de pedidos de moratória tributária postulados durante a pandemia, tendo em vista a motivação financeira de ambas as partes e os valores fundamentais em jogo, sejam individuais ou coletivos.

2 DO CONTEXTO ATUAL: PANDEMIA POR CORONAVÍRUS

Imprescindível que se contextualize o momento histórico vivenciado. No Brasil, no mês de junho do corrente ano, foram contabilizadas mais de 500 mil mortes e mais de 18 milhões de pessoas contaminadas pelo novo coronavírus (COVID-19).

A Organização Mundial de Saúde - OMS, em 30 de janeiro de 2020, declarou Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional - ESPII, dado o grau avançado dos casos de contaminação pelo novo coronavírus, especialmente no território chinês.

Em 4 de fevereiro de 2020, foi declarada Situação de Emergência Nacional em razão da epidemia mundial decorrente do coronavírus e, no dia 26 de fevereiro, o Ministério da Saúde confirmou o primeiro caso de coronavírus no Brasil. A partir de então, os casos vêm aumentando em todo o mundo, bem como a necessidade de aquisição de bens e serviços com o objetivo de controlar a epidemia.

Por conta da necessidade de responder rapidamente a qualquer ameaça real que o COVID-19 possa oferecer em território nacional, foi editada a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Com vigência restrita ao período de decretação de estado de emergência de saúde pública de importância internacional pela OMS (art. 1º), a lei federal previu uma série de mecanismos para a atuação das autoridades em vigilância da saúde, tais como isolamentos, quarentenas, requisições de bens e serviços, hipóteses de dispensa de licitação, etc.

Em 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde declarou a Doença pelo Coronavírus 2019 (COVID-19) uma pandemia, uma doença infecciosa de alta consequência (NHS, 2020).

Em 18 de março de 2020 foi publicado no Diário Oficial da União o estado de calamidade pública, uma vez que os danos à saúde e aos serviços públicos que se instalaram com essa pandemia afetam diretamente a capacidade de ação do Poder Público.

O impacto global do COVID-19 tem sido profundo, sendo a maior e mais séria ameaça à saúde pública desde a pandemia de gripe espanhola de 1918. [...]

Existem duas estratégias fundamentais possíveis para lidar com esta pandemia: a) mitigação, que foca em reduzir a velocidade em que a epidemia se espalha, reduzindo picos de demanda por cuidados em saúde (especialmente leitos de UTI) - o que vem sendo chamado de "achatar a curva" - e protegendo por consequência aqueles com maior risco de doença severa (como idosos, por exemplo) e b) supressão, que tem como meta reverter o crescimento da epidemia reduzindo o número de casos para níveis baixos e mantendo a intervenção indefinidamente.

A medida que a pandemia do COVID-19 progride os países estão implementando uma ampla gama de respostas progressivamente. Evidências recentes demonstram que serão necessárias múltiplas camadas de intervenções, como por exemplo isolamento de casos, quarentena dos moradores do domicílio dos casos confirmados e, especialmente, distanciamento social com foco naqueles com alto risco de infecção grave.

Práticas recentes e estudos realizados até o momento vêm demonstrando que, diante da inexistência de uma vacina capaz de imunizar as pessoas, da demora de aprovação e fabricação em grande escala quando descoberta, e da inexistência de um medicamento para tratamento, a forma mais eficiente e mais rápida de conter a propagação do vírus vem sendo o distanciamento social.

Nesse sentido, a partir da declaração de pandemia pela OMS, não apenas a Administração Municipal como a Estadual e Federal passaram a editar atos normativos com o intuito de evitar a propagação do vírus.⁵

No Município de Porto Alegre, foram publicados vários Decretos com medidas restritivas que atingiram o público em geral. Tais determinações vêm se mostrando no mundo inteiro como essenciais para conter a disseminação do vírus, sendo notório que a edição dos Decretos municipais adveio de questões técnicas, avaliadas por autoridades sanitárias, com o objetivo de minimizar o impacto da pandemia no sistema de saúde, impedindo seu colapso.

⁵ PORTO ALEGRE. Procuradoria-Geral do Município. **Nota técnica COVID19-PGM n. 1/2020**. Processo n. 20.0000033053-2. Vedação do funcionamento de atividades em âmbito Municipal. Interessado: Força Tarefa COVID-19 – PGM. Relatora: Vanêsa Buzelato Prestes, em 25 março 2020. Disponível em: http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/pgm/usu_doc/ed_especial_nt_funcionamento_atividades_comp_etencias.pdf. Acesso em: 20 jun. 2021.

Tais ações, necessárias para que fosse possível a proteção do bem maior tutelado pelos Estados, que é a vida de seus cidadãos, se mostraram acertadas, uma vez que promoveram a redução das projeções iniciais de mortes relacionadas ao vírus. (FERGUSON, *et. al.*, 2020 apud LUMBRERAS, 2020).⁶

Contudo, esse movimento necessário de preservação da vida humana guarda uma direta e inevitável relação com a seara econômica. A forçada retração da economia global atingiu fortemente diversos segmentos, que se viram obrigados a reduzir ou até mesmo interromper suas atividades, expondo parcela considerável da população ao desemprego e à redução brusca de renda. Segundo estimativas do Fundo Monetário Internacional (FMI), a economia global recuará 4,9% esse ano. (SCIARRETA, 2020 apud LUMBRERAS, 2020).⁷

A partir da adoção das medidas restritivas de combate à pandemia, diversas empresas necessitaram suspender as funções e atividades, assim como os cidadãos entraram em isolamento social. Em função das restrições de isolamento e fechamento do comércio, diversos contribuintes ajuizaram ações com pedido de prorrogação ou suspensão dos vencimentos dos tributos e parcelamentos municipais vencidos desde 1º de março de 2020.

Por outro lado, a própria Administração Pública, em todas as esferas, viu-se com aumento de gastos significativos sem que o orçamento público estivesse preparado para dar conta do combate a uma pandemia de tamanho porte.

Como refere Ingo Sarlet⁸, o Estado “[...] poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente (isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos) ou mesmo deixando de atuar, hipótese, por sua vez, vinculada (pelo menos em parte) à problemática das omissões inconstitucionais.” Ou seja, incide aqui a proibição de insuficiência no agir do Estado como critério para a verificação da violação dos deveres estatais de proteção quando, em havendo omissão na garantia dos direitos fundamentais, o Estado deixa de garantir o direito à vida e à saúde, por exemplo.

Nesse aspecto, valores fundamentais relevantes foram colocados em jogo, impondo às autoridades uma avaliação equilibrada do cenário para a tomada de decisões, já que evidente o impacto social e a responsabilidade que daí advém.

⁶ FERGUSON, Neil *et al.* Impact of non-pharmaceutical interventions (NPIs) to reduce COVID-19 mortality and healthcare demand. **Report 9**, Imperial College London, Londres, 16 mar. de 2020. Disponível em: <<https://www.imperial.ac.uk/mrc-global-infectious-disease-analysis/Covid-19/report-9-impact-of-npis-on-Covid-19/>> Acesso em: 4 jul. de 2020.

⁷ SCIARRETA, Toni. FMI revisa previsão de crescimento global de -3% para -4,9% neste ano. **Valor Econômico**, Rio de Janeiro, 24 jun. de 2020. Disponível em: <<https://valor.globo.com/financas/noticia/2020/06/24/fmi-revisa-previsao-de-crescimento-global-de-3-pontos-percentuais-para-49-neste-ano.ghtml>>. Acesso em: 6 jul. 2020.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o Direito Penal entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista Opinião Jurídica**, v. 7, ano 2006-1, p. 160-209.

3 DA ORGANIZAÇÃO E IMPACTO LOCAIS PARA O COMBATE À PANDEMIA: IMPORTÂNCIA DE RECURSOS PARA QUE O MUNICÍPIO ENFRETE A CRISE

Em uma das primeiras demandas levadas ao conhecimento do Judiciário, a ADI 6341, que examinou explicitamente o tema relacionado às competências federativas, o Ministro Marco Aurélio, em 24/03/2020, reafirma a competência municipal, valendo destacar o seguinte trecho de seu voto:

Vê-se que a medida provisória, ante quadro revelador de urgência e necessidade de disciplina, foi editada com a finalidade de mitigar-se a crise internacional que chegou ao Brasil, muito embora no território brasileiro ainda esteja, segundo alguns técnicos, embrionária. **Há de ter-se a visão voltada ao coletivo, ou seja, à saúde pública, mostrando-se interessados todos os cidadãos. O artigo 30, cabeça, remete às atribuições, das autoridades, quanto às medidas a serem implementadas. Não se pode ver transgressão a preceito da Constituição Federal. As providências não afastam atos a serem praticados por Estado, o Distrito Federal e Município considerada a competência concorrente na forma do artigo 23, inciso II, da Lei Maior.**⁹ (Grifo nosso)

De pronto o Supremo Tribunal Federal, quando instado a atuar, reafirmou a competência concorrente dos entes públicos para matéria de saúde pública.

Cabe, portanto, aos entes da federação, em respeito à Constituição Federal, adotarem as medidas cabíveis no combate à pandemia, entendendo-se que essas devem ser adotadas com base em avaliações técnicas e sanitárias voltadas ao coletivo e à saúde pública.

Em qualquer momento dado, a vida de uma sociedade que decorre de harmonia com regras, jurídicas ou não, provavelmente virá a consistir numa tensão entre os que, por um lado, aceitam e cooperam voluntariamente na manutenção das regras, e assim veem o seu próprio comportamento e o das outras pessoas em termos de regras e os que, por outro lado, rejeitam as regras e atendem a elas apenas de um ponto de vista externo como sinal de possível castigo. Uma das dificuldades que confrontam qualquer teoria jurídica empenhada em fazer justiça à complexidade dos factos consiste em lembrar-se da presença de ambos estes pontos de vista e não definir um deles como não existente.¹⁰

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.341 Distrito Federal**. Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Relator: Min. Marco Aurélio, em 24 março 2021.

Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6341.pdf>. Acesso em: 24 set. 2021.

¹⁰ HART, Herbert. O Direito como União de Regras Primárias e Secundárias. In: HART, H.L.A. **O Conceito de Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, [2003?].

E para o enfrentamento desse momento de crise é necessário que o ente federado tenha como atender e dar conta de suas atribuições e demandas, com olhar voltado à coletividade, pois para executar as políticas públicas necessárias é preciso que existam recursos financeiros, sendo importante que esses recursos estejam disponíveis. A implementação da saúde requer dinheiro, especialmente para combater uma pandemia de tamanha dimensão.

A aquisição de ventiladores pulmonares, de equipamentos de proteção individual (os chamados EPIs) para os profissionais de saúde, as campanhas de orientação e conscientização, a montagem de hospitais e a ampliação de leitos de UTI, entre outros, são alguns dos esforços implementados pelos governos nas esferas estaduais e municipais, especialmente. Como dar conta se os recursos que já diminuiriam fossem reduzidos ainda mais com moratórias desprovidas de estudo técnico de impacto na cidade? Certamente contribuiria para o agravamento da situação terrível pela qual todos passam e iria na contramão da sistemática estabelecida legal e constitucionalmente, como adiante se detalhará.

Ademais, as medidas referidas impactam de forma relevante a arrecadação tributária projetada com receitas próprias, com as transferências constitucionais, e com as despesas extras do período, especialmente no início da pandemia.

Conforme dados da Secretaria Municipal da Fazenda de Porto Alegre, no mês de abril de 2020, a queda na arrecadação de tributos próprios foi de 29% (-R\$ 47,9 milhões), destacando-se o Imposto de Transmissão de Bens Imóveis (ITBI), que registrou queda de 44%; a arrecadação do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) e Taxa de Coleta de Lixo (TCL) que registraram queda de 25%; e o Imposto Sobre Serviços (ISS), com queda de 23%. Analisados os 26 maiores segmentos da economia, foram apontados os mais afetados como hospedagem, construção civil e serviços aeroportuários, os quais até 26 de abril de 2020 registraram redução de R\$ 9,2 milhões em ISSQN declarado. As projeções para os meses seguintes seriam de que a queda na arrecadação se acentuaria ainda mais, podendo chegar a R\$ 77 milhões no mês de maio.¹¹ O ISSQN em Porto Alegre, por exemplo, representa 47% dos recursos advindos com receita própria, o que é bastante significativo.

Conforme informações da mesma Secretaria, o incremento estimado nos gastos para o enfrentamento da COVID-19 em Porto Alegre seria de quase R\$ 100 milhões, o que demonstrava que o auxílio federal estabelecido pela LC 173/20¹² não seria suficiente para fazer frente à crise.

Diante desta realidade, iniciaram-se os esforços da Administração Pública local para renegociar dívidas de curto e longo prazos, renegociar contratos firmados, reavaliar os programas e projetos estruturantes em andamento, como editais de concessões, de parcerias público-privadas, de ampliações dos serviços nas áreas da educação e zeladoria,

¹¹ PORTO ALEGRE. Gabinete do Prefeito. **Crise do coronavírus provoca queda de 29% na arrecadação de tributos próprios em abril**. 05 maio 2020. Disponível em: <https://prefeitura.poa.br/gp/noticias/crise-do-coronavirus-provoca-queda-de-29-na-arrecadacao-de-tributos-proprios-em-abril>. Acesso em: 27 jun. 2021.

¹² BRASIL. **Lei complementar nº 173, de 27 de maio de 2020**. Estabelece o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19), altera a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da república, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp173.htm. Acesso em: 8 out. 2021

entre outros que envolvessem aportes de recursos do Tesouro, para fazer frente à crise iminente, que se agravaria ainda mais conforme o impacto na economia nacional. Além da perda de arrecadação, seria necessário alcançar auxílio financeiro também à população de baixa renda para assegurar condições de sobrevivência, em complementação aos programas federais, além de todo o custo para o combate à pandemia em si.

Relevante destacar que nos primeiros meses do início da pandemia, todos os estados brasileiros apresentavam evolução dos casos confirmados, o que era uma realidade mundial. O parcial achatamento da curva de contágio que se buscava operar, não trazia segurança quanto às consequências futuras, visto que não havia, ainda, uma vacina ou medicamento que pudesse dar conta de conter a disseminação do vírus.

Assim, era imperativo dispor de recursos mínimos para o tratamento de doentes (testes de detecção de contaminação, UTIs, respiradores, etc.), custeio de salvaguarda sanitária das equipes de saúde (EPIs) e assistência social aos necessitados, exatamente como ordena a Constituição Federal.

Os recursos públicos próprios também se exaurem, não são infinitos, e a mesma situação de redução de receita por que passavam as empresas no país, passavam os entes públicos. Diante desse cenário, qualquer decisão que viesse atender com moratória para proteção à atividade econômica de uma empresa, em detrimento do atendimento do direito à saúde de uma coletividade assolada por uma grave pandemia, poderia não ser razoável.

Além disso, qualquer decisão judicial que atendesse a um dos pedidos acabaria privilegiando determinado grupo econômico que ingressou judicialmente e possuía melhores condições em detrimento de outros que não acionaram o Judiciário ou que estavam cumprindo com suas responsabilidades sociais e tributárias, já que o pagamento de impostos está diretamente relacionado à responsabilidade social.

A decisão judicial – desde que assentada à interpretação como outorga de sentido ao texto e como reconstrução da ordem jurídica – abre a oportunidade para que a partir dela a doutrina realize um duplo discurso: um discurso voltado para o caso concreto e um discurso para a ordem jurídica. O primeiro constitui direito fundamental da parte e compõe o núcleo duro do direito ao processo justo (arts. 5.o, LIV, e 93, IX, da CF/1988 (LGL\1988\3)). O segundo é de ordem institucional, está estruturado para promover a unidade do direito e visa à realização da segurança jurídica, da igualdade e da coerência normativa.¹³

Importante referir que o art. 146 da Constituição Federal estabelece que a competência para editar normas gerais no campo tributário é das leis complementares, não havendo lei em Porto Alegre que preveja a moratória pretendida.

¹³ MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e Precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. **Revista de Processo**, v. 206, abr. 2012, p. 61–78.

4 DA POSTURA DO JUDICIÁRIO NA AVALIAÇÃO DAS DEMANDAS SUBMETIDAS AO CRIVO JUDICIAL: A AUTOCONTENÇÃO APLICADA

Em relação às disposições legais sobre moratória, o Código Tributário Nacional deixa claro que deve haver lei para a sua concessão nos artigos 97 e 152. A Constituição relaciona o conteúdo da autonomia municipal de modo particular e especial à possibilidade de *instituir e arrecadar os tributos de sua competência*, no art. 145.

As demandas judiciais propostas com pedidos de moratória e ora exemplificadas no presente estudo são fundamentadas em alegações genéricas de perda de receita operacional em função da queda do movimento do comércio, restrição total ou redução de atividades, não havendo indicação direta de prejuízo, pretensão resistida ou ato direcionado.

Passa-se a exemplificar com três decisões judiciais proferidas em processos com o objeto específico de suspensão de pagamento de tributos, motivo pelo qual não se reproduz os pedidos objetos das ações, mas sim parte dos termos da decisão em si, a fim de, na sequência, avaliar o conteúdo e a postura do Judiciário quando instado a atuar.

4.1 Agravo de Instrumento nº 5013276-08.2020.8.21.7000/RS

2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Desembargador Relator João Barcelos de Souza Junior, cujo julgamento colegiado foi concluído em 02/07/20 no mesmo sentido:

Não há probabilidade de provimento do reclamo. Muito embora o estado de calamidade pública reconhecido no Município, a moratória tributária somente é viável por meio de ato normativo da entidade competente para a instituição do tributo (arts. 152 e 153 do CTN), não cabendo, *prima facie*, a respectiva imposição pelo Poder Judiciário.

A ausência de ato normativo que sinalize a moratória do IPTU, portanto, já seria hábil a afastar a pretensão de um direito líquido e certo à postergação da data de recolhimento do imposto. Não se nega que a situação institucional atípica, já suficiente à caracterização de uma das figuras de exceção, ao que entendo (art. 136 da CF/88, embora não formalmente reconhecido), viabilizaria atuação mais severa do Poder Judiciário no controle das ações e omissões do Poder Executivo.

Ocorre que a formulação da política pública emergencial evidentemente compete ao Poder Executivo. A iniciativa de implementação de medidas ao combate ao COVID-19, por questão de desenho institucional do Estado Brasileiro, está atrelada às funções do Poder Executivo (não é por outro motivo que houve o reconhecimento da calamidade para os fins do art. 65 da LC 101/00 no âmbito federal), de modo que eventual atuação do Poder Judiciário, além de açodada, pode representar relevante ingerência na gestão da crise, com impacto no planejamento e fluxo de caixa da entidade política, que já está com

sua capacidade de resposta substancialmente comprometida (já passou do Estado de Emergência - Decreto Municipal n.º 20.505 de 17 de março de 2020 -, para o de Estado de Calamidade - Decreto Municipal n.º 20.534 de 31 de março de 2020).

Paralelo a essa necessidade de auto restrição da atuação do Poder Judiciário, os documentos coligidos aos autos pouco demonstram da capacidade financeira da impetrante, não conduzindo a juízo seguro a respeito das consequências econômicas por ela suportadas no caso de manutenção da exigibilidade do crédito de IPTU (o que inarredavelmente não é notório, na forma do art. 374, I do CPC/15).

Há que se ressaltar, ainda, a completa ausência de dados acerca do déficit arrecadatório do Município por força da situação de calamidade, o que é sobremaneira relevante em se tratando de pretensão moratória **com potencial efeito multiplicador**.

Não é demais consignar que o Município de Porto Alegre vem engendrando medidas análogas a aqui postulada como forma de mitigar as consequências do lockdown. Cito, por oportuno, os artigos 27 e 28 do Decreto Municipal n.º 20.542 de 09 de abril de 2020, no qual se estabelece a prorrogação do vencimento dos créditos tributários decorrentes da Taxa de Fiscalização de Localização e Funcionamento (TFLF) e ISSQN previstos para os meses de abril, maio e junho de 2020: [...]

Como se observa, **a medida vincula-se a exações relacionadas ao consumo e prestação de atividade econômica, e não, por exemplo, a imposto incidente sobre a propriedade**, que não necessariamente se relaciona à atividade empresarial (isto é, segue uma lógica, desonera as riquezas mais afetadas pela paralisação da atividade empresarial e, em tese, preserva fontes de arrecadação genéricas e não diretamente atreladas ao consumo de bens e serviços). [...]

Enfim, conquanto a situação de calamidade que se apresenta, não há omissão relevante da municipalidade na formulação da política de combate que justifique intervenção direta e extraordinária do Poder Judiciário na forma como postulado pela impetrante, mormente em sede de mandado de segurança em que o direito líquido e certo não é vislumbrável e seguramente demanda dilação probatória, no mínimo, quanto ao contexto em que inserida a celeuma (equilíbrio arrecadatório e disponibilidade de caixa como capacidade de resposta do ente político à pandemia).

ISSO POSTO, recebo o recurso e INDEFIRO A MEDIDA ANTECIPATÓRIA DOS EFEITOS DA TUTELA. (Grifo nosso)

4.2 Agravo de Instrumento 5012834-97.2020.4.04.0000-RS

Referente ao Mandado de segurança 5003386-22.2020.4.04.7107/RS, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Desembargador Federal Relator ROGER RAUPP RIOS, 16/04/20, assim concluído:

Ninguém ignora, nem pode ser insensível, à situação de excepcional dificuldade por que passam a sociedade brasileira e mundial, atingindo inúmeras dimensões da vida individual e coletiva; dentre as quais, toma inegável relevo a esfera econômica, com impacto direto na atividade dos contribuintes e repercussão nas obrigações tributárias e suas consequências, seja para pessoas físicas, seja para pessoas jurídicas. [...]

Daí que, diversamente do pretendido nesta demanda, diante da dimensão e dos efeitos desastrosos da pandemia (nesse sentido, "A natureza jurídica da Covid-19 como um desastre biológico", disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-abr-13/delton-winter-natureza-juridica-covid-19-desastre-biologico2>, acesso em 12.abril.2020), das atribuições constitucionais, técnicas e administrativas envolvidas, do exercício efetivo dos poderes legislativo e executivo em curso, do desenvolvimento, da tomada de medidas e do debate na sociedade brasileira e na ordem internacional, **não cabe ao Poder Judiciário atuar instituindo nova e pontual regulação jurídico tributária para o agravante.** [...]

Esses dados normativos - sociabilidade e justiça social -, em tempos de crise aguda e sistêmica, reclamam, mais que em outros tempos, consideração ao planejamento e às medidas estatais interconectas e coordenadas, respostas a serem formuladas e observadas. É por meio desse atuar normativo que as múltiplas dificuldades materiais e jurídicas, derivadas da realidade tormentosa, serão enfrentadas, afastando, salvo evidente e desproporcional violação de direitos fundamentais, regulações particularistas e desconectadas do todo.

Nesse ponto, em juízo liminar, não se vislumbra violação desproporcional do direito à livre iniciativa pelo não-diferimento do pagamento de todos os tributos federais, bem como de obrigações acessórias, ou de dívidas tributárias anteriormente parceladas.

O que se observa, normativamente, é que as iniciativas estatais na ordem tributária vão se produzindo no sentido da consideração da excepcionalidade provocada pela pandemia, apontando, em exame liminar, pela proporcionalidade da atuação estatal em face dos direitos e bens constitucionais afetados. [...] Em reforço disso, podem-se ler as decisões do STF em benefício da suspensão de dívidas de Estados Federados para com a União, dado que a natureza da relação jurídica, de estatura constitucional federativa, e a repercussão na continuidade dos serviços públicos em tempos de crise, são essencialmente diversas dos litígios tributários individuais. [...]

Não há dúvida quanto às consequências dramáticas na atividade econômica de todos os contribuintes, com severos impactos, na quase totalidade dos casos, da capacidade econômica.

Esta "calibragem personalizada" das exações fiscais diz respeito ao dimensionamento do dever fundamental de pagar tributos, sistematizado neste ramo do direito cujas relações jurídicas disciplinadas afetam não somente a relação entre o contribuinte e o Estado, mas também a relação dos cidadãos uns com os outros, importando, nessa dinâmica, à esfera coletiva (TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 13), orientada pelo

princípio da solidariedade (SCHOUERI, Luís Eduardo. Exigências da CIDE sobre Royalties e Assistência Técnica ao Exterior. RET 37/144, jun. 2004).

Nessa perspectiva, configura-se, assim, "...uma interface, em que o dever de contribuir de cada um, corresponde a um direito dos demais. Trata-se de uma verdadeira responsabilidade social e não mais de simples dever em face do aparato estatal" (CARDOSO, Alessandro Mendes. O dever fundamental de recolher tributos no Estado Democrático de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 147), dever este que "...não pode ser encarado nem como um mero poder para o estado, nem como um mero sacrifício para os cidadãos, constituindo antes o contributo indispensável a uma vida em comunidade organizada em estado fiscal. Um tipo de estado que tem na subsidiariedade da sua própria acção (económico-social) e no primado da autorresponsabilidade dos cidadãos pelo seu sustento o seu verdadeiro suporte" (NABAIS, José Casalta. O dever fundamental de pagar impostos. Coimbra: Almedina, 1998, p. 679). Além de que limitação externa ao poder de tributar, a capacidade contributiva é, pois, positivamente do "...dever do sujeito passivo repassar, dentro da sua capacidade contributiva, recursos próprios para o Estado, em nome da solidariedade" (MELO, João Paulo Fanucchi de Almeida. Princípio da Capacidade Contributiva. Quartier Latin, 2012, p. 256). [...]

Neste quadro, a aplicação de força maior como excludente de responsabilidade tributária, no contexto da pandemia, acaba inviabilizada, dado que a sociedade e o Estado, nacional e até mundialmente, estão envolvidos e afetados. Com efeito, a exclusão de responsabilidade de um, com potencial repercussão multiplicadora, afeta, em dimensão coletiva, a coordenação e a interconexão das medidas de resposta, comprometendo a governança, em especial no desafio desta desenhar e administrar a distribuição dos encargos, contexto em que, mais do que nunca, as ponderações sobre responsabilidade civil, socialização dos custos e administração da escassez se colocam (Fabio Ulhoa COELHO. Curso de direito civil 2 – obrigações – responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p 188; também a afirmação de Jules COLEMAN, sobre situações em que certos problemas devem ser assumidos por todos - "Daños, Derechos y Responsabilidad Extracontractual". Lima: Juristas Editores, 2013, p. 342).

No domínio público e tributário, dada sua dimensão coletiva, que envolve não só as relações entre Estado e contribuinte, mas também as relações dos cidadãos uns com os outros, essa relação desdobra-se também nos efeitos para prestação de serviços e implementação de estratégias de resposta e recuperação, deixando claro, portanto, como direitos de terceira geração conduzem à conclusão jurídica, em situações de desastre das dimensões atuais, pela inaplicabilidade da exclusão de responsabilidade reclamada. [...]

Nestes termos, não há ofensa ao artigo 150, II, da CR/88, cuidando-se, ao contrário, de medida que prestigia a desigualdade de tratamento decorrente de situações díspares, conforme a dimensão material do direito de igualdade.

Considerando as razões expostas, concluo que não há relevância suficiente nos fundamentos aviados pelo afastamento das exigências tributárias impugnadas.

Ante o exposto, **indefiro** o pedido de liminar recursal. (sem grifos no original).

4.3 Medida Cautelar na Suspensão de Tutela Provisória 185 - Município de São Luis/MA

Origem no Agravo de Instrumento nº 0803581-39.2020.8.10.0000 - Supremo Tribunal Federal, Rel. Ministro Dias Toffoli, 27/04/20:

Inicialmente, reconheço a competência do Supremo Tribunal Federal para julgamento da presente suspensão, visto que a controvérsia instaurada na ação originária é de índole constitucional, conforme se conclui pela menção a diversas normas da Constituição Federal utilizadas na fundamentação da presente contracautela (arts. 2º e 170, caput). [...]

A tutela ora atacada, reformando anterior decisão proferida pelo Juízo de Primeiro Grau, concedeu a liminar postulada pelo autor da ação, para declarar a suspensão, pelo prazo de seis meses, da exigibilidade do crédito tributário e autorizar a dilação do recolhimento do Imposto Sobre Circulação de Serviços de Qualquer Natureza — ISSQN, devido ao requerente e incidente sobre as atividades empresariais exercidas pela empresa autora da ação. [...]

Destarte, tem-se que referida decisão regional, assim dispondo, subverteu completamente, e de uma penada, a ordem administrativa, no tocante ao regime fiscal vigente no município de São Luís, em relação à empresa autora da ação, medida essa que pode ser potencialmente estendida a centenas de outras empresas existentes naquela urbe.

Pese embora as razões elencadas pelo ilustre prolator dessa decisão, ao fundamentá-la, tem-se que sua execução poderá acarretar grave lesão à ordem público-administrativa e econômica no âmbito do município de São Luís.

Não se ignora que a situação de pandemia, ora vivenciada, impôs drásticas alterações na rotina de todos, atingindo a normalidade do funcionamento de muitas empresas e do próprio Estado, em suas diversas áreas de atuação.

Mas, exatamente em função da gravidade da situação, exige-se a tomada de medidas coordenadas e voltadas ao bem comum, não se podendo privilegiar determinado segmento da atividade econômica, em detrimento de outro, ou mesmo do próprio Estado, a quem incumbe, precipuamente, combater os nefastos efeitos decorrentes dessa pandemia.

Assim, não cabe ao Poder Judiciário decidir quem deve ou não pagar impostos, ou mesmo quais políticas públicas devem ser adotadas, substituindo-se aos gestores responsáveis pela condução dos destinos do Estado, neste momento. Apenas eventuais ilegalidades ou violações à ordem constitucional vigente devem merecer sanção judicial, para a necessária correção de rumos, mas jamais – repita-se – promover-se a mudança das políticas adotadas, **por ordem de quem não foi eleito para tanto e não integra o Poder Executivo, responsável pelo planejamento e execução dessas medidas.**

Não se mostra admissível que uma decisão judicial, por melhor que seja a intenção de seu prolator ao editá-la, **venha a substituir o critério de conveniência e oportunidade que rege a edição dos atos da Administração Pública**, notadamente em tempos de calamidade como o presente, porque ao Poder Judiciário não é dado dispor sobre os fundamentos técnicos que levam à tomada de uma decisão administrativa.

Ademais, a subversão, como aqui se deu, da ordem administrativa vigente no município de São Luís, em matéria tributária, não pode ser feita de forma isolada, sem análise de suas consequências para o orçamento municipal como um todo, que está sendo chamado a fazer frente a despesas imprevistas e que certamente têm demandado esforço criativo, para a manutenção das despesas correntes básicas daquele município. [...]

Além disso, a concessão dessa série de benesses de ordem fiscal a uma empresa denota quadro passível de repetir-se em inúmeros processos, pois todos os demais contribuintes daquele tributo poderão vir a querer desfrutar de benesses semelhantes.

Inegável, destarte, concluir-se que a decisão objeto do presente pedido apresenta grave risco de efeito multiplicador, o qual, por si só, constitui fundamento suficiente a revelar a grave repercussão sobre a ordem e a economia públicas e justificar o deferimento da suspensão pleiteada. [...]

Ante o exposto, defiro o pedido para suspender, liminarmente, os efeitos da decisão que concedeu a tutela antecipada recursal nos autos do Agravo de Instrumento nº 0803581-39.2020.8.10.0000, em trâmite perante o Tribunal de Justiça maranhense, até o trânsito em julgado da ação ordinária a que se refere.

Como resta claro nas três decisões colacionadas, proferidas por diferentes Tribunais, há direitos fundamentais em jogo a serem resguardados pelo Poder Público, e que não permitem ao Judiciário a subjetividade da decisão.

A arrecadação tributária faz frente a toda a demanda de aquisição de equipamentos e materiais essenciais no combate à pandemia, ao treinamento dos profissionais de saúde, à assistência social àqueles que não tem onde residir ou onde manter o distanciamento social com segurança.

Diariamente, e muitas vezes de forma emergencial, as autoridades sanitárias necessitam tomar decisões para o melhor gerenciamento dos insumos de saúde, com critérios que se baseiam em protocolos e orientações técnicas, o que demanda pronta disponibilidade de recursos.

A adoção de um modelo federativo ocasiona o reconhecimento da autonomia recíproca entre os entes que compõem a Federação. Isso porque existe igualdade jurídica entre os entes federativos, na medida em que cada um deles atua no âmbito da competência que lhe está atribuída na Constituição Federal. A definição quanto à área material de atuação decorre, pois, da própria Constituição ao estabelecer as competências dos entes federativos. Destaque-se que as atribuições constitucionais são parcelas de poder na federação, significando que destas atribuições decorrem deveres próprios.¹⁴

Como referido por Moesch¹⁵, o Poder Judiciário desempenha um papel essencial na harmonia dos poderes, e as decisões judiciais que não sejam razoáveis ou com respeito à ciência podem ser muito danosas à sociedade, pois

[...] há muita incerteza quanto à pandemia, de modo que o risco vem sendo avaliado periodicamente e, como consequência, as próprias medidas adotadas são revistas. Essa circunstância também atinge o Poder Judiciário, por isso a preocupação constante com uma análise ponderada, com uso da razão e da lógica, afastando-se a subjetividade nas decisões.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Segundo dados divulgados pelas Nações Unidas (ONU), 9,5% dos brasileiros estariam expostos à condição de pobreza extrema até o fim de 2020, dando um salto em comparação às estimativas de 2019, que indicavam que 5% da população encontrava-se nessa situação. Há uma projeção mundial de um aumento de 30% das pessoas em situação de pobreza. “Além disso, até 2021, a Covid-19 e a recessão global podem fazer com que até 150 milhões de pessoas caiam na pobreza extrema. Isso representa cerca de 1,4% da população mundial.”¹⁶

Tal situação reflete no estado, na prestação de serviços, na responsabilidade social de todos.

¹⁴ RAMALHO, Renato; PRESTES, Vanêsa Buzelato. Competência Municipal no combate à COVID-19. **Revista Brasileira de Direito Municipal - RBDM**, Belo Horizonte, v. 21, n. 78, p. 61-76, out./dez. 2020.

¹⁵ MOESCH, Francisco José. **A Justiça e a pandemia**. Disponível em: <https://www.iargs.com.br/a-justica-e-a-pandemia/>. Acesso em: 27 jun. 21.

¹⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pobreza extrema aumenta pela primeira vez em 20 anos, diz Banco Mundial. **ONU News**, 7 out. 2020. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2020/10/1728962>. Acesso em: 27 jun. 2021.

Estamos vivendo um momento ímpar em nossas existências. Procurando sobreviver a uma crise de saúde e econômica. A palavra de ordem é solidariedade. Não é diferente no âmbito da tributação. Não tenho dúvidas de que o Direito Tributário é um eficiente instrumento em prol da solidariedade social. Em um Estado Social, como é o brasileiro, a tributação tem reflexos intensos sobre o bem-estar da comunidade. Neste momento de dificuldade extrema, é preciso enxergar a tributação sob um viés humanitário, buscando soluções que tranquilizem pessoas naturais e jurídicas.¹⁷

Não há lei em Porto Alegre que autorize a moratória. A reserva de lei é essencial porque é excepcional, situação atípica que deve ser verificada pela autoridade fiscal e somente por ela. As demandas judiciais neste estudo são desprovidas de base legal, sendo que eventuais decisões concessivas poderiam ter o condão de inviabilizar as medidas de combate à pandemia, como muito bem enfrentado nas decisões.

Isto nos remete à ligação entre a legitimidade política de uma decisão judicial – como expressão da coerção estatal – e a exigência de que ela represente uma resposta correta (ou adequada) ao caso posto em exame. É que a reivindicação de que as decisões estejam baseadas na melhor justificativa da prática jurídica como um todo é evidentemente incompatível com a discricionariedade do intérprete, ou com qualquer outra abertura para que ele introduza, como fundamentação da decisão, a sua própria preferência particular.

Cortes têm, portanto, de ser responsáveis, no sentido de que têm uma responsabilidade política a honrar, mais ainda quando as referidas condições democráticas estiverem em xeque. A responsabilidade de zelar pela hignidade do funcionamento dos procedimentos democráticos e de não deixar os direitos das minorias eventuais sem a devida salvaguarda. A responsabilidade de, por meio do Direito, preservar a democracia.¹⁸

Qualquer decisão que não atentasse para o contexto estabelecido no país e em Porto Alegre poderia representar grave lesão à ordem, à saúde e à segurança públicas, com lesão à economia pública ao contrariar o ordenamento tributário, invadindo esfera de competência exclusiva do Poder Executivo, que detém o conhecimento técnico para as decisões que devem ser tomadas.

Para além disso, a responsabilidade social por parte de todos, poder público e iniciativa privada, era algo que necessitava efetivamente ser levado em consideração.

¹⁷ GRUPENMACHER, Betina Treiger. Pandemia, Justiça e eficiência fiscal. **Jota**, 27 abril 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abdf/pandemia-justica-e-eficiencia-fiscal-27042020>. Acesso em: 27 jun. 2021.

¹⁸ MOTTA, Francisco José Borges; STRECK, Lenio Luiz. Democracias frágeis e Cortes Constitucionais: o que é a coisa certa a fazer? **Pensar Revista de Ciências Jurídicas**, v. 25, n. 4, 2020.

Uma composição ideal do modelo de democracia constitucional, capaz de realizar uma conciliação institucional interna que, embora não elimine completamente as tensões entre os dois princípios, possa permitir-lhes a coexistência, sem supremacia de um sobre o outro, supõe três condições. [...] *Terceiro*, que embora esses princípios e direitos constitucionais substantivos possam ter seu sentido e conteúdo interpretados e aplicados pelos órgãos que exercem as funções legislativas e administrativas, o modelo constitucional reserva ao poder judicial a prerrogativa de intervir na interpretação e na aplicação conferidas às normas constitucionais pelos outros poderes, sempre que, de acordo com a interpretação do próprio poder judicial, eles frustrarem o sentido e a finalidade da constituição e, com esse erro, violarem bens e interesses essenciais para a dignidade da pessoa humana e para a justiça política da comunidade.¹⁹

O não repasse ao fisco, ainda que de forma temporária, do recolhimento dos tributos devidos por empresas, por exemplo, ocasionaria apropriação indevida de valores já retidos quando da operação comercial, em detrimento do município que deveria recebê-los. Em última análise, estar-se-ia retirando os valores da população.

A pandemia de Covid-19, embora desastrosa para a economia, não justifica, por si só, excluir a responsabilidade tributária de uma empresa. Afinal, várias decisões isoladas nesta mesma linha teriam efeito multiplicador perigoso e poderiam comprometer os direitos sociais e a governança como um todo. Sendo o Brasil um dos países mais afetados pela pandemia, os efeitos nefastos da economia e o desamparo social são sentidos de forma muito mais significativa pela população, pois é um país que já possui uma realidade com grande desigualdade social.

Por isso, é importante a visão do impacto da pandemia também dentro do poder público, porque as autoridades sanitárias e o gestor público precisam trabalhar para atender as demandas novas que surgiram com uma realidade orçamentária e financeira que é a mesma e com a manutenção das obrigações ordinárias que seguem existindo.

Cabe definitivamente ao Executivo adotar as medidas para, além de salvaguardar a vida de seus cidadãos, com o cuidado e zelo pelo dinheiro público, salvaguardar a manutenção das empresas que estão sofrendo com as restrições impostas pelas medidas de controle adotadas para contenção da pandemia, a qual demandou um aumento considerável de gastos nessa área, o que é público e notório, como antes demonstrado. É preciso, assim, razoabilidade na gestão de crises como esta, mas principalmente atenção aos princípios fundamentais constitucionais que devem reger a atuação do gestor público, e nisso a colaboração dos demais Poderes é essencial.

Além disso, a crise instalada restaurou a importância da figura do Estado, como garantidor do bem comum para toda a sociedade. Justamente por tal fator é necessário que haja uma visão comum e harmônica no seu enfrentamento, com cooperação e equilíbrio.

¹⁹ MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

Considerando, portanto, o óbice ao Judiciário de atuar como legislador positivo sob pena de desorganização administrativa, a competência municipal para dispor sobre as políticas de saúde pública e tributos competentes, o perigo do efeito multiplicador de decisões que interferem na administração pública em eventuais concessões de moratória e a necessidade da responsabilidade social de todos ser exercida, contextualizando-se o momento vivenciado, sob pena de se agravar ainda mais a crise de saúde que atinge a todos, a conclusão é que a autocontenção do Poder Judiciário, como a verificada nas decisões exemplificativas trazidas no presente estudo, é essencial e alinhada ao respeito aos princípios federativos e à democracia constitucional instituída pelo ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

ABDALA, Vitor. Quatro municípios concentram 11,8% da população brasileira. **Agência Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 28 ago. 2019. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-08/quatro-municipios-concentram-118-da-populacao-brasileira>. Acesso em: 24 set. 2021.

BRASIL. **Lei complementar nº 173, de 27 de maio de 2020**. Estabelece o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19), altera a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da república, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp173.htm. Acesso em: 8 out. 2021

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Agravo de Instrumento 5012834-97.2020.4.04.0000-RS**, referente ao Mandado de segurança 5003386-22.2020.4.04.7107/RS. Desembargador Federal Relator ROGER RAUPP RIOS.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.341 Distrito Federal**. Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Relator: Min. Marco Aurélio, em 24 março 2021. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6341.pdf>. Acesso em: 24 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Suspensão de Tutela Provisória 185 - Município de São Luis/MA - origem no Agravo de Instrumento nº 0803581-39.2020.8.10.0000**. Relator. Min. Dias Toffoli, 10 jun. 2020.

FERGUSON, Neil *et al.* Impact of non-pharmaceutical interventions (NPIs) to reduce COVID-19 mortality and healthcare demand. **Report 9**, Imperial College London, Londres, 16 mar. de 2020. Disponível em: <https://www.imperial.ac.uk/mrc-global-infectious-disease-analysis/Covid-19/report-9-impact-of-npis-on-Covid-19/> Acesso em: 4 jul. de 2020.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. Pandemia, Justiça e eficiência fiscal. **Jota**, 27 abril 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abdf/pandemia-justica-e-eficiencia-fiscal-27042020>. Acesso em: 27 jun. 2021.

HART, Herbert. O Direito como União de Regras Primárias e Secundárias. *In*: HART, H.L.A. **O Conceito de Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, [2003?].

LUMBRERAS, Diogo Schmidt; LUMBRERAS, Lígia Schmidt. A pandemia de Covid-19 e os desafios socioeconômicos no Brasil: uma análise do papel do Estado sob a ótica da Justiça Fiscal. **Jus.com.br**, jun. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/83996/a-pandemia-de-covid-19-e-os-desafios-socioeconomicos-no-brasil-uma-analise-do-papel-do-estado-sob-a-otica-da-justica-fiscal>. Acesso em: 27 jun. 2021.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e Precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. **Revista de Processo**, v. 206, abr. 2012, p. 61-78.

MOESCH, Francisco José. **A Justiça e a pandemia**. Disponível em: <https://www.iargs.com.br/justica-e-a-pandemia/>. Acesso em: 27 jun. 2021.

MOTTA, Francisco José Borges; STRECK, Lenio Luiz. Democracias frágeis e Cortes Constitucionais: o que é a coisa certa a fazer? **Pensar Revista de Ciências Jurídicas**, v. 25, n. 4, 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU prevê que cidades abriguem 70% da população mundial até 2050. **ONU News**, 19 fev. 2019. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2019/02/1660701>. Acesso em: 24 set. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pobreza extrema aumenta pela primeira vez em 20 anos, diz Banco Mundial. **ONU News**, 7 out. 2020. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2020/10/1728962>. Acesso em: 27 jun. 2021.

PORTO ALEGRE. Procuradoria-Geral do Município. **Nota técnica COVID19-PGM n. 1 / 2020**. Processo n. 20.0000033053-2. Vedação do funcionamento de atividades em âmbito Municipal. Interessado: Força Tarefa COVID-19 – PGM. Relatora: Vanesca Buzelato Prestes, em 25 março 2020. Disponível em: http://lproweb.procompa.com.br/pmpa/prefpoa/pgm/usu_doc/ed_especial_nt_funcionamento_atividades_competencias.pdf. Acesso em: 20 jun. 2021.

PORTO ALEGRE. Gabinete do Prefeito. **Crise do coronavírus provoca queda de 29% na arrecadação de tributos próprios em abril**. 05 maio 2020. Disponível em: <https://prefeitura.poa.br/gp/noticias/crise-do-coronavirus-provoca-queda-de-29-na-arrecadacao-de-tributos-proprios-em-abril>. Acesso em: 27 jun. 2021.

PORTO ALEGRE. **Prefeitura anuncia medidas em apoio aos contribuintes**. 01 abril 2020. Disponível em: http://www2.portoalegre.rs.gov.br/smf/default.php?p_noticia=999209033&PREFEITURA+ANUNCIA+MEDIDAS+EM+APOIO+AOS+CONTRIBUENTES. Acesso em: 27 jun. 2021.

RAMALHO, Renato; PRESTES, Vanêsa Buzelato. Competência Municipal no combate à COVID-19. **Revista Brasileira de Direito Municipal - RBDM**, Belo Horizonte, v. 21, n. 78, p. 61-76, out./dez. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. **Agravo de Instrumento nº 5013276-08.2020.8.21.7000/RS** – 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Desembargador Relator João Barcelos de Souza Junior.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o Direito Penal entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista Opinião Jurídica**, v. 7, ano 2006-1, p. 160-209.

SCIARRETTA, Toni. FMI revisa previsão de crescimento global de -3% para -4,9% neste ano. **Valor Econômico**, Rio de Janeiro, 24 jun. de 2020. Disponível em: <<https://valor.globo.com/financas/noticia/2020/06/24/fmi-revisa-previso-de-crescimento-global-de-3-pontos-percentuais-para-49-neste-ano.ghtml>>. Acesso em: 6 jul. 2020.

LEVANDO A LIBERDADE DE EXPRESSÃO A SÉRIO

TAKING FREEDOM SPEECH SERIOUSLY

Felipe de Sousa Menezes ¹

Resumo: O presente estudo tem por objetivo fazer uma análise crítica do tratamento dado à liberdade de expressão a partir de um julgamento em que a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) analisou pela primeira vez um caso envolvendo o discurso do ódio (*hate speech*), além de comparar com tratamento dispensado pela Suprema Corte americana quanto a esse assunto.

Palavras Chaves: Discurso do ódio. Liberdade de Expressão. Direitos Humanos.

Abstract: *The present study aims to make a critical analysis of the treatment given to freedom of expression based on a trial in which the European Court of Human Rights (ECHR) analyzed for the first time a case involving hate speech. Furthermore, in addition, it is intended to compare with the treatment given by the American Supreme Court in this matter.*

Keywords: *Hate speech. Freedom of expression. Human rights.*

1 INTRODUÇÃO

A questão do discurso de ódio desperta profundas paixões e debates sobre o seu alcance e limites, bem como a respeito da postura que o Poder Público deve adotar em situações envolvendo esse tema.

Apesar de a questão já ter tido alguns enfrentamentos pela Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) desde a sua fundação, em 1959, apenas em 2012 que a Corte deparou-se com a necessidade de julgar um caso envolvendo o discurso de ódio em desfavor de um grupo em razão da sua orientação sexual.

O caso é originário da Suécia, onde Tor Fredrik Vejdeland, Mattias Harlin, Björn Täng e Niklas Lundström distribuíram aproximadamente uma centena de folhetos, em uma escola local, deixando-os dentro ou sobre os armários dos alunos.

Em uma tradução livre, os referidos panfletos diziam o seguinte:

¹ Procurador do Município de Porto Alegre. Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS (Fundamentos Constitucionais do Direito Público e Privado). Especialista em Direito Administrativo Empresarial pela UCAM - RJ. felipeadv@hotmail.com

Propaganda homossexual

No decorrer de algumas décadas, a sociedade passou da rejeição da homossexualidade e outros desvios sexuais para abraçar esta tendência sexual desviante. Seus professores anti-suecos sabem muito bem que a homossexualidade tem um efeito moralmente destrutivo na substância da sociedade e de boa vontade tendem a apresentá-lo como algo normal e bom.

- Diga a eles que o HIV e a AIDS apareceram cedo com os homossexuais e que seu estilo de vida promíscuo foi uma das principais razões para esta praga moderna ganhar um ponto de apoio.

- Diga a eles que as organizações de lobby homossexual também estão tentando minimizar pedofilia, e pergunte se este desvio sexual deveria ser legalizado.

A defesa dos acusados argumentou que o texto não importava em desprezo aos homossexuais. Além disso, sustentou-se que a pretensão era apenas no sentido de dar início a um debate a respeito da falta de objetividade na educação dispensada nas escolas suecas, ou seja, um mero debate educacional.

No entanto, o caso chegou até a Suprema Corte da Suécia, que condenou os acusados por agitação contra um grupo nacional ou étnico, segundo o art. 8º do Código Penal do país. Concluiu-se que o objetivo pretendido com a distribuição dos folhetos poderia ter sido alcançado sem declarações que fossem ofensivas aos homossexuais como um grupo.

Sob o argumento de violação ao art. 10 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem², que consagra a liberdade de expressão, os acusados levaram o caso à CEDH.

Segundo a defesa posta perante a Corte, a formulação dos folhetos não era odiosa e não encorajou ninguém a cometer atos de ódio. Pretendia-se apenas encorajar os alunos a discutir certos assuntos com seus professores e fornecer-lhes argumentos para usar nessas discussões.

Os acusados acreditavam que a liberdade de expressão deve ser limitada apenas no seu conteúdo e não no que diz respeito a como e onde foi exercido. Por fim, sustentaram também que os alunos da escola em questão tinham entre 16 e 19 anos e, portanto, tinham idade para entender o conteúdo dos folhetos.

² Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia.

O exercício destas liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.

Por unanimidade de votos, a CEDH considerou não ter havido violação ao art. 10 da Convenção. A Corte considerou que as expressões previstas nos panfletos eram graves e prejudiciais à sociedade democrática e ao grupo social alvo, ainda que não envolvessem um apelo para um ato de violência ou outros atos criminosos contra homossexuais.

Quanto ao ponto, a CEDH ainda destacou que “os ataques a pessoas cometidos por insultar, ridicularizar ou caluniar grupos específicos da população podem ser suficientes para as autoridades favorecerem o combate ao discurso racista face à liberdade de expressão exercida de forma irresponsável”.

Ainda, a Corte também considerou que os folhetos foram deixados nos armários de jovens que estavam em um ambiente impressionável e sensível idade e que não tinham possibilidade de recusar a aceitá-los.

Da análise do presente caso, percebe-se que, para além do teor da mensagem distribuída pelos acusados, a Corte levou ainda em consideração o contexto em que se deu e os seus destinatários, refutando a ideia de que, para configurar discurso de ódio, deveria haver incitação à violência ou a outros atos criminosos.

2 LEVANDO A LIBERDADE DE EXPRESSÃO A SÉRIO

Inicialmente, ainda que se pretenda fazer uma análise crítica a partir da conclusão do julgado, e que, de fato, será feito, deve-se ter em mente a premissa de que a própria conceituação do “discurso de ódio” e a especificação do seu alcance como limitador da liberdade de expressão encontram uma grande dificuldade na doutrina especializada no assunto, até mesmo por se tratar de um fenômeno social complexo.

Segundo recomendação do Conselho da Europa, discurso de ódio envolve todas as formas de expressão que espalham, incitam, promovem ou justificam o ódio racial, xenofobia, antissemitismo ou outras formas de ódio com base na intolerância, incluindo: intolerância expressa por nacionalismo agressivo e etnocentrismo, discriminação e hostilidade contra minorias, migrantes e pessoas de origem imigrante.

Além disso, por outro lado, ainda que se tenha a liberdade como um direito natural (HART, 1955, p. 175), como bem apontado por Dworkin, o seu próprio conceito também esbarra em dificuldades de conceituação. Posturas que podem ser vistas por uns como provedoras de liberdades são vistas por outro em situação diametralmente oposta (2014, p. 557).

Deve ser observado, nessa linha de ideias, que diferenças históricas (MOUNK, 2019, p. 244), jurídicas e culturais de cada país, por certo, interferem no modo de ver fenômeno do discurso do ódio, bem como no tratamento que lhe deve ser dispensado.

Para além da influência de fatos históricos razoavelmente recentes na forma de enfrentar o assunto e concluir pela possibilidade (ou não) de silenciar discursos de ódio, é crível ainda ponderar que ideologias políticas também influenciam nessa forma de pensar (CAVALCANTE FILHO, 2018, p. 90).

Em uma comparação sobre o modo de enfrentar a questão do discurso do ódio nos Estados Unidos e na Alemanha, Cavalcante Filho destaca que aquele país, por questões históricas e ideológicas, tende a adotar uma postura liberal, ao passo que o país Europeu, forte nas questões históricas recentes, inclina-se à adoção de uma postura comunitarista (2018, p. 116).

Além disso, existe também uma dificuldade em identificar os grupos de pessoas que estariam sujeitos à proteção contra o discurso do ódio (MALIK, p.97). Como relatado por Andrade, “[...] a imprevisível proliferação de grupos que poderiam reivindicar igual tratamento da lei é apontada como um dos grandes problemas referentes à ideia de regulação ou restrição do *hate speech*” (2020, p. 162), sem contar sobre uma eventual polêmica de um grupo dito majoritário invocar defesa contra o discurso de ódio propagado por um grupo supostamente minoritário.

Essa dificuldade de identificação do público sujeito de proteção, inclusive, implica a impossibilidade de adiantar, em abstrato, o conteúdo do discurso que deve ser impedido, pois considerado odioso. Até porque, uma mensagem pode ser considerada odiosa em um determinado lugar e em outro não ser.

Por conta disso, tem-se que o ideal é uma neutralidade da regulação quanto ao conteúdo da mensagem, ou seja, “[...] the government must neutrally and even-handedly protect expression for all ideas” (STROSSEN, 2016, p.187).

Analisando a situação sob o prisma brasileiro, à luz da Constituição Federal de 1988, até mesmo por influência do nosso recente passado, percebe-se que ela criou uma forte proteção em torno da liberdade de expressão (art. 5º, IV e IX; art. 220 e seus parágrafos), afastando *prima facie*, qualquer possibilidade de censura prévia e exigindo um elevando ônus argumentativo concreto para que haja alguma restrição ao exercício pleno dessa liberdade.

Em vista disso, percebe-se que o desfecho dado pela CEDH ao Caso *Vejdeland and others v. Sweden* segue o padrão europeu quanto ao discurso de ódio, cujo conceito é “[...] mais amplo, e por via de consequência, maior é a possibilidade de impor limites à liberdade de expressão” (SARLET, 2019, p. 1.214).

Todavia, tendo a liberdade de expressão como um pilar essencial para uma vivência democrática, inclina-se a concluir que a supressão do discurso, por mais repugnante que seja, impede que a referida liberdade atue como mola propulsora para a evolução social em relação a pautas que hoje podem ser odiosas, mas, após um franco debate, podem ser percebidas como corretas.

Além disso, “[...] a perspectiva de ganhos utilitaristas não pode justificar que se impeça um homem de fazer o que tem direito de fazer” (DWORKIN, 2010, p. 296).

É exatamente nessa linha de ideias que Binenbojm registra que “[...] a discussão pública parece ser a forma mais legítima de deliberação em assuntos de interesse coletivo [...] a garantia da liberdade de expressão tem o mérito de não excluir aprioristicamente ideias e opiniões do debate público” (2020, p. 22).

Abusos da liberdade de expressão não são combatidos com a supressão do discurso, mas com a ampliação da liberdade de expressão, permitindo-se uma ampla difusão de

ideias, de modo a demonstrar com argumentos convincentes de que aquela ideia odiosa não deve prosperar, devendo ser abandonada.

É nesse sentido que surge a questão do livre mercado de ideias, como tão bem explicado pelo Justice Oliver Wendell Holmes Jr., em voto dissidente emblemático no caso *Abrams v. United States*, 250 US 616 (1919), hipótese que admite qualquer manifestação de ideologias, desde que não importe em palavras de luta (*figthing words*) (SCHWARTZ, 1993, p. 222).

Segundo Mill (2018, p. 40), considerando-se que não existem verdades absolutas, deve ser permitida a proliferação das mais variadas ideias, a fim de que sejam enfrentadas umas com as outras e se chegue a uma conclusão da melhor opção, até porque, o que hoje é certeza pode não mais ser amanhã. Afinal, “[...] muitas opiniões, agora gerais, serão rejeitadas pelas épocas futuras, como muitas, anteriormente gerais, são rejeitadas pelo presente” (MILL, 2019, p. 32).

No mesmo sentido, Voßkuhle ressalta que modernamente se reconhece a inexistência de verdades absolutas e que essa consciência efetiva é o que fundamenta uma democracia, de modo que, se não há um detentor da verdade absoluta, todos os membros de uma sociedade são legitimados a se manifestarem (2020, p. 31).

E não se trata de um discurso abstrato e vazio. Foi exatamente por meio do prolongado debate de ideias que grupos sociais conseguiram conquistar direitos, imprimindo suas pautas e ganhando colocação social que, até há bem pouco tempo, lhes era negado. Como exemplo, podem ser citados o movimento feminista, a luta pelo reconhecimento dos direitos civis dos negros, a reivindicação de direitos de membros da comunidade LGBTQ+, assim como outros tantos grupos jurídica e socialmente vulneráveis.

No século XIX, era odioso defender direitos civis aos negros, direito ao voto às mulheres, casamento entre pessoas do mesmo sexo. Foi exatamente pelo uso do discurso, do embate de ideias, que essas barreiras foram paulatinamente sendo rechaçadas na sociedade ao longo da história e ainda encontram resistências, demandando um insistente e perseverante debate.

Fossem oprimidas desde sempre, tais pautas não teriam avançado ou teriam levado muito mais tempo para atingirem o êxito que atingiram. Afinal, “[...] é pela força da razão, e não pela razão da força, que essas resistências são vencidas” (ANDRADE, 2020, P. 204), ou, nas palavras do Justice Louis Brandeis quando do julgamento do emblemático caso *Whitney v. Califórnia*: “the fitting remedy for evil counsels is good ones”³.

Agrega-se a isso, por pertinência, a ideia de que a liberdade de expressão ocupa posição preferencial na ordem constitucional brasileira. Não se defende que ela possua superioridade hierárquica sobre os demais princípios, mas a sua restrição ou supressão implicaria um ônus argumentativo mais pesado.

Em dois julgados recentes, é possível ver a confirmação dessa linha nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso. No julgamento da ADI 4815/2015, ele consignou que “[...]”

³ Em tradução livre: “o remédio adequado para os maus conselhos são os bons”.

a Carta de 88 incorporou um sistema de proteção reforçado às liberdades de expressão, informação e imprensa, reconhecendo uma prioridade *prima facie* destas liberdades públicas na colisão com outros interesses juridicamente tutelados, inclusive com os direitos de personalidade”. Já no julgamento da Reclamação 18.638/2018, ele confirmou a ideia ao expor que “[...] a liberdade de expressão desfruta de uma posição preferencial no Estado democrático brasileiro, por ser uma pré-condição para o exercício esclarecido dos demais direitos e liberdades”.

