



2019 - V. 31-Nº 32

re
vis
ta

PGM

Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre

REVISTA DA
PROCURADORIA-GERAL
DO MUNICÍPIO DE
PORTO ALEGRE

VOLUME 31
NÚMERO 32
2019

REALIZAÇÃO



**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: 1415-3491.

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

CDU 34(81)(05))

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

CRÉDITOS

Capa: Alex Fontoura Mendes

Fotografia: Joel Vargas

Normalização e diagramação: Liziane Ungaretti Minuzzo

Diagramação final: Fabiana Espírito Santo

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

Revista Online divulgada em abril de 2020, retroativa ao ano de 2019.

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@pgm.prefpoa.com.br
Site: www.portoalegre.rs.gov.br/pgm/revista



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
Araken de Assis
Celso Antonio Bandeira de Mello
Cézar Saldanha Souza Júnior
Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira
Eros Roberto Grau
Judith Hofmeister Martins Costa
Manoel Gonçalves Ferreira Filho
Maren Guimaraens Taborda

CONSELHO EDITORIAL DA REVISTA (Internacional)

Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva (Portugal)

PARECERISTAS (Duplo *Blind Peer Review*) desta edição

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



**Prefeitura de
Porto Alegre**
Procuradoria-Geral do Município

Prefeito:

Nelson Marchezan Júnior

Vice-Prefeito:

Gustavo Bohrer Paim

Procurador-Geral do Município:

Nelson Nemo Franchini Marisco

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

Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira

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

Simone Somensi

Procurador-Geral Adjunto de Assuntos Fiscais:

Ricardo Hoffmann Muñoz

Corregedora-Geral:

Simone da Rocha Custódio

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

Assessoria Distrito Federal

Comissão Permanente de Inquérito

Central de Conciliação

Centro de Estudos de Direito Municipal

Biblioteca

Coordenação das Procuradorias Setoriais e Especializadas Autárquicas

Procuradoria Municipal Especializada do DEMHAB

Procuradoria Municipal Especializada do DMAE

Procuradoria Municipal Especializada do DMLU

Procuradoria Municipal Especializada do PREVIMPA

Procuradorias Especializadas e Setoriais

Procuradoria de Acompanhamento de Processo Eletrônico

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 Distribuição e Análise de Processos

Posto de Arrecadação Fiscal

Procuradoria Tributária

Procuradoria de Assuntos Estratégicos Fiscais

Gerência de Precatórios e Contencioso Especial

Procuradoria de Dívidas não Tributárias

Coordenação Administrativo-Financeira

Assessoria de Planejamento Orçamentário e Fundos

Coordenação de Gestão, Qualidade e Produtividade

Gerência de Apoio Administrativo

Gerência de Cadastro e Distribuição

Gerência de Materiais

Gerência de Serviços Gerais

Recursos Humanos

Setor de Contratos

Gerência de Engenharia e Arquitetura

APRESENTAÇÃO

É com muita honra e orgulho que apresentamos a Revista 32 da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre, correspondente ao ano 2019. Neste espaço, que é um repositório de pesquisa e jurisprudência da advocacia pública municipal, já tive a honra de publicar alguns de meus escritos, ao longo do tempo. A Procuradoria-Geral do Município, segundo pesquisa de uma ilustrada procuradora doutora em Direito que há pouco deixou os quadros desta Casa, possui mais de 90 anos de história na defesa do Município de Porto Alegre, do ato administrativo e, muitas vezes, na defesa dos servidores públicos *lato sensu* considerados.

Durante essa trajetória, muitos foram os desafios. Por hora, estamos vivendo tempos difíceis, em que a Administração Pública é criticada pelos meios de comunicação, por alguns políticos e interesses privados, que nem sempre são consonantes com o interesse público. Direitos conquistados com muita luta hoje são questionados e reformulados. Não que isso faça alguma diferença para o servidor público, visto que os deveres de obediência hierárquica, boa-fé, zelo, ética, eficiência e respeito à ordem pública deverão ser sempre observados. Ficamos tristes, mas seguimos em frente.

Com essa disposição de sempre avançar, editamos mais uma edição da Revista da PGM. Alguns dos assuntos aqui dissertados tratam do cotidiano da nossa Procuradoria, bem como de toda e qualquer procuradoria que tem em seus quadros procuradores de carreira concursados e que leva com seriedade assuntos como o Projeto de Lei da nova

Lei de Licitações e Contratos Administrativos, de 2013. Se existe algum assunto tormentoso no âmbito da administração pública, eu certamente diria que é o que trata das licitações e contratos. Na publicação, a lei foi abordada pelo autor convidado, Juliano Heinen.

Além deste, são apresentados outros temas atuais e de grande relevância nas áreas do direito tributário, constitucional, urbanístico, ambiental, entre outros. Neste volume, apresentamos artigos produzidos por procuradores da Casa e convidados. Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira apresenta uma revisão bibliográfica sobre o princípio federativo, competência das unidades autônomas e análise da proposta de reforma da previdência, aprovada pelo Congresso Nacional em 2019. Cristiane da Costa Nery faz um relato da experiência de Porto Alegre na arrecadação da dívida ativa e Vanesca Prestes apresenta artigo abordando o conceito de corrupção dos sistemas ao longo da história, adentrando na legislação urbanística contemporânea. O assessor jurídico Mateus Klein também colaborou com esta edição, discorrendo sobre imunidade tributária e a desincorporação de bem imóvel do capital social de sociedade empresária. Também foram selecionados artigos externos, aprovados pelos pareceristas da Revista e de igual importância. Um, de Dienifer de Souza Araujo e Rogério Santos Rammê, aborda o licenciamento ambiental nos municípios, e o outro, assinado por Christina de Moraes Herrmann e Daian Possamai, reflete sobre os riscos da publicidade enganosa e o necessário controle extrajudicial de seu conteúdo.

Como de praxe, na seção Município em Juízo, o leitor terá acesso à íntegra de acórdãos/relatórios e comentários dos procuradores municipais sobre suas defesas. Nesta edição, apresentamos uma apelação cível diante da imunidade tributária de instituição de educação e assistência social sem fins lucrativos; uma apelação cível sobre a obra pública

APRESENTAÇÃO

denominada Trincheira da Anita Garibaldi; uma ação de indenização por prejuízos materiais provocados por alagamentos e que resultou nula e, ainda, uma ação civil pública sobre o restauro da Casa Azul, imóvel inventariado pelo Município, localizado na região central da capital gaúcha, porém de propriedade privada.

Esperamos que o conteúdo abordado nesta edição, ainda que não dê conta da complexidade e diversidade das matérias atinentes ao direito municipal, oportunize o debate e a troca de experiências, contribuindo para que consigamos enfrentar os desafios que se apresentam diariamente no âmbito das procuradorias municipais.

Boa leitura!

Nelson Nemo Franchini Marisco
Procurador-Geral do Município de Porto Alegre

APRESENTAÇÃO

Memória

Amar o perdido
deixa confundido
este coração.

Nada pode o olvido
contra o sem sentido
apelo do Não.

As coisas tangíveis
tornam-se insensíveis
à palma da mão.

Mas as coisas findas,
muito mais que lindas,
essas ficarão.

Carlos Drummond de Andrade

O uso das novas tecnologias tem revolucionado todas as áreas do conhecimento humano. O próprio cotidiano das pessoas, em geral, também não é mais o mesmo. Boa parte dos indivíduos passa muito mais tempo on-line do que off-line. Atualmente, quem está fora das redes sociais é considerado quase que um modelo reformulado de homem ou mulher das cavernas.

O advento da inteligência artificial (IA), por exemplo, tem sido alvo de constante debate. Como diz Yuval Noah Harari:

[...] é crucial entender que a revolução da IA não envolve apenas tornar os computadores mais rápidos e mais inteligentes. Ela se abastece de avanços nas ciências da vida e nas ciências sociais também. Quanto mais compreendemos os mecanismos bioquímicos que sustentam as emoções, os desejos e as escolhas humanas, melhores podem se tornar os computadores na análise do comportamento humano, na previsão de decisões humanas e na substituição de motoristas, profissionais de finanças e advogados humanos.¹

Nessa ordem de ideias, a Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre não poderia ficar indiferente aos avanços tecnológicos experimentados em todos os campos do conhecimento, em especial, os da tecnologia da informação. Assim, a partir desta edição (32), a Revista da PGM passará a ser publicada apenas em formato eletrônico. Desta forma, a publicação da revista promove, a um só tempo, os princípios da publicidade, economicidade e sustentabilidade.

Por óbvio, a mudança do formato físico para o eletrônico não mudará o objetivo da revista, a saber, ser um instrumento de promoção do trabalho dos procuradores e das procuradoras municipais (artigos, pareceres, notas técnicas, peças processuais e etc.) e de temas de interesse do Município, em geral, através da publicação de artigos de autores externos. Mais do que isso, a Revista da PGM tem por objetivo manter viva e preservada a memória da instituição (PGM).

Convém, por fim, ressaltar que os artigos e pareceres publicados na presente edição foram recebidos ao longo de 2019.

Boa leitura!

Rafael Ramos
Procurador Municipal
Coordenador do Centro de Estudos de Direito Municipal

¹ HARARI, Yuval Noah. **21 lições para o século XXI**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 41.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÕES6

ARTIGOS E ESTUDOS

PROJETO DE LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS: PRIMEIRAS IMPRESSÕES 17
Juliano Heinen

REFORMA DA PREVIDÊNCIA E O REGIME PRÓPRIO 41
SOCIAL SECURITY REFORM FOR CIVIL SERVANTS
Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira

GESTÃO FISCAL E A EFICIÊNCIA NA COBRANÇA DO CRÉDITO
PÚBLICO E NA DEFESA TRIBUTÁRIA: A EXPERIÊNCIA DE
PORTO ALEGRE 69
*TAX MANAGEMENT AND EFFICIENCY IN COLLECTION OF PUBLIC CREDIT AND TAX
DEFENSE - THE EXPERIENCE OF PORTO ALEGRE*
Cristiane da Costa Nery

DESINCORPORAÇÃO DECORRENTE DA REDUÇÃO DO
CAPITAL SOCIAL – ITBI – NÃO INCIDÊNCIA 111
MISCONDUCT ARISING FROM THE CAPITAL REDUCTION - ITBI - NO IMPACT
Mateus de Farias Klein

CORRUPÇÃO URBANÍSTICA 127
URBAN CORRUPTION
Vanêscia Buzelato Prestes

BREVE REFLEXÃO SOBRE O PAPEL DO MUNICÍPIO NO
CONTROLE EXTRAJUDICIAL DA PUBLICIDADE 155
*A BRIEF REFLECTION ABOUT THE ROLE OF THE MUNICIPALITY IN THE
EXTRAJUDICIAL CONTROL OF ADVERTISING*
Christina de Moraes Herrmann
Daian Possamai

O LICENCIAMENTO AMBIENTAL MUNICIPAL: INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO: DEVER FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE 183

THE MUNICIPAL ENVIRONMENTAL LICENSE: INSTRUMENT OF REALIZATION OF THE FUNDAMENTAL RIGHT-DUTY TO THE ENVIRONMENT

Dienifer de Souza Araujo

Rogério Santos Rammê

PARECERES

PARECERES INDIVIDUAIS

DIREITO À MORADIA. PREVISÃO CONSTITUCIONAL. DIFERENTES FORMAS DE EXPRESSÃO DESTE DIREITO. COMPRA ASSISTIDA POR MEIO DE BÔNUS MORADIA..... 235

VanêscA Buzelato Prestes

Gustavo Moreira Pestana

REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA. REURB. LEI FEDERAL N. 13.465/17. INTERPRETAÇÃO ACERCA DO CONTEÚDO E FORMA DE APLICAÇÃO..... 236

Simone Somensi

VanêscA Buzelato Prestes

Luis Carlos Pellenz

EXAME DE VÍCIO DE INICIATIVA EM PROJETOS DE LEI QUE ALTERAM O PLANO DIRETOR..... 237

VanêscA Buzelato Prestes

PARECER COLETIVO

REFERÊNCIA DE SERVIDOR QUE INGRESSA EM OUTRO CARGO VIA CONCURSO PÚBLICO..... 238

Clarissa Cortes Fernandes Boher

MUNICÍPIO EM JUÍZO

APELAÇÃO CÍVEL 70078589371. TRIBUTAÇÃO SOBRE PATRIMÔNIO DE INSTITUIÇÕES DE EDUCAÇÃO E ASSISTÊNCIA SOCIAL SEM FINS LUCRATIVOS. IMUNIDADE. IPTU, ART. 150, VI, "C", § 4º DA CF. NECESSIDADE DE SE RELACIONAR COM SUAS FINALIDADES ESSENCIAIS 243

Cristiane da Costa Nery
Adriana Carvalho Silva Santos

ACÓRDÃO APELAÇÃO TRINCHEIRA ANITA 259

Patrícia Dornelles Schneider

INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS 275

Patrícia Dornelles Schneider

CASA AZUL. IMÓVEL INVENTARIADO DE ESTRUTURAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA 285

Thais Astarita Soirefmann

AR
TI
GOS
E
ES
TU
DOS



PROJETO DE LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: PRIMEIRAS IMPRESSÕES

Juliano Heinen²

1 PLANO DE TRABALHO

Impressiona que o direito administrativo sofra tantas mudanças legislativas em tão pouco tempo. Câmbios para lá de superficiais. Para quem costuma ler este periódico regularmente pode perceber que corriqueiramente são apresentadas impressões sobre relevantes modificações nesta parte específica do ordenamento jurídico. E isso, como bem sabemos, tem um bônus e um ônus. Ganhamos atualidade, e corremos o risco de perder direção. Mas, afinal, é este o grande dilema das alterações legislativas, não é mesmo?

² Autor externo convidado. Doutor em Direito pela UFRGS. Professor titular de Direito Administrativo da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Professor de Pós-Graduação e Direito (UNIRITTER, UCS e UNISC). Professor da Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE) e da AJURIS. Procurador do Estado do Rio Grande do Sul.

Avizinha-se mais uma destas profundas modificações no direito administrativo: temos à frente o exame de um projeto de lei com cento e trinta e um artigos, o qual poderíamos, quiçá, chamar de “Código de Licitações e de Contratos Administrativos”. Muita coisa poderia ser dita, é certo. E, neste espaço, trataremos daquilo que é mais inovador, mais instigante e mais perplexo do novo projeto de lei que visa a redesenhar juridicamente as *licitações e contratos administrativos*. Pretendemos ser simples, objetivos e diretos, apresentando, aqui, verdadeiro “*city tour*” quanto ao que pode ser alterado em termos de certamos públicos.

Apesar dessa mencionada opção em selecionar alguns dos dispositivos do projeto de lei que aborda o assunto das licitações e contratos públicos, dividiremos nossa exposição em partes que representam, ao menos na nossa ótica, os pontos mais relevantes do projeto. Trataremos de explicar o contexto do tema e a parte inicial da lei. Falaremos dos procedimentos e tipos licitatórios. Para, derradeiramente, concentrarmo-nos na análise dos contratos e das disposições finais e transitórias. Esperamos, então, trazer a público reflexões sobre o “novo” regime jurídico-licitatório e contratual do Poder Público que encontrasse tramitando no Congresso Nacional, já tendo sido aprovado no Senado Federal.

2 INTRODUÇÃO

O Projeto de Lei (PL) nº 559 de 2013 teve início no Senado Federal. Lá ganhou um substitutivo que recebeu mais de cinquenta emendas. Depois da sua aprovação, foi remetido à Câmara de Deputados, quando recebeu o nº 6.814/17. Nesta segunda casa legislativa o referido PL passou a tramitar em uma comissão especial, de modo prioritário, dada sua magnitude e importância. Então, a Câmara dos Deputados resolveu por tramitar substitutivo ao Projeto de Lei nº 1.292-E de 1995 do Senado Federal (PLS nº 163/95 na Casa de origem). Em setembro de 2019, aprovou a redação final, inclusive votando os destaques. Assim, o texto retornou a casa legislativa iniciadora (v.g. Senado Federal) para novo turno de votação.

Sabemos bem que a legislação que trata das licitações e contratos possui influência decisiva na *economia interna*. Afinal, segundo dados da própria União, as compras públicas são responsáveis pela transação comercial de bilhões de reais. E não é só: a legislação sobre o tema é por deveras importante também no âmbito externo. Veja que o Brasil, para ingressar na *Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)*, deverá adotar regras específicas no que se refere aos contratos administrativos. Eis o porquê a legislação que trata do tema mostrar relevância no campo do desenvolvimento nacional como um todo.

3 INFLUÊNCIA

Quanto às questões materiais, podemos dizer que a proposta legislativa em questão sofreu influência da Diretiva nº 24/2014, da União Europeia, especialmente quanto ao tema da flexibilização dos contratos administrativos. E esta influência fica clara no que diz respeito à modalidade de “diálogos competitivos”, a seguir tratada. Devemos referir, por oportuno, que as diretivas emitidas pelo dito bloco europeu funcionam como uma espécie de “norma geral”, a qual deverá ser internalizada em cada País-membro.

Já os modelos de contratação norte-americano e britânico influenciaram o tema dos “seguros”, previsto no PL. Ambos os institutos mencionados serão comentados adiante. Quanto ao âmbito interno, vemos que serão revogadas a Lei nº 8.666/93 (*Lei Geral de Licitações e Contratos administrativos*), Lei nº 10.520/02 (*Lei do Pregão*) e arts. 1º a 47 da Lei nº 12.462/11 (o *Regime Diferenciado de Contratações* ou simplesmente “RDC) – conforme art. 130 do PL. Ao mesmo tempo, a própria lei “importa” partes destes diplomas, unificando as regras de cada qual em uma lei específica. Então, o projeto também é influenciado, de certa forma, pelos dispositivos da referida legislação brasileira, bem como por alguns precedentes do Tribunal de Contas da União.

Já de início podemos perceber um efeito colateral gritante neste aspecto: a legislação a ser gerenciada é “fragmentada”, ou seja, tentou perfazer um diálogo

entre os diplomas normativos mencionados, sem atentar para questões significativas e para incongruências já hoje evidenciadas. Provaremos isto logo.

4 AS PRIMEIRAS DEFINIÇÕES LEGAIS FEITAS PELO PL

O art. 5º do PL, já de início – como é de praxe –, faz uma lista de quais princípios administrativos que regem as licitações e contratos administrativos. A regra em questão invoca dezoito deles, acrescentando, então, nove novos em relação à lei geral vigente, quais sejam: eficiência, motivação, eficácia, segurança jurídica, razoabilidade, competitividade, proporcionalidade, economicidade e sustentabilidade. E uma mudança axiológica importante, mas que somente terá utilidade caso sejam implementadas novas estruturas, uma cultura diferente e práticas diversas daquelas que se tem hoje. Afinal, ao que se sabe, o direito não salva uma Nação quando ela é comandada por gestores com más intenções.

Avançando, o art. 6º é um dos mais significativos do projeto. Ele faz uma importante *interpretação autêntica*, enfim, “explica” o que seriam considerados alguns institutos, documentos, ações etc. em licitações e contratos administrativos. Estamos diante de um dispositivo com cinquenta e três longos incisos. Deles, podemos destacar a mudança de nomenclatura do “projeto básico”, o qual, agora, é denominado de

“projeto completo”, sem percebermos maiores mudanças substanciais, ou seja, em termos de conteúdo (art. 5º incisos XXII e XXIII).

Do longo art. 6º, ainda podemos destacar que o inciso XXVII define o que é a *matriz de risco*, documento passível de ser inserido no certame, o que já era previsto pela recente *Lei das Empresas Estatais* (Lei nº 13.303/16). Tal documento mostra-se relevante para evitar toda a sorte de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. A legislação, ainda, procurou definir o que é a *contratação integrada* (inciso XXXII) e a *contratação semi-integrada* (inciso XXXIII), esta última também prevista na referenciada *Lei das Estatais*.

O inciso XXXIV trata do “serviço e fornecimento associado”, sendo um regime de contratação novo, porque, além do particular ficar obrigado a entregar o objeto contratado, responsabiliza-se por sua operação, manutenção ou ambas, por tempo determinado.

É bastante inovadora a previsão da figura do “diálogo competitivo” (inciso XLII), podendo ser considerada uma *modalidade de licitação* inédita. Neste caso, o Poder Público poderá, diante de *objetos extremamente complexos* – por exemplo, na ocasião em que o Estado não consegue sequer saber como proceder na contratação –, realizar “diálogos” com licitantes previamente selecionados. Essa “conversa” tem o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final depois do encerramento do debate. Em resumo, o art. 29 elenca

três casos em que tal procedimento é possível de ser aplicado, todos eles revelando uma situação em que a Administração Pública não possui condições de estruturar a competição. Na França, por exemplo, esta modalidade de certame foi aplicada em relação à contratação de grupos hospitalares. E na Inglaterra, serviu para selecionar propostas de construção das grandes estruturas olímpicas do evento de 2012. Devemos perceber que esta é uma modalidade dotada de bastante subjetividade. E esta característica, no Brasil, sempre causa desconfiança, dado que isto corriqueiramente se mostrou perigoso em termos de fraude.

Havia uma reclamação antiga no sentido de que os certames públicos deveriam ser conduzidos por um corpo de servidores técnicos e estáveis. Indo ao encontro destes reclames, o art. 8º do PL cria a figura do “agente de contratação”, antes chamado de “agente de licitação”, o qual se destina do trato diuturno das atividades licitatórias. E isto é bastante minuciado normativamente. Interessante notar que o § 4º permite contratar, temporariamente, um profissional ou empresa para assessorar o órgão que trata das licitações. Devemos dizer que se mostra elogiosa e necessária a profissionalização dos servidores que conduzem os certames públicos, sendo uma das grandes conquistas do projeto de lei em questão.

Outra medida bastante profícua consiste na determinação de que o processo licitatório seja feito *preferencialmente de modo eletrônico* (art. 12, inciso VI).

E isto é coerente e condizente com o que já se pratica, bem como está conforme com as facilitações trazidas pelas ferramentas da tecnologia da informação. O PL, aliás, a todo o momento prevê que estes instrumentos tecnológicos sejam aplicados, podendo esta “preferência” ser considerada uma verdadeira diretiva das licitações que se quer ver no futuro.

Chama a atenção, ainda, a novidade prevista no art. 14, que trata dos consórcios de pessoas jurídicas para participar de um certame. Essa associação mostra-se viável e adequada quando uma empresa isoladamente possui dificuldades ou sequer conseguiria disputar o certame, dada a complexidade, valor ou amplitude da obra a ser construída. Veja que o número de empresas que podem formar um consórcio não foi limitado pelo art. 33 da Lei nº 8.666/93. Já o PL permite esta limitação, desde que haja justificativa técnica aprovada pela autoridade competente, e previsão expressa no edital (§ 5º).

Um tema bastante polêmico reside na possibilidade (ou não) da contratação de *cooperativas*, porque se entendia que elas poderiam servir como um “subterfúgio” para locação de mão de obra na prestação de serviços à Administração, em detrimento de direitos e garantias dos trabalhadores envolvidos. O PL pretende acabar com esta polêmica, na medida em que o art. 14 passará a regular a contratação de cooperativas, nas formas e limites ali definidos.

5 FASES DO PROCESSO LICITATÓRIO

Continuando nossa exposição sobre as principais idiossincrasias do Projeto de Lei (PL) nº 559 de 2013 (Senado Federal), que hoje tramita na Câmara dos Deputados sob o nº 6.814/17, passamos a tratar, agora, das *fases do processo licitatório* (art. 17 do PL). Entendemos que, neste ponto, a proposta de alteração legislativa recebeu nítida influência do *Regime Diferenciado de Contratações (RDC)* e da Lei nº 13.303/16 – *Lei das Empresas Estatais*.

O projeto pretende que a licitação contenha, em síntese, as seguintes fases: (1) etapa preparatória; (2) publicação do edital de licitação; (3) apresentação de propostas e lances, quando for o caso; (3) julgamento destas propostas ou lances; (4) fase de avaliação dos critérios de habilitação do vencedor, ou dos demais, caso aquele não detenha os requisitos exigidos para a contratação; (5) etapa recursal; (6) homologação.

É relevante notar que a *fase preparatória* enfatiza a figura do *planejamento*. Aliás, não é só neste momento que tal instituto se torna exponencial. Isto fica nítido, por exemplo, na Seção I do Capítulo II do PL quando se destaca com bastante ênfase esta providência. E a lei não parou por aí, porque em longos nove incisos do art. 16 diz como e o que deverá ser feito nesta etapa específica. Ora, sabe-se, de antemão, que um bom planejamento tende a permitir boas e seguras contratações.

De outro lado, tal qual o RDC, o PL pretende que todas as insurgências que possam existir durante o certame *sejam decididas em um só momento*, ou seja, *após a habilitação do vencedor* – lembrando que ela ocorre depois do julgamento das propostas. Então, o legislador tem por meta fixar uma *“fase recursal única”*, como forma de se otimizar a celeridade do procedimento.

6 ORÇAMENTO SIGILOSO

O *orçamento sigiloso* é uma figura que deu o que falar quando o RDC (Lei nº 12.462/11) foi publicado. Este regime diferenciado determinava que o orçamento feito pelo Poder Público *ficasse reservado*, ou seja, não poderia ser conhecido pelos interessados e pelo público em geral até o *encerramento da licitação*. Toda sorte de problemas foi percebida, especialmente porque a lei determinava a obrigatoriedade do sigilo na maioria dos casos. O PL corrige esta dificuldade, determinando tal instituto seja aplicado de modo facultativo. A *regra*, aliás, é que *o orçamento não seja reservado*. Ele será sigiloso somente quando se estiver diante de *motivos relevantes e devidamente justificados* (art. 21). Então, o PL se apropria da figura consagrada no RDC, perfazendo, claro, importantes e adequadas adaptações.

7 MODALIDADES DE LICITAÇÃO

O art. 28 trata das *modalidades de licitação*. E uma das principais inovações consiste no *desaparecimento da tomada de preços*. Em compensação, o pregão é inserido aqui, ficando revogada a Lei nº 10.520/02 que trata do tema. Assim, o certame que visa a uma contratação pública poderá ser processado pelas seguintes modalidades:

- I – concorrência;
- II – convite;
- III – concurso;
- IV – leilão;
- V – pregão;
- VI – diálogo competitivo.

Desta perspectiva, podemos destacar algumas peculiaridades. Por exemplo, o parágrafo único do art. 30 acaba com a velha polêmica se seria possível *utilizar o pregão para obras e serviços de engenharia*. Este debate surgiu pelo fato de que a referida modalidade era aplicada somente no que se refere aos bens e serviços “comuns”, sendo que as obras de engenharia revelavam, na massacrante maioria dos casos, uma complexidade incompatível com este adjetivo. Contudo, o Tribunal de Contas da União percebeu que certas obras e serviços de engenharia poderiam ser padronizados, e que, portanto, seriam passíveis de se submeter à mencionada modalidade (v.g. TCU,

Acórdão nº 817/2005, 1ª Câmara; TCU, Acórdão nº 2.079/2007, Pleno). Exemplificado: o pregão poderia ser utilizado no caso das construções erguidas por módulos ou diante do conserto de um ar condicionado. A rigor, o PL acaba com a polêmica, porque é bastante enfático ao permitir que o pregão possa ser utilizado em obras e serviços de engenharia, quando se tratar de aquisições “comuns”, e quando a contratação envolver valores inferiores a R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais).

Vamos retomar um pouco daquilo que dissemos no primeiro texto sobre o projeto de lei que tem por objeto instituir uma espécie de “código de licitações e contratos administrativos”, quanto à nova modalidade denominada de “diálogo competitivo”, prevista no art. 32. Ela será aplicada frente a situações em que não se sabe, previamente, como equacionar a contratação e a execução de objetos complexos. De modo que passará a se buscar, com isto, uma solução mais apta.

8 CRITÉRIOS DE JULGAMENTO

Nos *critérios de julgamento*, listados no art. 33, é incorporado praticamente aquilo que o RDC já tratava, destacando-se as figuras do “*maior retorno econômico*” e do “*maior desconto*”. O maior retorno econômico, que nada mais é do que o resultado da economia gerada com a execução do programa de trabalho apresentado pelo particular. Geram-se, assim, os denominados “contratos de eficiência”, que são remunerados por

uma parcela de economia que a Administração Pública auferir. Tais negócios jurídicos nascem na década de setenta, momento em que todos estavam diante de uma grave crise energética, necessitando a contratação de soluções que diminuíssem o gasto neste setor.

Assim, estabeleceram-se avenças nas quais a remuneração variava de acordo com a maior economia gerada, ou seja, quanto mais se reduziam os custos com energia elétrica, maior era o retorno econômico aos contratados. Desta forma, certas empresas surgiram justamente para apresentar soluções de economia neste sentido. No Brasil, estes ajustes foram também chamados de “contratos de risco” ou “de performance”. Aqui, o julgamento das melhores propostas deve levar em conta parâmetros de economia, sendo esta a base de cálculo para a seleção da melhor proposta. Diz o art. 23, da Lei do RDC, que este critério deve ser utilizado somente na celebração de contratos de eficiência, onde o particular deve atingir certas metas definidas no instrumento convocatório. As propostas serão consideradas de forma a selecionar a aquela que proporcionará a maior economia para a Administração Pública decorrente da execução do contrato.

Já a forma de julgamento por maior desconto utiliza como base de cálculo, ou seja, como referência o preço global estimado pela Administração Pública, que é fixado no edital, a partir do qual se formulam propostas. Aqui o intérprete deve prestar muita

atenção: o “preço global” mencionado no § 2º do art. 19 da Lei do RDC difere do “preço total” estabelecido no art. 27, do Decreto nº 7.581/11 – fatores que devem ser levados em conta no projeto de lei que se está sendo processado junto ao Congresso Nacional.

Veja que, para a mesma situação, duas locuções diversas são utilizadas, as quais merecem ganhar a devida diferenciação. “Preço global” é aquele que é colocado no edital. Contudo, segundo o RDC, ele não é sigiloso. Já o “preço total” refere-se à proposta do licitante. São institutos diversos e, portanto, inconfundíveis. Bem por isso considera-se que o projeto de lei deva fazer esta diferenciação.

Devemos dizer, por oportuno, que este desconto ofertado pelo licitante será estendido também aos eventuais aditivos que porventura se negociem. É uma iniciativa que não está prevista na lei geral de licitações, mas que ganhou guarita na prática administrativa e foi chancelada pelas cortes de contas, sendo considerada, pois, como aceitável. Então, estamos diante de um critério no qual a Administração Pública apresenta uma planilha de custos ou um objeto a se adquirir no mercado, e os licitantes passam a oferecer lances sucessivos, formulando propostas de maior desconto sobre aqueles objetos ou valores. Muito comum em bibliotecas públicas este tipo de licitação, quando se faz um certame para a aquisição de livros, sendo selecionada a proposta que ofereça o maior desconto no preço de capa de cada obra.

9 DISPOSIÇÕES SETORIAIS

As principais aquisições a serem feitas pela Administração Pública foram objeto de regulação própria, como as “compras”, “serviços”, “locação” etc. (v.g. Seção IV do PL). Aliás, quanto a este último item, percebemos que o contrato de locação deixa de ser um “contrato da Administração”, sem a presença de cláusulas exorbitantes, para ser regulado integralmente pela lei geral, o que o torna um “contrato administrativo”, porque presente o regime derogatório.

É certo que o conceito de “disposições setoriais” já, de plano, causa certo questionamento. De qualquer sorte, podemos ver a ênfase ao planejamento. Destaque ao fato de que o art. 41 deixa clara a possibilidade de indicar marca, o que sempre foi debatido.

Enfim, é possível que a prova de qualidade de produto apresentado pelos proponentes como similar ao das marcas eventualmente indicadas no edital será admitida por qualquer um dos seguintes meios:

[...]

I – comprovação de que o produto está de acordo com as normas técnicas determinadas pelos órgãos oficiais competentes, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) ou por outra entidade credenciada pelo Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (Inmetro);

II – declaração de atendimento satisfatório emitida por outro órgão ou entidade de nível federativo equivalente ou superior que tenha adquirido o produto;

III – certificação, certificado, laudo laboratorial ou documento similar que possibilite a aferição da qualidade e da conformidade do produto ou do processo de fabricação, inclusive sob o aspecto ambiental, emitido por instituição oficial competente ou por entidade credenciada;

IV – carta de solidariedade emitida pelo fabricante que assegure a execução do contrato, no caso de licitante revendedor ou distribuidor.³

10 OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA

Em verdade, o PL mantém os regimes comumente conhecidos, como as empreitadas por preço global, por preço unitário e a integral, bem como a contratação por tarefa. Também mantém a previsão das contratações integrada e semi-integrada constantes no RDC e na Lei nº 13.303/16. E prevê um novo regime de execução: fornecimento e prestação de serviço associado – art. 45, inciso VII.

³ BRASIL. Congresso Nacional. **Projeto de Lei 6814/2017**. Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e revoga a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e dispositivos da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=FBA9F46FAAC87BD70DFBA71F794AE83B.proposicoesWebExterno2?codt eor=1523083&filename=PL+6814/2017. Acesso em: março 2020.

Aliás, o projeto tem a vocação de detalhar uma série de providências, garantias e procedimentos na consecução de obras ou de serviços de engenharia. Veja que o PL diz claramente que não pode ser feita a obra de engenharia sem projeto executivo – art. 45, § 1º, estabelecendo uma exceção.

11 CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS

O art. 47 trata da terceirização e, seguramente, deve ser objeto de interpretação sistemática, em face da reforma trabalhista. A contratação simultânea, já prevista no RDC, será também regulada no projeto (art. 48), mas ele não se aplica aos serviços de engenharia, por poder ensejar um indevido fracionamento.

Em termos objetivos, o art. 49 do PL estruturou uma série de providências para a fiscalização dos contratos em que a Administração Pública é tomadora de mão de obra, até para evitar eventual acusação de *culpa na fiscalização* (ou *culpa in vigilando*). Assim que defendemos que as providências mencionadas no “caput” e nos incisos do mencionado art. 49 devem ser obrigatórias para ambas as partes contratantes, sendo um ônus compartilhado neste sentido.