É exatamente por isso que se tem que o silenciamento *prima facie* de uma ideia apenas por ela ser classificada como “discurso de ódio” pode ser entendido como um “combate à intolerância com mais intolerância”. Sugere-se que, em uma sociedade pretensamente democrática, o referido silenciamento é uma medida drástica, que deve ser adotada apenas excepcionalmente em situações tais que a opinião pública e o livre debate não forem capazes de frear a intolerância e, ainda assim, somente nas hipóteses em que envolver risco real ou potencial para a democracia ou para a sociedade (ANDRADE, 2020, p. 194).

Além de permitir o avanço em pautas que interesse a determinados grupos de pessoas tidos como minorias, o debate impede também que sejam criados dogmas em torno de determinados temas.

Nessa linha, Popper defende que (1987, p.289 apud ANDRADE, 2020, p. 195):

Nesta formulação, não quero implicar, por exemplo, que devemos sempre suprimir a manifestação de filosofias intolerantes; enquanto pudermos contrapor a elas a argumentação racional e mantê-las controladas pela opinião pública, a supressão seria por certo pouquíssimo sábia.

De outro lado, existe também a questão de a supressão do discurso odioso não ser uma efetiva atuação contra a intolerância, na medida em que atua em desfavor apenas do sintoma, ignorando a raiz do problema. O preconceito deve ser combatido por meio da educação, e isso só será possível quando as ideias intolerantes forem expostas e desconstruídas por ideias republicanas. O debate franco sobre estes temas permite, assim, a exposição do quão irracional é o preconceito e a discriminação.

Até porque, a imposição da opressão de ideias por meio do silenciamento, ao passo que não extermina o preconceito, e ainda indefere o exercício do direito fundamental da liberdade de expressão, leva à possibilidade de criar ressentimentos e aumentar o risco de ações violentas.

Considerando que há uma imensa gama de possíveis manifestações que se encontram em uma zona cinzenta sobre serem (ou não) caracterizadas como um discurso de ódio, o tratamento silenciador pode levar as pessoas a uma situação de autocensura, evitando se manifestar, por medo, sobre assuntos que talvez possam ser malvistas. É o que a doutrina norte-americana vem chamando de *chilling effect*, hipótese em que há um empobrecimento do discurso público exatamente porque o receio de ser acusada de propagadora do ódio leva a pessoa a se silenciar.

Por fim, não custa lembrar que a tutela da liberdade surge efetivamente para defender aquele que, à sua mímica, ficaria obstado de exercer o seu direito. Nas palavras de George Orwell: “se a liberdade significa alguma coisa, significa o direito de dizer às pessoas o que elas não querem ouvir”. Que necessidade haveria de existir a liberdade de expressão se o seu objeto fosse apenas a tutela das opiniões simpáticas e politicamente corretas?

Nessa linha de ideias, portanto, tem-se que a conclusão dada ao *Caso Vejdeland and others v. Sweden* não se encontra efetivamente alinhada com a melhor tutela da liberdade de expressão como ferramenta de evolução social. Isso porque, conquanto sejam repugnantes as ideias defendidas nos panfletos espalhados, o confronto dessas ideias por outras mais sustentáveis e democráticas teriam maiores condições de solapar o discurso preconceituoso e garantir que os jovens destinatários da mensagem adotassem as ideias mais republicanas.

3 CONCLUSÃO

Seguindo o padrão de decisões proferidas no continente europeu, quando o assunto é imposição de limites à liberdade de expressão quando diante de um “discurso de ódio”, a Corte Europeia de Direitos Humanos, ao julgar o *Caso Vejdeland and others v. Sweden*, manteve a condenação imposta pela Justiça Sueca aos acusados.

Em um claro caso em que partiu de premissas diversas daquelas utilizadas pela suprema corte americana, dentre os argumentos utilizados para a referida decisão, concluiu-se que o discurso de ódio não demanda necessariamente palavras invocando violência para que assim seja reconhecido como tal e penalizado.

No entanto, sem negar o direito de proteção às minorias, mas, na verdade, estimular o debate para que os discursos odiosos enfraqueçam e quem sabe, um dia, deixem de existir, propôs-se que, ao contrário do silenciamento, seria mais benéfico permitir o franco debate de ideias contrapostas, de modo que a mais razoável possa prevalecer.

Percebeu-se que foi por meio do franco debate entre ideias, algumas odiosas, que foram possíveis a evolução social e o progresso em relação a pautas que, historicamente, eram tidas como discriminadas e, até mesmo, vistas como tabu e enfrentadoras de resistência pelas ditas majorias, como as pautas referentes aos negros, às mulheres, aos idosos, aos deficientes aos integrantes da comunidade LGBTQ+, etc.

Entendeu-se que, assim, por meio dessa ponderação, será possível respeitar a liberdade de expressão, direito fundamental que é tão caro à sociedade moderna e é o primeiro a ser violentado em ambientes antidemocráticos, bem como será possível permitir que pautas até então minoritárias e oprimidas possam evoluir por meio do debate e do império da razão.

Afinal de contas, o que se quer, na verdade, é a supressão definitiva, por exemplo, do racismo e da homofobia, e não do direito de se expressar.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, André. **Liberdade de expressão em tempos de cólera**. Rio de Janeiro: GZ, 2020. 326p.
- BINENBOJM, Gustavo. **Liberdade igual: o que é e por que importa**. Rio de Janeiro: História Real, 2020. 112p.
- CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. 192p.
- DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. São Paulo: Editora WMF, 2014. 735p.
- _____. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Editora WMF, 2010. 568p.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Vejdland and others v. Sweden**. Julgado em 03 de fevereiro de 2012. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109046#%22itemid%22:\[%22001-109046%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109046#%22itemid%22:[%22001-109046%22]). Acesso em: 17 maio 2021.
- EUROPEAN UNION. **Council of Europe. European Council Recommendation n. 97/20 of the Committee of Ministers to member states on "hate speech"**, 1997.
- HART, H. L. A.. Are There Any Natural Rights? **The Philosophical Review**, v. 64, n. 2, p. 175, abr. 1955.
- MALIK, Maleiha. Extreme Speech and Liberalism. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James. **Extreme speech and democracy**. New York: Oxford, 2010. Cap. 6. p. 96-120.
- MILL, John Stuart. **Da liberdade individual e econômica: princípios e aplicações do pensamento liberal**. São Paulo: Faro Editorial, 2019. 160p.
- _____. **Sobre a liberdade**. Campinas: Vide Editorial, 2018. 202p.
- MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. 443p.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Liberdade de expressão e o problema da regulação do discurso do ódio nas mídias sociais. **Revista Estudos Institucionais**, v. 5, n. 3, p. 1207-1233, set./dez. 2019.
- SCHWARTZ, Bernard. **A History of the Supreme Court**. New York: Oxford University Press, 1993. 465p.
- STROSSEN, Nadine. **Freedom of speech and equality: Do we have to choose?** Journal of law and Policy, 25, 2016. Disponível em: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/jlp/vol25/iss1/7/>. Acesso em: 09 dez. 2020.
- VOßKUHLE, Andreas. **Defesa do Estado Constitucional Democrático em Tempos de Populismo**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. 134p.

A (DES)NECESSIDADE DE PREVISÃO LEGAL PARA A EXIGÊNCIA DE PROGRAMA DE *COMPLIANCE* (INTEGRIDADE) NAS LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

THE (UN)NECESSITY OF LEGAL FORECASTING FOR COMPLIANCE PROGRAM REQUIREMENT (INTEGRITY) IN THE BIDDING AND PUBLIC PROCUREMENT

Gustavo da Silva Santanna¹
Clóvis Roberto Agliardi Silveira²

Resumo: O presente trabalho realiza uma abordagem acerca da importância dos programas de *compliance* e a (des)necessidade de previsão legal para sua exigência nos processos licitatórios e nas contratações públicas, no combate e prevenção à corrupção. Analisando o *compliance*, através de pesquisa bibliográfica, constatou-se a importância em fomentar a cultura de programas de integridade no âmbito da administração pública, especialmente em suas contratações, visando a prevenir práticas corruptivas e comportamentos fora de padrões éticos esperados de uma administração calcada na probidade e na transparência de suas ações. O estudo igualmente incluiu uma análise da regulação da Lei Anticorrupção e a aplicação dos programas de *compliance* no Estado do Rio Grande do Sul e de sua capital, Porto Alegre. Por oportuno, foram analisados os dispositivos da Lei nº 14.133/2021, a “Nova Lei das Licitações e Contratos Administrativos”, que preveem a exigência de programas de integridade para as contratações públicas.

Palavras-chave: Contratações Públicas. *Compliance*. Lei Anticorrupção. Licitações Públicas. Programas de Integridade.

Abstract: *This paper takes an approach on the importance of compliance programs and the (un)necessity of legal forecasting for its requirement in bidding processes and public procurement, in the fight against corruption and its prevention. Analyzing compliance through bibliographic research, it was found the importance of fostering the culture of integrity programs within the scope of public administration, especially in their hiring, aiming to prevent corruptive practices and behaviors outside the ethical standards expected of an administration based on the probity and transparency of its actions. The study also included an analysis of the regulation of the Anti-Corruption Law and the implementation of compliance programs in the State of Rio Grande do Sul and its capital, Porto Alegre. For timely, the clauses of Law nº 14.133/2021 the “New Law on Administrative Bids and Contracts” were analyzed, which provide for the requirement of integrity programs for public procurement.*

Keywords: *Public Procurement. Compliance. Anti-Corruption Law. Public bids. Integrity Programs.*

¹ Doutor e mestre pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Especialista em Direito Ambiental Nacional e Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e Direito Público pelo Instituto de Desenvolvimento Cultural (IDC). Professor de graduação do Complexo de Ensino Superior Meridional (IMED), professor da especialização em Direito do Estado da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), professor da especialização em Direito Digital, Gestão da Inovação e Propriedade Intelectual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MINAS), professor da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul (FESDEP), revisor técnico da SAGAH Educação S.A. e Procurador do Município de Alvorada/RS. gssantanna@hotmail.com

² Graduado em Direito pelo Complexo de Ensino Superior Meridional (IMED). silveiraclovis@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

O Brasil foi(é) marcado em sua história por escândalos de corrupção amplamente divulgados, não somente em um passado recente, mas também em décadas passadas, em que os gestores públicos demonstravam apropriar-se da coisa pública em benefício próprio, exercendo a nomeada administração pública patrimonialista. Entre os autores que apresentam a decodificação acerca da origem e história da corrupção brasileira, destaca-se Faoro (2001, p. 97), que, em seu clássico “Os Donos do Poder”, define que o patrimonialismo no Brasil resulta de um relacionamento no qual o governo tem o controle da economia e da sociedade, por meio de um sistema de favorecimento, sempre a serviço de quem está no poder.

Em suas palavras, o autor aduz que o merecimento vale pouco, e “[...] a conquista do emprego, ao posto à dignidade se faz ao custo da intriga bem tecida, da conversa doce” (FAORO, 2001, p. 97). Aniquilar-se-ia, assim, qualquer chance que favorecesse a ideia de meritocracia e a atuação escurra; o sistema patrimonialista teria, de forma profunda, estabelecido as raízes da corrupção na história brasileira, que se mostra “[...] numa arte cultivada às escondidas: a arte de furtar” (FAORO, 2001, p. 99).

Afastada a concepção de que a corrupção estaria inseparável da administração pública brasileira, converge-se que nossa realidade social está próxima ao conceito de *crony capitalism*: o capitalismo de favores e compadrios, em que o que determina o sucesso são as relações entre agentes públicos e empresários, e não a escolha do consumidor. Essa forma de capitalismo, segundo Carvalhosa (2016, p. 16), abre as portas para “[...] a manipulação e a fraude de concorrências e leilões, bem como dos termos dos contratos que firmam com os governos e estatais”. Contudo, “[...] a corrupção não está relacionada ao caráter do brasileiro, mas a uma construção social que permite que ela seja tolerada como prática” (FILGUEIRAS, 2009, p. 394).

Nem mesmo o advento da pandemia causada pela COVID-19 teve a capacidade de inibir práticas corruptivas nas contratações públicas. Ao contrário, a pandemia, para alguns gestores, serviu de suporte para o desvio de recursos públicos através de contratações emergenciais, justificadas pela calamidade pública, ora instalada.

O desrespeito pelo cidadão, pela coisa pública, somado ao comportamento característico de uma administração patrimonialista continuam sendo os motores que conduzem a esses desvios. Notadamente no Brasil, a importância em diferenciar o público do privado foi introjetada em segundo plano e, de forma tímida, na formação do estado brasileiro (CADERMARTORI; SIMÕES, 2010, p. 128). Pires (2016, p. 809) assevera que nosso país “[...] se constituiria sob a marca de pedidos particulares às autoridades públicas, favores, tratamentos distintos sem compromisso com a isonomia”.

A sociedade está tendo a oportunidade de vivenciar um período em que há de fato uma preocupação com a transparência, com a moralidade e a integridade nas relações contratuais entre os agentes públicos e privados. Ter um olhar mais atento ao erário representa uma clara demonstração de evolução social e, portanto, um marco, indicando que não há mais tolerância quanto à dilapidação da coisa pública por meio de manobras ilícitas comumente utilizadas.

A preocupação com a utilização escorreita dos recursos públicos, aliada à pressão social, fez com que os programas de *compliance* ganhassem evidência, tornando-se cada vez mais conhecidos. Contudo, a aplicação dos programas de integridade ainda não se dá de forma intensa, devido à ausência de conhecimento do que realmente significa estar em *compliance*. Nesse estudo, *compliance* e programas de integridade serão tratados como sinônimos.

Os programas de integridade trazem diversos benefícios para as instituições e suas implementações devem ocorrer de forma responsável, garantindo atualização e monitoramento constantes. Em consequência, sustentam o desenvolvimento de relações contratuais entre o público e o privado pautadas na ética, na integridade e na probidade. Essas características conferem ao *compliance* uma exigência salutar para as contratações públicas, garantindo transparência na utilização do erário.

Dada a importância que o tema merece no combate à corrupção e na gestão de riscos que os contratos administrativos especialmente requerem, tanto no âmbito federal quanto no estadual e municipal, surge então o seguinte questionamento: sendo os programas de *compliance* um mecanismo eficaz no combate à corrupção, seria possível exigí-los nos processos licitatórios, mesmo sem lei específica, possibilitando e, ao mesmo tempo, não criando uma barreira para diminuir a competitividade? Esse é o questionamento que se buscou responder no presente estudo, além de trazer uma abordagem explicativa acerca do conceito e regulação legislativa, especialmente no Estado do Rio Grande do Sul e sua capital, Porto Alegre. Não obstante, igualmente abordam-se pontos específicos relativos à exigência de programas de integridade da Lei nº 14.133 (BRASIL, 2021), a “Nova Lei das Licitações e Contratos Administrativos”.

2 CONCEITO DE COMPLIANCE

Na busca por um conceito claro sobre o significado do termo *compliance*, Manzi (2008, p. 15) coloca que “[...] o termo origina-se do verbo inglês *to comply*, que significa cumprir, executar, satisfazer, realizar algo imposto”. Assim, *compliance* seria o ato de cumprir, de estar em conformidade e, desta forma, executar regulamentos internos e externos, buscando mitigar o risco atrelado à reputação da empresa e ao cumprimento do ordenamento jurídico (MANZI, 2008, p. 15).

Em síntese, o termo significa estar de acordo com a norma, com uma orientação interna, firme na ética; é estar em conformidade com tudo que foi estabelecido, seja pela regulação interna, seja pela norma jurídica. A compreensão, portanto, é que o *compliance* compõe uma estrutura organizada na prevenção e gestão de riscos daquilo que é intangível, incorpóreo.

Silveira e Saad-Diniz (2012, p. 312) demonstram que o *compliance* se apresenta pelo viés preventivo, ou seja, “[...] por meio da programação de uma série de condutas (condutas de cumprimento) que estimulam a diminuição dos riscos da atividade”. Dessa forma, a estrutura do *compliance* seria pensada para combinar uma “[...] estratégia de defesa da concorrência leal e justa com as estratégias de prevenção de perigos futuros” (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2012, p. 312).

Prevenção é a palavra que pode definir com clareza a precípua função esperada do *compliance*. Na medida em que se adota um procedimento preventivo, a Administração consegue resolver o problema antes mesmo dele se tornar litigioso, além de evitar os efeitos prejudiciais que ele reflete, como orientam Castro e Ziliotto (2019, p. 30):

A valorização do diálogo, por assim dizer, impulsionou o processo de perda gradual do caráter eminentemente sancionatório do Estado, abrindo-se ala para uma atuação mais preventiva e negocial. A prevenção trata-se de instrumento típico de uma administração consensual, de impulso, que visa encerrar o problema antes de torná-lo litigioso, bem como da concretização de eventos de impactos danosos.

A Lei Anticorrupção Brasileira (BRASIL, 2013) mostra-se, neste contexto, como um reforço da importância dessa pauta, firmando o aspecto relevante que as regras de governança corporativa representam não apenas no interior das empresas, mas da forma que refletem nas relações com a Administração Pública. O Decreto Federal nº 8.420 (BRASIL, 2015), que regulamentou a Lei Anticorrupção, em seu artigo 41, define o que é um programa de integridade nos seguintes termos:

Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

No Brasil, o marco legal da entrada do *compliance* no ordenamento jurídico ocorreu com a publicação da Lei Anticorrupção, que tornou possível responsabilizar, de forma objetiva civil e administrativa, as pessoas jurídicas que cometam atos contra a Administração Pública, tanto nacional como estrangeira (PORTO, 2020, p. 50).

O ambiente para aprofundar as raízes e consolidarmos a cultura de implementação de programas de integridade em processos licitatórios não poderia estar mais adequado, especialmente pelo fato de nossa sociedade nunca ter discutido tanto sobre corrupção como faz atualmente. E não se fala apenas devido à Operação Lava Jato, que abalou drasticamente a moral da política brasileira e a do empresariado envolvido, mas também, agora, com relação à pandemia causada pela COVID-19, em que os contratos são superfaturados (INVESTIGAÇÕES..., 2020), a compra de equipamentos que salvam vidas é fraudada (CORRIDA..., 2020), gestores ordenam lavagem de ruas com água, simulando ser sanitizante, entre outras fraudes (INVESTIGAÇÃO..., 2020). Essas práticas corruptivas, amplamente divulgadas pela mídia, inevitavelmente, impulsionam cada vez mais os debates em torno de valores morais, da probidade administrativa, além de promover a busca por transparência e conformidade nas relações contratuais entre o público e o privado.

3 O COMPLIANCE NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL

A Controladoria Geral da União tem fomentado, de forma sistemática, a cultura de programas de integridade, disponibilizando, inclusive, manuais de estruturação, implementação e fiscalização de programas de *compliance*. Isso se deve ao reconhecimento da complexidade e do efeito danoso que a corrupção provoca na sociedade, além da compreensão de que medidas preventivas devem ser adotadas.

Impulsionado por consideráveis pressões internacionais, o Decreto nº 9.203, publicado em 22/11/2017, determinou a obrigatoriedade de imediata estruturação e implementação de programa de *compliance* no âmbito dos órgãos e entidades que compõem a administração pública federal direta, autárquica e fundacional (BRASIL, 2017). Em seu artigo 19, o Decreto traz os pilares nos quais os programas de integridade devem estar alicerçados, quais sejam: i) comprometimento e apoio da alta administração; ii) existência de unidade responsável pela implementação no órgão ou na entidade; iii) análise, avaliação e gestão dos riscos associados ao tema da integridade; e iv) monitoramento contínuo dos atributos do programa de integridade (BRASIL, 2017).

Note-se que o Decreto (BRASIL, 2017) destaca pontos de governança, além de aperfeiçoamento de mecanismo de controle interno, já estabelecidos nos entes públicos. Na sequência, o artigo 20-A disciplina que cabe à Controladoria Geral da União definir os procedimentos necessários à estruturação e outras medidas para o funcionamento dos programas de integridade dos órgãos e das entidades da administração pública federal.

A regulamentação que o Decreto nº 9.203 (BRASIL, 2017) traz pode servir de parâmetro e, conseqüentemente, orientar empresas que pretendem internalizar, em seus processos, programas de *compliance* anticorrupção. Ao promover o estabelecimento de programas de integridade, o setor público incentiva os particulares a desenvolver o aprimoramento dos seus sistemas de controle, visto o exponencial aumento das chances de identificação de práticas corruptivas.

Igualmente, com a preocupação com um setor público mais ético na sua conduta, foi editada a Lei Federal nº 13.303 (BRASIL, 2016), que ficou conhecida, de forma popular, como “Lei das Estatais”. Na edição desta lei, o legislador detalhou, com maior atenção, as regras jurídicas, disciplinando a constituição e funcionamento de empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, no âmbito de todas as esferas federativas.

Para o objetivo do presente estudo, destaca-se, como ponto mais expressivo, a exigência de normas relacionadas à transparência, governança e *compliance*, que até então não possuía, de forma expressa, sua imposição. Observa-se que, já nos seus primeiros dispositivos, em especial o artigo 6º, a lei preocupa-se em afirmar a importância da observação de regras de governança corporativa e transparência, como também destaca a proteção de acionistas, caso haja sua presença:

Art. 6º O estatuto da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias deverá observar regras de governança corporativa, de transparência e de estruturas, práticas de gestão de riscos e de controle interno, composição da administração e, havendo acionistas, mecanismos para sua proteção, todos constantes desta Lei. (BRASIL, 2016)

As Empresas Estatais são pessoas jurídicas, estando, assim, automaticamente, disciplinadas pelas regras da Lei Federal nº 12.846 (BRASIL, 2013), o que, por si só, já recomenda a adoção de *compliance* e controle interno. No setor público, a recomendação de instituição de programas de integridade, com a edição da Lei das Estatais, tornou-se uma obrigatoriedade. O artigo 9º, em seu §4º, não deixa dúvidas acerca da exigência de programas de *compliance* na administração das estatais, na medida em que expressa:

§ 4º O estatuto social deverá prever, ainda, a possibilidade de que a área de *compliance* se reporte diretamente ao Conselho de Administração em situações em que se suspeite do envolvimento do diretor-presidente em irregularidades ou quando este se furtar à obrigação de adotar medidas necessárias em relação à situação a ele relatada. (BRASIL, 2016)

As disposições contidas na Lei Federal nº 12.846 (BRASIL, 2013) trouxeram, pela primeira vez, o termo *compliance* no âmbito normativo. Feitas essas considerações, e sem exaurir o texto da Lei, foi permitido cotejar a evidente preocupação do legislador em incorporar, no setor público, elementos de controle que são comumente utilizados pelas empresas privadas.

4 PREVISÃO LEGAL DO COMPLIANCE NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Em alguns estados do Brasil, houve um movimento legislativo em consonância com a já referida “Lei Anticorrupção Brasileira”, iniciando pelo Estado do Rio de Janeiro (Lei nº 7.753/2017), seguido pelo Estado do Espírito Santo (Lei nº 10.793/2017), Distrito Federal (Lei nº 6.112/2018), posteriormente, pelo Estado do Rio Grande do Sul (Lei nº 15.228/2018) e, por derradeiro, o Estado do Amazonas (Lei nº 4.730/2018), passando a exigir das empresas que contratassem com os respectivos estados, programas de integridade, tendo cada estado estabelecido suas regras específicas. Entre as legislações estaduais mencionadas, o Rio Grande do Sul deixou de criar uma lei específica exigindo obrigatoriedade de programas de *compliance* das empresas que firmam contratos públicos com o Estado. No caso, a Lei Gaúcha nº 15.228 (RIO GRANDE DO SUL, 2018) objetivou regulamentar a aplicação da Lei Anticorrupção Federal (BRASIL, 2013).

A legislação do Estado do Rio Grande do Sul (2018), no capítulo VIII, especifica, como regra, a presença de programas de integridade para as empresas que venham a celebrar contrato com a administração pública estadual. Contudo, a exigência de programas de integridade, estabelecida na referida Lei, é aplicável somente nos contratos, consórcios,

convênios, concessões ou parcerias público-privadas com a Administração Pública Estadual cujos valores sejam superiores a R\$ 330.000,00 (trezentos e trinta mil reais) para obras e serviços de engenharia, e acima de R\$ 176.000,00 (cento e setenta e seis mil reais) para compras e serviços, mesmo que na forma de pregão eletrônico (RIO GRANDE DO SUL, 2018). Como se observa, a legislação gaúcha tem por objetivo buscar o fortalecimento de regras e elementos que trabalhem em consonância no combate a práticas corruptivas.

Em seu artigo 38, a Lei Gaúcha (RIO GRANDE DO SUL, 2018) estabelece as diretrizes que devem compor um programa de integridade, sendo:

[...] estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual, por sua vez, deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando a garantir a sua efetividade.

A norma ainda esclarece que:

Art. 38. O Programa de Integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com o objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a Administração Pública Estadual.

O prazo para implementação do programa de integridade da contratada será de 180 (cento e oitenta) dias, a contar da celebração do contrato, conforme dispõe o artigo 39 do mesmo diploma (RIO GRANDE DO SUL, 2018). Frisa-se que tal obrigatoriedade incide apenas nos contratos posteriores ao início da vigência da referida lei.

Não obstante a publicação da Lei nº 15.228 (RIO GRANDE DO SUL, 2018), da mesma forma que as leis de outros estados da federação, as exigências já estavam contidas no Decreto que regulamentou a Lei Anticorrupção, especialmente no ponto de comprovação efetiva de instauração de programas de integridade, não inovando muito, ou quase nada, nesse sentido.

O diploma legal ora analisado é omissivo quanto à comprovação da efetiva instauração dos programas nas contratadas, não apresentando nenhuma regra expressa no tocante à forma de fiscalização, reponsabilidade ou consequências pela não implementação. Configura, certamente, flagrante falha na sua edição, o que poderá prejudicar o efetivo estabelecimento dos programas de *compliance*.

Destarte, torna-se de suma importância que os certames, além dos contratos administrativos, tragam expressa a competência pela avaliação dos programas como uma das obrigações do contratante, em atenção ao disposto no artigo 42 da lei nº 15.228 (RIO GRANDE DO SUL, 2018). Olvidando esse quesito, a previsão de implementação de

programas de integridade perde sua razão no contrato administrativo, uma vez que, na medida em que não se fiscaliza a efetiva implementação, pouco se aproveita de sua exigência. Em que pese a ausência de definição pela competência fiscalizadora, a lei gaúcha, em seus artigos 40 e 41 (RIO GRANDE DO SUL, 2018), não deixou de estabelecer as sanções aplicáveis àquelas contratadas que deixarem de observar a instituição de programas de integridade, imputando multa e até mesmo impedindo novas contratações até a sua regularização.

Quando se pensa em mecanismos voltados a verificar a efetividade de instituição de programas de integridade, a sugestão que se encontra normalmente é que uma organização privada ou um ente público seja designado a aferir a funcionalidade dos requisitos mínimos que caracterizam a existência do programa. Dessa forma, a contratada estaria “de acordo”, por um tempo determinado, até a realização de uma nova auditoria. Essa forma de verificação segue o mesmo sistema da Controladoria Geral da União para concessão do selo “Pró-Ética” (BRASIL, [s.d.]), iniciativa cujo intuito é fomentar a adoção pelas empresas, de forma voluntária, de medidas de integridade por meio do reconhecimento público, sem considerar o porte ou o ramo de atuação, que se evidenciem comprometidas em estabelecer ações de prevenção e remediação a práticas de corrupção e fraude.

Em que pese não haver de forma absoluta uma efetividade do programa de integridade, mesmo com uma auditoria com certificação válida, constitui verdadeira necessidade estabelecê-la periodicamente, visando a contribuir na mitigação dos riscos que tornam o programa de *compliance*, instituído pela obrigatoriedade legal, apenas um procedimento burocrático, “de aparência”. Dessa forma, os elementos e a política que compõem os programas manter-se-iam em constante funcionamento.

5 A EXPERIÊNCIA DO COMPLIANCE NO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE

A cultura do *compliance* está igualmente ganhando espaço no âmbito municipal, uma vez que já se registra a implantação de programas de integridade em alguns municípios, a exemplo de São Paulo (SP) (SÃO PAULO, 2020); Balneário Camboriú (SC) (BALNEÁRIO CAMBORIÚ, 2019), e Jaraguá do Sul (SC) (JARAGUÁ DO SUL, 2019).

O Município de Porto Alegre, por sua vez, acompanhou o movimento legislativo e editou o Decreto nº 20.131 (PORTO ALEGRE, 2018), regulamentando, na capital gaúcha, a Lei Anticorrupção Brasileira. Contudo, o decreto regulamentador não estabeleceu exigência para contratação com o município, tampouco a instituição de programas de integridade, mas trouxe, em seu artigo 35 (PORTO ALEGRE, 2018), sua definição e, no parágrafo único, sua forma de aplicação:

Art. 35. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta,

políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a Administração Pública. Parágrafo único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as regras estabelecidas em regulamento do Poder Executivo Federal, nos termos do parágrafo único do art. 7º da Lei Federal nº 12.846, de 2013.

Como se observa, o Decreto porto-alegrense seguia o Decreto Federal nº 8.420 (BRASIL, 2015), regulamentador da Lei Anticorrupção. Todavia, no tocante à aplicação de programas de integridade, objeto do presente trabalho, o município de Porto Alegre considerou apenas sua instituição pelas contratadas. Dessa forma, a avaliação se daria somente em ocasiões de eventuais acordos de leniência; ou seja, de acordo com a regulamentação da capital do Rio Grande do Sul, os programas de *compliance* não aparecem com sua função de prevenção.

Nesse sentido, o Decreto Municipal (PORTO ALEGRE, 2018) colocava a avaliação e implantação dos programas de integridade no capítulo que disciplina os acordos de leniência, o que demonstra certa desvalorização do instrumento, que é observado somente após atos de responsabilização.

Sabe-se que acordos de leniência são propostos justamente quando os atos lesivos ao erário já ocorreram. Veja-se que, no inciso IV, do artigo 41 (PORTO ALEGRE, 2018), ao mencionar “caso existente”, tinha-se, de forma expressa, que é opcional às contratadas instituir ou não programas de integridade, os quais visam justamente à prevenção de práticas corruptivas. A mesma ideia era passada pelo artigo 46 (que dispunha do acordo de leniência constará obrigatoriamente adoção, aplicação e aperfeiçoamento de programa de integridade). Portanto, a utilização do instituto de *compliance* era utilizado como instrumento remediador, ao invés de preventivo. Em que pese a revogação do referido decreto pela Lei nº 12.827/2021, a exigência de programas de integridade somente após a celebração do contrato, consórcio, convênio, concessão ou parceria público-provada (e ainda condicionada ao valor), persiste, permanecendo, assim, as críticas levantadas.

O objetivo precípua de instituição de programas de integridade nas contratações públicas é basilar, assim como princípios e regras internas, e contam com o olhar das contratadas e de seus colaboradores direcionado ao cumprimento dos diplomas normativos.

Destarte, somando-se à conformidade com o regramento normativo, os programas de integridade são desenvolvidos com base a viabilizar alteração da forma como a empresa conduz seu posicionamento ético, diante das regras que disciplinam a atividade pela qual foi contratada, prevenindo-se de possíveis práticas ilegais por parte de seus colaboradores, além de evidente abalo da imagem e da credibilidade da empresa. Corroborando com o valor que os programas de *compliance* agregam, Pereira Júnior e Marçal (2017) asseveram:

Estudos vêm ponderando que a adoção de sistema de *compliance* gera ganho competitivo, haja vista que aumenta o grau de confiabilidade da empresa com aqueles com os quais contrata, no ambiente de negócios

em que opera. Faz lembrar advertência que, ainda na segunda metade do século passado, o saudoso Peter Drucker lançava cerca da exata localização dos resultados de uma empresa. Não estão, propriamente, no lucro contábil que se apura mediante mecanismos internos da organização empresarial. Mas, sim, no ambiente externo à empresa, onde se forma, ou se degrada, a credibilidade de sua marca.

Deixar para instituir programas de integridade somente na ocasião em que haja ocorrência de ato lesivo é transformar uma ferramenta de prevenção exclusivamente em sanção. Todavia, não é esse o objetivo que se espera atingir com a instituição desses programas. Não se pode minimizar a implementação dos programas de integridades a uma atividade de auditoria, com finalidade exclusivamente repressiva. Pelo contrário, os programas devem ser considerados ferramentas de detecção para que, pontualmente, desconstituam procedimentos ilegais institucionalizados. O *compliance* deve ser implementado em sua totalidade nas contratações públicas, como um instrumento que previne desvios e que ultrapassa a fiscalização e aplicação de sanções, quando devidas.

6 A EXIGÊNCIA DO COMPLIANCE NOS PROCESSOS LICITATÓRIOS E NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E A DE LEI Nº 14.133/2021 — NOVA LEI DAS LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Sabe-se que as práticas corruptivas, muitas vezes, encontram sua porta de entrada justamente no processo licitatório. Nesse sentido, os estudos avançam na busca de encontrar mecanismos de prevenção, repressão e combate à corrupção. Não é raro se encontrar, no Brasil, fraudes em licitações ou em contratos administrativos, elaborados, desde seu início, com o objetivo de direcionar vencedores em processos licitatórios. É justamente visando preencher essa lacuna, a qual permite a entrada de algumas práticas de corrupção, que surge a proposta da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Com a promessa de ser um regramento jurídico inovador, a nova lei surge propondo um processo licitatório com maior agilidade, que melhor atenda aos princípios constitucionais, inovando e organizando as contratações públicas ao revogar as Leis nº 8.666/1993 e nº 10.520/2002 por inteiro, assim como alguns dispositivos da Lei nº 12.462/2011.

Dedicando-se ao objeto do presente estudo, quanto à exigência dos programas de integridade nos processos licitatórios, a nova Lei das Licitações e Contratos Administrativos (BRASIL, 2021) estabelece, em seu artigo 25, § 4º, a obrigatoriedade de instituição de programa de integridade, no prazo de seis meses, pelo licitante vencedor. Entretanto, a exigência está prevista somente para as contratações de grande vulto, ou seja, aquelas que ultrapassam duzentos milhões de reais:

Art. 25. O edital deverá conter o objeto da licitação e as regras relativas à convocação, ao julgamento, à habilitação, aos recursos e às penalidades da licitação, à fiscalização e à gestão do contrato, à entrega do objeto e às condições de pagamento.

[...]

§ 4º Nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, o edital deverá prever a obrigatoriedade de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor, no prazo de 6 (seis) meses, contado da celebração do contrato, conforme regulamento que disporá sobre as medidas a serem adotadas, a forma de comprovação e as penalidades pelo seu descumprimento.

A Lei nº 14.133 (BRASIL, 2021), igualmente, prevê a presença de programas de integridade como um diferencial entre os concorrentes, estabelecendo-os, inclusive, como critério de desempate. Nesse sentido, dispõe seu artigo 60, inciso IV:

Art. 59. Em caso de empate entre duas ou mais propostas, serão utilizados os seguintes critérios de desempate, nesta ordem:

[...]

IV – desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle.

Os programas de integridade também são exigidos pela nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos — em caso de reabilitação do licitante ou contratado, inclusive pela própria autoridade que lhe aplicou penalidade, conforme traz no artigo 163 (BRASIL, 2021), parágrafo único, do diploma:

Art. 163. É admitida a reabilitação do licitante ou contratado perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, exigidos, cumulativamente: Parágrafo único. A sanção pelas infrações previstas nos incisos VIII e XII do *caput* do art. 155 desta Lei exigirá, como condição de reabilitação do licitante ou contratado, a implantação ou aperfeiçoamento de programa de integridade pelo responsável.

Se, de um lado, a nova lei traz a obrigatoriedade da presença de programas de integridade, no âmbito das contratadas, para a execução de contratos vultosos, por outro, da mesma forma, ela silencia a respeito de como serão fiscalizados esses programas, uma vez que não estabelece critérios de avaliação. Isso indica uma tendência de as contratadas buscarem instituir programas de *compliance* de baixo valor, apenas para cumprir uma exigência editalícia, sem realmente provarem sua efetividade. Acredita-se que o responsável pela fiscalização do contrato seja, também, o responsável pelo efetivo cumprimento dos programas de *compliance*.

Desta forma, percebe-se, pois, que os editais de licitação não permitem exigir dos participantes, independentemente do valor da licitação, como requisito de habilitação, a existência de programas de *compliance*. Isso porque, repita-se, a exigência do programa está direcionada para contratações de grande vulto, ou seja, aquelas obras, serviços e fornecimentos cujo valor estimado supere duzentos milhões de reais (BRASIL, 2021). Sabe-se, também, que são raras as licitações nessa quantia, e que os desvios e atos corruptivos (o que tenta se combater com os programas de *compliance*) são praticados independentemente do valor do contrato.

Dentro desse contexto, para exigir o *compliance* como requisito para habilitação, seria necessário que a mesma imposição fosse prevista legalmente para o exercício da atividade da empresa, visando à proteção da isonomia entre os participantes. Nas palavras de Niebuhr (2000, p. 97), “o tratamento diferenciado àqueles que demonstrem condições suficientes para contratarem com a Administração constitui ofensa ao preceito que reclama equidade”.

Em que pese atestar a existência de um programa de *compliance* seja importante, já na fase de habilitação seria inviável, ao órgão licitante, avaliar cada um dos elementos do programa, de todos os participantes. Nesse contexto, a solução poderia ser a certificação de entidade privada, a exemplo da ISO 19600:2014, a qual certifica programas de *compliance*. Contudo, de imediato, haveria questionamentos sobre a vedação de condicionamento da participação da empresa no processo licitatório a uma declaração emitida por terceiro.

Ademais, o fato de a empresa não possuir a certificação sugerida, de nenhuma forma representa “[...] inexistência de requisitos de habilitação. Uma empresa pode preencher todos os requisitos para obtenção da certificação, mas nunca ter tido o interesse em formalizar esse resultado” (JUSTEN FILHO, 2014, p. 624).

A divergência sobre a exigência do *compliance* como requisito nos processos licitatórios foi sanada pelo Estado do Rio de Janeiro (Lei nº 7.753/2017) e pelo Distrito Federal (Lei nº 6.112/2018) ao adotarem, como cláusula contratual, a obrigatoriedade de instituição de programas de *compliance* por parte das contratadas, sob pena de rescisão contratual. Na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, por sua vez, exigiu-se, para os contratos de grande vulto, a implantação do programa em até seis meses após a celebração do contrato, alcançando, por certo, um número muito pouco expressivo de contratações. Essa previsão estreita, certamente, é reflexo de um olhar raso de diplomas legais, como a “Lei Anticorrupção” (BRASIL, 2013), por exemplo, não condizendo com uma interpretação normativa adequada.

Até o momento, portanto, a normatização que estabelece a exigência de programas de *compliance* se refere tão somente à parte contratual do processo licitatório, não os condicionando como requisito para a participação do certame.

7 CONCLUSÃO

O legislador, pressionado pelo clamor social de acabar com práticas corruptivas de servidores, que se utilizam dos cargos para fazer acordos individuais com terceiros, iniciou um movimento, no sentido de responsabilizar, com maior rigor, e criar mecanismos de prevenção contra aqueles que insistem em dilapidar o erário através de fraudes em licitações. “O fenômeno pelo qual o funcionário público é levado a agir de modo diverso dos padrões normativos do sistema, favorecendo interesses particulares em troca de recompensa” (BOBBIO; MATTEUCI; PASQUINO, 2000, p. 291), tem reflexos no superfaturamento de contratos, subornos, entre outras práticas ilícitas, ora comumente utilizadas.

Houve verdadeiro avanço com a Lei Anticorrupção. Hoje, a cultura do *compliance* está cada vez mais difusa, tanto no ambiente privado que a originou, quanto no setor público que a incorporou. A Lei Federal Anticorrupção foi incorporada em alguns estados da federação, os quais exigem, atualmente, bem mais que capacitação técnica e econômica para execução de contratos públicos, a exemplo do Estado do Rio de Janeiro e do Distrito Federal, que estabeleceram como cláusula contratual, passível, inclusive, de rescisão, a instituição de programas de integridade no âmbito das contratadas.

O Estado do Rio Grande do Sul, por seu turno, igualmente tratou de regulamentar a Lei Anticorrupção, replicando regras contidas no Decreto Federal nº 8.420/2015, regulamentador da Lei no âmbito Federal. Contudo, observa-se, na regulamentação gaúcha, ausência de mecanismos de controle e fiscalização sobre a implantação de programas de integridade pelas contratadas, o que evidencia um futuro prejuízo na efetividade e na eficácia da lei nesse aspecto.

Em consonância com o movimento de combate e prevenção à corrupção, identificou-se que alguns municípios adotaram medidas para adoção de programas de integridade, destacando-se o Município de Balneário Camboriú (SC), que, através do Decreto Municipal nº 9.560/2019, instituiu o seu próprio “Comitê de *Compliance* e Boas Práticas Administrativas”, trazendo, de forma legal, a aplicação de todos os elementos que compõem um programa de *compliance*. Além disso, o Decreto em comento atribui funções de prevenção, controle e denúncia de práticas lesivas à Administração Pública daquele Município.

Porto Alegre, em sua regulamentação, bem diferente de Balneário Camboriú, deixou de conferir aos programas de integridade seu caráter preventivo. A capital gaúcha, na edição do Decreto Municipal nº 20.131, de 07/12/2018, estabeleceu a exigência de implementação de programas de integridade somente nos casos de acordo de leniência, ou seja, posterior às práticas de corrupção. No caso, o município encara a instituição do *compliance* pela contratada como uma espécie de reprimenda administrativa, esvaziando o precípuo objeto de sua aplicação: a prevenção. Isso foi alterado com a edição da Lei nº 12.827/2021.

Conclui-se, para fins desse estudo, que os programas de *compliance* manifestam-se como uma ferramenta de valorosa importância no âmbito dos processos licitatórios e das contratações públicas, que visa eminentemente à prevenção e ao combate à corrupção. Por isso, sua exigência é considerada factível, desde que prevista normativamente. Além disso, sua exigência na fase licitatória não pode criar barreiras que diminuam a competitividade no certame. Com isso, poder-se-ia dividir em duas fases a integralização dos programas de integridade (*compliance*). A primeira, na fase licitatória, destinada à comprovação da existência de um programa de integridade na empresa participante, e a segunda, após a assinatura do contrato, com a sua implementação. Com isso, possível vislumbrar antecipadamente, ainda que de forma superficial, o programa a ser implementado pela empresa participante, caso sagre-se vencedora do certame, momento em que se exigirá a sua implementação em prazo previamente estipulado no edital.

REFERÊNCIAS

BALNEÁRIO CAMBORIÚ. **Decreto nº 9.560, de 16 de setembro de 2019**. Institui o Comitê Municipal de Compliance e Boas Práticas Administrativas, e dá outras providências. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/sc/b/balneario-camboriu/decreto/2019/956/9560/decreto-n-9560-2019-institui-o-comite-municipal-de-compliance-e-boas-praticas-administrativas-e-da-outras-providencias>. Acesso em: 14 out. 2020.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 10 abr. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015**. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm. Acesso em: 18 mar. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017**. Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9203.htm. Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 18 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 18 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016**. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm. Acesso em: 18 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 7 abr. 2021.

BRASIL. Procuradoria Geral da União. **O Pró-Ética**. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/etica-e-integridade/empresa-pro-etica/historico>. Acesso em: 24 mar. 2021.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Caso da Lava Jato**. Disponível em:
<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em: 17 mar. 2021.

CADERMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; SIMÕES, Raísa Carvalho. A sobrevivência do modelo patrimonial na reforma administrativa gerencial do estado brasileiro. **Revista Panóptica**, v. 3, n. 18, p. 127-153, 2010.

CARVALHOSA, Modesto. A corrupção sistêmica gerada pelo capitalismo de laços – o instrumento do performance bond. **Revista dos Tribunais**, v. 967, p.13-19, 2016.

CASTRO, Rodrigo Pironte Aguirre de; ZILLOTTO, Mirela Miró. **Compliance nas Contratações Públicas Exigência e Critérios Normativos**. Belo Horizonte: FORUM, 2019.

CORRIDA por respiradores alimenta golpes e suspeitas de corrupção no Brasil. **Portal G1**, 8 maio 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2020/05/08/corrida-por-respiradores-alimenta-golpes-e-suspeitas-de-corrupcao-no-brasil.ghtml>. Acesso em: 23 mar. 2021.

FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder**. Rio de Janeiro: Globo, 2001.

FILGUEIRAS, Fernando. A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social. **Opinião Pública**, v. 15, n. 2, p. 386-421, 2009.

INVESTIGAÇÃO aponta que prefeitura de Rio Pardo fez desinfecção das ruas com água e comprou EPIs vencidos para equipes de saúde. **Rádio Geração**, 27 maio 2020. Disponível em: <https://radiogeracao.com.br/investigacao-aponta-que-prefeitura-de-rio-pardo-fez-desinfeccao-das-ruas-com-agua-e-comprou-epis-vencidos-para-equipes-de-saude>. Acesso em: 23 mar. 2021.

INVESTIGAÇÕES de desvios e superfaturamento na Saúde atingem pelo menos seis estados. **Portal G1**, 3 jun. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2020/06/03/investigacoes-de-superfaturamento-e-desvios-na-saude-atingem-pelo-menos-seis-estados.ghtml>. Acesso em: 23 mar. 2021.

ISO. **ISO 19600:2014 Compliance management systems** : guidelines. Disponível em:
<https://www.iso.org/standard/62342.html>. Acesso em: 25 mar. 2021.

JARAGUÁ DO SUL. **Decreto nº 12.533/2019**. Institui Comissão Especial Responsável Pela Elaboração do Programa de Integridade Pública (Compliance Público) da Administração Pública Direta do Município de Jaraguá do Sul (SC). Acesso em:
<https://leismunicipais.com.br/a/sc/j/jaragua-do-sul/decreto/2019/12533/12533/decreto-n-12533-2019-institui-comissao-especial-responsavel-pela-elaboracao-do-programa-de-integridade-publica-compliance-publico-da-administracao-publica-direta-do-municipio-de-jaragua-do-sul-sc>. Acesso em: 15 mar. 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MANZI, Vanessa Alessi. **Compliance no Brasil: consolidação e perspectivas**. São Paulo: Sant Paul, 2008.

NIEBUHR, Joel Menezes. **Princípio da Isonomia na licitação pública**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2000.

OPERAÇÃO Lava Jato. **Folha de São Paulo**, 2017. Disponível em: <http://arte.folha.uol.com.br/poder/operacao-lava-jato/>. Acesso em: 17 mar. 2021.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; MARÇAL, Thaís. Compliance: análise jurídica da economia. **Migalhas**, 2017. Disponível em: <http://m.migalhas.com.br/depeso/254239/compliance-analise-juridica-da-economia>. Acesso em: 24 mar. 2021.

PIRES, Luís Manuel Fonseca. O fenômeno da corrupção na história do Brasil. *In*: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ARAÚJO, Gláucio Roberto Brittes de; LIVIANU, Roberto; PASCOALATI JUNIOR, Ulisses Augusto (coord.). **48 visões sobre corrupção**. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 807-834.

PORTO, Éderson Garin. **Compliance & Governança Corporativa: uma abordagem prática e objetiva**. Porto Alegre: Lawboratory, 2020.

PORTO ALEGRE. **Decreto nº 20.131, de 7 de dezembro de 2018**. Regulamenta, no âmbito do Poder Executivo municipal, a Lei Federal nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública Municipal. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/rs/p/porto-alegre/decreto/2018/2013/20131/decreto-n-20131-2018-regulamenta-no-ambito-do-poder-executivo-municipal-a-lei-federal-n-12846-de-1-de-agosto-de-2013-que-dispoe-sobre-a-responsabilizacao-administrativa-de-pessoas-juridicas-pela-pratica-de-atos-contr-a-administracao-publica-municipal>. Acesso em: 17 mar. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Assembleia Legislativa. **Lei nº 15.228, de 25 de setembro de 2018**. Dispõe sobre a aplicação, no âmbito da Administração Pública Estadual, da Lei Federal nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=TEXT0&Hid_TodasNormas=64904&hTexto=&Hid_IDNorma=64904. Acesso em: 17 mar. 2021.

SANTANNA, Gustavo. **Direito Administrativo: série objetiva**. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015.

SÃO PAULO. Casa Civil do Gabinete do Prefeito. **Lei nº 17.273, de 14 de janeiro de 2020**. Organiza a Política Municipal de Prevenção da Corrupção, cria o Conselho Municipal de Transparência e Controle Social, cria o Fundo Municipal de Prevenção e Combate à Corrupção, altera as Leis nº 8.989, de 29 de Outubro de 1979, nº 15.764, de 27 de maio de 2013, e dá outras providências. Disponível em: <http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-17273-de-14-de-janeiro-de-2020>. Acesso em: 28 mar. 2021.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Criminal Compliance: os limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, ano 15, v. 16, p. 293-336, abr./jun. 2012.

TEORIAS DA JURISDIÇÃO E A NATUREZA CULTURAL DO PROCESSO

TEORIE DELLA GIURISDIZIONE E LA NATURA CULTURALE DEL PROCESSO

Hélio Fagundes Medeiros¹

Resumo: A jurisdição corresponde a um dos Poderes do Estado, razão pela qual reflete os seus vetores ideológicos e o próprio exercício do poder político, o que é fruto de sua essência cultural. Desta maneira, em cada modelo de Estado, conforme fatores ideológicos, haverá um modelo de jurisdição. No Estado Liberal Clássico, a função da jurisdição era a atuação da vontade concreta da lei, mas, no Estado Democrático de Direito, a função da jurisdição é a tutela de direitos e a formação de precedentes.

Palavras-Chave: Jurisdição. Teorias Clássicas. Processo e Cultura.

Riassunto: *La giurisdizione corrisponde ad uno dei Poteri dello Stato, ragione per la quale riflette i suoi vettori ideologici e il proprio esercizio del potere politico, che è frutto della sua essenza culturale. In questa maniera, in ogni modello di Stato, secondo fattori ideologici, esisterà un modello di giurisdizione. Nello Stato Liberale Classico, la funzione della giurisdizione era la realizzazione della volontà concreta della legge, ma nello Stato Democratico di Diritto la funzione della giurisdizione è la tutela dei diritti e la formazione di precedenti.*

Parole chiave: *Giurisdizione. Teorie Classiche. Processo e Cultura.*

1 INTRODUÇÃO

Não é de se estranhar o título do presente ensaio, Teorias da Jurisdição e a Natureza Cultural do processo, já que é impossível estudar a função da jurisdição, a função do processo e o papel dos juízes em uma sociedade, sem que sejam considerados os seus aspectos culturais.

No estudo do direito processual civil, a afirmação de que processo está intimamente imbricado com a experiência e a cultura do povo não encontra mais resistência entre seus estudiosos, uma vez que tal constatação não foi fruto de diversas coincidências da vida, mas sim de profundas pesquisas, experiências e reflexões.

A compreensão do processo como fenômeno cultural traz consigo consequências metodológicas importantes para o seu desenvolvimento. Talvez o mais significativo efeito metodológico tenha sido tornar imprescindível o estudo dos eventos históricos para se

¹ Procurador Municipal de Porto Alegre. Especialista em Direito Municipal. Mestrando em Teoria da Jurisdição e do Processo pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. E-mail: heliofm@pgm.prefpoa.com.br

alcançar um entendimento satisfatório do direito processual como um todo, especialmente sobre a função da jurisdição em cada modelo de Estado.

Dada a grande aceitação desta premissa, para fins deste ensaio, será realizada uma incursão histórica no sentido de descrever o “caldo” cultural em que estiveram “mergulhados” os principais expoentes que influenciaram o direito processual civil brasileiro, uma vez que foi o pensamento destes notáveis processualistas que deu origem às Teorias Clássicas da Jurisdição.

Identificando o ambiente cultural da época em que viveram Giuseppe Chiovenda; Francesco Carnelutti e; Enrico Tullio Liebman, será possível compreender a função da jurisdição e o papel dos juízes no contexto histórico no qual estavam inseridos, e, conseqüentemente, as suas teorias.

A partir desta investigação histórica, será possível responder à seguinte indagação: as teorias clássicas são satisfatórias para compreensão da função da jurisdição no Estado Democrático de Direito?

No sentido de oferecer uma resposta adequada ao problema, será adotado o método dedutivo de abordagem, visto que, para fins deste estudo, parte-se da premissa geral de que o processo é um fenômeno cultural, escolha científica que conduz ao estudo pontual do contexto histórico que viviam os grandes processualistas já citados.

Todavia, para o sucesso deste singelo ensaio, será empregado o método de procedimento histórico, tendo em vista que somente compreendendo os acontecimentos históricos será possível explicar, dogmaticamente, a função da jurisdição no Estado Democrático de Direito.

A Constituição Federal de 1988 definiu que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, ou seja, um Estado limitado pelo Direito, cujo poder político é legitimado pelo povo.

O Estado Democrático de Direito consolidou as conquistas do Estado Constitucional Liberal e as conquistas advindas do Estado Constitucional Social, mas também manifestou o seu comprometimento com outras diversas dimensões de direitos fundamentais, cuja eficácia irradiante impõe a todos os Poderes Constitucionais os deveres de abstenção e concretização.

Sem dúvida alguma, o Poder Judiciário também é destinatário dos direitos fundamentais, razão pela qual se torna importante o estudo da função da jurisdição em cada modelo de Estado, ou melhor, a partir do contexto cultural de cada sociedade.

2 PROCESSO E CULTURA

O Direito Processual Civil é produto da cultura do homem, conceituada esta por Galeno Lacerda como o “[...] conjunto de vivências de ordem espiritual e material, que singularizam determinada época de uma sociedade”.² Não foi à toa que Pontes de

² SILVA, Ovídio Baptista da. **Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2006. Disserta: “Em resumo superar o dogmatismo, fazendo com que o Direito se aproxime de seu leito natural, como ciência da cultura, recuperando a sua dimensão hermenêutica”.

Miranda, em importante ensaio, referiu-se ao direito processual como sendo o “ramo das leis mais rente à vida”, o que significa que o direito processual civil é influenciado pelo momento histórico no qual se insere.

O filósofo italiano Norberto Bobbio, ao comentar a contribuição de Montesquieu em relação à Teoria das Formas de Governo, assevera que este notável pensador questionava o motivo pelo qual os homens tinham leis humanas tão distintas, mesmo estando sujeitos a leis naturais idênticas.

Para Montesquieu, esta variedade decorre de três ordens, quais sejam: físicas ou naturais; econômico-sociais; e espirituais (religião)³. Percebe-se que as conclusões de Montesquieu vão ao encontro da natureza cultural do Direito. As suas ideias evidenciam, com clareza, a influência de diversos fatores na configuração da legislação humana.

À luz do pressuposto de que o direito processual civil é produto da cultura humana, chega-se à conclusão de que deve ser estudado a partir de duas marcas essenciais: o culturalismo e o constitucionalismo, o que fica ainda mais lúcido no pensamento de Daniel Francisco Mitidiero⁴, ao referir que o direito processual recebe os fluxos e contrafluxos da vida social. O digníssimo professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul Marco Félix Jobim sintetizou com muita precisão esta percepção, ao afirmar que a constituição é uma manifestação cultural⁵.

O pensamento citado alhures pode ser equacionado da seguinte maneira: conforme o modelo de Estado, haverá uma função da jurisdição afinada com seus propósitos; haverá um modelo de processo, adequado aos objetivos da jurisdição, e; um modelo de juiz, com maiores ou menores poderes.

Quanto ao modelo de juiz, poderá, segundo a classificação de François Ost, ser: o juiz Júpiter, Hércules ou Hermes⁶. Segundo o filósofo austríaco, o direito trabalha com três modelos de direito, e, conseqüentemente, com três modelos de juízes, os quais também simbolizariam diferentes modelos de jurisdição.

O juiz Júpiter simbolizaria o juiz do Estado Liberal-legal, representado por leis, códigos e constituições. O juiz Hércules seria o magistrado do Estado Social, monopolizador da jurisdição, que proporcionaria o decisionismo, a partir da proliferação de decisões

³ BOBBIO, Norberto. **A Teoria das Formas de Governo**. São Paulo: Edipro, 2017, p. 137.

⁴ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. P.11. Três notas singularizam a experiência jurídica contemporânea no que concerne o direito processual civil: a sabença que o direito pertence à cultura do povo, sujeito aos fluxos e contrafluxos da vida social, a constitucionalização das normas jurídicas fundamentais do processo e a consciência de que este tem de reagir ao direito material, instrumentalizando-o a contento, superando-se a vazia autonomia que o direito moderno impôs ao processo.

⁵ JOBIM, Marco Félix. *Cultura, Escolas e Fases Metodológicas do Processo*. 2ª ed. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2014, p. 71. Diz o autor: “A afirmação do processualista tem três grandes destaques a serem feitos: primeiro, de que o processo deve ser pensado num paradigma cultural; segundo, o processo deve ser pensado por um prisma constitucional; terceiro, a própria constituição, ou como refere o constitucionalismo, também é manifestação cultural.”

⁶ OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*. Academia - Revista sobre Enseñanza del Derecho, v. 4, n. 8, 2007. Disponível em: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/08/jupiter-hercules-hermes-tres-modelos-de-juez.pdf. Acesso em: 20 out. 2021.

particulares. O juiz Hermes seria o magistrado do Estado Democrático de Direito, marcado pelo diálogo com as partes e pelo respeito aos direitos fundamentais.

Deste modo, a única maneira de compreender a função da jurisdição, conforme as Teorias Clássicas, ocorre através do estudo dos vetores ideológicos do modelo de Estado aos quais foram submetidos os seus principais expoentes, o que será tratado no próximo item deste estudo.

3 INFLUÊNCIA DO LIBERALISMO CLÁSSICO E DO POSITIVISMO CLÁSSICO SOBRE AS TEORIAS CLÁSSICAS DA JURISDIÇÃO

Os processualistas Giuseppe Chiovenda, Francesco Carnelutti e Enrico Tullio Liebman foram influenciados por dois endereços culturais. Tais pensadores tiveram grande inspiração nas ideias liberais e nos preceitos do positivismo jurídico. Para uma melhor compreensão da influência dos valores do liberalismo e do positivismo jurídico, é imperioso que sejam trabalhados, preliminarmente, o conceito e as características destas duas ideologias. Também é necessário que sejam investigados os eventos históricos que os antecederam.

Quanto ao positivismo jurídico, importantes são as lúcidas palavras de Dimitri Dimoulis, para quem: “[...] o Positivismo Jurídico é uma teoria explicativa do fenômeno jurídico, isto é, uma das possíveis, historicamente presentes e atualmente defendidas teorias do Direito”⁷.

A origem do positivismo jurídico possui íntima relação com o surgimento do Estado moderno, especialmente quando este passou a deter a monopolização da produção do Direito⁸. Na idade média, o Direito não era produzido pelo Estado, mas fruto da sociedade civil, formada por diversos grupos políticos, cada um dos quais apresentando as suas regras próprias⁹.

O papel do juiz no Estado medieval, diante de uma controvérsia, era de escolher entre a norma estatal e a norma oriunda da sociedade civil, ora se baseando na equidade, ora em normas ditadas por juristas, razão pela qual coexistiam Direito natural e o Direito positivo¹⁰.

Este estado plural de fontes conduziu os homens a um estado de natureza, fomentado por guerras e disputas de toda ordem. Para Thomas Hobbes, este estado de anarquia somente poderia ser neutralizado com a centralização do poder, com a criação do Estado (soberano) que detivesse o poder de coerção e monopolização do poder normativo¹¹. Toda força deveria estar centralizada no soberano, quem teria a capacidade de impor o cumprimento das leis.

⁷ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**: Teoria da Validade e da Interpretação do Direito. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 23.

⁸ BOBBIO, Norberto. **Positivismo Jurídico**: lições de Filosofia do Direito. São Paulo: ícone, 2006, p. 27.

⁹ Ibid., p. 29.

¹⁰ Ibid., p. 27.

¹¹ Ibid., p. 35.

O referido filósofo político é considerado o grande teórico do absolutismo e fundador da teoria do Estado moderno. Thomas Hobbes não negou a existência do direito natural, mas considerou que as leis divinas ou naturais não estariam no mesmo patamar em relação ao direito posto, uma vez que aquelas não poderiam se tornar efetivas pela força de um poder comum¹².

Hobbes, portanto, foi o grande teórico do Estado Moderno e precursor do Positivismo Jurídico, motivado pela reação ao estado de anarquia das guerras da religião e a toda desordem por ele provocado. O Direito é fruto da autoridade, para Hobbes, com base num elemento puramente formal, e o ato justo é aquele praticado conforme a lei.¹³

O Estado absolutista foi marco inicial deste novo modelo, período em que Estado passou a ter a monopolização na produção do direito e de sua aplicação, seja elaborando leis ou reconhecendo os costumes no direito positivo. Todavia, o absolutismo colocou o soberano acima da lei, com poderes ilimitados. O soberano só estava limitado pela sua própria consciência, razão pela qual a Europa começou a ficar fatigada pelos excessos do absolutismo, e as classes passaram a demandar uma maior participação na máquina governamental¹⁴.

Neste período, as grandes ideias de liberdade e igualdade emergiram pelo pensamento de John Locke; ganharam instrumentalidade nas ideias de Montesquieu; e concretizam-se na obra de Jean-Jacques Rousseau¹⁵. Todavia, foi a obra *Espírito das Leis*, de Montesquieu, que enalteceu com maior veemência o ideário de liberdade e a destruição da tirania. As técnicas de liberdade e seus instrumentos de garantia foram os grandes legados de sua obra.

Neste contexto, por via revolucionária, surge o Estado Constitucional Liberal (Estado de Direito), influenciado pelo liberalismo, que representa um conjunto de ideias, valores e princípios, que através da experiência histórica, serviu de base a um sistema que visa assegurar a liberdade individual na religião, na moral, na política e na economia¹⁶. Os liberais defendem os mercados livres e se opõem à regulação do governo, em nome da liberdade humana. A principal alegação dos liberais é que cada um de nós tem o direito fundamental à liberdade, ou seja, temos o direito de fazermos o que quisermos com aquilo que nos pertence, desde que respeitemos o direito dos outros de fazer o mesmo¹⁷.

Os liberais sustentam que a efetividade deste ideário está diretamente relacionada com a proteção dos direitos fundamentais à vida, à liberdade e à propriedade privada, sendo esta última o meio para atingir os fins máximos do liberalismo¹⁸. Em suma, para o pensamento liberal, a ordem política serve para garantir a liberdade individual, sendo que a autoridade e a coerção só podem ser usadas em proteção de tal ideário¹⁹.

¹² BOBBIO, 2017, p. 104.

¹³ BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico**. São Paulo: Editora Unesp, 2016. P. 127.

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p.272.

¹⁵ *Ibid.*, p. 272.

¹⁶ PAIM, Antônio. **História do Liberalismo Brasileiro**. 2.ed. São Paulo: LVM, 2018. P. 255.

¹⁷ SANDELL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. 25. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. p. 78.

¹⁸ MISES, Ludwig Von. **Crítica ao Intervencionismo: estudo sobre a Política Econômica e as Ideologias Atuais**. 3 ed. São Paulo: LVM, 2019, p. 165.

¹⁹ SCRUTON, Roger. **Como ser um Conservador**. 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 216, p. 105.

A ordem liberal busca minimizar os poderes dos governos com o objetivo de proteger o âmbito de liberdade dos indivíduos, razão pela qual a sua existência depende da criação do Estado de Direito. Melhor explicando, para que o indivíduo possa exercer a liberdade defendida pelo pensamento liberal, é imprescindível que conheça as regras que regulam a sua vida, bem como as consequências jurídicas advindas de sua violação, visto que a liberdade só pode ser exercida dentro dos limites estabelecidos pelo Direito²⁰.

Mas em que contexto estaria situado o positivismo jurídico nesta incursão histórica?

No Estado Absolutista, predominava a lei da autoridade; havia direito posto; a lei era única fonte do Direito; havia a monopolização pelo Estado da produção e da aplicação do Direito; mas não havia limites para o soberano²¹. No Estado Liberal, a lei também era a principal fonte do Direito; o Estado também detinha o monopólio da aplicação e produção do Direito, mas tal exercício encontrava limites na separação dos poderes e na representatividade no legislativo.

Isso quer dizer que o positivismo jurídico esteve presente em ambos os modelos, uma vez que a concepção liberal adotou a concepção absolutista da monopolização do Direito por parte do legislador, diferenciando-se apenas quanto ao modo de exercício, uma vez que na concepção liberal o poder do legislador estaria limitado²².

Neste modelo de Estado, houve claro predomínio da legislação, uma vez que o Poder Executivo e Judiciário mantinham uma relação de subordinação com o Poder Legislativo. Somente o Poder Legislativo criava o direito, cujas leis decorriam da soberania popular, sendo estas caracterizadas pela clareza, completude e previsibilidade. As ideias revolucionárias do Estado Liberal acabaram por influenciar o pensamento de Giuseppe Chiovenda; Francesco Carnelutti; Enrico Tullio Liebman, os quais, basicamente, restringem a jurisdição à função de atuação da vontade da lei.

Chiovenda sustentava que a jurisdição era a aplicação da lei, era a atuação em concreto da vontade abstrata do legislador. A tarefa dos juízes, para o processualista, era afirmar e atuar a vontade que eles considerassem existente como vontade concreta²³. Percebe-se, claramente, que para Chiovenda o Direito preexiste na lei, sendo a função do juiz meramente declarativa, desvendando o único sentido existente no ato do legislador.

Nota-se que o pensamento de Chiovenda possui um forte traço positivista, para quem a tarefa da jurisprudência era de interpretar o direito, não de criá-lo. Para o positivismo, a interpretação consistia em remontar os signos contidos nos textos legislativos à

²⁰ ÁVILA, Humberto. **Constituição, Liberdade e Interpretação**. São Paulo: Malheiros, 2019, p.14.

²¹ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. São Paulo: Martin Claret, 2014, p. 172. Diz o autor: [...] portanto, a liberdade dos súditos está, somente, naquelas coisas permitidas pelo soberano ao regular as suas ações, como a liberdade de comprar e vender ou realizar contratos mútuos, de cada um escolher a sua residência, sua alimentação, sua profissão, e instruir seus filhos conforme achar melhor etc. Essa liberdade não abole ou limita a liberdade do soberano de vida e morte, pois já demonstramos que nada pode fazer um representante soberano a um súdito, sob nenhum pretexto, que possa ser chamado de injustiça ou injúria. Isso porque cada súdito é autor de todos os atos praticados pelo soberano, de modo que o soberano nunca carece do direito seja lá ao que for, a não ser na medida em que ele próprio é súdito de Deus e está, por isso obrigado a respeitar as leis naturais.

²² BOBBIO, Norberto. **Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: ícone, 2006, p. 39.

²³ SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de Direito Processual Civil: processo de conhecimento**. V. 1. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.15.

vontade do legislador²⁴. Por sua vez, a doutrina de Francesco Carnelutti afirma que a função da jurisdição é a justa composição da lide, criando uma norma individual para regular o caso concreto.

As duas teorias variam apenas que numa o juiz declara a norma geral, sem produzir a norma individual, e na outra o juiz cria a norma individual, baseado em uma norma geral, mas ambas possuem o mesmo vício, ou seja, de partirem da premissa da supremacia da lei e da onipotência do legislador. Da mesma maneira, Enrico Tullio Liebman, fiel aos ensinamentos de Carnelutti, adotou o mesmo paradigma filosófico, visto que considerou que a função da jurisdição era somente compor os conflitos entre os homens, o que se atingia mediante a aplicação da lei²⁵.

O equívoco principal destas teorias decorreu da percepção de que a lei continha todo o material normativo, o que determinava que a função da interpretação era apenas declarar a única vontade abstrata do legislador²⁶. Tal ocorrência tinha a sua razão de ser, porque o Estado liberal pretendia eliminar qualquer legado do antigo regime absolutista, razão pela qual elegeu a legalidade como um princípio supremo na defesa de seus vetores ideológicos.

Todavia, a ideia da lei abstrata e geral partia de premissa da existência de uma sociedade hegemônica, onde todos os homens eram iguais e livres, o que foi desmentido pelas desigualdades sociais, pela falta de representação parlamentar, bem como pela falsidade da compreensão de que os legisladores seriam infalíveis.

As questões factuais referidas anteriormente levaram à compreensão de que era necessário submeter a lei às limitações e à harmonia, com os princípios de justiça, o que foi alcançado através das constituições, rígidas e com eficácia normativa. Tal mudança de paradigma foi o marco teórico da transição do Estado Liberal Clássico, como Estado Legislativo, para Estado Constitucional²⁷, Estado dos direitos fundamentais, ou Estado Constitucional em sentido forte.

Com a passagem do Estado Liberal Clássico ao Estado Constitucional, as tarefas dos magistrados se multiplicaram, incrementaram-se os poderes dos juízes, o que influenciou diretamente a função da jurisdição, especialmente a organização do processo e o papel do Poder Judiciário na sociedade²⁸.

O Estado Constitucional acarretou uma tríplice alteração no que se refere à compreensão do Direito. A primeira, deu-se em relação à teoria das normas, com a desvinculação entre texto e norma, ocasião que seu estudo passou a ser realizado a partir de princípios, regras e postulados.²⁹

A segunda mudança teve relação com a técnica legislativa empregada, que, num primeiro momento, era caracterizada pelo uso de técnica casuística e rígida, passando,

²⁴ BOBBIO, op. cit., 2006, p. 213.

²⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. V. 1. Tocantins: Intellectus, 2003, p. 23.

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 104.

²⁷ Ibid., p.61.

²⁸ PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 15.

²⁹ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 16.

num segundo momento, para a aplicação não somente da técnica casuística, mas também a partir de uma técnica aberta.

A terceira grande mudança diz respeito à interpretação, visto que se parte do pressuposto de que a atividade jurisdicional constitui uma atividade de reconstrução do sentido normativo, de proposições e dos fatos, haja vista o caráter não cognitivista e lógico-argumentativo do direito.

Todas as mudanças referidas estão interligadas, tendo em vista que contribuíram para uma nova função da jurisdição, especialmente no que se refere ao papel dos juízes na criação do Direito.

Em obra clássica sobre o papel dos juízes, o professor italiano, Mauro Cappelletti deixou claro que é inegável que todo processo de interpretação contempla um certo grau de criatividade, ou seja, de discricionariedade. O pensamento do renomado professor é tão evidente que chega afirmar que o ponto de discussão não é mais se o juiz tem criatividade ou não, mas sim o grau de criatividade e os modos, limites e legitimidade da criatividade judicial.³⁰

A mudança do papel dos juízes e, conseqüentemente, da jurisdição, decorreu da tríplice alteração anteriormente narrada, impulsionada pela força normativa do Constituição, tendo em vista a dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

No Estado Democrático de Direito, um dos modelos de Estado Constitucional, o fim da jurisdição é a tutela de direitos e a formação de precedentes³¹. Neste modelo de Estado, a relação entre Poder Legislativo e o Poder Judiciário é de cooperação, uma vez que o parlamento apenas fornece os textos legais, a partir dos quais os juízes extraem as normas mediante o processo hermenêutico, através do qual se busca dar maior eficácia aos direitos fundamentais.

Deste modo, em razão da passagem do Estado Legislativo Liberal para Estado Constitucional Democrático de Direito, mudou-se o paradigma da supremacia da lei para a supremacia da Constituição, razão pela qual as Teorias Clássicas da Jurisdição são insatisfatórias para a tutela de direitos.

4 CONCLUSÃO

O papel do Poder Judiciário sempre foi um tema tormentoso de ser enfrentado, uma vez que tal descoberta passa pela necessidade de se descobrir a função da jurisdição em determinado modelo de Estado.

Cada Estado se organiza politicamente através de suas leis e constituições, cujas disposições são fruto do poder político e da cultura da sociedade que representam.

³⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, [1993]. p. 24-25.

³¹ MITIDIERO, 2014, p. 19.

Em razão da natureza cultural do Direito, especialmente do direito processual civil, restou demonstrado neste estudo que a jurisdição teve contornos bem distintos ao longo da história.

Na vigência do Estado Liberal Clássico, viu-se que praticamente não havia jurisdição, tamanha era supremacia da lei e do Poder Legislativo, motivo pelo qual os grandes processualistas resumiam o papel dos juízes a meros aplicadores da lei.

Neste momento histórico, entendia-se que a lei era justa, clara e passível de regular todas as situações da vida. Tal entendimento foi fruto do pensamento liberal, fortalecido pelos preceitos do positivismo jurídico, o qual serviu de instrumento ao ideário do liberalismo.

A fragilidade da igualdade formal perante a lei, preconizada pelo liberalismo, revelou-se insatisfatória, visto que a desigualdade entre as pessoas era evidente, motivada, inclusive, pela desigualdade de representação no parlamento, este dominado pela burguesia.

Tamanha constatação permitiu a compreensão de que sem a igualdade material não haveria a tão almejada liberdade, conclusão que deu causa à necessidade de vincular a lei aos princípios de justiça, os quais foram incorporados a constituições.

O surgimento da supremacia da constituição foi o marco teórico para o surgimento do Estado Constitucional, no qual as leis se subordinam ao texto maior, somente podendo ser aplicadas conforme os seus preceitos, sob pena de invalidade.

A partir deste momento, a função da jurisdição adquiriu outros contornos, pois o juiz deixou de ser um mero aplicador da lei e passou a ser um “aplicador”, ou melhor, um guardião da Constituição, seja interpretando conforme a Lei Fundamental, seja realizando controle de constitucionalidade ou, ainda, buscando concretizar valores fundamentais nela incorporados.

À luz da evolução histórica do direito processual civil, restou claro que as teorias clássicas da jurisdição não estão em harmonia com os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Constituição, Liberdade e Interpretação**. São Paulo: Malheiros, 2019.

BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico**. São Paulo: Editora Unesp, 2016.

BOBBIO, Norberto. **Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: ícone, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A Teoria das Formas de Governo**. São Paulo: Edipro, 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, [1993].

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico: Teoria da Validade e da Interpretação do Direito**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. São Paulo: Martin Claret, 2014.

JOBIM, Marco Félix. **Cultura, Escolas e Fases Metodológicas do Processo**. 2. ed. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2014.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. V. 1. Tocantins: Intelectus, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MISES, Ludwig Von. **Crítica ao Intervencionismo: estudo sobre a Política Econômica e as Ideologias Atuais**. 3. ed. São Paulo: LVM, 2019.

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. *Academia - Revista sobre Enseñanza del Derecho*, v. 4, n. 8, 2007. Disponível em: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/08/jupiter-hercules-hermes-tres-modelos-de-juez.pdf . Acesso em: 20 out. 2021.

PAIM, Antônio. **História do Liberalismo Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: LVM, 2018.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SCRUTON, Roger. **Como ser um Conservador**. 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 2016.

SANDELL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. 25. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Processo e Ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de Direito Processual Civil: processo de conhecimento**. V. 1. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.15.

UMA VISÃO SISTEMICA DO PROCEDIMENTO DE MEDIAÇÃO: AS LIÇÕES DO PENSAMENTO DE MATURANA

A SYSTEMATIC VIEW OF THE MEDIATION PROCEDURE

Patricia Dornelles Schneider¹

Resumo: No presente artigo, fizemos uma breve análise histórica do conceito de pensamento sistêmico, à luz da teoria de Maturana, passando a analisar a forma de encarar e interpretar o procedimento de mediação e conciliação à luz da visão sistêmica.

A importância da chamada teoria dos sistemas para a sociedade contemporânea e, em especial para o procedimento de mediação, traz uma visão multidisciplinar e ampliada sobre o conflito e, além de ser um dos pilares teóricos da mediação, constitui-se na própria essência do ato de mediar e conciliar.

Palavras-chave: Teoria geral dos sistemas. Teoria sistêmica. Maturana. Visão multidisciplinar. Autopoiese. Mediação e conciliação.

Abstract: *In this article, we made a brief historical analysis of the concept of systemic thinking, in the light of Maturana's theory, going on to analyze the way of facing and interpreting the procedure of mediation and conciliation in the light of the systemic view.*

The importance of the so-called systems theory for contemporary society and, especially for the mediation procedure, brings a multidisciplinary view of the conflict, in addition to being one of the theoretical pillars of mediation, constituting the very core of the act of mediating and reconcile.

Keywords: *General Systems Theory. Systemic theory. Maturana. Multidisciplinary view. Autopoiesis. Mediation and conciliation.*

1 INTRODUÇÃO

O procedimento de mediação e conciliação possui bases teóricas importantes, sendo o pensamento sistêmico, formulado a partir da teoria geral dos sistemas e reinterpretado por Maturana, um dos seus mais valiosos pilares.

Com origem na primeira metade do século XX, a epistemologia sistêmica tem suas raízes na chamada teoria dos sistemas.

A visão sistêmica da mediação reconhece o papel constitutivo das interações entre as pessoas e suas relações entre si e o mundo, trabalhando a instabilidade, a complexidade e a constante mudança como fatores sempre presentes nas relações sociais e nos

¹ Procuradora Municipal de Porto Alegre.

conflitos que daí surgem, contribuindo para que se viabilizem construções colaborativas e ampliadas dos conflitos.

Mais do que um dos pilares teóricos do procedimento de mediação e conciliação, o pensamento sistêmico faz parte da própria natureza do ato de mediar e conciliar.

2 BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA E O CONCEITO DE TEORIA GERAL DOS SISTEMAS E PENSAMENTO SISTÊMICO

Surgida com os trabalhos publicados pelo cientista e biólogo austríaco Ludwig Von Bertalanffy², entre 1950 e 1968, a teoria dos sistemas abrange a formulação de princípios válidos para sistemas em geral, qualquer que seja a natureza de seus elementos.

O sistema é considerado um conjunto de elementos de interação e o resultado da interação dos seus diferentes elementos é diferente de sua soma.

A teoria geral dos sistemas não busca solucionar problemas ou apresentar soluções práticas para eles, mas sim produzir teorias e formulações conceituais que possam criar condições de aplicação na realidade empírica.

Para Bertalanffy, a ciência havia se tornado reducionista demais, analisando os fenômenos de forma isolada ou fragmentada, prejudicando a visão do todo ou do conjunto dos elementos que compõem o sistema e a relação que cada um tem entre si.

Na ciência tradicional, há o pressuposto da estabilidade e da objetividade, segundo o qual é possível se conhecer o mundo de forma objetiva e linear.

Surgido no século XX, em contraposição ao pensamento “reducionista-mecanicista” herdado dos filósofos da Revolução Científica do século XVII, como Descartes, Francis Bacon e Newton, o pensamento sistêmico não nega a racionalidade científica, mas acredita que ela não oferece parâmetros suficientes para o desenvolvimento humano e para descrição do universo material e, por isso deve ser desenvolvida conjuntamente com a subjetividade das artes e das diversas tradições espirituais. É visto como componente do paradigma emergente, que tem como representantes cientistas, pesquisadores, filósofos e intelectuais de vários campos.

O pensamento sistêmico inclui a interdisciplinaridade, uma vez que tem como premissa a interligação, a complexidade e a instabilidade das relações.

Nada mais atual do que pensar, como as modernas ciências vêm reconhecendo, em oposição a este pensamento tradicional, que a instabilidade e o caos estão presentes nos tempos atuais, notadamente no ano de 2020 e 2021, quando a população mundial vive uma pandemia – Covid 19 – com vários paradigmas sendo rompidos, construindo-se novos horizontes e estabelecendo-se novas relações³.

² BERTALANFFY, Ludwig von. **Teoria Geral dos Sistemas**: fundamentos, desenvolvimento e aplicações. 5. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

³ Yuval Noah Harari, no prefácio de **Notas sobre a pandemia**: e breves lições sobre o mundo pós coronavírus, nos ensina a refletir:

3 AS LIÇÕES DE MATURANA

Humberto Maturana foi um neurobiólogo de origem chilena, nascido em 14 de setembro de 1928, crítico do realismo matemático e criador da teoria da autopoiese e da biologia do conhecer, junto a Francisco Varela. É um dos propositores do pensamento sistêmico do construtivismo radical.

Com Humberto Maturana, o pensamento sistêmico ganhou outra dimensão. Partindo da biologia, a visão sistêmica provoca uma ruptura com o pensamento moderno, adentra ao mundo da cultura e anuncia o pensamento sistêmico como base epistemológica para o estudo do ser humano, propondo uma concepção ecossistêmica da realidade.

Maturana elaborou o que se denominou autopoiese. *Poiesis* é um termo grego que significa produção. Autopoiese quer dizer autoprodução. A palavra surgiu pela primeira vez na literatura internacional em 1974, num artigo publicado por Varela, Maturana e Uribe para definir os seres vivos como sistemas que produzem a si mesmos de modo incessante.

São sistemas autopoieticos por definição, porque sempre recompõem seus componentes desgastados. Assim, um sistema autopoietico é ao mesmo tempo produtor e produto.

Para Maturana, o termo "autopoiese" traduz o "centro da dinâmica constitutiva dos seres vivos". Para exercê-la, estes precisam de recursos do ambiente. Portanto, são sistemas ao mesmo tempo autônomos e dependentes.

Maturana e Varela utilizaram uma metáfora didática para falar dos sistemas autopoieticos. Para eles, tais sistemas são máquinas que produzem a si próprias. Nenhuma outra espécie de máquina é capaz de fazer isso, pois todas elas produzem sempre algo diferente de si mesmas.

Segundo esses autores, os seres vivos são determinados por sua estrutura. Assim, o que percebemos e o que nos acontece num determinado instante depende de nossa estrutura nesse instante. A estrutura de um sistema é a forma como seus componentes interligados interagem sem que mude a organização.

Podemos reagir à crise estimulando a ganância por exemplo, explorando a oportunidade para aumentar os lucros, como fazem as grandes corporações. E podemos reagir à crise disseminando ignorância: por exemplo, espalhando e acreditando em ridículas teorias da conspiração. Se assim reagimos, será muito mais difícil lidar com a crise atual, e o mundo pós-covid 19 será um mundo desunido, violento e pobre.

Mas não há necessidade de reagir propagando ódio, ganância e ignorância. Podemos reagir gerando compaixão, generosidade e sabedoria. Podemos optar em acreditar na ciência, e não em teorias conspiratórias. Podemos optar por cooperar com os outros em vez de culpá-los pela epidemia. Podemos optar por compartilhar o que temos em vez de apenas acumular mais para nós mesmos. Reagindo assim de forma positiva, será muito mais fácil lidar com a crise, e o mundo pós-covid-19 será muito mais harmonioso e próspero.

Em um sistema vivo, a estrutura muda o tempo todo, o que mostra que ele se adapta às modificações do ambiente, também contínuas. Mas a perda da articulação levaria à desorganização e, portanto, à morte. O mundo em que vivemos é o que construímos com base em nossas percepções. É a nossa estrutura que permite essas percepções. Nosso mundo é a nossa visão de mundo. Se a realidade que percebemos depende da nossa estrutura, existem tantas realidades quantas pessoas percebedoras.

Em outras palavras, não vemos o mundo como ele é, mas como nós somos. Maturana e Varela observam que o sistema vivo e o ambiente se modificam de forma congruente. Na sua metáfora, o pé sempre se ajusta ao sapato e vice-versa. É uma boa maneira de dizer que o meio produz mudanças na estrutura dos sistemas, que por sua vez agem sobre ele, alterando-o numa relação circular. Quando um organismo influencia outro, este replica influenciando sobre o primeiro. Desenvolve uma conduta compensatória. O primeiro organismo, por sua vez, dá a tréplica e volta a influenciar o segundo, que por seu turno mais uma vez retruca e assim por diante.

Sempre que um sistema influencia outro, este passa por uma mudança de estrutura. Ao retrucar, o influenciado dá ao primeiro uma interpretação de como percebeu essa mudança.

Em síntese, podemos dizer que a teoria sistêmica mostra que os indivíduos, as empresas e as organizações pertencem sempre a um ou mais sistemas. Pertencemos a nossa família, nosso trabalho, associações, sindicatos, bairros, comunidades e tudo o mais que nos cerca e nos insere nas relações que estabelecemos no mundo. Um sistema pressupõe a interdependência entre as partes e tem como pressuposto basilar a noção de que o todo é maior que a soma das partes, exatamente porque somente na interação ou nas relações que os indivíduos se constituem e se modificam.

Há, portanto, um diálogo, no qual o comportamento de cada organismo corresponde a uma descrição do comportamento do outro. Cada um "conta" ao outro como recebeu e interpretou a sua ação.

“Todo o fazer é um conhecer e todo o conhecer é um fazer.”⁴

De um modo geral, as principais ideias de Maturana e sua contribuição ao pensamento sistêmico podem ser assim resumidas:

- a) enquanto não entendermos o caráter sistêmico da célula, não conseguiremos compreender os organismos;
- b) a autopoiese define com clareza os fenômenos biológicos;
- c) os fenômenos sociais podem ser considerados biológicos, porque a sociedade é formada por seres vivos;
- d) a noção de que os sistemas são determinados por sua estrutura é de fundamental importância para muitas áreas da atividade humana.

⁴ MATURANA, H.; VARELA, F. **A árvore do conhecimento**: as bases biológicas da compreensão humana. 5. ed. Tradução de Humberto Mariotti e Lia Diskin. São Paulo: Palas Athenas, 2005. P. 31.

4 A MEDIAÇÃO COMO PROCEDIMENTO ESTRUTURALMENTE SISTÊMICO

O procedimento de mediação e conciliação, enquanto estrutura consensual de resolução de conflitos, em que uma terceira pessoa, o mediador, atua como facilitador da interação e do diálogo entre as partes, ou mediandos, traz como um dos seus pilares teóricos a epistemologia sistêmica.

Entretanto, mais do que uma das bases teóricas do procedimento de mediação, e além de uma das modalidades possíveis de mediação (mediação sistêmica), o ato de mediar e conciliar traz intrinsecamente e na sua própria essência o olhar sistêmico.

A multiplicidade dos aportes teóricos em Mediação deve-se à contribuição de diferentes pensadores que, ao longo do tempo, têm agregado conhecimento a essa prática e ampliado suas intervenções em quantidade e qualidade.

Como não faz restrição à profissão de origem, a Mediação pode enriquecer-se com olhares e contribuições advindos de distintos saberes – caráter transdisciplinar da Mediação. Esse dinamismo dá à *caixa de ferramentas*, termo utilizado por Tania Almeida⁵, um caráter multidisciplinar e de perene construção. Aberta à atualização e a novos aportes – são inúmeras e constantes as ofertas nesse sentido – a prática da Mediação vem sendo enriquecida permanentemente.

Os mediandos experimentam esse estado oscilatório, entre o paradigma da disputa e da adversarialidade e o da colaboração, durante o processo de Mediação e até mesmo após o seu término.

A Mediação prima por novos paradigmas e tende a instalar-se definitivamente na cultura ocidental quando a oscilação entre antigas e novas crenças ganhar maior estabilidade e, concomitantemente, quando um significativo grupo social – em termos de quantidade e credibilidade – lhe der validação.

O pensamento sistêmico veio ampliar nossa visão sobre os eventos e sobre o mundo em que vivemos, constituindo-se, na contemporaneidade, pilar para todas as ciências. A visão sistêmica entende o mundo como um sistema, o que significa percebê-lo como um todo integrado, composto de diferentes elementos interdependentes que interferem uns nos outros em maior ou menor proporção.

O paradigma sistêmico é o grande responsável pela ideia da interdisciplinaridade, pela proposta da complexidade e pela crença na causalidade multifatorial, dentre outras visões novo-paradigmáticas.

A eficácia de nossas atuações deve-se também ao tratamento multidisciplinar que lhes possamos conferir. Compartilhar e integrar conhecimento tornou-se uma máxima.

Os sistemas humanos são complexos, dinâmicos, instáveis, imprevisíveis e não devem, portanto, ser abordados de forma reducionista, conforme nos ensina Lisiane Lindenmeyer Kalil, em *Visão sistêmica e transformadora do conflito*, capítulo do livro

⁵ ALMEIDA, Tania. **Caixa de ferramentas em mediação: aportes práticos e teóricos**. São Paulo: Dash, 2014.

das autoras Marodin e Molinari⁶. “O pensamento sistêmico convida as pessoas a romperem seus paradigmas tradicionais de conhecimento e buscarem uma compreensão mais ampla do conflito.”

Não se pode pensar em mediação sem entender que os indivíduos que estão em conflito são seres humanos carregados de histórias, relações, interações e subjetividades, e que o conflito surge da interação entre as partes e das relações construídas antes e durante o procedimento, sem perder o foco prospectivo e para o futuro que a mediação deve primar.

O próprio mediador, enquanto profissional capacitado a atuar como o terceiro imparcial e condutor da resolução do conflito, passa a interagir (*rapport*⁷) e a estabelecer também relações com os mediandos, sendo, portanto, a cadeia de interações, relações e estruturas humanas o cerne do procedimento, uma vez que os conflitos são mediados para as pessoas e pelas pessoas.

Assim, o procedimento de mediação é uma interação entre os mediandos e entre os mediandos e o mediador, numa verdadeira cadeia de relações e estruturas humanas intrinsecamente relacionadas.

Não se trata de procedimento linear, mas de estruturas complexas e instáveis e que trazem no seu âmago a necessidade de uma visão sistêmica do conflito, dos mediandos e das suas relações entre si e com o próprio mediador.

Outro aspecto importante é que a perspectiva sistêmica permite compreender que a mudança de posicionamento, ainda que seja apenas de uma das partes, importa numa alteração da dinâmica de funcionamento de todo sistema.

Sendo assim, a visão sistêmica torna mais concreto, viável e efetivo o exercício da autonomia da vontade, princípio norteador do procedimento de mediação.

A mediação e a conciliação, como possibilidades procedimentais consagradas pelo CPC de 2015 – arts. 165 a 175, abrem as portas para diversas possibilidades de abordagem dos conflitos e de acesso à justiça, sendo a visão sistêmica intrinsecamente relacionada ao procedimento de mediar.

5 CONCLUSÕES

O procedimento de mediação e de conciliação, como forma de resolução consensual de conflitos, traz em seu bojo e na sua própria essência e natureza o pensamento sistêmico.

⁶ KALIL, Lisiane L.. Visão sistêmica e transformadora do conflito. *In*: Marodin, M.; Molinari, F.. (Org.). **Mediação de conflitos: paradigmas contemporâneos e fundamentos para a prática**. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2016. P. 120.

⁷ *Rapport* ou acolhimento é uma palavra de origem francesa que significa a interação entre o mediador e os mediandos, com ênfase no estabelecimento de empatia e confiança entre as partes.

Falar em mediação e nas suas várias modalidades é falar em uma estrutura multidisciplinar de abordagem do conflito, que necessita de um olhar abrangente e sistêmico do conflito, das partes e de suas interações.

O pensamento sistêmico, nessa perspectiva, seria um novo paradigma científico, que conduz a uma visão ou pensamento sistêmico e que ocorre da simplicidade para a complexidade, que, por sua vez, leva à contextualização e ao reconhecimento da causalidade recursiva. Também se daria da estabilidade para a instabilidade, já que o mundo e as pessoas estão em processo constante de modificação.

Os conflitos são gerados a partir dos olhares e da posição dos indivíduos e surgem das interações destes entre si e para com os outros e seus grupos, sendo necessário que o mediador tenha como premissa de seu trabalho a complexidade, a instabilidade e a mutabilidade das relações, para que a partir delas possa auxiliar na construção de alternativas possíveis para restabelecer, de maneira prospectiva, a pacificação dos conflitos e novas formas de olhar e lidar com eles.

Optar, de forma voluntária, pelo procedimento de mediação e conciliação, a fim de resolver conflitos de interesses, independente do resultado deste procedimento, já é um modificar-se e modificar ao outro ou ao meio em que as pessoas estão inseridas, considerando aqui a visão sistêmica da mediação enquanto estrutura estabelecida para fazer as partes refletirem sobre o seu papel no conflito, e como as suas relações e as suas vivências influenciam nas partes e no todo.

Sem dúvida, a epistemologia sistêmica se apresenta como estruturante do procedimento de mediar e conciliar, na busca de uma pacificação social mais dialógica e menos adversarial, transformando pessoas e grupos sociais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Tania. **Caixa de ferramentas em mediação**: aportes práticos e teóricos. São Paulo: Dash, 2014.

BERTALANFFY, Ludwig von. **Teoria Geral dos Sistemas**: fundamentos, desenvolvimento e aplicações. 5. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

ESTEVES-Vasconcellos, M. A mediação como forma alternativa de solução de conflitos. In: _____. **Mediação de conflitos**: epistemologia, teoria e técnicas. Brasília, DF: UniCEUB, 2003. P. 86-110.

HARARI, Yuval Noah, **Notas sobre a pandemia**: e breves lições para o mundo pós-coronavírus. São Paulo, SP: Companhia das Letras, 2020.

KALIL, Lisiane L. . Visão sistêmica e transformadora do conflito. In: Marodin, M.; Molinari, F.. (Org.). **Mediação de conflitos**: paradigmas contemporâneos e fundamentos para a prática. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2016. P. 117-135.

MATURANA, H. ; VARELA, F. **A árvore do conhecimento**: as bases biológicas da compreensão humana. 5. ed. Tradução de Humberto Mariotti e Lia Diskin. São Paulo: Palas Athenas, 2005. P. 31.

ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação não-violenta**. São Paulo, SP: Ágora, 2006.

STORCH, Sami. O direito sistêmico: quando o reconhecimento das leis sistêmicas promove conciliação. **In**: PELIZZOLI, M.L. (Org.). **Justiça Restaurativa**: caminhos de pacificação social. Recife: UFPE, 2016. P. 177-186.

URY, William. **Como chegar ao sim com você mesmo**. Rio de Janeiro, RJ: Sextante, 2015.

VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. **Pensamento sistêmico**: o novo paradigma da ciência. 11. ed. Campinas, SP: Papirus, 2018.

WARAT, Luis Alberto. **Em nome do acordo**: a mediação no Direito. Florianópolis, SC: Modara, 2018.

PA
RE
CE
RES



PARECER
COLETIVO

NORMAS PREVIDENCIÁRIAS. PROVENTOS DOS SERVIDORES MUNICIPAIS. APOSENTADORIA. PENSÃO POR MORTE.

Deise Moura
Heron Nunes Estrella
Alexandre Salgado Marder
Luig Almeida Mota
Murilo Silveira Corrêa Silva¹

PARECER COLETIVO N. 214/2020 ²
PROCESSO SEI: 19.13.000007384-0
INTERESSADO: Diretoria Previdenciária do PREVIMPA

EMENTA: As normas previdenciárias existentes, em especial aquelas previstas na LCM nº 478/02, devem ser utilizadas para cálculo dos proventos dos servidores municipais, dependendo da data em que o servidor preencheu as condições de aposentadoria. Precedentes do Supremo Tribunal Federal (Súmula nº 359) e do Superior Tribunal de Justiça - tempus regit actum.

I - RELATÓRIO

O presente parecer tem por objetivo consolidar as orientações jurídicas na Autarquia Previdenciária Municipal quanto aos atos de concessão de benefícios previdenciários, além de disponibilizar aos segurados documento apto a esclarecer as dúvidas recorrentes que decorrem da Emenda Constitucional nº 103/2019. De modo geral, as consultas formuladas envolvem o conflito de leis no tempo, pois a reforma previdenciária suscita dúvidas quanto às regras que devem ser aplicadas às aposentadorias e pensões.

Outrossim, cumpre pontuar que, desde a promulgação da Emenda Constitucional, a Divisão Previdenciária (DVP) formulou diversas consultas, na medida em que surgiram as dúvidas quanto à aplicabilidade do texto constitucional face à legislação municipal. Inclusive, parte dos questionamentos já foram respondidos por meio das Notas Técnicas nº

¹ Procuradores Municipais de Porto Alegre.

² Homologado pelo Prefeito Sebastião Melo em 08 de abril de 2021.

69/2019 e 19/2020. Sem prejuízo, a fim de consolidar os entendimentos formulados nesta Procuradoria Municipal Especializada, tais consultas comporão o texto do presente parecer.

Por fim, cumpre relatar que a DVP formulou diversas consultas pontuais indagando qual legislação será aplicada e o modo de cálculo dos proventos com o advento da EC nº 103/2019, cabendo destacar as consultas quanto (a) à aplicabilidade do artigo 39, §9º, CRFB e suposta incompatibilidade com o artigo 1º, X, Lei Federal 9.717/1998 e Decreto Municipal nº 14.229/2003; (b) conflito de regras previdenciárias no tempo, em especial, quanto à legislação aplicável a depender do momento em que o segurado preenche os requisitos legais para aposentadoria; (c) análise das regras para concessão de pensões por morte; e (d) modo de cálculo de gratificações, considerando parcelas posteriores à emenda constitucional.

Neste sentido, passamos a examinar cada um dos questionamentos formulados.

É o relatório.

II - FUNDAMENTAÇÃO

II.1 – Artigo 39, §9º, CRFB

A primeira consulta formulada pela DVP remete à época em que a Proposta de Emenda Constitucional nº 006/2019 ainda tramitava no Congresso Nacional. O artigo 39, §9º, CRFB foi efetivamente alterado pela EC nº 103/2019, o qual se trancreve a atual redação para melhor análise:

Art. 39.

§ 9º É vedada a incorporação de vantagens de caráter temporário ou vinculadas ao exercício de função de confiança ou de cargo em comissão à remuneração do cargo efetivo.

Ainda, colaciona-se trecho das consultas formuladas pela DVP (8569635, 8593779):

“Solicitamos orientação dessa Procuradoria quanto a inclusão das vantagens relacionadas na lista constante no documento SEI 8570218, nas seguintes situações:

1. Na composição do provento dos servidores que vierem a se aposentar com base nas regras constitucionais transitórias com direito a paridade, bem como no cálculo do benefício de pensão por morte, após a vigência da PEC 06/2019.
2. Na composição do provento nos casos em que o requerimento do benefício de aposentadoria foi efetuado em data anterior a vigência da PEC 06/2019 porém a concessão do benefício ocorre em momento posterior”.

Os questionamentos acima foram respondidos por meio da Nota Técnica nº 69/2019 e reitera-se os termos de tal manifestação:

“Primeiramente, no que tange aos dois questionamentos iniciais que constam do presente expediente, relacionados ao novel parágrafo 9º do artigo 39 da Constituição Federal, é importante considerar, perfunctoriamente, por meio de uma análise topológica da referida disposição normativa, que não retrata uma regra previdenciária. Isso porque o artigo 39 da Constituição Federal dispõe sobre os servidores públicos, instituindo diversas regras e princípios atinentes aos seus vencimentos, ou seja, acerca da contraprestação pecuniária paga a ativos. O dispositivo constitucional que trata dos regimes próprios de previdência é o artigo 40, que foi profundamente alterado pela reforma; todavia, não consta, dentre as alterações, disposição semelhante àquela prevista no citado parágrafo 9º”.

Aliás, neste ponto, a Nota Técnica nº 12212/2019 (8840329) do Ministério da Economia é no mesmo sentido, posto que a análise do artigo 39, §9º, CRFB limita-se à incorporação de vantagens temporárias à remuneração do cargo efetivo, reforçando a aplicação da norma somente aos servidores ativos. Portanto, a norma não possui conteúdo normativo previdenciário.

Ainda quanto ao artigo 39, §9º, CRFB, em que pese a análise acima seja suficiente, cumpre mais algumas considerações. Isso porque, em reunião realizada em Novembro de 2020, a DVP reforçou sua preocupação com a aparente incompatibilidade do dispositivo em análise com o artigo 1º, inciso X da Lei Federal nº 9.717/1998 e artigos 1º e 2º do Decreto Municipal 14.229/2003 e a conseqüente impossibilidade de incorporar as gratificações na aposentadoria. Transcreve-se os dispositivos para análise:

"Art. 1º...
X - vedação de inclusão nos benefícios, para efeito de percepção destes, de parcelas remuneratórias pagas em decorrência de local de trabalho, de função de confiança ou de cargo em comissão, exceto quando tais parcelas integrarem a remuneração de contribuição do servidor que se aposentar com fundamento no art. 40 da Constituição Federal, respeitado, em qualquer hipótese, o limite previsto no § 2º do citado artigo; (Redação dada pela Lei nº 10.887, de 2004)"
"Art. 1º As gratificações previstas nos artigos 39, 40, 41 e 42 da Lei Complementar nº 478, de 26 de setembro de 2002, serão incorporadas à remuneração do servidor, observados os prazos e requisitos legais.
Art. 2º Os proventos de aposentadoria serão calculados com base na remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria, observada a regra de incorporação de gratificações do artigo anterior.
Parágrafo Único. Aplica-se, no que couber, a regra deste artigo para o cálculo de aposentadoria por invalidez, prevista no art. 34 e para o cálculo do valor mensal da pensão por morte, previsto no art. 63, ambos da Lei Complementar nº 478, de 26 de setembro de 2002."(Decreto Municipal 14.229/2003)

Para o cálculo dos proventos de aposentadoria, a DVP utilizava uma ficção jurídica prevista nos artigos 1º e 2º do Decreto Municipal nº 14.229/2003. O servidor, momentos antes de se aposentar, incorporava as parcelas de caráter contributivo em seus vencimentos e, assim, poderia incorporar tais parcelas aos proventos de aposentadoria. Tal sistemática pode ser observada no artigo 1º ao dispor que as gratificações “serão incorporadas à remuneração do servidor” e no artigo 2º ao dispor que os proventos de aposentadoria serão calculados com base na remuneração do servidor.

Neste ponto, é importante ressaltar o entendimento da PME PREVIMPA no sentido de que tal norma é desnecessária para cálculo de proventos dos servidores. O Decreto Municipal, ao que tudo indica, tinha por objetivo compatibilizar a legislação local com o artigo 1º, X, da Lei Federal 9.717 /2004. Ocorre que, a redação do dispositivo refere-se aos proventos calculados pela média contributiva, não sendo aplicável ao regime de incorporação. Assim, para os servidores com proventos calculados por regra de incorporação, não se aplica o Decreto Municipal e o dispositivo federal em comento. De outro giro, aos servidores que irão se aposentar pela média de contribuições é desnecessária a aplicação do Decreto Municipal, sobretudo porque quem se aposenta pela “média” não incorpora parcelas, mas sim, a média das contribuições incidentes sobre as parcelas passíveis de contribuição previdenciária (artigos 95 e 96 da LCM nº 478/02).

Portanto, repise-se, o artigo 39, §9º, CRFB não possui conteúdo previdenciário. O cálculo de proventos dos servidores no regime de incorporação não exige – e nunca exigiu – a aplicação do Decreto Municipal nº 14.242/2003, bem como há compatibilidade com o artigo 1º, X, Lei Federal nº 9.717/1998. E, quanto aos servidores que se aposentarão pelo regime de média contributiva, o Decreto Municipal é desnecessário, tal servidor não incorpora parcelas quando em atividade (artigo 39, §9º, CRFB), bem como, na inatividade, levará somente a média das contribuições.

II.2 – Conflito de regras previdenciárias no tempo

A Divisão Previdenciária (8569635, 8593779) e o SIMPA (8761928) formularam consultas que envolvem a mesma temática de fundo, qual seja, conflito de legislação no tempo. Em síntese: as consultas objetivam esclarecer qual deve ser a norma aplicável aos pedidos de aposentadorias formulados antes, durante e após a promulgação da emenda constitucional que altera a previdência.

Em resposta a tais indagações, opina-se sejam seguidos os dispositivos da emenda constitucional promulgada que tratam do conflito de normas no tempo em relação a Estados, Distrito Federal e Municípios. Destaca-se o parágrafo 7º do artigo 10 da emenda constitucional promulgada, que traz a seguinte redação:

§ 7º Aplicam-se às aposentadorias dos servidores dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios as normas constitucionais e infraconstitucionais anteriores à data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional, enquanto não promovidas alterações na legislação interna relacionada ao respectivo regime próprio de previdência social.

Também merece destaque o parágrafo 4º do artigo 20 da emenda em comento:

§ 4º Aplicam-se às aposentadorias dos servidores dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios as normas constitucionais e infraconstitucionais anteriores à data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional, enquanto não promovidas alterações na legislação interna relacionada ao respectivo regime próprio de previdência social.

Especificamente em relação às pensões, cumpre atentar para a redação do parágrafo 8º do artigo 23 da emenda promulgada:

§ 8º Aplicam-se às pensões concedidas aos dependentes de servidores dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios as normas constitucionais e infraconstitucionais anteriores à data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional, enquanto não promovidas alterações na legislação interna relacionada ao respectivo regime próprio de previdência social.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, destaca-se a Súmula 359, com a seguinte redação:

"Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários."

No mesmo sentido, o seguinte precedente do ano de 2019:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. APOSENTADORIA COMPULSÓRIA DE SERVIDOR PÚBLICO POLICIAL. LEI COMPLEMENTAR 51/1985. RECEPCIONADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. APOSENTADORIA COMPULSÓRIA. REQUISITOS. ART. 1º, I, DA LC 51/1985, NA REDAÇÃO DADA PELA LC 144/2014. SÚMULA 359/STF. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO, COM APLICAÇÃO DE MULTA. (...) II - Os proventos da inatividade são regidos pela lei vigente ao tempo em que reunidos os requisitos necessários à obtenção do benefício (Súmula 359/STF), no caso, art. 1º, I, da LC 51/1985, com a redação conferida pela LC 144/2014. III - Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação de multa (art. 1.021, § 4º, do CPC). (RE 1105315 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 24/04/2019, PROCESSO ELETRÔNICO Dje-098 DIVULG 10-05-2019 PUBLIC 13-05-2019)

No mesmo sentido acórdão do Superior Tribunal de Justiça do ano de 2018:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MAGISTRADO ESTADUAL. APOSENTADORIA COMPULSÓRIA POR IDADE, AOS 70 (SETENTA) ANOS. PR

Ademais, é conhecido o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça de que a lei de regência é a vigente ao tempo em que reunidos os requisitos para a concessão do benefício (*tempus regit actum*), de modo que a orientação advinda das Cortes Supremas deve ser seguida.

ETENSÃO DE APLICAÇÃO DE NORMAS POSTERIORES. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

(...)

V. A jurisprudência do STJ e do STF é uníssona no sentido de que a concessão da aposentadoria rege-se pela legislação vigente quando preenchidos seus requisitos legais, em homenagem ao princípio *tempus regit actum*. A propósito: STJ, EDcl nos EDcl no REsp 1.310.034/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 16/11/2015; STF, RE 871.957/PR, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, SEGUNDA TURMA, DJe de 09/05/2016.

VI. No caso, observa-se que o impetrante completou 70 (setenta) anos de idade em 21/11/2015, tendo sido publicado o ato de aposentadoria em 27/11/2015, antes, portanto, do advento da LC 152/2015 (DOU de 04/12/2015). Ou seja, quando o impetrante completou 70 anos, sua aposentadoria já era ato jurídico perfeito, de vez que fora cumprido o requisito constitucional de idade limite, de acordo com a legislação vigente antes da publicação da LC 152/2015. No mesmo sentido, os seguintes precedentes: STF, AgRg no MS 34.407/DF, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/09/2017; Rcl 22.980/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJe de 11/05/2016; Rcl 22.322/DF-MC, Rel. Ministro EDSON FACHIN, DJe de 04/11/2015; MS 33.618/DF-MC, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, DJe de 16/06/2015; STJ, AgInt RMS 54.829/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 21/02/2018.

VII. Inexistência de direito líquido e certo, a ser garantido pela via mandamental.

VIII. Agravo interno improvido.

Ainda, vale ponderar, à época da elaboração da Nota Técnica nº 69/2019, em razão de grande alteração no regramento constitucional e especialmente em razão da tramitação da “PEC PARALELA” (proposta que produzirá impactos importantes na previdência de Estados, Distrito Federal e Municípios) foi sugerida cautela na tomada de decisões pela administração. E, na data da edição deste parecer, cumpre frisar que a Proposta de Emenda Constitucional nº 133/2019 segue tramitando no Congresso Nacional. Contudo, tal circunstância não desautoriza os argumentos e conclusões acima, sobretudo em razão da EC nº 103/2019 já estar vigente.

Por fim, vale abordarmos questionamento relacionado ao conflito de leis no tempo, formulado pela Divisão Previdenciária (8811412), indagando se os servidores que preencheram os requisitos para requerer o benefício anteriormente à EC nº 103/2019 deveriam ter formalizado o pedido em momento prévio à vigência da Emenda Constitucional. Conforme respondido na Nota Técnica nº 69/2019, é desnecessário o requerimento para assegurar o direito adquirido às regras previdenciárias anteriores à reforma constitucional, pois basta o preenchimento dos requisitos legais, sendo irrelevante o momento do requerimento administrativo no Previmpa.

II.3 – Análise das regras para concessão de pensões por morte

Por meio de despacho (8960661) a DVP formulou novas consultas, dentre elas, quanto às novas regras para concessão de pensão por morte. Não obstante a matéria tenha sido abordada no tópico anterior (II.2), a DVP reiterou a dúvida por meio de caso concreto, assim, enfrentamos o tema novamente. Neste sentido, para análise, colacionamos trecho da consulta:

No que tange à redação do artigo 24 da EC nº 103/19, transcrito abaixo, solicitamos manifestação:

- quanto a aplicação aos benefícios de pensão por morte oriundos de óbitos a partir de 13/11/2019, visto que no quadro de aplicação dos dispositivos legais da Emenda (8840335) consta aplicação de norma imediata e na Nota Técnica 12212/2019, inciso XIII, no item 100, diz que "É preciso atentar ainda para a possibilidade de alteração tanto das normas constitucionais de acumulação previstas naquele art. 24 da EC nº 103, de 2019, quanto da legislação infraconstitucional que permanece em vigor, sendo neste ponto a sua eficácia limitada. De fato, isto vai depender de complementação legislativa, na forma de lei complementar sobre vedações, regras e condições para a acumulação de benefícios previdenciários no Regime Geral de Previdência Social, a qual terá caráter de lei nacional, já que sua aplicação deverá ser estendida aos regimes próprios de previdência social, nos termos do § 6º do art. 40 da Constituição."

"Art. 24. É vedada a acumulação de mais de uma pensão por morte deixada por cônjuge ou companheiro, no âmbito do mesmo regime de previdência social, ressalvadas as pensões do mesmo instituidor decorrentes do exercício de cargos acumuláveis na forma do art. 37 da Constituição Federal.

§ 1º Será admitida, nos termos do § 2º, a acumulação de:

I - pensão por morte deixada por cônjuge ou companheiro de um regime de previdência social com pensão por morte concedida por outro regime de previdência social ou com pensões decorrentes das atividades militares de que tratam os arts. 42 e 142 da Constituição Federal;

II - pensão por morte deixada por cônjuge ou companheiro de um regime de previdência social com aposentadoria concedida no âmbito do Regime Geral de Previdência Social ou de regime próprio de previdência social ou com proventos de

inatividade decorrentes das atividades militares de que tratam os arts. 42 e 142 da Constituição Federal; ou

III - pensões decorrentes das atividades militares de que tratam os arts. 42 e 142 da Constituição Federal com aposentadoria concedida no âmbito do Regime Geral de Previdência Social ou de regime próprio de previdência social.

§ 2º Nas hipóteses das acumulações previstas no § 1º, é assegurada a percepção do valor integral do benefício mais vantajoso e de uma parte de cada um dos demais benefícios, apurada cumulativamente de acordo com as seguintes faixas:
I - 60% (sessenta por cento) do valor que exceder 1 (um) salário-mínimo, até o limite de 2 (dois) salários-mínimos;

II - 40% (quarenta por cento) do valor que exceder 2 (dois) salários-mínimos, até o limite de 3 (três) salários-mínimos;

III - 20% (vinte por cento) do valor que exceder 3 (três) salários-mínimos, até o limite de 4 (quatro) salários-mínimos; e

IV - 10% (dez por cento) do valor que exceder 4 (quatro) salários-mínimos.

§ 3º A aplicação do disposto no § 2º poderá ser revista a qualquer tempo, a pedido do interessado, em razão de alteração de algum dos benefícios.

§ 4º As restrições previstas neste artigo não serão aplicadas se o direito aos benefícios houver sido adquirido antes da data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional.

§ 5º As regras sobre acumulação previstas neste artigo e na legislação vigente na data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional poderão ser alteradas na forma do § 6º do art. 40 e do § 15 do art. 201 da Constituição Federal."

O §4º do artigo 24 da Emenda diz que as restrições previstas não serão aplicadas se o direito aos benefícios houver sido adquirido antes da data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional.

A interpretação desse §4º refere-se às concessões das aposentadorias e pensões posteriores à publicação da EC nº 103/19 as quais não seriam atingidas pela Emenda? Ex. a requerente que vier a se habilitar como pensionista de servidor falecido em 13/11/2019 (data da publicação da Emenda) e indicar a percepção de benefício de aposentadoria concedido anteriormente, aplica-se a restrição ou ambos os benefícios devem observar a data do direito (pensão óbito) e aposentadoria (data da concessão)?

Como dito, a resposta vai na mesma linha da fundamentação no item II.2. Deve-se aferir o momento do fator gerador do benefício previdenciário para verificar qual regra irá incidir. Pelo princípio do *tempus regit actum* é importante verificar o momento que foram preenchidos os requisitos para concessão do benefício postulado. É importante destacar que a regra extraída da disposição constitucional acima transcrita é de aplicação a todos os regimes de previdência (União, Estados e Municípios). Está, portanto, fora do âmbito de regulação atribuído constitucionalmente a estados e municípios.

O dispositivo em comento prevê, ainda, uma regra de transição específica, ou seja, que se aplica de forma autônoma à situação nele regulamentada (cumulação de benefícios previdenciários). Essa regra consta no parágrafo 4º e visa à preservação de direito adquirido. O afastamento da incidência da nova regra está, portanto, a depender do preenchimento da hipótese de incidência do parágrafo 4º, que exige o seguinte: "o direito aos benefícios houver sido adquirido antes da entrada em vigor desta Emenda Constitucional".

Desse modo, para que o redutor do parágrafo 2º não seja aplicado (proteção do direito adquirido), é imprescindível que o beneficiário já tenha o direito de receber os dois benefícios antes da entrada em vigor da EC 103/2019. Ainda, é importante destacar, posto que fundamental, que o direito à pensão por morte surge na data do óbito do instituidor, isto é, o parâmetro de data a ser adotado é o dia do falecimento (se antes ou depois da entrada em vigor da EC 103/2009).

Assim, no exemplo trazido pela DVP, lembrando que a EC nº 103/2019 tem vigência desde 13/11/2019 (artigo 36, III, EC nº 103/2019), caso a servidora tenha requerido aposentadoria até 12/11/2019 – pois preencheu os requisitos legais até esta data – e tenha postulado pensão por morte – pois o cônjuge faleceu em 12/11/2019 – aplicar-se-á as regras anteriores a EC nº 103/2019, pois todos os requisitos foram implementados antes do novel texto constitucional produzir efeitos. Ou seja, há direito adquirido ao regime anterior.

De outro giro, por exemplo, no mesmo contexto, se a servidora preencheu os requisitos para aposentação até 12/11/2019 e o seu cônjuge falecer em 13/11/2019, aplicar-se-á as disposições do artigo 24, §2º, da EC nº 103/2019. O falecimento do servidor se deu ao tempo da vigência da EC nº 103/2019, sendo imprescindível a aplicação do novo regime de pensão por morte.

Portanto, à luz do princípio do *tempus regit actum* e princípio do direito adquirido, a regra a ser aplicada para a concessão de pensões por morte é aquela ao tempo do implemento dos requisitos legais.

II.4 – Artigo 41, LCM nº 478/2002

A DVP formulou consulta (9579837) acerca do artigo 20, LCM nº 868/2019 e artigo 41, §1º da LCM 478/2002, especificamente quanto à exigência legal de percepção de gratificação ao tempo da concessão da aposentadoria para incorporação aos proventos. Copiamos a consulta para melhor análise:

Em complementação às demais consultas constantes neste processo, solicitamos manifestação dessa Procuradoria no que tange a aplicação do artigo 20 da LC nº 868/2019 (9579740), na exigência constante no dispositivo referente à percepção das vantagens a serem incorporadas por ocasião da aposentadoria.

"Art. 20. Até o final do primeiro ano, contado da data de publicação desta Lei Complementar, não será exigido o requisito de percepção nos últimos 24 (vinte e quatro) meses imediatamente anteriores à aposentadoria previsto nos arts. 38-A, 40 e 41 da Lei Complementar nº 478, de 2002, mantendo-se a exigência de percepção da gratificação a ser incorporada na ocasião da aposentadoria."

Transcrevemos abaixo o caput e o § 1º do art. 41 da LC nº 478/2002:
(com a redação antes de ser alterado)

"Art. 41 A gratificação por regime especial de trabalho, serviço extraordinário, serviço noturno, aulas excedentes, será incorporada ao provento do servidor que a tenha percebido durante 05 (cinco) anos consecutivos ou 10 (dez) intercalados computados a qualquer tempo.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, as gratificações por serviço extraordinário, a contar de 4 de abril de 1957, e aulas excedentes, terão como base de cálculo a média mensal do número de horas ou aulas percebidas durante o período considerado para incorporação, adequada à nova carga horária do cargo e observados os limites vigentes à época."