12 LOCAÇÃO DE IMÓVEIS

A locação de imóveis, prevista no art. 50, compatibiliza-se com a figura do art. 24, inciso X, da Lei

n° 8.666/93. Mas o mencionado artigo enfatiza a premência da licitação. O art. 50 ocupou-se especificamente da *locação de bens imóveis*, independentemente de serem eles urbanos ou rurais, para uso residencial ou comercial. Digo isso, porque, no âmbito cível, esses fatores são determinantes para se saber, por exemplo, qual a legislação aplicável. De modo que, por consequência, sabe-se os direitos e deveres incidentes, bem como o reflexo processual pertinente. Explico: caso se trate de uma locação de imóvel urbano, a legislação de referência será a *Lei do Inquilinato* (Lei n° 8.245/91). E, para os seus termos, é relevante saber se a locação é residencial ou não, dado que, em um ou outro caso, as denúncias do contrato se diferenciam, por exemplo. De qualquer sorte, em ambos os casos, a ação de despejo é aquela adequada para retomada do imóvel, nos casos previstos legalmente. Caso se tratasse de uma locação para fins residenciais rurais, a legislação aplicável seria o Código Civil, e a retomada do imóvel pelo locador seria feita por meio de uma ação de reintegração de posse.

De certa forma, todo esse arcabouço jurídico pode servir de parâmetro para uma locação estabelecida para com a Administração Pública. Contudo, o contrato seguirá as disposições do PL, naquilo que ela regula o tema. Queremos dizer que a legislação mencionada é fonte primária do direito dessa espécie de contrato.

13 CONTRATAÇÕES DIRETAS

Quanto à contratação direta, esperava-se mais – não sem tristeza, principalmente pela atecnia. O Capítulo VIII praticamente repete muito dos conceitos normatizados pelo art. 6º, o que reclama sistematizar sempre essas regras, dispostas em momentos diferentes da legislação. A inexigibilidade de licitação segue a linha consagrada pelo art. 25 da Lei nº 8.666/93, com poucas novidades. Por exemplo: define exatamente quais são as atividades consideradas de “notória especialização” – há um rol de casos expressamente disposto. E agrega mais dois casos de inexigibilidade, os quais, de certo modo, já eram reconhecidos pela doutrina e pela jurisprudência: “IV – objetos que devam ou possam ser contratados por meio de credenciamento; V – aquisição ou locação de imóvel cujas características de instalações e de localização tornem necessária sua escolha.” (art. 73).

O tema da dispensa de licitação trouxe novidades: o inciso I alterou os valores de dispensa até então vigentes. Contudo, o PL comete o mesmo erro em fixar valores fixos. A contratação emergencial passa a ser possível por um ano, e não por cento e oitenta dias.

14 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A parte mais palpitante do PL concentra-se nos contratos administrativos. E entendemos que o projeto foi arrojado. O art. 90 determina que os contratos e aditivos devem figurar em sítio eletrônico para acesso

de quem quer que seja. Cria, assim, um portal nacional de licitações e contratos públicos, aumentando a possibilidade de controle social sobre o tema. Aliás, em relação à transparência, o Poder Público deverá divulgar o termo de ajuste em trinta dias após a contratação.

Aliás, é inédito a possibilidade de se estabelecerem contratos eletrônicos, conforme previsão do art. 90, § 3º. E em relação à alteração contratual, o art. 123 apenas, o PL praticamente manteve intacto o que já nos diz o art. 65 da Lei nº 8.666/93. Claro que, no tema, devem ser agregadas as disposições relativas à matriz de riscos.

A arbitragem e a mediação foram incorporadas pelo texto como mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos em relação aos contratos administrativos. Lembrando que, no caso, a *arbitragem será sempre de direito* e observará o *princípio da publicidade* (art. 151 do PL da *Lei Geral de Licitações e Contratos Públicos*). Em relação à possibilidade de arbitragem com entidades da Administração Pública, após reconhecimento de sua viabilidade pela jurisprudência⁴. Aliás, os contratos

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 11.308 DF 2005/0212763-0**. Relator: Min. Luiz Fux, 1ª Seção, 09 de abril de 2008. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7147580/agravo-regimental-no-mandado-de-seguranca-agrg-no-ms-11308-df-2005-0212763-0/inteiro-teor-12864814?ref=juris-tabs>. Acesso em: 13 abril 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Recurso Especial nº 612.439 RS 2003/0212460-3**. Relator: Min. João Otávio Noronha, 25 de outubro de 2005. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7143033/recurso-especial-resp-612439-rs-2003-0212460-3-stj/relatorio-e-voto-12856828>. Acesso em: 13 abril 2020.

poderão ser aditados para permitir a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsia (art. 152).

O art. 95 tratou das garantias contratuais: um espelho do art. 56 atual. Com duas alterações: nas obras de engenharia de grande vulto, poderá ser exigida a prestação de garantia, na modalidade seguro-garantia, com cláusula de retomada prevista no art. 101, em percentual equivalente a até 30% (trinta por cento) do valor inicial do contrato, o que é bastante significativa em termos contratuais (conforme art. 98).

Em caso de contratação de obras e serviços de engenharia, o PL prevê a obrigação da seguradora poder se sub-rogar nos direitos do contratado. Então ela iria assumir a prestação contratual, E isto tem nítida inspiração no direito norte-americano. E uma joia à Administração Pública, porque induz a que a seguradora possa fiscalizar plenamente o contrato, porque, em caso de inadimplência, será ela a responsável. E isto traz um “aliado” na vigilância da execução do contrato administrativo.

O prazo contratual recebeu novidades. Nos serviços contínuos, o art. 105 diz que a Administração Pública pode celebrar, de plano, contratos de até cinco anos de duração. Estes contratos poderão ser renovados, mas deverão respeitar o prazo máximo de uma década (art. 106). O art. 108 permite estabelecer a vigência de contratos por prazo indeterminado, desde que seja a Administração Pública usuária de serviço em caráter de monopólio. E também merece ser dito que os contratos que gerem receita possuem prazos

diferentes (cf. art. 109). O art. 110 do PL nos brinda com uma regra importante nos contratos de escopo: o prazo de vigência da avença é automaticamente prorrogado, quando não houver sido concluído no tempo previsto.

O projeto enfrenta o problema da paralisação de obra no art. 114, deixando claro os casos em que é possível pausar a execução. Os aspectos ali elencados devem ser necessariamente observados. Trata-se de uma atuação vinculada a todos os dispositivos. A paralisação de obra pública merece um tratamento legislativo sério, e temos a esperança de que a futura lei possa acalentar uma outra realidade no tema.

As sanções administrativas dos arts. 155 e ss. praticamente permaneceram inalteradas. O prazo máximo do impedimento de três anos, e a declaração de inidoneidade terá prazo mínimo de três anos, e máximo de seis. Logo, há um agravamento destas expiações. E a desconsideração da personalidade jurídica foi prevista expressamente, o que é bastante salutar. Enfim, o projeto traz uma nova roupagem às penalidades, alterando, por exemplo, vivamente o Código Penal. São acrescidos vários tipos penais novos e agravamento das penas.

CONCLUSÕES

Em poucas palavras conseguimos perceber como o projeto de lei que trata das licitações e contratos administrativos é complexo e necessário.

Demonstramos as influências e influxos nele inseridos, e apresentamos algumas das novidades previstas na proposta normativa em questão. É percebido que a legislação utiliza muito da técnica da regulamentação *intra legem*, ou seja, ela remete muitas matérias à normatização por regulamento. Veja-se, portanto, a relevância que terá a legislação infraconstitucional no tema.

No mais, não se tem dúvidas de que a formatação e conformação da legislação ora comentada serão, após sua vigência, feitas pela jurisprudência das Cortes de Justiça e de Contas. Logo, por conta desta situação, estamos frente a um panorama aberto e a um estudo inacabado. Mas temos, aqui, um ponto de partida e uma direção.

Em síntese, podemos ver que as modificações propostas pelo “novo” marco legislativo no tema das licitações e contratações públicas não são de todo drásticas, porque já normatizadas pelas regras ora vigentes ou aceitas pelas cortes de contas. Então, se assim o é, perceberemos que o “novo código de licitação e contratos administrativos”, de todo necessário, visa muito mais a sistematizar a matéria em uma única lei.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Congresso Nacional. **Projeto de Lei 6814/2017**. Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e revoga a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e dispositivos da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=FBA9F46FAAC87BD70DFBA71F794AE83B.proposicoesWebExterno2?codteor=1523083&filename=PL+6814/2017. Acesso em: março 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 11.308 DF 2005/0212763-0**. Relator: Min. Luiz Fux, 1ª Seção, 09 de abril de 2008. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7147580/agravo-regimental-no-mandado-de-seguranca-agrg-no-ms-11308-df-2005-0212763-0/inteiro-teor-12864814?ref=juris-tabs>. Acesso em: 13 abril 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Recurso Especial nº 612.439 RS 2003/0212460-3**. Relator: Min. João Otávio Noronha, 25 de outubro de 2005. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7143033/recurso-especial-resp-612439-rs-2003-0212460-3-stj/relatorio-e-voto-12856828>. Acesso em: 13 abril 2020.

REFORMA DA PREVIDÊNCIA E O REGIME PRÓPRIO

SOCIAL SECURITY REFORM FOR CIVIL SERVANTS

Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira⁵

Resumo: Este artigo analisa as principais razões para o encaminhamento de Proposta de Reforma da Previdência em relação ao regime próprio da previdência social, relativo aos servidores públicos das esferas federativas e está focado no princípio federativo na Constituição de 1988. O objetivo é verificar se as razões expostas na proposta são relativas a ideias de restrição da autonomia nos níveis federativos estaduais e locais, mesmo que sem análise conclusiva quanto às alterações constitucionais. Por fim, descreve-se a relevância da autonomia das entidades federativas conforme determinado pela Constituição. O método de análise é baseado na revisão bibliográfica.

Palavras-chave: Constituição de 1988. Princípio federativo. Reforma da Previdência.

⁵ Procuradora do Município de Porto Alegre desde 1996. Graduação em Direito/UFRGS, Mestrado em Direito do Estado/UFRGS, Doutorado em Direito do Estado/USP e Pós-Doutorado em Direito/UFRGS. Professora universitária. E-mail: cristiane.oliveira@portoalegre.rs.gov.br

Abstract: *This paper examines the main reasons for the submission of Social Security Reform Proposal concerning the civil servants of federative entities. It is focused on Federative principle in Brazilian Constitution. The objective is to verify if the reasons stated in the proposal are related to ideas of restriction of autonomy at the state and local federative levels, even if without conclusive constitutional changes analysis. Finally, it describes the relevance of the autonomy of federative entities as determined by the Constitution. The method of analysis is based on the literature review.*

Keywords: *Brazilian Constitution. Federative principle. Social Security Reform.*

INTRODUÇÃO

A exposição de motivos da Proposta de Emenda Constitucional nº 06/2019 por meio da mensagem nº 55/2019 ao Congresso Nacional firmada em 20 de fevereiro de 2019, sintetiza as razões pelas quais a chefia do Executivo propõe a Reforma da Previdência (GUEDES, 2019) que altera dispositivos constitucionais referentes à Seguridade Social. Em relação à Seguridade Social, a Reforma não trata diretamente da Saúde, mas propõe alterações na Assistência Social e Previdência.

A proposta de alterações na Previdência Social abarca os regimes geral (de filiação obrigatória, exceto para servidores públicos de cargo efetivo), próprio (relativo aos servidores públicos de cargo efetivo) e complementar (de filiação não obrigatória). Em relação ao regime próprio trata-se de regime relativo aos

servidores públicos de cada uma das unidades federadas, que gerenciam administrativamente, com autonomia jurídico-política, seus servidores. Por essa razão, salienta-se desde logo que qualquer alteração no regime próprio deve estar de acordo com o princípio federativo, nos termos do art. 60, § 4, I, que prevê que “[...] não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir [...] a forma federativa de Estado.” (BRASIL, 2019).

1 O PRINCÍPIO FEDERATIVO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

1.1 Noção de princípio federativo e competências das unidades autônomas

Um dos fundamentos⁶ constitucionais da República Federativa do Brasil é a determinação de sua forma de estado⁷. A relevância do fundamento federal está demonstrada na opção por sua não alteração por emenda constitucional, conforme expresso na Constituição de 1988, art. 60, § 4º, I.

⁶ Nesse sentido utiliza-se a expressão “Organização Fundamental do Estado” como o conjunto das decisões acerca da organização político-jurídica de um Estado.

⁷ Nesse sentido, a forma de Estado está prevista no primeiro artigo da Constituição de 1988: Art. 1º A República **Federativa** do Brasil, **formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal**, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos [...] (BRASIL, 2019, grifo nosso).

É no caput do art. 18 da Constituição de 1988⁸ que se adota a forma de estado federal, configurada no em que se expressa a sua característica principal: a autonomia de seus integrantes. A garantia da autonomia dos integrantes do estado federal é dada pelas competências a cada um deles atribuída e assegurada juridicamente pela Constituição de 1988, especialmente nos art. 21 e seguintes. A forma de estado federal pressupõe repartição de competências entre as entidades autônomas integrantes do Estado e nesse sentido é que se afirma que são as técnicas de repartição de competências que garantem a autonomia das entidades.

No estado federal, a técnica de repartição das competências⁹ pode ser horizontal – quando há competências diferentes para cada ente federado e vertical – quando há níveis diferentes sobre a mesma matéria para cada ente federado, também chamada concorrente. Ambas as técnicas¹⁰ coexistem na Constituição de 1988, especialmente por causa da complexidade da repartição de competências definidas

⁸ Art. 18 – A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, Estados, o Distrito Federal, e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 2019).

⁹ Distinguindo como modalidades horizontal e vertical de repartição de competências, ver: Mendes e Branco (2019, p.804).

¹⁰ Um relato em perspectiva histórica das técnicas de repartição de competências pode ser encontrado em: Almeida (2013, p.32-40).

pelo modelo de federalismo cooperativo adotado com três esferas federativas¹¹.

Para corroborar a autonomia das entidades federativas, no Brasil, vê-se que as entidades autônomas têm reconhecido poder constituinte¹² e, no caso dos Estados federados, possuem representação no Senado, além da garantia de competências próprias nos termos da Constituição de 1988.

Embora a federação brasileira tenha três esferas de poder (municípios, união e estados), conforme explicitado pelo art. 18 da Constituição de 1988, ainda alguns autores¹³ questionavam inicialmente a autonomia federativa do município. Em descrição do tema, Fernanda Dias Menezes de Almeida (2013, p.96) esclarece: “Dirimindo antiga controvérsia que se tratava sobre a qualificação dos Municípios como integrantes da federação, a Constituição de 1988 não hesitou em posicioná-los nessa condição [...]”. Interessa notar que as discussões sobre a posição das entidades federativas envolvem argumentos relativos à repartição de competências, de forma que o município é considerado entidade federativa, não apenas pela disposição do art. 18 da Constituição de

¹¹ Adota-se a nomenclatura esferas da federação para estados, união e municípios, em relação às espécies de atribuição de competências. As entidades federativas são os municípios, distrito federal, união e estados.

¹² Conforme previsto no art. 11 do ADCT da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988).

¹³ De forma mais destacada, cita-se José Afonso da Silva (1996, p. 590) em **Curso de direito constitucional positivo**, que refere que a autonomia dos municípios não o faz unidades federadas.

1988, mas pelas competências específicas a ele atribuídas. O município também pode ser considerado entidade federativa pelo sentido político do conceito de município (MEIRELLES, 1990) e pela autonomia de sua vida institucional¹⁴ no âmbito da ideia de descentralização.

Por fim, de fato, a federação brasileira adotou três esferas distintas (estadual, municipal e federal), abandonando o modelo federativo de apenas duas esferas. E isto significa apenas reconhecer um novo modelo adequado às características da cultura jurídica no Brasil desde o Império (OLIVEIRA, 2005).

De outro lado, o federalismo brasileiro se caracteriza também pela assimetria, que no caso dos municípios é fruto da diversidade. No Brasil há muitas diferenças em termos de distribuição de população, de território e de riqueza entre as entidades da federação. Para diminuir as desigualdades, é preciso uma política de cooperação que o federalismo assimétrico pode contribuir desde que tenha como objetivo diminuir as desigualdades e não aumentar os fatores de desagregação (RAMOS, 1998). Assim, o federalismo assimétrico significa a adoção de políticas desiguais entre entidades da federação (assimetria “de jure”) a fim de corrigir as desigualdades existentes em termos de população, território, e riqueza entre essas entidades (assimetria “de facto”).

¹⁴ Zuccherino (1992, p. 27) refere que: “La institución municipal, en cuanto efectivo poder del Estado, impone la presencia de órganos de gobierno y administración que conduzcan su vida institucional”.

1.2 Descentralização e autonomia federativa

A forma de estado federal, além da repartição de competências entre suas entidades autônomas, tem como pressuposto a ideia de descentralização. A descentralização é um princípio jurídico, mas também, em essência, um princípio de ordem política e social “[...] necessário à coexistência de grupos que têm suas particularidades, no interior de um conjunto mais vasto que forma a comunidade nacional” (BARACHO, 1985, p. 155). Nesse sentido, destaca-se a noção de descentralização referida por Norberto Bobbio (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2004, p.330) em seu **Dicionário de política:**

Temos centralização quando a quantidade de poderes das entidades locais e dos órgãos periféricos é reduzida ao mínimo indispensável, a fim de que possam ser considerados como entidades subjetivas de administração. Temos, ao contrário, descentralização quando os órgãos centrais do Estado possuem o mínimo de poder indispensável para desenvolver as próprias atividades. Atualmente, o valor fundamental da descentralização é amplamente reconhecido, seja no seio de uma única organização administrativa, seja com referência ao relacionamento entre as múltiplas estruturas, que fazem parte de uma

organização mais abrangente vista em sua totalidade.

A descentralização tem várias facetas ou sentidos, pode ser política¹⁵, administrativa¹⁶ ou eleitoral, e sempre envolve uma distribuição de tarefas às partes¹⁷, visando o funcionamento do todo; e se processa de três modos¹⁸: a territorial, por serviço ou burocrática e a institucional, sendo que a territorial desloca o eixo da administração segundo critério local, regional ou geográfico. Nesse sentido o município é uma das partes¹⁹, descentralizado territorialmente, isto é, uma unidade política descentralizada.

O sistema constitucional brasileiro atual adotou a descentralização (CLARK , 2001) como a forma de tornar as tarefas estatais melhor realizadas, baseando-

¹⁵ Bobbio, Matteucci, Pasquino (2004, p. 331), em **Dicionário de política**, afirmam:

A Descentralização política distingue-se da administrativa, não apenas pelo tipo diferente de funções exercidas, mas também pelo 'título' que caracteriza o seu fundamento. A Descentralização política expressa uma idéia de direito autônomo, enquanto na Descentralização administrativa específica temos um fenômeno de derivação dos poderes administrativos que, por sua vez, derivam do aparelho político-administrativo do Estado, isto é, do Estado-pessoa.

¹⁶ **Torres (2001, p. 246), em O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo: "A tônica do discurso das prestações estatais básicas está assentada, portanto, num projeto descentralizador, pelo qual os serviços públicos são assumidos, preferencialmente, pelos poderes locais."**

¹⁷ Franco Sobrinho (1975, p. 96-97) em **Manual dos municípios**.

¹⁸ Franco Sobrinho (1975, p. 99-100) em **Manual dos municípios**.

¹⁹ Franco Sobrinho (1975, p. 99), em **Manual dos municípios**, refere que com a descentralização, a municipalização surge logo como realidade.

se na distribuição de tais tarefas. Todavia, é de se referir desde logo, que a descentralização na distribuição das tarefas deveria seguir sempre a descentralização financeira, sob pena de inviabilizar a consecução das tarefas distribuídas (TORRES, 2001, p. 257; FRANCO SOBRINHO, 1975, p.93-94).

A descentralização e a autonomia têm, ambas, natureza política (VILLA, 1952, p. 21), mas cumpre diferenciá-las, nos termos da lição de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1952):

Descentralização e autonomia, em que pese a confusão de muitos, se diferenciam. Autonomia é o governo próprio naquilo que lhe é próprio, portanto, compreende, pelo já visto, o provimento político privativo dos cargos governamentais e o ordenamento jurídico privativo dos assuntos que lhe forem delegados como próprios. Já a descentralização consiste na maior ou menor parcela de competência entre os órgãos de diversos aparelhos governamentais, delegada pelas entidades políticas superiores.

De outro lado, é possível afirmar que a descentralização política²⁰, em geral, está ao lado da

²⁰ Bernard (1991, p. 192), em **El derecho municipal contemporáneo y su problemática**, refere que "Tal propósito ha debido ceder al reconocerse contemporáneamente al municipio su condición de 'gobierno' (*self government y self depend*), de 'poder de Estado', integrante de la descentralización política, con personería de linaje autonómico". Nesse mesmo sentido, ver: Palazzo (1991, p. 67), Zuccherino (1992, p. 93-94), Franco Sobrinho (1975, p. 192).

autonomia, como noções que se complementam. Esta autonomia poderá ser absoluta ou relativa²¹, dependendo do grau de descentralização do Estado.

Por fim, o Estado federal brasileiro adota como pressupostos a descentralização e a autonomia. Ainda que entre descentralização e federação haja uma proximidade conceitual evidente, já que uma característica principal da federação é a existência de entidades descentralizadas (VILLA, 1952, p. 20), é preciso advertir que não são noções coincidentes. É que há Estados extremamente descentralizados administrativamente²² que não são federais²³.

Na Constituição de 1988 a federação brasileira caracteriza-se por suas entidades autônomas – estados, união, distrito federal e municípios – adotando-se a descentralização como pressuposto dessa federação. É decorrência constitucional a autonomia política que envolve o provimento de

²¹ Zuccherino (1992, p. 25-26), em **Tratado de derecho federal, estadual y municipal (Argentino y comparado)**, refere que: Assim, a autonomia municipal pode ser objeto de uma dupla classificação: 1) autonomia municipal absoluta ou 2) autonomia municipal relativa (restringida). A autonomia municipal absoluta ocorre quando a instituição municipal possui autonomia em quatro planos: 1) institucional, ou seja, editando sua própria lei orgânica; 2) política; 3) econômico-financeiro; 4) administrativa-funcional. A autonomia municipal relativa somente ocorre pela presença de três destes quatro planos.

²² Alguns autores identificam a descentralização administrativa com a chamada desconcentração, em que há delegação de tarefas administrativas. Nesse sentido ver: Losa (1996).

²³ Conforme adverte Bobbio, Matteucci, Pasquino (2004, p. 331), em **Dicionário de política**, e que se pode exemplificar com o caso da Espanha.

cargos e a fixação de competências.²⁴ Por essa razão, a autonomia política das entidades federativas, em sentido clássico aplicada aos cargos públicos, será examinada em relação às disposições previdenciárias relativas aos servidores públicos de cada entidade da federação.

2 EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA PROPOSTA DE REFORMA DA PREVIDÊNCIA

2.1 Da competência para cálculos atuariais específicos em cada unidade federativa e do déficit da Previdência

Em vários pontos, a exposição de motivos da proposta de Emenda Constitucional (GUEDES, 2019, p. 6-7) refere o déficit da previdência a ser enfrentado:

38. *Elevado patamar de despesas previdenciárias.* O nível de despesa previdenciária observado é destoante da experiência internacional, visto que tal patamar de gastos é verificado somente em Países de estrutura populacional mais envelhecida.

²⁴ Mello (1952, p. 32), em **A contribuição de melhoria e a autonomia municipal**, afirma:

“Afinal, ambas as tendências se conciliaram, como escreve Hans Kelsen (Teoria General Del Estado, pgs. 237-8, ed. 1934), e o conceito de autonomia se fixou, em dois característicos fundamentais: provimento privativo dos cargos governamentais e competência exclusiva nos assuntos delegados como do seu peculiar interesse. Daí a definição, hoje clássica do direito brasileiro, de João Mendes Jr.: ‘direção própria daquilo que é próprio’ (Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, pg. 251, XX, ano 1912)”.

Tal situação dificulta, em larga medida, a alocação de recursos para outras políticas públicas, pressiona a carga tributária e o endividamento público e tende a diminuir o investimento. Em 2017, a despesa pública com previdência chegou ao patamar de R\$ 890,7 bilhões, que representou 13,6% do PIB. Tal dado considera a despesa do RGPS, do RPPS da União, despesa com militares (reserva, reforma e pensão) e RPPS de Estados e Municípios. O deficit agregado chegou a R\$ 362,6 bilhões (5,5% do PIB). Se também for considerada a despesa com BPC/LOAS, a despesa atinge 14,4% do PIB (R\$ 944 bilhões).

Em vista do princípio federativo, em que a autonomia das esferas federativas se dá inclusive em sentido orçamentário, calcular o eventual déficit financeiro dos regimes próprios de previdência como um todo, incluindo todas as esferas federativas, não pode ser usado como argumento, pois cada regime, de cada entidade federativa, terá sua realidade financeira-orçamentária. Sabe-se que há diferenças fundamentais entre as entidades federativas e nesse sentido há de relembrar a ideia do federalismo assimétrico já explicitada.

Ademais, a própria exposição de motivos aceita as diferenças em ponto posterior, referindo a diminuição de superávit no caso dos Municípios, reconhecendo assim que não há déficit no caso do regime próprio dos Municípios. Veja-se:

39. *Crescimento insustentável das despesas previdenciárias.* Embora as trajetórias e magnitudes sejam distintas, evidencia-se um fenômeno semelhante na avaliação fiscal de todos os regimes previdenciários públicos no Brasil: o crescimento da despesa dá-se de maneira mais acelerada do que o da receita, acarretando o aumento dos deficit (ou redução de superavit no caso dos RPPS dos Municípios). (GUEDES, 2019, p. 7).

De outro lado, as causas apontadas na exposição de motivos não são específicas ou baseadas em dados científicos, e, como argumentos, carecem de especificidade. São apontadas causas do crescimento acelerado das despesas previdenciárias em geral, tanto do regime geral como do regime próprio:

40. Causas do crescimento acelerado das despesas previdenciárias. O aumento da despesa previdenciária possui diversas fontes tanto diretas como indiretas. Dentre as principais, destacam-se: (a) dinâmica demográfica de envelhecimento populacional, o que causa aumento da sobrevivência em idades avançadas, acarretando maior duração de benefícios; (b) formalização do mercado de trabalho, o que leva ao crescimento da cobertura previdenciária no RGPS, e, por conseguinte, ao crescimento das concessões de benefícios; (c) aumento do salário mínimo em termos reais, efeito decorrente principalmente da política de valorização real observadas nos anos recentes, a qual possui impacto direto na despesa

previdenciária, uma vez que o piso previdenciário é igual ao salário mínimo (recebido por cerca de 2/3 dos beneficiários do INSS); (d) crescimento dos salários em termos reais, o que faz com que os valores de concessão de benefícios sejam maiores do que os dos benefícios cessados ao longo do tempo; (e) políticas antigas de reposição de pessoal e crescimento real das remunerações dos servidores públicos, o que afeta o desempenho fiscal dos RPPS de União, Estados, Distrito Federal e Municípios, (f) parâmetros do sistema previdenciário bastante benevolentes quando comparados aos verificados internacionalmente, em relação às regras de elegibilidade, cálculo e reajuste dos benefícios como, por exemplo, a possibilidade de concessão de aposentadorias em idades precoces, a qual eleva o período médio de gozo dos benefícios e, no caso dos servidores que ingressaram no serviço público até 2003, a aposentadoria com base no último salário, ao invés da média das contribuições ao longo da vida laboral. (GUEDES, 2019, p. 7-8)

Do acima exposto, as causas apontadas para déficit do regime próprio seriam as políticas antigas de reposição salarial dos servidores públicos, sem considerar que a contribuição previdenciária é em percentual e se aplica à remuneração com ou sem reposição. Ademais, refere parâmetros benevolentes em relação às regras de elegibilidade, cálculo e reajuste dos benefícios, sem considerar que há cálculo atuarial que leva em consideração tais fatores.

Em relação a propostas de reajuste de alíquota da contribuição previdenciária, em percentual aleatório, ou a progressividade de alíquotas, sem considerar estudos atuariais específicos para cada entidade da federação também fere o princípio de autonomia das entidades federativas. Cada cálculo atuarial deve apontar o nível necessário de financiamento, com o que poderia se manter alguma alíquota indicativa, mas com a possibilidade de aumento ou redução em vista de cálculo específico. Veja-se como foi redigido o motivo referente à alíquota no regime próprio:

103. Propõe-se, então, dentre as medidas de ampliação do financiamento previdenciário, a elevação da contribuição ordinária dos servidores ao RPPS da União para 14% (quatorze por cento), assegurando-se, porém, por meio de redução e ampliação desse percentual, a progressividade das alíquotas impostas, medida que promove a necessária equidade no que se refere à contribuição previdenciária, impondo-se maior esforço financeiro àqueles com maior disponibilidade de renda. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão observar, no mínimo, essa alíquota de 14% para seus servidores e cumprir condições para aplicação da redução de percentuais.

104. No caso dos RPPS que apresentem deficit atuarial, a proposta veicula norma que prevê a possibilidade de instituição temporária de contribuição extraordinária a ser imposta ao ente federativo e aos segurados e pensionistas do regime próprio com vistas ao equacionamento

daquele desequilíbrio, contribuição cujas alíquotas poderão ser diferenciadas atendendo-se determinadas especificidades relativas ao contribuinte, regra que também promove maior justiça na distribuição do ônus no financiamento do deficit previdenciário. Possibilita-se também que, excepcionalmente, a contribuição dos aposentados e pensionistas incida sobre o valor excedente ao salário mínimo. (GUEDES, 2019, p. 17).

Portanto, qualquer alteração no regime próprio dos servidores públicos deveria levar em conta argumentos específicos em relação à entidade federativa em atenção ao princípio federativo no que tange à autonomia e à ideia de federalismo assimétrico.

No argumento apresentado abaixo percebe-se que realmente antes de importar o déficit, a preocupação é com o valor de ativos guardados para utilização em muitos anos adiante:

22. Regimes Próprios de Previdência Social - RPPS. Os RPPS abarcam os servidores públicos titulares de cargo efetivo da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Atualmente, existem mais de 2.130 RPPS, que inclui o da União, de todos os Estados, de todas as capitais e de cerca de 2.080 Municípios, cobrindo cerca de 5,7 milhões de servidores ativos e 3,8 milhões de aposentados e pensionistas. Cerca de 70% da população vive em Municípios que possuem RPPS. A gestão dos RPPS é realizada por

cada ente federativo, que juntos somam mais de 270 bilhões em ativos para finalidade de pagamento dos benefícios previdenciários, sendo cerca de R\$ 150 bilhões no mercado financeiro. (GUEDES, 2019, p. 4).

É um valor total de 270 bilhões, bastante significativo, que está atualmente guardado, fruto de contribuições de servidores e de entidades federativas, que poderia, segundo os argumentos apresentados, ser utilizado de outras formas mais imediatas na economia e não por aqueles que estão contribuindo e guardando tal valor para o futuro.

2.2 Aproximação dos regimes geral e próprio em decorrência do princípio federativo

A aproximação entre os regimes geral e próprio tem sido um fato desde a primeira reforma da previdência de 1998. A diferença apontada para o teto do valor para os servidores públicos, em razão da contribuição sobre o total da remuneração foi preservada especialmente em regra de transição para aqueles que já contribuía antes da aproximação dos regimes. Portanto, não parece haver novidade no argumento da convergência entre os regimes previdenciários:

10. O ajuste, ora proposto, busca maior equidade, convergência entre os diferentes regimes previdenciários, maior separação entre previdência e assistência e a sustentabilidade da nova

previdência, contribuindo para a redução do elevado comprometimento dos recursos públicos com despesas obrigatórias, o que acaba por prejudicar investimentos em saúde, educação, segurança e infraestrutura.

[...]

53. *Diferenciação de regras entre regimes.* No caso dos servidores públicos vinculados a RPPS, a regra permanente permite aposentadoria aos 60 anos para homens e 55 anos para mulheres. Contudo, em função de regras de transição e grande relevância de aposentadorias especiais, na prática, as idades de aposentadoria acabam, muitas vezes, sendo inferior a esses parâmetros. Ademais, para muito servidores, o teto do valor dos benefícios é muito superior ao teto do RGPS, em que pese as diferentes regras de contribuição. Deste modo, parece desejável uma maior convergência entre RGPS e os RPPS. (GUEDES, 2019, p. 2-10).

A exposição de motivos explicita ao fim que parece desejável a convergência de regimes se, entretanto, um argumento apontado. Diante da diversidade da forma de aplicação das alíquotas da contribuição previdenciária (sobre o teto ou sobre o total da remuneração) é que se dá a diferenciação quanto à fixação de um teto.

A consequência apontada pela exposição de motivos é a instituição de regime complementar que já atualmente está estabelecida tanto para os integrantes do regime próprio quanto para os do regime geral. Nenhuma novidade, pois:

97. Os limites mínimo e máximo dos benefícios dos regimes próprios (aposentadoria e pensão por morte) serão os mesmos aplicáveis ao regime geral, observando-se que, para a aplicação do teto, deve estar instituído o regime de previdência complementar no próprio ente. (GUEDES, 2019, p. 16).

Disso se percebe que as razões apresentadas já estão como regras no atual modelo do sistema constitucional especialmente o caráter contributivo e a sustentabilidade pelo equilíbrio financeiro e atuarial, evidenciando-se que são referidas razões pelas quais estão sendo propostas mudanças que já se coadunam com a realidade constitucional e, portanto, inaptas no sentido argumentativo. São razões apresentadas que não se relacionam ao objeto daquilo a que se propõem a justificar.