(com a redação vigente)

"Art. 41 As gratificações por regime especial de trabalho, serviço extraordinário, serviço noturno e aulas excedentes serão incorporadas ao provento do servidor que as tenha percebido por 5 (cinco) anos consecutivos ou 10 (dez) intercalados e nos últimos 24 (vinte e quatro) meses imediatamente anteriores à aposentadoria. (Redação dada pela Lei Complementar nº 868/2019)

§ 1º Para os efeitos deste artigo, as gratificações por serviço extraordinário, serviço noturno e aulas excedentes terão como base de cálculo a média mensal do número de horas ou aulas percebidas durante o período considerado para incorporação, adequada à nova carga horária do cargo e observados os limites vigentes à época. (Redação dada pela Lei Complementar nº 868/2019)

A exemplo, o servidor que tenha percebido serviço noturno durante a vida funcional fará jus a uma média se cumprir o requisito temporal, mesmo que não o perceba por ocasião da aposentadoria.

Ocorre que com a alteração da redação do artigo 41 o servidor deve estar percebendo a gratificação por serviço noturno para que seja calculada a média e a incorpore no provento.

Importante mencionar que a Informação PME-Previmpa nº 69/2019 (8803034) e a Informação Técnica (8876870) trazem o entendimento dos tribunais superiores quanto à aplicação da lei vigente ao tempo em que reunidos os requisitos para a concessão do benefício (*tempus regit actum*).

Considerando que estamos aposentando servidores que implementaram as regras de aposentadoria e os requisitos legais para incorporação de gratificações nos moldes vigentes anteriormente à alteração da LC nº 478/2002 ou à Emenda Constitucional nº 103/2019, solicitamos orientação quanto à exigência da percepção da gratificação por ocasião da aposentadoria, ou seja, na data da concessão do benefício, para fins de cálculo da média.

Inicialmente, cumpre lembrar que a matéria já foi tratada na informação 69/2019, de lavra do procurador Dr. Alexandre Marder, que opinou pela aplicação da Emenda Constitucional 103, artigo com a seguinte fundamentação:

Art. 10. (...)

§ 7º Aplicam-se às aposentadorias dos servidores dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios as normas constitucionais e infraconstitucionais anteriores à data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional, enquanto não promovidas alterações na legislação interna relacionada ao respectivo regime próprio de previdência social.

Art. 20. (...)

§ 4º Aplicam-se às aposentadorias dos servidores dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios as normas constitucionais e infraconstitucionais anteriores à data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional, enquanto não promovidas alterações na legislação interna relacionada ao respectivo regime próprio de previdência social.

Assim, enquanto não forem alteradas as regras de aposentadoria do servidor público municipal, deve o PREVIMPA continuar a utilizar a LCM nº 478/02, eis que a própria Emenda Constitucional prevê essa determinação constitucional. No entanto, a Lei Complementar Municipal nº 868/2019, alterou a LCM 478/02, trazendo nova redação ao artigo 41.

A dúvida pontual da DVP é sobre considerar a nova redação do caput do artigo 41 quanto ao requisito de estar recebendo a gratificação de adicional noturno por ocasião do pedido de aposentadoria.

Primeiro, é preciso lembrar que o servidor deve estar no serviço ativo, pois se houver contagem de tempo de serviço na condição de Licença para Tratamento de Saúde, este tempo obviamente não poderá ser contado, pois impossibilita ao servidor exercer o serviço noturno e deve ser considerado como efetivo.

Em segundo lugar, em atendimento ao disposto na informação 69/2019 deve ser considerado a legislação no momento em que o servidor completou o tempo para aposentadoria. No caso do adicional noturno, se o servidor tem em 09 de dezembro de 2019 condições de incorporar o adicional com base no texto anterior da LCM 478/02, esse será o critério.

Por outro lado, se o servidor alcançou as condições de aposentadoria posteriormente a citada LCM 868/2019, então esse será o critério a ser utilizado.

Conforme já abordado nos tópicos acima do presente parecer, essa argumentação é feita com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em que o tempo rege o ato conforme orientação jurídica da informação 69/2019, tendo em vista a previsão legal da LCM nº 478/02 e enquanto não alterada a norma previdenciária de aposentadoria existente no Município de Porto Alegre, devem ser aplicado os mandamentos constitucionais existentes antes da EC nº 103/2019.

Desta forma, opina-se pela utilização das normas previdenciárias existentes, em especial aquelas previstas na LCM 478/02, nos termos da lei previdenciária, dependendo do tempo em que o servidor atingiu as condições de aposentadoria, valendo o mesmo em relação à LCM 868/2019.

II.5 – Análise das gratificações na composição das aposentadorias

No Despacho nº 10440232, a DVP reitera questionamentos que já haviam sido respondidos. Senão, vejamos:

“a) As gratificações atuais farão parte da composição do provento dos servidores que venham a se aposentar, com fechamento de regra para aposentadoria (tempo e idade) posterior à publicação da EC nº 103/2019 e que implementaram os requisitos legais de incorporação dessas em data anterior a entrada em vigor da EC nº 103/2019?

Ex.: no dia 16/11/2019 o servidor cumpriu a idade e o tempo para aposentadoria pelo artigo 6º da EC nº 41/03 e fechou os requisitos legais percepção para levar na aposentadoria a GPREV; GIA e RTI no dia 12/11/19 (antes da vigência da EC nº 103/19).

b) As gratificações atuais farão parte da composição do provento dos servidores que venham a se aposentar, com fechamento de regra para aposentadoria (tempo e idade) e implemento dos requisitos legais de tempo e percepção das vantagens posteriormente à publicação da EC nº 103/2019?

Ex.: no dia 16/11/2019 o servidor cumpriu a idade e o tempo para aposentadoria pelo artigo 6º da EC nº 41/03 e também todos os requisitos legais para levar na aposentadoria a GPREV; GIA e RTI.

c) Aplicado o disposto no § 9º do artigo 39 da CF/88 aos servidores municipais, quais gratificações das relacionadas no anexo (8570218) são consideradas de caráter temporário?”

A resposta ao primeiro questionamento (alínea “a”) é afirmativa, pois, enquanto não for alterada a Lei Complementar nº 478/2002, as regras de incorporação ali contidas deverão ser utilizadas pelo Previmpa para fins de cálculo dos proventos dos servidores municipais, bem como da contribuição previdenciária descontada dos servidores. Desta forma, utilizando o exemplo em questão, o servidor que cumpriu a idade e o tempo para aposentadoria pelo artigo 6º da Emenda Constitucional 41/03 e “fechou os requisitos legais” para incorporações das gratificações nos proventos, a exemplo da GPREV, GIA, RTI, deverá levar para os proventos referidas gratificações.

Quanto ao segundo questionamento (alínea “b”), repise-se que a Emenda Constitucional 103/2019 previu que as alterações constitucionais promovidas por ela (pela Emenda) se aplicam aos Municípios somente depois de promoverem as alterações de suas legislações municipais.

Assim, enquanto elas não acontecerem, devem ser utilizadas as normas constitucionais anteriores e a legislação interna relacionada ao respectivo regime próprio de previdência social, ou seja, as normas então vigentes.

Dessa forma, como argumentado na Informação 69/2019 e na Nota Técnica 19/2020, o Previmpa deve continuar a utilizar a LCM 478/02 enquanto não forem alteradas as regras de aposentadoria do servidor público municipal, eis que a própria Emenda Constitucional prevê essa determinação.

Com isso, se conclui afirmativamente: as gratificações atuais farão parte da composição do provento dos servidores que venham a se aposentar, com fechamento de regra para aposentadoria (tempo e idade) e implemento dos requisitos legais de tempo e percepção das vantagens posteriormente à publicação da EC nº 103/2019 enquanto não for editada a legislação municipal que regulamente a referida EC.

Em terceiro lugar, quanto ao questionamento da alínea “c)”, reiteramos que a exegese do parágrafo 9º do artigo 39 da Constituição federal já foi feita.

Repita-se: tal dispositivo determina que as gratificações de caráter temporário não serão incorporáveis à remuneração dos servidores públicos na ativa.

Poderá o Poder Legislativo alterar a Lei Complementar 478/02, estendendo essa proibição de incorporação das gratificações de caráter temporário e de local de trabalho aos proventos dos servidores públicos municipais. Mas, enquanto não feita a alteração, valem as regras previdenciárias atuais.

Ou seja, na ausência da alteração da legislação previdenciária municipal, relativa ao seu Regime Próprio de Previdência do Servidor Municipal, continuam vigorando as regras de incorporação aos proventos da Lei Complementar nº 478/02.

Por outro lado, a Lei Federal 9.717/98 contém normas gerais previdenciárias e normas previdenciárias dirigidas aos servidores federais, através de leis federais editadas posteriormente.

Para responder o presente questionamento, citam-se os principais artigos mencionados na consulta:

Art. 1º Os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal deverão ser organizados, baseados em normas gerais de contabilidade e atuária, de modo a garantir o seu equilíbrio financeiro e atuarial, observados os seguintes critérios:

(...)

X - vedação de inclusão nos benefícios, para efeito de percepção destes, de parcelas remuneratórias pagas em decorrência de local de trabalho, de função de confiança ou de cargo em comissão, exceto quando tais parcelas integrarem a remuneração de contribuição do servidor que se aposentar com fundamento no art. 40 da

Constituição Federal, respeitado, em qualquer hipótese, o limite previsto no § 2º do citado artigo; (Redação dada pela Lei nº 10.887, de 2004)

Por sua vez, a Lei Federal 10887/2004 previu quais gratificações são suscetíveis de incorporação:

Art. 3º Para os fins do disposto no inciso XI do art. 37 da Constituição Federal I, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão sistema integrado de dados relativos às remunerações, proventos e pensões pagos aos respectivos servidores e militares, ativos e inativos, e pensionistas, na forma do regulamento.

Art. 4º A contribuição social do servidor público ativo de qualquer dos Poderes da União, incluída suas autarquias e fundações, para a manutenção do respectivo regime próprio de previdência social, será de 11% (onze por cento), incidentes sobre: (Redação dada pela Lei nº 12.618, de 2012)

I - a totalidade da base de contribuição, em se tratando de servidor que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do regime de previdência complementar para os servidores públicos federais titulares de cargo efetivo e não tiver optado por aderir a ele; (Incluído pela Lei nº 12.618, de 2012)

II - a parcela da base de contribuição que não exceder ao limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social, em se tratando de servidor: (Incluído pela Lei nº 12.618, de 2012)

a) que tiver ingressado no serviço público até a data a que se refere o inciso I e tenha optado por aderir ao regime de previdência complementar ali referido; ou (Incluído pela Lei nº 12.618, de 2012)

b) que tiver ingressado no serviço público a partir da data a que se refere o inciso I, independentemente de adesão ao regime de previdência complementar ali referido. (Incluído pela Lei nº 12.618, de 2012)

§ 1º Entende-se como base de contribuição o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei, os adicionais de caráter individual ou quaisquer outras vantagens, excluídas:

I - as diárias para viagens;

II - a ajuda de custo em razão de mudança de sede;

III - a indenização de transporte;

IV - o salário-família;

V - o auxílio-alimentação;

VI - o auxílio-creche;

VII - as parcelas remuneratórias pagas em decorrência de local de trabalho;

VIII - a parcela percebida em decorrência do exercício de cargo em comissão ou de função comissionada ou gratificada; (Redação dada pela Lei nº 12.688, de 2012)

IX - o abono de permanência de que tratam o § 19 do art. 40 da Constituição Federal, o § 5º do art. 2º e o § 1º do art. 3º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003; (Redação dada pela Lei nº 12.688, de 2012)

X - o adicional de férias; (Incluído pela Lei nº 12.688, de 2012)

XI - o adicional noturno; (Incluído pela Lei nº 12.688, de 2012)

- XII - o adicional por serviço extraordinário; (Incluído pela Lei nº 12.688, de 2012)
- XIII - a parcela paga a título de assistência à saúde suplementar; (Incluído pela Lei nº 12.688, de 2012)
- XIV - a parcela paga a título de assistência pré-escolar; (Incluído pela Lei nº 12.688, de 2012)
- XV - a parcela paga a servidor público indicado para integrar conselho ou órgão deliberativo, na condição de representante do governo, de órgão ou de entidade da administração pública do qual é servidor; (Incluído pela Lei nº 12.688, de 2012)
- XVI - o auxílio-moradia; (Incluído pela Lei nº 12.688, de 2012)
- XVII - a Gratificação por Encargo de Curso ou Concurso, de que trata o art. 76-A da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; (Incluído pela Lei nº 12.688, de 2012)
- XVIII - a Gratificação Temporária das Unidades dos Sistemas Estruturadores da Administração Pública Federal (GSISTE), instituída pela Lei nº 11.356, de 19 de outubro de 2006; (Incluído pela Lei nº 12.688, de 2012)
- XIX - a Gratificação Temporária do Sistema de Administração dos Recursos de Informação e Informática (GSISP), instituída pela Lei nº 11.907, de 2 de fevereiro de 2009; (Redação dada pela Lei nº 13.328, de 2016)
- XX - a Gratificação Temporária de Atividade em Escola de Governo (GAEG), instituída pela Lei nº 11.907, de 2 de fevereiro de 2009; (Incluído pela Lei nº 13.328, de 2016)
- XXI - a Gratificação Específica de Produção de Radioisótopos e Radiofármacos (GEPR), instituída pela Lei nº 11.907, de 2 de fevereiro de 2009; (Incluído pela Lei nº 13.328, de 2016)
- XXII - a Gratificação de Raio X; (Redação dada pela Lei nº 13.464, de 2017)
- XXIII - a parcela relativa ao Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira, recebida pelos servidores da carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil; (Incluído pela Lei nº 13.464, de 2017)
- XXIV - a parcela relativa ao Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho, recebida pelos servidores da carreira de Auditoria-Fiscal do Trabalho. (Incluído pela Lei nº 13.464, de 2017)
- XXVI - o Bônus de Desempenho Institucional por Perícia Médica em Benefícios por Incapacidade (BPMBI); e (Incluído pela Lei nº 13.846, de 2019)
- XXVII - o Bônus de Desempenho Institucional por Análise de Benefícios com Índícios de Irregularidade do Monitoramento Operacional de Benefícios (BMOB). (Incluído pela Lei nº 13.846, de 2019)
- § 2º O servidor ocupante de cargo efetivo poderá optar pela inclusão, na base de cálculo da contribuição, de parcelas remuneratórias percebidas em decorrência de local de trabalho e do exercício de cargo em comissão ou de função comissionada ou gratificada, da Gratificação Temporária das Unidades dos Sistemas Estruturadores da Administração Pública Federal (GSISTE), da Gratificação Temporária do Sistema de Administração dos Recursos de Informação e Informática (GSISP), da Gratificação Temporária de Atividade em Escola de Governo (GAEG), da Gratificação Específica de Produção de Radioisótopos e Radiofármacos (GEPR), da Gratificação de Raio X e daquelas recebidas a título de adicional noturno ou de adicional por serviço extraordinário, para efeito de cálculo do benefício a ser concedido com fundamento no art. 40 da Constituição Federal e no art. 2º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, respeitada, em qualquer

hipótese, a limitação estabelecida no § 2º do art. 40 da Constituição Federal. (Redação dada pela Lei nº 13.328, de 2016)

Art. 10. A Lei nº 9.717, de 27 de novembro de 1998, com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.187-13, de 24 de agosto de 2001, passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 1º

.....

X - vedação de inclusão nos benefícios, para efeito de percepção destes, de parcelas remuneratórias pagas em decorrência de local de trabalho, de função de confiança ou de cargo em comissão, exceto quando tais parcelas integrarem a remuneração de contribuição do servidor que se aposentar com fundamento no art. 40 da Constituição Federal, respeitado, em qualquer hipótese, o limite previsto no § 2º do citado artigo;

XI - vedação de inclusão nos benefícios, para efeito de percepção destes, do abono de permanência de que tratam o § 19 do art. 40 da Constituição Federal, o § 5º do art. 2º e o § 1º do art. 3º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003.

Conforme caput do artigo 4º dessa legislação federal, que alterou a Lei Federal nº 9.717/98, algumas regras são dirigidas aos servidores da União, suas autarquias e fundações, inclusive descrevendo em extenso rol as gratificações que não incidem a contribuição previdenciária e que não farão parte dos proventos dos servidores da União, de acordo com a alteração do inciso X.

Assim, o Poder Executivo poderá propor à Câmara a alteração da legislação previdenciária municipal utilizando o rol de gratificações previstas no artigo 4º, § 1º da legislação federal acima citada, se entender necessário. Além disso, fica claro no texto legal que as regras contidas nessa legislação federal são dirigidas aos servidores que ingressem no serviço público sujeitos ao regime de média contributiva.

No mesmo sentido, a Orientação Normativa SPS nº 02/2009 que, no seu artigo 43, determina a vedação da inclusão nos benefícios de aposentadoria e pensão de parcelas pagas em decorrência de local de trabalho ou temporárias, com exceção nas parcelas que tiverem integrado a remuneração de contribuição do servidor que se aposentar com proventos calculados pela média aritmética.

A definição das parcelas da remuneração que incidem contribuição será dada pela lei do ente federativo, no caso, pelo Município de Porto Alegre, nos termos do artigo 29 da ON 02/2009:

Art. 29. A lei do ente federativo definirá as parcelas da remuneração que comporão a base de cálculo da contribuição, podendo prever que a inclusão das parcelas pagas em decorrência de local de trabalho, de função de confiança, de cargo em comissão, ou de outras parcelas temporárias de remuneração, será feita mediante opção expressa do servidor, inclusive quando pagas por ente cessionário. § 1º Os segurados ativos contribuirão também sobre o décimo terceiro salário, bem

como sobre os benefícios de salário-maternidade e auxílio-doença, e os inativos e pensionistas sobre a gratificação natalina ou abono anual. § 2º O ente federativo contribuirá sobre o valor de auxílio-doença e repassará os valores devidos à unidade gestora do RPPS durante o afastamento do servidor, salvo se a lei local expressamente excluir o benefício da base de cálculo contributiva do ente.

§ 3º Não incidirá contribuição sobre o valor do abono de permanência de que trata o art. 86. “§ 4º Quando o pagamento mensal do servidor sofrer descontos em razão de faltas ou de quaisquer outras ocorrências, a alíquota de contribuição deverá incidir sobre o valor total da remuneração de contribuição prevista em lei, relativa à remuneração mensal do servidor no cargo efetivo, desconsiderados os descontos.” Redação do § 4º do Art. 29 dada pela ON nº 3-MPS-SPS, DE 4/5/09.

§ 5º Havendo redução de carga horária, com prejuízo de remuneração, a base de cálculo da contribuição não poderá ser inferior ao valor do salário mínimo.

§ 6º Incidirá contribuição de responsabilidade do segurado, ativo e inativo, do pensionista e do ente sobre as parcelas que compõem a base de cálculo, pagas retroativamente em razão de determinação legal, administrativa ou judicial, observando-se que:

I - se for possível identificar-se as competências a que se refere o pagamento, aplicar-se-á a alíquota vigente em cada competência;

II - em caso de impossibilidade de identificação das competências a que se refere o pagamento, aplicar-se-á a alíquota vigente na competência em que for efetuado o pagamento;

III - em qualquer caso, as contribuições correspondentes deverão ser repassadas à unidade gestora no mesmo prazo fixado para o repasse das contribuições relativas à competência em que se efetivar o pagamento dos valores retroativos;

IV - se as contribuições devidas forem repassadas após o prazo previsto no inciso III, incidirão os mesmos acréscimos legais previstos para as contribuições relativas à competência do pagamento.

Não poderia ser diferente, pois a Constituição Federal prevê que as regras para cálculo de proventos de aposentadoria serão disciplinadas em lei do respectivo ente federativo, conforme o art. 40, § 3º:

“Art 40.

§ 3º As regras para cálculo de proventos de aposentadoria serão disciplinadas em lei do respectivo ente federativo.”

Desta forma, opinamos pela utilização das normas previdenciárias existentes, em especial aquelas previstas na LCM 478/02, nos termos da lei previdenciária, dependendo do tempo em que o servidor atingiu as condições de aposentadoria previsto nas normas constitucionais anteriores a Emenda Constitucional 103/2019, para fins de cálculo dos proventos, sempre na forma da LC 478/02.

Assim, conclui-se que: (1) não será aplicado o disposto no § 9º do artigo 39 da CF/88 em relação às aposentadorias dos servidores municipais; e (2) as gratificações que servirão

como base de cálculo das aposentadorias são aquelas assim definidas na LC 478/02. Exemplos: gratificação de função, se cumpridos os requisitos do art. 39-A; gratificação por lotação e exercício no Hospital de Pronto Socorro e nos Pronto-Atendimentos, se cumpridos os requisitos do art. 40, II etc.

II.6 – Cálculo das gratificações por média/percentual

A DVP formulou consulta (11566291) relacionada especificamente ao cálculo das gratificações daqueles servidores que cumpriram os requisitos legais de aposentadoria antes da EC nº 103/2019. É questionada a possibilidade do uso de contribuições referentes às gratificações por média ou percentual e incidentes a partir de 13/11/2019. Copia-se trecho da consulta para exame:

Considerando que estamos aposentando servidores que fecham regra de aposentadoria e requisito temporal para incorporação de vantagens anteriormente à EC nº 103/2019, solicitamos orientação quanto a data final a ser utilizada para fins de cálculo das gratificações que são por média/percentuais.

A exemplo, citamos duas gratificações:

- por serviço noturno, a qual é exigida percepção por 05 ou 10 anos intercalados, que resulta numa média de horas noturnas. A apuração das horas percebidas para fins do cálculo da média de serviço noturno deve limitar-se até o dia 12/11/2019 (antes da vigência do artigo 39, §9º da EC nº 103/2019) ou utiliza-se as horas percebidas até por ocasião da aposentadoria, como é feito atualmente?

-GDAE parte variável, calculada pela média dos percentuais dos últimos 10 semestres. Devemos utilizar a média dos percentuais até o dia 12/11/2019 (antes da vigência do artigo 39, §9º da EC nº 103/2019) ou até por ocasião da aposentadoria quando a Unidade calcula o provento para fins de emissão da Portaria inativatória?

O presente questionamento é respondido na mesma linha argumentativa deste parecer.

Nos termos do tempus regit actum e do direito adquirido, os servidores que fecharam a regra de aposentadoria e requisito temporal para incorporação anteriormente à EC nº 103/2019 fazem jus ao regime jurídico previdenciário anterior. Significa dizer que aplicar-se-á as regras previdenciárias ao tempo do preenchimento dos requisitos legais.

Outrossim, o artigo 10, §7º da EC nº 103/2019 é expresso no sentido da aplicação da legislação municipal em vigor anterior, “enquanto não promovidas alterações na legislação interna relacionada ao respectivo regime próprio de previdência social”. Assim, as regras de incorporação previstas na LCM nº 478/2002 deverão ser utilizadas pelo Previmpa para fins de cálculo dos proventos dos servidores municipais, bem como da contribuição previdenciária descontada dos servidores, pois somente as parcelas remuneratórias que são incorporadas aos proventos são suscetíveis de desconto previdenciário.

De outro giro, vale observar que tal composição de cálculos de proventos não configuraria um regime jurídico previdenciário híbrido, o qual não encontra guarida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário nº 575089). Em breve síntese, o regime previdenciário híbrido caracteriza-se pela utilização de algumas regras previdenciárias de regime jurídico anterior e outras regras advindas de alteração legislativa, criando um terceiro regime jurídico. Não é o caso em análise.

De fato, com a vigência da LCM nº 478/02, até posterior alteração na legislação local (artigo 10, §7º, EC nº 103/2019), os servidores que preencheram os requisitos legais de aposentadoria e de incorporação de vantagens previamente à EC nº 103/2019 estarão submetidos única e exclusivamente ao regime previdenciário da LCM nº 478/02. Ou seja, s.m.j, não há a cumulação de regras de mais de um regime jurídico.

Portanto, considerando que os servidores preencheram todos os requisitos legais antes da EC nº 103/2019, é correto o cálculo das parcelas remuneratórias – sujeitas à contribuição previdenciária – posteriores a reforma constitucional em análise.

II.7 - Aplicação da legislação municipal vigente enquanto não promovidas as alterações da respectiva legislação do Município para se adequar à EC nº 103/2019

O Despacho da DVP nº 8593779 questiona o seguinte:

“Enquanto não promovidas as alterações na legislação previdenciária deste município, da concessão de aposentadoria e pensão por morte pelas regras atuais dos artigos 40 da CF/88, da EC nº 41/03 e da EC nº 47/05, quanto ao cálculo do provento pela média prevista na Lei Federal nº 10887/04, bem como quanto a análise e concessão da aposentadoria especial nos termos do Decreto nº 17.394/11 e Súmula vinculante nº 33, do STF, verifica-se que o Poder Constituinte Reformador recepcionou expressamente e pro tempore as normas constitucionais e infraconstitucionais anteriores à entrada em vigor daquela Emenda, assegurando-lhes a continuidade da vigência em face dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com eficácia plena e aplicabilidade imediata, até que sejam promovidas alterações na legislação dos respectivos regimes próprios, quando então a sua eficácia estará exaurida?”

A resposta é afirmativa. Já se fundamentou exaustivamente supra que, enquanto não promovidas as alterações na legislação previdenciária deste município, a concessão de aposentadoria e pensão por morte rege-se pelas regras atuais dos artigos 40 da CF/88, da EC nº 41/03 e da EC nº 47/05, quanto ao cálculo do provento pela média prevista na Lei Federal nº 10887/04, continua aplicável a legislação municipal então vigente (LC 478).

E quanto à concessão da aposentadoria especial, também continua aplicável a legislação municipal então vigente (Decreto nº 17.394/11), bem como a Súmula Vinculante nº 33 do STF.

Como cediço, a reforma da previdência social decorrente da Emenda Constitucional (EC) nº 103, de 12/11/2019, prescreve um conjunto de regras aplicável a todos os entes da Federação, outro conjunto aplicável somente à União Federal, e, por fim, disposições específicas para os entes subnacionais, isto é, aplicáveis somente aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

Com relação à aplicação da Emenda Constitucional nº 103 de 2019 aos RPPS dos Estados, Distrito Federal e Municípios, a Secretaria de Previdência, com fundamento na competência de orientar os entes federativos que possuem RPPS, elaborou a Nota Técnica SEI nº 12212/2019/ME, de 22/11/2019, com a análise das regras constitucionais da reforma previdenciária aplicáveis aos RPPS.

A referida Nota, emitida por órgão da Presidência da República, acertadamente esclarece que, em relação aos Municípios (incluindo Porto Alegre/RS):

“35. (...) em relação aos (...) Municípios, o Poder Constituinte Reformador não prescreveu a disciplina jurídica de transição nem as disposições transitórias já referidas, salvo na situação específica descrita adiante. Em seu lugar, contornou a não autoexecutoriedade das normas constitucionais permanentes sobre aposentadoria voluntária especial recepcionando expressamente e pro tempore as normas constitucionais e infraconstitucionais anteriores à entrada em vigor da nova Emenda, assegurando-lhes a continuidade da vigência em face desses entes subnacionais, com eficácia plena e aplicabilidade imediata, até que sejam promovidas alterações na legislação dos respectivos regimes próprios, quando então a sua eficácia estará exaurida.

36. Destarte, a reforma preservou o quadro jurídico anterior à sua promulgação no que concerne, entre outras matérias, à aplicação das normas constitucionais sobre aposentadorias especiais então vigentes, as quais continuam a ter aplicação para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, com a redação citada abaixo, enquanto estes não promulgarem a respectiva reforma previdenciária, devendo obediência aos condicionamentos impostos pela EC nº 103, de 2019, ou seja, à supremacia da Constituição Federal, já que a reforma da Carta do Estado ou da Lei Orgânica do Município trata-se de Poder decorrente.

Constituição Federal (redação anterior à EC nº 103, de 2019)

Art. 40. (...)

...

§ 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores:

I - portadores de deficiência;

II - que exerçam atividades de risco;

III - cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

§ 5º Os requisitos de idade e de tempo de contribuição serão reduzidos em cinco anos, em relação ao disposto no § 1º, III, "a", para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

37. A propósito, mesmo que as normas sobre aposentadoria especial anteriores à entrada em vigor da EC nº 103, de 2019, apresentem incompatibilidade com a redação atribuída pela reforma aos §§ 4º, 4º-A, 4º B e 4º-C do art. 40 da Constituição, isto não poderá afastar a sua aplicação aos regimes próprios dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a teor do § 10 do art. 4º da EC nº 103, de 2019.

38. A recepção das aludidas normas constitucionais, com a redação em vigor antes da reforma da EC nº 103, de 2019, estende-se à respectiva norma infraconstitucional regulamentadora.

(...)

39. A preservação do quadro jurídico anterior à promulgação da EC nº 103, de 2019, no que concerne à aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais sobre aposentadorias especiais então vigentes, ainda que pro tempore, também implica a da jurisprudência constitucional do colendo Supremo Tribunal Federal – STF, consolidada sobre a referida matéria. Assim é que a Súmula Vinculante - SV do STF nº 33 continua aplicável aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, quanto à observância da legislação do Regime Geral de Previdência Social como parâmetro de regulamentação infraconstitucional da aposentadoria especial de que trata o art. 40, § 4º, III, da Constituição Federal (na redação anterior à EC nº 103, de 2019), ou seja, nas atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, até a edição de lei complementar do respectivo ente federativo.

40. Para a aposentadoria especial dos servidores com deficiência no âmbito dos regimes próprios de previdência social dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com base no art. 40, § 4º, I, da Constituição Federal (na redação anterior à EC nº 103, de 2019), à míngua de lei complementar federal ou, após a promulgação da EC nº 103, de 2019, de lei complementar estadual, distrital ou municipal regulamentadora dessa matéria, permanece a necessidade de impetração de mandado de injunção para viabilizar o exercício desse direito constitucional.

72. Assim, enquanto não sobrevier lei do Estado, Distrito Federal ou Município que discipline o cálculo dos proventos de aposentadoria (salvo em relação à aposentadoria especial dos policiais civis do Distrito Federal), estes entes da Federação deverão aplicar o disposto no art. 1º da Lei nº 10.887, de 18.6.2004, com esta redação:

Lei nº 10.887, de 2004

Art. 1º No cálculo dos proventos de aposentadoria dos servidores titulares de cargo efetivo de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, previsto no § 3º do art. 40 da Constituição Federal e no art. 2º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, será considerada a média aritmética simples das maiores remunerações, utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência a que esteve vinculado, correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde a do início da contribuição, se posterior àquela competência.

§ 1º As remunerações consideradas no cálculo do valor inicial dos proventos terão os seus valores atualizados mês a mês de acordo com a variação integral do índice fixado para a atualização dos salários-de-contribuição considerados no cálculo dos benefícios do regime geral de previdência social.

§ 2º A base de cálculo dos proventos será a remuneração do servidor no cargo efetivo nas competências a partir de julho de 1994 em que não tenha havido contribuição para regime próprio.

(...)

117. Neste sentido, por exemplo, os arts. 1º e 2º da Lei Federal nº 10.887, de 2004, na redação vigente na véspera da publicação da EC nº 103, de 2019, continuam a ser aplicados aos Estados, DF e Municípios para fins de cálculo dos proventos de aposentadorias e pensões, respectivamente (salvo em relação à aposentadoria especial dos policiais civis do Distrito Federal e às pensões decorrentes de agressão sofrida no exercício ou em razão da função policial, as quais já contam com disciplina dada pela reforma).

118. Assim é que a Súmula Vinculante - SV do STF nº 33 continua aplicável aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, quanto à observância da legislação do Regime Geral de Previdência Social como parâmetro de regulamentação infraconstitucional da aposentadoria especial de que trata o art. 40, § 4º, III, da Constituição Federal (na redação anterior à EC nº 103, de 2019), até a edição de lei complementar do respectivo ente federativo.

120. Para a aposentadoria especial dos servidores com deficiência no âmbito dos regimes próprios de previdência social dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com base no art. 40, § 4º, I, da Constituição Federal (na redação anterior à EC nº 103, de 2019), à míngua de lei complementar federal ou, após a promulgação da EC nº 103, de 2019, de lei complementar estadual, distrital ou municipal regulamentadora dessa matéria, permanece a necessidade de impetração de mandado de injunção para viabilizar o exercício desse direito constitucional. (f) A preservação do quadro jurídico anterior à promulgação da EC nº 103, de 2019, no que concerne à aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais sobre aposentadorias especiais então vigentes, ainda que pro tempore, também implica a da jurisprudência constitucional do colendo Supremo Tribunal Federal – STF, consolidada sobre a referida matéria. Assim é que a Súmula Vinculante - SV do STF nº 33 continua aplicável aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, quanto à observância da legislação do Regime Geral de Previdência Social como parâmetro de regulamentação infraconstitucional da aposentadoria especial de que trata o art. 40, § 4º, III, da Constituição Federal (na redação anterior à EC nº 103, de 2019), ou seja nas atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, até a edição de lei complementar do respectivo ente federativo.

(g) Para a aposentadoria especial dos servidores com deficiência no âmbito dos regimes próprios de previdência social dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com base no art. 40, § 4º, I, da Constituição Federal (na redação anterior à EC nº 103, de 2019), à míngua de lei complementar federal ou, após a promulgação da EC nº 103, de 2019, de lei complementar estadual, distrital ou municipal regulamentadora dessa matéria, permanece a necessidade de impetração de mandado de injunção para viabilizar o exercício desse direito constitucional.

Desse modo, verifica-se que a reforma previdenciária operada pela EC 103/19 preservou o quadro jurídico anterior à sua promulgação no que concerne, entre outras matérias, à aplicação das normas constitucionais sobre aposentadorias especiais então vigentes, as quais continuam a ter aplicação para os Municípios, enquanto estes não promulgarem a respectiva reforma previdenciária, devendo obediência aos condicionamentos impostos pela EC nº 103, de 2019, ou seja, à supremacia da Constituição Federal, já que a reforma da Carta do Estado ou da Lei Orgânica do Município trata-se de Poder decorrente.

Assim, continua aplicável o disposto no Decreto 17.394/2011 para a caracterização do tempo exercido sob condições especiais no município de Porto Alegre até a superveniência da legislação que se adeque à reforma constitucional, à exceção, apenas, do art. 8º.

Esse art. 8º do Decreto é, atualmente, inaplicável por força da mudança de orientação jurisprudencial do STF fixada em 24/09/2020 (data da publicação do acórdão no DJE), em regime de repercussão geral (Tema 942), no RE 1.014.286, cuja Decisão foi a seguinte:

“Até a edição da Emenda Constitucional nº 103/2019, o direito à conversão, em tempo comum, do prestado sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física de servidor público decorre da previsão de adoção de requisitos e critérios diferenciados para a jubilação daquele enquadrado na hipótese prevista no então vigente inciso III do § 4º do art. 40 da Constituição da República, devendo ser aplicadas as normas do regime geral de previdência social relativas à aposentadoria especial contidas na Lei 8.213/1991 para viabilizar sua concretização enquanto não sobrevier lei complementar disciplinadora da matéria. Após a vigência da EC n.º 103/2019, o direito à conversão em tempo comum, do prestado sob condições especiais pelos servidores obedecerá à legislação complementar dos entes federados, nos termos da competência conferida pelo art. 40, § 4º-C, da Constituição da República”.

Assim, ressalvado o art. 8º, todos os demais dispositivos do Decreto 17.394/2011 continuam aplicáveis até que haja eventual modificação legislativa municipal superveniente.

Destacamos que o art. 8º, que trata da possibilidade de conversão do tempo especial em comum para fins de aposentadoria, foi objeto de consulta no SEI 20.13.000004429-3.

Por fim, o Despacho da DVP nº 8593779 também questiona o seguinte:

“A Câmara Municipal de Porto Alegre aprovou recentemente os projetos de lei que alteram dispositivos legais da LC nº 478/2002, referentes à aposentadoria e pensões, o questionamento é, apesar da aprovação e publicação em breve dessas leis, devemos utilizar a legislação vigente no município até a publicação da EC nº 103/19, ou seja, não poderão ser aplicadas as alterações trazidas nessas Leis Complementares?”

O questionamento já havia sido respondido no SEI 19.13.000004275-9:

“A Lei Complementar nº 851/2019 revogou o artigo nº 39 da Lei Complementar nº 478/2002, que previa o seguinte:

"Art. 39-O servidor efetivo que conte com pelo menos 05 (cinco) anos de exercício em postos de confiança terá incluído no provento o valor da função gratificada de maior nível ainda não incorporado ao vencimento, na forma do art. 129 da Lei Estatutária, exercida pelo prazo mínimo de 01 (um) ano, desde que se encontre no exercício de função gratificada ou cargo em comissão, na condição de titular, nos últimos 12 (doze) meses anteriores à aposentadoria.

Parágrafo único. Caso o servidor não conte com o prazo de 01 (um) ano estabelecido neste artigo, terá assegurado o valor do posto de confiança imediatamente inferior, exercido por igual período."

Nesse contexto, a Diretoria do Previmpa solicita orientação jurídica quanto ao procedimento utilizado nos casos em que houver requerimento de aposentadoria protocolizado anteriormente à publicação da LC nº 851/2019.

Cita, como exemplo, o seguinte caso: o "servidor Eloi Caetano da Rocha que foi aposentado após a publicação da Lei, o procedimento adotado foi pela não inclusão da parcela referente à Função Gratificada na composição do provento, consoante Portaria nº 799/2019 (7272336), apesar de estar designado para o exercício de função gratificada e ter implementado o requisito temporal, previsto no artigo 39 da LC 478/2002, para fins de incorporação na aposentadoria quando requereu o benefício, em 26/12/2018 (7272039) (6926613)".

Passa-se à análise jurídica.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que deve ser aplicada a norma vigente à época do preenchimento dos requisitos necessários para a concessão da aposentadoria. Vejamos:

- Aplicação da norma vigente à época do preenchimento dos requisitos necessários para a concessão da aposentadoria

Destrate, o Tribunal de origem, ao deixar de aplicar à aposentadoria do ora agravante a referida lei, divergiu da orientação assentada nesta Corte no sentido de que se aplica à aposentadoria a norma vigente à época do preenchimento dos requisitos para a sua concessão (Súmula 359). In casu, verifica-se que o impetrante preencheu os requisitos para a aposentadoria compulsória em 25/11/13, antes da publicação da Lei Complementar 152, a qual teria revogado o dispositivo que determinava a aposentadoria compulsória do servidor público policial civil aos 65 (sessenta e cinco anos) de idade. [ARE 881.118 AgR, voto do rel. min. Dias Toffoli, 2ª T, j.06-10-2017, DJE 252 de 07-11-2017] – PRECEDENTE DO RIO GRANDE DO SUL Súmula 359 (alterada)

Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários. (alterada)

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. APOSENTADORIA COMPULSÓRIA DE SERVIDOR PÚBLICO POLICIAL. LEI COMPLEMENTAR 51/1985. RECEPCIONADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. APOSENTADORIA COMPULSÓRIA. REQUISITOS. ART. 1º, I, DA LC 51/1985, NA REDAÇÃO DADA PELA LC 144/2014. SÚMULA 359/STF. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO, COM APLICAÇÃO DE MULTA. (...) II – Os proventos da inatividade são regidos pela lei vigente ao tempo em que reunidos os requisitos necessários à obtenção do benefício (Súmula 359/STF), no caso, art. 1º, I, da LC 51/1985, com a redação conferida pela LC 144/2014. III – Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação de multa (art. 1.021, § 4º, do CPC). (RE 1105315 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 24/04/2019, PROCESSO ELETRÔNICO Dje-098 DIVULG 10-05-2019 PUBLIC 13-05-2019)

Assim, se foram implementados todos os requisitos para a aposentadoria antes da alteração legislativa, está assegurado o direito adquirido do segurado da Previdência (incluindo-se o Regime Próprio – caso do Previmpa) à aposentadoria nos moldes da norma revogada.

Ademais, o artigo 9º da LC 851/2019 prevê norma de transição no mesmo sentido do entendimento do STF:

"Art. 9º Fica garantida a inclusão de incorporação de gratificações de função aos proventos de aposentadoria, nos termos da Lei Complementar nº 478, de 2002, e alterações posteriores, dos servidores que tenham implementado os requisitos vigentes até a data de publicação desta Lei Complementar.

Parágrafo único. Os servidores poderão optar pelo sistema a que se refere o caput do art. 39-A da Lei Complementar nº 478, de 2002, e alterações posteriores, em substituição aos valores já incorporados ou a incorporar, mediante expressa manifestação."

O Superior Tribunal de Justiça também adota o mesmo posicionamento:

PROCESSUAL ADMINISTRATIVO. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. DIREITO ADQUIRIDO. COMPETÊNCIA DA SUPREMA CORTE E SÚMULA 280/STF.

1. O agravante alega que possui direito adquirido à complementação de aposentadoria, porquanto, quando preencheu os requisitos para a concessão do benefício, a norma municipal que permitia a complementação - Lei municipal 512/83 - não havia sido revogada. (...)

(AgRg no AREsp 193.513/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/04/2013, Dje 02/05/2013)

Desse modo, conclui-se favoravelmente à inclusão da função gratificada ao provento, caso o servidor tenha cumprido todos os requisitos legais do artigo 39 da LC nº 478/2002 antes do advento da LC nº 851/2019 (que o revogou), em razão da garantia prevista no artigo 9º da LC 851/2019, corroborada pela jurisprudência do STF e do STJ.

Postura contrária da administração municipal frente ao questionamento, na hipótese de verificação do preenchimento integral, pelo segurado, dos requisitos legais antes da alteração legislativa promovida pela LC 851/2019, parece-me, data venia, negativa à aplicação de lei expressa (norma de transição do art. 9º da LC 851/2019) e da jurisprudência das Cortes Superiores”.

Em síntese: se o servidor cumpriu todos os requisitos antes da alteração da LC 478 (ainda que o pedido de aposentadoria seja formulado após a alteração), isso significa que o servidor adquiriu o direito de se aposentar conforme as regras da LC 478 antes da alteração. Assim, será aplicada, em seu favor, as regras da LC 478, em sua redação original, antes da alteração promovida pela LC posterior.

Por sua vez, se o servidor cumpriu os requisitos para se aposentar após a alteração da LC 478, serão aplicadas as regras modificadas (atuais) alteradas pela LC superveniente, não podendo ser aplicada a regra original (revogada) da LC 478.

Essa conclusão é a mesma do item II.4 deste Parecer, bem como do Parecer proferido no SEI nº 19.13.000004275-9, transcrito acima.

III – CONCLUSÃO

Ante o exposto, conclui-se que:

- Item II.1:

a) O artigo 39, §9º, CRFB não possui conteúdo previdenciário, não se aplicando, portanto, às aposentadorias. O cálculo de proventos dos servidores no regime de incorporação não exige – e nunca exigiu – a aplicação do Decreto Municipal nº 14.242/2003, bem como há compatibilidade com o artigo 1º, X, Lei Federal nº 9.717/1998. E, quanto aos servidores que se aposentarão pelo regime de média contributiva, o Decreto Municipal é desnecessário, tal servidor não incorpora parcelas quando em atividade (artigo 39, §9º, CRFB), bem como, na inatividade, levará somente a média das contribuições;

- Item II.2:

b) No conflito de normas previdenciárias deverá ser aplicada aquela vigente no momento em que o segurado cumpriu os requisitos legais para aposentadoria, em atenção ao tempus regit actum e eventual direito adquirido. Ainda, é desnecessário o requerimento administrativo prévio à emenda constitucional nº 103/2019 para assegurar o direito adquirido, sendo necessário somente comprovar o preenchimento dos requisitos legais para aposentadoria;

- Item II.3:

c) Quanto às regras de pensão por morte, em atenção ao tempus regit actum, deve-se aferir o momento do óbito do segurado. Se posterior à vigência da EC nº 103/2019, faz-se imprescindível sua aplicação;

- Item II.4:

d) Em atenção ao tempus regit actum, no conflito aparente de normas entre a LCM 478/02 e LCM 868/2019, deverá ser aplicada a regra vigente ao tempo da implementação dos requisitos legais para incorporação das gratificações do artigo 41;

- Item II.5:

f) As gratificações atuais farão parte da composição dos proventos dos servidores que venham a se aposentar com fechamento de regra para aposentadoria (tempo e idade) posterior à publicação da EC nº 103/2019 e que implementaram os requisitos legais de incorporação dessas em data anterior a entrada em vigor da EC nº 103/2019;

g) As gratificações atuais farão parte da composição dos proventos dos servidores que venham a se aposentar com fechamento de regra para aposentadoria (tempo e idade) e que implementaram os requisitos legais de tempo e percepção das vantagens posteriormente à publicação da EC nº 103/2019 enquanto não for editada a legislação municipal que regulamente a referida EC;

h) As gratificações que servirão como base de cálculo das aposentadorias são aquelas assim definidas na LC 478/02. Exemplos: gratificação de função, se cumpridos os requisitos do art. 39-A; gratificação por lotação e exercício no Hospital de Pronto Socorro e nos Pronto-Atendimentos, se cumpridos os requisitos do art. 40, II etc;

- Item II.6:

i) As gratificações por média/percentual e com base contributiva previdenciária, incidentes após a EC nº 103/2019, quanto aos segurados que preencheram todos os requisitos legais de aposentadoria antes da reforma constitucional em análise, irão compor o cálculo dos proventos de aposentadoria;

- Item II.7:

j) Continua aplicável a legislação municipal então vigente (LC 478) enquanto não promovidas as alterações na legislação previdenciária deste município, da concessão de aposentadoria e pensão por morte pelas regras atuais dos artigos 40 da CF/88, da EC nº 41/03 e da EC nº 47/05, quanto ao cálculo do provento pela média prevista na Lei Federal nº 10887/04;

l) Quanto à aposentadoria especial, continua aplicável a Súmula Vinculante nº 33 do STF, bem como o Decreto 17.394/2011 para a caracterização do tempo exercido sob condições especiais no Município até a superveniência da legislação que se adegue à reforma constitucional, à exceção, apenas, do art. 8º (ou seja, somente o art. 8º do Decreto é inaplicável, em razão da alteração recente da jurisprudência do STF);

m) Se o servidor cumpriu todos os requisitos antes da alteração da LC 478 (ainda que o pedido de aposentadoria seja formulado após a alteração), isso significa que o servidor adquiriu o direito de se aposentar conforme as regras da LC 478 antes da alteração. Assim, será aplicada, em seu favor, as regras da LC 478 em sua redação original, antes da alteração promovida pela LC posterior;

n) Se o servidor cumpriu os requisitos para se aposentar após a alteração da LC 478, serão aplicadas as regras modificadas (atuais) alteradas pela LC superveniente, não podendo ser aplicada a regra original (revogada) da LC 478.

À consideração superior.

Porto Alegre, 29 de dezembro 2020.

Deise Moura
Heron Nunes Estrella
Alexandre Salgado Marder
Luig Almeida Mota
Murilo Silveira Corrêa Silva

PARECERES
INDIVIDUAIS

APARENTE INCOMPATIBILIDADE ENTRE A LC799/16 E A LC630/09

Eleonora Braz Serralta¹

PARECER SINGULAR N. 1214/2021

PROCESSO SEI: 20.0.000064304-2

INTERESSADO: PROCURADORIA-GERAL ADJUNTA DE DOMÍNIO PÚBLICO, URBANISMO E
MEIO AMBIENTE

EMENTA: LC 799/16, que instituiu áreas de AEIS III na Macrozona 10 para atender ao Programa Minha Casa Minha Vida. Aparente incompatibilidade com a LC 630/09, que criou a Operação Urbana Consorciada da Lomba do Pinheiro. Leis válidas de mesma hierarquia. Antinomia parcial: Orientação com base no dever de coerência e interpretação por mais de um critério de solução de antinomias.

À PGA/DPUMA:

O presente processo foi encaminhado a esta Procuradoria Especializada pelo despacho 11454114, diante da aparente antinomia entre as Leis Complementares nº 630/2009 e nº 799/2016.

A primeira (12091892) é a Lei que instituiu a Operação Consorciada da Lomba do Pinheiro e a segunda (12091897) a que alterou limites de Subunidades e de Unidades de Estruturação Urbana (UEUs) das Macrozonas (MZs) 02, 03, 04, 05, 07, 08 e 10, criou Subunidades em UEUs dessas MZs, correspondentes a áreas de empreendimentos aprovados no Programa Minha Casa, Minha Vida, da Caixa Econômica Federal (CEF), e de novos empreendimentos destinados à produção habitacional, que atendam à Demanda Habitacional Prioritária (DHP).

¹ Procuradora Municipal de Porto Alegre.

Ao fazer isso, A LC 799/2016, criou, entre outras, as Subunidades SUBUEU 42 e SUBUEU 49, na Macrozona 10 (área abrangida pela Operação Urbana Consorciada Lomba do Pinheiro), instituindo Área Especial de Interesse Social- AEIS III, como se verifica no art. 28:

Art. 28. Na UEU 03 da MZ 10, ficam alterados os limites das Subunidades 25 e 30, e ficam criadas as subunidades 41, instituída como AEIS III, a Subunidade 42, com o mesmo regime urbanístico da Subunidade 30, e a Subunidade 49, instituída como AEIS III, conforme o Anexo XXVIII desta Lei Complementar."

No caso concreto da consulta deste SEI (10981476) tem-se em aberto uma etapa de EVU de Loteamento do Programa Minha Casa Minha Vida para o imóvel localizado na Estrada João Antônio da Silveira, 4500, que se insere no contexto de a AEIS III instituída pelo art. 28 da LC 799/2016 (vide Anexo XXVIII - 12091903) .

O problema se estabelece por que, como explica a Unidade de Empreendimentos e Operações Urbanas do Escritório de Licenciamento- UEMPROUR/CDU/DGEL (12091914), considerando o que dispunha a LC 630/2009 (Lei da Lomba - 12091892), incidiam sobre a gleba, na condição de Regime Urbanístico Básico - R.U.B., as Subunidades SUBUEU 25 (Zoneamento de Uso "Apta a Ocupação 2") e SUBUEU 30 (Zoneamento de Uso "Área de Proteção do Ambiente Natural - APAN"), bem como na condição de Regime Urbanístico Máximo - R.U.M, as Subunidades SUBUEU93 (Zoneamento de Uso "Centralidade 2"), SUBUEU 91 (Zoneamento de Uso "Área Especial de Interesse Social - AEIS III") e SUBUEU 68 (Zoneamento de Uso "Parque Natural - PANAT)."

Em palavras leigas, a LC 630/2009 dava um tratamento para a área conforme os critérios ali estabelecidos e que podem ser visualizados nos mapas de Regime Urbanístico Básico - R.U.B. (12091919) e de Regime Urbanístico Máximo - R.U.M. (12091920), que são, respectivamente, os Anexos I e III da LC 630/2009, enquanto a LC 799/16 dá outro tratamento à mesma área.

No entendimento da UEMPROUR,

"a intenção do gravame de uma "Área Especial de Interesse Social - AEIS III" sobre o Zoneamento de Uso "Apta a Ocupação 2" é incompatível com as premissas e princípios fundamentais e trazidos pela LC 630/2009, uma vez que remete direta e concretamente ao conceito de incremento de capacidades urbanísticas e construtivas - para além do estabelecido pelo R.U.B."

O empreendedor, por sua vez, entende que a gleba em questão não estaria sujeita a nenhum dos regimes básicos ou máximo da LC 630/2009 (Lei da Lomba),

"porquanto a LC 799/2016 expressamente (i) reduziu os limites geográficos da SUBUEU 25 e 30 (excluindo a gleba de tais subunidades) (ii) criou a SUBUEU 49, inserindo a gleba integralmente em tal subunidade e, sobretudo (iii) criou regime urbanístico específico para a SUBUEU 49 em seu art. 34"

Por esse motivo, insurge-se contra a forma de cálculo das contrapartidas (pela Lei 630/2009), dizendo a seu favor que a LC 799/2016 é taxativa ao prever que o empreendimento deverá destinar no mínimo 20% de unidades habitacionais a família de renda de 0 a 3 salários mínimo e que essa "contrapartida" está prevista no empreendimento em aprovação.

Já o Parecer Técnico (12091914) chama a atenção para a LC 630/2009, que estabelece os critérios para as contrapartidas no art. 12, lembrando que partir dos parâmetros apresentados seria possível considerar ainda a possibilidade de redução dos valores de contrapartida, a depender do posicionamento do Comitê de Desenvolvimento da Operação Urbana Consorciada quanto a modalidade de contrapartida a ser recebida (art. 11 c/c 13). Entende que a adoção dos critérios da LC 799/2016, em sobreposição àqueles da LC 630/2009, consistiria em 'renúncia fiscal'.

Instada a se manifestar, a PMS 06 proferiu a Informação 2 (11166879), fundada na Lei de Introdução às normas no Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/1942, alterado pela Lei Federal nº 12.376/2010), concluindo que:

"havendo incompatibilidade entre o regime urbanístico instituído pela LC nº 799/2016 e aquele disposto pela LC nº 630/2009, deve ser aplicada a lei posterior às áreas destacadas, ainda que estivessem inicialmente abrigadas pela "Lei da Lomba".

Dita informação é submetida ao nosso crivo.

É o relatório.

O tema é complexo e pede uma análise mais aprofundada.

Em primeiro lugar, porque a solução para o problema trazido por este empreendedor não se resume ao caso concreto.

Como se verá, a LC 799/2016 não instituiu apenas uma área de AEIS III, que é aquela do art. 28, que afeta o empreendimento em questão, mas sim promove cinco (05) intervenções (criação / alteração de limites de subunidades) no território da Macrozona 10

(onde existe a Operação Urbana Consorciada da LC 630/09), para fins do estabelecimento de Áreas Especiais de Interesse Social - AEIS III, para produção habitacional, em atendimento à Demanda Habitacional Prioritária;

Tais intervenções estão expressas nos seguintes artigos / anexos:

Art.27 / Anexo XXVII e Art. 47;

Art.28 / Anexo XXVIII e Art. 34 (gleba em questão);

Art.29 / Anexo XXIX e Art. 52;

Art.30 / Anexo XXX e Art. 47;

Art.31 / Anexo XXXI e Art. 47;

Em segundo lugar, porque se torna necessário averiguar a ocorrência ou não de antinomia (incompatibilidade entre as duas leis) e, em caso afirmativo, resolvê-la.

Por antinomia jurídica, na lição de Tércio Sampaio Ferraz Jr,* entende-se "*a oposição que ocorre entre duas normas contraditórias (total ou parcialmente), emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo, que colocam o sujeito numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um ordenamento dado.*"

Dizia Norberto Bobbio* que, por um dever de **coerência**, "*num ordenamento jurídico não devem existir antinomias*".

"A coerência não é condição de validade, mas é sempre condição para a justiça do ordenamento."(...)

"Onde existem duas normas antinômicas, ambas válidas, e portanto ambas aplicáveis, o ordenamento jurídico não consegue garantir nem a certeza, entendida como possibilidade, por parte do cidadão, de prever com exatidão as consequências jurídicas da própria conduta, nem a justiça, entendida como igual tratamento das pessoas que pertencem a uma mesma categoria".

1) Esclarecimentos Preliminares

1.1) Instituição de AEIS III conforme o Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano - PDDUA (LC434/99 com alterações posteriores)

Áreas Especiais de interesse Social (AEIS) estão disciplinadas nos artigos 75 a 78 do PDDUA e, conforme art. 76 do PDDUA, as AEIS são aquelas destinadas à produção e à manutenção de Habitação de Interesse Social, com destinação específica, normas próprias de uso e ocupação do solo.

As AEIS I são instituídas por Decreto Municipal para assentamentos autoproduzidos por população de baixa renda em áreas públicas ou privadas.

As AEIS II também são instituídas por Decreto Municipal para as hipóteses de loteamentos públicos ou privados irregulares ou clandestinos que atendam a condições de habitabilidade.

Finalmente, as AEIS III, que são objeto de nosso exame, não podem ser instituídas por decreto, dependem de lei ordinária.

A instituição de AEIS III presume:

- 1) tratem-se de imóveis não edificados ou subutilizados;
- 2) em área de ocupação intensiva;
- 3) para implantação de Habitação de Interesse Social
- 4) com interveniência do Poder Público.

Há ainda as AEIS IV, para as áreas ocupadas mais precárias.

1.2) Alteração de Regime Urbanístico pelo PDDUA

O artigo 162, do PDDUA, LC 434/99, dispõe o seguinte:

Art. 162. Serão objeto de lei as matérias que tratem de:

...

VI – alteração dos Anexos 1, 2, 3, 4, 5.1, 5.7, 6, 7, 8 e 11 desta Lei Complementar.

Observa-se que o Regime Urbanístico vem tratado no Anexo 1 do PDDUA. Então, de modo geral, a alteração do regime urbanístico deve ser feita por lei, com a ressalva de que no caso das AEIS, a definição de regime urbanístico será por decreto quando a sua alteração restringir-se ao uso e outros indicadores – não modificando índices de aproveitamento e densificação em relação ao entorno – e por lei ordinária quando as alterações modificarem índices de aproveitamento e densificação (art. 78 do PDDUA).

1.3) Existência de um Sistema como pressuposto para a correta interpretação das normas em exame

No caso em análise, a instituição de AEIS III e alteração de Regime Urbanístico se deram por Lei Complementar, como são a LC 434/99 (Plano Diretor) e LC 630/09 (Lei da Operação Urbana).

É importante frisar que a Lei Orgânica do Município, no seu art. 76, diz que "as leis dos Planos Diretores" serão objeto de Lei Complementar e que os projetos de Lei Complementar somente serão aprovados se obtiverem maioria absoluta dos votos dos membros da Câmara Municipal, observados os demais termos da votação das leis ordinárias.

Assim, temos três Leis Complementares que integram um sistema (estruturado por uma delas - Plano Diretor), o que deve ser levado em consideração na hora da aplicação e da interpretação dessas leis.

Os princípios estruturantes do Plano Diretor de Porto Alegre se encontram no art. 212 da Lei Orgânica, que é lei maior, e que devem ser observados por todas as leis que integram esse sistema, a saber:

"Art. 212 O Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano é peça fundamental da gestão do Município e tem por objetivo definir diretrizes para a execução de programas que visem à redução da segregação das funções urbanas e ao acesso da população ao solo, à habitação e aos serviços públicos, observados os seguintes princípios:

I - determinação dos limites físicos, em todo o território municipal, das áreas urbanas, de expansão urbana e rurais e das reservas ambientais, com as seguintes medidas:

- a) delimitação das áreas impróprias à ocupação urbana, por suas características geológicas;*
- b) delimitação das áreas de preservação ambiental;*
- c) delimitação de áreas destinadas à implantação de atividades com potencial poluidor, hídrico, atmosférico e do solo;*

II - determinação das normas técnicas mínimas obrigatórias no processo de urbanização de áreas de expansão urbana; III - delimitação de áreas destinadas à habitação popular, atendendo aos seguintes critérios mínimos:

- a) dotação de infra-estrutura básica;*
- b) situação acima de quota máxima das cheias;*

IV - ordenação do processo de desmembramento e de remembramento;

V - estabelecimento das permissões e impedimentos do uso do solo em cada zona funcional, assim como dos índices máximos e mínimos de aproveitamento do solo;

VI - identificação dos vazios urbanos e das áreas subutilizadas, para o atendimento do disposto no art. 182, § 4º, da Constituição Federal;

VII - estabelecimento de parâmetros mínimos e máximos para parcelamento do solo urbano, que assegurem o seu adequado aproveitamento, respeitadas as necessidades mínimas de conforto urbano.