Nesse sentido, as palavras a seguir não parecem apresentar argumentos de fato:

106. As novas regras para concessão e manutenção de benefícios, além de evitar distorções, corrigir situações que não guardam conformidade com os objetivos da previdência social e promover a convergência com as regras do RGPS, também serão favoráveis à busca do equilíbrio financeiro atuarial dos RPPS, princípio fundamental para a sustentabilidade dos regimes.

107. As medidas propiciarão maior equidade entre os segurados dos regimes próprios de todos os

entes federativos, cujo financiamento vem sendo afetado pelas mudanças no perfil demográfico brasileiro, contribuindo para que sua sustentabilidade seja alcançada, sem privar o restante da sociedade dos recursos necessários para o financiamento de políticas públicas essenciais ao crescimento e desenvolvimento do País e para a redução das desigualdades sociais. (GUEDES, 2019, p. 18).

Portanto, entende-se que carece de argumentação racional a aproximação dos regimes maior que a que atualmente já se tem constitucionalmente.

2.3 Autonomia de gestão dos regimes previdenciários

Uma das mais graves afrontas à autonomia das unidades da federação está contida no seguinte ponto da exposição de motivos:

108. Entende-se que um dos principais problemas que, atualmente, enfrentam os regimes próprios é a ausência de uma estrutura de financiamento mais adequada e em que haja uma melhor distribuição na imposição de ônus financeiros ao ente instituidor e contribuintes, de tal forma que a correção de rumos passa, necessariamente, por uma expansão das atuais fontes de custeio dos RPPS e pela redefinição das participações, nesse custeio, dos entes, segurados e pensionistas. A Emenda impõe a definição, para todos os regimes próprios, de critérios gerais de responsabilidade

previdenciária e organização, contemplando além de modelo de apuração dos compromissos e seu financiamento, arrecadação de contribuições, aplicação e utilização dos recursos, concessão, manutenção e pagamento dos benefícios, **fiscalização desses regimes pela União** e sujeição aos órgãos de controle interno e externo, conforme será definido por lei complementar a ser prevista no § 1º do art. 40 da Constituição. Dessa forma, possibilitará que o Estado brasileiro possa garantir o pagamento dos benefícios devidos a esses trabalhadores, os servidores públicos, de forma isonômica aos demais, respeitadas as suas capacidades contributivas e a situação jurídica de seus vínculos com o ente federativo. (GUEDES, 2019, p. 18, grifo nosso).

O estabelecimento explícito da fiscalização da União aos regimes previdenciários das demais entidades federativas contraria a autonomia. Isso porque não há falta de fiscalização e controle. Além dos controles internos como aquele das controladorias e da advocacia pública da unidade federativa e da fiscalização pela participação dos servidores, ainda se conta com os órgãos de fiscalização externa como Tribunal de Contas e Ministério Público. Nesse sentido, criar submissão de Estados e Municípios, que ficariam sujeitos à fiscalização da União, cria grave afronta tendente a abolir o sistema federativo constitucional. Os poderes executivos dos Estados e Municípios não podem ficar sob fiscalização do Executivo da União.

2.4 Da necessidade de regras constitucionais dos regimes próprios pelo princípio federativo

O princípio federativo está estabelecido na Constituição de 1988, desde o seu art. 18, como já visto, e sua regulação própria, com eventuais limites e configuração, nesse ponto especificamente em relação aos regimes previdenciários, devem ser objeto de normas constitucionais. A ideia da Reforma da Previdência é retirar normas do texto constitucional e passar à regulação por lei complementar. Veja-se:

81. As alterações constitucionais para os servidores públicos fixam uma nova redação para o art. 40 da Constituição. Não será mais definida a regra de benefícios a serem concedidos pelos RPPS no texto permanente da constituição, sendo remetida a uma lei complementar que estabeleça normas gerais de organização e funcionamento dos regimes, bem como de responsabilidade previdenciária, adotando assim as mesmas práticas internacionais, que não estabelecem o regramento previdenciário como matéria exclusivamente constitucional. (GUEDES, 2019, p. 15).

Todavia, o argumento de que não é preciso que a matéria seja objeto de norma constitucional com base em práticas internacionais desconhece a realidade e a história constitucional brasileira. Não se pode compreender a matéria constitucional com base práticas internacionais, mas com base na própria

constituição. No caso da Constituição de 1988 define os contornos jurídicos de todos os institutos da Seguridade Social, bem como dos direitos sociais e apenas a previdência não poderia ser colocada de fora em vista da necessidade de regulamentação conjunta, para fixar os contornos jurídico-políticos do princípio federativo.

2.5 Unidade de gestão previdenciária em cada ente federativo, envolvendo todos os Poderes e representação paritária: necessidade de levar em conta a descentralização administrativa

A exposição de motivos apresenta a ideia da unidade de gestão previdenciária em cada ente federativo, envolvendo todos os poderes, bem como a de representação paritária nos órgãos colegiados da previdência. Assim se apresenta:

82. A Emenda prevê o fortalecimento das normas gerais voltadas à governança desses regimes, com vistas ao aperfeiçoamento da qualidade da gestão previdenciária, exigindo-se a sua unicidade, a abranger todos os Poderes e órgãos do ente federado e a participação de representantes dos segurados na direção e nos conselhos dos RPPS, com paridade com relação aos representantes dos entes federativos. (GUEDES, 2019, p. 15).

O princípio da unidade, já está previsto constitucionalmente no art. 40 § 20:

Fica vedada a existência de mais de um regime próprio de previdência social para os servidores titulares de cargos efetivos, e de mais de uma unidade gestora do respectivo regime em cada ente estatal, ressalvado o disposto no art. 142, § 3º, X. (BRASIL, 2015).

Portanto, já estabelecida a regra de que em cada unidade federada deve haver apenas uma unidade gestora da previdência para todos os poderes daquela esfera federativa. Tal norma constitucional é objeto no Supremo Tribunal Federal da ADI 3297 interposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB e de diversas outras ações contra dispositivos de leis estaduais que tentaram dar cumprimento à norma constitucional em relação à previdência dos integrantes do Ministério Público. Resta ao STF a interpretação sobre o significado de única entidade gestora em cada entidade federativa.

Portanto, nenhuma novidade na ideia apresentada, que, todavia, não foi justificada, senão de que seria visando a qualidade da gestão previdenciária. Ao contrário, o argumento a que se recorre no STF para ampliar a interpretação da norma de unidade é justamente também melhorar a gestão, além da independência entre os poderes dentro da entidade federativa. Razão essa última que sequer foi justificada na exposição de motivos.

Ademais, já é direito fundamental social previsto na Constituição, no art. 10 (BRASIL, 2019): “É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação.” A ideia de paridade de representação, portanto, não seria argumento necessário a uma reforma da previdência.

CONCLUSÃO

Em conclusão, entendemos que a argumentação apresentada a uma nova reforma da previdência não está levando em conta a competência para cálculos atuariais específicos em cada unidade federativa e apresenta uma ideia de déficit da previdência que não corresponde a dados concretos no que tange ao regime próprio de previdência dos servidores públicos. A própria exposição de motivos reconhece que no caso de Município a redução de superávit.

Ademais, a aproximação dos regimes geral e próprio já são uma realidade constitucional e a justificativa da aproximação não se reflete em normas a serem estabelecidas para os novos servidores. Constitui-se muito mais em ideia relativa aos valores de ativos referentes àqueles que já contribuíram para sua própria previdência de forma genérica e sem dados específicos relativos a cada esfera federativa, o que não se coaduna com as ideias de autonomia e de descentralização decorrentes do princípio federativo.

A exposição de motivos trata, portanto, das razões de reforma constitucional sem referir dados específicos das unidades federadas e sem respeitar a autonomia de gestão dos regimes previdenciários, pressupondo falhas de gestão sem base em dados específicos.

Em relação à ideia apresentada de retirar do texto constitucional as normas gerais sobre previdência, com base no argumento de práticas internacionais, está em desacordo com a realidade e a história constitucional brasileira. O princípio federativo, por sua essência, exige sua configuração constitucional em todas as áreas, inclusive previdenciária.

Por fim, a exposição de motivos trata da gestão previdenciária em cada ente federativo, envolvendo todos os poderes, e da representação paritária, ideias essas já incorporadas na realidade constitucional brasileira, ainda que em debate permanente. De qualquer forma, o argumento do aperfeiçoamento da qualidade de gestão quanto à unidade pode ser referido inclusive para que não haja unidade entre todos os poderes. Nesses pontos não foi levada em conta a necessidade da descentralização administrativa, característica do princípio federativo.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Descentralização do poder: federação e município. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 22, n. 85, p.155, jan./mar. 1985

BERNARD, Tomás Diego. El derecho municipal contemporáneo y su problemática. *In*: MÁRQUEZ, Daniel Alberto; PICONE, Francisco Humberto (Coord.). **Temas de derecho municipal**. Buenos Aires: Pensamiento Jurídico Editora, 1991.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 12. ed. Brasília: UNB, 2004.

BRASIL. **Ato das Disposições Constitucionais Transitórias [ADCT da Constituição de 1988]**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1988. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/conadc/1988/constituicao.adct-1988-5-outubro-1988-322234-normaatualizada-pl.pdf>. Acesso em: jan. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Texto compilado até a Emenda Constitucional nº 86 de 17/03/2015. [Brasília, DF]: Senado, [2015]. Disponível em: http://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_17.03.2015/art_40_.asp. Acesso em: jan. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 ago. 2019.

CLARK, Giovanni. **O município em face do direito econômico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Manual dos municípios: município e municipalização**. São Paulo: Resenha Universitária, 1975.

GUEDES, Paulo Roberto Nunes. **EM nº 29/2019 [Proposta de emenda à Constituição que modifica o sistema de previdência social, PEC 6/2019]**. Brasília, DF : [Câmara dos Deputados], 2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=BA848686641ED4CF6F212DF1319934CC.proposicoesWebExterno2?codteor=1712467&filename=Tramitacao-PEC+6/2019. Acesso em: 30 jun. 2019.

LOSA, Nestor Osvaldo. **Elementos de derecho público provincial y municipal**. Buenos Aires: GEEMA, 1996.

MÁRQUEZ, Daniel Alberto; PICONE, Francisco Humberto (Coord.). **Temas de derecho municipal**. Buenos Aires: Pensamiento Jurídico Editora, 1991.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1990.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A contribuição de melhoria e a autonomia municipal**. São Paulo: Prefeitura do Município de São Paulo, 1952.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

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

PALAZZO, Eugenio Luis. El régimen de los municipios provinciales. In: MÁRQUEZ, Daniel Alberto; PICONE, Francisco Humberto (Coord.). **Temas de derecho municipal**. Buenos Aires: Pensamiento Jurídico Editora, 1991, p. 67.

RAMOS, Dircêo Torrecillas. **O federalismo assimétrico**. São Paulo: Plêiade, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1996.

TORRES, Sílvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VILLA, Francisco Machado. **O município no regime constitucional vigente**. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1952.

ZUCCHERINO, Ricardo Miguel. **Tratado de derecho federal, estadual y municipal** (Argentino y comparado). 2.ed. Buenos Aires: Depalma, 1992. Tomo III.

GESTÃO FISCAL E A EFICIÊNCIA NA COBRANÇA DO CRÉDITO PÚBLICO E NA DEFESA TRIBUTÁRIA: A EXPERIÊNCIA DE PORTO ALEGRE

*TAX MANAGEMENT AND EFFICIENCY IN COLLECTION OF
PUBLIC CREDIT AND TAX DEFENSE: THE EXPERIENCE OF
PORTO ALEGRE*

Cristiane da Costa Nery²⁵

Resumo: O presente estudo tem por objeto a socialização do enfrentamento da cobrança do crédito público em todas as suas fases, avaliando-se a eficácia e a eficiência na satisfação, bem como os meios disponíveis, seja na via administrativa seja na via judicial, ao atingimento do objetivo principal de arrecadação ou recuperação da dívida ativa municipal.

²⁵ Procuradora-Chefe da Procuradoria Tributária da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre. Especialista em Direito Municipal pela ESDM/UFRGS. Membro do Conselho Superior do IARGS, Membro da FESDT. Conselheira Estadual da OAB/RS. Diretora da Escola Superior de Direito Municipal gestões 2006-2008/2008-2010. Presidente da Associação Nacional dos Procuradores Municipais Gestão 2008-2010. Procuradora-Geral Adjunta de Assuntos Fiscais de Porto Alegre Gestão 2012-2015. Procuradora-Geral de Porto Alegre Gestão 2015-2017.

Palavras-chave: Crédito Público. Cobrança administrativa. Execução fiscal. Arrecadação da Dívida Ativa. Recuperação de créditos de dívida ativa. Meios de cobrança. Eficiência.

Abstract: *The purpose of this study is to deal with the collection of public credit in all its phases, evaluating the effectiveness and efficiency of satisfaction, as well as the means available, both in the administrative and judicial channels, to the main objective of collection or recovery of municipal debt.*

Key-words: *Public Credit. Administrative recovery. Tax enforcement. Arrecadação of Active Debt. Recovery of active debt credits. Means of collection. Efficiency.*

1 CONTEXTO ATUAL DO PAÍS E DOS MUNICÍPIOS

Para bem enfrentar a gestão fiscal de Procuradorias Municipais, imprescindível que se mantenha atenção ao contexto financeiro vivenciado no país, pois este refletirá diretamente na situação financeira dos entes da federação, em especial nos municípios que detêm o menor percentual na repartição do bolo tributário e onde estão concentradas as demandas básicas de atenção à população.

E o atual momento é de crise, não só financeira, mas institucional, ética e política, o que se reflete na diminuição da arrecadação em alguns setores, na consequente diminuição do valor dos repasses federais e estaduais e na morosidade ou dificuldade na aprovação de projetos fiscais importantes.

Nesse sentido, os municípios devem empreender um esforço muito maior na arrecadação própria e na

atenção a projetos de financiamento federais, a fim de dar conta das demandas constitucionais que lhe são atribuídas, as quais são as que mais aumentam em proporção inversa ao repasse de verbas.

Sempre vale salientar que o poder local é que deve implementar as políticas públicas que diretamente interessam e atingem a população. Portanto, as demandas constitucionais de competência municipal são aquelas básicas e fundamentais à dignidade humana, as essenciais para a manutenção de uma sociedade saudável e que tenha viabilidade de sobrevivência digna.

Como manter serviços públicos essenciais em meio a esse contexto? É o que se pretende enfrentar no presente estudo que aborda a eficiência na cobrança do crédito público e na recuperação da dívida ativa como parte dessa importante engrenagem que necessita bem funcionar, compartilhando boas práticas e experiências.

2 A experiência de Porto Alegre na gestão da dívida ativa

A cidade de Porto Alegre possui larga experiência e eficiência na cobrança de sua dívida ativa, sendo atualmente uma das principais referências para o tema. É a capital com melhor índice de recuperação do estoque de sua dívida, seja ela administrativa, seja ela judicializada.

O trabalho integrado da Secretaria Municipal da Fazenda e da Procuradoria-Geral do Município, certamente são fatores decisivos para o êxito na cobrança. O histórico de ajuizamentos de execuções fiscais aliado ao trabalho administrativo na cobrança da dívida, com a avaliação do crédito em cobrança de forma prévia são essenciais para que sua satisfação se estabeleça.

E para tal situação imprescindíveis o conhecimento do estoque da dívida, da estrutura de cobrança disponível e das competências estabelecidas.

2.1 O estoque da dívida

O estoque atual da dívida ativa de Porto Alegre é de R\$ 2.053.998.649,57, sendo que R\$ 554.875.644,66 correspondem à dívida administrativa e R\$ 1.499.123.004,91 à dívida judicializada, ou seja, em cobrança via execução fiscal.²⁶

Desse total, ao pegarmos o ano cheio de 2017, o índice de recuperação chegou a 9,88%, o que é um excelente indicador de nossa Receita Municipal, sendo em torno de 4% correspondente à recuperação da dívida judicializada:

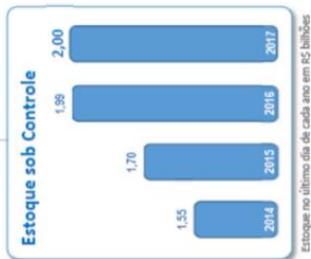
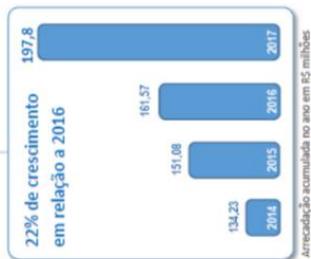
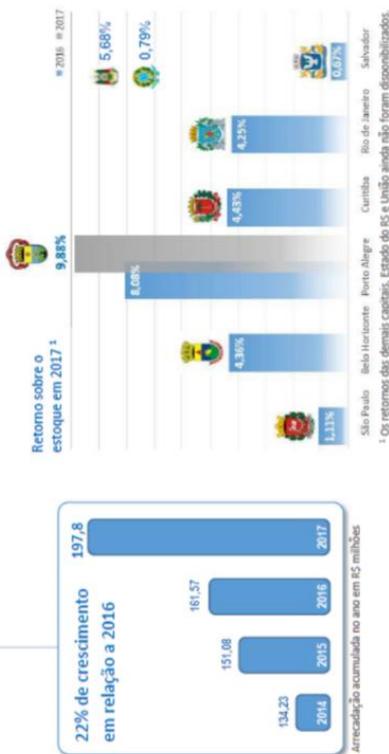
²⁶ Dados enviados pela Divisão de Arrecadação da Receita Municipal de Porto Alegre, atualizados até agosto de 2018.



Recuperação da Dívida Ativa – Balanço de 2017

R\$ 197,8 milhões arrecadados

Porto Alegre consolida-se como referência nacional em recuperação de Dívida Ativa



Conjunto integrado de ações para Recuperação da Dívida

- 297 mil propostas de parcelamento encaminhadas
- 84 mil cobranças realizadas
- 4 mil certidões de dívida protestadas
- 93 mil dívidas encaminhadas para negativação
- 3 mil novas execuções fiscais encaminhadas
- R\$ 71 milhões negociados
- R\$ 37 milhões negociados
- R\$ 35 milhões negociados
- R\$ 21 milhões negociados

Foco em resultados



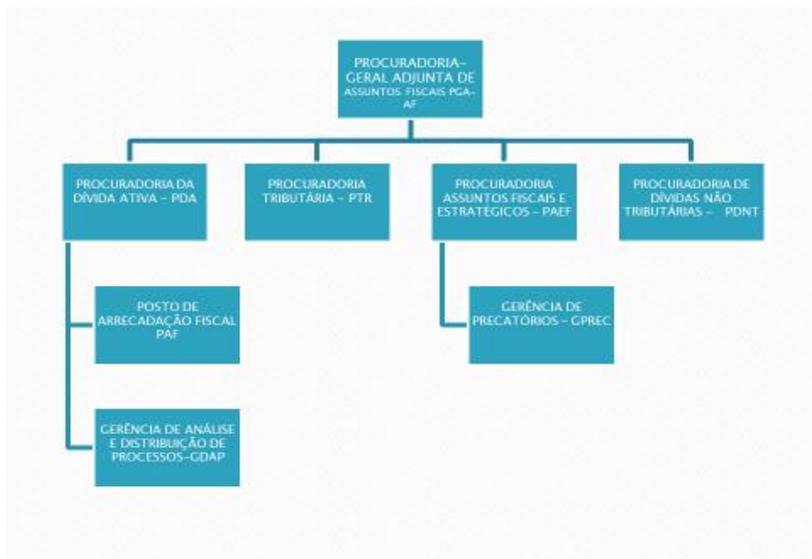
Conforme quadro demonstrativo, houve um crescimento de 22% em relação ao ano de 2016. No comparativo, destaca-se em relação às capitais com características semelhantes e em relação à arrecadação do próprio Estado do RS, mesmo em contexto adverso de crise pelo qual passamos.

2.2 A estrutura da Procuradoria-Geral do Município

A Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre, antes mesmo do advento da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/00) já realizava a cobrança judicial de sua dívida ativa regularmente inscrita.

Desde o ano de 2006 possui uma Procuradoria-Geral Adjunta de Assuntos Fiscais²⁷, à qual estão vinculadas as Procuradorias Especializadas da Dívida Ativa, Tributária, de Assuntos Estratégicos Fiscais e de Dívidas Não-Tributárias.

²⁷ PORTO ALEGRE. **Decreto nº 15.123, de 13 de março de 2006**. Altera a estrutura organizacional da PGM a redação dos incisos VI e XII do art. 2º, do Decreto nº 9391, de 17 de fevereiro de 1989 e dá outras providências. Disponível em: <http://leismunicipa.is/dnksf>. Acesso em: 16 jan. 2020.



Tal especialização é de suma importância e demonstra a preocupação de bem tratar todas as nuances que envolvem a dívida ativa tributária e não-tributária.

2.2.1 Procuradoria da Dívida Ativa – PDA

Junto à Procuradoria da Dívida Ativa- PDA, tramitam as execuções fiscais do Município de Porto Alegre, hoje em número de aproximadamente 55.000 processos, além das exceções de pré-executividade respondidas pela municipalidade.

Vinculados à PDA, foram criados o Posto de Arrecadação Fiscal – PAF e a Gerência de Distribuição e Análise de Processos – GDAP. Tais divisões internas visam o atendimento ao contribuinte para a dívida

ativa judicializada (PAF), bem como a agilização da tramitação dos processos de execução fiscal (GDAP).

O Posto de Arrecadação Fiscal funciona junto ao Foro Central de Porto Alegre, em uma área com espaço estruturado para 06 assistentes administrativos, estagiários e gabinete para Procurador-Gerente, onde são realizados os atendimentos a contribuintes com execuções fiscais em tramitação e que desejam pagar suas dívidas, parcelar ou obter informações. Em média são atendidos 800 contribuintes ao mês que parcelam ou quitam dívidas que se consubstanciam em uma média de R\$ 6,5 milhões ao mês.²⁸

Já a Gerência de Distribuição e Análise de Processos, coordenada por um Procurador, centraliza os processos de execução fiscal que demandam andamentos preliminares como citação, penhora, localização de devedores. Dessa forma, os processos que demandam uma atuação mais detalhada e pormenorizada são distribuídos aos demais Procuradores da equipe.²⁹

²⁸ Dados informados pela Procuradoria da Dívida Ativa, setor da PGM (Prefeitura de Porto Alegre), em 11/09/2018.

²⁹ Conforme informado pela Gerência de Distribuição e Análise de Processos (GDAP/PDA): de janeiro a agosto/2018 ingressaram 33.224 processos judiciais na PDA, sendo 9.970 distribuídos à GDAP, o que totaliza 30% do total de processos tratados pela Gerência.

2.2.2 Procuradoria Tributária – PTR

À Procuradoria Tributária – PTR, estão afetos todos os processos relativos ao contencioso tributário do Município. Sejam embargos, ações ordinárias, cautelares ou mandados de segurança.

Em média tramitam cerca de 6.000 ações judiciais dessa seara, com grande atuação em Brasília, junto aos Tribunais Superiores.

2.2.3 Procuradoria de Assuntos Estratégicos Fiscais – PAEF

Essa Procuradoria Especializada foi criada a partir da necessidade de tratamento diferenciado de determinados temas considerados estratégicos. Assim, ficam vinculados a ela as execuções fiscais acima de R\$ 500.000,00 ou por devedores selecionados, bem como a Gerência de Precatórios – GPPEC, onde é feito o gerenciamento de todos os precatórios do Município (administração centralizada), com atuação judicial e administrativa.

2.2.4 Procuradoria de Dívidas Não-Tributárias – PDNT

De forma mais recente foi verificada a necessidade de especialização para o tratamento da cobrança da dívida ativa não-tributária, desde o ajuizamento das execuções fiscais que demandam trabalho mais artesanal do Procurador, até a defesa judicial delas oriundas.

Com a aprovação da Lei do Processo Administrativo no Município de Porto Alegre, LC 790/16, a formação e constituição do crédito não tributário possui diretrizes claras e seguras para a futura cobrança. Fruto de um árduo trabalho que envolveu Procuradores desde sua concepção até o treinamento de servidores para sua aplicação, a implementação de uma lei de processo administrativo, que garante transparência ao contribuinte e norteia a atuação dos servidores, é essencial para a legalidade na formação desse crédito e êxito na sua cobrança.

Porto Alegre, já ajuizou, desde então, mais de R\$ 30 milhões de créditos dessa natureza que não foram pagos e estão sendo recuperados.

2.3 A competência constitucional para a inscrição e cobrança da dívida ativa

Muito se tem debatido sobre a competência das Procuradorias Municipais, por comando constitucional, para o gerenciamento da dívida ativa, desde sua inscrição até sua cobrança.

E penso ser interessante abordar o tema, ainda que sem a profundidade que mereceria em artigo exclusivo para esse fim, justamente pelo fato de que se está a tratar da gestão fiscal de Procuradorias, a qual é um reflexo de todo o trabalho prévio de correta constituição do crédito, tributário ou não, que estará submetido à cobrança.

Na doutrina e jurisprudência o debate já é existente e por isso me reporto a alguns escritos e decisões.

No REsp 1307984/RS³⁰, decisão publicada em 28/08/2012, o STJ entendeu pela competência privativa

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1307984 RS.** Processual civil. Tributário. Ausência de pre-questionamento. Súmula n. 211/STJ. Validade da CDA. Súmula n. 7/STJ. Dívida ativa da união tributária e não tributária. Apuração, inscrição e cobrança judicial. Competência privativa de procurador da fazenda nacional. Encargo legal. Decreto-lei n. 1.025/67. Compatibilidade com o CPC. Juros sobre o capital próprio. Inclusão na base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido - CSLL. Possibilidade. art. 9º, § 10, da Lei nº 9.249/95. Relator: Min. Mauro Campbell Marques, em 21 de agosto de 2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22345799/recurso-especial-resp-1307984-rs-2012-0014360-8-stj/inteiro-teor-22345800?ref=juris-tabs>. Acesso em: 14 abril 2020.

1. Não foi enfrentado pela Corte de Origem o argumento de que a mera confissão de dívida não é forma adequada para se constituir o crédito tributário. Incide a Súmula n. 211/STJ: "Inadmissível recurso especial quanto a questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo".

2. Para afirmar a validade da Certidão de Dívida Ativa - CDA no presente caso, o Tribunal de origem analisou o documento constante dos autos, o que não pode ser novamente realizado em sede de recurso especial. Súmula n. 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

3. Ao Procurador da Fazenda Nacional, membro integrante da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PGFN, compete, privativamente, apurar a liquidez e certeza da dívida ativa da União, tributária ou não tributária, mandar inscrevê-la para fins de cobrança, amigável ou judicial e, após a Constituição Federal de 1988, representar judicialmente a União na cobrança dos créditos de qualquer natureza inscritos em Dívida Ativa da União. Legislação aplicável: arts. 1º, II e 15, II, do Decreto-Lei n. 147 /67; art. 2º, § 4º, da Lei n. 6.830 /80; art. 131, § 3º, da CF/88; art. 12, I e II, Lei Complementar n. 73 /93; e art. 23, da Lei n. 11.457 /2007. Precedentes: REsp. n. 1.022.746/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 19.08.2008; REsp. n. 658.779/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 14.06.2005; Edcl no REsp. n.1.022.746/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 20.11.2008.

do Procurador da Fazenda Nacional como encargo decorrente da lei, mais especificamente o Decreto-Lei 1025, de 21 de outubro de 1969.

Em artigo intitulado **Procuradoria é único órgão competente para inscrever em dívida ativa tributária**³¹, publicado em 2018, o procurador municipal Rafael Shreiber defende a competência exclusiva das Procuradorias para tal função. As razões elencadas já haviam sido descritas em artigo anterior publicado em 2017.³²

4. Está assentado na jurisprudência deste STJ, inclusive em sede de recursos representativos da controvérsia, a legalidade e a compatibilidade do encargo legal previsto no art. 1º, do Decreto-Lei n. 1.025/69 com o Código de Processo Civil. Precedentes representativos da controvérsia: REsp. n. 1.143.320 - RS, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 12.5.2010; REsp. n. 1.110.924- SP, Primeira Seção, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 10.6.2009.

5. A lei pode admitir a dedução dos juros referentes à remuneração do capital próprio para a apuração do Imposto de Renda, sem admiti-la em relação à Contribuição Social, conforme o fez o § 10 do art. 9º da Lei 9.249/95. Precedente: REsp. nº 717.743 - PR, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 15.10.2009.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

³¹ SCHREIBER, Rafael. Procuradoria é único órgão competente para inscrever em dívida ativa tributária. **Consultor Jurídico**, [s. l.], Editora Conjur, 15 maio 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-15/rafael-schreiber-cabe-procuradoria-inscrever-divida-ativa>. Acesso em: 16 jan. 2020.

³² SCHREIBER, Rafael. Razões pelas quais a inscrição em dívida ativa tributária deve ser feita pela Procuradoria e não pela Secretaria da Fazenda. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, v. 22, n. 5146, 3 ago. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/59482/razoes-pelas-quais-a-inscricao-em-divida-ativa-tributaria-deve-ser-feita-pela-procuradoria-e-nao-pela-secretaria-da-fazenda>. Acesso em: 16 jan. 2020.

Segundo o autor, que realiza uma análise baseada no princípio da simetria, as previsões constantes no art. 2º, §§ 3º e 4º da Lei 6830/80 (Lei de Execução Fiscal – LEF), em cotejo com o Código Tributário Nacional e a Constituição Federal, são a base para os argumentos a favor da competência do órgão jurídico para a inscrição em dívida ativa.

Em passagens de seu estudo assim sustenta:

Não foi por acaso que tanto a CF quanto a LEF conferiram ao órgão jurídico a competência para a inscrição em dívida ativa.

[...]

A norma geral, conforme visto, expressamente consignou que a inscrição se constitui no ato de controle administrativo de legalidade (art. 2º, § 3º, da LEF).

O controle administrativo pode ocorrer de diversas formas, como o controle hierárquico, finalístico, prévio, concomitante, a posterior etc. No que interessa ao presente estudo é a diferença entre a forma externa (quando o órgão fiscalizador se situa em Administração diversa daquela de onde a conduta se originou. Ex: controle pelo Judiciário, Tribunal de Contas ou Legislativo) e a interna (quando o controle é realizado dentro da própria Administração), sendo esta última objeto da análise.

[...]

O **controle jurídico** ou **de juridicidade** dos atos administrativos e das ações da Administração, portanto, é a verificação técnica realizada por operador do Direito que afere se um determinado objeto de controle encontra compatibilidade com o sistema jurídico; para tanto, utiliza critérios hermenêuticos, argumentação jurídica, precedentes doutrinários e jurisprudenciais, entre outras técnicas.

Quanto a esse controle no ato da inscrição em dívida ativa, destaca Paulo de Barros Carvalho (1996, p. 371):

“é o único ato de controle de legalidade, efetuado sobre o crédito tributário já constituído, que se realiza pela apreciação crítica de profissionais obrigatoriamente especializados: os Procuradores da Fazenda. Além disso, é a derradeira oportunidade que a Administração tem de rever os requisitos jurídico-legais dos atos praticados. Não pode modifica-los, é certo, porém tem meios de evitar que não prossigam créditos inconsistentes, penetrados de ilegitimidades substanciais ou formais que, fatalmente, serão fulminadas pela manifestação jurisdicional que se avizinha” – destacou-se.

[...]

Esse controle de juridicidade é ato típico (ROCHA, 2001, p. 185) e privativo da advocacia pública (ao mesmo tempo em que é atividade típica de Estado), não sendo correto que esse controle seja exercido pelo órgão fazendário, sob pena de nulidade.

[...]

Cabe destacar que o processo de cobrança inicia-se com o esgotamento da competência da administração fazendária, que se dá com a constituição definitiva do crédito tributário. A partir desse marco – constituição definitiva do crédito tributário – é que se inicia a contagem do prazo prescricional. E sabidamente a prescrição nada mais é do que a perda do direito de cobrar o crédito tributário, cobrança esta que é da competência do órgão jurídico.

Nesse giro, a competência da Secretaria da Fazenda se esgota com a constituição definitiva do crédito tributário e a competência da Advocacia Pública nasce com a inscrição da dívida ativa (exame de juridicidade de todo o procedimento), que representa o primeiro ato do procedimento de cobrança da dívida.

[...]

A norma que confere a inscrição em dívida a órgão diverso da Advocacia Pública incide em inconstitucionalidade material, por ofensa aos arts. 37, 74, 131 e 132, todos da Constituição Federal.

[...]

Por fim, inexistente uma “vontade” constitucional contrária, sendo irrazoável tratamento diferenciado a apenas um ente federativo que exerce a mesma função tributária/arrecadatória (com competência tributária distinta) dos demais.

Verifica-se que os argumentos trazidos no estudo citado possuem fundamento bastante significativo para se rever a escolha discricionária do órgão

administrativo competente para a inscrição em dívida ativa, sem dúvida.

Em Porto Alegre a inscrição em dívida ativa e a cobrança administrativa são realizadas pela Secretaria Municipal da Fazenda, sendo o controle de legalidade e a cobrança judicial realizados pela Procuradoria-Geral do Município. O trabalho é exercido em colaboração entre as duas estruturas da administração, o que não poderia ser diferente para a obtenção dos resultados positivos até então verificados.

De qualquer forma, a presente abordagem pretende suscitar a importância da correta inscrição em dívida ativa, ou seja, da correta constituição definitiva dos créditos tributários ou não tributários, por quem tenha capacidade técnica para tal, a fim de que se tenha eficiência na recuperação e cobrança do crédito público, que é o essencial para o interesse público envolvido.

Inadmissível é a designação de terceiros para essa cobrança, seja administrativa ou judicial, que não sejam servidores permanentes e com formação especializada para esse fim, ante o resguardo da coisa pública e interesse de toda a coletividade.

3 ATUAÇÃO DA PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE

Fato é que para se conseguir atingir resultados positivos na gestão fiscal de uma Procuradoria, imprescindível é que se lide com situações e desafios,

principalmente em um context de crise vivenciada no país.