2) Operação Urbana Consorciada

Se o Plano Diretor é o instrumento básico da Política de Desenvolvimento e Expansão Urbana (art. 182, par. 1º da Constituição Federal) há outros instrumentos que podem e devem ser utilizados, desde que com ele estejam compatibilizados, a partir da noção de sistema antes referida.

A Operação Urbana Consorciada é um dos instrumentos da política urbana estabelecidos no Estatuto da Cidade, Lei Federal N. 10.257/2001 e consiste em um instituto jurídico e político que deve ser objeto de controle social, garantida a participação de comunidades, movimentos e entidades da sociedade civil (art. 4º, IV, "p", e par. 3º e arts. 32 e 34).

Sobre o tema, assim ensina Vanesca Buzelato Prestes*:

"As operações urbanas consorciadas estão definidas como um conjunto de intervenções coordenadas pelo Poder Público, envolvendo diversos interessados, visando melhorias urbanas e valorização ambiental. Para realizar uma operação urbana consorciada faz-se necessário aprovação de lei específica, articulada com o plano diretor. São requisitos da lei: a forma de controle da operação partilhado com a sociedade civil e a realização de estudo de impacto de vizinhança, apontando os aspectos positivos e os negativos desta. Pode estar previsto na lei a transferência de potencial construtivo no âmbito da operação, bem como certificados de potencial adicional de construção, que serão alienados em leilão ou utilizados diretamente no pagamento das obras necessárias à própria Operação. Importante destacar que, em se tratando de lei específica, afasta leis gerais, a exemplo das leis de uso do solo que vigoram nas cidades.

A operação urbana consorciada do Estatuto da Cidade exige participação popular no planejamento, gestão, acompanhamento e avaliação desta, sendo expressão do princípio da democracia participativa na gestão urbano-ambiental. E, necessariamente como corolário de uma operação urbana, que exige planejamento urbanístico, ambiental, econômico e social com todos aqueles envolvidos na operação – proprietários, possuidores, moradores, comerciantes etc. da área atingida - temos a expressão do princípio da sustentabilidade urbano-ambiental. Operação urbana, realizada na forma do Estatuto da Cidade, que não observe os princípios do Estado Socioambiental, descumpra a finalidade para a qual foi criada."

Diz o Estatuto da Cidade que, a partir da aprovação da lei específica que instituir uma Operação Urbana Consorciada, serão *nulas as licenças e autorizações a cargo do Poder Público municipal expedidas em desacordo com o plano de operação urbana consorciada*, de modo que não resta opção ao Poder Público, a não ser observar a lei municipal.

No que diz respeito às contrapartidas, esclarece a autora que *"contrapartida é a denominação atribuída pelo Estatuto da Cidade para estabelecer a valoração de algo antes intangível e que passa a ter valor, na medida em que terá benefício direto ou indireto com a realização da Operação Urbana Consorciada. Não é tributo nem preço público e também não se confunde com as medidas compensatórias decorrentes do licenciamento ambiental."*

"Em geral, as contrapartidas se perfectibilizam em obras públicas vinculadas às finalidades da Operação (vias, urbanização de praças, implantação de esgotamento sanitário, estação de tratamento de esgoto, etc.), destinação bens imóveis no âmbito da Operação Urbana para cumprir com as finalidades desta (ex: criação de unidade de conservação), destinação de habitação Interesse social e oferta de lotes a preço compatível com a renda da demanda habitacional prioritária, ou contrapartida financeira, destinada à conta vinculada à Operação Urbana Consorciada. O importante é que ocorra uma equação econômico-financeira que demonstre a adequação e a compatibilidade entre o valor auferido com a Operação e a contrapartida ofertada."

"A contrapartida não pode nem ser vil nem extorsiva. Precisa ser proporcional e razoável."

A propósito do tema, importa corrigir desde já uma primeira informação trazida pelo empreendedor (vide requerimento 10981476), no sentido de que o atendimento do art. 57 da LC 799/16 estabeleceria contrapartidas, o que não parece ser o caso.

2.1) A Operação Urbana Consorciada da Lomba do Pinheiro

A Lomba do Pinheiro é um bairro da zona leste de Porto Alegre, criado pela Lei 2002/1959, com limites estabelecidos pela Lei 7954/1997, alterada pela Lei 12.112/16, localizado em uma região que durante muito tempo manteve características rurais. A urbanização, ao longo dos anos, vem se dando com ampla participação da comunidade organizada.

Foi para essa região que se desenhou a primeira Operação Urbana Consorciada do Município de Porto Alegre, como instrumento de Política Urbana previsto no Estatuto da Cidade e que culminou na edição da LC 630/2009.

A Operação compreende um conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Executivo Municipal, com a participação de proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, que tem o objetivo principal de alavancar o desenvolvimento urbano, econômico e social da região da Lomba do Pinheiro.

A área de estudo do projeto aprovado abrange o território ao longo das Estradas João de Oliveira Remião e João Antônio da Silveira, desde a Avenida Bento Gonçalves até a Restinga. É composta por parte dos bairros Agronomia e Lomba do Pinheiro, abrigando uma população em torno de 54.000 habitantes, de acordo com dados do Censo 2000 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), mas que, segundo projeções da PMPA, esse número teria chegado a cerca 64 mil habitantes em 2006, aplicando-se a taxa de crescimento do bairro para a última década, sendo hoje ainda maior.

"O Projeto Integrado da Lomba do Pinheiro que, desde 1998, se desenvolve na Prefeitura, promoveu diversos estudos e encontrou na Operação Urbana Consorciada a forma de implementação das diretrizes de desenvolvimento, quanto a propostas diferenciadas de uso e ocupação do solo e incentivo aos programas de atendimento físico, ambiental, econômico e social", justificou o então Prefeito no projeto, quando da aprovação da Lei.

Eis a síntese da lei aprovada, publicada no site da Câmara de Vereadores*, à época:

"Com base no Estatuto da Cidade, o PLC aprovado define regras de uso e ocupação do solo na Lomba do Pinheiro, através de regimes urbanísticos diferenciados, propondo atividades e capacidade construtiva em áreas consideradas aptas à ocupação urbana, além de incentivar atividades que venham a incrementar a economia da região, permitidas através da análise do impacto e incômodo. Fica definido que a Operação Consorciada atenderá às estratégias do Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano Ambiental (PDDUA) de Porto Alegre e a legislação ambiental vigente, tendo como instrumentos de avaliação dos impactos o Estudo de Impacto Ambiental (EIA/Rima) ou o Relatório de Impacto Ambiental (RIA/DS) ou o Estudo de Impacto de Vizinhança (EIV), a serem adotados conforme as peculiaridades da proposta apresentada pelos empreendedores.

Regimes urbanísticos

Os regimes urbanísticos distintos criados definirão os dispositivos que regulam a paisagem local, com edificação ou não, para a área denominada Lomba do Futuro. A Operação Consorciada adotará os regimes urbanísticos Básico e Máximo e Sistema Viário. O projeto aprovado também altera a Divisão Territorial e o Regime Urbanístico da Lei Complementar nº 434, de 1º de dezembro de 1999, na área denominada Lomba do Futuro, com a criação de quatro Macrounidades (10.001, 10.002, 10.003 e 10.004) e suas respectivas subunidades.

A Operação Urbana Consorciada Lomba do Pinheiro permite a utilização do Regime Urbanístico Máximo, nas áreas e parâmetros indicados pelo projeto, como alternativa ao Regime Urbanístico Básico, mediante contrapartidas definidas no Plano de Melhorias e assinatura de Termo de Compromisso. A proposta aprovada também altera os limites, zoneamento de uso e o Regime Urbanístico de algumas Unidades de Estruturação Urbana (UEU) do Plano Diretor. Para as Subunidades 70, 75, 77 e 78, fica delimitado e indicado o território para a elaboração do Projeto Especial – Rincão, devendo ser mantidas as características rurais do local e definidas regras específicas.

O Plano de Melhorias Urbanas compreende um conjunto de intervenções físicas e ambientais, sociais e econômicas, cuja implementação ocorrerá através de Programas de Atendimento, aprovados pelo Comitê de Desenvolvimento, para a consecução dos objetivos e finalidades desta Operação Urbana Consorciada. São criados os setores Beco do Davi, Mariante e Arroio Agronomia para a

implantação preferencial do Plano de Melhorias, bem como os Programas de Atendimento físico-ambiental e sócio-econômico, com suas respectivas ações.

Contrapartidas

As contrapartidas decorrentes da utilização do Regime Urbanístico Máximo poderão ser em: obras públicas vinculadas às Finalidades e Programas da Operação Urbana Consorciada da Lomba do Pinheiro; bens imóveis situados dentro da Operação Urbana Consorciada Lomba do Pinheiro; Habitação de Interesse Social (HIS) e oferta de lotes de preço compatível com a renda da Demanda Habitacional Prioritária; glebas e lotes urbanizados para reassentar famílias em áreas de risco ou áreas inadequadas à ocupação; e financeira, integrada à conta vinculada à Operação Urbana Consorciada da Lomba do Pinheiro. As contrapartidas não isentam o empreendedor das medidas mitigadoras e compensatórias apontadas nos instrumentos de gestão ambiental e urbanística.

No caso de edificação pelo Regime Urbanístico Máximo, a contrapartida será correspondente a 50% do índice de aproveitamento do que o empreendedor acrescer em relação ao Regime Urbanístico Básico. Se houver parcelamento do solo, a contrapartida será de 30% a 50% do número de unidades que o empreendimento acrescer em relação ao Regime Urbanístico Básico, considerando os custos necessários para implantação de equipamentos urbanos e comunitários, além do comprometimento ambiental da propriedade. Para os casos de utilização apenas das atividades constantes no Regime Urbanístico Máximo, o cálculo das contrapartidas será de 50% do índice de aproveitamento a ser utilizado. E para os demais casos de alteração de Regime Urbanístico, as contrapartidas serão analisadas conforme o impacto do empreendimento. Ficam dispensados de contrapartidas terrenos de até 1.000 metros quadrados que utilizarem apenas o Grupamento de Atividades do Regime Urbanístico Máximo.

No caso de loteamento de caráter social, implementado por intermédio de Área Especial de Interesse Social III (AEIS III), as contrapartidas serão reduzidas em até 50% do valor resultante, recebidas preferencialmente em forma de lotes urbanizados, para atender a Demanda Habitacional Prioritária, definida no Plano Diretor. Os recursos oriundos das contrapartidas financeiras dos imóveis beneficiados pela utilização do Regime Urbanístico Máximo serão destinados à aplicação exclusiva na área da Operação.

Procedimento

O empreendedor interessado na Operação Urbana Consorciada Lomba do Pinheiro deverá protocolar solicitação de diretrizes, através de Estudos de Viabilidade Urbanística em Expediente Único. Para análise da proposta de empreendimento ou atividade vinculada à Operação, será exigido, conforme o caso, Estudo de Impacto de Vizinhança (EIV), o Relatório de Impacto Ambiental (RIA) ou Estudo de Impacto Ambiental (EIA). Após a aprovação, a proposta será encaminhada à Procuradoria Geral do Município para elaboração do Termo de Compromisso garantindo a execução das contrapartidas.

A nova lei também institui o Comitê de Desenvolvimento da Operação Urbana Consorciada Lomba do Pinheiro que, entre outras atribuições, fará o controle de toda a Operação e poderá propor a revisão da Lei no prazo de cinco anos a partir da data de sua vigência. O Comitê será composto por um terço de representantes do Município; um terço de representantes da comunidade local; e um terço de representantes da sociedade civil organizada.

As áreas indicadas como AEIS III somente poderão ser desgravadas a partir da indicação de outra área com a mesma capacidade de adensamento. Ficam revogados a divisão territorial e o zoneamento de uso previstos na Lei Complementar nº 434/99 referentes a áreas da Macrozona 6 (6002, 6004, 6006, 6008, 6010, 6012, 6014, 6016, 6018, 6020, 6022, 6024, 8034 e parcialmente as UEU 4012, 7006, 8014, 8022, 8032)."

Fonte:

(http://www2.camarapoa.rs.gov.br/default.php?reg=9369&p_secao=56&di=2009-06-17)

2.2) A LC 630/09 como integrante do sistema do PDDUA, LC 434/99

O Território do Município de Porto Alegre foi dividido inicialmente, pelo Plano Diretor, LC 434/99, em 9 Macrozonas, descritas no art. 29, sendo que a Macrozona 6 consistia-se no Eixo Lomba–Restinga, que se estruturava ao longo das Estradas João de Oliveira Remião e João Antônio da Silveira, com potencial para ocupação residencial miscigenada, em especial para projetos de habitação de caráter social, apresentando áreas com potencial de ocupação intensiva, situadas na Área de Ocupação Rarefeita.

A LC 630/09, que instituiu a Operação Urbana Consorciada da Lomba do Pinheiro, delimitou a área da Operação no perímetro descrito no seu art. 2º. Para melhor compreensão, a área atingida pode ser visualizada nos anexos I e III (12091919 e 12091920), juntados a este SEI.

A Lei da Lomba alterou dispositivos do Plano Diretor, modificando os limites, o zoneamento de uso e o regime urbanístico estabelecido para diversas Unidades de Estruturação Urbana (UEUs) das Macrozonas 4,6, 7 e 8. criando as Macrounidades 10.001, 10.002, 10.003 e 10.004 e suas respectivas Subunidades, com numeração alfanumérica sequencial, e definindo o seu regime urbanístico.

Por estar em harmonia com os princípios do Plano Diretor e por se integrar às suas normas, atendendo aos mandamentos constitucionais e aos comandos do Estatuto da Cidade, pode-se dizer que a LC 630/2009 passou a integrar o Plano Diretor Urbano Ambiental do Município de Porto Alegre (noção de sistema).

Assim sendo, como se verá adiante, não basta que uma lei com mesma hierarquia se sobreponha cronologicamente para que a aplicação dos seus dispositivos (e consequentemente dos dispositivos do PDDUA) seja afastada.

É necessário que a lei superveniente também se entranhe e se harmonize com as normas e com os princípios insculpidos no PDDUA, que é o instrumento básico da Política de Desenvolvimento e Expansão Urbana, assim definido pela art. 182, par. 1º da Constituição Federal, e também com a legislação infraconstitucional, notadamente o Estatuto da Cidade.

De modo que, desde já, alerto que o argumento de que a "lei posterior revoga a anterior" não resolve o problema posto, ainda que a lei superveniente seja de mesma hierarquia (no caso, uma Lei Complementar).

Esse entendimento foi apresentado pela PGM em várias manifestações nas reuniões da CAADHAP, quando por força do art. 20 da LC 636/10 (lei municipal do programa Minha Casa Minha Vida), por exemplo, pretendia-se instituir AEIS III sobre área que o PDDUA define como de ocupação rarefeita e até mesmo quando se falava em instituir AEIS em áreas que incidiam sobre o perímetro delimitado pela LC 630/09 (Lei da Operação Urbana da Lomba do Pinheiro).

A orientação sempre foi no sentido de que a instituição de AEIS em gleba incidente dentro do perímetro da Operação Urbana (instituída pela LC 630/09) deveria se submeter aos comandos e princípios daquela norma. Em outras palavras, a identificação da Gleba como AEIS, por força do que dispõe o art. 20 da LC 636/10, independentemente da forma pela qual foi instituída (por lei ou por decreto, ou até mesmo por LC - vide item 1) não tem o condão de afastar a aplicação da Lei Complementar 630/09 (Lei da Operação Urbana da Lomba do Pinheiro), que dá tratamento específico àquela área, firmada no PDDUA, no Estatuto da Cidade e na Constituição Federal. Deveria ser instituída à luz das diretrizes daquela lei.

A LC 630/09, que é uma norma calcada no planejamento municipal, integra o sistema do Plano Diretor, como se viu, e não pode ser modificada casuisticamente.

Cumprir verificar se a Lei Complementar 799/16, norma de mesma hierarquia e superveniente (Lei Complementar) tem conteúdo compatível com a da Lei Complementar 630/09 da Lomba (e, por conseguinte, com o PDDUA) e se as duas normas podem coexistir.

3) O Programa Minha Casa Minha Vida

Paralelamente, no mesmo ano da "Lei da Lomba", o Governo Federal criava o Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV) pela Lei Federal 11.977/2009, com alterações posteriores.

O PMCMV tem por finalidade adotar mecanismos de incentivo à produção e aquisição de novas unidades habitacionais ou requalificação de imóveis urbanos e produção ou reforma de habitações rurais, para famílias com rendamensal de até R\$ 4.650,00 (quatro mil, seiscentos e cinquenta reais), e a Lei Federal atribuiu aos entes federados algumas responsabilidades.

Em Porto Alegre, o PMCMV foi instituído pela LC 636/2010 (12091896) "com o objetivo de viabilizar a construção de um amplo número de habitações populares inseridas no programa do Governo Federal", consistindo "em uma comunhão de esforços públicos e privados, representados pela atuação do Departamento Municipal de Habitação (DEMHAB) e de empreendedores, para a viabilização de habitações populares no Município de Porto Alegre", por meio do qual se pretendia atender à Demanda Habitacional Prioritária (DHP) municipal. (vide art. 1º)

Nesse contexto foi criada a CAADHAP - Comissão de Análise e Aprovação de Empreendimentos destinados à Demanda Habitacional Prioritária.

Consta no art. 20 da LC 636/10 que "os empreendimentos enquadrados no Programa Minha Casa, Minha Vida - Porto Alegre com incentivo urbanístico, nos termos desta Lei Complementar, serão identificados como Áreas Especiais de Interesse Social (AEIS)."

Portanto, para se instalarem, os empreendimentos deverão estar em área gravada como de Interesse Social, por força legal, tendo como premissa lógica que o sistema de planejamento municipal identificaria as áreas adequadas e dotadas de uma infraestrutura apta para receber esses empreendimentos.

O Programa Minha Casa Minha Vida também atende aos mandamentos constitucionais (art. 6º, 23, IX, 182 e 183) e ao Estatuto da Cidade.

3.1) A Lei Complementar 799/16

A Lei Complementar 799/16 surge na esteira da LC 636/10 que, por sua vez, tem lastro na Lei Federal que instituiu o Programa Minha Casa Minha Vida.

Sem entrar no exame das qualidades ou eficácias desse programa, tem-se que ele veio em atenção a pelo menos uma das diretrizes do Estatuto da Cidade, qual seja, a necessidade de simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas edilícias, com vistas a permitir a redução dos custos e o aumento da oferta dos lotes

e unidades habitacionais, sem contar que o objetivo principal é atender ao direito fundamental à moradia e demais dispositivos constitucionais.

Consta na LC 636/10 que o programa consiste "em uma comunhão de esforços públicos e privados" para a viabilização de habitações populares no Município de Porto Alegre e que o programa é a forma pela qual o Município atenderá à Demanda Habitacional Prioritária, devendo o Município participar mediante a destinação de áreas públicas e incentivos urbanísticos e fiscais e os empreendedores mediante a construção de habitações populares. Há uma série de "facilitadores" na lei, de modo que o objetivo precípua da LC 636/10 é incentivar a produção de habitação.

Evidentemente que isso não se pode dar a qualquer custo, de modo que o difícil trabalho das Comissões (no caso, a CAADHAP) é de fazer cumprir a lei, sem agredir os princípios e as diretrizes do Plano Diretor, do Estatuto da Cidade e da Constituição. Nessa senda é que sempre foi exarada a orientação de que a instituição de AEIS durante um processo de licenciamento (determinada pelo art. 20 da LC 636/10) deveria observar os comandos da LC 630/09, quando a gleba onde se pretende construir incidisse sobre o seu território, ainda mais por que essa lei integra Plano Diretor.

No entanto, a LC 799/16 não apenas institui AEIS.

Ela altera limites de Subunidades e de Unidades de Estruturação Urbana de diversas Macrozonas do Plano Diretor, invadindo o desenho que se obtinha pelo art. 2º da LC 630/09, inclusive em áreas que eram zoneadas para proteção ambiental. Além disso, a LC 799/16 institui regimes urbanísticos para as novas unidades e subunidades. E mais, a sua alteração não se restringe ao uso e outros indicadores, ela modifica índices de aproveitamento e densificação.

Ou seja, a LC 799/16, por prever AEIS na Macrozona 10, traz um tratamento diferenciado em parte da área atingida pela LC 630/09, dando ares de que ela teria trazido modificação ao próprio Plano Diretor e, conseqüentemente, incompatibilizando-se com a LC 630/09.

3.2) Notas sobre a validade e constitucionalidade da LC 799/16

Já vimos que a LC 630/09 está perfeitamente inserida no contexto constitucional e harmonizada com a legislação federal, fazendo parte do sistema do PDDUA de Porto Alegre.

Resta verificar, em linhas muito gerais, se há algum vício formal ou material que macule a LC 799/16, examinando-a também do ponto de vista da constitucionalidade.

3.2.1) Inexistência de vícios formais

A Constituição de 1988 reconhece municípios como entes federativos (arts. 1º e 18) que possuem poderes-deveres para dar consecução prática ao que ela estabelece. As competências municipais expressas são aquelas previstas no art. 30, conforme art. 182 da CF, a saber:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º - O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

O Plano Diretor é lei em sentido formal, pois deve ser aprovado pela Câmara de Vereadores e, como tal, está sujeita ao controle de constitucionalidade. Em se tratando de lei municipal, está submetida às peculiaridades decorrentes da forma de controle de constitucionalidade de lei municipal, especialmente o controle concentrado que é feito pelo Tribunal de Justiça do Estado. A inconstitucionalidade deve ser alegada confrontando com as Constituições Estaduais respectivas. No âmbito do controle difuso de constitucionalidade, aplica-se a sistemática das demais leis, podendo o julgador declarar a respectiva inconstitucionalidade no caso concreto.

Existe um conteúdo mínimo para os planos diretores observarem, conforme art. 42 do Estatuto da Cidade.

Por outro lado, o STF já aprovou tese de repercussão geral no sentido de que "Os municípios com mais de vinte mil habitantes e o Distrito Federal podem legislar sobre programas e projetos específicos de ordenamento do espaço urbano **por meio de leis que sejam compatíveis com as diretrizes fixadas no plano diretor**". Portanto, as mesmas exigências constitucionais e infraconstitucionais que existe para elaboração de Planos Diretores devem ser observadas nas leis que devem ser a ele compatibilizadas.

Vanesca Prestes* pinça normas da Constituição Federal e Estadual, destacando que uma das exigências que deve ser observada é a participação popular, como se verifica no art. 29. XII da CF e 177, par. 5º. da CE, que determina que os Municípios assegurem a participação das entidades comunitárias na definição do Plano Diretor, bem como na elaboração e implementação dos planos, projetos e programas que lhes sejam concernentes:

"Assim, considerando o preceito estabelecido no artigo 29, inciso XII, da Constituição Federal, que assegura a participação popular, mediante a cooperação das associações representativas, no planejamento municipal para a instituição de diretrizes urbanas,

*tal participação se transforma em requisito para verificar a constitucionalidade da lei que fixa diretrizes gerais no Município. Nessa linha, a aprovação de diretrizes urbanas sem o prévio envolvimento da comunidade em sua discussão **implica vício formal de inconstitucionalidade**, pois viola direito assegurado às entidades comunitárias de participação na sua discussão."*

Qualquer Lei Municipal que venha a alterar o PDDUA, deve observar os mesmos requisitos. Neste sentido são inúmeras as decisões jurisprudenciais.

A Lei 799/16 foi editada após o insucesso de lei anterior (LC 663/10), que tinha objetivo semelhante.

Conforme explicou o Sr. Prefeito na Exposição de Motivos (12131886) do projeto que culminou na LC 799/16, a Lei Complementar Municipal 663/10 – que instituíra 48 anexos delimitando AEIS I e III no município de Porto Alegre, fora declarada inconstitucional pela ausência de participação da comunidade durante o processo legislativo (PROCESSO Nº70059330061, Tribunal Pleno do TJRS).

O Chefe do Executivo também informou que o projeto definira a permanência de 37 das 53 áreas do Projeto de Lei original, a partir do trabalho de um grupo multidisciplinar com representantes da EGRLE/SMGES, SMURB, PGM, SMAM, SMGL e DEMHAB, de acordo com os seguintes critérios:

I – áreas que não estivessem em conflito (tipo de ocupação/infraestrutura/impacto ambiental) com a Zona Rural (LC nº 775, de 23 de outubro de 2015);

II – áreas não comprometidas pela incidência de Restrições Ambientais;

III – áreas que deram continuidade nos trâmites e que possuem projetos aprovados.

Ressalte-se que o projeto de lei foi de iniciativa do Poder Executivo, "como instrumento legal de ordem urbanística" e "com o objetivo de identificar e instituir Áreas Especiais de Interesse Social – AEIS – sobre áreas já vinculadas ao Programa Minha Casa Minha Vida, bem como apresentar áreas com potencial para receber projetos habitacionais voltados à Demanda Habitacional Prioritária, preservadas da análise da Lei Complementar 663, de 2010", que havia sido declarada inconstitucional.

Disse o Prefeito que a intenção era "propiciar um incremento na produção de unidades habitacionais populares em locais adequados no território municipal e, desta forma, reduzir o déficit habitacional deste segmento no município de Porto Alegre."

Além disso, o Prefeito disse, na oportunidade, que a proposição em tela foi devidamente debatida com a comunidade de Porto Alegre, por meio de Audiência Pública realizada na Câmara Municipal de Vereadores, no dia 23 de março de 2016, tendo sido dado conhecimento também ao Conselho Municipal de Desenvolvimento Urbano Ambiental – CMDUA.

Dessa maneira, não há indicativos de que tenha havido vício formal na LC 799/16, atualmente em vigor.

3.2.2) Incidência de AEIS sobre áreas ambientalmente protegidas

Por outro lado, se observarmos o que diz a Lei Orgânica no seu art. 212, I, e a noção de sistema do Plano Diretor, recomenda-se que a Secretaria Municipal de Meio Ambiente e Sustentabilidade fique atenta a um aspecto da LC 799/16, tanto no âmbito do licenciamento quando no âmbito do setor de planejamento, a saber:

A Lei 630/09 (Lei da Operação Urbana), que é uma lei de planejamento urbano, tinha identificado áreas com atributos ambientais e previsto Áreas Especiais de Interesse Ambiental, como se verifica no Anexo V (12134734).

Tomando-se o caso concreto como ilustração do que se pretende alertar, constata-se que AEIS III, instituída pelo art. 28, conforme Anexo XXVIII da LC 799/16 (12091903) incide em parte sobre área que pela LC 630/09 (Lei da Lomba), fora prevista, no Zoneamento, como Áreas de Proteção ao Ambiente Natural (APAN) e Parque Natural (PANAT). Tanto um quanto outro são zonas de uso previstas no art. 32, VI e VIII do PDDUA e consistem em *zonas previstas para atividades que, conciliando a proteção da flora, da fauna e dos demais elementos naturais, objetivem a perpetuação e a sustentabilidade do patrimônio natural (APAN) e área em que se pretendem resguardar atributos excepcionais da natureza, conciliando a proteção integral da flora, da fauna e das belezas naturais, com a utilização para objetivos educacionais, de lazer e recreação (PANAT).*

A LC 799/16 modificou o PDDUA e instituiu AEIS III sobre parte de área com atributos ambientais, podendo conter, sob esse aspecto específico, violação de princípios constitucionais, se ficar caracterizado retrocesso ambiental, o que deve ser avaliado tecnicamente. Nesse sentido, a jurisprudência é firme:

TJRS - ADIN 70069265213 **Relator:** Ivan Leomar Bruxel **Órgão Julgador:** Tribunal Pleno **Comarca de Origem:** PORTO ALEGRE

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MUNICÍPIO DE MARAU. LEI MUNICIPAL N. 4.749/2011 QUE EXTIRPOU ÁREAS DE PROTEÇÃO AMBIENTAL DEFINIDAS NO PLANO DIRETOR. PROIBIÇÃO DO RETROCESSO. AUSÊNCIA DE CONSULTA POPULAR. OFENSA A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. Lei Municipal 4.749/2011, que *modificou o Plano Diretor (Lei 2.967/2000)*, excluindo as áreas de proteção ambiental do Município de Marau. A proteção ao macrobem ambiental alçou magnitude constitucional em 1988, sendo norma de repetição obrigatória pelos Estados-membros no exercício do Poder Constituinte Decorrente. O acesso ao meio ambiente sadio e ao crescimento sustentável, para essa e para as futuras gerações, é direito fundamental, de maneira que sobre ele incide o princípio da proibição do retrocesso ambiental. No caso, em que pese a justificativa lançada para extirpar os dispositivos legais, não foram juntados à proposição legislativa quaisquer estudos técnicos para efeito de demonstrar que as zonas não se enquadravam dentro dos parâmetros definidos pela Lei n. 9.985/2000. Ademais, o art. 177, § 5º, da Constituição do Rio

Grande do Sul assegura a *participação* da comunidade na elaboração do *Plano Diretor* do Município. Logo, além do vício material, resta demonstrado também vício formal durante a tramitação da iniciativa, pois ausentes quaisquer indicativos de que houve prévia consulta popular para alteração do *Plano Diretor*, embora latente a gravidade da involução ambiental de que se tratava. E a involução é manifesta, pois a lei que suprimiu as áreas de proteção ambiental culminou na imediata pulverização das zonas descritas no *Plano Diretor*. Da mesma forma, sequer foi discutida a substituição dos perímetros de proteção por outros. Caso mantida a vigência da Lei impugnada, dificilmente os danos ao meio ambiente da região poderão ser revertidos em um futuro próximo, sendo imprescindível, assim, o restabelecimento da proteção inicialmente concedida. Portanto, não há outro caminho senão a procedência da presente ação, para declarar inconstitucional a presente Lei Municipal, por ofensa aos arts. 177, § 5º, 221, V, “e”, 250, caput, e 251, caput e § 1º, II e VII, da Constituição Estadual. AÇÃO DIREITA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE. UNÂNIME. (Ação Direta de Inconstitucionalidade, Nº 70069265213, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ivan Leomar Bruxel, Julgado em: 08-10-2018)

É importante não confundir o conceito de APAN e PANAT (que são categorias de Zona de Uso, previstas no PDDUA) com outros, como o de APP, que são Áreas de Preservação Permanentes instituídas pelo Código Florestal e outros dispositivos legais ou como Unidades de Conservação, disciplinadas pela Lei do SNUC (Lei Federal nº 9.985/2000).

As Zonas de Uso classificadas como Áreas Especiais, por suas características, não se enquadram nas regras determinadas para um zoneamento geral, e por destinação específica exigem normas próprias de uso e ocupação do solo, mas não há proibição de sua ocupação, como ocorre, por exemplo, nas APPs do Código Florestal.

No caso concreto, a partir de uma avaliação do órgão ambiental, caso fique caracterizado que os comandos da LC 799/16 possam vir a representar ameaça aos bens ambientais ali existentes, podem ser tomadas medidas como a ab-rogação ou derrogação legislativa (com remessa de projeto de lei para a Câmara) ou, em último caso, o ajuizamento de ação.

No entanto, no momento estamos diante de uma lei válida, que atende a diversos comandos constitucionais, em harmonia com lei federal (PMCMV), que passou pelo processo legislativo, com participação popular e que, por esses motivos, não pode deixar de ser aplicada.

4) Antinomia

4.1) Identificação de antinomia parcial

É pressuposto da atividade interpretativa do operador do direito que o ordenamento jurídico constitua um sistema. Por uma interpretação sistemática o operador

do direito tira seus argumentos do pressuposto de que as normas do ordenamento ou de uma parte do ordenamento constituam uma totalidade ordenada e, portanto, *"seja lícito esclarecer uma norma obscura ou diretamente integrar uma norma deficiente recorrendo ao chamado 'espírito do sistema', mesmo indo contra aquilo que resultaria de uma interpretação meramente literal"*. (Norberto Bobbio)

Examinando um dos significados do que consista um sistema jurídico, o jurista italiano diz que *"um ordenamento jurídico constitui um sistema porque não podem coexistir nele normas incompatíveis. Nessa concepção, a expressão "sistema" equivale à validade do princípio que exclui a incompatibilidade das normas"... "Se num ordenamento vêm a existir normas incompatíveis, uma das duas ou ambas devem ser eliminadas"*.

"A situação de normas incompatíveis entre si é uma dificuldade tradicional frente à qual se encontram os juristas de todos os tempos e teve uma denominação própria características: antinomia"... "A tese de que o direito constitua um sistema, no sentido de não podem existir normas incompatíveis, pode-se exprimir dizendo-se que o direito não tolera antinomias".

Ainda utilizando a doutrina de Bobbio, o 1º passo a ser dado é saber se existe uma antinomia e, o 2º passo, é achar a solução.

Para que ocorra antinomia são necessárias duas condições que, embora óbvias, devem ser explicitadas: as duas normas devem pertencer ao mesmo ordenamento e as duas devem ter o mesmo âmbito de validade.

Deve-se verificar se elas coincidem também com respeito à validade temporal, espacial, pessoal e material, pois não constituem antinomia duas normas que não coincidem com respeito a esses critérios.

No problema que se apresentou, tem-se que as LC 799/16 e LC 630/09, que pertencem ao mesmo ordenamento, apresentam uma aparente incompatibilidade nos critérios **espacial e material** em alguns artigos da LC 799/16, como é o caso do art. 28,

Validade espacial: A LC 799/16 instituiu AEIS III sobre área onde pela LC 630/09 havia outro tratamento.

Então aqui se detecta uma incompatibilidade entre as duas Leis Complementares.

Validade material: As duas normas instituem regimes urbanísticos para um mesmo território, detectando-se uma incompatibilidade, pois são regimes diversos.

Essas incompatibilidades no âmbito da validade espacial e material podem ser cotejadas pela área de urbanismo por meio da planilha que a nosso pedido foi elaborada pelo Escritório de Licenciamento, e que compara os comandos da LC 799/16 com aqueles da LC 630/09, permitindo que se visualizem as diferenças (12140177).

A antinomia, no caso, é parcial, pois cada uma das normas tem um campo de aplicação em conflito com a outra, mas há campos de aplicação no qual o conflito não existe.

A Operação Urbana Consorciada prevista na LC 630/09, subsiste mesmo com a incompatibilidade constatada do art. 28 c/c 34 da LC 799/16, assim como o restante do zoneamento e comandos para as demais áreas da Macrozona 10, por isso a antinomia é apenas parcial.

4.2) Solução para a antinomia

Há algumas regras para a solução das antinomias, mas que não servem para resolver todos os casos, pois nem todas as antinomias têm solução, já que há casos em que não se pode aplicar nenhuma das regras pensadas para a solução e, por outro lado, há casos em que se podem aplicar ao mesmo tempo duas regras de conflito entre si.

No nosso entendimento, nos deparamos no caso concreto em uma antinomia parcial, com a possibilidade de aplicação de mais de um critério de solução.

O critério apontado pela PMS 06 é um deles. Trata-se do critério cronológico, que é aquele com base no qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a norma posterior.

Mas há outros dois critérios, que Bobbio entende como critérios "fortes", em contraposição ao "fraco" (cronológico).

- O critério hierárquico, ou *lex superior e*

- O critério da especialidade, *lex specialis*, "é aquele pelo qual duas normas incompatíveis, uma geral e uma especial (ou excepcional), prevalece a segunda". Lei especial é aquela que anula uma lei mais geral, ou que subtrai uma norma uma parte da sua matéria para submetê-la a uma regulamentação diferente (contrária ou contraditória). A passagem de uma regra mais extensa (que abrange um certo genus) para uma regra derogatória menos extensa (que abrange uma species ou genus), corresponde a uma exigência fundamental de justiça, compreendida como um tratamento igual das pessoas que pertencem à mesma categoria. A passagem da regra geral à regra especial corresponde a um processo natural de diferenciação das categorias e a uma descoberta gradual, por parte do legislador, dessa diferenciação. Verificada ou descoberta a diferenciação, a persistência na regra geral importaria no tratamento igual de pessoas que pertencem a categorias diferentes e, portanto, numa injustiça.

A situação antinômica, criada pelo relacionamento entre uma lei geral e uma lei especial, é aquela que corresponde ao tipo de antinomia total-parcial. Isso significa que quando se aplica o critério da especialidade não acontece a eliminação total de uma das duas normas incompatíveis, mas somente daquela parte da lei geral que é incompatível com a lei especial. Por efeito da lei especial, a lei geral cai parcialmente.

Quando se aplica o critério cronológico ou hierárquico, tem-se geralmente a eliminação total de uma das duas normas.

Porém, nem sempre esses critérios são suficientes. Existiriam alguns outros critérios, mas Bobbio defende um "*poder discricionário*" do intérprete, "*ao qual cabe resolver o conflito segundo a oportunidade, valendo-se de todas as técnicas hermenêuticas usadas pelos juristas por uma longa e consolidada tradição e não se limitando a aplicar uma só regra*".

De uma maneira geral, no caso de conflito entre duas normas, para o qual não valham os critérios anteriores, há três possibilidades:

- 1) eliminar uma (interpretação ab-rogante, embora o jurista que não seja legislador não tenha o poder de expeli-la do sistema);
- 2) eliminar as duas (na hipótese de contrariedade, não de contradição);
- 3) conservar as duas (mais corriqueira).

Mas como é possível conservar duas normas incompatíveis, se por definição duas normas incompatíveis não podem coexistir?

É possível sob uma condição: demonstrar que não são incompatíveis, que a incompatibilidade é puramente aparente, que a pressuposta incompatibilidade deriva de uma interpretação ruim, unilateral, completa, errada de uma das duas normas ou de ambas. Aquilo a que tende o intérprete comumente não é mais a eliminação das normas incompatíveis, mas, preferentemente, à eliminação da incompatibilidade. Às vezes, para chegar ao objetivo, induz alguma leve ou parcial modificação no texto; e nesse caso tem-se aquela forma de interpretação chamada *corretiva*, pela qual se pretende conciliar duas normas aparentemente incompatíveis para conservá-las ambas no sistema.

Messineo, citado por Bobbio, diz que "*é estrito dever do intérprete, antes de chegar a qualquer interpretação ab-rogante (pela qual num primeiro momento optaríamos) tentar qualquer saída para que a norma jurídica tenha um sentido. Há um direito à existência que não pode ser negado à norma, desde que ela veio à luz.*"

"*Num ordenamento jurídico não devem existir antinomias*" - regra de coerência, segundo Bobbio. Há um dever de coerência.

Duas normas incompatíveis do mesmo nível e contemporâneas são ambas válidas. Não podem ser, ao mesmo tempo, ambas eficazes, no sentido de que a aplicação de uma ao caso concreto exclui a aplicação de outra; mas são ambas válidas, no sentido de que, apesar do seu conflito, ambas continuam a existir, e não há remédio para sua eliminação (além, é claro, da ab-rogação ou derrogação legislativa).

Nas palavras de Bobbio antes já citadas, "*a coerência não é condição de validade, mas é sempre condição para a justiça do ordenamento.*"... "*Onde existem duas normas antinômicas, ambas válidas, e portanto ambas aplicáveis, o ordenamento jurídico não consegue garantir nem a certeza, entendida como possibilidade, por parte do cidadão, de prever com*

exatidão as consequências jurídicas da própria conduta, nem a justiça, entendida como igual tratamento das pessoas que pertencem a uma mesma categoria."

Para que se mantenha a coerência do sistema, diante do que se viu de ambas as Leis, de mesma hierarquia, opta-se pelo caminho da coerência, e com base nele e nos critérios acima elencados, surge a orientação para o caso.

5) Orientação para solucionar o problema

5.1) Aplicação das LC 799/16 e LC 630/09 com base na coerência do sistema

Como dito, a LC 799/2016 não instituiu apenas uma área de AEIS III, que é aquela que afeta o empreendimento em questão, mas sim, promove cinco (05) intervenções (criação / alteração de limites de subunidades) no território da Macrozona 10 (onde existe a Operação Urbana Consorciada da LC 630/09), para fins do estabelecimento de Áreas Especiais de Interesse Social - AEIS III, para produção habitacional, em atendimento à Demanda Habitacional Prioritária;

As intervenções estão expressas nos seguintes artigos / anexos:

Art.27 / Anexo XXVII e Art. 47 (Regime Urbanístico);

Art.28 / Anexo XXVIII e Art. 34 (Regime Urbanístico) (Gleba do caso concreto);

Art.29 / Anexo XXIX e Art. 52 (Regime Urbanístico);

Art.30 / Anexo XXX e Art. 47 (Regime Urbanístico);

Art.31 / Anexo XXXI e Art. 47 (Regime Urbanístico);

Quatro (04) desses gravames têm sua definição para Regime Urbanístico remetida à elaboração de Decreto futuro, em observância à LC 630/2009 no que diz respeito às Áreas Especiais de Interesse Social - AEIS III (Anexos III, IV e V);

Eis o que diz o art. 47 da LC 799/2016:

Art. 47 Nos arts. 27, 30 e 31 desta Lei Complementar, o regime urbanístico deverá ser definido por decreto, com a observância da Lei Complementar nº 630, de 1º de outubro de 2009, alterada pela Lei complementar nº 794, de 2 de maio de 2016.

Portanto, no caso das AEIS instituídas nos arts. 27, 30 e 31, aparentemente não há antinomia por que, na verdade, houve uma modificação do PDDUA, no que tange aos limites/criação de Subunidades, com compatibilização com a Lei da Operação Urbana Consorciada da Lomba do Pinheiro.

O mesmo ocorre com relação à AEIS instituída no art. 29, pois houve compatibilização com a LC 630/09, pelo art. 52:

"Art. 52. No art. 29 desta Lei Complementar, devem ser observados os seguintes regimes urbanísticos:

I - para a Subunidade 43, deverá ser definido por decreto, com a observância da Lei Complementar nº 630, de 2009, alterada pela Lei Complementar nº 794, de 2016.

II - para a Subunidade 13:a) para densidade, 140 hab/ha (cento e quarenta habitantes por hectare);b) para índice de aproveitamento, 1,3 (um vírgula três);c) para volumetria:1. taxa de ocupação de 75% (setenta e cinco por cento); e 2. altura de 15m (quinze metros);d) para recuo de jardim, 4m (quatro metros)..."

Não é o que acontece com a AEIS III instituída no art. 28, onde se insere o empreendimento do interessado.

5.2) Art. 28 da LC 799/16 - antinomia

O outro gravame (estabelecido pelo Art.28- que incide sobre a gleba no caso concreto) estabelece regime urbanístico específico (parcial), de características intensivas, distinto dos parâmetros rarefeitos propostos pelo Regime Urbanístico Básico - R.U.B. estabelecido pela LC 630/2009 (Anexos I, II e V);

Neste caso, há incompatibilidade de uma regra com a outra. No entanto, por coerência, considerando que a LC 799/16, nos demais casos de instituição de AEIS, primou por compatibilizar com a Lei 630/09, a interpretação que parece ser a mais adequada é que no caso houve intenção de modificar os limites da área de AEIS III que existia na LC 630/09 e também de modificar o Regime Urbanístico ali estabelecido.

Eis o que diz o art. 34 da LC 799/16:

"Art. 34. Nos arts. 23 e 28 desta Lei Complementar, deve ser observado o seguinte regime urbanístico:

I - para densidade, 280 hab/ha (duzentos e oitenta habitantes por hectare);

II - para índice de aproveitamento, 1,0 (um vírgula zero);

III - para volumetria:

a) taxa de ocupação de 75% (setenta e cinco por cento); e

b) altura máxima de 15m (quinze metros), com afastamento mínimo lateral e de fundos de 18% (dezoito por cento) da altura;

IV- para recuo de jardim, 4m (quatro metros)."

Portanto, a LC 799/16, que é válida, modifica a LC 630/09 parcialmente e determina que na área delimitada como de AEIS III pelo art. 28 e anexo XXVIII o Regime Urbanístico Básico estabelecido é aquele do art. 34.

Nada impede que o interessado queira aderir à Operação Urbana, hipótese em que poderia requerer o Regime Urbanístico Máximo e, neste caso, oferecer as contrapartidas previstas na LC 630/09.

Ao optar por permanecer no Regime Urbanístico estabelecido no art. 34 da LC 799/16, estará utilizando o novo Regime Urbanístico Básico previsto para a gleba, não havendo que se falar nas contrapartidas dos arts. 11 da LC 630/09.

Se, por um lado, a LC 630/09 é considerada uma lei especial com relação ao PDDUA, a LC 799/16, no caso da AEIS III instituída pelo art. 28, deve ser considerada uma norma especial com relação à LC 630/09, pois ela subtraiu da LC 630/09 uma parte da sua matéria para submetê-la a uma regulamentação diferente.

Neste caso do art. 28, aplica-se o princípio da especialidade da LC 799/16 com relação à LC 630/09, naquilo em que elas forem incompatíveis, ou seja, com relação à área (Anexo XXVIII) e ao Regime Urbanístico Básico (art. 34). Para os demais aspectos relativos a essa AEIS III, em que não houver norma específica ou incompatibilidade, deve ser aplicada a LC 630/09.

5.3) A Gleba do requerente

Utilizando-se as regras de interpretação referidas, entende-se que a área de AEIS III sobre a qual incide a gleba do requerente é aquela que foi delimitada pelo art. 28 da LC 799 e Anexo XVIII, e não mais aquela delimitada pela LC 630/09.

Portanto, como já dito, aplica-se o Regime Urbanístico estabelecido pelo art. 34 da LC 799/16, que deverá ser considerado como Regime Urbanístico Básico para a AEIS III do art. 28 e Anexo XVIII. Deve o empreendedor atender aos demais comandos da referida Lei, a exemplo da destinação prevista no art. 57, que não se confunde com as contrapartidas da Operação. Além disso, deve se submeter a limitações ou restrições ambientais que porventura sejam impostas no processo de licenciamento, com base no que foi exposto no item 4.2 deste parecer

Considerando que inexistente incompatibilidade com os demais dispositivos da LC 630/09, nada impede que o empreendedor queira aderir à Operação Urbana Consorciada da Lomba do Pinheiro. Se isso ocorrer, poderá optar pelo Regime Urbanístico Máximo e se submeter às regras, neste caso com as contrapartidas previstas na Lei 630/09.

5.4) Orientação para evitar futuras antinomias

Considerando a existência de um Comitê de Desenvolvimento da Operação Urbana Consorciada Lombado Pinheiro, sugere-se que a criação de novas AEIS na região integre uma de suas competências, não devendo ser instituída AEIS sem a compatibilização com a LC 630/09.

Da mesma forma, recomenda-se que o Sistema de Planejamento revise as AEIS III instituídas no Art.27 /Anexo XXVII e Art. 47 (Regime Urbanístico), Art.29 / Anexo XXIX e Art. 52 (Regime Urbanístico); Art.30 / Anexo XXX e Art. 47 (Regime Urbanístico) e Art.31 / Anexo XXXI e Art. 47 (Regime Urbanístico), para verificar eventuais outras incompatibilidades (vide Planilha Comparativa 12140177), fazendo eventuais retificações legislativas, se for o caso.

5.5) Cautela com relação aos atributos ambientais

A planilha comparativa (12140177) mostra as áreas de AEIS criadas/modificadas pela LC 799/16 em zonas que pela 630/09 eram Áreas Especiais de Proteção Ambiental. Sugere-se uma atuação da SMAMS tanto no licenciamento quanto no planejamento para tratar desta questão. Caso se apure retrocesso ambiental, é possível encaminhar a alteração legislativa (ab-rogação ou derrogação da LC 799/16).

Toda alteração legislativa aqui referida deve seguir as mesmas regras incidentes no sistema do Plano Diretor (vide itens 1 e 3.2), para evitar vícios formais ou materiais.

É o Parecer.

Eleonora Braz Serralta
Procuradora-Chefe da Procuradoria de Urbanismo e Meio Ambiente
OAB/RS 29.694

FONTES DE CONSULTA:

AFONSO DA SILVA, José. Direito Urbanístico Brasileiro. 6a. ed., São Paulo: Atlas, 2010

_____.Curso de Direito Constitucional Positivo. 14a. ed., São Paulo: Malheiros, 1997

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 10a. Ed. Brasília: Editora UNB, 1999 (reimpressão 2006). DELLA GIUSTINA, Vasco. Leis Municipais e seu controle constitucional pelo Tribunal de Justiça

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2001.

PRESTES, Vanesca Buzelato e VIZZOTTO, Andrea Teichmann. Direito Urbanístico. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. PRESTES, Vanesca Buzelato. Operação Urbana Consorciada no Estatuto : possibilidade de ser Instrumento de Projetosde Revitalização de Centro Urbanos. Artigo disponibilizado pela autora.

_____.Planos Diretores e Controle de Constitucionalidade: os vícios de procedimento. Artigo disponibilizado pela

<https://coerenciaeordenamento.wordpress.com/2009/11/01/a-coerencia-do-ordenamento-juridico-por-norberto-bobbio/> Artigos jurídicos no site JUS BRASIL, entre os quais:

<https://rodrigobezerraadv.jusbrasil.com.br/artigos/297827324/antinomia-o-conflito-aparente-de-normas-e-seus-criterios-de-resolucao> e

<https://jus.com.br/artigos/22752/as-antinomias-aparentes-no-direito#:~:text=As%20antinomias%20aparentes%20s%C3%A3o%20os,espa%C3%A7o%20de%20tempo%20e%20lugar.>

Site antigo da PMPA: <http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/spm/> e

http://www2.portoalegre.rs.gov.br/spm/default.php?p_secao=148

http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/observatorio/usu_doc/compacto_do_plano_de_investimentos_e_servicos_2018.pdf <http://www2.camarapoa.rs.gov.br>

<https://leismunicipais.com.br>

<https://www.planalto.gov.br>

INTERPRETAÇÃO DO ART. 15 E 16 DA LEI COMPLEMENTAR 881/20 E A OBRIGATORIEDADE DE ABERTURA DE SINDICÂNCIA PARA QUALQUER DESPESA SEM PRÉVIO EMPENHO

Jhonny Prado¹

PARECER SINGULAR N. 1215/2021
PROCESSO SEI: 20.0.000051649-0
INTERESSADO: CGM e SMHARF

EMENTA: Direito financeiro. Direito administrativo. Lei Complementar 881/20. Obrigatoriedade de prévio empenho antes da geração de despesa. Existência de casos excepcionais. Necessidade de abertura de sindicância. Impossibilidade de interpretação absoluta da regra. Necessidade de dolo ou erro grosseiro do servidor. Competência da autoridade administrativa para a verificação do caso concreto. Possibilidade de dispensa da abertura de sindicância, desde que fundamentada. Atenção ao disposto no estatuto do servidor público municipal (LC 133/85) no que aplicável.

1. O processo foi encaminhado a esta Assessoria para Assuntos Estratégicos e Institucionais visando à uniformização de entendimento quanto à interpretação do artigo 15 e 16 da Lei Complementar Municipal nº 881/2020.
2. O presente expediente iniciou-se por meio de consulta genérica sobre a correta interpretação que deveria ser dada à lei, que, à época, ainda estava a quase um ano de sua vigência.
3. Foi alertado por este procurador, àquela altura na PMS-09, que a redação legal parecia não abrir espaço para discricionariedade do gestor, não permitindo despesa sem empenho prévio, o que impediria a utilização do formulário SEI “solicitação autorização pagto sem prévio empenho”.
4. Contudo, os autos, até aquele momento composto apenas do despacho 10580868, tratavam-se apenas de uma consulta simples sobre a interpretação da futura redação legal, não tratando das consequências práticas advindas dessa interpretação. Não se pretendeu ali, e nem poderia ser diferente, diante da

¹ Procurador Municipal de Porto Alegre.

simplicidade do expediente, gerar a uniformização de entendimento em toda a Prefeitura quando da vigência da nova lei. Com efeito, não existia nos autos, até aquele momento, documentos e informações suficientes sobre a realidade fática dos procedimentos de realização de despesas no Poder Executivo Municipal de Porto Alegre. A nota técnica 92/2020 tratou apenas de dar uma resposta objetiva a uma pergunta simples e objetiva, sem qualquer lastro ou pretensão de uniformização. A matéria relativa à utilização dos formulários para autorização de despesa "sem prévio empenho" e os respectivos consectários da entrada em vigor da Lei Complementar n. 881/2020 foi objeto de ampla discussão nos expedientes 20.0.000051649-0, 19.0.000121224-1 e 20.0.000093615-5.

5. Após a manifestação inicial da PGM, a CGM, então, informou que, a partir da vigência da nova lei, a tendência seria a abertura de 1.950 processos de sindicâncias, em média. Diante dessa informação, foram realizadas novas manifestações pela PGM, bem como reuniões conjuntas entre PGM, CGM e SMF.

6. Em 23 de dezembro de 2020, em reunião realizada entre os órgãos supramencionados, restou definido que a solução se daria mediante decreto regulamentando os artigos 14 a 16 da LC 881/2020, no âmbito do Poder Executivo Municipal. O Decreto ainda não foi expedido.

7. Após muitas dúvidas e debates sobre a aplicação da nova lei, o processo foi encaminhado ao GPG-PGM, com consulta realizada pelo Secretário Municipal de Habitação e Regularização Fundiária, questionando sobre "a extensão dos efeitos da LC 881/2020, no que diz respeito ao impacto do cumprimento do artigo 16 da referida legislação quando da ocorrência de despesas sem prévio empenho."

8. Foi realizada, então, reunião com os agentes públicos envolvidos na controvérsia, em que ficou definido que a Procuradoria-Geral do Município emitiria posicionamento jurídico sobre a devida interpretação do dispositivo legal, levando em consideração a realidade fática posta, para que, com base nessa manifestação jurídica abstrata sobre o dispositivo legal, os gestores e ordenadores de despesas tomassem as devidas providências diante dos casos concretos postos à sua apreciação.

9. É, em síntese, o relatório. Passamos a opinar.

10. Preliminarmente, face ao disposto nos art. 131 e 132 da Constituição Federal, aplicáveis por analogia, registra-se que incumbe a esta Procuradoria-Geral do Município, baseando-se exclusivamente na situação fático-jurídica documentada na instrução dos autos, prestar consultoria de cunho estritamente jurídico-legal, sem adentrar na conveniência e oportunidade ou em aspectos eminentemente técnicos, administrativos, financeiros ou orçamentários dos atos administrativos da competência de outros órgãos ou servidores da Administração, exceto quando derivados de estrita interpretação de norma jurídica que seja capaz de ensejar dúvida jurídica relevante, com o objetivo de propiciar a melhor tomada de decisão no caso em concreto. A mera aplicação da legislação ao caso concreto é corolário do princípio da legalidade e tarefa de todo e qualquer agente municipal.

DA PRIMEIRA FASE DA DESPESA PÚBLICA – A OBRIGAÇÃO LEGAL DO EMPENHO PRÉVIO

11. Antes de adentrar ao tema em debate, é necessário tecer alguns esclarecimentos sobre a atividade financeira do Estado, mais precisamente, sobre a despesa pública. Sem pretender trazer, aqui, um conceito preciso de despesa pública, podemos dizer que se trata da destinação de recursos financeiros estatais para satisfazer e atender necessidades coletivas, identificadas pelo Gestor responsável, cuja aplicação deverá ser devidamente autorizada pela lei orçamentária.

12. Como bem assevera Marcus Abraham:

“O viés jurídico da despesa pública encontra-se na obrigação de ela ser prevista no orçamento. A despesa pública não pode ser realizada livremente pelo administrador público. ao contrário, deve corresponder a previsão na lei orçamentária, devidamente aprovada pelo Poder Legislativo, seguindo, principalmente, as diretrizes constitucionais.”¹

13. Dessa ideia, é possível afirmar que para toda despesa deverá existir uma receita capaz de financiá-la, sob pena de se afetar o equilíbrio das contas públicas, pedra de toque de todo o direito financeiro, da Administração Pública gerencial e fiscalmente responsável. Na clássica lição de Ricardo Lobo Torres, receita e despesa são faces da mesma moeda, as duas vertentes do mesmo orçamento, implicando-se mutuamente e devendo se equilibrar.²

14. Toda a sistemática das contratações públicas sempre esteve diretamente vinculada à previsão e existência de recursos orçamentários capazes de financiá-las. Com efeito, a lei 8.666/93 preconizou, no artigo 7º, §2º, III, que as obras e serviços somente podem ser licitados quando houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras e serviços a serem executados naquele exercício financeiro. Da mesma maneira, no art. 14, trouxe a previsão de que as compras deverão indicar os recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilização dos agentes públicos que lhe deram causa.

15. Portanto, em um Estado Constitucional de Direito, o administrador da coisa pública não está livre para dar a destinação que lhe aprouver aos recursos públicos, devendo encontrar parâmetros da sua atuação na lei, no orçamento aprovado e respeitar o rito legal estabelecido para o gasto público. Referido rito legal é encontrado tanto na Constituição Federal de 1988, como em leis específicas de direito financeiro, como a lei federal 4.320/1964 e, no município de Porto Alegre, a lei complementar 881/20.

16. Vale ressaltar, também, que à despesa pública, ato administrativo que é, são aplicáveis todos os conceitos, limites, princípios e regras do Direito Administrativo, especialmente aqueles relacionados à legalidade, impessoalidade, economicidade e moralidade.

17. Pois bem.

18. A despesa pública possui um procedimento complexo que pode ser dividido em: **a) procedimento prévio**, consistente na fase de planejamento da despesa, compreendendo a fase de programação orçamentária, bem como aquela referente à verificação da necessidade/realização da licitação e contratação; e, **b) execução da despesa pública propriamente dito**, consubstanciada nos atos de empenho, liquidação e pagamento.

19. O empenho é a primeira fase e requisito impostergável para o pagamento de qualquer despesa pública, sob pena de inviabilizar o pagamento da execução orçamentária. Empenho, segundo o artigo 58 da lei 4.320/1964, é o ato emanado pela autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição. Na verdade, podemos dizer que se trata de uma reserva a ser feita no orçamento, relativa à quantia necessária que deverá ser paga, visto que a lei não autoriza a realização de despesa sem prévio empenho. Em outras palavras, cria a obrigação do pagamento no sentido de realizar a reserva dos recursos na dotação financeira inicial ou no saldo existente.

20. Em cada empenho, a regra é que se emita um documento denominado “nota de empenho”, que indicará o nome do credor, a representação e a importância da despesa, bem como a dedução desta despesa do montante geral da dotação própria. O pagamento ocorrerá após a liquidação da despesa, ou seja, depois de tornar líquida e certa a obrigação decorrente do contrato. No caso de uma execução de obra, por exemplo, o contrato decorrerá de um certame licitatório que, após a sua homologação e com a assinatura, deverá ser emitido o empenho, separando esses recursos na dotação inicial. Após a medição da parte executada e do objeto de pagamento, ou seja, depois de liquidada a obrigação contratual, é que se terá por satisfeita a condição para o pagamento e extinção da dívida.

21. Essa é a regra. Esse é o *iter legal* da atividade financeira do Estado.

22. Comentando o referido instituto, a doutrina ensina:

“O empenho é o instrumento de que se serve a Administração a fim de controlar a execução do orçamento. É através dele que o Legislativo se certifica de que os créditos concedidos ao Executivo estão sendo obedecidos.

O empenho constitui instrumento de programação, pois, ao utilizá-lo racionalmente, o Executivo tem sempre o panorama dos compromissos assumidos e das dotações ainda disponíveis.

O empenho é uma garantia para os fornecedores, prestadores de serviços e empreiteiros, contratantes em geral, como já foi dito.

O conceito de empenho pressupõe anterioridade. O empenho é ex-ante. Daí o receio de ter uma definição legal de empenho meramente formal. No entanto, a prática brasileira é a do empenho ex-post, isto é, depois de executada a despesa, apenas para satisfazer ao dispositivo legal, ao qual o Executivo não quer obedecer, por falta de capacidade de programação.

Pelo conceito da Lei 4.320, não há empenho a posteriori. (...)"(JUNIOR, J. Teixeira Machado. REIS, Heraldo da Costa. A Lei 4.320 Comentada, 36ª edição, 2019, pág. 119).

23. Como se pode verificar, a vedação à realização de despesa sem prévio empenho não é novidade trazida pela Lei Complementar Municipal, sendo vedada, há muito, por legislação nacional, a teor do que dispõe o artigo 60, *caput* da Lei nº 4.320/1964, *in verbis*:

Art. 60. É vedada a realização de despesa sem prévio empenho.

24. Nas lições de Kiyoshi Harada:

"pagamento sem prévio empenho significa pagamento de despesa não autorizada em lei. Afronta o princípio constitucional da legalidade da despesa. Se previsto na LOA, indispensável que se aponte a dotação respectiva. Por isso, o pagamento de despesas públicas sem prévio empenho implica infrações de natureza administrativa, política e penal. (...)

O pagamento sem prévio empenho, na verdade, pagamento por fora, implica ato de improbidade que causa prejuízo ao erário nos termos do art. 10, incisos IX e XI, da Lei nº 8.429/1992, adiante reproduzidos:

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

Não há dúvida de que, ao dispensar o empenho da verba como condição para o pagamento da despesa pública, a autoridade pública ordenadora dessa despesa incorreu nas condutas tipificadas nos dois incisos retromencionados, quer porque inobservou o disposto no art. 58 da Lei nº 4.320/1964, quer porque o pagamento sem indicação da correspondente dotação orçamentária implicou realização de despesa imprevista em lei. Se a despesa pública estiver autorizada na LOA, cabe à autoridade ordenadora da despesa proceder à dedução do valor empenhado e consignar o saldo dessa dotação."⁴

25. Foi nessa esteira que caminhou a redação da LC 881/2020, que dispõe sobre as normas de finanças públicas no âmbito do Município de Porto Alegre, nos artigos 15 e 16. Vejamos:

Art. 15. É vedado ao gestor gerar despesa ou assumir obrigação não autorizada, irregular, sem previsão na LOA, sem prévio empenho ou sem suficiência financeira.

Parágrafo único. Incluem-se na regra prevista no caput deste artigo os repasses aos órgãos da Administração Pública Indireta, compreendendo o disposto no inc. II do § 2º do art. 2º desta Lei Complementar, sujeitos às implicações legais.

Art. 16. As despesas geradas sem prévio empenho ensejarão abertura de processo de sindicância para apuração de responsabilidade.

26. Em que pese o conteúdo extremo e rígido adotado pelo legislador municipal, avançando um pouco de forma indevida ao disposto nas normas gerais de direito financeiro, conforme se demonstrará a seguir, a intenção, em sua maior parte, parece ir na linha do que vem se debatendo e se exigindo para o momento atual de responsabilidade fiscal e planejamento no âmbito da administração pública. O governo federal, já de algum tempo, vem estabelecendo normas e instruções normativas para disciplinar o planejamento das suas contratações. A nova lei de licitações, por exemplo, elevou o planejamento a um dos principais princípios da contratação pública, dedicando um capítulo inteiro na lei para essa importante fase preparatória.

27. O empenho é corolário lógico dessa ideia de planejamento e responsabilidade. Conforme já afirmado anteriormente, empenho é o ato que reserva um determinado montante de uma dotação orçamentária para fazer frente a uma despesa específica. Por isso, em toda e qualquer situação deverá existir o empenho prévio para a realização de uma despesa. Nas precisas palavras de Valdecir Pascoal:

“O documento que concretiza o empenho é a chamada nota de empenho. O empenho sempre será prévio. Porém, em alguns casos, previstos em lei, poderá ser dispensada a emissão de nota de empenho, porém jamais o empenho. Nesse caso, o empenho (reserva da dotação) poderá ser efetuado por qualquer outro meio eficaz, como, por exemplo, num “livro de controle de dotações”. (Valdecir, PASCHOAL. Direito Financeiro e Controle Externo. Grupo GEN, 2019.)

28. O Tribunal de contas da União, bem como os demais Tribunais de Contas Estaduais não se afastam dessa orientação, podendo-se citar, como exemplo, a súmula 12 do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, que assim dispõe:

As despesas públicas realizadas sem a observância do requisito legal do empenho prévio são irregulares e de responsabilidade pessoal do ordenador.

29. Com efeito, em alguns casos, a legislação permite que outros documentos, que não um termo de contrato, sejam utilizados, de modo concomitante, para promover a formalização da contratação. É o que ocorre, por exemplo, com a nota de empenho. Casos outros, é possível que previsão legal dispense também a emissão de nota de empenho antes da realização da despesa, nos termos do art. 60, §1º, da lei 4320/1960. Mesmo nesses casos, isso não quer dizer que o empenho-prévio esteja dispensado.

30. Nesses casos, o empenho deve ser realizado em momento anterior à realização da despesa, ou como o TCU já preconizou, a “observância das fases da despesa pública, de modo que o empenho seja prévio ou contemporâneo à contratação, consoante artigos 58 a 70 da Lei nº 4.320/1964”. (TCU, Acórdão nº 1.404/2011, 1ª Câmara, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, DOU de 11.03.2011.) Decisões no mesmo sentido: Acórdãos nºs 423/2011, 406/2010 e 1970/2010, todos do Plenário; Acórdãos nºs 1.130/2011 e 914/2011, ambos da 1ª Câmara e, por fim, Acórdãos nºs 2.816/2011 e 887/2010, ambos da 2ª Câmara.

31. Deveras, nos casos em que houver um procedimento licitatório prévio, a recomendação é que o empenho ocorra após a homologação do certame, junto ou logo após a assinatura do contrato, momento esse entendido como o momento da geração da despesa ou assunção de obrigação, conforme o artigo 15 da LC 881/2020. Contudo, sabe-se que nem toda despesa pública decorre necessariamente de uma relação contratual. Existe um conjunto de despesas públicas que ostentam natureza não contratual, ainda que envolva pagamento de prestação pecuniária pelos entes públicos. São os casos, por exemplo, dos bloqueios e ordens judiciais, em que o empenho jamais poderá anteceder ou ser concomitante ao nascimento da obrigação.

32. Conforme já indicado por esse parecerista na Nota Técnica 101/2020, da PMS 09, o empenho é instrumento preocupado com a realização da despesa, de modo que, em que pese deva ser praticado em momento prévio à formalização da avença, nos casos em que não tenha sido observado esse rito legal, ou que até mesmo seja justificadamente inviável, para que não haja maiores prejuízos à Administração, é recomendável que antes das demais fases da despesa pública (liquidação e pagamento), seja convalidado o ato, suprindo o vício de ausência através da competente emissão da nota de empenho. Trata-se de evitar a indesejada despesa de prateleira.

33. A emissão da nota de empenho em momento posterior à avença depende da existência de recursos orçamentários suficientes para acobertar os serviços executados. Assim, pode-se afirmar que, caso a despesa não cause prejuízo à execução orçamentária, existindo recursos para fazer frente aos serviços

prestados, nos termos da indicação orçamentária existente, é possível (e recomendável) a sanatória do ato, com a competente emissão do empenho antes da liquidação e pagamento da despesa.

34. Vale ressaltar que essa não é a regra, tratando-se de convalidação de ato ilegal, de modo que deve ser, preferencialmente, evitada. A solução aqui sugerida deve ser considerada como situação excepcional e indesejada. A primeira fase da despesa é o empenho, sem o qual é vedada a sua realização (entendida como a concretização da despesa, com o pagamento). Nas palavras do professor de Direito Financeiro da Faculdade de Direito do Largo São Francisco (USP):

“É ilegal a autorização para realizar despesa sem prévio empenho, pois contraria o art. 60 da Lei 4.320/1964”. Essa realização de despesas sem respaldo nas dotações orçamentárias e sem prévio empenho atenta contra diversos dispositivos legais, como mencionado, demonstrando o pouco caso e a falta de seriedade dispensados às normas de Direito Financeiro. Disso resulta total insegurança aos contratantes, falta de transparência e ausência de planejamento, dificultando sobremaneira a fiscalização, dando margem a toda sorte de irregularidades, mau uso e desvio de recursos públicos.” (Conti, J. M. Levando o direito financeiro a sério: a luta continua. Editora Blucher, 2018. Página 150).

35. É preciso que se altere a cultura de desrespeito às normas orçamentárias. O planejamento, o respeito com a coisa pública, bem como a apuração da responsabilidade nos casos em que esse respeito não tenha sido observado, é tendência atual do estágio evolutivo da República brasileira. O desrespeito ao empenho prévio, é, sem dúvida alguma, o responsável pela diferença comumente existente entre o orçamento planejado, o executado e o efetivamente pago.

36. Ora, se temos a necessidade de abertura de mais de 2.000 sindicâncias para um procedimento que deveria ser excepcionado apenas de forma extraordinária, é que realmente estamos diante de um problema estrutural e que deve ser resolvido.

37. Sucede que a aplicação literal da LC 881/2020 tem gerado muitos prejuízos e confusão, não nos fazendo crer ser essa a intenção do legislador municipal.

38. Deveras, há uma enorme confusão entre termos e institutos jurídicos, sobretudo em decorrência da existência, em Porto Alegre, da figura do PL, não existente na literatura orçamentária. Há casos, também, conforme dito acima, em que a não realização do empenho no momento oportuno poderá ser oportunamente sanada, tendo em vista que o ciclo da despesa ainda não se encerrou, com o ato do pagamento. Casos outros existem em que há vínculo contratual em vigor, válido e eficaz; houve a reserva orçamentária adequada, e, por fim, houve a efetiva prestação dos serviços por parte do contratado. Nesses casos,

impedir a concretização do pagamento, com a elaboração do empenho em momento posterior ao acima fixado como ideal, traria muito mais prejuízos à Administração do que a não aplicação literal da lei. De fato, a falha procedimental por parte da Administração Pública, sobretudo nos casos da existência de contrato e devida prestação dos serviços, não faz com que a dívida desapareça, gerando direito subjetivo ao contratado.

39. Nesses casos, verificando o agente público responsável pelo ordenamento da despesa pela impossibilidade de convalidação no caso concreto, tendo em vista que a emissão do empenho no presente momento descaracterizaria o procedimento ou causaria prejuízo à execução orçamentária, nesse cenário, com a finalidade de se evitar o enriquecimento sem causa da Administração Pública, a orientação desta Procuradoria sempre foi para que o pagamento à empresa que efetivamente executou os serviços seja realizado sob a forma de indenização, com esteio no art. 59, parágrafo único da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.

40. Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

41. Assim, verificada a efetiva prestação do serviço, com elementos suficientes para a sua aferição e caracterização, a administração não pode evitar o seu pagamento com base na sua própria falha. Nesse sentido, posiciona-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

42. "Segundo jurisprudência pacífica desta Corte, ainda que o contrato realizado com a Administração Pública seja nulo, por ausência da prévia licitação, o ente público não poderá deixar de efetuar o pagamento pelo serviço prestado ou pelos prejuízos decorrentes da administração, desde que comprovados, ressalvada a hipótese de má-fé ou de ter o contratado concorrido para a nulidade (AgRg no AI 1.056.922/RS, 2ª T., rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 10.02.2009, DJe de 11.03.2009).

43. Pertinente citar, ainda, o entendimento de Marçal Justen Filho^[1]: "Cabem comentários adicionais sobre o descabimento de a Administração exercer a competência de invalidar os próprios atos visando ao próprio enriquecimento. Não se admite que a Administração, tomando conhecimento da nulidade, deixe de adotar imediatamente as providências adequadas. Suponha-se que a Administração apure a existência de um vício e, apesar disso, aceite a execução da

prestação pelo particular. Estaria configurado desvio de finalidade se, logo depois, a Administração invocasse o vício com o exclusivo intuito de desobrigar-se de realizar o pagamento."

44. Em todos os casos, tanto da expedição da nota de empenho em momento posterior, quanto do pagamento por indenização, há a necessidade de apuração de responsabilidade referida nas normas orçamentárias, bem como no art. 59, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93. De fato, a apuração de responsabilidade para os casos em que a Administração deva pagar o prestador de serviço por meio de indenização decorrente de alguma falha no procedimento administrativo é regra tanto do Direito Financeiro, quanto prevista na lei de contratações públicas, conforme acima mencionado.

45. Contudo, a indicação de necessidade de apuração de responsabilidade dos servidores faltosos não pode ser confundida com a obrigatoriedade de abertura de sindicância em todo e qualquer caso de erro procedimental. Salvo melhor juízo, o grande pecado do art. 15 e 16 da LC 881/2020 foi ter avançado de forma atécnicamente na apuração de responsabilidade do servidor, determinando a obrigatoriedade de abertura de sindicância para toda e qualquer despesa gerada sem empenho prévio. Conforme se demonstrará a seguir, esse não é o melhor entendimento.

DA AUSÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE INAFASTÁVEL DE ABERTURA DE SINDICÂNCIA

46. Em que pese a possibilidade de discussões semânticas sobre a acepção do verbo ensejar, no sentido de que o verbo comporta o significado de "apresentar a oportunidade para; possibilitar;", de modo a não ser peremptória a abertura de sindicância, entendemos que esse não é o melhor enfoque. A uma porque em sentido jurídico, sobretudo quando se trata de direito punitivo, o verbo "ensejar", assim como o verbo "ocasionar", são utilizados sempre com a acepção de "ser a causa" ou "o motivo de", caracterizando uma atuação imperativa.

47. É assim que se encontra a utilização desses verbos, por exemplo, no código penal, no art. 77 da lei 8.666/93, no Código de Processo Civil, no estatuto do servidor público federal (art. 188, §4º e § 5º) etc. Na verdade, a obrigatoriedade de abertura de sindicância em toda e qualquer situação deve ser afastada em decorrência de uma interpretação conforme à Constituição e ao ordenamento jurídico de regência.

48. Ademais, vale ressaltar que a interpretação literal nem sempre é a mais adequada, e, por meio de uma interpretação teleológica, parece ter sido esse o sentido que o legislador municipal pretendeu conferir, sob a justificativa "moral e pedagógica" (SEI 17.0.000101884-1).

49. O direito administrativo disciplinar, ao promover a responsabilização dos servidores, não deve observância apenas aos diversos princípios e regras básicas da Administração Pública, mas a todos os princípios setoriais que tratam da

responsabilização de algum sujeito, como o princípio do devido processo legal, contraditório, ampla defesa, presunção de inocência, princípio da motivação, da culpabilidade etc., não podendo ser instaurada em fase de servidor se não houver justa causa para tanto.

50. Soa absolutamente irrazoável a abertura de sindicância contra qualquer servidor envolvido no processo da despesa pública diante da verificação de que não houve empenho prévio à geração de despesa, sem que se tenha qualquer indício de falta ou justa causa para a abertura desse procedimento. A abertura de processo administrativo-disciplinar deve ser feita pela autoridade competente de acordo com as regras previstas nos artigos 221 c/c 214 da Lei Complementar n. 133/85 (Estatuto dos Funcionários Públicos do Município de Porto Alegre). Ou seja, deverá ser analisada pela autoridade competente a existência de indícios efetivos de autoria e materialidade de ilícito administrativo, garantindo-se a realização do necessário juízo de admissibilidade da persecução administrativa.

51. Com efeito, há diversos casos em que a postura dos servidores envolvidos pode ser justificada ou até mesmo casos em que atuação em sentido diverso será impossível. Permitir-se que todo e qualquer servidor que tenha participado do processo de realização de despesa tenha contra si instaurado um procedimento disciplinar de sindicância, mesmo nos casos em que fosse justificável aquela atuação ou, ainda, nos casos em que sequer concorreu de forma dolosa ou com erro grosseiro, seria, além de temerário, antijurídico.

52. Vale lembrar que o artigo 28 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro apenas permite a responsabilidade pessoal do agente público por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro. A possibilidade de responsabilização pessoal do servidor sem prova de dolo ou erro grosseiro, pela simples prática do ato, mesmo nos casos em que seja justificável a atuação, seria capaz de gerar o caos no setor público, podendo gerar até mesmo a paralisação dos serviços, por medo de punição.

53. É óbvio que a apuração de responsabilidade e a mudança de postura errática, alterando-se os fluxos que mereçam essa alteração é extremamente bem-vinda e merece ser promovida. Contudo, essa atuação deve ser compatível com as demais normas do ordenamento jurídico, não se permitindo a instauração de procedimento investigatório administrativo por mera presunção. Em última análise, essa postura seria até mesmo contrária ao princípio da eficiência (art. 37, caput, da Constituição Federal).

54. A determinação de apuração de responsabilidade compete exclusivamente à autoridade competente, quando verificar que a situação em exame se constituiu em irregularidade na prestação do serviço ou falta funcional do servidor responsável. No balançar dos olhos entre o caso apresentado, a legislação de regência e até mesmo este parecer jurídico, é que a autoridade competente deverá verificar se é caso ou não de instauração de sindicância.

55. Deveras, tendo em vista as especificidades do caso concreto, é possível imaginar inúmeras situações em que a abertura automática de sindicância se revelaria abusiva e ilegal. Nesses casos, poderá ser ponderada tal determinação e ser legitimamente relevada a abertura de sindicância, quando, exemplificativamente, não for possível qualquer alegação de erro grosseiro ou dolo do servidor, bem como nos casos em que fosse inexigível uma conduta diversa, considerando as circunstâncias do caso concreto.

56. É absolutamente indispensável considerar as circunstâncias do caso concreto para a aferição de abertura ou não de sindicância. Exatamente por esse motivo que é inviável soluções genéricas e uniformizadas para casos de responsabilização de agentes públicos, sem que seja avaliado os fatos, as circunstâncias que levaram à atitude, bem como sem realizar a adequada ponderação de princípios e interesses.

57. No presente caso, é possível verificar três zonas de incidência: uma zona de certeza positiva, aquela em que se tem certeza de que a escolha se insere nas opções legais; a zona de certeza negativa, em que se tem certeza que a opção está completamente fora da previsão legal, e, por fim, uma zona limítrofe, em que só será possível definir se é caso ou não de abertura de sindicância diante da análise do caso concreto. A discricionariedade do gestor estará inserida nessa zona cinzenta de escolha entre opções razoáveis.

58. Há casos em que patentemente se reconhecerá que não é caso de abertura de sindicância. Cite-se, como exemplo, o caso do aluguel social questionado pelo Secretário do DEMHAB no processo 21.14.000005007-5, e que já conta com Nota Técnica da PGM tratando da sua possibilidade. É possível citar, também, os casos já citados acima dos bloqueios e ordens judiciais como fato geradores de despesas públicas.

59. Outros casos, como a alegação de necessidade de contrato retroativo ou de prorrogação de contrato já vencido, em que resta claro que houve falta de planejamento e desídia dos servidores públicos envolvidos. Nesse sentido, é pacífica a jurisprudência do TCU, bem como da melhor doutrina:

Acórdão nº 728/2008 – 1ª Câmara

o TCU orientou o jurisdicionado no seguinte sentido: “j) abstenha-se de proceder à contratação sem licitação, fundamentada no art. 24, IV, da Lei nº 8.666/1993, alegando situações emergenciais ou a prorrogação contratual, com fundamento no art. 57, § 4º, da Lei nº 8.666/1993, causadas pela falta de planejamento ou de desídia, **devendo as medidas necessárias à prorrogação contratual ou à nova contratação serem deflagradas pelo menos 180 (cento e oitenta) dias antes do vencimento do contrato**” (Grifo nosso).

Acórdão nº 1.796/2018 – Plenário

9.2. encaminhar cópia da presente deliberação: 9.2.1. à Seges/MP para que avalie a conveniência e a oportunidade de adotar medidas para: [...] 9.2.1.2. **implantar controles para mitigar riscos** que possam resultar na realização de contratações emergenciais indevidas, que afrontem o inciso IV do art. 24 da Lei nº 8.666/1993, **a exemplo de mecanismo para controlar o nível mínimo de estoque para materiais essenciais, bem como para alertar a necessidade de tomada de decisão quanto à prorrogação de um contrato de serviços de duração continuada em vigor ou à realização de uma nova licitação;** (Grifo nosso)

Acórdão nº 1.335/2009:

celebração de termo aditivo de prorrogação da vigência do Contrato [...], cuja vigência estava expirada, com efeitos retroativos, configurando recontração sem licitação, infringindo a Lei 8.666/1993, art. 2º, c/c 3º; [...] 25. [...] se os dois agentes públicos [...] tivessem agido com a diligência de um profissional médio no exercício das funções, não teria ocorrido a celebração de Termo Aditivo [...] com efeito retroativo a configurar contratação sem licitação. Nesse sentido, somos pela aplicação de multa aos Senhores [omissis], sem prejuízo de determinações à Entidade para prevenir-se de novas ocorrências.

[VOTO]

9. A celebração de termo aditivo de prorrogação da vigência do Contrato [...], cuja vigência estava expirada [...], constitui infração a norma legal, revestindo-se de gravidade suficiente para justificar a sanção dos responsáveis.

[ACÓRDÃO]

9.6. aplicar aos srs. [omissis], individualmente, a multa prevista no art. 58, II, da Lei nº 8.443/92 c/c art. 268, inciso II, do Regimento Interno/TCU, no valor de R\$ 5.000,00 [...];

[...] 9.9.5. não realize serviços sem a devida cobertura contratual e não celebre contratos e aditivos com prazos de vigência retroativos, evitando situações irregulares [...];”

Nos casos supramencionados, de outra banda, parece-me caso claro de que a apuração de responsabilidade é inafastável, diante da patente omissão e desídia dos agentes municipais responsáveis.

CONCLUSÃO

Assim, em resumo, pode-se concluir, sem prejuízo de todo o acima afirmado, que:

1. É vedada a realização de despesas sem prévio empenho, podendo gerar a responsabilização dos servidores públicos envolvidos;
2. Em regra, a realização do empenho deve ocorrer no momento da contratação, momento em que se considera gerada a despesa;

3. Nos casos em que a despesa não decorrer de contrato, ou quando não tiver sido realizado o empenho no momento adequado, mas for possível a sua realização posterior sem qualquer prejuízo, bem como haja recursos orçamentários para suportar a referida despesa, o empenho deverá ser realizado antes da liquidação e pagamento (momento da concretização da despesa);
4. A despesa sem cobertura contratual, nos casos em que fosse devida a formalização contratual, deverá ser objeto do reconhecimento da obrigação do pagamento por indenização, salvo nos casos de comprovada má-fé do contratado ou que a nulidade lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilização do servidor que tenha dado causa;
5. O pagamento por indenização do inciso anterior não depende da instauração prévia do processo de sindicância, mas indica a necessidade da sua instauração;
6. Compete, exclusivamente, ao Gestor responsável ou à autoridade competente, o cotejo analítico entre o caso concreto e o disposto na legislação sobre a necessidade de abertura de sindicância. Deverá, a autoridade competente, verificar a existência de indícios efetivos de autoria e materialidade de ilícito administrativo, garantindo a realização do necessário juízo de admissibilidade da persecução administrativa. Aplica-se, no que couber, o disposto na LC 133/85;
7. Em casos excepcionais, devidamente justificados, a autoridade competente poderá dispensar a instauração do expediente investigatório, fundamentando pela desnecessidade ou pela sua não aplicação ao caso, como nos casos citados exemplificativamente no item 59;
8. Por fim, é importante reafirmar a necessidade de reestruturação e mudança de cultura da Administração Pública Municipal, adotando-se como sua razão de existir o controle e a racionalidade dos recursos públicos existentes, primando pelo planejamento dos gastos e compras públicas. Sem essa mudança de postura, em um futuro breve estaremos discutindo a nova lei de licitações e indicando a impossibilidade de cumprimento dos seus rígidos mandamentos.
9. Sendo o que cabia para o momento, é o parecer, que ora submeto à apreciação superior.

Jhonny Prado Silva,
Procurador Municipal,
em 11/06/2021, às 11:38.

- 1 - Marcus, A. **Curso de Direito Financeiro Brasileiro, 5ª edição**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018. 9788530980542. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530980542/>. Acesso em: 30 May 2021
- 2 - TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário. P. 194.
- 3 - Ibdem.
- 4 - <http://genjuridico.com.br/2019/08/22/infracoes-administrativa-politica-penal>
- 5 - Comentários a Lei de Licitações e Contrato Administrativo – Marçal Justen Filho 15ª Ed. Pág. 861.
- 6 - Tribunal de Contas dos Municípios da Bahia. Processo 05716-17. PARECER Nº 01605-17 (F.L.Q. 006/17)
- 7 - <https://www.conjur.com.br/2017-ago-22/contas-vista-vivemos-pais-financas-publicas-mal-assombradas>

LIMITES DA APLICAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL 108/2020. LEI 14.113/20. INCREMENTO DOS GASTOS DOS ENTES FEDERATIVOS COM MANUTENÇÃO E DESENVOLVIMENTO DE ENSINO QUE DEVE SER OBSERVADO¹

Jhonny Prado²
Cristiane da Costa Nery³

PARECER SINGULAR N. 1216/2021

PROCESSO SEI: 20.0.000090712-0

INTERESSADO: Secretário da Fazenda do Município de Porto Alegre

EMENTA: Emenda Constitucional 108/2020. Lei 14.113/20. Limites da aplicação. Incremento dos gastos dos entes federativos com Manutenção e Desenvolvimento de Ensino que deve ser observado. Inexistência em Porto Alegre de pagamentos de aposentadorias e pensões com recursos do Tesouro ou cômputo no MDE. Contribuição patronal do Município e extraordinária configuram despesas de natureza jurídica tributária, sem distinção entre as contribuições sociais pagas em relação aos servidores ativos daquelas realizadas pelo vínculo dos inativos, não se enquadrando, portanto, na vedação constitucional com o pagamento de aposentadoria e pensão. Inconstitucionalidade parcial da aplicação imediata da nova norma constitucional. Necessidade de transição ou modulação dos efeitos da alteração constitucional.

1 INTRODUÇÃO

1. Cuida-se de consulta formulada pelo Exmo. Sr. Secretário Municipal de Fazenda do Município de Porto Alegre/RS quanto aos impactos da Emenda Constitucional 108/2020 e das alterações legislativas da Lei 14.113/2020 nas finanças municipais.

2. Referidas alterações normativas produziram alterações significativas no cálculo dos percentuais mínimos com a rubrica “Manutenção e Desenvolvimento do Ensino – MDE”.

¹ Vencedor do Concurso de Pareceres, do II Congresso Brasileiro Virtual de Procuradores Municipais (CBVPM, 2021).

² Procurador Municipal de Porto Alegre.

³ Procuradora Municipal de Porto Alegre. Procuradora-Geral Adjunta de Assuntos Fiscais.

3. A alteração constitucional mais significativa possui base no acrescido parágrafo 7º, do artigo 212:

Artigo 212, CF.

§ 5º A educação básica pública terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, recolhida pelas empresas na forma da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006) (Vide Decreto nº 6.003, de 2006)

§ 6º As cotas estaduais e municipais da arrecadação da contribuição social do salário-educação serão distribuídas proporcionalmente ao número de alunos matriculados na educação básica nas respectivas redes públicas de ensino. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

§ 7º É vedado o uso dos recursos referidos no caput e nos §§ 5º e 6º deste artigo para pagamento de aposentadorias e de pensões.

4. Tal dispositivo fora regulamentado pela Lei 14.113/2020 que *“regulamenta o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb), de que trata o art. 212-A da Constituição Federal; revoga dispositivos da Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007; e dá outras providências”*.

5. Ato contínuo, o Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, incorporando as alterações constitucionais e legais, editou a IN 18/2020, estabelecendo as orientações para emissão de certidão de aplicação dos percentuais mínimos de Educação, Saúde e do FUNDEB:

Art. 2º As Certidões da esfera municipal de que trata o art. 2º da Resolução nº 1.089, de 2018, serão emitidas eletronicamente, de acordo com a documentação e com os procedimentos descritos nos parágrafos subsequentes.

§ 1º Os percentuais de aplicação em Manutenção e Desenvolvimento do Ensino - MDE, em Ações e Serviços Públicos de Saúde - ASPS e de aplicação dos recursos do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - FUNDEB em remuneração dos profissionais do Magistério serão apurados conforme dados que constam nos Anexos I, II e III desta Instrução Normativa.

6. Os anexos referidos na Instrução Normativa orientam a necessidade de ***“deduzir as eventuais despesas com inativos e pensionistas liquidadas nas naturezas de despesas” e “deduzir as eventuais despesas com amortização de passivo atuarial, mediante alíquota suplementar ou aporte, liquidadas nas naturezas de despesas”***.

7. Nos vários códigos das naturezas de despesa listados no Anexo I, da IN 18/2020 – TCE-RS, são vedados o compute das seguintes despesas nos cálculos do MDE:

- Despesas com **pagamento de inativos e pensionistas** do RPPS;
- **Plano de seguridade social do servidor - Pessoal Inativo:**
- Despesas com **contribuições patronais** para custeio do plano de seguridade social do **servidor inativo. Idem para pensionistas;**
- Alíquota suplementar de contribuição previdenciária - **pessoal inativo e pensionista - Plano Previdenciário;**
- Alíquota suplementar de contribuição previdenciária - **pessoal ativo - Plano Previdenciário;**
- Alíquota suplementar de contribuição previdenciária - **pessoal inativo e pensionista - Plano Financeiro;**
- Amortização do passivo atuarial com o RPPS – **aporte periódico:** Despesas orçamentárias com aportes periódicos destinados à cobertura do déficit atuarial do RPPS, conforme plano de amortização estabelecido em lei do respectivo ente federativo, exceto as decorrentes de alíquota de contribuição suplementar.
- Precatórios e Indenizações Trabalhistas consignadas no Orçamento de Pessoal para inativos e pensionistas;
- Despesas de exercícios anteriores: de inativos, gratificação de tempo de serviço, obrigações patronais;
- COMPREV referente inativos e pensionistas;
- Outros benefícios assistenciais e Pensões Especiais.

8. Segundo informado pela Secretaria da Fazenda Municipal:

Desta forma, as exclusões para 2021 totalizam uma estimativa de R\$ 421,9 milhões.

Anteriormente, havia uma projeção de aproximadamente 300 milhões de reais de gastos com educação, porque não se imaginava que o TCE daria esta interpretação tão abrangente, a ponto de excluir absolutamente tudo relacionado a inativos da SMED, até as contribuições patronais ordinárias.

Além disso, aquela projeção era de 2020, tendo como base 2019, em que não foi utilizado todo o valor dos inativos para o MDE, mas agora a situação se alterou, as despesas de custeio caíram muito.

Recapitulando, em função da EC 108/2020 o Tribunal está vedando, além do pagamento direto para inativos e pensionistas da SMED, também as contribuições patronais ordinárias. Para exclusão das suplementares já havia entendimento e orientação antes da EC.

9. A mudança normativa, portanto, impedirá o Município de Porto Alegre de atingir os percentuais mínimos de gastos com educação, razão pela qual necessária a presente análise.

2 DO CONTEXTO FÁTICO

10. A matéria objeto do presente parecer já teve sua discussão iniciada no âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, conforme SEI 20.0.000090712-0, tendo o Município de Porto Alegre enviado dois ofícios à Presidência da Corte de Contas e discutido internamente a matéria com a sua presidência.

11. De plano, é importante destacar que é obrigação de todo gestor público qualificar, ao máximo, os serviços públicos voltados ao ensino e aprendizagem de crianças, jovens e adultos, respeitando as possibilidades orçamentárias e financeiras e as orientações das Cortes de Contas.

12. Nesta linha, em 26 de agosto de 2020, foi publicada a Emenda Constitucional n. 108, que, dentre outras questões, tratou da reforma do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB), tornando-o instrumento permanente de financiamento da educação pública no país.

13. Em que pese louvável a alteração constitucional proposta, as modificações geraram uma consequência catastrófica: a impossibilidade fática de cumprimento pelos Municípios quanto aos percentuais mínimos de investimento em educação, a se considerar a situação de pandemia que assola o Brasil e o mundo.

14. Na esteira das modificações para o financiamento da educação, sem maiores debates federativos, a mesma emenda introduziu o § 7º ao art. 212 da CF, conforme abaixo transcrito:

Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, 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. [...]

§ 5º A educação básica pública terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, recolhida pelas empresas na forma da lei.

§ 6º As cotas estaduais e municipais da arrecadação da contribuição social do salário-educação serão distribuídas proporcionalmente ao número de alunos matriculados na educação básica nas respectivas redes públicas de ensino.

§ 7º É vedado o uso dos recursos referidos no caput e nos §§ 5º e 6º deste artigo para pagamento de aposentadorias e de pensões. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 108, de 2020)

15. Vê-se que a Emenda Constitucional n. 108, de 2020, introduziu disposição até então inexistente no ordenamento e que, *a priori*, afastaria de imediato, do gasto mínimo constitucional para Manutenção e Desenvolvimento do Ensino ("MDE") as despesas com aposentadorias e pensões dos servidores em educação.

16. A regra, instituída sem um mecanismo esperado de transição, diverge das orientações até então emanadas pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul.

17. Ou seja, não houve por parte do legislador constitucional o estabelecimento de um período mínimo para ajustes na estrutura orçamentária dos entes federados, o que originou uma série de entraves ao seu imediato cumprimento. Referida atuação desarrazoada do constituinte derivado reformador fez com que diversas outras Propostas de Emendas à Constituição fossem propostas, dentre elas, a PEC 13/2021.

18. Este o contexto fático da presente consulta.

3 ANÁLISE NORMATIVA DOS GASTOS COM EDUCAÇÃO: A POSIÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

19. O FUNDEB (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação) é um fundo especial formado por 27 fundos compostos, basicamente, por contribuições dos Estados e Municípios. Esses fundos recebem complementação da União quando os recursos dos fundos não conseguem alcançar um valor capaz de garantir uma educação básica de qualidade mínima.

20. O art. 212-A da Constituição Federal, regulamentado pela Lei 14.113 de 2020, instituiu o “novo FUNDEB”, que pretende ser o principal instrumento de financiamento da Educação Básica Pública no Brasil e de redução das desigualdades regionais existentes. É, em suma, um mecanismo de redistribuição dos valores arrecadados pela atividade tributária do Estado em investimentos vinculados à educação básica.

21. Nessa esteira, a Constituição Federal previu, no art. 212, que os Municípios aplicarão nunca menos de vinte e cinco por cento da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino (MDE).

22. A EC 108/20 que instituiu o “novo FUNDEB” trouxe profundas alterações nos artigos 211 e 212, bem como introduziu o artigo 212-A. Dentre essas alterações, a mais importante para objeto do presente estudo foi aquela prevista no § 7º do artigo 212, cuja redação consta no item 14 do presente.

23. Dessa redação surgiram várias interpretações por diversos atores da sociedade, sendo elas, em sua maioria, de enorme impacto orçamentário e financeiro ao erário, sobretudo aos municipais. Portanto, dedica-se algumas linhas à novidade normativa.

24. O texto normativo é claro ao vedar a utilização dos recursos provenientes da Receita resultantes de impostos e transferências (RLIT) e do salário-educação para o pagamento de aposentadorias e pensões.

25. Pois bem.

26. A aplicação da receita resultante dos impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino pelo Município de Porto Alegre sempre foi acompanhada de perto pelo Tribunal de

Contas do Estado do Rio Grande do Sul que, tradicionalmente, sempre possuiu o entendimento de que seria possível a inclusão das despesas com inativos no cálculo do MDE.

27. Exemplo disso é que a Instrução Normativa nº 07/2019 (TCE-RS), de 05-12-2019, vigente para o ano de 2020 expressamente firmou o seguinte entendimento:

De acordo com a Informação nº 249/1998, aprovada pelo Tribunal Pleno em 28/04/1999, Processo nº 9127-00/98-7, assentou-se o entendimento de que **a despesa com os proventos relativos aos servidores inativos pode ser custeada com os recursos atinentes à manutenção e ao desenvolvimento do ensino, excluídos aqueles concernentes ao FUNDEF.**

28. Referido entendimento surgira em razão de consulta formulada pelo Município de Santa Rosa, ainda no ano de 1998, especialmente acerca da aplicação dos recursos do então FUNDEF para custeio de gastos com pessoal. Na oportunidade, o Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul concluiu que:

o FUNDEF objetivava assegurar a universalização do atendimento do ensino fundamental e a remuneração condigna do magistério. Isto, ao nosso ver, não seria possível se, com os recursos destinados ao Fundo, fossem pagas as despesas em discussão, nem com os 60 % referidos anteriormente e nem com os restantes 40%. Se houvesse o referido custeio, provavelmente, poucos recursos ou quase nenhum sobriariam para atender às demais despesas com a citada modalidade de ensino.

29. É dizer: não é possível a utilização dos recursos transferidos pelo FUNDEF para pagamento de despesas com inativos, sob pena de restarem poucos ou quase nenhum recurso para desenvolvimento e melhoria do ensino. Contudo, em que pese refutada a utilização dos recursos do FUNDEF ao pagamento de inativos, o Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul entendeu possível o cômputo dos gastos com inativos nos percentuais do MDE:

Entretanto, entendemos ser possível que a despesa correspondente possa ser suportada com os outros recursos atinentes à manutenção e ao desenvolvimento do ensino, previstos no caput do art. 212 da Constituição Federal.

30. Assim, quando as despesas com inativos e pensionistas são custeadas por recursos orçamentários correntes, o entendimento do TCE/RS naturalmente permitia o cômputo de tais gastos no MDE:

Se tal não fosse o entendimento, os Municípios teriam de dispor de recursos acima dos previstos constitucionalmente (art. 212 da Carta Federal), dificultando ou, quem sabe, inviabilizando a execução de investimentos e a manutenção da máquina pública, nas demais áreas.

E mesmo que entendêssemos ser a matéria de cunho previdenciário, é consabido que, em nosso país, há pouco tempo, vem ocorrendo uma preocupação com o trato da questão.

Assim, até que haja fontes de recurso específicas, cálculos atuariais, contribuições de parte dos servidores, planejamento, reserva mensal de valores etc., outro entendimento não vislumbramos que possa ser dado ao tema, sob pena de inviabilizar as atividades das administrações públicas.

31. Assim, para o TCE/RS:

Frente a todo o exposto, ao nosso ver, a despesa com os proventos relativos aos servidores inativos pode ser custeada com os recursos atinentes à manutenção e ao desenvolvimento do ensino, excluídos aqueles concernentes ao FUNDEF.

32. Essa conclusão da IN 249/98 está vigente desde o ano de 1998, após sucessivas atualizações, concluindo sempre o TCE/RS que seria **possível a inclusão das despesas com os proventos de inativos no cálculo do MDE.**

33. Contudo, este entendimento foi revogado pela IN nº 18/2020-TCE-RS, de 16-12-2020, que, incorporando as alterações provenientes da EC nº 108/2020, regulamentada pela Lei nº 14.113, de 25-12-2020, quanto à introdução do § 7º no art. 212 da CF/88, chegou à conclusão de que deveria ser deduzido do MDE:

“as eventuais despesas com inativos e pensionistas liquidadas nas naturezas de despesas...”, bem como “deduzir as eventuais despesas com amortização de passivo atuarial, mediante alíquota suplementar ou aporte, liquidadas nas naturezas de despesas...”

34. Sabe-se que não é recente o entendimento da Secretaria do Tesouro Nacional sobre a impossibilidade de inclusão de despesas com inativos e pensionistas no cálculo do MDE, contudo, o entendimento do Ministério da Economia nunca se sobrepôs, no âmbito do Rio Grande do Sul, à interpretação da Corte de Contas local, como não poderia ser diferente.

35. Sucede que, agora, o Tribunal de Contas parece equiparar seu entendimento ao preconizado pelo órgão federal.

36. Contudo, tal entendimento é equivocado, sobretudo se analisarmos a situação peculiar do Município de Porto Alegre.

37. Como já afirmamos acima, a novidade constitucional é a vedação da utilização dos recursos decorrentes da arrecadação de impostos e destinados ao MDE para o **pagamento de aposentadorias e pensões**.

38. **Esse fato nunca ocorreu no Município de Porto Alegre. Vejamos.**

4 ANÁLISE NORMATIVA DOS GASTOS COM INATIVOS NO ÂMBITO DO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE.

39. Com efeito, os pagamentos de aposentadorias e pensões no Município de Porto Alegre são de responsabilidade do PREVIMPA, pessoa jurídica distinta do seu instituidor, com autonomia administrativa, financeira, contábil e personalidade jurídica própria, responsável por gerir o Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos do Município de Porto Alegre. Nos termos da LC 478 de 2002:

Art. 1º O Departamento Municipal de Previdência dos Servidores Públicos do Município de Porto Alegre - PREVIMPA, entidade autárquica, com sede e foro na Cidade de Porto Alegre, dotado de personalidade jurídica de direito público, **é o ente responsável pela gestão do Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos do Município de Porto Alegre -RPPS.**

Art. 2º O PREVIMPA terá autonomia administrativa, financeira e contábil, personalidade jurídica própria e funcionará de acordo com a legislação específica.

Art. 5º Constituem receitas do PREVIMPA:

I - contribuição previdenciária do servidor ativo;

I - contribuição previdenciária do servidor ativo e inativo e do pensionista; (Redação dada pela Lei Complementar nº 815/2017)

II - contribuição previdenciária do Município;

III - doações, subvenções e legados;

IV - receitas decorrentes de aplicações financeiras e investimentos patrimoniais;

V - valores recebidos a título de compensação financeira de regimes previdenciários, em razão do § 9º do art. 201 da Constituição Federal;

VI - recursos orçamentários destinados pelo Município provenientes da Administração Centralizada, Autárquica, Fundacional e da Câmara Municipal, inclusive os recursos para cobertura de eventuais diferenças para o custeio das atuais aposentadorias e pensões, bem como os recursos destinados ao custeio das aposentadorias e pensões dos servidores ativos, e seus dependentes, que ingressaram anteriormente a 10 de setembro de 2001;

VII - outros recursos.

40. Como se pode verificar, o financiamento exclusivo pelo Tesouro do pagamento das aposentadorias e pensões dos servidores efetivos, há muito, não ocorre no Município de Porto Alegre, sendo as despesas previdenciárias de responsabilidade do PREVIMPA, por meio de recursos próprios, financiadas por uma série de receitas legalmente instituídas.

41. Hoje, compete ao Tesouro Municipal arcar com a contribuição social municipal ao regime Próprio de Previdência, bem como a responsabilidade pela cobertura de eventuais insuficiências financeiras do respectivo regime. Tratam-se de encargos sociais (obrigação tributária) do ente federativo, previsto em lei, decorrentes do vínculo funcional dos servidores.

42. Assim, nos termos da lei nacional 9.717 de 1998:

Art. 2º A contribuição da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, aos regimes próprios de previdência social a que estejam vinculados seus servidores não poderá ser inferior ao valor da contribuição do servidor ativo, nem superior ao dobro desta contribuição. [\(Redação dada pela Lei nº 10.887, de 2004\)](#)

§ 1º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios são responsáveis pela cobertura de eventuais insuficiências financeiras do respectivo regime próprio, decorrentes do pagamento de benefícios previdenciários. [\(Redação dada pela Lei nº 10.887, de 2004\)](#)

Art. 6º Fica facultada à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, a constituição de fundos integrados de bens, direitos e ativos, com finalidade previdenciária, desde que observados os critérios de que trata o artigo 1º e, adicionalmente, os seguintes preceitos:

II - existência de conta do fundo distinta da conta do Tesouro da unidade federativa;

43. No município de Porto Alegre, para dar efetividade ao disposto na lei nacional acima mencionada, foi instituída, em 2001, pela lei complementar 466/01, a contribuição social para o custeio do Regime Próprio de Previdência municipal, sendo responsabilidade dos servidores ativos, inativos e do próprio Município.

44. Para o recolhimento das referidas contribuições, foi criado “*em caráter transitório, o Fundo Municipal de Previdência dos Servidores Públicos de Porto Alegre (FMPA), de natureza contábil especial, que será integrado por bens, direitos e outros ativos, com a finalidade de custear o pagamento dos benefícios previdenciários do Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos do Município de Porto Alegre (RPPS), observados a legislação federal e, adicionalmente, os seguintes preceitos*” (Artigo 5º da LC 466/01).

45. Como se pode verificar, a lei de 2001 criou um fundo municipal com a finalidade de custear o pagamento dos benefícios previdenciários do Regime Próprio de Previdência. Este fundo foi substituído pelo PREVIMPA, regulamentado pela Lei Complementar 478 de 2002, atual responsável pela gestão do Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos do Município de Porto Alegre – RPPS, bem como pelo pagamento dos benefícios previdenciários por ele previstos.

46. Desse modo, **é seguro afirmar que não há pagamento de benefícios previdenciários aos servidores ativos ou inativos da educação pelo Município de Porto Alegre, com os recursos decorrentes de quaisquer receitas próprias.**

47. O acréscimo realizado pelo constituinte derivado reformador, salvo melhor juízo, visava a atingir os entes que não possuem um Regime Próprio instituído e gerido por pessoa jurídica autônoma, como acontece com alguns municípios do Estado do Rio Grande do Sul e do Brasil. Há, também, casos em que o Regime Próprio foi extinto pelo Ente federativo, ficando a responsabilidade pelo pagamento dos proventos dos servidores já inativos a cargo do Tesouro. Definitivamente, não é o caso de Porto Alegre.

48. O que há aqui, na verdade, é uma obrigação legal do Município de Porto Alegre ao pagamento de um tributo ao Regime Próprio dos seus servidores, não podendo sua contribuição ser inferior a dos seus servidores.

49. Trata-se de contribuição social relativamente aos seus servidores, para o custeio do seu regime próprio de previdência, com fundamento nos arts. 40 e 149, §1º da CF.

5 DA NÃO CARACTERIZAÇÃO DO PAGAMENTO DE APOSENTADORIAS E PENSÕES COM OS RECURSOS DO FUNDEB - NATUREZA JURÍDICA TRIBUTÁRIA DOS ENCARGOS SOCIAIS DOS SERVIDORES

50. Deveras, a Constituição é expressa ao estabelecer que o regime de previdência dos servidores de quaisquer esferas tem caráter contributivo.

51. Essa previsão, a partir da redação dada pela EC n. 20/98, passou a prever o caráter contributivo para os regimes próprios municipais, e possui a seguinte redação atual, dada pela EC n. 103/2019:

Art. 40. O regime próprio de previdência social dos servidores titulares de cargos efetivos terá caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente federativo, de servidores ativos, de aposentados e de pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019](#))

52. A contribuição do ente público prevista no art. 40, como não poderia ser diferente, possui a mesma natureza da contribuição criada com base no art. 149, § 1º da CF, e cobrada dos seus servidores para o custeio, em benefício destes, do seu regime previdenciário próprio.

53. Na definição de Geraldo Ataliba contribuição social é o tributo vinculado cuja hipótese de incidência consiste numa atuação estatal indireta e mediata (mediante uma circunstância intermediária) referida ao obrigado.^[1]

54. Conforme os ensinamentos de Leandro Paulsen e Andrei Pitten Velloso^[2]:

“O caráter tributário das contribuições especiais é nítido, haja vista que elas se amoldam à perfeição ao conceito de tributo, cujos traços essenciais foram bem captados pelo Código Tributário Nacional, ao defini-lo como:

[...] toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada (art. 3º).

De fato, as contribuições especiais são prestações pecuniárias compulsórias, pois se originam da mera ocorrência do fato impositivo, independentemente da vontade do sujeito passivo: como todos os demais tributos, correspondem a obrigações heterônomas. São instituídas em lei. E têm de ser cobradas mediante atividade administrativa plenamente vinculada, dado ser inconcebível que a sua cobrança dependa do alvedrio das autoridades administrativas.”

55. Sacha Calmon afirma:

“Nos termos do art. 149 da CF, as contribuições parafiscais em geral estão submetidas aos princípios retores da tributação, e às normas gerais de direito tributário, isto é, ao Código Tributário Nacional. São, pois, ontológica e normativamente, tributos. Em relação a elas incidem os princípios da legalidade, anterioridade, intertempo de 90 dias, irretroatividade e os conceitos de tributo, lançamento, obrigação etc., enfeixados no Código Tributário Nacional.”^[3]

56. O STF também já afirmou, por diversas vezes, o caráter tributário das contribuições sociais para a seguridade social, não merecendo receber tratamento diverso a cota patronal devida pelo ente público.

57. Nesse sentido, foram os precedentes firmados na Súmula Vinculante nº 8, no RE nº 138284/CE e RE nº 556664/RS, dentre outros. Veja-se julgado que pode ser usado como paradigma:

EMENTAS: 1. Inconstitucionalidade. **Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões.** Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Ofensa a direito adquirido no ato de aposentadoria. Não ocorrência. **Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária.** Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Emenda Constitucional nº 41/2003 (art. 4º, caput). Regra não retroativa. Incidência sobre fatos geradores ocorridos depois do início de sua vigência. Precedentes da Corte. Inteligência dos arts. 5º, XXXVI, 146, III, 149, 150, I e III, 194, 195, II e § 6º, da CF, e art. 4º, caput, da EC nº 41/2003. No ordenamento jurídico vigente, não há norma, expressa nem sistemática, que atribua à condição jurídico-subjetiva da aposentadoria de servidor público o efeito de lhe gerar direito subjetivo como poder de subtrair ad aeternum a percepção dos respectivos proventos e pensões à incidência de lei tributária que, anterior ou ulterior, os submeta à incidência de contribuição previdencial. Noutras palavras, não há, em nosso ordenamento, nenhuma norma jurídica válida que, como efeito específico do fato jurídico da aposentadoria, lhe imunize os proventos e as pensões, de modo absoluto, à

tributação de ordem constitucional, qualquer que seja a modalidade do tributo eleito, donde não haver, a respeito, direito adquirido com o aposentamento. 2. Inconstitucionalidade. Ação direta. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária, por força de Emenda Constitucional. Ofensa a outros direitos e garantias individuais. Não ocorrência. **Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária.** Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Regra não retroativa. Instrumento de atuação do Estado na área da previdência social. Obediência aos princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial, bem como aos objetivos constitucionais de universalidade, equidade na forma de participação no custeio e diversidade da base de financiamento. Ação julgada improcedente em relação ao art. 4º, caput, da EC nº 41/2003. Votos vencidos. Aplicação dos arts. 149, 150, I e III, 194, 195, II e § 6º, e 201, caput, da CF. Não é inconstitucional o art. 4º, caput, da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, que instituiu contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e as pensões dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações. 3. Inconstitucionalidade. Ação direta. Emenda Constitucional (EC nº 41/2003, art. 4º, § único, I e II). Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Bases de cálculo diferenciadas. Arbitrariedade. Tratamento discriminatório entre servidores e pensionistas da União, de um lado, e servidores e pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de outro. Ofensa ao princípio constitucional da isonomia tributária, que é particularização do princípio fundamental da igualdade. Ação julgada procedente para declarar inconstitucionais as expressões "cinquenta por cento do" e "sessenta por cento do", constante do art. 4º, § único, I e II, da EC nº 41/2003. Aplicação dos arts. 145, § 1º, e 150, II, cc. art. 5º, § 1º, e 60, § 4º, IV, da CF, com restabelecimento do caráter geral da regra do art. 40, § 18. São inconstitucionais as expressões "cinquenta por cento do" e "sessenta por cento do", constantes do § único, incisos I e II, do art. 4º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, e tal pronúncia restabelece o caráter geral da regra do art. 40, § 18, da Constituição da República, com a redação dada por essa mesma Emenda.

(STF - ADI: 3105 DF, Relator: Min. ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 18/08/2004, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 18-02-2005 PP-00004 EMENT VOL-02180-02 PP-00123 RTJ VOL-00193-01 PP-00137 RDDDT n. 140, 2007, p. 202-203)

58. A contribuição previdenciária para fins de custeio do RPPS de Porto Alegre foi regulamentada pela Lei Complementar nº 505 de 2004, cujo artigo 2º prevê:

Art. 2º Ficam fixadas as seguintes alíquotas de contribuição social para o custeio do RPPS:

I - para o servidor ativo, inativo e pensionistas:

- a) 9% (nove por cento), com vigência a partir do prazo estabelecido no art. 7º desta Lei Complementar até 28 de fevereiro de 2005;
 - b) 10% (dez por cento), a partir de 1º de março de 2005 até 31 de agosto de 2005;
 - c) 11% (onze por cento), a partir de 1º de setembro de 2005.
 - d) 14% (quatorze por cento); (Redação acrescida pela Lei Complementar nº [818/2017](#))
- II- para o Município:
- a) 18% (dezoito por cento), com vigência a partir do prazo estabelecido no art. 7º desta Lei Complementar até 28 de fevereiro de 2005;
 - b) 20% (vinte por cento), a partir de 1º de março de 2005 até 31 de agosto de 2005;
 - c) 22% (vinte e dois por cento), a partir de 1º de setembro de 2005, observada a modificação de alíquota prevista na al. d deste inciso para o grupo sob regime de capitalização; e (Redação dada pela Lei Complementar nº [723/2013](#))
 - d) 18,969% (dezoito vírgula novecentos e sessenta e nove por cento) de alíquota normal e 5,175% (cinco vírgula cento e setenta e cinco por cento) de alíquota suplementar, a partir de 1º de janeiro de 2013, para o grupo sob o regime de capitalização. (Redação acrescida pela Lei Complementar nº [723/2013](#))
- § 4º Para o grupo sob o regime de repartição simples, a alíquota permanece em 22% (vinte e dois por cento). (Redação acrescida pela Lei Complementar nº [723/2013](#))
- § 5º A alíquota suplementar referente à al. d do inc. II deste artigo destina-se à amortização do déficit atuarial do grupo sob o regime de capitalização, pelo prazo de 34 (trinta e quatro) anos, compreendido de janeiro 2013 a dezembro de 2046. (Redação acrescida pela Lei Complementar nº [723/2013](#))

59. Como se pode verificar da simples leitura dos dispositivos legais, referidas contribuições estão longe de configurar pagamento de aposentadoria ou pensão, mas, na verdade, são encargos sociais, compulsórios, criados por lei, periódicos, de cujo cumprimento não se pode afastar o Poder Público.

60. No caso dos servidores em exercício na educação, não há como afastar o entendimento de que se configuram como despesas relacionadas ao desenvolvimento da educação. Ao se contratar um profissional de educação ou ao investir mais recursos na sua remuneração, é inafastável que se leve em consideração as repercussões dos encargos sociais obrigatórios e atrelados ao vínculo funcional.

61. Quanto à cota patronal dos servidores ativos, não há muita polêmica. Com efeito, o próprio MDF/2022, 12ª edição, considera para fins de cálculo do MDE que “a contribuição patronal aos regimes de previdência referente às despesas com pessoal ativo consideradas como MDE também se enquadram nesse conceito e devem ser incluídas no cálculo do limite constitucional.”[\[4\]](#)

62. Sucede que, quanto à cota patronal dos servidores inativos, o mesmo não pode ser dito, sendo possível verificar diversas resistências para a sua contabilização para o MDE. Tal resistência, salvo melhor juízo, não encontra guarida no ordenamento jurídico. Deveras, sendo a contribuição social devida pelo ente federativo um tributo, e o é, a ela deve ser

aplicada todos os princípios e regras do regime jurídico tributário, não existindo que se falar em diferenciação entre a cota patronal dos servidores ativos e inativos.

63. Roque Carrazza é categórico:

“Todas as contribuições têm natureza nitidamente tributária, mesmo porque, com a expressa alusão aos arts. 146, III, e 150, I e III, ambos da CF, fica óbvio que deverão obedecer ao regime jurídico tributário, isto é, aos princípios que informam a tributação, no Brasil”^[5]

64. **Nessa esteira, vale lembrar o teor do art. 4º do CTN que determina que a “natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la a denominação e demais características formais adotadas pela lei, bem como a destinação legal do produto da sua arrecadação.**

65. Desse modo, independentemente das características dos sujeitos que fazem surgir a obrigação tributária, se agentes públicos ativos ou inativos, tais características são incapazes de retirar a natureza jurídica de contribuição social da cota patronal.

66. Exatamente por esse motivo que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n. 9.394/96 – LDBEN) **não faz, nem nunca fez, distinção entre as despesas com ativos e inativos, sendo lógico e justificável compreender que as despesas com os encargos sociais relacionados à aposentadoria e pensão dos servidores da educação fazem parte do investimento em ensino,** merecendo evidentemente ser considerado.

67. Também não se pode confundir os encargos sociais decorrentes do vínculo funcional, de natureza tributária, com o pagamento de aposentadorias e pensões. Caso assim se entendesse, chegaríamos ao absurdo de ter que considerar que a própria contribuição paga pelo servidor teria natureza de pagamento de aposentadoria, já que possui a mesma natureza daquelas vertidas pelo ente público.

68. Mesma natureza possuem as contribuições patronais suplementares do Município de Porto Alegre para cobertura do déficit com pensionistas e inativos da área da educação, nos termos das regras impositivas, previstas na lei complementar municipal 505 de 2004 e Lei nacional 9.717/98, bem como nas normas correlatas.

69. Nesse ponto específico, ofício circular DCF nº33/2021 do TCE parece encampar a tese aqui defendida, ao dispor que “A partir do exercício de 2021 serão computadas como aplicação em manutenção e desenvolvimento do ensino as despesas realizadas com amortização do passivo atuarial mediante alíquota suplementar que se refiram a servidores ativos”. Novamente, defendemos não existir razões jurídicas para distinguir a alíquota suplementar que se refira a servidores ativos daquela que se refira a inativos.