3.1 Combate à prescrição

Essencial que se faça a revisão do crédito público de forma rotineira, a fim de evitar a prescrição do crédito. Entretanto, quando ocorrida a prescrição, evidentemente não há motivo compreensível para a insistência na cobrança desse crédito.

Em 2006 a Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre realizou a revisão de várias ações judiciais que tramitavam há anos sem êxito. Por meio do parecer coletivo 202/2006³³, foram baixadas muitas execuções fiscais de créditos prescritos, permanecendo em tramitação aquelas nas quais

³³ Parecer coletivo de lavra da Procuradora Maren Guimarães Taborda, assim ementado: A prescrição em matéria tributária tem os mesmos efeitos da decadência porque extingue a obrigação principal. Na sistemática do Código Civil de 2002, a prescrição ficou submetida ao regime das objeções substanciais e, por isso, pode ser declarada *ex officio* pela autoridade judiciária. Entendimento reforçado pela Lei processual. Se a administração tem como finalidade última a realização da idéia material de direito que caracteriza as funções legislativa e judicial e concretiza normas jurídicas no mesmo plano do Judiciário, pode decidir, por conta própria, problemas de fundamentação e aplicação de normas. Alternatividade do procedimento administrativo relativamente ao processo judicial. Possibilidade de reconhecimento administrativo de prescrição *ex officio* por razões de eficiência e moralidade.

TABORDA, Maren Guimarães. **Parecer coletivo 202/2006** (Reconhecimento Administrativo de Prescrição *ex officio*). Disponível em: http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/pgm/usu_doc/p202_06.doc. Acesso em: jan. 2019

efetivamente há possibilidade de recuperação de valores para a administração pública.

O próprio Judiciário, na realidade hoje vivenciada, não comporta mais o volume excessivo de ações judiciais sem resultado satisfatório.

Segundo dados do CNJ e matérias veiculadas em seu site, o poder público é responsável pelo maior número de demandas em tramitação no país e não é mais viável a inexistência de mecanismos que permitam o não ajuizamento de ações que efetivamente não sejam necessárias ou não tenham possibilidade de êxito.

3.2 Procedimento de desistência de execuções fiscais e valor mínimo de ajuizamento

Quando verificado que a execução fiscal em tramitação não possui mais condições de resultado positivo, é impositivo que o ente autor da execução avalie com responsabilidade sobre a continuidade daquela ação.

O assoberbado volume de processos junto ao Poder Judiciário e o custo do tempo de trabalho de um procurador em ações que não reverterão resultados ao Poder Público, impõem essa verificação e a desistência em determinados casos.

Em Porto Alegre, foram editadas Súmulas nesse sentido, as quais permitem, após o cumprimento de determinados requisitos previstos em Regimento da

Corregedoria-Geral da PGM, a desistência de execuções fiscais:

Súmula 10/2013³⁴ aprovada com o seguinte teor:

Nos processos de execução fiscal em que não tenha havido a citação válida do executado, ou não tenham sido localizados bens passíveis de penhora, após, decorridos 05 (cinco) anos, sem resultado útil do processo, é autorizada a desistência do processo, na forma do Provimento 006/2013, da Corregedoria-Geral da PGM, nos termos do processo administrativo 001.051314.12.6.

Súmula 11/2013³⁵, cujo teor é:

Nos processos de execução fiscal em que não tenha sido possível a identificação do sujeito passivo e/ou do imóvel sobre o qual incidiu o imposto cobrado, é autorizada a desistência do processo, na forma do Provimento 006/2013, da Corregedoria-Geral da PGM, nos termos do processo administrativo 001.051314.12.6.

³⁴ PORTO ALEGRE. Procuradoria-Geral do Município. **Súmula 10/2013.**

Disponível em:

http://www2.portoalegre.rs.gov.br/pgm/default.php?reg=10&p_secao=539.

Acesso em: jan. 2019.

³⁵ PORTO ALEGRE. Procuradoria-Geral do Município. **Súmula 11/2013.**

Disponível em:

http://www2.portoalegre.rs.gov.br/pgm/default.php?reg=11&p_secao=539.

Acesso em: jan. 2019.

Tal providência, além de garantir a tramitação de ações de forma mais eficaz no Judiciário, pois a diminuir o excessivo volume, permitem que o Procurador atue de forma mais eficiente naquelas ações com real chance de êxito para o ente federado, onde o volume também é significativo e a demandar atuação preventiva e corretiva, não somente judicial.

Igual forma há súmulas com permissivos para não interposição de recursos em determinadas ações judiciais, bem como valor mínimo para ajuizamento sempre com vistas à racionalização de procedimentos.³⁶

3.3 Convênio com o Poder Judiciário

Desde o ano de 1999 o Município de Porto Alegre, por meio de sua Procuradoria, possui convênio com o Poder Judiciário para agilização da tramitação das execuções fiscais de sua competência.

³⁶ PORTO ALEGRE. Procuradoria-Geral do Município. **Súmula 12/2016.**

Disponível em:

http://www2.portoalegre.rs.gov.br/pgm/default.php?reg=12&p_secao=539. Acesso em: 16 jan. 2020.

PORTO ALEGRE. Procuradoria-Geral do Município. **Súmula 13/2016.**

Disponível em:

http://www2.portoalegre.rs.gov.br/pgm/default.php?reg=13&p_secao=539. Acesso em: 16 jan. 2020.

PORTO ALEGRE. Procuradoria-Geral do Município. **Súmula 17/2018.**

Disponível em:

http://www2.portoalegre.rs.gov.br/pgm/default.php?reg=17&p_secao=539. Acesso em: 16 jan. 2020.

Por meio do instrumento em questão, viabilizou-se a criação de uma Vara específica para as execuções fiscais municipais, hoje com 02 Juizados. Nessa Vara, afora a estrutura de serventuários da justiça, atuam 22 estagiários contratados pelo Município, além de 01 assistente administrativo concursado.

Foi estruturado um Posto de Arrecadação Fiscal, antes já referido, que se localiza no Foro próximo à Vara Especializada citada, para atendimento a contribuintes com dívidas judicializadas. No local podem ser realizados pagamentos, parcelamentos ou prestadas informações sobre dívidas, sendo atendidos em média 800 contribuintes ao mês e pagos R\$ 6,5 milhões/mês em tributos.

Viabiliza-se, ainda, a utilização de servidores municipais como oficiais *ad hoc* para intimações e citações de processos selecionados pela Procuradoria.

3.4 Convênio com órgãos de informações: atualização cadastral

Imprescindível que o cadastro municipal seja constantemente atualizado para o sucesso na localização de devedores. Sem cadastro atualizado, muitas cobranças são ineficazes e muitas execuções fiscais perdidas.

Assim, a colaboração entre órgãos públicos se faz essencial. Cadastros das Companhias de Energia Elétrica, Departamento de Trânsito, Receita Federal, Junta Comercial e Registro de Imóveis devem, por

exemplo, ser compartilhados para a busca da satisfação do crédito público. E tal situação não se confunde com quebra de sigilo fiscal, há muito superada e com previsão expressa no Código Tributário Nacional, nos artigos 198 e 199.

A busca de meios de satisfação do crédito público é dever do gestor público e da Procuradoria, legitimada constitucionalmente para essa cobrança.

3.5 Especialização de áreas e a conciliação em matéria tributária

A especialização de equipes dentro de uma Procuradoria se mostra eficiente para o trabalho detalhado e profissional na cobrança. Por exemplo, termos procuradores atuando somente na cobrança, procuradores atuando somente com grandes dívidas e procuradores atuando no contencioso tributário (defesa em juízo), gera profissionalização interessante para a atuação.

Como referido no item 2.2 do presente estudo, a divisão do trabalho em Procuradorias Especializadas (Dívida Ativa, Tributária, Assuntos Fiscais e Estratégicos e Dívidas Não-Tributárias), garante maior eficiência na cobrança e um trabalho mais qualificado do procurador.

Assim também o é na verificação de meios de satisfação de créditos que não sejam necessariamente judiciais. Uma das situações hoje vivenciadas é a possibilidade de conciliação em matéria tributária. O

próprio Código de Processo Civil trouxe a linha da mediação e conciliação como diretrizes muito fortes. O direito tem evoluído a partir desses conceitos.

Em matéria tributária a possibilidade de conciliação é, por óbvio, um pouco mais restrita, pois se está a tratar de crédito público, dívida ativa que faz parte da previsão orçamentária do ente federado e dela não sendo possível dispor, senão sob bases legais previamente fixadas.

Um exemplo dessa aplicação está na Lei 8.532/2017 de Blumenau³⁷, município que vem implementando o instrumento.

Assim também devemos avaliar os métodos extrajudiciais à disposição, o que se fará no tópico seguinte, sem deixar de salientar que todas essas providências antes citadas e já implementadas pelo Município de Porto Alegre, fazem parte da **Cartilha de racionalização da cobrança da dívida ativa municipal**, editada e distribuída pelo Tribunal de Contas do Estado do RS, pelo Ministério Público de Contas do Estado do RS, pelo Poder Judiciário do Estado do RS e pelo Ministério Público do Estado do RS³⁸.

³⁷ BLUMENAU. Câmara de Vereadores. **Lei nº 8532, de 13 de dezembro de 2017**. Dispõe sobre transação de créditos tributários e não tributários do Município de Blumenau objeto de execução fiscal ajuizada até 31.12.2014 ou de litígio judicial, nas hipóteses que especifica, e dá outras providências. Disponível em: <http://leismunicipa.is/vpgit>. Acesso em: jan. 2020.

³⁸ RIO GRANDE DO SUL. **Cartilha de racionalização da cobrança de dívida ativa municipal**. Disponível em:

4 MEIOS EXTRAJUDICIAIS DE COBRANÇA

Como antes referido, há possibilidade de adoção de diversos mecanismos extrajudiciais hoje para satisfação do crédito. Tais instrumentos vem surgindo pela necessidade de arrecadação cada vez mais premente nos entes da federação ante o escopo de demandas que necessitam dar conta, bem como pela verificação de que a execução fiscal não produz resultados rápidos ante o volume em tramitação, havendo necessidade de meios mais ágeis e menos onerosos ao poder público.

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), uma execução fiscal tramita em média por 08 anos, 02 meses e 09 dias até finalizar, gerando, por vezes, um custo ao poder público maior que o próprio crédito em discussão.³⁹

4.1 Protesto extrajudicial da CDA

Um dos mecanismos que tem se mostrado eficiente para a cobrança é o protesto extrajudicial da Certidão de Dívida Ativa. Em Porto Alegre possuímos previsão em lei municipal desde o ano de 2011, sendo a

http://www.tjrs.jus.br/site/imprensa/destaques/doc/Cartilha_racionalizacao_dez_2014.pdf. Acesso em: 16 jan. 2020.

³⁹ BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). **Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional**. Brasília, DF: Ipea, 2011. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/nota_tecnica/111230_notatecnicadiest1.pdf. Acesso em: 16 jan. 2020.

primeira amostra teste realizada em 2012 para dívidas de ISSQN com dados extremamente positivos.

Após a lei federal dispôr expressamente sobre a possibilidade de realização do protesto por todos os entes da federação (Lei 12.767/12) e o STF pacificar o entendimento pela sua constitucionalidade, por meio do julgamento da ADI 5.135 em 2016, os entes da federação passaram a utilizar o instrumento em larga escala.

Os dados atuais de Porto Alegre são positivos, com crescente, mas em número insignificativo frente ao volume protestado.

Foram encaminhados até o presente momento 9.489 lançamentos a protesto, totalizando R\$ 361,2 milhões.

Destes 2.856 (30,1%) lançamentos foram negociados, totalizando R\$ 71,1 milhões (19,7%). Adicionalmente aos lançamentos protestados, pelo efeito sinérgico, temos 9.809 lançamentos negociados, que totalizam R\$ 49,6 milhões. Deste total (protesto + sinérgico), R\$ 35,6 milhões já foram arrecadados.

Para o protesto de certidões de dívida ativa executadas, iniciado no ano de 2018, o valor negociado está em torno de 3%.

Ou seja, os dados são extremamente positivos e em nada interferem na evolução da cobrança judicial, que segue em crescimento.

4.2 Negativação de contribuintes

Da mesma forma a negativação de contribuintes tem funcionado como mais um meio efetivo de recuperação de créditos da dívida administrativa.

A título exemplificativo, encaminhados 210.960 lançamentos ao Serviço de Proteção ao Crédito em um total de R\$ 192,3 milhões. 28,7% (60.470) dos lançamentos foram negociados, totalizando R\$ 66,4 milhões (34,5% do valor total enviado).

4.3 Arrecadação de imóveis abandonados

É imprescindível que se debata a função da propriedade nas cidades. A manutenção do imóvel urbano compete ao seu proprietário ou responsável, por disposição legal e constitucional, incluindo-se aí limpeza, conservação adequada e pagamento dos tributos inerentes. Imóveis urbanos desocupados, cujos proprietários não cumpram com essas obrigações e se encontrem em situação de abandono, estão sujeitos à arrecadação pelo Poder Público local, nos termos do Código Civil Brasileiro.

Porto Alegre é precursora na aplicação desse instrumento, com atuação e estudos técnicos há alguns anos pelo Parecer 1175/12 da PGM, de lavra do procurador Marcelo Dias Ferreira, o qual foi regulamentado em 2016 pelo Decreto Municipal 19.622, que instaurou o procedimento para arrecadação de imóveis abandonados na cidade,

instituto recentemente regrado também pelo Decreto Federal 9.310/18.⁴⁰

Por meio da Comissão de Análise e Gerenciamento de Imóveis Abandonados (CAGIM), de atuação permanente, formada por várias Secretarias e presidida pela Procuradoria-Geral do Município, são analisados imóveis passíveis desse enquadramento, sendo o ponto de partida para a presunção do abandono a ausência reiterada de pagamento dos tributos, no caso o IPTU.

Além disso são requisitos não estar ocupado ou invadido e haver indícios de abandono, como a ausência total de conservação. Os imóveis assim detectados ou denunciados serão verificados, garantindo-se a ampla defesa sempre, e sofrerão ação fiscal, a qual, sendo conclusiva nesse sentido, poderá resultar na confirmação do abandono com a arrecadação do bem para a titularidade do Município, que poderá utilizá-lo para instalação de equipamento próprio, para habitação social ou para venda,

⁴⁰ PORTO ALEGRE. **Decreto 19.622, de 28 de dezembro de 2016**. Instaura, no âmbito do Poder Executivo Municipal, procedimento administrativo para arrecadação de imóveis urbanos abandonados, na forma que menciona. Disponível em: <http://leismunicipa.is/mkbov>. Acesso em: 16 jan. 2020.

PORTO ALEGRE. Procuradoria-Geral do Município. **Parecer 1175, de 26 de abril de 2012**: arrecadação judicial de bens imóveis abandonados.

Disponível em:

http://www2.portoalegre.rs.gov.br/pgm/default.php?reg=174&p_secao=33.

Acesso em: 16 jan. 2020.

NERY, Cristiane da Costa. O abandono de imóveis deve ser combatido. **Zero Hora**, Porto Alegre, 23 maio 2018.

mediante autorização legislativa. Não sendo caso de arrecadação, a ação da fiscalização prosseguirá de qualquer forma para que o proprietário conserve adequadamente o seu bem e pague seus tributos.

Trata-se de instrumento disponível à administração pública municipal para trabalhar a dívida ativa na forma do art. 1276 do Código Civil Brasileiro⁴¹. O parágrafo segundo do artigo em questão refere expressamente essa possibilidade quando o proprietário deixar de satisfazer os ônus fiscais de seu imóvel, quando haverá, inclusive, presunção de abandono, como antes referido, tratando-se de forma de gestão urbana da cidade também, sem dúvida.

5 ENFRENTAMENTOS E QUESTÕES IMPORTANTES

Por óbvio o rol acima não pretendeu esgotar as atuações possível, mas apenas enumerar experiências

⁴¹Art. 1.276. O imóvel urbano que o proprietário abandonar, com a intenção de não mais o conservar em seu patrimônio, e que se não encontrar na posse de outrem, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, três anos depois, à propriedade do Município ou à do Distrito Federal, se se achar nas respectivas circunscrições.

§ 1º O imóvel situado na zona rural, abandonado nas mesmas circunstâncias, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, três anos depois, à propriedade da União, onde quer que ele se localize.

§ 2º Presumir-se-á de modo absoluto a intenção a que se refere este artigo, quando, cessados os atos de posse, deixar o proprietário de satisfazer os ônus fiscais.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: jan. 2010.

positivas. Há a possibilidade de utilização e implementação do CADIN municipal (Porto Alegre está em vias de implementação); a averbação pré-executória, nos termos da Lei Federal 13.606/18, a qual é objeto de algumas ADINs (ADI 5881, por exemplo, à qual estão apensadas as demais), entre outros.

Mas essencial também é participar e acompanhar com atenção os grandes debates nacionais sobre as questões tributárias, bem como investir na área de defesa tributária das Procuradorias.

5.1 A defesa tributária

O cuidado com a defesa tributária é tão importante quanto o cuidado com as execuções fiscais, pois a ausência de atenção a esta área pode fazer com que milhões sejam perdidos e de nada adiantará o esforço na arrecadação.

O desenvolvimento de teses para rebater as teses de grandes escritórios privados é importantíssimo, com o estudo e dedicação necessários.

Acompanhar as ações prioritárias junto aos Tribunais Superiores, destacando procurador para neles atuar e monitorar as teses em análise e debate, é outra medida que muita diferença faz na defesa das teses municipais.

Além disso, essencial se faz a correta e prévia orientação jurídica para o atuar do fisco municipal, o que é de competência das Procuradorias. E nesse

sentido é preciso que nos debrucemos sobre alguns enfrentamentos e questões atuais no cenário nacional, as quais, ainda que não estejam no dia a dia diretamente das Procuradorias, podem trazer grandes reflexos na atuação.

5.2 A Reforma tributária

Tramita desde 2008 a Proposta de Emenda Constitucional da Reforma Tributária (PEC 233/2008)⁴², ou seja, há 10 anos sem que se tenha uma definição séria sobre quais as reais necessidades para o país e qual deve ser sua abrangência a ponto de se evitar a sonegação, os desvios e se ter uma tributação justa.

⁴² Observem-se os textos abaixo:

- PEC original (233/2008):

MANTEGA, Guido. **Proposta de Emenda à Constituição**: altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências [PEC 233/2008]. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2008. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=540729&filename=PEC+233/2008. Acesso em: jan. 2020.

- Resumo da Reforma Tributária, de autoria do Deputado Haully: HAULY, Luiz Carlos. **Reforma Tributária proposta**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2017. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/reforma-tributaria/documentos/outros-documentos/22.08.17ResumodaReformaTributria.pdf>. Acesso em: jan. 2020.

- PEC Reforma Tributária, texto preliminar de 22.08.2017, do Deputado Haully (Relator):

PROPOSTA de Emenda à Constituição [PEC da Reforma Tributária]: texto preliminar. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2017. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/reforma-tributaria/documentos/outros-documentos/22.08.17PECReformaTributria.pdf>. Acesso em: jan. 2020.

O Imposto sobre Serviços (ISS) é a maior fonte de arrecadação para a grande maioria dos municípios do país. Em capitais como São Paulo e Rio de Janeiro, a arrecadação desse imposto alcançou 30,7% e 29,5%, respectivamente, da Receita Corrente Líquida em junho do corrente ano (2017). Em Porto Alegre, o tributo pode corresponder até 18% da RCL. Se perderem essa fonte de receita, tanto essas capitais, como os municípios brasileiros em geral, que já sofrem com a falta de repasses por parte de estados em gravíssimas dificuldades financeiras, terão ainda mais prejuízos.

Apesar disso, o texto preliminar do Deputado relator sobre a proposta de reforma tributária divulgado prevê a extinção do tributo. Em prosperando a proposta, que não é definitiva, o Imposto sobre Serviços (ISS) ficará incorporado a outro imposto a ser criado para os estados, o chamado IVA (Imposto sobre Valor Agregado), sem qualquer compensação. Parte desse imposto seria repassado aos municípios, aumentando a dependência dos municípios em relação aos estados e à União.

Assim ficaria a proposta⁴³:

⁴³ HARADA, Kiyoshi. Breves comentários ao texto preliminar da Reforma Tributária. **Migalhas**, [São Paulo?], 1. set. 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI264677,21048-Breves+comentarios+ao+texto+preliminar+da+Reforma+Tributaria>. Acesso em: 16 jan 2020.

a) **União** - perde o IPI e o IOF e ganha outros dois impostos ficando com os seguintes impostos:

I- Imposto de importação - II

II - Imposto de exportação - IE

III - Imposto sobre a renda - IR

IV - IPI - **revogado**

V - IOF - **revogado**

VI - Imposto sobre propriedade territorial rural - ITR

VII - Imposto sobre grandes fortunas - IGF

VIII - Imposto sobre petróleo e seus derivados, combustíveis e lubrificantes de qualquer origem, cigarros e outros produtos do fumo, energia elétrica, serviços de telecomunicações, bebidas alcoólicas e não alcoólicas, veículos automotores novos, terrestre, aquáticos e aéreos, bem como pneus, partes e peças nestes empregados.

IX - Imposto Sobre Transmissão causa mortis e doações de quaisquer bens ou direitos - ITCMD.

b) **Estados** - perdem o ITCMD e o ICMS e ficam com os seguintes impostos:

I - Imposto sobre propriedade de veículos automotores terrestre, aquáticos e aéreos - IPVA - **menos os veículos novos inseridos na competência da União.**

II - Imposto sobre operações com bens e serviços ainda que se iniciem no exterior - IVA - que incorpora os atuais IPI, ICMS, ISS, CIDE, PIS/COFINS- Faturamento; PIS/COFINS-importação e Salário Educação.

c) **Municípios** - perdem o ISS e não ganham nenhum imposto novo, ficando reduzida a sua competência impositiva aos dois impostos atuais:

I - Imposto predial e territorial urbana - IPTU

II – Imposto Sobre Transmissão de Bens Imóveis por ato inter vivos e a título oneroso – ITBI.

Ou seja, o ente municipal, aquele que já tem as maiores demandas e obrigações constitucionais, que precisa atender diretamente a população com serviços públicos, que realiza audiências públicas para projeção da aplicação do orçamento, aquele que já tem o menor percentual proporcionalmente falando em relação aos repasses constitucionais, será prejudicado, ainda que previsto o repasse do recolhimento de outros impostos além do IVA. Ficará ainda mais refém de repasses e a autonomia federativa garantida pela Constituição simplesmente será desconsiderada, pois não existe autonomia administrativa sem a financeira.

O contribuinte não deixará de pagar o imposto, mas sim pagará para outro ente da federação, quando reside na cidade e precisa da municipalidade na prestação de serviços básicos. A União, por sua vez, aumenta a sua parte na repartição do bolo tributário. A carga tributária, portanto, nada muda para o contribuinte.

É evidente que tratar os municípios como dependentes dos estados não atende aos comandos constitucionais e deve ser algo combatido veementemente. O risco ao contribuinte é maior ainda em função da possibilidade de aumento de percentuais a título de ISSQN, já que há uma intenção arrecadatória maior pelos estados ante a crise já instalada.

Além disso, as municipalidades possuem estrutura técnica especializada e especialmente qualificada para a correta cobrança e tratamento do ISSQN, o que não acontecerá nos estados. O texto refere a criação de uma super Secretaria para unificar as fiscalizações e a cobrança de todos os impostos. Mas como ficam os atuais concursados? E a remuneração será equiparada? Como municípios e estados já em crise financeira arcarão com salários unificados? Ou a União arcará com a remuneração de todos em unificação de cargos em carreira? Pontos que não estão por ora esclarecidos.

Ora, as finanças públicas municipais justamente foram se tornando combalidas ao longo dos anos em função da diminuição dos repasses da União e estados, e se não fosse a arrecadação própria, pior ainda estariam, com mais carência na aplicação em serviços.

Urgente a defesa do fortalecimento e do investimento na arrecadação própria, enquanto não há revisão do pacto federativo. Efetivamente há necessidade, talvez antes de uma reforma tributária - que deveria efetivamente prever justiça tributária e a inviabilidade de sonegação no país, o que não parece ser o caso dessa reforma conduzida pela União - de uma revisão do pacto federativo e de uma reforma política verdadeira e efetiva, que redimensione o tamanho do Estado, sem o que não se vislumbram avanços, mas somente retrocessos.

Em um primeiro momento pode parecer um ganho a municípios de pequeno porte que hoje não possuem estrutura para cobrar seus impostos, mas a dependência será cada vez maior. E aqui cabe a discussão, então, sobre a capacidade de existência de determinados municípios na federação brasileira, pois se não possui estrutura própria para dar conta de suas atribuições e competências constitucionais, talvez não possua condições sequer de existir enquanto ente autônomo. Vários Tribunais de Contas país afora estão se debruçando sobre este tema e realizando levantamentos. E esse debate precisa ser feito de forma responsável.

É imprescindível que as entidades municipalistas, que os cidadãos e que os municípios brasileiros fiquem atentos, conheçam, debatam e se mobilizem para não sofrerem ainda mais com mais uma reforma que não privilegia o cidadão comum e a Constituição Brasileira.⁴⁴

5.3 Necessidade de revisão do pacto federativo

Como referido no item anterior, talvez antes da reforma tributária seja importantíssima uma revisão do Pacto Federativo.

⁴⁴ Vide artigo a respeito publicado pela autora no jornal Zero Hora: NERY, Cristiane da Costa. Os municípios e a Reforma Tributária. **Zero Hora**, Porto Alegre, 11 set. 2017.

Foi publicada no jornal Estadão uma reportagem com o título **Um terço dos municípios do País não gera receita nem para pagar salário do prefeito**, por Renée Pereira⁴⁵. E junto à matéria um levantamento da Firjan que refere que a fusão de municípios levaria a uma economia de R\$ 6,9 bilhões ao país. O Rio Grande do Sul possui a maior proporção de municípios que não conseguem gerar receitas para bancar a máquina pública: 56,74%. Tais fatos merecem a atenção, pois na crise que vivenciamos não há como admitir tal custo. Falamos em reforma política, eleitoral, previdenciária. Mas é preciso falar na reforma do atual pacto federativo e no próprio modelo de federação.

Há uma concentração excessiva de recursos na União e uma distribuição dos repasses constitucionais injusta frente à demanda por serviços públicos que é crescente e é óbvia nos municípios. Por outro lado há necessidade de tantos municípios no País? Municípios que não conseguem gerar sua própria receita, que dependem única e exclusivamente de repasses constitucionais. Que não cobram seus impostos por não estabelecerem as condições para tal. Sequer possuem corpo funcional e técnico permanente.

É nítida a inviabilidade econômica de tais municípios que geram um alto custo ao país, ou seja, a todos nós.

⁴⁵ PEREIRA, Renée. Fusão de municípios significaria economia de R\$ 6,9 bilhões ao país. **Estadão**, São Paulo, 26 ago. 2018. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,fusao-de-municipios-significaria-economia-de-r-6-9-bi-ao-pais,70002473448>. Acesso em: 16 jan. 2020.

Se já está difícil para as capitais e grandes municípios, que dirá para municípios com menos de 20 mil habitantes e que correspondem a 70% dos municípios brasileiros? É preciso que futuros projetos de governo se debrucem sobre essa questão, sobre a possibilidade de fusão de municípios, a fim de que se consiga, com a revisão do atual modelo de federação, finalmente estabelecer com responsabilidade uma reforma política e tributária, beneficiando quem de verdade é o destinatário das políticas públicas.⁴⁶

CONCLUSÃO

Verifica-se claramente a essencialidade de se investir no fortalecimento das receitas próprias das municipalidades, bem como em um corpo técnico qualificado, permanente e especializado para que seja possível dar conta das inúmeras demandas que se apresentam.

O trabalho das Procuradorias dos Municípios em consonância e alinhamento com as Secretarias de Fazenda é impresindível para os municípios, sendo Porto Alegre um exemplo de trabalho alinhado e em colaboração que muito bem funciona e chega aos melhores índices de recuperação do estoque da dívida do país. Os índices a que chegamos não são verificados na iniciativa privada, o que demonstra a eficiência a que pode chegar o serviço público.

⁴⁶ Artigo de lavra da autora publicado no jornal Correio do Povo: NERY, Cristiane da Costa. As eleições presidenciais e os municípios. **Correio do Povo**, Porto Alegre, 30 ago. 2018. p. 02.

Por outro lado, há que se investir na defesa tributária e no acompanhamento das teses tributárias prioritárias do país, assim como as pautas políticas de reforma, pois a impactar diretamente nas atividades desenvolvidas. E se esse impacto for negativo, assim o será para a população, pois o trabalho desenvolvido pelas administrações tributárias por delegação constitucional, assim o é para a defesa e cuidado com a coisa pública, com o que é de todos e que deverá servir para a melhoria e ampliação dos serviços públicos disponíveis a todos.

REFERÊNCIAS

BLUMENAU. Câmara de Vereadores. **Lei nº 8532, de 13 de dezembro de 2017**. Dispõe sobre transação de créditos tributários e não tributários do Município de Blumenau objeto de execução fiscal ajuizada até 31.12.2014 ou de litígio judicial, nas hipóteses que especifica, e dá outras providências. Disponível em: <http://leismunicipa.is/vpgit>. Acesso em: jan. 2020.

BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). **Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional**. Brasília, DF: Ipea, 2011. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/nota_tecnica/111230_notatecnicadiest1.pdf. Acesso em: 16 jan. 2020.

BRASIL. **Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980**. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm. Acesso em: 16 jan. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: jan. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1307984 RS.** Processual civil. Tributário. Ausência de pre-questionamento. Súmula n. 211/STJ. Validade da CDA. Súmula n. 7/STJ. Dívida ativa da união tributária e não tributária. Apuração, inscrição e cobrança judicial. Competência privativa de procurador da fazenda nacional. Encargo legal. Decreto-lei n. 1.025/67. Compatibilidade com o CPC. Juros sobre o capital próprio. Inclusão na base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido - CSLL. Possibilidade. art. 9º, § 10, da Lei nº 9.249/95. Relator: Min. Mauro Campbell Marques, em 21 de agosto de 2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22345799/recurso-especial-resp-1307984-rs-2012-0014360-8-stj/inteiro-teor-22345800?ref=juris-tabs>. Acesso em: 14 abril 2020.

GIFFHORN, César. **Reforma tributária:** construindo um novo modelo : críticas, reflexões e proposições. Porto Alegre: Sulina, 2017.

HARADA, Kiyoshi. Breves comentários ao texto preliminar da Reforma Tributária. **Migalhas**, [São Paulo?], 1. set. 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI264677,21048-Breves+comentarios+ao+texto+preliminar+da+Reforma+Tributaria>. Acesso em: 16 jan 2020.

HAULY, Luiz Carlos. **Reforma Tributária proposta.** Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2017. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/reforma-tributaria/documentos/outros-documentos/22.08.17ResumodaReformaTributaria.pdf>. Acesso em: jan. 2020.

MANTEGA, Guido. **Proposta de Emenda à Constituição:** altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências [PEC 233/2008]. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2008. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=540729&filename=PEC+233/2008. Acesso em: jan. 2020.

NERY, Cristiane da Costa. As eleições presidenciais e os municípios. **Correio do Povo**, Porto Alegre, 30 ago. 2018. p. 02.

NERY, Cristiane da Costa. Os municípios e a Reforma Tributária. **Zero Hora**, Porto Alegre, 11 set. 2017.

NERY, Cristiane da Costa. O abandono de imóveis deve ser combatido. **Zero Hora**, Porto Alegre, 23 maio 2018.

PEREIRA, Renée. Fusão de municípios significaria economia de R\$ 6,9 bilhões ao país. **Estadão**, São Paulo, 26 ago. 2018.
Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral/fusao-de-municipios-significaria-economia-de-r-6-9-bi-ao-pais,70002473448>. Acesso em: 16 jan. 2020.

PORTO ALEGRE. **Decreto nº 15.123, de 13 de março de 2006**. Altera a estrutura organizacional da PGM a redação dos incisos VI e XII do art. 2º, do Decreto nº 9391, de 17 de fevereiro de 1989 e dá outras providências.
Disponível em: <http://leismunicipa.is/dnksf>. Acesso em: 16 jan. 2020.

PORTO ALEGRE. Procuradoria-Geral do Município. **Súmula 10/2013**.
Disponível em:
http://www2.portoalegre.rs.gov.br/pgm/default.php?reg=10&p_secao=539.
Acesso em: jan. 2019.

PORTO ALEGRE. Procuradoria-Geral do Município. **Súmula 11/2013**.
Disponível em:
http://www2.portoalegre.rs.gov.br/pgm/default.php?reg=11&p_secao=539.
Acesso em: jan. 2019.

PORTO ALEGRE. Procuradoria-Geral do Município. **Súmula 12/2016**.
Disponível em:
http://www2.portoalegre.rs.gov.br/pgm/default.php?reg=12&p_secao=539.
Acesso em: 16 jan. 2020.

PORTO ALEGRE. Procuradoria-Geral do Município. **Súmula 13/2016**.
Disponível em:
http://www2.portoalegre.rs.gov.br/pgm/default.php?reg=13&p_secao=539.
Acesso em: 16 jan. 2020.

PORTO ALEGRE. Procuradoria-Geral do Município. **Súmula 17/2018.**

Disponível em:

http://www2.portoalegre.rs.gov.br/pgm/default.php?reg=17&p_secao=539.

Acesso em: 16 jan. 2020.

PORTO ALEGRE. **Decreto 19.622, de 28 de dezembro de 2016.** Instaura, no âmbito do Poder Executivo Municipal, procedimento administrativo para arrecadação de imóveis urbanos abandonados, na forma que menciona.

Disponível em: <http://leismunicipa.is/mkbov>. Acesso em: 16 jan. 2020.

PORTO ALEGRE. Procuradoria-Geral do Município. **Parecer 1175, de 26 de abril de 2012:** arrecadação judicial de bens imóveis abandonados.