70. Não há como dissociar os gastos com remuneração dos servidores ativos, dos encargos sociais decorrentes da sua contratação, tendo em vista que quanto maior o

investimento em profissionais com vínculo estatutário, maior será o encargo previdenciário decorrente desse vínculo, por evidente. Abaixo o texto da LDBEN que deixa patente a ausência da distinção:

Art. 70. Considerar-se-ão como de manutenção e desenvolvimento do ensino as despesas realizadas com vistas à consecução dos objetivos básicos das instituições educacionais de todos os níveis, compreendendo as que se destinam a:

I - remuneração e aperfeiçoamento do pessoal docente e demais profissionais da educação;

II - aquisição, manutenção, construção e conservação de instalações e equipamentos necessários ao ensino;

III - uso e manutenção de bens e serviços vinculados ao ensino; IV - levantamentos estatísticos, estudos e pesquisas visando precipuamente ao aprimoramento da qualidade e à expansão do ensino;

V - realização de atividades-meio necessárias ao funcionamento dos sistemas de ensino;

VI - concessão de bolsas de estudo a alunos de escolas públicas e privadas;

VII - amortização e custeio de operações de crédito destinadas a atender ao disposto nos incisos deste artigo;

VIII - aquisição de material didático-escolar e manutenção de programas de transporte escolar.

Art. 71. Não constituirão despesas de manutenção e desenvolvimento do ensino aquelas realizadas com:

I - pesquisa, quando não vinculada às instituições de ensino, ou, quando efetivada fora dos sistemas de ensino, que não vise, precipuamente, ao aprimoramento de sua qualidade ou à sua expansão;

II - subvenção a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial, desportivo ou cultural;

III - formação de quadros especiais para a administração pública, sejam militares ou civis, inclusive diplomáticos;

IV - programas suplementares de alimentação, assistência médico-odontológica, farmacêutica e psicológica, e outras formas de assistência social;

V - obras de infraestrutura, ainda que realizadas para beneficiar direta ou indiretamente a rede escolar; VI - pessoal docente e demais trabalhadores da educação, quando em desvio de função ou em atividade alheia à manutenção e desenvolvimento do ensino.

71. A supramencionada lei também não incluiu os encargos sociais como despesas que não devem ser consideradas como de manutenção e desenvolvimento do ensino. Trata-se, na verdade, de um silêncio eloquente do legislador pátrio, não podendo ser interpretado de forma ampliativa pelo aplicador da norma.

72. Não há outra interpretação possível, tendo em vista que todas as normas de direito orçamentário e financeiro, ao tratar dos gastos com servidores, consideram todos os gastos

decorrentes do vínculo funcional, não somente aqueles pagos a título de vencimentos ou proventos. Trata-se de custo indireto que deve ser considerado por qualquer administração fiscalmente responsável.

73. Nesta mesma linha, prevê o artigo 18 da Lei de Responsabilidade Fiscal:

Art. 18. Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como despesa total com pessoal: o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, **bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência.**

§ 3º Para a apuração da despesa total com pessoal, será observada a remuneração bruta do servidor, sem qualquer dedução ou retenção, ressalvada a redução para atendimento ao disposto no [art. 37, inciso XI, da Constituição Federal.](#) [\(Incluído pela Lei Complementar nº 178, de 2021\)](#)

74. Essa previsão traz um enorme paradoxo: o Município precisa considerar os encargos sociais decorrentes do vínculo funcional dos profissionais de educação para fins de teto de gastos. Contudo, na hora de computar os gastos mínimos em educação, é proibido de fazer esse computo, de modo que, ao passo que o mesmo ordenamento obriga o Gestor a conter seus gastos com servidores, considerando o total global de seus gastos, outra norma, prevista no mesmo ordenamento jurídico, o obriga a aumentar suas despesas, desconsiderando os encargos sociais decorrentes dos gastos com a remuneração dos profissionais da educação básica, para atingir o mínimo em educação.

75. O artigo 19 da Lei de responsabilidade fiscal, em seu parágrafo 3º, prevê, expressamente, que:

§ 3º Na verificação do atendimento dos limites definidos neste artigo, é vedada a dedução da parcela custeada com recursos aportados para a cobertura do déficit financeiro dos regimes de previdência. (Incluído pela Lei Complementar nº 178, de 2021)

76. A situação fica mais contraditória ainda, quando se analisa o artigo 26 da 14.113/2020, que regulamenta o FUNDEB, que, ao determinar a aplicação mínima de 70% dos recursos dos fundos do FUNDEB no pagamento da remuneração dos profissionais da educação básica em efetivo exercício, determina a inclusão dos encargos sociais no conceito de remuneração, na linha do afirmado acima. Veja-se:

Art. 26. Excluídos os recursos de que trata o inciso III do caput do art. 5º desta Lei, proporção não inferior a 70% (setenta por cento) dos recursos anuais totais dos Fundos referidos no art. 1º desta Lei será destinada ao pagamento, em cada rede de ensino, da remuneração dos profissionais da educação básica em efetivo exercício.

Parágrafo único. Para os fins do disposto no caput deste artigo, considera-se:

I - remuneração: o total de pagamentos devidos aos profissionais da educação básica em decorrência do efetivo exercício em cargo, emprego ou função, integrantes da estrutura, quadro ou tabela de servidores do Estado, do Distrito Federal ou do Município, conforme o caso, inclusive os encargos sociais incidentes;

77. Assim, não havia até a EC 108/20 e ainda não há qualquer referência na legislação que determine a exclusão das despesas com os encargos sociais dos servidores ativos e inativos na contabilização dos investimentos em educação para fins do disposto no art. 212 da CF/88.

78. A Lei n. 7.348/85, aliás, classifica como despesa em educação aquelas que decorrem da *“manutenção do pessoal inativo, estatutário, originário das instituições de ensino, em razão da aposentadoria”*, norma esta que não foi revogada até o presente momento, demonstrando a coerência normativa e lógica do entendimento.

79. Não por outra razão este sempre foi o entendimento do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul.

80. Com efeito, não há qualquer razão lógica ou jurídica capaz de justificar tal diferenciação. Imaginemos a situação dos profissionais aposentados que gozam de paridade, essa situação torna ainda mais evidente a irracionalidade na diferenciação, tendo em vista que um aumento salarial destinado aos professores da ativa imediatamente redundará em reflexos financeiros aos inativos.

81. De fato, o aumento nos investimentos em educação passa em grande parte pela valorização salarial e remuneratória dos seus profissionais em atividade, logo, com o mesmo impacto financeiro para os aposentados com paridade. Portanto, ainda que se quisesse defender a diferenciação entre o tratamento dado aos servidores ativos e aos inativos, essa diferenciação jamais poderia ser tão genérica quanto à pretendida, tendo em vista que, pelo menos quanto aos servidores com direito à paridade e à integralidade de vencimentos, essa diferenciação seria impossível.

6 DA NECESSIDADE DE UMA REGRA DE TRANSIÇÃO

82. Vê-se que a Emenda Constitucional n. 108, de 2020 introduziu disposição até então inexistente no ordenamento e que, se adotarmos a interpretação pretendida por alguns, afastaria de imediato do gasto mínimo constitucional para Manutenção e Desenvolvimento do Ensino (“MDE”) as despesas com aposentadorias e pensões dos servidores em educação.

83. A regra, instituída sem um mecanismo esperado de transição, diverge das orientações até então emanadas deste Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Não houve por parte do legislador constitucional o estabelecimento de um período mínimo para ajustes na estrutura orçamentária dos entes federados.

84. A dificuldade de execução imediata da regra produziu reação de estados e municípios que seguiam outra metodologia desde o advento da Constituição Federal de 1988.

85. Por força desta inconformidade, já se tem notícia de iniciativa de outra PEC por parte do Senador Carlos Viana, motivada pela **impossibilidade fática de cumprimento imediato por parte dos entes federados** do quanto dispõe o § 7º do art. 212 da CF/88. A proposta referida acrescentaria o art. 60-B no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, conforme segue:

Art. 60-B. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios terão prazo de seis anos para atender à vedação prevista no § 7º do art. 212 da Constituição Federal, quanto à utilização de recursos de manutenção e desenvolvimento do ensino e do salário-educação, previstos nos §§ 5º e 6º do referido art. 212, para fins de pagamento de inativos e pensões, respeitados os seguintes percentuais mínimos anuais de redução escalonada dos gastos, em função dos realizados em 2020:

- I – 15% (quinze por cento) a menos, no primeiro ano;
- II – 32% (trinta e dois por cento) a menos, no segundo ano;
- III – 49% (quarenta e nove por cento) a menos, no terceiro ano;
- IV – 56% (cinquenta e seis por cento) a menos, no quarto ano;
- V – 73% (setenta e três por cento) a menos, no quinto ano.

86. Outra proposta, é aquela prevista pela PEC 13/21, que acrescenta o art. 115 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para determinar que os Estados o Distrito Federal e os Municípios, bem como seus agentes, não poderão ser responsabilizados pelo descumprimento, no exercício financeiro de 2020, do disposto no caput do art. 212 da Constituição Federal.

87. Inegavelmente, a mudança na Constituição sem previsão de uma regra de transição acaba por malferir, direta e indiretamente, a própria Carta Magna, diante da impossibilidade fática do ajuste imediato pelos entes federados.

88. Princípios constitucionais relevantes acabam agredidos neste contexto, dentre eles o Princípio Federativo (cláusula pétrea), que assegura autonomia entre os entes da federação (arts. 1º e 8º da CF/88), os Princípios da Proporcionalidade e Razoabilidade e, até mesmo, o conhecido Princípio da Reserva do Possível.

89. **Importante destacar que a Emenda Constitucional n. 29/2000, quando previu a aplicação anual mínima de percentual das receitas em serviços públicos de saúde, concomitantemente estabeleceu regra clara de transição**, com o crescimento progressivo dos investimentos, conforme se verifica do art. 77 no ADCT por ela introduzido, *verbis*:

Art. 77. Até o exercício financeiro de 2004, os recursos mínimos aplicados nas ações e serviços públicos de saúde serão equivalentes:

[...]

III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, quinze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.

§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que apliquem percentuais inferiores aos fixados nos incisos II e III deverão elevá-los gradualmente, até o exercício financeiro de 2004, reduzida a diferença à razão de, pelo menos, um quinto por ano, sendo que, a partir de 2000, a aplicação será de pelo menos sete por cento.

90. A previsão da regra de transição era necessária para evitar, justamente, a ruptura do Pacto Federativo pois não pode o legislador constitucional impor norma que desestruture de uma hora para outra a autonomia e capacidade de auto-gestão dos ente subnacionais.

91. Certo é que dispõe a Constituição Federal, em seu art. 60, § 4º, I, que *“não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado”*.

92. E como ensina MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, citando o constitucionalista alemão Robert Alexy, uma restrição afeta o conteúdo essencial da cláusula pétrea quando não é adequada, não é necessária ou é desproporcional em sentido estrito (Curso de Direito Constitucional, 40ª ed. Ed. Saraiva. P. 216/217).

93. No caso, a Emenda Constitucional 108/2020 impôs a entes federados obrigação impossível de se cumprir de um exercício para o outro, tendo ainda como sanção a possibilidade de intervenção da União nos Estados e dos Estados nos Municípios, conforme prevê o art. 35, III da CF/88.

94. Assim, inegavelmente, a introdução do § 7º ao art. 212 da Carta Magna sem o estabelecimento de regra gradativa de transição, viola o art. 1º, *caput* e por consequência o art. 60, § 4º, I da Constituição Federal, ultrapassando os limites concedidos ao poder constituinte derivado.

95. LUIZ ROBERTO BARROSO em obra clássica do moderno direito constitucional, aponta ser o Estado Federal caracterizado pela presença dos seguintes elementos:

- i) repartição de competências;
 - ii) **autonomia de cada ente, compreendendo nesta os poderes de auto-organização, autogoverno e autodeterminação;**
 - iii) partição da formação da vontade com a estruturação do Senado Federal.
- (Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, 5. ed. Saraiva. P. 207).

96. Nas lições do eminente doutrinador e Ministro do Supremo Tribunal Federal, quando a alteração constitucional agride o núcleo essencial do princípio federativo esvaziando competências substantivas, como é o caso da autonomia, está caracterizada a emenda inconstitucional por violação a cláusulas pétreas, que conferem segurança à estrutura do Estado.

97. Vale lembrar, também, que é possível que uma determinada norma, seja ela uma lei ou uma emenda constitucional, seja inconstitucional apenas na aplicação a determinados grupos de pessoas ou de situações específicas de tempo ou espaço. É o caso da inconstitucionalidade parcial, em que a lei pode ser formalmente e materialmente constitucional, mas a sua aplicação em determinado período seria inconstitucional, como ocorreria, por exemplo, na cobrança de um tributo no mesmo exercício da sua instituição. O tributo seria formal e materialmente constitucional, mas a sua aplicação naquele exercício seria inconstitucional.

98. Gilmar Mendes, citando Lúcio Bittencourt, explica sobre a declaração de nulidade parcial sem redução de texto:

“Ainda no que tange à constitucionalidade parcial, vale considerar a situação paralela em que uma lei pode ser válida em relação a certo número de casos ou pessoas e inválida em relação a outros. É a hipótese, *verbi gratia*, de certos diplomas redigidos em linguagem ampla e que se consideram inaplicáveis a fatos pretéritos, embora perfeitamente válidos em relação às situações futuras. Da mesma forma, a lei que estabelecesse, entre nós, sem qualquer distinção, a obrigatoriedade do pagamento de imposto de renda, incluindo na incidência deste os proventos de qualquer natureza, seria inconstitucional no que tange à remuneração dos jornalistas e professores.^[6]

99. Continua:

Não raro o Supremo Tribunal Federal constata a inconstitucionalidade da cobrança de tributo sem a observância do princípio da anterioridade (Constituição de 1946, art. 141, § 34; Constituição de 1967/69 970, art. 153, § 29; Constituição de 1988, art. 150, III, b) 971. Dessarte, firmou-se orientação sumulada segundo a qual “é inconstitucional a cobrança de tributo que houver sido criado ou aumentado no mesmo exercício financeiro” (Súmula 67). **Como se vê, essas decisões não levam, necessariamente, à cassação da lei, uma vez que ela poderá ser aplicada, sem nenhuma mácula, já no próximo exercício financeiro.**

[...] **Também aqui se limita o Tribunal a considerar inconstitucional apenas determinada hipótese de aplicação da lei, sem proceder à alteração do seu programa normativo.**^[7]

100. Parece-nos ser o caso da EC 108/2020. Não que a emenda seja formalmente ou materialmente inconstitucional, mas qualquer interpretação no sentido de que ela já seja aplicável no presente exercício seria inconstitucional, por ferir os princípios acima referidos.

101. É importante mencionar, ainda, que diante da crise sanitária e financeira que a pandemia do COVID-19 ocasionou, exigir-se um incremento exponencial nos gastos públicos é irrazoável tanto do ponto de vista fático, quanto do ponto de vista jurídico, tendo em vista as limitações impostas pela Lei Complementar 173 de 2020.

102. Cediço é que a crise sanitária decorrente da Pandemia do COVID-19 atingiu fortemente os orçamentos dos entes federativos, ora pela perda de arrecadação, ora pela necessidade imediata e imprevisível de dispêndio de vasta soma de recursos nas áreas diretamente relacionadas ao enfrentamento da Pandemia. Soma-se a isso o contexto fático de extrema dificuldade de alavancagem dos gastos em educação justamente no momento em que as atividades educacionais ficaram suspensas por longo período.

103. A aplicação fria e literal do texto constitucional sem que se passe os olhos na supramencionada situação material em que se encontram os entes subnacionais revela uma nítida aplicação inconstitucional da norma prevista na EC 108/2020. É caso, portanto, de se interpretar a norma de modo a preservar a sua constitucionalidade.

104. No caso específico de Porto Alegre, a situação é ainda mais grave, tendo em vista que o comportamento até então adotado era fruto de orientação do próprio Tribunal de Contas, que, acompanhando durante longos anos a apuração do computo do MDE pela capital do estado, jamais vedou o cômputo aqui debatido.

105. Assim, é possível defender, diante da impossibilidade de Prefeitos e Municípios demandarem diretamente em face de emenda constitucional, que o instrumento adequado para a realização dessa filtragem constitucional, por parte do Poder Executivo Municipal, seja por meio da interpretação constitucional^[8], determinando-se aos seus agentes e órgãos que não apliquem a lei de conteúdo flagrantemente inconstitucional, tendo em vista o princípio da supremacia da Constituição.^[9]

106. Vale destacar, contudo, que quanto ao objeto da presente consulta, conforme já se demonstrou amplamente acima, a Constituição Federal não trouxe efetivamente nova redação quanto à apuração do MDE e a vedação do computo com os encargos sociais dos servidores ativos e inativos. Trata-se de sinalização de mudança de interpretação da própria corte de contas, diante da alteração de entendimento promovido pela IN 18/20 TCE/RS.

107. Nesse aspecto, a Lei 13.655/2018 (lei da segurança para a inovação pública) trouxe importante avanço ao inserir o artigo 30 à LINDB, que dispõe: “as autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas”.

108. Nas palavras do professor Floriano de Azevedo Marques Neto:

“O dispositivo teve o objetivo de realizar o *trespasse* da *stare decisis* às decisões administrativas – racional que remonta ao precedente *London Tramways v London Country Council*, de 1898, no qual se consagrou, pela primeira vez, a vinculação da *House of Lords* às suas próprias decisões. De acordo com tal teoria, terá o julgador de, preliminarmente, definir o **holding, assim considerado como a norma, a ser extraída do caso concreto, que deverá vincular as futuras decisões**. Sua identificação passa pela identificação dos fatos (*material facts*) e dos fundamentos necessários à constituição do precedente (*rationale*), excluindo-se, porém, o *obiter dictum*, que são as considerações marginais ao julgado paradigma, que não terão efeitos vinculantes.^[10]

109. Desse modo, havendo identidade subjetiva, ou seja, possuindo os fatos as mesmas características, a interpretação materializada em uma decisão deverá ser aplicada futuramente, no âmbito da mesma entidade administrativa.

110. O chamado holding (norma que se extrai do motivo e do objeto do julgamento do órgão de controle) é vinculante para o próprio órgão em decisões posteriores.

111. É de se reconhecer que a LINDB trouxe inúmeros avanços nesse ponto. Contudo, a teoria do precedente administrativo, aqui incluído os órgãos de controle, já vinha sendo defendida pela doutrina por meio de uma interpretação do novo CPC, diante da combinação do art. 927, I a V, do CPC/2015, combinado com o art. 15, que resguarda a sua aplicação aos processos administrativos.^[11]

112. Trata-se de importante mudança estabelecida com o objetivo de promover a segurança jurídica (art. 5, XXXVI da CF), em especial na interpretação do direito público, que atinge, inevitavelmente, toda a sociedade e que passa, sem dúvida alguma, por um quadro de incerteza e de mudança permanente.

113. Não é defeso ao Tribunal de Contas evoluir o seu pensamento, de modo a, demonstrando a necessidade de se realizar um *overruling*, superar o seu precedente, trazendo nova interpretação à aplicação do ordenamento jurídico.

114. O que não se admite, por óbvio, é que essa mudança de entendimento seja realizada de forma abrupta, alterando de surpresa completamente o seu entendimento anterior, causando mais prejuízo do que a manutenção da interpretação que se julga equivocada.

115. Nessa esteira, surge importante mudança trazida pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, prevista no art. 23, que possui a seguinte redação:

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

116. Portanto, a norma geral do Direito Brasileiro impõe, desde 2018, a obrigação de que o órgão de controle, nos casos em que pretenda alterar o seu posicionamento anterior, preveja um regime de transição, modulando os efeitos de sua aplicação, sem que seja possível a sua aplicação imediata ao caso submetido.

117. Desse modo, pode-se afirmar que seria possível ao TCE, quando da análise das contas do Município de Porto Alegre, sinalizar uma mudança de entendimento, recomendando ao ente municipal que, em um período razoável, organize suas finanças para se enquadrar no novo entendimento.

118. Analisando o novel dispositivo, o eminente professor titular da Faculdade de Direito do Largo São Francisco (USP) Floriano de Azevedo Marques Neto, cita exemplos que se amoldam à perfeição ao caso submetido à consulta:

Note-se que a sujeição às regras da LINDB deve se dar mesmo para os órgãos que tenham regime constitucional especial, como as cortes de contas e o Ministério Público, mesmo nas suas atividades não jurisdicionais. De sorte que recomendações ou determinações emanadas pela esfera de controle devem observar o que prediz o art. 23. Assim, por exemplo, se numa comarca o Ministério Público entende que o atendimento a uma regra de direito ambiental é observada pela Municipalidade com uma dada providência e com o tempo passa a entender necessário algo mais rigoroso, necessariamente deverá ser aplicado o art. 23, estabelecendo-se um período de transição razoável e com sopesamento dos ônus. (...)

Pois o que faz o art. 23 da LINDB é ampliar o dever de transição em prol da segurança jurídica, evitando surpresas, mudanças drásticas, “cavalos-de-pau hermenêuticos”.

Assim, por exemplo, quando um Tribunal de Contas muda seu entendimento sobre o que deve e o que não deve ser computado nos gastos obrigatórios com educação nas contas públicas, a alteração de entendimento sobre a licitude ou ilicitude de um gasto deverá vir acompanhada de uma regra de transição para que o destinatário, governo estadual ou municipal, se adapte a ponto tal de absorver e implantar a interpretação novel.

Temos então que presente a fattispecie exposta no item anterior, tem o agente, órgão ou ente emissor da decisão, de prever, no mesmo ato, regime de transição que, basicamente (i) module temporalmente a eficácia da nova interpretação; e (ii) distribua os ônus e consequências dela derivados dentro de critérios de proporcionalidade.[\[12\]](#)

119. A imposição de uma transição proporcional impõe ao órgão decisor o ônus argumentativo de demonstrar a adequação, necessidade e proporcionalidade da sua decisão, acarretando a sua nulidade nos casos em que não observada, sem qualquer alternativa de sua preservação.

120. Outro ponto importante do supramencionado artigo é a necessidade de distribuição equânime dos ônus e consequências da nova interpretação, dentro de critérios de proporcionalidade.

121. Assim, é inadmissível que o Tribunal de Contas imponha toda a carga de sua mudança repentina de entendimento ao Poder Executivo Municipal e, indiretamente, à população de Porto Alegre, que necessitando, urgentemente, de novos investimentos em outros setores da sociedade, bem como sofrendo com a falta de novas fontes de receitas, diante da crise trazida pela pandemia do Coronavírus, terá que alocar recursos de forma repentina e não planejada para atender a mudança de interpretação.

122. Como se pode verificar, a Corte deverá ponderar para que uma eventual decisão em sentido contrário ao definido nesse parecer não traga consigo efeitos deletérios desnecessários, bem como para que seja proporcional e equânime, sem impor ao Município e aos cidadãos porto-alegrenses ônus ou perdas anormais ou excessivas.

123. A consideração das consequências jurídicas e administrativas de qualquer decisão invalidante é um dever imposto pelo ordenamento jurídico ao julgador. Vejamos:

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) (Regulamento)

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

124. Distribuição equânime dos ônus é cognato associado à ideia de *fairness*, ou seja, de distribuição equivalente de cargas.

125. Ora, se mesmo com nenhuma alteração significativa no texto constitucional que indique a necessidade de alteração do computo dos gastos com os encargos sociais dos profissionais de educação na apuração do MDE, o TCE entender que deve mudar o seu posicionamento, mesmo diante do acompanhado de perto pelos órgãos técnicos do TCE durante esses longos anos, bem como o entendimento expresso revelado por meio das suas IN's, tal rejeição de contas será fruto de um erro de todos os atores envolvidos, inclusive da própria Corte de Contas.

126. Assim, entendemos que não seria possível uma mudança de interpretação repentina por parte do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, com aplicação imediata para o presente exercício.

7 CONCLUSÕES E RECOMENDAÇÕES

127. Forte no exposto, sem prejuízo do acima afirmado, que não se dispensa a leitura, conclui-se que:

I. É inegável que Emenda Constitucional 108/2020 e as alterações legislativas da Lei 14.113/2020 tiveram o intuito de incrementar os gastos dos entes federativos com Manutenção e Desenvolvimento de Ensino. Desse modo, vale ressaltar a importância do Gestor Municipal ter em mente a necessidade de incremento nos gastos com Educação, matriz da atuação do Poder Constituinte Derivado na referida alteração. Assim, é recomendável a atuação do Município no sentido de alavancar, quanto possível, a destinação de recursos à manutenção e desenvolvimento do ensino (MDE) visando ao cumprimento do texto constitucional;

II. Nesse ponto, ressalte-se também a necessidade de verificar se o município tem computado como MDE todos os gastos admitidos pela legislação de regência após as recentes alterações, a exemplo dos gastos direcionados para as escolas comunitárias, confessionais, filantrópicas, bem como a ampliação do rol de profissionais admitidos no cômputo dos gastos em MDE (art. 26, II, da lei 14.113/2020) (como não é o objeto da presente consulta, não avançaremos no tema);

III. Quanto à mudança introduzida pela EC 108/2020 no tocante ao pagamento de aposentadorias e pensões, limitando-se a analisar apenas os aspectos jurídicos da questão, entendemos que este ponto não atinge de forma significativa o Município de Porto Alegre. Não há no Município de Porto Alegre pagamento de aposentadorias e pensões com recursos do Tesouro, tampouco seria realizado o cômputo de tais gastos no MDE;

IV. O que ocorre é o cômputo da contribuição patronal do Município, bem como da contribuição patronal suplementar, instituída para a cobertura do déficit previdenciário com inativos e pensionistas da educação. Tais despesas configuram despesas de natureza tributária, conforme se demonstrou amplamente no bojo deste parecer;

V. Em relação aos encargos sociais referentes aos servidores ativos, não parece existir muita discussão, existindo entendimento do TCE, veiculado no ofício circular DCF nº 33/2021, defendendo a possibilidade de se computar como aplicação em MDE as despesas realizadas com amortização do passivo atuarial mediante alíquota suplementar, bem como a cota patronal referente aos servidores ativos;

VI. Defende-se neste parecer a inexistência de razões jurídicas para a distinção entre as contribuições sociais pagas em relação aos servidores ativos daquelas realizadas em decorrência do vínculo dos servidores inativos. Ambas mantêm suas naturezas jurídicas tributárias, não podendo ser consideradas como pagamento de aposentadoria, tendo em vista o disposto no art. 4º do CTN;

VII. É preciso interpretar a EC 108/2020 conforme a Constituição, à luz da realidade fática a qual está submetido o Município de Porto Alegre, tanto pela dura realidade imposta pela Pandemia do Coronavírus, quanto pela realidade jurídico-institucional decorrente das orientações e jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, de

modo que a aplicação imediata da alteração constitucional revelaria situação mais inconstitucional do que a não aplicação da norma. Trata-se de clássico exemplo da chamada inconstitucionalidade parcial sem redução de texto.

É o parecer, que ora submete-se à apreciação superior.

JHONNY PRADO
Procurador para Assuntos Estratégicos

CRISTIANE DA COSTA NERY
Procuradora-Geral Adjunta de Assuntos Fiscais

-
- [1] Hipóteses de incidência Tributária. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1196.
- [2] Contribuições no sistema tributário brasileiro. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 25.
- [3] Comentários à Constituição de 1988 – Sistema Tributário, 3. ed., pag. 37.
- [4] Em <https://www.tesourotransparente.gov.br/publicacoes/manual-de-demonstrativos-fiscais-mdf>, página 296.
- [5] Curso de Direito Constitucional Tributário, 31. edição, p. 684.
- [6] Carlos Alberto Lúcio Bittencourt, O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, cit., p. 128
- [7] Mendes, Gilmar Ferreira Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 13. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.
- [8] “Os Poderes Executivo e Legislativo, por sua chefia — e isso mesmo tem sido questionado com o alargamento da legitimação ativa na ação direta de inconstitucionalidade —, podem tão só determinar aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos com força de lei que considerem inconstitucionais” (ADI 221-MC/DF, Rel. Min. Moreira Alves; DJ de 22.10.1993, p. 22251, Ement. v. 01722-01, p. 28 — grifamos).
- [9] Nesse sentido, Clèmerson Merlin Clève, A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro , 2. ed., p. 247-248; e Gustavo Binenbojm, A nova jurisdição constitucional brasileira, p. 216 e s.
- [10] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. DE FREITAS, Rafael Vêras. A nova LINDB e a incorporação da teoria dos precedentes administrativos ao país.
- [11] Sobre o tema: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. Precedentes no Direito Administrativo. Editora Gen: Rio de Janeiro, 2018.
- [12] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Rev. Direito Adm.*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 93-112, nov. 2018.

DEFINIÇÃO LEGAL DA FIGURA DO ENCARREGADO, SUA FUNÇÃO E IMPORTÂNCIA PARA INSTITUIÇÃO, DE ACORDO COM AS DISPOSIÇÕES DA LGPD, TRABALHOS DOUTRINÁRIOS, EXPERIÊNCIA DE OUTROS ENTES FEDERATIVOS E AS PRÁTICAS INTERNACIONAIS.

Daniela Copetti Cravo¹

NOTA TÉCNICA PGADPUMA/PGM N. 12965240
PROCESSO SEI: 20.0.000100171-0
INTERESSADO: COMITÊ GESTOR DE PROTEÇÃO DE DADOS

I CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A presente Nota Técnica tem como objetivo apresentar ao Comitê Gestor de Proteção de Dados a definição legal da figura do Encarregado, a sua função e sua importância para instituição.

Para tanto, essa Nota Técnica levará em consideração as disposições da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), trabalhos doutrinários no tema, bem como a experiência de outros entes federativos, que já regulamentaram a questão e indicaram seus encarregados, e as práticas internacionais.

Passamos, então, à análise da figura do encarregado:

II ENCARREGADO

A. Definição e Funções

A figura do Encarregado teve como inspiração o cargo de DPO (Data Protection Officer), da experiência europeia. Apesar de algumas semelhanças, essas duas figuras (DPO e Encarregado) não são totalmente coincidentes e possuem algumas diferenças. Porém, tendo em vista a tradição já consolidada da União Europeia e falta de parâmetros

¹ Procuradora Municipal de Porto Alegre.

sólidos no Brasil, os trabalhos técnicos da União Europeia (WP29) acabam servindo de fonte para a prática brasileira.

O Encarregado, no Brasil, foi trazido pela LGPD, que assim o define no seu artigo 5º, inciso VIII: “pessoa indicada pelo controlador e operador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD)”.

Veja que a redação atual traz apenas a referência à palavra “pessoa”, sem restringir que essa seja pessoa natural, como fez a redação anterior e que não está mais em vigência. Como isso, tem-se entendido que o Encarregado pode ser pessoa jurídica.

Apesar de lei não vedar a possibilidade dessa função ser desempenhada por meio de uma pessoa jurídica, para o poder público, a possibilidade de terceirização precisa ser analisada com cautela e à luz das normas de direito público (que restringem em certas hipóteses a execução indireta)¹. Assim, como essa análise foge do escopo da presente NT, tal questão não será aqui abordada.

Por ser um canal de comunicação, a identidade e as informações de contato do encarregado deverão ser divulgadas publicamente, de forma clara e objetiva, preferencialmente no sítio eletrônico do controlador.

Além de servir como um canal de comunicação, a LGPD atribuiu outras funções ao Encarregado, como as de I - aceitar reclamações e comunicações dos titulares, prestar esclarecimentos e adotar providências; II - receber comunicações da autoridade nacional e adotar providências; III - orientar os funcionários e os contratados da entidade a respeito das práticas a serem tomadas em relação à proteção de dados pessoais; e IV - executar as demais atribuições determinadas pelo controlador ou estabelecidas em normas complementares.

Veja-se que outras atribuições podem ser determinadas pelo controlador ou em normas complementares. Um exemplo disso é o que ocorreu no Estado de Pernambuco, que previu, no Decreto Estadual nº 49.265/2020, as seguintes atribuições ao Encarregado:

Art. 13. Compete ao encarregado e sua equipe de apoio: I - gerenciar a Política de Proteção de Dados Local para: a) inventariar os tratamentos do controlador, inclusive os eletrônicos; b) analisar a maturidade dos tratamentos em face dos objetivos e metas estabelecidos e do conseqüente risco de incidentes de privacidade; c) avaliar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito; d) adotar as providências cabíveis para implementar as medidas de segurança avaliadas; e e) cumprir os objetivos e metas previstas na Política de Proteção de Dados Pessoais Locais. II - receber reclamações e comunicações dos titulares, prestar esclarecimentos e adotar providências, em articulação com a Ouvidoria de cada órgão e entidade; III - receber comunicações da Agência Nacional de Proteção de Dados Pessoais - ANPD e adotar providências; IV - orientar os funcionários e os contratados no cumprimento das práticas necessárias à privacidade de dados pessoais; V -

quando provocado, entregar o Relatório de Impacto de Proteção aos Dados Pessoais, na forma da lei, com o apoio técnico das áreas jurídica e tecnológica da entidade; VI - atender às normas complementares da Agência Nacional de Proteção de Dados Pessoais; e VII - informar à Agência Nacional de Proteção de Dados Pessoais e aos titulares dos dados pessoais eventuais incidentes de privacidade de dados pessoais, dentro da execução de um plano de respostas a incidentes.”

Certo é que uma das primeiras preocupações do encarregado deve ser buscar a adequação e conformidade da instituição com a LGPD, ajudando na implementação dos seguintes elementos: 1) princípios do processamento de dados, 2) direitos dos titulares, 3) *data protection by design and by default* 4) registros de atividades de processamento, 5) segurança de processamento, 6) notificação e comunicação de incidente de segurança. Além disso, ele terá um papel crucial no fomento da cultura de proteção de dados no Município ⁱⁱ.

B. Importância e Garantias do Encarregado

O artigo 23 da LGPD, inciso III, exige que seja indicado um encarregado para que haja tratamento de dados pessoais pelo poder público (dentro do qual se inclui o Município). Veja que a indicação do encarregado é algo indispensável para que o Município possa tratar dados pessoais ⁱⁱⁱ.

Tendo em vista que um dos pilares da LGPD é a transparência e a prestação de contas, o Encarregado é a pedra angular para o cumprimento desses deveres, além de facilitar o cumprimento e a conformidade da instituição com a LGPD ^{iv}.

Entende-se que o encarregado deve ter acesso direto à alta administração e que, apesar de a LGPD assim não expressamente prever, é importante que o Encarregado tenha autonomia técnica, orientando, apontando riscos, e sugerindo adequações e melhores práticas ao Controlador, a quem competem as decisões sobre o tratamento ^{v-vi}.

O controlador também tem um papel crucial na habilitação do desempenho efetivo do Encarregado. A indicação desse é o primeiro passo, mas o controlador também precisa disponibilizar a esse recursos materiais e pessoais para que o encarregado possa realizar suas tarefas de forma eficaz ^{vii}.

No âmbito a União Europeia, garante-se que o encarregado seja membro do quadro pessoal, mediante a preservação dos deveres de sigilo e confidencialidade e mandato fixo e renovável ^{viii}.

C. Perfil Desejado

A LGPD não determina que o Encarregado seja um profissional do direito. E a ausência dessa restrição é bastante positiva, uma vez que a atividade requer conhecimentos multidisciplinares, como conhecimento das normas de proteção de dados, análise jurídica, gestão de riscos, governança de dados e acesso à informação no setor público.

O encarregado também precisa compreender o sistema de informação e as atividades do controlador. Ainda, são importantes as qualidades pessoais de integridade e ética ^{ix}.

Também se entende que o Encarregado não deverá se encontrar lotado nas unidades de Tecnologia da Informação ou ser gestor responsável de sistemas de informação para evitar conflito de interesse. As áreas de Tecnologia da Informação e de Sistemas de Informação são áreas cruciais para proteção de dados, e, por isso, devem ser reguladas e controladas. Essa foi a opção estampada na INSTRUÇÃO NORMATIVA SGD ME Nº 117-2020, que dispõe sobre “a indicação do Encarregado pelo Tratamento dos Dados Pessoais no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.”

Ainda, considerando que o Encarregado precisa estabelecer uma boa comunicação entre o Controlador, o Titular dos dados e a ANPD, há a possibilidade de que o desempenho dessa função seja feito pela Ouvidoria como uma função adicional (sem confundir as duas funções, tendo em vista o artigo 23, §3º da LGPD). A título de exemplo, o TCU atribuiu à Ouvidoria o exercício das atividades de encarregado pelo tratamento de dados pessoais (PORTARIA-TCU Nº 142, DE 25 DE SETEMBRO DE 2020).

Também há experiências no sentido de nomear o Controlador como o encarregado. Essa foi a escolha do Município de São Paulo que designou, no Decreto n.º 59.767/2020, o Controlador Geral do Município como o encarregado da proteção de dados pessoais. Considerando que o exercício dos direitos dos titulares será exercido com base na LAI (Lei de Acesso à Informação), entre outras normas, há uma certa pertinência temática nessa indicação.

O ideal é que o Encarregado possa desenvolver suas atividades com exclusividade. Caso isso não seja possível, é importante que esse tenha ao menos tempo suficiente para o desempenho da função.

III CONSIDERAÇÕES FINAIS

A indicação do Encarregado e a divulgação de sua identidade e informações de contato no sítio eletrônico do Município são de extrema importância. O artigo 23, inciso III, da LGPD traz essa indicação como um requisito necessário para que o Poder Público possa tratar dados pessoais.

Ademais, é crucial o envolvimento do Encarregado logo no início do programa de adequação ^x à LGPD, para que ele possa auxiliar e participar dos trabalhos. O Encarregado deve sempre participar de reuniões ou discussões que envolvam o tema de proteção de dados no Município.

NOTAS:

i Usando por analogia a norma federal sobre o tema, o artigo 3º do Decreto 9.507/2018 determina que não serão objeto de execução indireta (terceirização) na administração direta, autárquica e fundacional, os serviços: I - que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle; II - que sejam considerados estratégicos para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias; III - que estejam relacionados ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; e IV - que sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

ii ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. Guidelines on Data Protection Officers ('DPOs'). Disponível em: [xxxx/xx/EN \(europa.eu\)](#). Acesso em 27 de jan. de 2021.

iii Segundo Fabrício da Mota Alves "(...) diferentemente do que ocorre quando o agente de tratamento é pessoa jurídica de direito privado ou, ainda, pessoa natural, a LGPD estabelece um conjunto de condições – em particular, a indicação do encarregado – para o tratamento de dados pessoais pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, inclusive as entidades que compõem a administração pública indireta, de todos os Poderes republicanos." ALVES, Fabrício da Mota. Estruturação do cargo de DPO em entes públicos. In: BLUM, Renato Opice; VAINZOF, Rony; MORAES, Henrique Fabretti (Coords.). *Data Protection Officer (encarregado): teoria e prática de acordo com a LGPD e o GDPR*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 528.

iv ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. Guidelines on Data Protection Officers ('DPOs'). Disponível em: [xxxx/xx/EN \(europa.eu\)](#). Acesso em 27 de jan. de 2021.

v GOMES, Rodrigo Dias de Pinho. CONSIDERAÇÕES SOBRE A FIGURA DO ENCARREGADO PELO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS. Disponível em: [Considerações sobre a figura do encarregado pelo tratamento de dados pessoais na Lei Geral de Proteção de Dados - ESA - OABRJ](#). Acesso em 27 de jan. de 2021.

vi No âmbito da União Europeia, o entendimento é que o Encarregado não é pessoalmente responsável pelo descumprimento da LGPD, já que a conformidade é de responsabilidade do Controlador e do Operador. ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. Guidelines on Data Protection Officers ('DPOs'). Disponível em: [xxxx/xx/EN \(europa.eu\)](#). Acesso em 27 de jan. de 2021.

vii ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. Guidelines on Data Protection Officers ('DPOs'). Disponível em: [xxxx/xx/EN \(europa.eu\)](#). Acesso em 27 de jan. de 2021.

viii ALVES, Fabrício da Mota. Estruturação do Cargo de DPO em entes públicos. In [VAINZOF, R.; BLUM, R. M. S. O. \(Org.\); FABRETTI, H. \(Org.\)](#). *Data Protection Officer: Teoria e Prática de Acordo com a LGPD e o GDPR*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. v. 1., p. 540.

ix ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. Guidelines on Data Protection Officers ('DPOs'). Disponível em: [xxxx/xx/EN \(europa.eu\)](#). Acesso em 27 de jan. de 2021.

x ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. Guidelines on Data Protection Officers ('DPOs'). Disponível em: [xxxx/xx/EN \(europa.eu\)](#). Acesso em 27 de jan. de 2021.

Daniela Copetti Cravo,
Procurador Municipal,
em 28/01/2021, às 14:57.

MU
NI
CÍPIO
EM
JUÍZO



ÁREA DO DIREITO:
DIREITO CONSTITUCIONAL.
DIREITO ADMINISTRATIVO. DIREITO DE SAÚDE.

**AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO.
ABERTURA DE LEITOS HOSPITALARES NO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE,
DESTINADOS A TRATAMENTO DE PACIENTES INFECTADOS PELA COVID/19.**

Gerson Dalle Grave¹
Sandra Denardin²

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5092987-62.2020.8.21.7000/RS
TIPO DE AÇÃO: VIGILÂNCIA SANITÁRIA E EPIDEMOLÓGICA
ÓRGÃO JULGADOR: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL,
1ª CÂMARA CÍVEL
AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGRAVADO: MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5093354-86.2020.8.21.7000/RS
TIPO DE AÇÃO: VIGILÂNCIA SANITÁRIA E EPIDEMOLÓGICA
ÓRGÃO JULGADOR: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL,
1ª CÂMARA CÍVEL
AGRAVANTE: ASSOCIACAO BENEFICENTE SAO MIGUEL - ABSM
AGRAVADO: MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE

COMENTÁRIOS³

A 1ª Câmara Cível do TJ confirmou, por unanimidade, decisão de 1º grau que indeferiu pedido do Ministério Público referente à abertura de leitos hospitalares para pacientes com Covid-19 na Capital do Estado do Rio Grande do Sul. Ajuizada no ano de 2020, a ação pretendia que o Judiciário determinasse a habilitação de leitos especificamente nos hospitais Beneficência Portuguesa e Parque Belém. A decisão,

¹ Procurador Municipal de Porto Alegre.

² Jornalista. Coordenadora da Assessoria de Comunicação da PGM de Porto Alegre. Autora dos comentários deste texto.

³ Veja reportagem publicada na página da Prefeitura de Porto Alegre em 06/09/2021:

DENARDIN, Sandra. **Covid-19:** TJ avaliza decisão da prefeitura sobre os leitos no Beneficência e Parque Belém. Disponível em: <https://prefeitura.poa.br/pgm/noticias/covid-19-tj-avaliza-decisao-da-prefeitura-sobre-os-leitos-no-beneficencia-e-parque>. Acesso em: 04 nov. 2021.

unânime, foi divulgada em 06/09/2021, pela força-tarefa instituída na Procuradoria-Geral do Município (PGM) para tratar das questões específicas da Covid.

Segundo o procurador municipal Gerson Dalle Grave, que atuou na ação, a PGM conseguiu comprovar que o Município tomou as medidas adequadas para as internações necessárias. “Ficou demonstrado que o Município não atuou de forma inerte ou negligente na ativação dos leitos. Pelo contrário, diante do caráter volátil da pandemia, o escalonamento dos leitos foi pautado pelo zelo adequado da qualidade dos serviços disponíveis, habilitando novos leitos nas instituições hospitalares credenciadas, a fim de atender as pessoas que necessitam de internação”, explica o procurador.

Sobre a abertura de leitos nos hospitais Beneficência Portuguesa e Parque Belém, ficou atestada a impossibilidade de adequação das instituições para receber pacientes com Covid. No caso do Parque Belém, os bens e equipamentos da instituição foram requisitados administrativamente no início da pandemia para ampliar a capacidade de atendimento em outras instituições de saúde. “Igualmente, foi demonstrado que operações já instaladas e em plena atividade se mostram mais robustas e seguras assistencialmente falando se comparadas à abertura de estruturas prediais desativadas por completo”, informa Gerson Dalle Grave.

No que se refere ao Beneficência Portuguesa, foi comprovado pela PGM que o hospital não atendia às exigências técnicas previstas na Resolução Anvisa n. 50/2002 quando a ação foi ajuizada. “Contudo, após adequações, o hospital teve leitos assegurados através de contrato com Poder Público, situação que ensejou a perda parcial do objeto da demanda”, conclui.

DECISÕES

1 – HOSPITAL BENEFICÊNCIA PORTUGUESA (POA/RS)

Núm.: 50933548620208217000

Tipo de processo: Agravo de Instrumento

Tribunal: Tribunal de Justiça do RS

Classe CNJ: Agravo de Instrumento

Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal

Órgão Julgador: Primeira Câmara Cível

Comarca de Origem: PORTO ALEGRE

Seção: CIVEL

Assunto CNJ: Vigilância Sanitária e Epidemiológica

Decisão: Acórdão

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO DE DECISÃO QUE DENEGOU PEDIDO DE LIMINAR PLEITEADA NO BOJO DE MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. ABERTURA DE LEITOS NO HOSPITAL BENEFICÊNCIA PORTUGUESA (POA/RS). TRATAMENTO DE PACIENTES COM COVID/19. CONSIDERAÇÕES. 1. O mandado de segurança é um remédio constitucional que protege direito líquido e certo do

impetrante contra ato ilegal ou abuso de poder praticado por autoridade pública (art. 5º, inciso LXIX, da CF/1988). O direito invocado necessita de comprovação inequívoca, sem margem para dúvidas ou necessitar de produção de provas em juízo para ser assegurado. 2. O pedido de abertura de leitos em entidade hospitalar para tratamento de pacientes com COVID/19, quando não atendidos os requisitos estabelecidos pelas autoridades sanitárias, depende da produção de prova técnica na fase de instrução do feito, razão pela qual o mandado de segurança não é a via adequada para amparar a pretensão da agravante. 3. Hipótese em que, considerando a gravíssima crise no sistema de saúde do Estado/RS e a necessidade urgente de leitos hospitalares para a internação de pessoas contaminadas pelo coronavírus, relativizou-se os requisitos expressos no texto constitucional e se determinou a juntada de documentos que comprovassem a viabilidade técnica de acolher a pretensão em tela, sendo que ambas as partes quedaram-se inertes. 4. Consentimento das partes quanto a perda do objeto recursal, diante da notícia divulgada no Jornal do Comércio, em 15/3/2021, de que ocorreu a abertura de 19 leitos de UTI no Hospital Beneficência Portuguesa destinados a tratamento de pacientes com coronavírus. Informação corroborada pelos dados que constam no site de Monitoramento das UTIs de Porto Alegre. RECURSO DESPROVIDO. (Agravo de Instrumento, Nº 50933548620208217000, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal, Julgado em: 26-08-2021)

Data de Julgamento: 26-08-2021

Publicação: 02-09-2021

2 – HOSPITAL PARQUE BELÉM

Núm.: 50929876220208217000

Inteiro teor:

Tipo de processo: Agravo de Instrumento

Tribunal: Tribunal de Justiça do RS

Classe CNJ: Agravo de Instrumento

Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal

Órgão Julgador: Primeira Câmara Cível

Comarca de Origem: PORTO ALEGRE

Seção: CIVEL

Assunto CNJ: Vigilância Sanitária e Epidemiológica

Decisão: Acórdão

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA ABERTURA DE LEITOS HOSPITALARES NO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE, DESTINADOS A TRATAMENTO DE PACIENTES INFECTADOS PELA COVID/19. PEDIDO DE LIMINAR. CONSIDERAÇÕES. 1. A adoção de políticas públicas na área da saúde, à luz dos princípios da universalidade, da igualdade e da integralidade de assistência, é obrigação imposta aos entes federados pelo legislador constituinte de 1988 (art. 23, inciso II, art. 196 e 198, incisos). O direito à saúde é garantia fundamental (art. 6º, caput, da CF/1988), com aplicação imediata, por meio do qual se busca preservar o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático e Social de Direito (art. 1º, inc. III, da CF/1988). 2. A ampliação de leitos

hospitalares para tratamento de pacientes que contraíram COVID/19 é medida essencial à preservação dos direitos fundamentais, como forma de proteção de um núcleo essencial, evitando-se o seu esvaziamento em decorrência de possíveis omissões por parte dos gestores, que venha a causar aumento do número de vítimas contaminadas por essa doença, implementando um verdadeiro retrocesso social. 3. É fato que diante de um vírus tão letal e com elevado poder de propagação o sistema de saúde entre em colapso, não existindo espaço e conhecimento científico em tempo hábil para conter os efeitos nocivos da doença. E por isso os gestores devem evitar a desabilitação de instituições hospitalares tendo o conhecimento da infinita demanda existente pelos serviços de saúde. Esse tipo de conduta vai de encontro às disposições constitucionais e deve ser evitada. 4. Em que pese a desativação do Hospital Parque Belém, que poderia abrigar tantos outros pacientes, caso tivesse sido conservado pelo Poder Executivo Municipal, constata-se que o agravado está angariando esforços para habilitação de leitos hospitalares para o tratamento de pessoas infectadas pela COVID/19. 5. O Plano de Contingência Municipal de Porto Alegre para a Infecção Humana pelo Novo Coronavírus detalha a habilitação de novos leitos operacionais nas instituições hospitalares credenciadas, a fim de atender as pessoas que necessitam de internação. RECURSO DESPROVIDO. (Agravo de Instrumento, Nº 50929876220208217000, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal, Julgado em: 26-08-2021)

Data de Julgamento: 26-08-2021

Publicação: 02-09-2021

ÁREA DO DIREITO: DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO LICITATÓRIO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE CAPINA, ROÇADA E LIMPEZA NO MUNICÍPIO. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL INABILITADA EM LICITAÇÃO POR AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA CAPACIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA.

Líssia Maria Eugênio Lopes¹
Sandra Denardin²

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5196768-66.2021.8.21.7000/RS
TIPO DE AÇÃO: Habilitação / Registro Cadastral / Julgamento / Homologação
ÓRGÃO JULGADOR: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL,
21ª CÂMARA CÍVEL
AGRAVANTE: MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
AGRAVADO: B.A. MEIO AMBIENTE LTDA

COMENTÁRIOS³

O Tribunal de Justiça, por decisão monocrática do Desembargador Relator Marco Aurélio Heinz, da 21ª Câmara Cível, em 04.10.2021, acolheu pedido de efeito suspensivo da Procuradoria-Geral do Município (PGM) e concedeu tutela de urgência recursal para suspender a decisão liminar de primeiro grau que suspendia o Pregão Eletrônico nº 506/2020, cujo objeto é a prestação dos serviços de capina, roçada e limpeza de praças, parques, próprios municipais, unidades de conservação, cemitérios, canteiros, jardins, campos de esportes e áreas externas de imóveis próprios do Município de Porto Alegre.

O mandado de segurança foi ajuizado pela empresa B. A. Meio Ambiente Ltda. – Em Recuperação Judicial, inabilitada no certame, por ausência de comprovação de capacidade econômico-financeira para a execução do objeto do certame, que tem valor contratual estimado de R\$ 14 milhões.

¹ Procuradora Municipal de Porto Alegre.

² Jornalista. Chefe da Assessoria de Comunicação da PGM de Porto Alegre. Autora dos comentários deste texto.

³ Veja reportagem publicada na página da Prefeitura de Porto Alegre em 05/10/2021:

DENARDIN, Sandra. **Justiça acolhe pedido da prefeitura e valida licitação para capina**. Disponível em: <https://prefeitura.poa.br/pgm/noticias/justica-acolhe-pedido-da-prefeitura-e-valida-licitacao-para-capina>.

Acesso em: 04 nov. 2021.

Em recuperação judicial, a empresa responde a 220 ações trabalhistas e acumula dívidas na ordem de R\$ 2,5 milhões. Na decisão judicial, o desembargador afirmou que a empresa não demonstrou estabilidade econômica para participar do certame. A vencedora do pregão foi a Cootravipa.

"A decisão do Tribunal de Justiça é de grande relevância, destacando-se a conduta legal e idônea do Município de Porto Alegre de inabilitar a empresa que não comprovou a sua capacidade econômico-financeira para prestar serviço de natureza essencial para a cidade, preservando-se o interesse público e o erário, tendo o Município atuado de forma consistente para impedir que problemas como os vivenciados em relação à coleta de resíduos sólidos não venham a ocorrer", afirma a procuradora Líssia Maria Eugênio Lopes, que atua na ação. Com a decisão judicial, a ata de registro de preços assinada pela Cootravipa, vencedora do certame, pode ser disponibilizada para as secretarias e órgãos municipais que precisarem contratar os serviços.

Em junho de 2021, o contrato mantido pelo Município com a B. A. Meio Ambiente para a coleta do lixo domiciliar foi suspenso administrativamente devido à paralisação dos trabalhadores e interrupção do serviço. Os trabalhadores alegavam descumprimento da legislação trabalhista. Em vistoria realizada na sede da empresa, a Prefeitura tomou conhecimento de que muitos trabalhadores - a maioria imigrantes - não tinham vínculo empregatício com a empresa, mantendo relação jurídica de microempreendedores individuais.

A empresa prestava o serviço de coleta regular de lixo domiciliar desde 2015. O Contrato nº 08/2015 decorreu da Concorrência Pública nº 005/2013. Durante o processo licitatório, a empresa havia sido inabilitada pela Comissão de Licitação por não atender a um item do edital de licitação, referente ao prazo de validade da documentação que deveria ser apresentada, mas conseguiu reverter a decisão administrativa na Justiça.

DECISÃO

Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
21ª Câmara Cível

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5196768-66.2021.8.21.7000/RS

TIPO DE AÇÃO: Habilitação / Registro Cadastral / Julgamento / Homologação

AGRAVANTE: MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE

AGRAVADO: B.A. MEIO AMBIENTE LTDA

ADVOGADO: BERNARDO MORELLI BERNARDES (OAB PA016865)

MINISTÉRIO PÚBLICO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

INTERESSADO: PREGOEIRO - DEPARTAMENTO MUNICIPAL DE ÁGUA E ESGOTOS - DMAE - PORTO ALEGRE

INTERESSADO: COOPERATIVA DE TRABALHO, PROD. E COMERCIALIZAÇÃO DOS TRAB.

AUTÔNOMOS DAS VILAS DE P. ALEGRE LTDA

INTERESSADO: DEPARTAMENTO MUNICIPAL DE ÁGUA E ESGOTOS - DMAE

DESPACHO/DECISÃO

A espécie trata de agravo de instrumento interposto pelo MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE contra decisão que deferiu liminar, na ação de segurança intentada por B. A. MEIO AMBIENTE LTDA., em recuperação judicial, contra ato do DIRETOR DA SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO E PATRIMÔNIO e o PREGOEIRO da Licitação n. 506/2020, tendo por objeto o registro de preço para a prestação dos serviços de capina, roçada e limpeza de praças, parques, próprios municipais, unidades de conservação, cemitérios, canteiros, jardins, campos de esportes e áreas externas de imóveis próprios.

Em apertada síntese, diz que a impetrante foi inabilitada do certame porque não apresentou comprovação de capacidade econômico-financeira para honrar os compromissos previstos no pregão, visto tratar-se de empresa em recuperação judicial, bem como, não exibiu ao leiloeiro aprovação do plano judicial da recuperação. Além disto, a empresa acumula dívidas na ordem de setenta e oito milhões de reais, como noticiado na imprensa local, tendo agido com desídia no contrato mantido com o Município de Porto Alegre, obrigando o contratante a suspender o contrato que mantinha com a agravada referente à coleta de lixo, passível das sanções impostas no valor de R\$ 2.500.000,00 (evento 20). Por fim, conforme documentação carreada aos autos, responde a 222 ações trabalhistas, estando cadastrada no Banco Nacional de Devedores Trabalhistas (evento 20). Requer a concessão de tutela recursal.

É o relatório.

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, “a exigência de apresentação de certidão negativa de recuperação judicial deve ser relativizada a fim de possibilitar à empresa em recuperação judicial participar do certame, desde que demonstre, na fase de habilitação, a sua estabilidade econômica” (AREsp 309.867/RS, rel. Min. Gurgel de Faria, 1ª Turma, julgado em 26.06.2018, DJe de 08.08.2018).

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, “a exigência de apresentação de certidão negativa de recuperação judicial deve ser relativizada a fim de possibilitar à empresa em recuperação judicial participar do certame, desde que demonstre, na fase de habilitação, a sua estabilidade econômica” (AREsp 309.867/RS, rel. Min. Gurgel de Faria, 1ª Turma, julgado em 26.06.2018, DJe de 08.08.2018).

No caso, a agravada foi inabilitada no certame em questão por não ter demonstrado sua capacitação econômico-financeira e porque não exibiu o plano de recuperação financeira aprovado, conforme decisão administrativa combatida no mandamus.

Importa registrar que o valor estimado para a execução dos serviços licitados é na ordem de R\$ 14.234.485,72, sendo, portanto, indispensável a comprovação da boa situação financeira da empresa, de forma objetiva (art. 31, § 5º, da Lei n. 8.666/1993 e art. 3º, inciso XII, da Lei n. 10.520/2002).

Não é o caso da agravada que, com base nos documentos trazidos aos autos (evento 20), possui 220 ações trabalhistas e dívidas na ordem de R\$ 2.500.000,00, oriundas de penas impostas pela mesma Administração que inaugurou o pregão, relativamente a contrato de recolhimento de lixo, mantido com a impetrante, ora agravada.

Ademais, a empresa não juntou o balanço financeiro.

Neste contexto, tenho que, ao menos em sede de cognição sumária, não demonstrou a impetrante, estabilidade econômica para participar do certame.

Assim, não se percebe relevante fundamentação para a concessão do provimento liminar, mantendo a agravada no Pregão n. 506/2020.

Considerando a ausência de verossimilhança do direito invocado pela impetrante, ora agravada, e risco de dano para a Administração, na suspensão da contratação de serviços essenciais de limpeza, capina e conservação de praças, parques em próprios do Município, CONCEDO A TUTELA RECURSAL reclamada para suspender os efeitos da decisão guerreada, até o julgamento definitivo do recurso.

Intime-se a recorrida para responder no prazo legal.

Após, dê-se vista à Procuradoria de Justiça.

Porto Alegre, 04 de outubro de 2021.

MARCO AURELIO HEINZ,
Desembargador Relator,
em 4/10/2021, às 17:11:48.

ÁREA DO DIREITO: DIREITO TRIBUTÁRIO

EXECUÇÕES FISCAIS. COBRANÇA DE IPTU E TAXA DE COLETA DE LIXO. AGRAVO DE INSTRUMENTO.