Disponível em:

http://www2.portoalegre.rs.gov.br/pgm/default.php?reg=174&p_secao=33.

Acesso em: 16 jan. 2020.

PROPOSTA de Emenda à Constituição [PEC da Reforma Tributária]: texto preliminar. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2017. Disponível em:

[http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/reforma-tributaria/documentos/outros-](http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/reforma-tributaria/documentos/outros-documentos/22.08.17PECReformaTributria.pdf)

[documentos/22.08.17PECReformaTributria.pdf](http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/reforma-tributaria/documentos/outros-documentos/22.08.17PECReformaTributria.pdf). Acesso em: jan. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. **Cartilha de racionalização da cobrança de dívida ativa municipal.** Disponível em:

http://www.tjrs.jus.br/site/imprensa/destaques/doc/Cartilha_racionalizacao_dez_2014.pdf. Acesso em: 16 jan. 2020.

TABORDA, Maren Guimarães. Parecer coletivo 202/2006 (Reconhecimento Administrativo de Prescrição ex officio). Disponível em:

http://proweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/pgm/usu_doc/p202_06.doc

Acesso em: jan. 2019

SCHREIBER, Rafael. Procuradoria é único órgão competente para inscrever em dívida ativa tributária. **Consultor Jurídico**, [s. l.], Editora Conjur, 15 maio 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-15/rafael-schreiber-cabe-procuradoria-inscrever-divida-ativa>. Acesso em: 16 jan. 2020.

SCHREIBER, Rafael. Razões pelas quais a inscrição em dívida ativa tributária deve ser feita pela Procuradoria e não pela Secretaria da Fazenda. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, v. 22, n. 5146, 3 ago. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/59482/razoes-pelas-quais-a-inscricao-em-divida-ativa-tributaria-deve-ser-feita-pela-procuradoria-e-nao-pela-secretaria-da-fazenda>. Acesso em: 16 jan. 2020.

DESINCORPORAÇÃO DECORRENTE DA REDUÇÃO DO CAPITAL SOCIAL – ITBI – NÃO INCIDÊNCIA

MISCONDUCT ARISING FROM THE CAPITAL
REDUCTION – ITBI – NO IMPACT

Mateus de Farias Klein⁴⁷

Resumo: A desincorporação de bem imóvel do capital social de sociedade empresária em face a redução do capital social muitas vezes gera questionamentos sobre a incidência ou não do ITBI (Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis). O art. 156, § 2º, I, da Constituição Federal, prevê a não incidência sobre a transmissão de bens e direitos na incorporação do bem ao patrimônio da pessoa jurídica como forma de integralização do seu capital. Contudo, não raras vezes, os Tribunais se veem submetidos a análise de casos de desinvestimento, desincorporação do bem do capital social da pessoa jurídica.

Palavras-chave: Imunidade Tributária. ITBI. Desincorporação de capital social. Retirada de Sócio.

⁴⁷ Mateus Klein é atualmente assessor do Gabinete da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre, foi subprocurador-geral do Município de Novo Hamburgo. E-mail: mateusklein@hotmail.com

Abstract: *The disincorporation of real estate from corporate capital in the face of the reduction of capital often raises questions about the incidence or not of ITBI (Real Estate Transfer Tax). The article 156, § 2, I, of the Federal Constitution, provides for the non-incidence on the transfer of assets and rights in the incorporation of the asset to the legal entity as a form of payment of its capital. However, not infrequently, the courts are subject to the analysis of cases of divestment, disincorporation of the good of the corporate capital of the legal entity.*

Keywords: *Tax Immunity. ITBI. Disembodiment of social capital. Member Withdrawal.*

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu art. 156, II, como competência tributária do Município a instituição do tributo imposto sobre “[...] a transmissão ‘inter vivos’, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição” (BRASIL, 2017a). O legislador constituinte optou por utilizar de noções de outros ramos do direito para estabelecer a incidência do ITBI, em especial o ramo do Direito Civil.

O art. 156, § 2º, I, da Constituição Federal fixa imunidade em relação a determinadas transmissões de bens ou direitos no boje de operações societárias (integralização de capital, fusões, incorporações, cisões, extinção da pessoa jurídica, dentre outras),

desde que a atividade preponderante da sociedade adquirente não seja a exploração imobiliária.

O texto constitucional claro na hipótese de imunidade tributária em face a incorporação de patrimônio ao capital social da sociedade empresária, porém dúvidas emergem quando da desincorporação deste patrimônio do capital social.

Aqui, busca-se limitar a não incidência do ITBI quando da retirada de sócio da sociedade com a redução do capital social face a desincorporação de bem.

1 A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DO ITBI E A NÃO INCIDÊNCIA DE ITBI NA DESINCORPORAÇÃO DE CAPITAL SOCIAL

Como premissa cumpre destacar que a imunidade tributária ocorre quando a Constituição, ao realizar a repartição de competência, coloca fora do campo tributário certos bens, pessoas, patrimônios ou serviços.

Na imunidade, como na não-incidência, não há fato gerador, só que não porque a lei não descreva o fato como hipótese legal, mas sim porque a Constituição não permite que se encontre nos acontecimentos características de fato gerador de obrigação principal.

1.1 Da imunidade prevista no art. 156, § 2º, I, da CF

A Constituição Federal previu imunidade do imposto sobre transmissão de bens imóveis no inciso I, do § 2º, do art. 156 da Constituição Federal (BRASIL, 2017a), *in verbis*:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

[...]

II - transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;

[...]

§ 2º O imposto previsto no inciso II:

I - não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil;

Com relação a imunidade referida na incorporação do bem ao capital social da sociedade empresária não existem muitas divergências interpretativas, salvo nas

exceções de que trata o próprio dispositivo, ou seja, de que a atividade preponderante não seja a exploração imobiliária.

A imunidade tributária é, assim, a qualidade da situação que não pode ser atingida pelo tributo, em razão de norma constitucional que, à vista de alguma especificidade pessoal ou material dessa situação, deixou-a fora do campo sobre que é autorizada a instituição do tributo. O fundamento das imunidades é a preservação de *valores* que a Constituição reputa relevantes (a atuação de certas entidades, a liberdade religiosa, o acesso à informação, a liberdade de expressão etc.), que faz com que se ignore a eventual (ou efetiva) capacidade econômica revelada pela pessoa (ou revelada na situação), proclamando-se, independentemente da existência dessa capacidade, a não tributabilidade das pessoas ou situações imunes (AMARO, 1997).

Logo, a imunidade prevista na incorporação do bem ao capital social é justamente para estimular a atividade econômica das sociedades empresárias.

1.2 Da desincorporação de bem do capital social: retirada de sócio

A desincorporação de bem do capital social com a consequente redução do mesmo, face a retirada de sócio da sociedade é tema que ainda gera discussões nos tribunais.

Essa controvérsia ainda subsiste em razão de que o Código Tributário Nacional não possui regra clara com relação a esta hipótese.

Em interpretação sistemática do ordenamento, como o texto constitucional prevê que a incorporação do bem ao capital social subscrito não há a incidência do tributo imposto de transmissão sobre bens imóveis (ITBI), por certo que a operação inversa, devolução do bem, também não deva incidir a tributação do imposto ITBI.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nos autos da Apelação Cível n. 70047064720 (RIO GRANDE DO SUL, 2017), de relatoria do Desembargador Irineu Mariani, acabou por proferir acórdão, por maioria, com a seguinte ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO MUNICIPAL. PESSOA JURÍDICA. SOCIEDADE ANÔNIMA. REALIZAÇÃO DE CAPITAL MEDIANTE A TRANSFERÊNCIA DE IMÓVEIS. NÃO INCIDÊNCIA DE ITBI (CF, ART. 156, § 2º, I; CTN, ART. 36). VOTO DIVERGENTE DO VOGAL. 1. Não há incidência de ITBI quando a propriedade do imóvel entra para a pessoa jurídica, desde que seja para realizar capital social (incorporação). Para esta regra não há exceção. 2. Também não há incidência quando o imóvel sai da pessoa jurídica (desincorporação ou transmissão subsequente), desde que seja por motivo de fusão, incorporação, cisão ou extinção (término da pessoa jurídica). A expressão nesses casos (CF, art. 156, § 2º, I) informa que não se refere à entrada do imóvel para realizar

capital social, e sim à saída por meio de fusão, incorporação, cisão e extinção, sendo que também nesses casos não há incidência de ITBI, salvo se a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou operações de leasing. 3. Por maioria, apelação desprovida. (Apelação Cível Nº 70047064720, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em 21/11/2012).

Em suas razões, o relator entendeu

[...]

Primeiro, não há incidência de ITBI quando a propriedade do imóvel entra para a pessoa jurídica, desde que seja para realizar capital social (incorporação). Para esta regra não há exceção.

Segundo, também não há incidência quando o imóvel sai (desincorporação ou transmissão subsequente), desde que: (a) seja por motivo de fusão, que é a extinção de duas ou mais sociedades, que se unem para a formação de sociedade nova; ou (b) seja por motivo de incorporação, que ocorre quando uma ou mais sociedades são absorvidas por outra já existente; ou (c) seja por motivo de cisão, que (1) pode provocar a extinção da cindida, quando todo o patrimônio é transferido a sociedades novas (mais de uma, pois de outro modo fica igual à transformação), ou a sociedades já existentes (mais de uma, pois de outro modo fica igual à incorporação), e (2) pode não provocar a extinção

da cindida, o que acontece na versão parcial do seu patrimônio (só transfere parcela) para uma ou mais, novas ou já existentes; ou (d) seja por motivo de extinção (término da pessoa jurídica).

Terceiro, a expressão “nesses casos” informa que não se refere à entrada do imóvel para realizar capital social, e sim à saída por meio de fusão, incorporação, cisão e extinção, sendo que também nesses casos não há incidência de ITBI, salvo se a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou operações de leasing.

Exatamente aí o equívoco do Município, uma vez que o patrimônio imobiliário está entrando para a sociedade, e não saindo, e está entrando para realizar capital social; logo, não incidência de ITBI, sem exceção. (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

Verifica-se que o Tribunal, neste caso, por maioria, entendeu que não haveria a incidência do ITBI na hipótese de desincorporação de bem do capital social. Diante disso, importante a análise do art. 36, do Código Tributário Nacional (BRASIL, 2017b), que diz:

Art. 36. Ressalvado o disposto no artigo seguinte, o imposto não incide sobre a transmissão dos bens ou direitos referidos no artigo anterior:

I – quando efetuada para sua incorporação ao patrimônio de pessoa jurídica em pagamento de capital nela subscrito;

II - quando decorrente da incorporação ou da fusão de uma pessoa jurídica por outra ou com outra.

Parágrafo único. O imposto não incide sobre a transmissão aos mesmos alienantes, dos bens e direitos adquiridos na forma do inciso I deste artigo, em decorrência da sua desincorporação do patrimônio da pessoa jurídica a que foram conferidos.

A respeito do art. 36 supracitado, Kyioshi Harada (2016), em seu artigo **ITBI e desincorporação resultante de redução de capital**, coloca o seguinte:

Ocorre que o disposto no parágrafo único não é contemplado pela CF de forma expressa, que limita a imunidade às hipóteses de transferência de bens para integralização do capital subscrito pelo sócio, às transmissões decorrentes de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica (inciso I do § 2o do art. 156 da CF). Como é sabido, a lei complementar é competente apenas para regular a imunidade prevista na CF, não podendo ampliá-la nem restringi-la. Em sua interpretação literal, a regra do parágrafo único do art. 36 do CTN não tem apoio no texto constitucional. (HARADA, 2016).

Porém, o dispositivo não pode ser analisado de forma isolada, mas sim em acordo com o previsto no texto constitucional expresso no art. 156, § 2º, I, da Constituição Federal.

Pode-se perceber no texto constitucional que o mesmo prevê a expressão *extinção de pessoa jurídica*, sendo que o Código Tributário Nacional não prevê essa hipótese. Logo, a desincorporação do bem do capital social configura como extinção parcial da pessoa jurídica.

Esta interpretação já foi chancelada pelos tribunais, em especial o Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Agravo de Instrumento n. 1.235.766-RS, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, nas seguintes razões:

Sem maiores interpretações ou indagações, chega-se à conclusão de que os bens imóveis pelos sócios recebidos em retorno do seu capital social, não é atingido pela incidência do ITBI, isso porque, na verdade, suas quotas de capital social representavam uma fração ideal dos bens recebidos em retorno. Então, na verdade receberam o que já era deles, como pagamento da sua participação societária. No caso, não houve extinção propriamente dita da pessoa jurídica, mas o que se poderia chamar de "extinção parcial", não havendo também na espécie que se falar de incidência do ITBI (BRASIL, 2009, p. 2).

O STJ acabou por seguir a linha de que apesar do Código Tributário Nacional não prever a hipótese de não incidência no caso de extinção da pessoa jurídica, o texto constitucional supre esta lacuna, permitindo que a operação inversa, desincorporação, também seja imune.

Nesta linha, Hugo de Brito Machado (2007) ensina que

Realmente, o parágrafo único do art. 36 estabelece que o imposto não incide sobre a transmissão aos mesmos alienantes dos bens e direitos adquiridos na forma do inciso I daquele artigo, isto é, mediante incorporação ao capital, em decorrência da desincorporação do patrimônio da pessoa jurídica a que foram conferidos. Pode parecer, então, que, se os bens são incorporados ao capital da pessoa jurídica por "A", e na extinção desta eles são atribuídos a "B", a transmissão desses bens em decorrência dessa operação de extinção estaria fora de hipótese de não-incidência, vale dizer, haveria incidência do imposto.

Esta, porém, não parece ser a interpretação correta.

A vigente Constituição Federal diz que o imposto não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio da pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrentes de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica. O fato de serem os bens, na extinção da pessoa jurídica, transferidos aos mesmos alienantes, vale dizer, às mesmas pessoas que os incorporaram ao capital da pessoa jurídica, não está na hipótese de incidência da norma de imunidade em questão. Em outras palavras, na hipótese de extinção da pessoa jurídica é irrelevante quem seja o destinatário dos bens transferidos.

Por outro lado, não nos parece que exista incompatibilidade entre a norma imunizante albergada pela vigente Constituição Federal e a norma do art. 36, parágrafo único, do CTN. **Esta última na verdade não se aplica aos casos de extinção, que estão sob a incidência da primeira. Aplica-se, porém, aos casos de simples redução do capital social, com desincorporação dos bens imóveis ou diretos a eles relativos do patrimônio de pessoas jurídicas. Não se tratando de extinção, tais hipóteses não estão ao amparo da norma de imunidade, mas estarão ao amparo da norma do art. 36, parágrafo único, do CTN, que se encontra recepcionada em face do art. 146, inciso III, alínea 'a', da vigente Constituição Federal, como norma de lei complementar delimitadora explicitante do âmbito constitucional desse imposto.**

Realmente, havendo o imóvel sido transferido à pessoa jurídica como forma de integralização de capital, a desincorporação, com seu retorno à mesma pessoa que o havia transferido para a pessoa jurídica, não configura transmissão de propriedade, mas simples desfazimento da operação anterior que, por sua vez, não ensejara a incidência do imposto. Se a incorporação do imóvel ao capital da sociedade não foi considerada fato gerador do imposto, o desfazimento dessa operação, vale dizer, a desincorporação do imóvel que retorna a seu anterior proprietário, também não há de ser fato gerador do imposto. (MACHADO, 2007, p.411, grifo nosso).

O Código Tributário Nacional que é anterior a Constituição Federal de 1988, sendo recepcionado por esta, não previa a extinção de pessoas jurídicas como hipótese de não incidência do tributo ITBI. Porém, como o CTN foi recepcionado pela Carta Magna, vide o art. 146, III, "a", da CF, como lei complementar delimitadora, será aplicado o artigo 36, parágrafo único, do CTN, não incidindo o ITBI.

CONCLUSÃO

Conforme a breve exposição, é possível identificar que o debate acerca da não incidência do imposto de transmissão sobre bens imóveis (ITBI) nos casos de desincorporação de bem do capital com sua consequente redução.

A não incidência, vale destacar, pode ser por meio de imunidade ou pura e simples. A imunidade é a norma constitucional amputa a competência, impedindo a incidência; pura e simples, é a que o ente tributante não possui competência para tributar certo fato ou possui e não exerce.

Diante disso, tem-se que a imunidade aparece quando da incorporação e a não incidência pura e simples quando da desincorporação.

Na hipótese de retirada de sócio com a desincorporação de um bem do capital social e sua

consequente redução, não há a incidência do ITBI, sendo irrelevante se este bem havia sido incorporado por outro sócio. Este é o entendimento expresso entabulado pela recente decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (RIO DE JANEIRO, 2017), em decisão assim ementada:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DIREITO TRIBUTÁRIO. HIPÓTESE EM QUE SE PROVEU APELAÇÃO DOS IMPETRANTES PARA CONCEDER A ORDEM PLEITEADA, RECONHECENDO-SE IMUNIDADE TRIBUTÁRIA EM RELAÇÃO AO IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS, EM DECORRÊNCIA DE EXTINÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE EMPRESÁRIA. RECURSO DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS OPOSTOS PARA FINS DE PREQUESTIONAMENTO DO DISPOSTO NO ARTIGO 156, § 2º, I DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ARTIGOS 35, I E 111 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL QUE ESTABELECE IMUNIDADE TRIBUTÁRIA SOBRE TRANSFERÊNCIA DE BENS IMÓVEIS A PESSOA JURÍDICA EM DECORRÊNCIA DE FUSÃO, INCORPORAÇÃO, CISÃO OU EXTINÇÃO DA MESMA. HIPÓTESE QUE REVELA QUE A TRANSMISSÃO DOS IMÓVEIS DECORREU DA EXTINÇÃO PARCIAL DA SOCIEDADE. O DISPOSITIVO CONTIDO NO ARTIGO 156, § 2º, I DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO DISTINGUE PARA EFEITO DE IMUNIDADE SE A TRANSFERÊNCIA ENVOLVE IMÓVEL INCORPORADO, OU NÃO, POR SÓCIO E ADMITE INTERPRETAÇÃO SEGUNDO A QUAL A NÃO INCIDÊNCIA DO ITBI DEVE SER OBSERVADA TAMBÉM NOS CASOS DE EXTINÇÃO PARCIAL DA SOCIEDADE. VÍCIOS NÃO CONSTATADOS. RECURSO IMPROVIDO. (Apelação nº 0297274-

55.2012.8.19.0001, 4ª Câmara Cível do TJRJ, Rel. Marco Antônio Ibrahim. j. 15.02.2017, Publ. 17.02.2017).

Por derradeiro, resta cristalino, que apesar de alguns tribunais entenderem pela não aplicabilidade da não incidência da imunidade em caso de extinção parcial da sociedade, tal posicionamento é superado pela interpretação conferida por outras cortes estaduais e, em especial, pela Corte Superior de Justiça.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário esquematizado**. 9. ed. São Paulo: MÉTODO, 2015.

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 maio 2017.

BRASIL. **Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm. Acesso em: 02 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 1.235.766-RS**. Agravante: Município de Caxias do Sul. Agravado: Formolo Materiais para Construção LTDA. Relator Min. Herman Bejamin, 12 de dezembro de 2009.

Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=7577282&num_registro=200901828086&data=20091217.
Acesso em: 03 nov. 2017.

HARADA, Kyoshi. **ITBI e desincorporação resultante de redução de capital**. São Paulo, SP: Harada Advogados, 2016. Disponível em: <http://www.haradaadvogados.com.br/itbi-e-desincorporacao-resultante-de-reducao-de-capital/> . Acesso em: 03 nov. 2017.

MACHADO, Hugo de Brito. **Comentários do Código Tributário Nacional**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 32.ed. São Paulo: Atlas, 2016.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. Quarta Câmara Cível. **Apelação Cível nº 0297274-55.2012.8.19.0001**. Relator Des. Marco Antônio Ibrahim. Julgado em 15 de fevereiro de 2017. Disponível em: www.tjrj.jus.br. Acesso em: 02 nov. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Primeira Câmara Cível. **Apelação Cível nº 70047064720**. Relator Des. Irineu Mariani. Julgado em 21/11/2012. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em: 02 nov. 2017.

SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CORRUPÇÃO URBANÍSTICA⁴⁸

URBAN CORRUPTION

Vanêscá Buzelato Prestes⁴⁹

Resumo: A corrupção não é das pessoas, mas dos sistemas. A relação sujeito-objeto (no caso, corrupto x corruptor = punição) é insuficiente para coibição das práticas corruptivas. Os procedimentos e a legislação são indispensáveis para separar direito e política e permitir enxergar e coibir a corrupção dos sistemas. No Brasil, há uma precária diferenciação entre direito e política no urbanismo. Urbanismo deve ser matéria de Estado e não de Governo, sendo que os procedimentos, ainda frágeis em nosso sistema, precisam ser desenvolvidos e aperfeiçoados. As leis urbanísticas não têm exercido a função de estabilização do sistema por ainda serem pontuais e direcionadas, sem exercer o papel mais amplo que a Constituição lhes possibilita.

Palavras-chave: Corrupção. Conceito jurídico. Corrupção Urbanística. Sistema jurídico e sistema político. Leis urbanísticas.

⁴⁸ Artigo elaborado a partir da tese de doutorado publicada pela Editora Forum em 2017:

PRESTES, Buzelato. **Corrupção urbanística:** da diferenciação entre direito e política no Brasil. Belo Horizonte: Forum, 2017.

⁴⁹ Procuradora do Município de Porto Alegre - RS. Doutora pela Università Del Salento/Itália, Mestre em Direito PUC-RS, especialista em direito municipal pela ESDM/Ritter dos Reis, professora de direito urbanístico, ambiental e municipal.

Abstract: *The corruption is not in people, but in the systems. The subject-object relation (in this case, corrupt x corrupter = punishment) is insufficient to restrain corrupt practices. The procedures and legislation are imperative to separate the Law from politics and to enable seeing and restraining the corruption of the systems. In Brazil, there is a precarious distinction between the Law and politics in urban affairs. Urban affairs should be a matter to the State and not to a Government, and the procedures, still fragile in our system, need to be developed and improved. The urban laws have not been exercising the function of stabilizing the system as they are still specific and targeted, not yet exercising the broader role that the Constitution allows.*

Keywords: *Corruption. Legal concept. Urban corruption. Legal system and Politic system. Urban laws.*

No mundo moderno, direito, ciência, religião e política são subsistemas com seus códigos próprios e funções específicas. E, a fusão ou contaminação destes subsistemas, tornam-se uma ameaça destrutiva a cada um destes. A permissão jurídica para o aborto, por exemplo, que muitos países adotam, para a moral da Igreja católica é um mal. No mundo antigo, a mulher quando era comparada ao diabo devia apanhar ou ser queimada, para se purificar e assim o era; a ciência no nazismo buscava a purificação da raça e trabalhava para isso, sendo que, deste modo, realizava a justiça daquele período. Rememorar as descrições históricas faz constatar como a fusão, a mistura destes subsistemas ocorreu ao longo dos tempos, bem como seus limites.

Neste sentido, importante ter claro as conquistas da modernidade, dentre as quais está o direito universal, no sentido de válido para todos. O direito se organiza e constitui num âmbito no qual ele funciona - opera - a partir dele próprio, sendo esta uma das conquistas da modernidade. Não está sujeito a julgamentos morais, separou-se da religião. O direito é uma técnica de qualificação de sentido e este sentido é normativo. O que está ao redor desta qualificação não tem relação com o direito. Assim como a ciência não trabalha mais com verdades, mas com verificação da falsidade das velhas realidades e assim produz nova ciência, no direito temos um sistema que se modifica a partir dele mesmo.

Leciona De Giorgi (1998, 2006, 2008, 2015), que o direito positivo moderno e constitucionalizado existe porque é produzido por ele mesmo. Tem no seu interno a igualdade, a justiça, mas não tem a tarefa específica de realizá-las. O direito que realiza a justiça nele mesmo é o dos regimes totalitários, nazistas, religiosos, socialistas. Por isso, o "dever ser" não pode ter uma referência externa, seja ela moral, religiosa ou política. A fusão destes subsistemas (religião, moral, política) torna-se uma ameaça destrutiva ao direito: destrói o potencial do direito em realizar o direito. É diverso de todo direito ter sua justiça. O direito nazista tinha sua justiça que buscava a eliminação das raças inferiores. O estado liberal tem a sua justiça preconizada pela liberdade de iniciativa, exercício de propriedade privada e a sua justiça se realiza com exclusão social.

Assim, o direito positivo moderno e constitucionalizado existe, porque é produzido por ele mesmo. Tem no seu interno a igualdade, a justiça, mas não as realiza. Antes da modernidade escravos, deficientes, mulheres, crianças não eram sociedade. A distinção operada neste período era entre sujeito e objeto e o sujeito era o titular de direito. Eram sujeitos os chefes de família e os proprietários (para Kant, os senhores de si), sendo que os que não eram sociedade não tinham a qualificação de sujeito, e, por conseguinte, de titulares de direito. Uma das conquistas da modernidade foi o reconhecimento de outras diferenciações e o direito produzido pelo próprio direito faz tais distinções. Neste sentido, importa frisar que o direito deriva da forma como é produzido e da exclusividade, sendo que as qualificações jurídicas - lícito e ilícito - constroem realidade. Constituições democráticas, produzidas a partir de procedimentos, reconhecem direitos que construíram o direito hoje existente. Tratando da corrupção, importante salientar que é definida juridicamente de um determinado modo, porque foi observada e diferenciada e cada mudança no sentido do seu conceito representa o resultado de novas observações. Veja-se que as distinções não são ingênuas ou inócuas. São carregadas de semântica e de história. A teoria da escravidão, por exemplo, foi construída a partir de distinções: negros e não negros, índios e não índios, escravos e colonizadores. As diferenças biológicas identificadas como naturais e assim justificavam o apontamento como incapazes ou a morte, no caso do

mundo antigo, que matava àqueles que nasciam com deformidades. A diferenciação das mulheres, até pouco tempo consideradas incapazes ou necessitavam de uxória do marido ou do pai para atos da vida civil. As distinções são carregadas de história e são efetuadas de acordo com as observações realizadas.

O conceito corrupção depende do período histórico e da aceção a que se refere. Na antiguidade a corrupção era entendida como de costumes, era disseminada na promíscua relação estado/igreja, era confundida e disseminada com práticas consideradas imorais. Já na Idade Moderna iniciamos um ciclo que permite identificar as práticas corruptivas. Todavia, o percurso do tema oscilou, em determinados momentos foi aceita e incentivada como mecanismo de desenvolvimento. A análise funcionalista dos teóricos americanos dos anos 1960 e 1970, por exemplo, apontavam que a corrupção nos países do terceiro mundo eram a mola-mestra para o desenvolvimento. O caráter perverso da corrupção em relação ao funcionamento do sistema político em geral e democrático, em particular, não era consensual e esta escola o refutava em prol do desenvolvimento.

No sistema jurídico a corrupção se observa e se descreve a partir do lícito e do ilícito, do conforme ou não conforme ao direito. No sistema da moral, descrita a partir do bem e do mal; no sistema científico, a partir do falso e do verdadeiro; ou seja, a partir da falsificação das velhas realidades.

Na sociedade moderna houve a separação dos sistemas do direito, da política, da moral, da ciência. E, a função do direito na sociedade moderna é estabilizar o sistema jurídico, ou seja, ele qualifica um sentido e o transforma em conteúdo normativo. Por isso, a qualificação jurídica da corrupção tem uma *função evolutiva*.

A corrupção não é algo que se analisa do externo, é algo que o sistema desenvolve quando produz sociedade. Não basta a recriminação jurídica que se reporta à moral, na forma que o mundo antigo fazia. Da mesma forma, é insuficiente o enxergar dos processos corruptivos a partir deles mesmos ou da relação sujeito/objeto. A corrupção está no sistema, é ínsita a este, não é algo que está fora. É isto sim, algo que existe e deve ser enfrentado pelo próprio sistema e com as ferramentas destes.

O estágio atual dos processos jurídicos reconhece que o fenômeno da corrupção se apresenta de diversos modos. Este processo de identificação do lícito/ilícito sofreu uma evolução a partir de marcos significativos, especialmente a contar do movimento da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE e das Nações Unidas em torno do tema, no final dos anos 1970, ao diferenciar sistema do jurídico do econômico e se afastar das concepções dos americanos dos anos 70, que vinham na corrupção um meio de impulsionar as engrenagens, sobretudo nos processos de colonização. O suborno como prática usual e integrante do sistema, a partir do escândalo

Watergate, passa por uma diferenciação e opera evolução.

O sistema jurídico também não tinha regras e controles para além dos estados nacionais. Não era ilícito/ilegal uma empresa americana, inglesa, francesa ou de qualquer outra nacionalidade oferecer propina em outros países, por exemplo. Na Alemanha até os anos 2000 estas propinas pagas eram dedutíveis dos impostos. A partir de meados dos anos 70, impulsionado pelo escândalo do Watergate que resultou na renúncia do Presidente Nixon, aliado aos escândalos envolvendo empresas americanas no pagamento de propina, teve início uma crescente mutação no tratamento da corrupção. De relações privadas, de tratamento sujeito/objeto, iniciaram os debates e foram gestadas as iniciativas dos Tratados e da internalização destes nas legislações dos países, bem como a compreensão das causas e efeitos do fenômeno, não como fato isolado, mas decorrente, sobretudo, das operações dos sistemas da economia e da política. Ficou evidenciada a relação da corrupção com a "lavagem de dinheiro", que não era prática adotada só na relação com países subdesenvolvidos, para romper com as amarras dos sistemas burocráticos, que não se tratava de problema estritamente doméstico, afeto à soberania do estado-nação. A relativização até então reinante cedeu espaço a diferenciação funcional que tem nos Tratados Internacionais uma linha estruturadora.

Depois da assinatura da 1ª Convenção outras se sucederam, objetivando o mesmo intuito e consolidando um tratamento jurídico internacional, com consequências jurídicas, aos estados-nação. Houve um intuito novo no ordenamento internacional emergente, tratando a repressão e criando mecanismos expressos e cogentes de prevenção da corrupção. Passou-se do comando/controle para o modelo reaja/previna, adotando-se ferramentas que tem a capacidade de incidir sobre a prevenção de práticas e não somente na sua penalização.

O Brasil, adotando o entendimento de que a corrupção é um problema internacional, na linha de atuação da ONU, de 2002 a 2006 ratificou e internalizou os principais acordos multilaterais específicos sobre o tema, Convenções OCDE, OEA e ONU, além da Convenção de Palermo, fazendo com que tenham força de lei em nosso país.

A Lei Anticorrupção de 2013 introduziu dispositivo tratando da responsabilidade das pessoas jurídicas por ilícitos decorrentes de corrupção, em especial as fraudes em licitações públicas, dispondo sobre a responsabilização administrativa de modo bastante contundente e fortalecendo este instituto. Prevêem os acordos de leniência, a valorização dos programas de integridade ou programas de *compliance*, muitas elevadas, bem como cria um cadastro nacional das empresas punidas. Sua aplicação é no âmbito do território nacional e estrangeiro.

A função do sistema jurídico internacional foi estabelecer um mecanismo de freio para o sistema da política dos estados-nação. A evolução do sistema jurídico a partir dele mesmo é possível a partir das operações resultantes da observação e do processo de diferenciação produzida. O procedimento adotado na Convenção da OCDE com avaliação sistemática é um dos indutores e garantidores deste *feedback*.

O tratamento do tema no Brasil demonstra o rápido desenvolvimento das ferramentas e o aperfeiçoamento do sistema jurídico que permite a adoção das medidas que hoje assistimos. A democracia permite externar a corrupção, pois, diferente dos regimes ditatoriais, não a esconde, faz aparecer. Quanto mais democracia, mais os processos corruptivos aparecem, sendo possível adotar medidas que estabilizem o sistema, pois possibilitam incidir nos temas específicos onde há vulnerabilidade às práticas corruptivas. Por isso, a corrupção não é uma desilusão da democracia, mas a democracia é que permite enxergar os processos corruptivos e identificar os espaços propícios para o desenvolvimento desta. E, ao aparecer, o enxergar as práticas corruptivas, permite desenvolver os controles necessários para reestabilizar o sistema.

Importante destacar, que não se previne a corrupção com falta de controle, com a desestruturação da máquina administrativa, com o descaso com os serviços públicos e com as estruturas que devem prestá-los. Todos estes modos de agir são

portas abertas para as práticas corruptivas. No âmbito da administração pública, além das medidas de controle e responsabilização dos servidores, bons salários, estrutura compatível com as funções a serem desempenhadas, adoção de códigos de conduta, de programas de integridade, também para administração pública são formas de prevenção da corrupção. A descrição sobre o serviço público na Itália, sobretudo a desconstituição ocorrida no período fascista, pode nos auxiliar a compreender o nosso processo interno, bem como a examinar as possibilidades com olhos de quem vê que a desestruturação e o desleixo com a administração pública também representaram uma função ao longo dos tempos e da história.

A corrupção dos sistemas gera a corrosão destes e, por conseguinte afeta a sociedade. Os mecanismos de estabilização destes sistemas auxiliam no retorno ao seu equilíbrio. A corrupção, em sentido juridicamente repreensível, somente pode aparecer quando ocorrer a diferenciação do sistema político e os seus processos jurídicos estiver suficientemente avançada.

O processo de diferenciação funcional produziu as formas jurídicas de combate à corrupção. E as formas jurídicas evoluíram a partir das diferenciações produzidas. No século passado, o combate à corrupção se dava por meio dos crimes de peculato e concussão. Hoje há um sistema jurídico que trata a corrupção nas suas especificações, a partir das diferenciações e das seleções operadas. Ainda, há um tratamento jurídico

para prevenção da corrupção (*compliance*, meios de prevenção de lavagem de dinheiro), técnicas que não se cogitava em tempos não tão remotos. Isto é possível em função do processo de evolução do sistema originário das diferenciações produzidas. E ele é interno ao sistema jurídico, sendo ferramenta para os diversos ramos, incluindo o direito urbanístico.

A sociedade moderna é altamente complexa. Os processos corruptivos também o são. Por isso, quanto mais os diferenciamos mais complexidade foi gerada e, este incremento da complexidade permite enxergar outros modos de corrupção.

No caso da corrupção urbanística no Brasil, faz-se necessário produzir mais observação. Ainda, não enxergamos a corrupção urbanística como modo juridicamente condenável. Recentemente o Ministro da Cultura do Governo Temer pediu demissão porque outro Ministro sentiu-se à vontade para pedir que restrição de tombamento fosse desconstituída porque atrapalhava empreendimento de sua família. Observar as reações públicas e de imprensa do período exemplifica esta mistura de sistemas. Ou mais recentemente, o atual Presidente alega que o "poder da caneta" pode mudar a unidade de conservação para transformar Angra dos Reis em uma Cancun. As restrições, os limites jurídicos que são decorrentes de situações pré-existentes nestas legislações aparecem como obstáculos e não como regramentos a serem observados porque produzem um sentido enquanto

sociedade. Se isto ocorre nos mais altos escalões da República, nos municípios não é diferente!

CORRUPÇÃO URBANÍSTICA

A corrupção urbanística decorre da qualificação jurídica atual. Para tanto, imperioso destacar o que é considerado (a) valor econômico das cidades, integrando o ordenamento e o patrimônio jurídico municipal, (b) o que é a corrosão do sistema jurídico das cidades e (c) quais os mecanismos que operam no sistema jurídico das cidades.

Pode ser dito que par e passo com o desenvolvimento de legislação urbanística inicia-se a identificação da corrupção urbanística, na forma que hoje a conhecemos. Isto porque a terra passa a ter valor econômico significativo. O que pode e o que não pode ser construído agregam valor a esta mesma terra. Além disso, é deste período o sistema de comando e controle que domina as políticas públicas, estabelecendo padrões a serem cumpridos.

As normas urbanísticas tiveram por característica histórica estarem sujeitas a decisões casuísticas, seja no seu processo de formação - quando passam a ser normas, no âmbito do Executivo ou do Legislativo - seja na execução, momento da aprovação do projeto. Isto porque, de um lado, não desenvolvemos procedimentos de controle e eficiência suficientes no âmbito das exigências urbanísticas e, de outro, o processo de aprovação das leis urbanísticas ainda está muito vinculado às maiorias possíveis na Câmara dos

Vereadores e não aos necessários requisitos técnicos mínimos, considerando que o conteúdo afeta todo o sistema da cidade. Ainda há uma ideia de que as limitações urbanísticas e a determinação de função social da propriedade, como exige a Constituição, "atrapalha" a propriedade e afeta o desenvolvimento, como se fossem contrapostas.

De outra parte, a Constituição brasileira de 1988 estabeleceu um importante marco, ao introduzir um capítulo sobre a Política Urbana, o que desencadeou legislações infraconstitucionais que tem estabelecido tratamento jurídico a questões outrora da política. Assim, a partir da Constituição de 1988 há uma disciplina constitucional que faz nascer um direito à cidade. Este direito à cidade produziu um processo de diferenciação funcional que separou a dimensão política da dimensão jurídica, significando que temas tratados no sistema anterior como possibilidades passam a ser direitos consagrados e passíveis de serem exigidos. Esta construção jurídica que demonstra o processo de evolução significa uma atribuição de sentido normativo. Significa dizer, que o conteúdo produzido é normativo e cogente. O reconhecimento do direito à cidade, nessa perspectiva, é decorrente deste processo evolutivo e só se modificará a partir do próprio direito, ou seja, se o direito se modificar.

Em decorrência, a cidade inserida na Constituição Federal de 1988 acarreta consequências jurídicas. Isto porque, a Constituição de 1988 é Constituição Demo-

crática, que tem na dignidade humana o fio condutor e na redução das desigualdades sociais seus objetivos. As cidades como integrantes do contexto federativo e como entes que expressam o esforço do Estado para cumprir com a Constituição têm compromissos com os seguintes aspectos: a) a cidade é um espaço da cidadania; b) expressão do direito à diferença e as políticas públicas precisam ser inclusivas (ex: acessibilidade universal, reconhecimento à mobilidade reduzida que o urbanismo passa a observar); c) função socioambiental; d) funções sociais da cidade, que não se resumem as funções da cidade modernista⁵⁰; e) dimensão de território; f) diálogo com a escassez dos recursos naturais; g) gestão democrática.

Nesta perspectiva é que a estruturação na forma prevista no Brasil transformou em direito situações que no sistema anterior integravam o âmbito da política. Desta forma, produziu uma diferenciação, distinguindo o que é direito e criando meios para sua garantia. Disso resulta uma série de consequências no âmbito dos municípios, que é o *locus*, por excelência, do exercício do direito à cidade.

Importante considerar que as cidades sofreram inúmeras modificações ao longo dos cinco mil anos de

⁵⁰ Para cidade modernista, as funções da cidade eram: recrear, circular, trabalhar e morar (Carta de Atenas). Os planos diretores físico-territoriais prestigiaram estas funções, mesmo que para criar grandes áreas de lazer e circulação, por exemplo, fizessem profundos aterros. Hoje além destas funções, a cidade da contemporaneidade tem uma série de outras funções, tais como ambiental, saneamento, infraestrutura urbana, serviços, gestão democrática, etc.

existência. E, como organismos vivos que são, permanecem em franco processo de evolução. De diversas maneiras, fica claro que o sucedido nas cidades refletiu o regime político vivenciado no momento histórico respectivo.

No Brasil, apesar do marco constitucional e também por ser recente, o urbanismo ainda se encontra muito próximo do sistema da política, sujeito às maiorias do momento e sem planejamento a longo prazo, além das leis, em sua grande parte, não exigirem estudos técnicos como requisito prévio ao envio ao Legislativo.

No âmbito das aprovações urbanísticas está obsoleto. Não desenvolveu estratégias de estabilização do sistema, não utiliza ferramentas tecnológicas compatíveis com o estágio de evolução da sociedade, na maior parte das cidades é feito por funcionários mal remunerados, que não são estáveis (cargos comissionados), não tendo a função exigida de continuidade do serviço público, está sujeito a uma quantidade de legislações que muitas vezes apresentam incongruências entre si. Disto resulta uma aprovação fragmentada, morosa, impessoal que favorece a corrupção. O sistema do direito representa o espaço de temas protegidos pela sociedade, das mudanças ocasionais e de composição de maiorias características do sistema da política. Todavia, quando o espaço do direito é substituído por decisões da política ou, de outro lado, o espaço do direito rompe com seus códigos e adota decisões, assumindo posturas da política, estamos diante da corrosão, da corrupção dos sistemas.

No urbanismo, este espaço de separação ainda é muito tênue, precisa ser constantemente diferenciado. E também, por outro lado, há a ideia de que o direito pode resolver disputas que são da política. A ideia de que tendo o instrumento previsto na norma estar-se-á garantindo o direito que se quer ver protegido. Todavia, o instrumento por si só não é bom ou ruim. É um instrumento jurídico com regras específicas. A sua utilização depende das condições jurídicas estabelecidas para que ele opere e da respectiva gestão.

Esta ilusão de que a simples existência do instrumento poderia ser substituída por necessárias operações que se dão no espaço da política esteve muito presente na aprovação do Estatuto da Cidade. Era como se a aprovação do Estatuto representasse a garantia de Reforma Urbana. Este mesmo processo ocorreu posteriormente no âmbito das cidades. E, em determinados momentos, o espaço da lei cedeu espaço para aprovações formais para cumprir ritual, acreditando-se que estava garantido o direito pelo instrumento geral. Todavia, aqui voltamos ao tema da função do direito no sistema jurídico. Não é para o bem ou para o mal. É uma função de limite e de definição. O âmbito da luta pelo reconhecimento ainda é da política.⁵¹

⁵¹ O livro de Felipe Francisco de Souza (2011), sob o título “A Batalha pelo Centro de São Paulo: Santa Ifigênia, concessão urbanística e Projeto Nova Luz”, é uma descrição da confusão entre direito e mobilização social (espaço da política) retratada na ótica dos movimentos sociais e da

De outra parte, o sistema jurídico se corrompe quando deixa de observar a proteção construída no seu sistema. Em um sistema complexo, que protege vários direitos, não há escolhas possíveis entre proteger um ou direito em detrimento de outro, pois os direitos coexistem e tem a mesma proteção jurídica.

É como se estivéssemos diante de um cilindro dentro do qual há vários balões. Estes balões representam os direitos hoje protegidos e não podem furar, precisam coexistir, pois a função do cilindro é garantir a coexistência de todos, sendo uma espécie de proteção contra a corrosão destes.

Meio ambiente, moradia, patrimônio cultural, acessibilidade, mobilidade, propriedade, gestão democrática, saneamento, dentre tantos outros direitos constitucionalmente protegidos precisam coexistir neste cilindro.

Pensemos em exemplos.

Para os movimentos defensores do patrimônio histórico-cultural dificilmente se justifica uma rampa de acesso a um prédio tombado, mas a acessibilidade é um direito protegido. Já, para os militantes da acessibilidade, dificilmente se conformam em entrar por uma entrada lateral, mesmo que o prédio seja tombado. O que fazer? Não é possível buscarmos soluções externas de valor moral (justificativas desta ordem: é melhor mexer com a Igreja do que com os

esquerda, que esperava que a aprovação do instrumento da concessão urbanística fosse utilizada para uma finalidade que consideravam boa.

portadores de deficiência ou vice-versa), político (o Prefeito prefere prestigiar a Igreja aos portadores de deficiência, porque são menor quantidade no Município) ou qualquer outro externo ao sistema jurídico. A racionalidade interna ao sistema jurídico é que deve responder. E aí a ponderação pode ser a técnica a ser utilizada.⁵² Há outra forma de acessar a igreja, além da porta da frente? Se há, é possível ter rampa e acessibilidade compatível com as regras jurídicas? Se não há, a rampa projetada contempla a finalidade e foi projetada de forma compatível com um bem protegido, tendo o menor impacto? E, ainda, fazer a rampa é indispensável à acessibilidade? As respostas a estas perguntas que atentam ao critério da ponderação decorrem da racionalidade do sistema, mantendo-se no âmbito interno a este, sem buscar argumentos externos de modo a corrompê-lo.

Nesta linha, podemos colacionar inúmeros outros exemplos: moradia x ambiente, propriedade x meio ambiente, acessibilidade x mobilidade, entre outros. A questão central posta está no fato de que o universo de direitos que são protegidos só deixa de ser por meio do próprio direito, e não há escolhas aleatórias de valor moral externas a racionalidade do sistema. No momento em que hipóteses neste âmbito ocorrem,

⁵² Ponderação como técnica de racionalidade do sistema: a) adequação: o meio escolhido contribui para o resultado pretendido? b) Necessidade: o meio utilizado é o mais idôneo, apontando a menor restrição possível ao direito examinado? c) proporcionalidade em sentido estrito/razoabilidade: a medida restritiva é indispensável para o resultado?

estamos diante de um dos casos de corrosão do sistema.

No sistema urbanístico, a corrosão deste significa o não observar o conteúdo interno a ele, as normas produzidas e vigentes, os fundamentos que o fazem sistema.

Também faz parte das diferenciações necessárias, a descrição das operações que precisam ser vistas com os olhos de quem quer enxergar possibilidades de corrupção urbanística. Este exercício não implica dizer que há corrupção, mas significa que onde há estas práticas reiteradas, há também um espaço propício e, por isso, deve ser enfrentado.

Nestes termos é que se aponta aqueles casos cujo conhecimento depende apenas de um servidor, as rotinas são restritas ao modo de um setor atuar, posturas usuais, porém não vistas como corrupção, precisam ser enxergadas como áreas vulneráveis às práticas corruptivas. Do mesmo modo, as "dificuldades que podem gerar facilidades", tais como: informações não disponíveis a todos, falta de publicidade e transparência, mudança de rotinas que facilitem o acesso a informação.⁵³

⁵³ Neste particular vale registrar a imensa dificuldade enfrentada em Porto Alegre para colocar a DM (declaração municipal das condições de uso do solo) na internet. Havia uma resistência tanto do setor técnico quanto dos interlocutores do setor da construção civil. Os argumentos variavam desde as possíveis imprecisões, o medo da informação não ser completa ou correta em todos os casos, até falta de necessidade, pois para o setor da construção civil o que importa é a estabilidade temporal do documento. Importante destacar que, a nosso ver, as condições de uso do solo

De outro lado, as cidades deste século têm agregado um valor imaterial integrando o que chamamos "aquilo que não se pode ver se não se operar com diferenciações para permitir ver". Vivemos um momento em que há uma redefinição do espaço e do lugar das cidades, além do modo de vida nestas. Questões que no passado não eram valoradas economicamente passam a ter valorização. O silêncio, o descanso, os espaços de lazer, a paisagem, a áreação, a luminosidade, a paisagem, os recursos ambientais constituem-se exemplos de situações atualmente valorizadas economicamente. Viver em frente a um parque, adquirir um imóvel próximo a espaço de lazer que propicie contato com natureza, espaço para caminhada ou próximo a um shopping valoriza e altera o valor do imóvel.

Por sua vez, o patrimônio imaterial também passa a ter valor econômico e proteção jurídica específica, passando a integrar o sistema jurídico. A Constituição brasileira seguiu a tendência mundial de proteção de patrimônio para além das coisas, para os bens intangíveis. A Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura - UNESCO, em 1972, aprovou a "Convenção sobre a proteção do patrimônio mundial, cultural e natural". Este tratado visa promover a identificação, a proteção e a preservação do patrimônio cultural e natural de todo o mundo, considerado especialmente valioso para a

decorrentes desta declaração atendem e dialogam com a transparência da informação, ou seja, disponível a todos.

humanidade. Como complemento ao Tratado foi aprovada, em 2003, uma nova Convenção, desta vez especificamente sobre o patrimônio cultural imaterial. O patrimônio imaterial é aquele que guarda relação entre a sociedade e a atividade, expressão ou modo de viver a ser protegido. São exemplos de patrimônio imateriais juridicamente protegidos no Brasil o Círio de Nazaré de Belém, no Pará, e o frevo de Olinda, em Pernambuco. Esta proteção tem registro e visa deixar para as futuras gerações, como legado, a existências destas formas de expressão e tem valor econômico significativo.

O regime urbanístico das cidades tem valor econômico. Permitir construir 05, 10 ou 20 andares faz muita diferença. Atribuir regime urbanístico a áreas que não o tinham, permitindo a sua utilização com potencial econômico, também faz muita diferença. Os franceses compreenderam isto desde o início do século passado. Lá não há um direito originário de construir e o instrumento do solo criado⁵⁴, que separa o direito de propriedade do direito de construir e de cuja concepção origina-se a outorga onerosa e a transferência de potencial construtivo, nasce inspirado nesta concepção. Desta forma, compreendendo que a

⁵⁴ "O solo criado é o resultado da criação de áreas adicionais utilizáveis, não apoiadas diretamente sobre o solo natural." (GRAU, 1983, p. 57).

"O solo criado será sempre um acréscimo ao direito de construir, além do coeficiente básico de aproveitamento estabelecido pela lei. Acima deste coeficiente, até o limite que as normas edilícias admitirem, o proprietário não terá o direito originário de construir, mas poderá adquiri-lo do Município." (MEIRELLES, 1996)

cidade é um mercado e que precisa ser regulada, e o Município deve controlar o regime urbanístico, de modo a valorizá-lo.

É urbanística e juridicamente equivocada a concepção que não tem custo para cidade a adoção de regime urbanístico maior, pois este tem valor de mercado. Mudar uso e/ou permitir construção maior sem contrapartida, são exemplos da falta de compreensão do que estes instrumentos urbanísticos significam. Muitas cidades já compreenderam esse fenômeno e trabalham com esta variável. Todavia, esta variável precisa ser diferenciada e integrar o conteúdo da legislação urbanística da cidade. Compreender que a cidade não é abstração, tem conteúdo, funciona como um sistema e que os instrumentos urbanísticos integram este sistema é fundamental para não permitir que, simplesmente, toleremos aumento de altura, alteração de regime ou de uso como se fosse direito individual, ou, utilizado de forma destacada do planejamento da cidade, em detrimento do caráter difuso desta.

Projetos de lei que alteram uso sem critérios técnicos e que permitem aumento de altura, aumentando valor de imóveis sem contraprestação, ou as facilitações de licenças, de autorização para construir com benefícios diretos para os proprietários, não são descrições que se aplicam somente a Portugal, Espanha e Itália. Até mesmo os subornos para fazer andar os processos de aprovação ou a contratação daqueles que, por serem ou terem sido servidores,

conhecem os caminhos, são tolerados, lembrando a escola americana dos anos 70/80. A nosso ver, ainda não operamos as diferenciações necessárias.

Por todos estes aspectos apontados, sustentamos que no Brasil há precária diferenciação entre direito e política no urbanismo. A falta de um sistema jurídico que separa o direito da política, que vede condutas que favorecem a impessoalidade, que favorecem a apresentação de dificuldades para "vender facilidades", o excesso de discricionariedade administrativa, a falta do desenvolvimento de controles no processo urbanístico, a carência de publicidade das regras, a falta de publicidade dos instrumentos e das possibilidades existentes, bem como das concertações realizadas, são uma constante. Assim, trabalhamos com soluções personalíssimas, muitas vezes casuísticas, e que não modificam o sistema, mas tangenciam o problema.

Compreender que uma sociedade que protegeu direitos de diferentes origens (ambiental, urbanística, acessibilidade, moradia, patrimônio histórico e cultural), que afetam e são constitutivos da aprovação municipal, é enxergar a complexidade da sociedade atual. A partir desta compreensão é que será possível desenvolver formas de diminuição da complexidade, por meio do desenvolvimento de procedimentos, de um lado e da racionalidade do sistema jurídico de outro. Não é possível deixar de considerar um dos direitos protegidos. Isto representa a própria corrosão do sistema e em um momento ou outro será exposto.

Faz-se necessário, a partir deste, enxergar e desenvolver estratégias de redução de complexidade.

Descrições que não permitam o enxergar como a corrosão do sistema urbanístico afeta às estruturas diferenciadas da cidade democrática não se prestam mais à compreensão da sociedade moderna.

Entendemos que corrupção urbanística no Brasil ainda não é tratada com a diferenciação necessária. Os sistemas do direito e da política em nosso país ainda estão muito próximos, umbilicalmente ligados, de um lado, e, de outro, produzem aparência de legalidade por meio de alterações legislativas das leis urbanísticas que imputam legalidade à projetos que ferem a impessoalidade e trazem benefícios específicos a determinados grupos ou pessoas, em detrimento do caráter difuso do controle urbanístico inerente ao direito à cidade.

Para operar esta separação dos sistemas do direito e da política, que já deveria ter ocorrido e que abre enorme espaço para as práticas corruptivas, temos que o urbanismo deve ser matéria de Estado e não de Governo, que os procedimentos, ainda frágeis em nosso sistema, precisam ser desenvolvidos e aperfeiçoados, que faz-se necessário o desenvolvimento de controles que atentem para o tema da corrupção urbanística e deixem de banalizar situações, que adote tecnologias de gestão para minimizar os espaços de discricionariedade administrativa, que entenda a função da publicidade e da transparência como função de diminuir os espaços

corruptivos. Os procedimentos são essenciais e são formas de redução de complexidade, de legitimação das decisões que o próprio sistema de decisão pode apresentar. No urbanismo são meios de garantir a impessoalidade e a transparência, além de diminuir os espaços que propiciam a corrupção.

Ainda, o processo de evolução da Administração Pública e do sistema jurídico desta, com a adoção de modelos de gestão gerenciais, que no urbanismo se expressam pelas concertações, se afastaram do comando/controle, ampliando a discricionariedade administrativa. Essa ampliação gerou espaços de corrupção, tanto no âmbito público, quanto no âmbito privado. No espaço privado possibilita que aqueles que já conhecem os caminhos facilitados, os atalhos, se beneficiem. Por isso, a adoção de modelos com transparência, informação pública, diminuição de espaços de discricionariedade, modelos de concertação com regras e envolvendo os setores da administração e não às pessoas, são essenciais.

Isto porque, os modelos contemporâneos de prevenção e combate à corrupção unem esforços públicos e privados neste sentido, adotando como responsabilidade recíproca a incorporação de instrumentos nas práticas para enfrentar a questão. Códigos de conduta, programas de integridade de empresas e a lei anticorrupção são as regras dirigidas ao setor privado. O setor público, para além deste modelo, tem desafios outros, destacando-se a identificação dos espaços vulneráveis, bem como a adoção de medidas permanen-

tes, de monitoramento, pois a corrupção não é das pessoas, mas dos sistemas. O subsistema urbanístico é um deles. Precisamos, de um lado, enxergar a corrupção e, de outro, desenvolver metodologias de estabilização do sistema. Manter íntegro o sistema jurídico, no sentido de desempenhar a função para a qual foi criado, é uma das formas de coibição de corrupção.

Eis uma tarefa que está em construção.

REFERÊNCIAS

CAPPELLETTI, Mauro. **La corruzione nel governo del territorio**: forme, attori e decisione nella gestione occulta del territorio. [Buccino] : BookSprint, 2012.

DE GIORGI, Raffaele. **Temî di filosofia del diritto, vol. 1**. Lecce: [Pensa Multimedia ?], 2008.

DE GIORGI, Raffaele. **Temî di filosofia del diritto, vol. 2**. Lecce, Brescia: Pensa multimedia, 2015.

DE GIORGI, Raffaele. **Scienza del diritto e legittimazione**: critica dell'epistemologia giuridica tedesca da Kelsen a Luhmann : poscritto 1998. Lecce: Pensa MultiMedia, 1998.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, democracia e risco**: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, tempo e memória**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

DE GIORGI, Raffaele. Os desafios do juiz constitucional. *In*: RIBEIRO Fabiani, Emerson (org.). **Impasses e aporias do direito contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

DE GIORGI, Raffaele. Jurisprudencia: es una comedia? es una tragedia? *In*: SIMPOSIO INTERNACIONAL DE JURISPRUDENCIA, 2., 2009, Campeche. **[Memorias ...]**. Campeche, México: SCJN, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2009.

DE LUCIA, Vezio. L'urbanistica. *In*: MELIS, G. **Etica pubblica e amministrazione: per una storia della corruzione nell'Italia contemporanea**. Napoli: CUEN, 1999.

GRAU, Eros Roberto. **Direito Urbano**: regiões metropolitanas, solo criado, zoneamento e controle ambiental, projeto de lei de desenvolvimento urbano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

LUHMANN, Niklas ; DE GIORGI, Raffaele. **Teoria della società**. 11. ed. Milão, Itália: F. Angeli, 2003.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

LUHMANN, Niklas. **Observaciones de la modernidad**: racionalidad y contingencia en la sociedad moderna. Barcelona: Paidós, 1997.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1980.

LUHMANN, Niklas. La costituzione come acquisizione evolutiva. *In*: ZAGREBELSKY, G ; PORTINARO, P.P. ; LUTHER, J. **Il futuro della costituzione**. Torino: Einaudi, 1996. P. 83-128.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de Construir**. 7.ed, São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

MUNFORD, Lewis. **A Cidade na história**: suas origens, transformações e perspectivas. [São Paulo: Martins Fontes, 1991].

NOONAN JR., John T. **Ungere le ruote**: storia della corruzione politica dal 3000 a.C. alla Rivoluzione francese. Milano: SugarCo, 1987.

NOONAN JR., John T. **Mani sporche**: la corruzione politica nel mondo moderno, vol II. Milano. SugarCo, 1987.

NOONAN JR., John T. **Subornos**. Tradução, Elsa Martins. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

PRESTES, Vanêsa Buzelato. **Corrupção urbanística**: da ausência de diferenciação de direito e política no Brasil. Belo Horizonte: Forum, 2018.

SOUZA, Felipe Francisco de. **A batalha pelo Centro de São Paulo**: Santa Ifigênia, concessão urbanística e Projeto Nova Luz. 1. Ed. São Paulo: Paulo's Editora, 2011.

BREVE REFLEXÃO SOBRE O PAPEL DO MUNICÍPIO NO CONTROLE EXTRAJUDICIAL DA PUBLICIDADE

A BRIEF REFLECTION ABOUT THE ROLE OF THE MUNICIPALITY IN THE EXTRAJUDICIAL CONTROL OF ADVERTISING

Christina de Moraes Herrmann⁵⁵

Daian Possamai⁵⁶

Resumo: A publicidade conduz a sociedade, possuindo o poder de mudar hábitos e costumes, estimular o consumo de bens e serviços, afetando diretamente o consumidor. A publicidade, ao extrapolar, algumas vezes, os parâmetros e limites impostos pela legislação, revela-se enganosa ou abusiva, devendo sofrer necessário controle, a fim de serem coibidos os desvios existentes no meio publicitário. O Município, portanto, exerce papel fundamental no controle

⁵⁵ Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUCRS. Bacharel em Ciências Contábeis pela UFRGS. Especialista em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Especialista em Direito Tributário pela PUCRS/IET (Instituto de Estudos Tributários). Advogada nas áreas de Direito Civil, Direito Tributário e Direito Empresarial. Procuradora do Município de Esteio. Sócia da Herrmann Possamai Advogados. E-mail: christina@hpadvogados.com

⁵⁶ Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUCRS. Especialista em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Advogado nas áreas de Direito, Contratual, Direito do Consumidor e Direito Empresarial. Sócio da Herrmann Possamai Advogados. E-mail: daian@hpadvogados.com

extrajudicial da publicidade, especialmente no controle do conteúdo publicitário apresentado ao consumidor nos veículos de divulgação existentes no âmbito da municipalidade.

Palavras-chave: Publicidade. Enganosa. Abusiva. Controle. Extrajudicial. Município. Consumidor.

Abstract: *Advertising leads society, has the power of changing habits and customs, stimulate the consumption of goods and services, directly affecting the consumer. Advertising, when extrapolate parameters and limits imposed by the law, reveal itself misleading and abusive, and must suffer the necessary control, in order to inhibit the usual deviations present in the publicity field. Therefore, the municipality plays a major role in the extrajudicial control of advertising, specially in the control of the advertising content offered to consumers by the existing disseminating vehicles within the municipality scope.*

Keywords: *Advertising. Misleading. Abusive. Control. Extrajudicial. Municipality. Consumer.*

INTRODUÇÃO

A sociedade, hodiernamente, é alvo de diversos e massificados anúncios publicitários, os quais oferecem aos consumidores as novidades colocadas à disposição no mercado de consumo, gerando-lhes expectativas, sonhos e necessidades, até então inexistentes. A publicidade, ao estimular eficazmente o consumo de bens e serviços, exerce inequívoca influência sobre o cotidiano das pessoas, alterando costumes, valores e padrões de comportamento, atingindo, indistintamente, os consumidores.

Em face da relevância da publicidade na sociedade contemporânea, reconheceu o legislador a necessidade de controlar esta atividade, buscando coibir os desvios existentes nos anúncios publicitários, que os tornam enganosos ou abusivos ao consumidor. E, nessa atividade de controle da publicidade, surge a atuação do Município, o qual desempenha um papel fundamental no sentido de impedir a existência de eventuais abusos cometidos na veiculação de anúncios publicitários nos meios de divulgação autorizados no âmbito da municipalidade. O controle da publicidade existe para resguardar e dar eficácia aos direitos do consumidor, previstos, com tanta clareza, na legislação pátria.

1 O CONCEITO DE PUBLICIDADE

A publicidade conduz a sociedade, possuindo o poder de mudar os hábitos e costumes das pessoas, gerar expectativas nos consumidores e acelerar o consumo. O intenso desejo de consumir, despertado pela massiva oferta de produtos e serviços, é estimulado pela publicidade, podendo, assim, ser definida como o conjunto de comunicações, suficientemente precisas, identificáveis e persuasivas, transmitidas pelos meios de difusão, com o objetivo de apresentar os produtos e serviços oferecidos no mercado de consumo, despertando nos consumidores o desejo de adquiri-los. Para Cláudia Lima Marques,

[...] é através da publicidade que o fornecedor oferece bens ou serviços ao consumidor, que informa o consumidor sobre determinadas qualidades ou propriedades do produto ou serviço, que desperta interesses, vontades, desejos, que propaga marcas e nomes, que usa a fantasia para ligar determinados sentimentos, status ou atitudes a determinados produtos, em verdade, o fornecedor incita ao consumo, direta ou indiretamente, com sua atividade.⁵⁷

A publicidade caracteriza-se, essencialmente, como a atividade destinada a estimular o consumo de bens e serviços, configurando verdadeira atividade profissional, exercida comercialmente e de forma reiterada. Seu objetivo é “[...] persuadir o comprador para que este adquira o produto anunciado, despertando-lhe necessidades e o desejo em satisfazê-las através da aquisição dos produtos anunciados”.⁴ Cabe à publicidade “[...] aproximar – com informação ou persuasão – o fornecedor anônimo do consumidor anônimo; cabe-lhe, igualmente, pôr em sintonia o produto ou serviço anônimo com uma necessidade também anônima. É seu papel, enfim, influir,

⁵⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 606-607.

⁴ MOMBARGER, Noemí Friske. **A publicidade dirigida às crianças e adolescentes**: regulamentações e restrições. Porto Alegre: Memória Jurídica, 2002, p. 23.

decisivamente, na formação do consentimento do consumidor".⁵

O Código de Defesa do Consumidor, acertadamente, adotou o termo publicidade enquanto meio de incentivar a aquisição de produtos ou serviços. O legislador brasileiro, ao editar a Lei nº 8.078/90, teve a preocupação com o termo a ser inserido em seu texto, adotando a publicidade como a expressão indiscutivelmente correta para ser utilizada no âmbito das relações de consumo (artigos 6º, IV, 36, 37, 67, 68 e 69).⁶

1.1 A publicidade ilícita

A publicidade, por atingir, simultaneamente e indistintamente, inúmeros consumidores, deve ser veiculada observando a boa-fé, ínsita às relações de consumo, a transparência nas mensagens publicitárias, bem como o zelo pela segurança dos consumidores. Entretanto, as regras estabelecidas no ordenamento jurídico, muitas vezes, não são observadas, passando os fornecedores e agentes publicitários a transmitirem informações abusivas ou enganosas, tornando ilícita a publicidade.

⁵ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. O controle jurídico da publicidade. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 9, jan./mar. 1994, p. 28.

⁶ A título explicativo, ocorreu um pequeno equívoco do legislador ao utilizar a expressão "contrapropaganda" nos artigos 56, inciso XII, e 60 do Código de Defesa do Consumidor, quando deveria ser corretamente utilizado o termo "contrapublicidade".

A publicidade ilícita é enganosa quando divulga o que não corresponde ao produto ou serviço, induzindo em erro o consumidor; é abusiva quando discrimina pessoas e grupos sociais ou agride outros valores morais. O artigo 37 e seus parágrafos do Código de Defesa do Consumidor condena, expressamente, a publicidade enganosa e a abusiva, porquanto capazes de corromper a vontade do consumidor, induzindo-o, de forma viciada, a adquirir produtos e serviços anunciados. O Código, com este dispositivo, exige a veracidade da mensagem publicitária, a fim de possibilitar ao consumidor exercer o direito de escolha, de forma livre e consciente.

1.1.1 A publicidade enganosa

A publicidade enganosa, prevista no artigo 37, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, é aquela que apresenta a potencialidade de induzir o consumidor ao erro. A publicidade enganosa provoca uma distorção na capacidade decisória do consumidor, que, caso estivesse adequada e suficientemente informado, não adquiriria o produto ou serviço anunciado.⁷ Para a caracterização da publicidade enganosa, não se exige a intenção de enganar do anunciante, mostrando-se necessário, apenas, que a informação publicitária induza em erro o consumidor. O que se busca, portanto, é a capacidade de indução a erro, não sendo

⁷ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 326.

exigido que o consumidor sofra algum dano/prejuízo para enquadrar a publicidade como enganosa.

A mensagem publicitária pode ser enganosa “[...] não apenas quando diz expressamente algo capaz de induzir o consumidor em erro, mas também quando, mesmo não o dizendo claramente, a informação realmente passada difere do significado real da mensagem”.⁸ A publicidade enganosa consiste na mensagem capaz de conduzir o consumidor ao erro, por afirmar falsidades (enganosidade por comissão) ou por ocultar informações essenciais sobre o objeto do anúncio (enganosidade por omissão).

Na publicidade enganosa por comissão, o anunciante faz uma afirmação sobre o produto ou serviço anunciado, capaz de induzir o consumidor em erro, ou seja, afirma algo que não é verdadeiro, atribuindo mais qualidades ao produto ou ao serviço do que ele realmente possui. O legislador preocupou-se, no artigo 37, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor, em coibir a publicidade enganosa por comissão, porquanto o anúncio publicitário de determinado produto ou serviço é veiculado com informações que não correspondem ao que está sendo apresentado. A mensagem publicitária apresenta a potencialidade de induzir o consumidor ao erro, levando-o a tomar uma decisão com base em informações inteira ou parcialmente falsas ou infundadas sobre as características, natureza, preço,

⁸ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos *et al.*, op. cit., p. 336.

quantidade, qualidade, propriedades, origem e quaisquer outros dados relativos ao bem de consumo.

Na publicidade enganosa por omissão, o anunciante deixa de informar dado essencial sobre o produto ou serviço (artigo 37, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor). O fornecedor, na enganabilidade negativa, omite informação relevante a respeito do bem ou serviço, também induzindo o destinatário da publicidade em erro. O consumidor, desconhecendo o dado essencial, adquire o produto ou serviço induzido em erro pela mensagem publicitária. A informação omitida pelo anúncio é determinante no ato da escolha do consumidor, haja vista que o conhecimento anterior do dado do produto ou serviço poderia levar à não celebração do negócio jurídico.