Luciane Favaretto Timmers¹

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5087275-57.2021.8.21.7000/RS
TIPO DE AÇÃO: IPTU/ Imposto Predial e Territorial Urbano
ÓRGÃO JULGADOR: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL,
21ª CÂMARA CÍVEL
AGRAVANTE: MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
AGRAVADO: GRÊMIO FOOTBALL PORTO ALEGRENSE
MINISTÉRIO PÚBLICO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5087442-74.2021.8.21.7000/RS
TIPO DE AÇÃO: IPTU/ IMPOSTO PREDIAL E TERRITORIAL URBANO
ÓRGÃO JULGADOR: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL,
2ª CÂMARA CÍVEL
AGRAVANTE: MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
AGRAVADO: GRÊMIO FOOTBALL PORTO ALEGRENSE

COMENTÁRIOS ²

O Município de Porto Alegre (MPOA) ajuizou duas execuções fiscais, em 2020, contra o Grêmio Football Porto Alegrense, para cobrança de Imposto Predial e Territorial Urbano e Taxa de Coleta de Lixo, de dois imóveis. Conseguiu reverter, por meio de Agravo de Instrumento, as decisões proferidas em sede de exceção de pré-executividade, que reconheciam o direito à isenção do IPTU, por tratar de entidade sem fins lucrativos e com base em decisão proferida em outro processo (ação ordinária – que havia anteriormente reconhecido a isenção aos imóveis do Grêmio, após longa dilação probatória).

As decisões são importantes, porque firmam o posicionamento defendido pela Procuradoria-Geral do Município (PGM). Para a concessão de benefício tributário de isenção de IPTU, há necessidade de demonstrar por meio de provas, em processo

¹ Procuradora Municipal de Porto Alegre. Chefe da PAEF - PGM/POA.

² Veja reportagem publicada na página da Prefeitura de Porto Alegre em 08/10/2021:

DENARDIN, Sandra. **PGM garante cobrança de IPTU de imóveis do Grêmio que soma R\$1 milhão.** Disponível em: <https://prefeitura.poa.br/pgm/noticias/pgm-garante-cobranca-de-iptu-de-imoveis-do-gremio-que-soma-r1-milhao>. Acesso em: 04 nov. 2021.

administrativo próprio, o preenchimento dos requisitos legais, previstos na LCM nº 07/73, para cada imóvel. É inviável a busca do reconhecimento da isenção via exceção de pré-executividade, pois a matéria exige dilação probatória e, ainda, mesmo que haja reconhecimento de isenção, é possível a revisão fiscal quando constatado que o imóvel não está mais preenchendo condições para manutenção da isenção tributária.

Abaixo seguem comentários sobre as duas ações.

1. PROCESSO Nº 50443563520208210001
 ORIGEM: 8ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DE PORTO ALEGRE (8VFP)
 DATA DA SENTENÇA: 12/05/2021
 EXEQUENTE: MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
 EXECUTADO: GRÊMIO FOOTBALL PORTO ALEGRENSE

Execução fiscal (nº 50443563520208210001) para cobrança do IPTU/TCL do exercício fiscal de 2019 (executivo nº 6330/2020) no valor de R\$ 44.073,29 (carga geral - IPTU normal lançado anualmente) sobre o imóvel da Rua João Inácio da Silveira I, Marinheiros, nº 1759, interior 1.

O Grêmio apresentou exceção de pré-executividade alegando fazer jus a isenção tributária por ser entidade civil sem fins lucrativos e com base em decisão judicial proferida na ação ordinária 001/1.08.0346195- (que reconheceu o direito à isenção de IPTU para os imóveis do Grêmio, por tratar de entidade sem fins lucrativos).

O MPOA respondeu a exceção alegando que os requisitos para concessão do benefício tributário estão previstos na LC 07/73 e devem ser demonstrados (em processo administrativo com juntada de documentos e, se concedida a isenção, valerá para o exercício seguinte ao do protocolo) não cabendo a dilação probatória em sede de exceção de pré-executividade (em razão da sumula 393 STJ). Além do mais, o imóvel objeto da ação (Rua João Inácio da Silveira I, Marinheiros, nº 1759, interior 1) não fez parte daquela ação ordinária.

Contudo o juízo da 8VFP decidiu acolhendo em parte a exceção do Grêmio e referindo que:

“Vistos.

A exceção de pré-executividade, admitida em sede doutrinária e jurisprudencial, destina-se a fazer ver ao julgador a carência de ação executiva ou a falta de pressupostos processuais que maculam o procedimento, sem a necessidade de prévia garantia do juízo para a interposição de embargos. Embora tenha perdido o sentido prático nas execuções de natureza cível, em que o devedor pode oferecer embargos sem a necessidade de prévia garantia do juízo pelo penhora, remanesce útil nas execuções fiscais, em que a lei especial segue condicionando o processamento dos embargos do executado à contrição patrimonial.

Contudo, requer-se seja a falha de tal ordem que o simples exame da questão permita a conclusão perseguida pelo executado. Deve ser evidente ao exame

superficial do caso concreto, sem dilação probatória e sem o exame profundo das provas pré-constituídas, ônus do devedor.

E deve ser suscitada nos próprios autos da execução, como incidente processual, sem a necessidade de autuação em apenso e o recolhimento de custas.

No caso concreto, merece agasalho, em parte, a pretensão da excipiente, na medida em que a isenção tributária já foi concedida em ação judicial própria, não sendo, portanto, caso de aplicação da Súmula 393 do STJ, na medida em que a parte não postula a concessão da isenção, mas tão somente a aplicação de decisão judicial já transitada em julgado.

Ressalte-se que tal comprovação não deve ser reiteradamente demonstrada, no caso do IPTU, a cada aquisição imobiliária, bastando que o seu cadastramento junto ao município, relativo a quaisquer dos impostos de sua competência, na condição de isento.

Dessa forma, uma vez obtido o reconhecimento à isenção, não pode o Município de Porto Alegre/RS lançar anualmente o imposto sobre a propriedade e obrigar o executado a manejar ação judicial a cada novo exercício, transferindo o ônus de comprovar em desfavor de quem está estabelecida a presunção, bem como furtando-se de apurar, em processo administrativo, a destinação do patrimônio adquirido às finalidades essenciais.

Sendo assim, e demonstrado pela excipiente que está isento perante o Município de Porto Alegre/RS no cadastro do IPTU, conforme sentença transitada em julgado, cumpre acolher a exceção parcialmente a exceção.

À evidência, a isenção não alcança a Taxa de Coleta de Lixo, que não tem a natureza de imposto.

Desse modo, sem a extinção da execução fiscal, não há impor o ônus sucumbencial.

*Por tais motivos, **ACOLHO**, em parte, a exceção de pré-executividade e, em consequência, **DETERMINO** o a exclusão da CDA das quantias relativas ao IPTU de 2019, prosseguindo-se o feito em relação à taxa de coleta de lixo.*

Sem custas processuais ou honorários advocatícios, por se tratar de incidente processual, não contemplado no rol do § 1º do art. 85 do NCPC, e observado o princípio da causalidade.

Intime(m)-se."

O Município interpôs **Agravo de Instrumento Nº 5087275-57.2021.8.21.7000/RS** contra a decisão argumentando que as condições para isenção devem ser demonstradas nos termos da LC 07/73, em processo administrativo próprio, que a concessão de benefício tributário de isenção de IPTU exige dilação probatória (que não é viável sem sede de exceção de pré-executividade); que o imóvel objeto da ação não fez parte da ação ordinária que reconheceu o direito do Grêmio à isenção; além disso, o referido imóvel sequer estava cadastrado junto a SMF à época da ação ordinária e, mais, que mesmo que houvesse isenção, cabe ao ente fiscal revisar a situação sempre que constatado que o imóvel (no gozo do benefício) não esteja mais cumprindo os requisitos legais.

Após sustentação oral, tanto do MPOA quanto do Grêmio, a 21ª Câmara Cível, por unanimidade deu PROVIMENTO AO AGRAVO, PARA REVOGAR A DECISÃO CONCESSIVA DA

ISENÇÃO de IPTU ao Grêmio³ como se lê no voto proferido pelo Relator Desembargador Marco Aurelio Heinz:

“O MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE agrava da decisão que acolheu, em parte, exceção de executividade oposta pelo GRÊMIO FOOTBALL PORTO ALEGRENSE, na execução fiscal movida pelo primeiro contra o segundo.

Em resumo, alega que o imóvel pertencente à agremiação executada localizado na Rua João Inácio da Silveira, Marinheiros, n. 1759 – interior 1, em Porto Alegre, não goza do benefício da isenção do pagamento de IPTU porque somente foi cadastrado em 2019, posteriormente ao julgamento da ação em que foi reconhecido o benefício referente a outro imóvel do contribuinte. Assevera que somente em 2020 o excipiente requereu a isenção referente ao imóvel em questão, sendo indiscutível o débito de IPTU e Taxa de Lixo quanto ao exercício de 2019, se, e quando demonstrada a utilização diretamente pela entidade beneficiada para o cumprimento de suas finalidades essenciais, nos termos da legislação de regência. Salaria que, neste contexto, não goza o agravado do reconhecimento desde logo do benefício postulado, como reconhecido na decisão recorrida ante a ausência da comprovação dos requisitos legais para o gozo da isenção pretendida. Requer a reforma da decisão.

O agravado apresenta resposta em longo arrazoado, sustentando que em outras demandas já foi reconhecido o benefício da isenção em favor do excipiente, conforme decisões que transcreve, sendo inequívoco o direito ao benefício pleiteado.

O Ministério Público manifesta-se no sentido do provimento do recurso porquanto as ações anteriores mencionadas pelo excipiente tinham o objetivo de obter o benefício da isenção tributária para determinados imóveis, arrolados nas respectivas iniciais, não estando contemplado o bem em questão.

VOTO

Com efeito, a Lei Complementar Municipal n. 7/73 dispõe que ficam isentos do pagamento do IPTU a entidade cultural recreativa, sem fins lucrativos e a entidade esportiva, observada a exigência anterior, quando for o caso, registrada na respectiva federação (art. 70, inciso II).

Somente será atingida pela isenção, no caso do inciso II do art. 70, o imóvel utilizado diretamente pela entidade beneficiada para o cumprimento de suas finalidades essenciais (art. 70, parágrafo 1º, letra ‘a’).

No caso, o imóvel situado na Rua João Inácio da Silveira, Marinheiros, n. 1759, interior 1, somente foi inscrito no cadastro de contribuintes no ano de 2019, sendo objeto da cobrança do IPTU e Taxa de Lixo.

Há notícia que o agravado em 2020 requereu o benefício da isenção, porém, não há nos autos o cumprimento do requisito da utilização do bem.

Ademais, a vigência do benefício da isenção de IPTU terá vigência a partir do ano seguinte ao da solicitação, na forma do art. 72, I, letra ‘a’, da LC 7/73.

³ Fizeram parte do julgamento: o **Relator do Acórdão**: Desembargador Marco Aurelio Heinz, a Desembargadora Iris Helena Medeiros Nogueira e o Desembargador Arminio Jose Abreu Lima da Rosa.

Como se pode notar não se trata de isenção concedida em caráter geral, e, sendo assim, é efetivada, em cada caso, por despacho da autoridade administrativa, em requerimento com o qual o interessado faça prova do preenchimento das condições e do cumprimento dos requisitos previstos em lei ou contrato, nos termos do art. 179 do CTN.

Assim, a extensas decisões transcritas pelo agravado que concederam para outros imóveis, o benefício da isenção, não produzem qualquer efeito com relação ao imóvel da Rua João Inácio da Silveira, Marinheiros, objeto da cobrança questionada pelo excipiente.

Descabida, sem qualquer comprovação, a concessão do benefício ao agravado, matéria, aliás, dependente de coleta de prova quanto à utilização do imóvel para o cumprimento das finalidades sociais do contribuinte.

Isto posto, voto por dar provimento ao agravo, para revogar a decisão concessiva da isenção postulada pelo agravado.”

A referida decisão é importante na medida em que a decisão tem a mesma linha do posicionamento defendido pelo MPOA, que para a concessão de benefício tributário de isenção de IPTU há necessidade de demonstrar o preenchimento dos requisitos legais, previstos na LCM nº 07/73, para cada imóvel, sendo inviável a busca do reconhecimento da isenção via exceção de pré-executividade – pois a matéria exige dilação probatória.

2. PROCESSO Nº 5044355-50.2020.8.2.10001
 ORIGEM: 8ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DE PORTO ALEGRE (8VFP)
 DATA DA SENTENÇA: 12/05/2021
 EXEQUENTE: MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
 EXECUTADO: GRÊMIO FOOTBALL PORTO ALEGRENSE

Execução fiscal (nº 5044355-50.2020.8.21.0001) para cobrança do IPTU/TCL dos exercícios fiscais de 2017 e 2018, referente a Carga Complementar (executivo nº 6329/2020) no valor de R\$ 954.361,95 sobre o imóvel da R. JOSE DE ALENCAR, 1703.

O Grêmio apresentou exceção de pré-executividade alegando ser ISENTO do pagamento do IPTU com relação aos imóveis de sua propriedade, em razão da situação ter sido tratada em ação ordinária 001/1.08.0346195-3 (que reconheceu o direito à isenção de IPTU ao Grêmio para seus imóveis, por se tratar de entidade sem fins lucrativos) de cunho declaratório transitada em julgado, que não pode ser modificada ou descumprida pelo MPOA.

O MPOA respondeu a exceção alegando que a matéria de isenção não pode ser manejada via exceção de pré-executividade, pois exige dilação probatória, o que é vedado nos termos da sumula 393 do STJ; que os requisitos para concessão do benefício tributário estão previstos na LC 07/73 e devem ser demonstrados (em processo administrativo com juntada de documentos e, se concedida a isenção, valerá para o exercício seguinte ao do protocolo) e, por fim que o tributo em cobrança decorreu diferenças apontadas nos exercícios de 2017 e 2018 que teve como base o AL.002833.00/2018 (do qual o excipiente foi devidamente notificado em 26/03/2018, nos

termos do processo administrativo nº 004453.2018.4, ocorrendo o cancelamento da isenção em razão da constatação do imóvel não estar mais sendo utilizado para fins institucionais, encontrando-se desocupado e abandonado).

Contudo o juízo da 8VFP decidiu acolhendo em parte a exceção do Grêmio e referindo que:

“Vistos.

A exceção de pré-executividade, admitida em sede doutrinária e jurisprudencial, destina-se a fazer ver ao julgador a carência de ação executiva ou a falta de pressupostos processuais que maculam o procedimento, sem a necessidade de prévia garantia do juízo para a interposição de embargos. Embora tenha perdido o sentido prático nas execuções de natureza cível, em que o devedor pode oferecer embargos sem a necessidade de prévia garantia do juízo pelo penhora, remanesce útil nas execuções fiscais, em que a lei especial segue condicionando o processamento dos embargos do executado à contrição patrimonial.

Contudo, requer-se seja a falha de tal ordem que o simples exame da questão permita a conclusão perseguida pelo executado. Deve ser evidente ao exame superficial do caso concreto, sem dilação probatória e sem o exame profundo das provas pré-constituídas, ônus do devedor.

E deve ser suscitada nos próprios autos da execução, como incidente processual, sem a necessidade de autuação em apenso e o recolhimento de custas.

No caso concreto, merece agasalho, em parte, a pretensão da excipiente, na medida em que a isenção tributária já foi concedida em ação judicial própria, não sendo, portanto, caso de aplicação da Súmula 393 do STJ, na medida em que a parte não postula a concessão da isenção, mas tão somente a aplicação de decisão judicial já transitada em julgado.

Ressalte-se que tal comprovação não deve ser reiteradamente demonstrada, no caso do IPTU, a cada aquisição imobiliária, bastando que o seu cadastramento junto ao município, relativo a quaisquer dos impostos de sua competência, na condição de isento.

Dessa forma, uma vez obtido o reconhecimento à isenção, não pode o Município de Porto Alegre/RS lançar anualmente o imposto sobre a propriedade e obrigar o executado a manejar ação judicial a cada novo exercício, transferindo o ônus de comprovar em desfavor de quem está estabelecida a presunção, bem como furtando-se de apurar, em processo administrativo, a destinação do patrimônio adquirido às finalidades essenciais.

Sendo assim, e demonstrado pela excipiente que está isento perante o Município de Porto Alegre/RS no cadastro do IPTU, conforme sentença transitada em julgado, cumpre acolher a exceção parcialmente a exceção.”

O Município interpôs **Agravo de Instrumento Nº 5087442-74.2021.8.21.7000** contra a decisão, argumentando que as condições para isenção devem ser demonstradas nos termos da LC 07/73 em processo administrativo próprio, que concessão de benefício tributário de isenção de IPTU exige dilação probatória - que não é viável sem sede de exceção de pré-executividade - e que houve o cancelamento da isenção do IPTU para o

imóvel da Rua José de Alencar, 1703, em decorrência da constatação, pelo fisco municipal, que o imóvel não estava mais sendo utilizado para atividades essenciais do Grêmio, nos termos do processo administrativo nº 001.105792.16.0, tendo sido lançadas diferenças nos exercícios fiscais de 2017 e 2018, advindas da revisão realizada pelo MPOA.

Houve pedido de sustentação oral, pelo Grêmio, negado em razão da falta de previsão legal para sustentação em Agravo que não trate de tutela provisória de urgência (inc. VII do art. 937 do CPC) e a 2ª Câmara Cível, POR UNANIMIDADE, DEU PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO, FINS DE JULGAR IMPROCEDENTE A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE DO GRÊMIO⁴, como se lê no voto do Relator Desembargador João Barcelos de Souza Junior:

“Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão acolhendo em parte a exceção de pré-executividade apresentada pelo Grêmio Football Porto Alegrense nos autos da execução fiscal movida pelo Município de Porto Alegre. Referida decisão restou assim redigida (evento nº 16 dos autos de origem):

“Vistos.

A exceção de pré-executividade, admitida em sede doutrinária e jurisprudencial, destina-se a fazer ver ao julgador a carência de ação executiva ou a falta de pressupostos processuais que maculam o procedimento, sem a necessidade de prévia garantia do juízo para a interposição de embargos. Embora tenha perdido o sentido prático nas execuções de natureza cível, em que o devedor pode oferecer embargos sem a necessidade de prévia garantia do juízo pelo penhora, remanesce útil nas execuções fiscais, em que a lei especial segue condicionando o processamento dos embargos do executado à contrição patrimonial.

Contudo, requer-se seja a falha de tal ordem que o simples exame da questão permita a conclusão perseguida pelo executado. Deve ser evidente ao exame superficial do caso concreto, sem dilação probatória e sem o exame profundo das provas pré-constituídas, ônus do devedor.

E deve ser suscitada nos próprios autos da execução, como incidente processual, sem a necessidade de autuação em apenso e o recolhimento de custas.

No caso concreto, merece agasalho, em parte, a pretensão da excipiente, na medida em que a isenção tributária já foi concedida em ação judicial própria, não sendo, portanto, caso de aplicação da Súmula 393 do STJ, na medida em que a parte não postula a concessão da isenção, mas tão somente a aplicação de decisão judicial já transitada em julgado.

Ressalte-se que tal comprovação não deve ser reiteradamente demonstrada, no caso do IPTU, a cada aquisição imobiliária, bastando que o seu cadastramento junto ao município, relativo a quaisquer dos impostos de sua competência, na condição de isento.

Dessa forma, uma vez obtido o reconhecimento à isenção, não pode o Município de Porto Alegre/RS lançar anualmente o imposto sobre

⁴ Participaram o Relator Desembargador João Barcelos de Souza Junior, Des. Ricardo Torres Hermann e a Desembargadora Lucia de Fatima Cerveira.

a propriedade e obrigar o executado a manejar ação judicial a cada novo exercício, transferindo o ônus de comprovar em desfavor de quem está estabelecida a presunção, bem como furtando-se de apurar, em processo administrativo, a destinação do patrimônio adquirido às finalidades essenciais.

Sendo assim, e demonstrado pela excipiente que está isento perante o Município de Porto Alegre/RS no cadastro do IPTU, conforme sentença transitada em julgado, cumpre acolher a exceção parcialmente a exceção. À evidência, a isenção não alcança a Taxa de Coleta de Lixo, que não tem a natureza de imposto.

Desse modo, sem a extinção da execução fiscal, não há impor o ônus sucumbencial.

*Por tais motivos, **ACOLHO**, em parte, a exceção de pré-executividade e, em consequência, **DETERMINO** o a exclusão da CDA das quantias relativas ao IPTU de 2017 e 2018, prosseguindo-se o feito em relação à taxa de coleta de lixo.*

Sem custas processuais ou honorários advocatícios, por se tratar de incidente processual, não contemplado no rol do § 1º do art. 85 do NCP, e observado o princípio da causalidade.

Intime(m)-se.

Em suas razões de recorrer (evento nº 01 - AGRAVO3) a parte agravante sustentou que o IPTU dos exercícios de 2017 e 2018, relativo ao imóvel localizado na Rua José de Alencar, nº 1703, do Município de Porto Alegre, não está abrangido na decisão exarada nos autos do processo nº 001/1.08.0346195-3. Aduziu que o imóvel que originou os créditos em discussão não estava mais sendo utilizado pela entidade beneficiada para o cumprimento de suas finalidades essenciais, conforme apurado no processo administrativo nº 001.105792.16.0. Defendeu que o imóvel em discussão não atende mais o disposto no art. 70, II, §1º, "a" da Lei Complementar Municipal nº 07/1973, de forma que não está isento da incidência do IPTU. Concluiu requerendo o provimento do recurso a fim de que seja reformada a decisão hostilizada e julgado improcedentes os pedidos do excepto, ora agravado.

Com contrarrazões (evento nº 12), tempestivo (eventos nº 19 e 21 dos autos de origem), sem preparo em razão de isenção legal, vieram os autos conclusos.

É o relatório.

VOTO

Inicialmente verifico que o Município de Porto Alegre ajuizou em 22/07/2020 execução fiscal a fim de cobrar créditos oriundos de IPTU e taxa de coleta de lixo dos exercícios de 2017 e 2018, referentes ao imóvel situado na Rua José de Alencar, nº 1703, inscrição municipal nº 727849 (evento nº 01 dos autos de origem).

O despacho determinando a citação foi exarado em 23/07/2020 (evento nº 03 dos autos de origem).

Em 05/10/2020 a parte executada apresentou exceção de pré-executividade (evento nº 05 dos autos de origem). Em suas razões

sustentou, resumidamente, que nos autos do processo nº 001/1.08.0346195-3 restou reconhecido que os imóveis de sua propriedade são isento do pagamento de IPTU.

O Município apresentou uma impugnação em 27/11/2020 (evento nº 13 dos autos de origem).

Posteriormente, em 12/05/2021 foi exarada a decisão hostilizada (evento nº 16 dos autos de origem).

Dito isto, o que tange à imunidade tributária, o art. 150, VI, "c", da CF determina:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

VI - instituir impostos sobre:

[...]

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;

[...]

§ 4º - As vedações expressas no inciso VI, alíneas "b" e "c", compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas.

O Código Tributário Nacional prevê:

Art. 9º É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

IV - cobrar imposto sobre:

[...]

c) o patrimônio, a renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, observados os requisitos fixados na Seção II deste Capítulo;

[...]

Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

I - suspensão ou exclusão do crédito tributário;

II - outorga de isenção;

III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias.

Ao passo que a Lei Orgânica do Município de Porto Alegre, em seu art. 13, §4º, estende às entidades esportivas a imunidade pretendida:

Art. 113 - Somente mediante lei aprovada por maioria absoluta será concedida anistia, remissão, isenção ou qualquer outro benefício ou incentivo que envolva matéria tributária ou dilatação de prazos de pagamento de tributo e isenção de tarifas de competência municipal.

[...]

§ 4º - Ficam estendidas às entidades de cultura, recreativas, de lazer e esportivas, sem fins lucrativos, as imunidades consagradas no art. 150, VI, "c", da Constituição Federal. (grifei)

Insta salientar que o artigo supracitado não constitui real hipótese de imunidade tributária, mas sim de isenção, aliado ao fato de que tal previsão não concede verdadeira imunidade, em virtude de que apenas a Constituição Federal pode dispor a respeito.

Para fins de elucidar a matéria, mormente no que tange à distinção dos institutos, o entendimento de LEANDRO PAULSEN¹:

“A isenção não se confunde com a imunidade, tampouco com a não incidência ou com alíquota zero.

A imunidade está no plano constitucional. Trata-se de norma que proíbe a própria instituição de tributo relativamente às situações ou pessoas imunizadas. A imunidade é norma negativa de competência tributária. Sendo imune a impostos os livros, o legislador não pode determinar que incida ICMS sobre a operação de circulação de livros, sob pena de inconstitucionalidade da lei que assim determinar ou da aplicação que assim se fizer de eventual dispositivo genérico.

[...]

A isenção, de outro lado, pressupõe a incidência da norma tributária impositiva. Não incidisse, não surgiria qualquer obrigação, não havendo a necessidade de lei para a exclusão do crédito. A norma de isenção sobrevém justamente porque tem o legislador a intenção de afastar os efeitos da incidência da norma impositiva que, de outro modo, implicaria a obrigação de pagamento do tributo. O afastamento da carga tributária, no caso da isenção, se faz por razões estranhas à normal estrutura que o ordenamento legal imprime ao tributo seja em atenção à capacidade contributiva, seja por razões de cunho extrafiscal. Note-se que o efeito da isenção é determinado pelo art. 175, CTN ao elencá-la como hipótese de exclusão do crédito tributário, de modo que soam irrelevantes as especulações doutrinárias quanto à natureza do instituto, pois não podem prevalecer sobre dispositivo válido constante das normas gerais de direito tributário. O efeito de exclusão do crédito tributário, na sistemática do CTN, faz com que tenhamos o surgimento da obrigação, mas que reste, o sujeito passivo, dispensado da sua apuração e cumprimento.

Em suma, a imunidade é norma negativa de competência constante do texto constitucional, enquanto a não incidência decorre da simples ausência de subsunção, a isenção emana do ente tributante que, tendo instituído um tributo no exercício da sua competência, decide abrir mão de exigí-lo de determinada pessoa ou em determinada situação e a alíquota zero implica obrigação sem expressão econômica.”

Por sua vez, o art. 70, II, Lei Complementar Municipal nº 7/73, ao tratar da isenção, disciplina²:

Art. 70 - Ficam isentos do pagamento do Imposto Sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana as seguintes pessoas físicas e jurídicas:

[...]

II - entidade cultural, recreativa, esportiva, sem fins lucrativos;

[...]

§ 1º - Somente serão atingidos pela isenção prevista neste artigo, nos casos referidos:

a) nos incs. I a V e XXII, o imóvel utilizado diretamente pela entidade beneficiada para o cumprimento de suas finalidades essenciais;
(grifei)

Como se pode ver, existe uma restrição no §1º, alínea "a" do artigo acima para o gozo de isenção tributária referente ao IPTU, qual seja, o imóvel deve ser utilizado diretamente pela entidade beneficiada para o cumprimento de suas finalidades essenciais.

Esclarecido isto, observo que a parte agravada, ao apresentar exceção de pré-executividade, juntou cópia da petição inicial do processo nº 001/1.08.0346195-3 (ação anulatória). Da leitura do referido documento é possível verificar que os imóveis objeto da referida ação seriam os de inscrição municipal nº 2105861, 8233284 e 9990283 (evento nº 05 dos autos de origem - ANEXO6 - fl. 05).

Ressalto que na petição inicial do processo nº 001/1.08.0346195-3 o Grêmio, ora recorrido, sustentou que os imóveis ali em discussão são de uso exclusivo do clube, seja através de ocupação direta ou através da reversão de valores recebidos pela locação destes (evento nº 05 dos autos de origem - ANEXO6 - fl. 05).

Importante neste momento chamar a atenção para o fato de que o imóvel que originou o débito em discussão é o situado na Rua José de Alencar, nº 1703, inscrito na Secretaria Municipal da Fazenda sob o nº 727849. Ainda, que o imóvel foi objeto do processo administrativo 004453.2018.4 (evento nº 01 dos autos de origem - CDA2). Referida inscrição não constou na petição inicial da ação anulatória nº 001/1.08.0346195-3 (evento nº 05 dos autos de origem - ANEXO6).

Assim, não se verifica identidade entre o número da inscrição municipal do imóvel que originou os créditos em discussão e aqueles indicados nos autos da ação rescisória indicada pela parte agravada. Também não se verifica prova nos autos de que o imóvel que originou os créditos em discussão esta sendo usado diretamente pelo agravado ou que foi alugado pelo mesmo, bem como que a renda do aluguel estaria sendo usada na finalidade essencial do agravado.

Constato pelo acórdão referente ao recurso de apelação nº 70044929180 que a sentença exarada nos autos da ação anulatória foi de improcedência e que esta restou modificada quando do julgamento do referido recurso (evento nº 05 dos autos de origem - ANEXO8). A ementa do referido acórdão restou assim redigida:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. IPTU. ISENÇÃO. PREVISÃO EXPRESSA NA LEI MUNICIPAL 07/73. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS, CUJA FINALIDADE SÃO AS ATIVIDADES DESPORTIVAS, SOCIAIS E CULTURAIS. O Município de Porto Alegre dispensa as entidades culturais, recreativas do pagamento do Imposto Sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU), DESDE QUE SEM FINS LUCRATIVOS, conforme previsto no artigo 70, II da Lei Municipal nº 7/73. Porém, no campo das instituições esportivas, para ficar no caso, é natural que afirmem receitas, que lucrem; o que a Lei Municipal veda para efeito de isenção, como veda a Constituição no trato da imunidade, é a apropriação da receita ou do lucro para os que as constituem ou integram; o propósito é obrigar sejam reinvestidos no próprio objeto da instituição. A Lei não proíbe o lucro,

proíbe sua distribuição. Pois o embargante, sociedade civil que é, não tem fins lucrativos, não distribui lucros nem remunera o associado por exercer cargo ou função em qualquer órgão do Clube, e tem por finalidade atividades desportivas, sociais e culturais, como dispõe o Estatuto Social. Apelo provido. Unânime.(Apelação Cível, Nº 70044929180, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Genaro José Baroni Borges, Julgado em: 19-10-2011)

No voto do Desembargador Marco Aurélio Heins, que acompanhou o Relator do acórdão referente ao recurso de apelação nº 70044929180, constou as seguintes ponderações (evento nº 05 dos autos de origem - ANEXO8 - fl. 13):

[...]

O pedido inicial é claro, em requerer a isenção ou imunidade do IPTU dos imóveis descritos na inicial.

Imunidade e isenção tributárias são institutos distintos. A primeira é a vedação legal de tributação de certas pessoas, bens, serviços ou atividades, já a isenção é dispensa legal do pagamento do tributo devido.

No caso em apreço, com a edição da Lei Complementar Municipal n. 169/87, que deu nova redação ao art. 70 da LC n. 7/73, a entidade cultural, recreativa, sem fins lucrativos e a entidade esportiva, ficam isenta do pagamento do IPTU, desde que seja sem fins lucrativos, registrada na respectiva federação (inciso II).

Somente será atingida pela isenção, no caso do inciso II do art. 70, o imóvel utilizado diretamente pela entidade beneficiada para o cumprimento de sua finalidades essenciais (art. 70, parágrafo 1º, com a redação conferida pela LC n. 209/89).

Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre outorga de isenção, nos termos do art. 111, inciso II, do CTN.

Ora, a expressão “imóvel utilizado diretamente pela entidade beneficiada para o cumprimento de sua finalidade essencial”, vincula a finalidade ao uso do bem.

A finalidade da entidade autora é desenvolver e estimular a educação física, em todas as suas modalidades, e em particular o futebol (estatuto fl. 29).

O Supremo Tribunal Federal, examinando o tema da imunidade (art. 150, VI, da Constituição Federal), assentou compreensão de que: “Ainda quando alugado a terceiros, permanece imune ao IPTU o imóvel pertencente a qualquer das entidades referidas pelo art. 150, VI, letra ‘c’, da Constituição, desde que o valor dos aluguéis seja aplicado nas atividades essenciais de tais entidades” (Súmula n. 724).

Assim, não se desvincula da finalidade essencial da entidade o fato do imóvel estar alugado, bastando que o valor do aluguel seja aplicado na atividade essencial.

A prova pericial (fls. 635/637) demonstra que os aluguéis dos imóveis, cuja isenção do IPTU se pretende, são utilizados nas atividades fins da autora, entidade desportiva, sem fins lucrativos.

Com essas considerações, acompanho o bem lançado voto do Relator. (grifei)

Como dito antes, em cognição sumária não se verifica prova de o Grêmio estar usando diretamente o imóvel que originou os créditos em discussão ou ter alugado este e estar usando o dinheiro do aluguel para sua finalidade essencial.

Também constato que a ação rescisória nº 70062575493, ajuizada contra o acórdão exarado nos autos da ação anulatória nº 001/1.08.0346195-3, foi julgada improcedente (evento nº 05 dos autos de origem - ANEXO7).

Por óbvio, ainda que tenha sido reconhecido por esta Corte, quando do julgamento do recurso de apelação nº 70044929180, que o ora apelado goza de isenção tributária, esta é limitada aos imóveis e créditos discutidos naqueles autos, ou seja, à situação fática ali analisada.

No caso, não verifico prova de que o imóvel em discussão é o mesmo da ação anulatória nº 001/1.08.0346195-3, nem que a situação fática é a mesma apurada na prova pericial produzida naqueles autos, que aliás, sequer o excipiente juntou cópia.

Na verdade, o ora apelado sequer juntou prova do fim que vem sendo utilizado o imóvel inscrito na Secretaria Municipal da Fazenda sob o nº 727849, indicado na CDA que constou no evento nº 01 dos autos de origem.

A situação dos autos exige dilação probatória, o que não se admite em sede de exceção de pré-executividade (enunciado da Súmula nº 393 do Superior Tribunal de Justiça).

Ademais, evidenciado está que o apelante, como Clube de Futebol, não se encaixa no conceito de qualquer das entidades que gozam de imunidade, referidas no art. 150, VI, alínea c, da CF.

Sobre a alegada isenção, mesmo que o imóvel em discussão não fosse locado a terceiros (o que não restou provado), tal fato por si não garante a isenção pretendida pelo agravado. O precedente indicado pela parte agravada, além de não fazer coisa julgada quanto ao imóvel e créditos em discussão, não está em consonância com o entendimento majoritário deste Tribunal.

Para corroborar, colaciono julgamentos desta Corte, os quais foram proferidos em casos idênticos envolvendo a mesma entidade:

*APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DE DEVEDOR. MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE. IPTU. IMUNIDADE E ISENÇÃO. IMÓVEL DE PROPRIEDADE DE ENTIDADE ESPORTIVA. LOCAÇÃO A TERCEIROS. IMUNIDADE E ISENÇÃO. HIPÓTESE NÃO CONFIGURADA. ART. 150, INC. VI, AL. "C", DA CF. ART. 70, II, §1º, ALÍNEA A, DA LCM Nº 07/73. ART. 113, §4º, DA LEI ORGÂNICA. PRECEDENTES DO TJRS. Tem prevalecido o entendimento segundo o qual não se reconhece a isenção tributária pretendida em relação ao imóvel de propriedade de entidade esportiva sem fins lucrativos, quando estiver locado a terceiros. **Com efeito, a isenção consiste em benefício vinculado não apenas à afetação do patrimônio destinado à consecução das finalidades essenciais da entidade, na forma do art. 150, inc. VI, al. "c", da CF, mas também exige à sua conformação a utilização direta do imóvel pela própria entidade que pretende ser beneficiária, por meio da aplicação do art. 70, II, §1º, alínea a, da LCM nº 07/73, de Porto Alegre. De outro lado, por ter o instituto da isenção interpretação restritiva, não se afigura***

aplicável à espécie a interpretação do egrégio STF a respeito da imunidade, mais precisamente o entendimento sumulado sob o verbete nº 724. E, desta forma, estando o imóvel em questão destinado à locação a terceiros, não resta alcançado pela isenção concedida pelo art. 113, §4º, da LOM de Porto Alegre. Precedentes do TJRS. NEGADO SEGUIMENTO AO APELO. (Apelação Cível Nº 70063173942, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em 05/02/2015)

PROCESSUAL CIVIL. CERCEAMENTO PROBATÓRIO. PROVA PERICIAL CONTÁBIL. DESCABIMENTO. ARTIGO 130, CPC. Versando os embargos sobre matéria essencialmente de direito, estando as questões fáticas relevantes ao julgamento devidamente esclarecidas pela prova documental, não fosse o fato de inexistir controvérsia quanto ao que seria objeto da prova técnica, correto o indeferimento da perícia contábil requerida, na forma do artigo 130, CPC, sem que se possa cogitar da ocorrência de cerceamento probatório. TRIBUTÁRIO. IPTU. ENTIDADE ESPORTIVA. IMUNIDADE E ISENÇÃO. DISTINÇÃO. PROVA DOS AUTOS. AUSÊNCIA DE DIREITO A ALGUM BENEFÍCIO FISCAL. Não abrangendo a regra do artigo 150, VI, "c" da Constituição Federal entidade esportiva, ainda que sem fins lucrativos, além de aferir-se da prova dos autos destinar-se receita a atividades relacionadas com a sabida finalidade do clube, de todo desafeiçoada aos vetores constitucionais. A não ser assim, a imunidade constitucional estará sendo utilizada, v. g., para a aquisição de direitos sobre jogadores de futebol e pagamento de sua remuneração, aliás, não módica. **ISENÇÃO. ARTIGOS 70, II, E § 1º, "A", E 75, I E II, LCM Nº 7/83. DESCABIMENTO. A isenção prevista em o art. 70, II, LCM nº 7/73, restringe-se a imóveis utilizados diretamente pelo beneficiário, tal como ressalva o § 1º, alínea "a" do referido dispositivo, o que não é o caso dos autos. Igualmente descabido o benefício a quem se apresenta em infringência a dispositivos legais, a par de não se destinar imóvel às finalidades previstas em lei à concessão do benefício, ut art. 75, I e II, LCM nº 7/73.** (Apelação Cível Nº 70063204911, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 28/01/2015)

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTOS. IPTU. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. - Conforme autorizam a Constituição da República e o CTN, a imunidade atinge o "patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos". - No caso dos autos, não há como equiparar o embargante - sociedade civil desportiva, social e cultural, sem fins lucrativos -, às entidades de educação ou assistência social estabelecidas no art. 150, VI, "c", da Constituição Federal. - **A isenção prevista no art. 70, da Lei Complementar nº 07/73, seria alcançada ao embargante caso fosse demonstrada: (a) a ausência de fins lucrativos e (b) a utilização direta do imóvel para o cumprimento de suas finalidades essenciais. - É incontroverso que o imóvel sub judice encontra-se locado a terceiro, portanto não restou preenchido o segundo requisito legal, não**

fazendo jus o embargante à isenção pretendida. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70062317045, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Newton Luís Medeiros Fabrício, Julgado em 17/12/2014)

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. DIREITO TRIBUTÁRIO. IPTU. TAXA DE COLETA DE LIXO. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. A questão referente à finalidade da utilização do imóvel e destinação dos valores percebidos com a locação prescinde de prova pericial. Inocorrência de cerceamento de defesa. PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO. EXERCÍCIO DE 2006. Tendo a execução fiscal sido ajuizada em 08/11/2011 e o despacho que ordenou a citação proferido em 29/11/2011, não há se falar em transcurso do lapso temporal de cinco anos, apto a fulminar a pretensão por prescrição. Preliminar afastada. IMUNIDADE E ISENÇÃO TRIBUTÁRIA. ENTIDADES DESPORTIVAS. **As entidades desportivas não estão abarcadas na imunidade tributária prevista no artigo 150, VI, "c", da Constituição Federal, não havendo de comparar-se às entidades assistenciais. A isenção tributária prevista no artigo 70, II, combinado com o art. 70, §1º, "a", LC 07/03, só será concedida se a entidade beneficiada estiver utilizando diretamente o imóvel para o cumprimento de suas necessidades essenciais, o que, no caso presente, não restou comprovado.** NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70055391585, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Laura Louzada Jaccottet, Julgado em 31/07/2013) (grifei)

Destarte, diante da ausência de prova do uso do imóvel que originou o tributo em discussão, da ausência de relação deste com os objetos da ação anulatória nº 001/1.08.0346195-3, do entendimento jurisprudencial sobre o tema acima transcrito e da necessidade de dilação probatória no caso, o que não se admite em sede de exceção de pré-executividade, resta acolhida a inconformidade da parte agravante.

Ante o exposto, voto por dar provimento ao agravo de instrumento, fins de julgar improcedente a exceção de pré-executividade. Sem condenação em honorários de sucumbência, eis que a execução não foi extinta."

Pela decisão, o MPOA pode prosseguir com a execução para cobrança de IPTU de imóvel que anteriormente gozava de isenção, mas deixou de ter direito ao benefício após constatado que não mais estava sendo utilizado para os fins da entidade, ou seja, a isenção não é eterna, pode ser revista e cancelada, cabendo ao interessado fazer prova do preenchimento dos requisitos legais para fazer jus a isenção.

Portanto, em ambas decisões, houve o acolhimento da tese defendida pela PGM/POA.

ÁREA DO DIREITO: DIREITO TRIBUTÁRIO

INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL E DA LEI DE EXECUÇÕES FISCAIS. CONTRARIEDADE A PRECEITOS CONSTITUCIONAIS QUE NORTEIAM E FUNDAMENTAM O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO, ESPECIALMENTE O PRINCÍPIO FEDERATIVO.

Nelson Nemo Franchini Marisco¹

ADPF 357 / DF - DISTRITO FEDERAL
ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL
RELATOR(A): MIN. CÁRMEN LÚCIA
ÓRGÃO JULGADOR: TRIBUNAL PLENO
AUTOR: GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL.
AM. CURIAE.: MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE *et al.*

COMENTÁRIOS²

Sustentação oral realizada no dia 23 de junho de 2021 perante o Pleno do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 357, realizada por Nelson Nemo Franchini Marisco, procurador municipal assessor no Distrito Federal.

Cumprimento o Excelentíssimo Senhor Ministro Luiz Fux, Presidente deste egrégio Supremo Tribunal Federal, a Excelentíssima Senhora Ministra Relatora Carmem Lucia, os Excelentíssimos Senhores Ministros, a quem cumprimento na pessoa do Excelentíssimo Senhor Ministro Marco Aurélio, Decano desta Magna Corte.

Cumprimento também o Excelentíssimo Procurador-Geral da República, Senhor Augusto Aras, bem como aos colegas que assistem a esse julgamento.

Discute-se na presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental a necessidade de declarar-se a inconstitucionalidade (não-recepção) do parágrafo único do artigo 187 do Código Tributário Nacional, bem como a inconstitucionalidade (não-recepção) do parágrafo único do artigo 29 da Lei de Execuções Fiscais, por contrariedade preceitos constitucionais que norteiam e fundamentam o sistema jurídico brasileiro, especialmente o princípio Federativo.

¹ Procurador Municipal de Porto Alegre. Assessor da PGM no Distrito Federal.

² Veja reportagem publicada na página da Prefeitura de Porto Alegre em 24/06/2021: DENARDIN, Sandra. **Cai preferência da União no recebimento de créditos.** Disponível em: <https://prefeitura.poa.br/pgm/noticias/cai-preferencia-da-uniao-no-recebimento-de-creditos>. Acesso em: 04 nov. 2021.

As normas ora questionadas conferem um *concurso de preferência entre os créditos de natureza tributária e não tributária*, estabelecendo uma ordem preferencial primeiramente à UNIÃO, depois aos ESTADOS e somente depois aos MUNICÍPIOS.

A petição inicial da presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ao invocar as normas constantes dos **artigos 1º, 18º, e inciso I, do § 4º do artigo 60, da Constituição da República**, que sustentam o Princípio Federativo como forma e estrutura do ESTADO brasileiro - estabelecendo-o, ainda, como **cláusula pétrea** da Constituição da República -, utiliza, também, o *princípio da solidariedade* como um dos fundamentos que impedem a existência de distinções irrazoáveis e, portanto, inconstitucionais, entre os diferentes entes da Federação.

O que causa indignação aos entes públicos municipais é a prevalência deste modelo concursal ultrapassado, retrógrado, que não está em consonância com o atual modelo Federativo de Estado da Constituição de 1988, com a prevalência de autarquias e outros órgãos de cunho Federal e Estadual, sem o “status” de pessoa jurídica de direito público interno formadora da União, nos termos do que preceitua o artigo 1º da Constituição da República, com a preferência ante os Municípios.

A situação dos Estados e Municípios chega a ser dramática quando até mesmo as autarquias Federais recebem primeiro os créditos de sua dívida ativa, preterindo a execução forçada das ações fiscais de cobrança dos Estados e Municípios, até mesmo quando as penhoras de bens para satisfação do crédito estadual ou municipal ocorreram antes da efetivada pelo ente federal.

É preciso que se diga, com todo o respeito que o Ministro Eros Grau merece, que a decisão proferida no Agravo de Instrumento 745.114, julgado pela Colenda Segunda Turma, não realizou uma **interpretação conforme à constituição**, pois ao dizer que há vedação constitucional para se estabelecer preferências entre as pessoas de direito público, disse que a ordem de preferência para pagamento da satisfação do crédito não romperia o princípio federativo caso a lei assim admita, invertendo completamente a ordem do sistema jurídico brasileiro.

Em recentes julgamentos esta Corte tem assinalado a importância dos Municípios nas execuções de POLÍTICAS PÚBLICAS. É nos Municípios que “as coisas acontecem” que a VIDA REAL exige dos Prefeitos e, sucessivamente, dos governadores em segundo lugar, uma atuação mais contundente e precisa. É lá que estão os hospitais públicos e a assistência básica de saúde.

O Ministro EROS GRAU utilizou como fundamento de sua decisão a Súmula 563 do STF³ e a utilizou como se regra fosse, em detrimento do **Princípio Federativo** estabelecido na Constituição de 1988.

É indiscutível que há competência privativa da União para legislar sobre Direito Tributário, porém, o artigo 19, inciso III, da Constituição Federal é claro em dizer que é vedado a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios criar preferências entre si. **Qual seria a justificativa constitucional razoável para assegurar a**

³ Súmula 563 do STF. O concurso de preferência a que se refere o parágrafo único do art. 187 do Código Tributário Nacional é compatível com o disposto no art. 9º, I, da Constituição Federal.

CONSTITUCIONALIDADE dos dispositivos com tão latente fragilidade de embasamento constitucional?

Dizer que cabe a UNIÃO a maior parte da carga tributária e que, portanto, a UNIÃO deveria receber prioritariamente os valores?? Que cabe a ela a obrigatoriedade na divisão do bolo tributário? Com todo o respeito, estes argumentos não se sustentam.

Antes de passar a análise da jurisprudência do STF, faz-se necessário referenciar ao professor Humberto Ávila, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, que ensina a pesquisar a NORMA JURÍDICA com base no que a SUPREMA CORTE diz, declara e formata o conteúdo da referida NORMA, seja NORMA-REGRA, seja NORMA-PRINCÍPIO.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.250 - Distrito Federal, Relator o Excelentíssimo MIN. ALEXANDRE DE MORAES, a própria ementa já traz à baila o que se busca com a presente ação, **realizar o status quo de igualdade entre os entes da Federação, estabelecendo a HARMONIA FEDERATIVA**. Pela exatidão dos conceitos que delineiam o PRINCÍPIO FEDERATIVO, peço escusas a esta Corte para ressaltar os termos do acórdão supra citado:

O federalismo e suas regras de distribuição de competências legislativas são um dos grandes alicerces da consagração da fórmula Estado de Direito, que, conforme salientado por PABLO LUCAS VERDÚ, “ainda exerce particular fascinação sobre os juristas.

O equilíbrio na interpretação constitucional sobre a distribuição de competências na história do federalismo iniciou com a Constituição norte-americana de 1787.

A análise de suas características e de suas consequências, bem como do desenvolvimento de seus institutos, vem sendo realizada desde os escritos de JOHN JAY, JAMES MADISON e ALEXANDER HAMILTON, nos Artigos Federalistas, publicados sob o codinome Publius, durante os anos de 1787-1788, até os dias de hoje, e mostra que se trata de um sistema baseado principalmente na consagração da divisão constitucional de competências, para manutenção de autonomia dos entes federativos e para o equilíbrio no exercício do poder (THOMAS McINTYRE COOLEY. The general principles of constitutional law in the United States of America. 3. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1898. p. 52; DONALD L. ROBINSON. To the best of my ability: the presidency the constitution. New York: W. W. Norton & Company, 1987. p. 18-19).

Citando GLADSTONE e dizendo da necessidade de equilibrar o exercício do poder, continua o Ministro Alexandre de Moraes:

É importante salientar a importância da questão do federalismo e do equilíbrio entre o Poder Central e os Poderes Regionais, pois a manutenção do equilíbrio Democrático e Republicano, no âmbito do Regime Federalista, depende do bom entendimento, definição, fixação de funções, deveres e responsabilidades entre os três Poderes, bem como da fiel observância da distribuição de competências legislativas, administrativas e tributárias entre União, Estados e Municípios,

característica do Pacto Federativo, consagrado constitucionalmente no Brasil, desde a primeira Constituição Republicana, em 1891, até a Constituição Federal de 1988.

O Federalismo, desde seu nascimento, preserva a necessidade de um poder central, com competências suficientes para manter a união e a coesão do próprio País, garantindo-lhes, como afirmado por ALEXANDER HAMILTON, “a oportunidade máxima para a consecução da paz e liberdade contra o facciosismo e a insurreição” (The Federalist papers, IX) e permitindo à União realizar seu papel aglutinador dos diversos Estados Membros, que, porém, mantiveram sua autonomia.

Durante a evolução do federalismo, passou-se da ideia de três campos de poder mutuamente exclusivos e limitadores, segundo a qual a União, os Estados e os Municípios teriam suas áreas exclusivas de autoridade, para um novo modelo federal baseado principalmente na cooperação, como salientado por KARL LOEWENSTEIN (Teoria de la constitución. Barcelona: Ariel, 1962. p. 362). No dizer de GARCÍA PELAYO, há a necessidade de conformar-se a tendência à unidade e a tendência à diversidade (Derecho constitucional comparado. 8. ed. Madri: Revista do Ocidente, 1967. p. 218).

Pergunta-se: o parágrafo único do art. 187 do CTN e o parágrafo único do artigo 29 da LEF traduzem o modelo federal baseado na cooperação, na solidariedade, como fundamentado na inicial, ou baseiam-se em um Estado centrípeto, concentrador de poderes, que um leigo ou um incauto poderia sustentar que a UNIÃO é mais importante que os Estados e Municípios, e os Estados seriam mais importantes que o Município, a par de estar-se completamente equivocada dita interpretação?

O Ministro Alexandre de Moraes traz outro fundamento que auxilia no constructo de “preencher”, por assim dizer, os traços fenomenológicos do PRINCÍPIO FEDERATIVO: **a interdependência**, que é traduzida pelas noções de **solidariedade, de lealdade ou de cordialidade** – noções indispensáveis para que as **Federações prossigam na persecução de seus projetos coletivos, encontrando as composições imprescindíveis para a preservação de sua identidade**.

Como se pode garantir a autonomia política-administrativa-financeira do Município se em um concurso em uma execução fiscal a prevalência será SEMPRE, não importa a situação, da UNIÃO ou do ESTADO? Se verifica uma preferência injustificável à União e aos Estados em detrimento do Município.

ALIOMAR BALEEIRO, que não necessita de apresentações, foi voto-vencido na construção da vetusta Súmula 563 do STF, que deverá, também, ser revogada por intermédio deste julgamento. BALEEIRO assinalava que:

A constitucionalidade do art. 187, na parte em que institui a preferência do crédito da União, é duvidosa, porque o art. 9º, I, da CF de 1969 já vedava a qualquer Pessoa de Direito Público Interno a criação de preferências em favor de qualquer delas contra outra”.⁴

⁴ BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. Atualização de Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 973.

Este posicionamento mantém coerência com o voto que lançara como Relator, no RE 80.045/SP, do qual se transcreve o seguinte excerto:

A Constituição, inequivocadamente, proíbe distinções, a serem criadas pela Lei, entre a União, os Estados e os Municípios. Inverteradamente as leis têm admitido que, em matéria fiscal, o crédito da União tem preferência sobre o dos Estados e esses sobre os dos Municípios. Nunca se discutiu isso porque geralmente os devedores remissos não têm mais bens. Mas agora surgiu um novo caso aqui. E a mim me parece que neste dispositivo constitucional, imperativo, é proibida qualquer distinção por parte da União, em relação aos Estados, quer no tratamento fiscal diverso, de que infelizmente nos últimos dias há exemplos, quer vantagens para um determinado porto em detrimento de outros. Parece que a Lei não pode dizer que o crédito da União prefere aos Estados aos Municípios. *Não. Tem que haver um rateio entre eles. Peço atenção aos eminentes Ministros, porque é um problema constitucional e é possível que seja a primeira vez que vamos decidi-lo.*

Este desenho do quadro e da dinâmica constitucional vigente permite-nos afirmar que **a posição dos Municípios em concursos de preferência de créditos em relação aos Estados e à União não pode ser de inferioridade ou subalternidade**. Como já assinalou Paulo de Barros Carvalho, o próprio artigo 187 já deveria ser considerado tacitamente revogado. Estas são as suas palavras:

O tacitamente revogado art. 187, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, prescrevia o seguinte: O concurso de preferência somente se verifica entre pessoas jurídicas de direito público, na seguinte ordem: I – União; II – Estados, Distrito Federal e Territórios, conjuntamente e pro rata; III – Municípios, conjuntamente e pro rata. Em edições anteriores, em face do dispositivo transcrito, argumentados: “Sua inconstitucionalidade ressalta ao primeiro súbito de vista. É flagrante, insofismável e vitanda, sob qualquer ângulo pelo qual pretendamos encará-la. Fere, de maneira frontal e grosseira, o magno princípio da isonomia das pessoas políticas de direito constitucional interno, rompendo o equilíbrio que o Texto Superior consagra e prestigia. Discrimina a União, em detrimento dos Estados, e estes, juntamente com o Distrito Federal, em prejuízo dos Municípios, quando sabemos que estão juridicamente parificados, coexistindo num clima de isonomia. **E, como se isso não bastasse, dá preferência aos Territórios, que não têm personalidade política, com relação aos Municípios.** Lamentavelmente, a ordem preferencial que o art. 187, parágrafo único, cristaliza na redação de seu texto **vem sendo passivamente acolhida e cordatamente aplicada, sem que o meio jurídico nacional se dê conta da manifesta inconstitucionalidade que encerra no seu significado em face do sistema do direito positivo brasileiro.** Exclamam algumas vozes, como as de Geraldo Ataliba, Michel Temer, Roque Carrazza e pouco mais, sem que delas façam eco os pronunciamentos do Poder Judiciário.

Por todas as razões aqui apresentadas, REQUER O MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE **seja julgada procedente a ADPF n. 357**, não apenas para afirmar a inconstitucionalidade da supremacia da União, como para assentar a prioridade dos Municípios e, depois, dos Estados, no recebimento de créditos em eventuais casos em que concorram com outros entes federativos (e suas autarquias) no recebimento de valores devidos por dívidas tributárias ou não-tributárias. Somente assim estar-se-á formatando-se o **CONTEÚDO NORMATIVO DO PRINCÍPIO FEDERATIVO**.

Agradeço às Vossas Excelências a atenção dispensada.

DECISÃO⁵

Após a leitura do relatório e a realização das sustentações orais, o julgamento foi suspenso. Falaram: pelo requerente, o Dr. Luís Fernando Belém Peres, Procurador do Distrito Federal; pelo interessado Presidente da República, a Dra. Flávia Palmeira de Moura Coelho, Procuradora da Fazenda Nacional; pelo *amicus curiae* Município de Porto Alegre, o Dr. Nelson Nemo Franchini Marisco, Procurador do Município; pelo *amicus curiae* Município de São Paulo, a Dra. Simone Andréa Barcelos Coutinho, Procuradora do Município; pelo *amicus curiae* Estado de Santa Catarina, o Dr. Weber Luiz de Oliveira, Procurador do Estado; e, pela Procuradoria-Geral da República, o Dr. Humberto Jacques de Medeiros, Vice-Procurador-Geral da República. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 23.06.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

Decisão: O Tribunal, por maioria, conheceu da arguição de descumprimento de preceito fundamental, julgou procedente o pedido formulado para declarar a não recepção pela Constituição da República de 1988 das normas previstas no parágrafo único do art. 187 da Lei nº 5.172/1966 (Código Tributário Nacional) e do parágrafo único do art. 29 da Lei nº 6.830/1980 (Lei de Execuções Fiscais), e cancelou a Súmula n. 563 do Supremo Tribunal Federal, nos termos do voto da Relatora, vencidos o Ministro Dias Toffoli, que julgava improcedente a ação, e o Ministro Gilmar Mendes, que julgava parcialmente procedente a ação, para dar interpretação conforme a Constituição. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 24.06.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

⁵ Inteiro teor do Acórdão em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752896813>

ÁREA DO DIREITO: DIREITO ADMINISTRATIVO

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PACOTE ANTICRIME. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Rafael Ramos¹
Sandra Denardin²

Nº processo: 9044166-38.2019.8.21.0001

TIPO DE AÇÃO: Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa

ÓRGÃO JULGADOR: 3. Vara da Fazenda Pública do Foro Central da Comarca de Porto Alegre/RS

COMENTÁRIOS³

Uma ex-médica do Município teve que ressarcir os cofres públicos em R\$ 19 mil. Os valores foram recebidos indevidamente pela servidora, que apresentou atestados médicos falsos em 11 oportunidades para justificar a ausência ao trabalho. A devolução do dinheiro foi ajustada por meio do primeiro acordo de não persecução cível firmado pela Procuradoria-Geral do Município (PGM).

“O acordo de não persecução cível é uma inovação trazida pela Lei 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime e que alterou a Lei de Improbidade Administrativa, de 1992”, explicou o procurador Rafael Vincente Ramos, que atuou no acordo. A Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre trabalha na regulamentação dos procedimentos internos para a celebração de acordos de não persecução cível. Instituições como o Ministério Público do Rio Grande do Sul, Controladoria Geral da União e Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro regulamentaram este ano seus procedimentos internos.

Além da devolução do dinheiro, a médica terá que pagar multa civil de R\$ 4 mil e fica proibida de contratar com o Município de Porto Alegre, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica, pelo prazo de três anos. Também fica impedida de receber benefícios ou incentivos fiscais pelo prazo de cinco anos.

A ex-servidora, que atuava em posto de saúde na Zona Sul da Capital, pediu exoneração em 2018 e estava respondendo a processo de improbidade administrativa ajuizado pelo MP e que tramitava na 3ª Vara da Fazenda Pública. Com o acordo, a ação foi extinta.

¹ Procurador Municipal de Porto Alegre. Coordenador do Centro de Estudos de Direito Municipal da PGM.

² Jornalista. Coordenadora da Assessoria de Comunicação da PGM de Porto Alegre.

³ Veja reportagem publicada na página da Prefeitura de Porto Alegre em 06/09/2021:

DENARDIN, Sandra. **Firmado primeiro acordo de não persecução cível pela PGM.** Disponível em: <https://prefeitura.poa.br/pgm/noticias/firmado-primeiro-acordo-de-nao-persecucao-civel-pela-pgm>. Acesso em: 08 nov. 2021.



**Prefeitura de
Porto Alegre**

PROCURADORIA-GERAL
DO MUNICÍPIO