Entretanto, não é a ausência de qualquer dado do produto ou serviço que caracterizará a publicidade enganosa. “Não é viável que, numa peça publicitária, onde normalmente se lida com espaços reduzidos e caríssimos, se pretenda fazer um memorial descritivo do produto ou serviço”.⁹ O dado omitido, como dito anteriormente, tem de ser essencial à concretização do negócio jurídico. A omissão relevante é aquela capaz de levar o consumidor à não aquisição do bem ou à não contratação do serviço, caso estivesse ciente das informações sonegadas. A publicidade enganosa por omissão, segundo Fábio Ulhoa Coelho, “[...] se caracteriza na hipótese de se revelar de tal forma

⁹ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 93.

importante o dado omitido que tal consumidor-padrão deixaria de concretizar o negócio se dele soubesse anteriormente".¹⁰

A enganiosidade por omissão representa conduta reprovada pelo Código de Defesa do Consumidor, por afronta aos deveres de lealdade, transparência, identificação, veracidade e informação, que devem ser observados pelo anunciante por ocasião da veiculação da publicidade. A informação repassada ao destinatário das mensagens publicitárias, portanto, deve ser correta e suficientemente precisa, possibilitando ao consumidor o livre exercício do direito de escolher entre adquirir, ou não, os produtos e serviços colocados à disposição no mercado de consumo.

1.1.2 A publicidade abusiva

A publicidade abusiva, disciplinada no art. 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, consiste na publicidade discriminatória de qualquer natureza, na que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança. A publicidade abusiva, consoante a lição de Guilherme Fernandes Neto, “[...] causa um

¹⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. A publicidade enganosa no Código de Defesa do Consumidor. Revista de direito do consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 8, out./dez. 1993, p. 77.

efeito pernicioso, ofende a sociedade, seus costumes, seus padrões de referência de valores, afeta a concepção da realidade das crianças, incita grupos, desviando-se de sua finalidade social”.¹¹ Os valores protegidos pela norma em comento ultrapassam a própria relação de consumo, “[...] situando-se na órbita do interesse público”.¹²

O Código de Defesa do Consumidor, ao utilizar, no art. 37, § 2º, a expressão *dentre outras*, arrola, de forma exemplificativa, as modalidades de publicidade abusiva, levando em conta, “[...] notadamente, os valores constitucionais básicos da vida republicana [...]”,¹³ não excluindo a existência de outras práticas publicitárias ofensivas a valores protegidos pela sociedade. Conforme ressalta Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin:

O art. 37, § 2º, elenca, em lista exemplificativa, algumas modalidades de publicidade abusiva. Em todas elas observa-se ofensa a valores da sociedade: o respeito à criança, ao meio ambiente, aos deficientes de informação (conceito que não se confunde com deficiência mental), à segurança e à sensibilidade do consumidor.¹⁴

¹¹ FERNANDES NETO, Guilherme. **O abuso do direito no Código de Defesa do Consumidor**: cláusulas, práticas e publicidades abusivas. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 183.

¹² RODYCZ, Wilson Carlos. O Controle da Publicidade. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 8, out./dez. 1993, p. 66.

¹³ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos *et al.*, op. cit., p. 341.

¹⁴ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos *et al.*, op. cit., p. 339.

Toda a publicidade pode vir a tornar-se abusiva, quando ofende os princípios básicos do Código de Defesa do Consumidor, que se referem diretamente ou não à publicidade e se contrapõem ao abuso de direito.¹⁵ A publicidade abusiva afasta-se dos padrões da publicidade lícita, violando os valores éticos a serem preservados pela sociedade. Além disso, deturpa a vontade do consumidor, podendo induzi-lo, inclusive, a comportamento prejudicial ou perigoso à sua saúde e segurança. Segundo Fábio Ulhoa Coelho, na publicidade abusiva os “[...] valores socialmente aceitos são denegridos ou deturpados com objetivos meramente comerciais”.¹⁶

Na publicidade abusiva, como ocorre na enganosa, não é necessário que ocorra, efetivamente, o dano ao consumidor, a fim de restar caracterizada a abusividade. “Basta que haja perigo; que exista a possibilidade de ocorrer o dano, uma violação ou ofensa. A abusividade, aliás, deve ser avaliada sempre tendo em vista a potencialidade do anúncio em causar um mal”¹⁷, sob pena de ameaça à própria sociedade e aos valores protegidos pelo ordenamento jurídico.

¹⁵ FERNANDES NETO, Guilherme, op. cit., p. 139.

¹⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **O empresário e os direitos do consumidor: o cálculo empresarial na interpretação do Código de Defesa do Consumidor.** São Paulo: Saraiva, 1994, p. 243.

¹⁷ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor.** São Paulo: Saraiva, 2004, p. 487-488.

2 O CONTROLE DA PUBLICIDADE

A sociedade pós-moderna é uma sociedade globalizada, massificada, essencialmente consumerista, em que as pessoas são estimuladas a adquirirem os produtos e serviços colocados à disposição no mercado de consumo, cada vez mais inovadores e atraentes. É através da publicidade que o Mundo, “[...] em todas as suas facetas, nos é oferecido, como se fora uma vitrine, onde são expostas as ‘novidades’ que, a partir de então, passam a ser ‘necessidades’, mostradas que são como indispensáveis ao conforto e à atualização da vida e dos lares”.¹⁸

A publicidade, ao incentivar a circulação e a multiplicação de bens e serviços, constitui-se num importante e efetivo elemento de ligação entre fornecedores e consumidores, podendo-se afirmar, em outras palavras, ser a essência de uma sociedade de consumo. Para Cláudia Lima Marques,

[...] é através da publicidade que o fornecedor oferece bens ou serviços ao consumidor, que informa o consumidor sobre determinadas qualidades ou propriedades do produto ou serviço, que desperta interesses, vontades, desejos, que propaga marcas e nomes, que usa a fantasia para ligar determinados sentimentos, status ou atitudes

¹⁸ FRADERA, Vera M. Jacob de. A interpretação da proibição de publicidade enganosa ou abusiva à luz do princípio da boa-fé: o dever de informar no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 4, out./dez. 1992, p. 181.

a determinados produtos, em verdade, o fornecedor incita ao consumo, direta ou indiretamente, com sua atividade.¹⁹

Ocorre que toda a publicidade pode vir a tornar-se abusiva, quando ofende os princípios básicos do Código de Defesa do Consumidor, que se referem diretamente ou não à publicidade e se contrapõem ao abuso de direito.²⁰ Não basta a publicidade ser veraz, “[...] é necessário, ainda, que ela seja correta; isto é, que não ofenda os valores sociais, éticos, morais, em resumo, a ordem pública”.²¹ A publicidade tem o poder de influenciar pensamentos, valores, comportamentos e modificar condutas, por isso deve ser controlada quanto ao seu eventual caráter ilícito (enganoso ou abusivo).

O legislador brasileiro, ao estabelecer o controle da publicidade, não teve por objetivo bani-la da sociedade de consumo, por reconhecer a sua importância na pós-modernidade, mas, tão-somente, proteger o consumidor, parte vulnerável da relação jurídica, e coibir os desvios que podem ser praticados na atividade publicitária, evitando lesão a valores fundamentais tutelados pelo ordenamento jurídico. A publicidade, como fenômeno social contemporâneo, “[...] não pode ser rechaçada ou proibida, mas deve ser

¹⁹ MARQUES, Cláudia Lima, op. cit., p. 606-607.

²⁰ FERNANDES NETO, Guilherme, op. cit., p. 139.

²¹ JACOBINA, Paulo Vasconcelos, op. cit., p. 95.

controlada, regrada, para que estimule o consumo de bens e serviços sem abusos, de forma sadia”.²²

Doutrinariamente, aponta-se três sistemas de controle da publicidade: um sistema privado (ou autorregulamentar), um sistema estatal (ou público) e um sistema misto. O sistema privado ou autorregulamentar consiste no controle interno da publicidade, realizado por órgão privado, ligado ao setor publicitário, objetivando garantir a ética publicitária, por meio da proteção da livre concorrência e, secundariamente, do consumidor.²³ O modelo autorregulamentar tem como característica a ausência de participação do Estado em suas atividades. Sua criação deve-se exclusivamente “[...] à vontade das pessoas, físicas e jurídicas, envolvidas no meio publicitário, no qual figuram anunciantes, agências de publicidade e veículos de comunicação social [...]”,²⁴ competindo-lhes o estabelecimento de regras, visando à fiscalização e à imposição de limites à criação publicitária. A não observância às normas e princípios estabelecidos pela entidade encarregada do controle da publicidade, sujeita o infrator a sanções privadas, cominadas por um órgão deliberativo interno, “[...] criado especialmente para controlar a

²² CHAISE, Valéria Falcão. **A publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 25.

²³ ALMEIDA, José Antonio. Publicidade e defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 21, jan./mar. 1997, p. 109.

²⁴ MARTÍNEZ, Sérgio Rodrigo. **Publicidade de consumo & propedêutica do controle**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 105.

atividade publicitária de todos os profissionais envolvidos nesse negócio jurídico”.²⁵

O autocontrole, exercido mediante a aplicação de um Código de Ética, elaborado pelos próprios publicitários, caracteriza-se pelo cumprimento espontâneo das decisões, bem como pela ausência de coerção de suas normas. A desvantagem do sistema privado, consoante aponta Wilson Carlos Rodycz, é a ausência de coercitividade nas deliberações do órgão de controle, inexistindo meios para coagir e obrigar a parte infratora a cumprir as decisões.²⁶ Além disso, o alcance do controle privado da publicidade restringe-se àqueles que espontaneamente decidem submeter-se ao sistema, porquanto “[...] a regra da autodisciplina não vincula todos os operadores, limitando-se àqueles que aderem, voluntariamente, a tal modalidade de controle”.²⁷ O modelo privado não tem o condão de garantir a total proteção dos consumidores, servindo apenas de complemento à atuação de um sistema público de controle da publicidade.

O sistema estatal ou público, por sua vez, surgiu para, coercitivamente, coibir os desvios e os abusos existentes no meio publicitário, visando à exclusiva proteção do consumidor. No sistema estatal, cabe ao Estado estabelecer normas para o controle da publicidade e executá-las, inadmitindo a participação de outros órgãos da esfera privada. Neste modelo,

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ RODY CZ, Wilson Carlos, *op. cit.*, p. 67.

²⁷ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos *et al.*, *op. cit.*, p. 302.

compete exclusivamente ao Estado regulamentar a publicidade, proibindo práticas nocivas contra os consumidores. A atuação do controle estatal concretiza-se “[...] por meio da intervenção do poder público – considerado, portanto, de forma externa ou social – sobre a atividade publicitária tida como patológica, de forma repressiva e reparatória, visando a minimizar os danos aos consumidores, que são os seus destinatários exclusivos”.²⁸ As vantagens desse sistema, para Valéria Falcão Chaise, “[...] são o poder coercitivo do Estado, segundo o qual a inobservância das normas de ordem pública acarreta sanções de natureza jurídica e, ainda, a capacidade de analisar continuamente o mercado.”²⁹ O sistema público de controle da publicidade destina-se exclusivamente à proteção do consumidor, diferenciando do modelo privado, que objetiva regular o próprio meio publicitário (ou seja, defender os interesses dos associados).

O sistema misto de controle da publicidade, por último, representa a adoção dos modelos estatal e privado, os quais sobrevivem e são compatíveis entre si. Este foi o sistema adotado pelo Código de Defesa do Consumidor. Parte-se da premissa que a autorregulamentação não exerce sobre seus regulados autoridade suficiente, a fim de tornar desnecessária a interferência estatal, “[...] e que esta, ao ser aplicada isoladamente, apresenta igualmente riscos para o

²⁸ MARTÍNEZ, Sérgio Rodrigo., op. cit., p. 108.

²⁹ CHAISE, Valéria Falcão, op. cit., p. 28.

consumidor”.³⁰ Trata-se de modalidade “que aceita e incentiva ambas as formas de controle, aquele executado pelo Estado e o outro a cargo dos partícipes publicitários. Abre-se, a um só tempo, espaço para os organismos auto-regulamentares (como o CONAR e o Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária), e para o Estado (seja a administração pública, seja o Judiciário).”³¹

O sistema de controle da publicidade busca verificar a regularidade do conteúdo das mensagens publicitárias, por entidades, públicas ou privadas, atuando para que as ocorrências lesivas sejam coibidas ou rapidamente sanadas, a fim de serem evitados danos aos consumidores e reparar aqueles que foram efetivamente lesados. Compete ao sistema de controle da publicidade, igualmente, aplicar as sanções cabíveis quando da ocorrência de um anúncio violador dos direitos do consumidor. “Neste caso, a função sancionatória vem como um *plus* à função verificatória do controle, contribuindo para a sua efetividade”.³² Acrescenta-se que, no Brasil, o controle da publicidade pode ser judicial, dependente de um órgão jurisdicional quanto às decisões envolvendo a ilicitude dos anúncios publicitários, ou extrajudicial, quando a função decisória é atribuída a outros órgãos, não integrantes do Poder Judiciário.

³⁰ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos, op. cit., p. 52.

³¹ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos *et al.*, op. cit., p. 303.

³² BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos *et al.*, op. cit., p. 303.

2.1 O papel do município no controle extrajudicial da publicidade

Antes de adentrarmos no assunto referente ao papel do Município no controle extrajudicial da publicidade, faz-se necessário discorrer, ainda que de forma breve, sobre o controle extrajudicial propriamente dito.

No Brasil, o controle extrajudicial da publicidade, em âmbito privado, é realizado pelo Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária (Conar), mediante a aplicação do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. O Conar, criado em 5 de maio de 1980, é uma associação civil, constituída por agentes do setor publicitário, como anunciantes, agências e veículos de comunicação, que espontaneamente aderem ao quadro social, tendo por objetivo zelar pela credibilidade e valorização da atividade publicitária, oferecendo, ainda, um canal de acesso à defesa do consumidor. O Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, por seu turno, “[...] é um conjunto de normas, de caráter privado, aprovadas por entidades representativas do mercado publicitário”.³³ A não observância das normas sujeita o infrator a determinadas sanções, a serem aplicadas pelo Conselho de Ética do Conar,³⁴ compreendendo a

³³ CHAISE, Valéria Falcão, op. cit., p. 26.

³⁴ O Conselho de Ética tem competência para julgar as representações por infração ao Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária, aplicando as penalidades cabíveis (artigo 50, § 1º, do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária).

advertência, a recomendação de alteração ou correção da mensagem publicitária, a recomendação de sustação de veiculação do anúncio e, por último, a divulgação da posição do Conar com relação ao anunciante, à agência e ao veículo, através dos meios de comunicação, em face do não acatamento das medidas e providências preconizadas (artigo 50 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária).

No entanto, as sanções impostas pelo Conar, ainda que, por vezes, atendidas pelos infratores, não possuem caráter coercitivo, não se mostrando suficientes para coibir os desvios e abusos existentes nas criações publicitárias. O Conar não tem o poder de retirar do mercado um anúncio publicitário considerado enganoso ou abusivo. Em que pese prevista a sanção ética de desagravo público, que pode implicar no descrédito do anunciante e da agência de publicidade frente aos consumidores e ao mercado publicitário, a penalidade imposta pelo Conar não impede a reiteração das ilicitudes praticadas contra os consumidores. As decisões do Conar são de cumprimento espontâneo, não lhe outorgando, os estatutos, o poder necessário para impor o cumprimento das sanções previstas no Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária. O autocontrole exercido pelo Conar

[...] não é suficiente em face da própria natureza jurídica desse Conselho, uma sociedade civil integrada majoritariamente pelos próprios

publicitários, por decorrência de adesão espontânea, não congregando, portanto, obrigatoriamente, a universalidade da classe, e cuja competência estatutária não vai além do poder de impor penas simbólicas como a advertência, a recomendação ou, no máximo, a divulgação da sua posição em face do não acatamento das medidas e providências eventualmente preconizadas. Não tem o CONAR competência para tirar do mercado uma peça publicitária que haja considerado infratora do seu Código.³⁵

Paralelamente à atuação do Conar, podemos destacar o controle extrajudicial da publicidade a ser exercido pelo Estado, em seus três níveis, federal, estadual e municipal. O Estado, através do poder de polícia, possui mecanismos para punir os infratores às normas previstas no Código de Defesa do Consumidor, em razão da eficácia da proteção do consumidor no ordenamento jurídico constitucional (artigos 5º, inciso XXXII, e 170, inciso V, da Constituição Federal). Para a repressão da infração às normas de defesa do consumidor, estabelece o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 56, diversas sanções administrativas a serem utilizadas pelo Estado (em todos os seus níveis), no que couber, no controle extrajudicial dos anúncios publicitários. Prevê a Lei nº 8.072/90, entre outras sanções, a contrapublicidade imposta ao fornecedor faltoso. A contrapublicidade, medida adotada, por excelência, para sustar os efeitos

³⁵ RODYCZ, Wilson Carlos, *op. cit.*, p. 62/63.

nocivos da publicidade enganosa ou abusiva, significa anunciar, às expensas do infrator, no mesmo veículo de comunicação e com as mesmas características empregadas, a mensagem corretiva (artigos 56, inciso XII, e 60 do Código de Defesa do Consumidor). Visa a impedir a força persuasiva da publicidade enganosa ou abusiva, inclusive após a cessação da veiculação do anúncio.³⁶

Entendemos, no entanto, que a contrapublicidade não produz, em relação a todos os consumidores, os efeitos preconizados pelo Código de Defesa do Consumidor. A criança, por exemplo, em face de sua personalidade em formação, não possui maturidade suficiente para entender o caráter comercial das criações publicitárias, bem como os objetivos da contrapublicidade, mostrando-se incapaz de apresentar um espírito crítico e de desenvolver uma contra-argumentação, deixando-se influenciar livremente pelos anúncios.³⁷ Além disso, a contrapublicidade não garante o desfazimento dos malefícios causados aos consumidores pelos anúncios publicitários, pois “[...] nem sempre o mesmo veículo de comunicação, no mesmo horário, poderá atingir o mesmo público; parte da massa restará afetada,

³⁶ ALMEIDA, Aliette Marisa S. D. N. Teixeira de. A publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo código de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 53, jan./mar. 2005, p. 26.

³⁷ KARSAKLIAN, Eliane. **O comportamento do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 220.

inocentes poderão continuar sob os efeitos da mensagem antijurídica”.³⁸

Incumbe ao Estado (o que inclui o Município), portanto, lançar mão de outros mecanismos, como, por exemplo, a imposição de multa pecuniária para a hipótese de o infrator não se abster de veicular a publicidade enganosa ou abusiva (artigos 56, inciso I, e 57 do Código de Defesa do Consumidor), atuando, de forma positiva, na defesa dos direitos do consumidor. Ao lado das sanções administrativas, cabe ao Estado, em suas três esferas de atuação (federal, estadual e municipal), a implementação de políticas públicas, estabelecendo regras técnicas e precisas para a criação e elaboração de anúncios publicitários a serem veiculados em espaços públicos, bem como mecanismos de controle e fiscalização da publicidade, buscando a efetiva proteção dos consumidores contra as ilicitudes praticadas nessa atividade.

O artigo 55, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor, dentro do papel do Município no controle extrajudicial da publicidade, estabelece que o ente público municipal fiscalizará e controlará a publicidade de produtos e serviços, no interesse da preservação da vida, da saúde, da segurança, da informação e do bem-estar do consumidor, baixando as normas que se fizerem necessária na sua respectiva área de atuação administrativa. É cristalina, de acordo com o referido artigo, a competência suplementar do Município para

³⁸ FERNANDES NETO, Guilherme, op. cit., p. 70.

legislar sobre relações de consumo, editando normas regulamentares de fiscalização da atividade publicitária, expressivas do poder de polícia, especialmente no que tange o controle do conteúdo publicitário veiculado ao consumidor nos meios de divulgação existentes no âmbito da municipalidade. Como bem frisa Zelmo Denari:

A competência suplementar do Município, para suprir omissões e lacunas da legislação federal e estadual, está prevista no inciso II do art. 30 da Constituição Federal e deve ser acionada sempre que presente o requisito do interesse local ou, como dizia o anterior texto constitucional, quando se tratar de matéria de peculiar interesse do Município.³⁹

A título ilustrativo, podemos citar a Lei nº 8.279/99⁴⁰, do Município de Porto Alegre, que, ao disciplinar o uso do mobiliário urbano e a utilização dos veículos publicitários presentes na paisagem urbana municipal, prevê, entre outras matérias, a definição de anúncios e de veículos de divulgação publicitária (artigos 9º e 10), regras para a veiculação de publicidade (artigos 29 a 50), restrições/proibições à veiculação de determinados conteúdos publicitários (artigo 51), com

³⁹ DENARI, Zelmo et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 636.

⁴⁰ A íntegra da Lei Municipal nº 8279/99 pode ser acessada no sítio da Prefeitura Municipal de Porto Alegre na *internet*. Disponível em: <http://www2.portoalegre.rs.gov.br>. Acesso em: 16 abr. 2019.

suas respectivas sanções para o caso de infração às normas previstas em lei, que vão desde a advertência até a apreensão do veículo de divulgação ou do anúncio e o descadastramento do permissionário (artigo 52). A mencionada lei, ainda que ausentes hipóteses de proibição à publicidade enganosa e abusiva, constitui um importante avanço na defesa dos consumidores, demonstrando a preocupação do legislador em coibir a veiculação de determinados anúncios nos veículos publicitários autorizados pelo ente público municipal, podendo servir de parâmetro para a edição de futuras leis sobre a matéria, prevendo outras medidas para coibir a atividade publicitária ilícita, assegurando-se sempre o contraditório e a ampla defesa antes da aplicação de penalidades aos infratores.

O Município, ao editar normas, regulamentando supletivamente a atividade publicitária ilícita, além de garantir a repressão aos atos publicitários enganosos ou abusivos, com a punição de seus autores e o respectivo ressarcimento aos lesados, estará atuando de forma preventiva no mercado de consumo, evitando a ocorrência de novas práticas abusivas, afastando aquelas que possam causar prejuízos aos consumidores (artigos 4º, inciso VI, e 6º, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor). A coibição preventiva e eficiente das práticas publicitárias abusivas “[...] representará o desestímulo dos potenciais fraudadores. A *contrario sensu*, a ausência de repressão, ou mesmo o afrouxamento,

representará impunidade e, pois, estímulo”.⁴¹ A partir da Constituição de 1988, a proteção do consumidor passou a ser norma hierarquicamente superior e orientadora de todo o sistema jurídico, justificando, portanto, a intervenção do Estado, em seus três níveis, na atividade econômica dos particulares,⁴² especialmente, na criação e veiculação dos anúncios publicitários de produtos e serviços destinados aos consumidores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A publicidade, como fenômeno de imensa repercussão na sociedade pós-moderna, constitui-se, na atualidade, no principal vetor externo de consecução dos negócios jurídicos de consumo. A atividade publicitária possui o poder de mudar hábitos e costumes e influenciar comportamentos, criando necessidades, gerando desejos e expectativas, persuadindo, estimulando e conduzindo os consumidores à aquisição dos produtos e serviços anunciados.

A publicidade, ao estabelecer normas e padrões de comportamento, incitando os consumidores ao consumo de bens e serviços, pode, por vezes, extrapolar os limites impostos pela legislação,

⁴¹ ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 17.

⁴² NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **A proteção constitucional do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 108.

necessitando ser controlada, a fim de serem coibidos os abusos e desvios existentes no meio publicitário. O que deve ser coibido é a publicidade enganosa e abusiva, a qual é repulsiva, não só moralmente como também juridicamente, desrespeitando o consumidor, passando a exigir maior proteção do Direito, não para tutelar a publicidade em si, mas para resguardar os demais bens jurídicos afetados pelos anúncios.

O Município, neste contexto, exerce papel fundamental no controle extrajudicial da publicidade, especialmente no controle do conteúdo publicitário apresentado nos veículos de divulgação existentes no âmbito da municipalidade, atuando, assim, de forma positiva na defesa dos direitos do consumidor. A publicidade, ao afastar-se dos parâmetros impostos pelo legislador, reclama a intervenção de órgãos públicos, incluindo o Município, bem como a utilização de mecanismos de controle, a fim de assegurar a proteção do consumidor, além de manter hígido o mercado de consumo e o próprio fenômeno publicitário.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Alette Marisa S. D. N. Teixeira de. A publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo código de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 53, p. 11-38, jan./mar. 2005.

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ALMEIDA, José Antonio. Publicidade e defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 21, p. 105-111, jan./mar. 1997.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 326.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. O controle jurídico da publicidade. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 9, p. 25-57, jan./mar. 1994.

CHAISE, Valéria Falcão. **A publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2001.

COELHO, Fábio Ulhoa. A publicidade enganosa no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 8, p. 69-78, out./dez. 1993.

COELHO, Fábio Ulhoa. **O empresário e os direitos do consumidor**: o cálculo empresarial na interpretação do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 1994.

DENARI, Zelmo *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

FERNANDES NETO, Guilherme. **Direito da comunicação social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERNANDES NETO, Guilherme. **O abuso do direito no Código de Defesa do Consumidor**: cláusulas, práticas e publicidades abusivas. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. A interpretação da proibição de publicidade enganosa ou abusiva à luz do princípio da boa-fé: o dever de informar no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 4, p. 173-191, out./dez. 1992.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

KARSAKLIAN, Eliane. **O comportamento do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2000.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**: arts. 1º a 74: aspectos materiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARTÍNEZ, Sérgio Rodrigo. **Publicidade de consumo & propedêutica do controle**. Curitiba: Juruá, 2001.

MOMBERGER, Noemí Friske. **A publicidade dirigida às crianças e adolescentes**: regulamentações e restrições. Porto Alegre: Memória Jurídica, 2002.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **A proteção constitucional do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004.

RODYCZ, Wilson Carlos. O Controle da Publicidade. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 8, p. 58-68, out./dez. 1993.

O LICENCIAMENTO AMBIENTAL MUNICIPAL: INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO-DEVER FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE

*THE MUNICIPAL ENVIRONMENTAL LICENSE:
INSTRUMENT OF REALIZATION OF THE FUNDAMENTAL
RIGHT-DUTY TO THE ENVIRONMENT*

Dienifer de Souza Araujo ⁵⁸

Rogério Santos Rammê ⁵⁹

Resumo: O presente artigo tem como principal objetivo analisar um importante instrumento de concretização do direito-dever fundamental ao meio ambiente, o Licenciamento Ambiental Municipal. Inicialmente faz uma explanação sobre o Regime Jurídico Constitucional do direito-dever fundamental ao meio ambiente, onde a Constituinte assume um compromisso com a proteção ambiental, passando a tratá-lo com um direito humano fundamental. Analisa-se o licenciamento ambiental como

⁵⁸ Graduada em Direito do Centro Universitário Metodista – IPA. Email: dienifer_araujo@yahoo.com.br.

⁵⁹ Doutor em Direito e Professor do Curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário Metodista – IPA. Email: rogerioramme@hotmail.com.

instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente, através da Lei 6.938 de 1981, a qual estabelece instrumentos capazes de viabilizar a gestão ambiental, a partir de medidas preventivas ou coibitivas. Analisa-se também, a Lei 140 de 2011, e suas implicações no âmbito do licenciamento ambiental. Em um segundo momento, tenta-se identificar vantagens e desvantagens do licenciamento ambiental municipal, baseada na doutrina, e os dilemas existentes na efetividade das políticas públicas. Na sequência, procura-se analisar a experiência prática da municipalização do licenciamento ambiental municipal no âmbito do Rio Grande do Sul. Como resultado, verificou-se que a estratégia da municipalização do licenciamento ambiental, se mostra vantajosa em termos de política pública de proteção ambiental, necessitando, contudo, atuação supletiva e subsidiária dos demais entes federativos.

Palavras-chave: Meio Ambiente. Direitos Fundamentais. Licenciamento Ambiental Municipal. Políticas Públicas.

Abstract: *The main objective of this article is to analyze an important instrument for the realization of the fundamental right and duty to the environment, Municipal Environmental Licensing. Initially, it makes an explanation about the Constitutional Juridical Regime of the fundamental right-duty to the environment, where the Constituent Assembly assumes a commitment to environmental protection, and treats it with a fundamental human right. From this, environmental licensing is analyzed as an instrument of the National Environmental Policy, through Law 6938 of 1981, where it establishes instruments capable of making environmental management feasible, based on preventive or co-operative measures. It is also analyzed, Law 140 of 2011, and its implications in the scope of environmental licensing. In a*

second, we try to identify advantages and disadvantages of municipal environmental licensing, based on doctrine, and the existing dilemmas in the effectiveness of public policies. In the sequence, it is sought to analyze the practical experience of the municipalization of municipal environmental licensing in Rio Grande do Sul. At the end, it seeks to make some considerations regarding the doctrinal positions, and in the analysis of the researches carried out. It was verified, therefore, that the strategy of the municipalization of the environmental licensing, shows itself advantageous in terms of public policy of environmental protection, necessitating a supplementary and subsidiary action of the other federative entities.

Keywords: Environment. Fundamental rights. Municipal Environmental Licensing. Public policy.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo responder o seguinte problema investigativo: a estratégia da municipalização do licenciamento ambiental, como modelo de gestão dos impactos ambientais locais, se mostra vantajosa em termos de política pública de proteção ambiental e, portanto, caracteriza um instrumento de concretização do direito-dever fundamental ao meio ambiente?

Sabe-se que o meio ambiente é protegido juridicamente na vigente ordem constitucional brasileira. De fato, o Capítulo VI do Título VIII da Constituição Federal de 1988, constituído unicamente pelo artigo 225 e respectivos parágrafos, traz relação

de deveres e direitos cujo objetivo é a preservação, proteção e promoção do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Já no seu artigo 23, parágrafo único, a Constituição Federal de 1988 estabelece que leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. Em seus incisos VI e VII, diz que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas e preservar as florestas, a fauna e a flora.

Um dos instrumentos para a proteção estatal do meio ambiente é o licenciamento ambiental, que foi instituído no Brasil pela Lei nº 6.938 de 1981 com o objetivo de promover o controle de atividades causadoras de degradação ambiental. A municipalização do licenciamento ambiental é um processo recente, onde através da Lei Complementar nº 140 de 2011, estabeleceu que é competência dos municípios o licenciamento das atividades de impacto local, possibilitando assim um maior controle e prevenção dos impactos sobre o meio ambiente local, devido à proximidade geográfica entre os órgãos gestores e as atividades que afetam o território municipal.

O presente estudo, portanto, visa analisar se a estratégia de municipalização do licenciamento ambiental traz, de fato, vantagens à proteção do meio

ambiente, após a edição da Lei Complementar 140 de 2011, e se tal estratégia caracteriza um instrumento de concretização do direito-dever fundamental ao meio ambiente.

Parte-se da hipótese inicial de que a estratégia da municipalização do licenciamento ambiental, como modelo de gestão dos impactos ambientais locais, se mostra vantajosa em termos de política pública de proteção ambiental desde que a aplicação das devidas medidas, sejam feitas de forma competente e consciente, colocando o meio ambiente em primeiro lugar, controlando e fiscalizando as atividades que sejam consideradas capazes de ocasionar alguma possível degradação ambiental. A confirmação da hipótese aqui ventilada demandará, por óbvio, analisar aspectos que tencionam essa lógica, como por exemplo, o interesse desenvolvimentista rápido e a qualquer preço de muitos governos municipais, que não raro sinalizam vantagens para muitas empresas poluidoras se instalarem no território municipal, inclusive no que se refere ao licenciamento ambiental das suas atividades.

Sem a pretensão de esgotar a matéria objeto deste estudo, espera-se que a presente pesquisa contribua com considerações úteis a orientar uma boa gestão ambiental pelos municípios brasileiros.

1 O DIREITO-DEVER FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE: REGIME JURÍDICO-CONSTITUCIONAL

Na Constituição Federal de 1988 o Brasil assumiu um compromisso de proteção jurídica ao bem ambiental. Foi a primeira vez que, na Carta Constitucional do país, apareceu o vocábulo meio-ambiente. A Constituição Federal assume um compromisso com a proteção ambiental e reserva um capítulo próprio “do meio ambiente”, representando um divisor de águas, passando a tratá-lo como um direito humano fundamental⁶⁰. O grande destaque, foi o reconhecimento do meio ambiente não só como um direito, mas também como um dever de proteção que cabe a todos – ao Poder Público e à coletividade. Na Constituição Federal, porém, o parágrafo 1º do artigo 225, somente prevê os deveres inerentes ao Poder Público. Já nos parágrafos 2º e 3º é visto alguns dos deveres da própria comunidade.

Conforme Fensterseifer⁶¹ os direitos fundamentais são divididos pela doutrina da seguinte forma: um direito é considerado formalmente fundamental ao estar consagrado expressamente no texto da Constituição, e é considerado materialmente fundamental pelo seu conteúdo e importância de

⁶⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p.571.

⁶¹ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do Estado Socioambiental de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 166.

identificar uma forte vinculação à dignidade da pessoa humana. Sendo assim, o direito ao meio ambiente possui as características de ser formal e materialmente fundamental (artigo 225 Constituição Federal de 1988 e demais artigos dispersos na Constituição).

O alcance da referida norma é de grande importância para a adoção de um sistema constitucional de proteção ao meio ambiente, tendo-se institucionalizado o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e sadio como um direito fundamental do indivíduo, conforme menciona Milaré⁶²:

Cria-se um direito constitucional fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Como todo direito fundamental, o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado é indispensável. Ressalte-se que essa indisponibilidade vem acentuada na Constituição Federal pelo fato de mencionar-se que a preservação do meio ambiente deve ser feita no interesse não só dos presentes, como igualmente das futuras gerações.

Leite e Ayala⁶³, se referindo ao caput do artigo 225, concordam que “[...] apesar de não estar inserida no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos,

⁶² MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente:** a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 189.

⁶³ LEITE, José Rubens Morato ; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental:** do individual ao coletivo extrapatrimonial. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 86.

não é possível afastar o seu conteúdo de direito fundamental [...]”, e com isso, “[...] o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado se insere ao lado do direito à vida, à igualdade, à liberdade, caracterizando-se pelo cunho social amplo e não meramente individual”.

Assim, mesmo a Constituição Federal não mencionando especificamente o direito a um ambiente sadio como um direito fundamental em seu artigo 5º, este deve ser interpretado como tal, uma vez se tratar de direito fundamental à vida.

Analisando os referidos fundamentos doutrinários, não há dúvida de que o meio ambiente ecologicamente equilibrado assume uma feição de direito fundamental no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro. Esse direito fundamental possui duas dimensões, pois não pode ser pensado apenas do ponto de vista individual ou privado, também deve ser considerado o ponto de vista da coletividade, pois trata-se de direito assegurado tanto as gerações atuais, como as gerações futuras, afinal a obrigação de proteção ambiental não é apenas um dever jurídico do Estado, mas também de todos os membros da comunidade, podendo assim exercer com mais agilidade e alcançar a efetividade para um bem comum. Neste sentido, Machado⁶⁴ faz crítica a Constituição Federal, dizendo que ela “[...] poderia ter feito menção de forma mais clara à participação da coletividade”.

⁶⁴ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 122

Dentre os direitos de titularidade coletiva, denominados de direitos fundamentais de terceira dimensão - pois consagram o princípio da solidariedade -, destaca-se o direito fundamental ao meio ambiente sadio e equilibrado, justamente por sua ligação direta com uma vida digna. Nesse mesmo sentido, comentando quais seriam os direitos fundamentais de terceira dimensão, Belchior⁶⁵ elenca: “[...] o meio ambiente ecologicamente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, progresso, autodeterminação dos povos e outros direitos difusos”. Reforçando tais conceitos, Peña Chacon e Fournier Cruz⁶⁶ salientam que os direitos de terceira dimensão tratam-se de direitos coletivos, por seus benefícios atingirem não apenas um indivíduo em particular, mas toda a coletividade. Acerca desses direitos fundamentais, ensina Bonavides⁶⁷:

Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua

⁶⁵ BELCHIOR, Germana Parente Neiva. **Hermenêutica jurídica ambiental**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 83.

⁶⁶ PEÑA CHACON, Mario ; FOURNIER CRUZ, Ingrid. Derechos humanos y medio ambiente. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, ano 10, n. 39, p. 189-211, jul./set. 2005.

⁶⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004. P. 569

afirmação como valor supremo em termos de existencialidade correta. [...] emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.

Importante ressalva é feita por Medeiros⁶⁸: Segundo a autora, ao incluir o meio ambiente como um bem-jurídico passível de tutela, o constituinte delimitou a existência de uma nova dimensão do direito fundamental à vida e do próprio princípio da dignidade da pessoa humana, haja vista ser no meio ambiente o espaço em que se desenvolve a vida humana. Nesse contexto, os direitos e garantias fundamentais encontram seu fundamento na dignidade da pessoa humana, mesmo que de modo e intensidade variáveis.

Continuando com os direitos de terceira dimensão, Bobbio⁶⁹ enfatiza que, no momento em que se reconheceu o surgimento desses direitos, ainda não se sabia quais pertenceriam a esta categoria, mas algo já estava definido: o direito a um meio ambiente saudável.

⁶⁸ MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Meio ambiente**: direito e dever fundamental. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

⁶⁹ A afirmação de Bobbio é clara:

Ao lado dos direitos sociais, que foram chamados de direitos de segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos de terceira geração, que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata. O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver em um ambiente não poluído.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 31.

Ainda no que se refere ao regime jurídico constitucional do direito-dever fundamental ao meio ambiente, merece destaque a posição defendida por Rammê. Segundo o autor, a proteção constitucional do meio ambiente no Brasil assume a seguinte feição:

Trata-se de um típico direito-dever fundamental, porquanto ambos - o direito e o dever - possuem conteúdo (proteção do equilíbrio ecológico do ambiente) conexo, coligado, muito embora devam ser compreendidos como realidades jurídicas autônomas. A dimensão subjetiva do direito fundamental ao ambiente se caracteriza por um feixe de posições jurídicas de vantagem, cuja tutela pode ser individualmente reivindicada, muito embora diga respeito a um bem jurídico que é essencialmente coletivo. Já a dimensão objetiva do direito fundamental ao ambiente, implica uma mais-valia jurídica à sua dimensão subjetiva, a saber: (a) a eficácia irradiante do direito fundamental ao ambiente a exigir uma aplicação e interpretação a ele conforme; (b) a eficácia horizontal (*Drittwirkung*) do direito fundamental ao ambiente no âmbito das relações privadas e não apenas em face dos poderes públicos; (c) os deveres de proteção do Estado em matéria ambiental; (d) consequências nos planos organizacional e procedimental que auxiliem na efetivação e proteção do direito fundamental ao ambiente. Em contrapartida, a esfera do dever fundamental decorre da incorporação, pelo ordenamento constitucional brasileiro, da proteção ambiental como um valor comunitário fundamental e essencial à sadia qualidade da vida

humana. Ela decorre essencialmente da perspectiva objetiva da proteção do ambiente, muito embora também implique efeitos subjetivos, consubstanciados na imposição de obrigações de cunho ecológico à coletividade em geral.⁷⁰

Em complemento, Fensterseifer⁷¹ aduz que a força jurídica do direito fundamental ao meio ambiente lhe confere aplicação imediata, sendo uma norma de eficácia direta, irradiante sobre todo o ordenamento jurídico, além de constituir-se cláusula pética. O constituinte brasileiro consolidou o direito subjetivo de cada cidadão de viver em um ambiente ecologicamente equilibrado, sendo este essencial à sadia qualidade de vida. Ao posicionar-se desta maneira, o constituinte incluiu a proteção ambiental entre os valores essenciais, cuja modificação não será permitida a não ser por uma nova Constituição.

Identificados os traços principais do regime jurídico-constitucional da proteção do meio ambiente no Brasil, parte-se agora para uma análise do licenciamento ambiental como instrumento da atual política nacional de proteção ambiental.

⁷⁰ RAMMÊ, 2018, op. cit., p. 96-97.

⁷¹ FENSTERSEIFER, op. cit.

2 O LICENCIAMENTO AMBIENTAL COMO INSTRUMENTO DA POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE

Segundo Oliveira⁷², a Política Nacional do Meio Ambiente (PNPA), prevista na Lei nº 6.938 de 1981, é considerada o maior marco da evolução do direito ambiental infraconstitucional no Brasil, trazendo princípios, instrumentos, objetivos, políticas públicas ambientais, regras de competência e outras disposições para gerenciar as relações entre homem e meio ambiente.

Godoy⁷³ refere que a importância da Lei 6.938/81 é tamanha que ela seria o marco zero da consciência ambiental no Brasil, pois, a partir de sua edição é que os conceitos de meio ambiente, Direito Ambiental, desenvolvimento sustentável, equilíbrio ecológico, entre outros, passaram a fazer parte do vocabulário jurídico de nosso país.

Continuando com o pensamento de Oliveira⁷⁴, a base de gestão pública brasileira encontra-se na Política Nacional do Meio Ambiente, que em seu texto fixou objetivos, instrumentos, princípios e metas visando concretizar seus principais objetivos, descritos

⁷² OLIVEIRA, Raissa Lustosa de. **Licenciamento ambiental: avaliação ambiental estratégica e (in)eficiência da proteção do meio ambiente.** Curitiba: Juruá, 2014.

⁷³ GODOY, André Vanoni de. **A eficácia do licenciamento ambiental como um instrumento público de gestão do meio ambiente.** Brasília: OAB Editora, 2005.

⁷⁴ OLIVEIRA, op. cit., p. 60.

no artigo 2º da PNMA, quais sejam: “[...] a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana”.

A Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, em seu art. 9º, estabelece alguns instrumentos para viabilizar a gestão ambiental, que visam basicamente identificar e suprimir ou restringir o desenvolvimento de atividades que ameaçam o sistema nacional ambiental, a partir de medidas preventivas ou coibitivas. Ao presente trabalho, interessa o disposto no inciso IV do artigo supra referido, que menciona o licenciamento ambiental como instrumento da política nacional de proteção ambiental.

Conforme afirmam Finke, Alonso e Dawalibi⁷⁵, a referida Lei da PNMA, foi um marco na proteção e defesa do meio ambiente no Brasil, porque promoveu o ingresso de princípios inovadores e regras de defesa de patrimônio ambiental no direito pátrio, além de prever um importante instrumento para concretizar os princípios que estabelece: o licenciamento ambiental.

Como visto, o licenciamento ambiental, principal instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente - PNMA, foi instituído pela Lei n.º 6.938/81 e, ao longo das últimas décadas, teve sua abrangência ampliada em relação à configuração original. Atualmente, seu

⁷⁵ FINK, Daniel Roberto; ALONSO Jr., Amilton; DAWALIBI, Marcelo. **Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

regramento está estabelecido em várias outras normas de natureza infraconstitucional e por um conjunto de normas legais e infralegais baseadas em Leis Estaduais, Decretos Federais e Estaduais e Resoluções do CONAMA e dos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente, além das diretrizes de uso do solo urbano - de competência municipal - e de normas complementares nos municípios onde a gestão ambiental está implantada⁷⁶.

É um instrumento que serve para realizar uma avaliação prévia de projetos ou atividades, tanto do poder público, quanto de particulares, que, com sua instalação, operação ou mesmo ampliação possam vir a causar algum dano ao meio ambiente. Neste sentido, o licenciamento ambiental contribui para prevenção e controle ambiental possibilitando que o desenvolvimento econômico caminhe junto com a proteção ao meio ambiente, para que tenhamos um crescimento com sustentabilidade, ou seja, uma eficiência econômica em harmonia com a equidade social e a qualidade ambiental.

Entretanto, tendo em vista a necessidade de revisão dos procedimentos e critérios utilizados no licenciamento ambiental, com vistas a efetivar sua utilização como instrumento de gestão ambiental instituído pela Política Nacional do Meio Ambiente, sobreveio a Resolução do Conselho Nacional do Meio

⁷⁶ BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Brasília, DF: Senado Federal, 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm. Acesso em: 03 jun. 2018.

Ambiente (CONAMA) nº 237 de 1997, estabelecendo critérios para exercício do licenciamento ambiental. Tal resolução é considerada por muitos doutrinadores como a mais importante em matéria de licenciamento ambiental.⁷⁷

Antunes⁷⁸ afirma que todas as atividades capazes de alterar negativamente as condições ambientais estão submetidas ao controle ambiental, que é uma atividade geral de polícia exercida pelo Estado.

Importante salientar que o licenciamento ambiental e a fiscalização são os principais instrumentos do poder de polícia estatal sobre as atividades que utilizam recursos ambientais, sendo que a licença é a outorga que o órgão público concede a quem pretende exercer atividade potencialmente poluidora. Dessa forma, e para que não ocorra agressão ao meio ambiente, por parte dos empreendedores, que existe o instituto do licenciamento ambiental.

⁷⁷ O art. 1º, I da Resolução CONAMA 237/97, assim definiu o licenciamento ambiental:

Art. 1º Para efeito desta Resolução são adotadas as seguintes definições: I - Licenciamento Ambiental: procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso. [...].

BRASIL. Conselho Nacional do Meio Ambiente. **Resolução 237, de 19 de dezembro de 1997**. Disponível em: <http://www2.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>. Acesso em: jun. 2017.

⁷⁸ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 96.

Já Farias⁷⁹ afirma em relação ao licenciamento ambiental, que “Trata-se de um mecanismo cuja função é enquadrar as atividades causadoras de impacto sobre o meio ambiente, o que pode ser feito por meio de adequação ou de correção de técnicas produtivas e do controle da matéria-prima e das substâncias utilizadas.”

Dessa forma, o controle ambiental seria um conceito mais amplo, consistente em um poder-dever do Estado de exigir que as atividades humanas respeitem as normas ambientais vigentes, enquanto que licenciamento ambiental seria uma de suas modalidades, voltado para atividades com potencial de causar degradação ambiental.

Segundo Milaré⁸⁰, o licenciamento ambiental é um processo complexo que envolve a obtenção das três licenças ambientais, além de demandar tempo e recursos, em função dos princípios da precaução (art. 4º, incisos I e VI, e art. 9º, inciso III, da Lei nº 6.938, de 1981) e das condições de poluidor e usuário pagador de acordo com art. 4º, inciso VII, da mesma Lei.

Para Sanchez⁸¹:

[...] há uma lógica na sequência de licenças. A licença prévia é solicitada quando o projeto técnico está em preparação, a localização ainda pode ser alterada e alternativas tecnológicas podem ser estudadas. O empreendedor ainda não investiu no

⁷⁹ FARIAS, Talden apud ANTUNES, op. cit., p.146.

⁸⁰ MILARÉ, Édis. **Princípios fundamentais do direito do ambiente**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

⁸¹ SÁNCHEZ, Luis Enrique. **Avaliação de impacto ambiental: conceitos e métodos**. São Paulo: Oficina de Textos, 2008, p. 82.

detalhamento do projeto e diferentes conceitos podem ser estudados e comparados. A licença de instalação somente pode ser concedida depois de concedida a licença prévia; o projeto técnico é detalhado, atendendo às condições estipuladas na licença prévia. Finalmente, a licença de operação é concedida depois que o empreendimento foi construído e está em condições de operar, mas sua concessão é condicionada à constatação de que o projeto foi instalado de pleno acordo com as condições estabelecidas na licença de instalação.

Ainda segundo o autor, não existe apenas uma única espécie de licença ambiental, já que o licenciamento ambiental está dividido em diversas etapas e a cada etapa corresponde um tipo de licença ambiental diferente. O desdobramento da licença é uma das peculiaridades que pode ser enxergada de forma a distinguir a licença ambiental das demais licenças administrativas.

A licença prévia deve ser solicitada na fase preliminar do planejamento da atividade. É ela que atestará a viabilidade ambiental do empreendimento, aprovará sua localização e concepção e definirá as medidas mitigadoras e compensatórias dos impactos negativos do projeto. Sua finalidade é definir as condições com as quais o projeto torna-se compatível com a preservação do meio ambiente que afetará. É também um compromisso assumido pelo empreendedor de que seguirá o projeto de acordo com os requisitos determinados pelo órgão ambiental.

Durante o processo de obtenção da licença prévia, são analisados diversos fatores que definirão a viabilidade ou não do empreendimento que se pleiteia. É nessa fase que: (a) são levantados os impactos ambientais e sociais prováveis do empreendimento; (b) são avaliadas a magnitude e a abrangência de tais impactos; (c) são formuladas medidas que, uma vez implementadas, serão capazes de eliminar ou atenuar os impactos; (d) são ouvidos os órgãos ambientais das esferas competentes; (e) são ouvidos órgãos e entidades setoriais, em cuja área de atuação se situa o empreendimento; (f) são discutidos com a comunidade, caso haja audiência pública, os impactos ambientais e respectivas medidas mitigadoras e compensatórias; (g) é tomada a decisão a respeito da viabilidade ambiental do empreendimento, levando-se em conta sua localização e seus prováveis impactos, em confronto com as medidas mitigadoras dos impactos ambientais e sociais.⁸²

Após a obtenção da licença prévia, inicia-se então o detalhamento do projeto de construção do empreendimento, incluindo nesse as medidas de controle ambiental determinadas. Antes do início das obras, deverá ser solicitada a licença de instalação junto ao órgão ambiental, que verificará se o projeto é compatível com o meio ambiente afetado. Essa licença dá validade à estratégia proposta para o trato das

⁸²BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Cartilha de licenciamento ambiental**. Brasília: TCU, 2007. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/cartilha-de-licenciamento-ambiental-2-edicao.htm>. Acesso em: 20 out. 2018. P.17.

questões ambientais durante a fase de construção. Ao conceder a licença de instalação, o órgão gestor de meio ambiente terá: (a) autorizado o empreendedor a iniciar as obras; concordado com as especificações constantes dos planos, programas e projetos ambientais, seus detalhamentos e respectivos cronogramas de implementação; (b) verificado o atendimento das condicionantes determinadas na licença prévia; (c) estabelecido medidas de controle ambiental, com vistas a garantir que a fase de implantação do empreendimento obedecerá aos padrões de qualidade ambiental estabelecidos em lei ou regulamentos; (d) fixado as condicionantes da licença de instalação (medidas mitigadoras e/ou compensatórias).⁸³

Por fim, a licença de operação autoriza o interessado a iniciar suas atividades. Tem por finalidade aprovar a forma proposta de convívio do empreendimento com o meio ambiente e estabelecer condicionantes para a continuidade da operação. A licença de operação possui três características básicas: (a) É concedida após a verificação, pelo órgão ambiental, do efetivo cumprimento das condicionantes estabelecidas nas licenças anteriores (prévia e de instalação); (b) contém as medidas de controle ambiental (padrões ambientais) que servirão de limite para o funcionamento do empreendimento ou atividade; (c) especifica as condicionantes determinadas para a operação do empreendimento,

⁸³ Ibid., p.18

cujo cumprimento é obrigatório, sob pena de suspensão ou cancelamento da operação.⁸⁴

A seguir, passa-se a analisar as principais alterações implementadas no âmbito das atividades administrativas ambientais, aqui incluído o licenciamento ambiental, desde a entrada em vigor da Lei Complementar n. 140/2011.

3 O LICENCIAMENTO AMBIENTAL E A LEI COMPLEMENTAR 140/2011

Como consequência do princípio da prevenção, que segundo Milaré⁸⁵, se caracteriza pela “[...] prioridade que deve ser dada às medidas que evitem o nascimento de atentados ao ambiente, de molde a reduzir ou eliminar as causas de ações suscetíveis de alterar sua qualidade [...]”, o licenciamento ambiental constitui um dos principais instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente.

Como já visto, por força do artigo 23, VI e VII, do texto constitucional, todos os entes federados são, em princípio, competentes para promover licenciamento ambiental. Todavia, a atribuição de competência comum em matéria ambiental gera, de forma recorrente, discordâncias na definição da entidade federativa competente para realizar o licenciamento de determinado empreendimento ou atividade. Não é

⁸⁴BRASIL. Tribunal de Contas da União, op. cit.

⁸⁵ MILARÉ, 2011, op. cit., p. 118.

rara a situação em que o licenciamento é exigido por mais de uma unidade federativa.

Trata-se, portanto, de cooperação administrativa, posto que a busca pelo equilíbrio entre desenvolvimento e qualidade ambiental pelos entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), no que tange ao exercício de funções concomitantes e contínuas que incidem sobre as matérias constantes dos incisos I a XII do art. 23 da Carta Política de 1988, exigem o auxílio recíproco disciplinado por normas veiculadas por lei complementar federal.

A regulamentação do artigo 23 da Constituição adveio no dia 08 de dezembro de 2011, com a publicação da Lei Complementar n. 140, que disciplinou a competência comum entre os entes federados, com o propósito de realizar a devida divisão das competências comuns, em harmonia com o diploma constitucional⁸⁶.

Comentando as finalidades da Lei em comento, Machado⁸⁷ destaca:

[...] proteger, defender e conservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, promovendo a gestão descentralizada, democrática e eficiente; garantir o equilíbrio do

⁸⁶BRASIL. **Lei nº 140 de 8 de dezembro 2011**. Diário Oficial da União: Brasília, 2011, p 2. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp140.htm. Acesso em: jun. 2017.

⁸⁷ MACHADO, op. cit., p. 183.

desenvolvimento socioeconômico com a proteção do meio ambiente, observando a dignidade da pessoa humana, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais; harmonizar as políticas e ações administrativas para evitar sobreposição de atuação entre os entes federativos, de forma a evitar conflitos de atribuição e garantir uma atuação administrativa eficiente; garantir a uniformidade da política ambiental para todo o País, respeitadas as peculiaridades regionais e locais.

Com efeito, de acordo com a Lei Complementar n. 140 de 2011, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão desenvolver ações de cooperação de modo a atingir os objetivos previstos no art. 3º da citada lei, bem como garantir o desenvolvimento sustentável, harmonizando e integrando todas as políticas governamentais. Por isso mesmo é que o artigo 7º identifica ações administrativas a serem desenvolvidas pela União, o artigo 8º trata das ações administrativas dos Estados, o artigo 9º versa sobre as ações dos Municípios e o artigo 10 identifica como ações administrativas do Distrito Federal as previstas nos artigos 8º e 9º da Lei.⁸⁸

Conforme Thome⁸⁹, a Lei Complementar n. 140 mantém o critério do alcance dos impactos ambientais

⁸⁸ GUERRA, Sidney. Competência ambiental à luz da Lei Complementar 140 de 08 de dezembro de 2011. **Revista Jurídica UNICURITIBA**, Curitiba, v.4, n. 41, 2015.

⁸⁹ THOME, Romeu. **Manual de direito ambiental**. 5. ed. Bahia: Juspodium, 2015.

diretos do empreendimento para a definição de competência do órgão ambiental municipal (art. 9º, XIV, "a"). Assim, os empreendimentos cujos impactos ambientais diretos sejam locais devem continuar sendo licenciados pelo órgão ambiental municipal, como já previa a Resolução CONAMA 237/97 em seu artigo 6º. Todavia, e tendo em vista a dificuldade de definição do que seja "impacto ambiental direto", a citada lei inova, determinando que os Conselhos Estaduais de Meio Ambiente estabeleçam tipologia específica, ou seja, com base em estudos técnicos que considerem os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade, caracterizem os tipos de atividades que causam ou possam causar impacto ambiental de âmbito local.

A Lei Complementar n. 140 promoveu a descentralização do processo regulamentar das atribuições da União, Estados e Municípios na proteção do meio ambiente sob a alegação de que, com isto, haveria agilidade na análise dos licenciamentos ambientais sem que isto revelasse uma fragilização dos mecanismos de proteção e defesa do meio ambiente. De fato, a ideia do licenciamento ambiental derivar de um único ente federativo, ao que parece não é outra senão a de evitar sobreposição e conflito na atuação entre os entes federativos, o que explicitaria uma insegurança jurídica⁹⁰.

⁹⁰ SOUZA, José Fernando Vidal; ZUBEN, Erika Von. O licenciamento ambiental e a Lei Complementar nº 140/2011. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, v. 12, n.23, p.11-44, jul./dez. 2012.

Desde que observadas as atribuições dos demais entes federativos previstas na Lei Complementar n. 140, compete aos Municípios promover o licenciamento ambiental das atividades ou empreendimentos descritos no art. 9º, XIV, "a" e "b" da lei em comento, a saber: (a) que causem ou possam causar impacto ambiental de âmbito local, conforme tipologia definida pelos respectivos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente, considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade; ou (b) localizados em unidades de conservação instituídas pelo Município, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs).⁹¹

⁹¹ A título ilustrativo, descreve-se a totalidade das ações administrativas de cunho ambiental atribuídas aos municípios brasileiros pela Lei Complementar n. 140/2011:

Art. 9º São ações administrativas dos Municípios: I - executar e fazer cumprir, em âmbito municipal, as Políticas Nacional e Estadual de Meio Ambiente e demais políticas nacionais e estaduais relacionadas à proteção do meio ambiente; II - exercer a gestão dos recursos ambientais no âmbito de suas atribuições; III - formular, executar e fazer cumprir a Política Municipal de Meio Ambiente; IV - promover, no Município, a integração de programas e ações de órgãos e entidades da administração pública federal, estadual e municipal, relacionados à proteção e à gestão ambiental; V - articular a cooperação técnica, científica e financeira, em apoio às Políticas Nacional, Estadual e Municipal de Meio Ambiente; VI - promover o desenvolvimento de estudos e pesquisas direcionados à proteção e à gestão ambiental, divulgando os resultados obtidos; VII - organizar e manter o Sistema Municipal de Informações sobre Meio Ambiente; VIII - prestar informações aos Estados e à União para a formação e atualização dos Sistemas Estadual e Nacional de Informações sobre Meio Ambiente; IX - elaborar o Plano Diretor, observando os zoneamentos ambientais; X - definir espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos; XI - promover

No âmbito do Rio Grande do Sul, as atividades cujo impacto é local, estão descritas no Anexo I da Resolução 379 de 2018, do Conselho Estadual do Meio Ambiente (CONSEMA), a qual altera a Resolução 372/2018, deste mesmo Conselho, que dispõe sobre os empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, passíveis de licenciamento ambiental no Rio Grande do Sul, destacando os de impacto de âmbito local para o exercício da

e orientar a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a proteção do meio ambiente; XII - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente, na forma da lei; XIII - exercer o controle e fiscalizar as atividades e empreendimentos cuja atribuição para licenciar ou autorizar, ambientalmente, for cometida ao Município; XIV - observar as atribuições dos demais entes federativos previstas nesta Lei Complementar, promover o licenciamento ambiental das atividades ou empreendimentos: a) que causem ou possam causar impacto ambiental de âmbito local, conforme tipologia definida pelos respectivos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente, considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade; ou b) localizados em unidades de conservação instituídas pelo Município, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs); XV - observar as atribuições dos demais entes federativos previstas nesta Lei Complementar, aprovar: a) a supressão e o manejo de vegetação, de florestas e formações sucessoras em florestas públicas municipais e unidades de conservação instituídas pelo Município, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs); e b) a supressão e o manejo de vegetação, de florestas e formações sucessoras em empreendimentos licenciados ou autorizados, ambientalmente, pelo Município.

competência municipal no licenciamento ambiental⁹². Ao definir de forma mais clara as competências dos entes federativos para atuar administrativamente em matéria ambiental, aqui inserida a atividade do licenciamento ambiental, instaurou-se um modelo federativo cooperativo em prol da tutela ambiental no Brasil. A esse respeito Antunes⁹³ observa:

A Lei Complementar n. 140/2011, apesar de suas dificuldades, é uma excelente oportunidade para que, efetivamente, o federalismo cooperativo possa funcionar e a proteção ao meio ambiente ser mais efetiva e as incertezas regulatórias possam diminuir.

Contudo, Guerra⁹⁴ questiona se a referida lei possui elementos suficientes para analisar as dúvidas e reduzir riscos e litígios acerca dos limites de atuação dos órgãos ambientais brasileiros, nos diferentes níveis da federação, de modo a trazer certa segurança jurídica aos empreendedores ao submeterem seus empreendimentos e atividades ao complexo processo administrativo do licenciamento ambiental.

⁹² CONSELHO ESTADUAL DO MEIO AMBIENTE (Rio Grande do Sul). **Resolução CONSEMA n. 379/2018**. Altera a Resolução 372/2018 que dispõe sobre os empreendimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou [...]. Porto Alegre: Secretaria do Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, 2018. Disponível em: <https://www.canoas.rs.gov.br/wp-content/uploads/2018/03/CONSEMA-379-2018-Atividades-Licenci%C3%A1veis.pdf>. Acesso em: jan. 2020.

⁹³ ANTUNES, op. cit., p. 118.

⁹⁴ GUERRA, op. cit.

Porém, o referido autor pondera:⁹⁵

[...] vê-se que os objetivos apresentados na norma legal, com destaque para a eficiência, atacaram os pontos nevrálgicos antes apontados: a falta de uma postura cooperativa, consensual e transparente entre os próprios órgãos ambientais e entre estes e os empreendedores; e a ausência da análise objetiva dos custos e benefícios (equilíbrio entre desenvolvimento e preservação).

De um modo geral, portanto, merecem louvores os objetivos fundamentais previstos na Lei Complementar n. 140 de 2011 para a atuação dos órgãos ambientais, que são: (a) a atuação descentralizada, democrática e eficiente; (b) a harmonização de políticas administrativas para se evitar a sobreposição de atuação entre os entes federativos, de forma a evitar conflitos de atribuições; e (c) a garantia de uniformidade da política ambiental nacional, respeitadas as peculiaridades regionais e locais.

Em termos de cooperação entre os entes federativos, importante destacar então, que a Lei Complementar trouxe grandes avanços no que tange ao seu objetivo principal, o licenciamento ambiental. Segundo Sarlet e Fensterseifer⁹⁶, esta incorporou permanentemente o princípio da cooperação no nosso sistema federativo. Afinal, como já destacado, o

⁹⁵ Ibid., p. 136.

⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

referido diploma legal definiu de modo bastante taxativo as competências administrativas de cada ente federativo na tutela do meio ambiente, bem como estabeleceu os instrumentos para a cooperação federativa.

Em análise aos objetivos fundamentais da Lei Complementar n. 140, percebe-se que a proposta de um federalismo ambiental cooperativo se coaduna ao marco normativo socioambiental da nossa Constituição e ao dever de garantia do mínimo existencial socioambiental, reconhecendo a necessidade da proteção da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico e atrelando-os à erradicação da pobreza, ao respeito à dignidade humana e ao fomento do desenvolvimento socioeconômico⁹⁷. A esse respeito, Rammê⁹⁸ menciona que:

Os objetivos fundamentais da cooperação federativa a serem exercidos no âmbito das competências administrativas comuns em matéria ambiental, de acordo com a moldura definida nos artigos 7º a 10º da Lei Complementar n. 140/2011, e por meio dos instrumentos de cooperação supra referidos, buscam, portanto, sempre o bem-estar socioambiental. Em outras palavras: o dever de cooperação entre entes federativos no exercício da competência comum em matéria ambiental

⁹⁷ RAMMÊ, Rogério Santos. Federalismo ambiental cooperativo e mínimo existencial socioambiental: a multidimensionalidade do bem-estar como fio condutor. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v.10, n.20, p.156. jul./dez. 2013.

⁹⁸ RAMMÊ, 2013, op. cit., p.156.

objetiva, ao fim e ao cabo, garantir o bem-estar socioambiental individual e coletivo em todas as suas dimensões, de modo a consolidar um modelo federativo de cooperação com foco na sustentabilidade.

Por fim, a cooperação entre os entes federativos, segundo Kloepfer⁹⁹, pode ser compreendida no âmbito da proteção jurídica do ambiente em diferentes sentidos: (a) como princípio cooperativo de política ambiental, envolvendo a colaboração entre Estado e sociedade; (b) como princípio cooperativo entre ser humano e natureza, inspirado na filosofia da natureza que supera uma visão excessivamente antropocêntrica da proteção do ambiente e concede à natureza uma condição jurídica própria, e que justamente por isso, encontra obstáculos; (c) como princípio de cooperação internacional entre os Estados nacionais, visando encontrar soluções para os problemas que ultrapassem a esfera interna de um único Estado; e (d) como princípio cooperativo no plano da organização interna de um Estado.

⁹⁹ KOEPFER, Michael. A caminho do Estado Ambiental? A transformação do sistema político e econômico da República Federal da Alemanha através da proteção ambiental especialmente desde a perspectiva da ciência jurídica. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

4 O LICENCIAMENTO AMBIENTAL MUNICIPAL: VANTAGENS E DESVANTAGENS

Como sabemos, o licenciamento ambiental municipal tem como objetivo coibir qualquer risco de impacto ambiental, garantindo a preservação e sustentabilidade do meio ambiente.

Segundo Milaré¹⁰⁰, a ausência de licenciamento ambiental pode ocasionar as seguintes consequências: (a) pena de detenção de um a seis meses, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente, aos empreendedores, na hipótese de construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes no artigo 60 da Lei nº 9.605, de 1998; (b) agravamento de pena, no caso de abuso do direito obtido mediante o licenciamento ambiental; (c) sujeição à sanções administrativas previstas no § 7º do artigo 72 da Lei de Crimes Ambientais, Lei nº 9.605, de 1998: suspensão de venda e fabricação do produto; embargo de obra ou atividade; demolição de obra e suspensão parcial ou total de atividades; (d) suspensão ou cancelamento da licença ambiental pelo órgão ambiental, nas hipóteses previstas no artigo 19 da Resolução Conama nº 237, de 1997; (e) violação ou

¹⁰⁰ MILARÉ, 2013, op. cit.

inadequação de quaisquer condicionantes ou normas legais; (f) omissão ou falsa descrição de informações relevantes que subsidiaram a expedição da licença; (g) superveniência de graves riscos ambientais e de saúde.

Quanto às vantagens da descentralização, um dos pontos mais importantes para a prática do licenciamento ambiental, é o conhecimento local, que possibilita saber como gerir melhor os recursos naturais; deste modo, a interpretação e aplicação reduzem a probabilidade de falhas em uma grande região; podendo haver também maior capacidade do governo local.

Seguindo com as vantagens da municipalização, tem-se que, com isso, o Município poder ter acesso ao ICMS Ecológico, pois de acordo com a Constituição Federal, o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) arrecadado pelo Estado (cujos fatos geradores ocorreram nos Municípios), deve ser repartido na proporção de 75% para o estado e 25% aos Municípios. Para a distribuição desses 25%, o estado pode legislar criando critérios próprios até o montante de $\frac{1}{4}$ desse valor. Os critérios ambientais que possam estar inseridos nesse $\frac{1}{4}$ são o que chamamos de ICMS Ecológico, podendo receber outros nomes conforme o estado.¹⁰¹

A municipalização do licenciamento ambiental, torna os problemas ambientais mais próximos da

¹⁰¹ Sobre as vantagens da implantação do ICMS Ecológico pelos Estados membros, por meio de legislações estaduais específicas, para a proteção ambiental dos municípios ver: RAMMÊ, 2018, op. cit., p. 272-274.

população, conforme observam Azevedo, Pasquis e Bursztyn¹⁰². Ou seja, a partir do momento em que o cidadão tem consciência do que está acontecendo em sua localidade, sua participação nas decisões tende a aumentar. Assim, a descentralização tende a considerar a maior proximidade e o melhor aproveitamento do conhecimento ambiental das pessoas que moram no local, e que podem indicar um melhor caminho, uma vez que, quem mais conhece os problemas locais são os próprios moradores, e suas experiências na comunidade podem ser úteis¹⁰³.

A maior efetividade na aplicação dos recursos é encontrada na municipalização do licenciamento na medida em que os governos locais são obrigados a buscar novas soluções, fortalecendo as organizações, melhorando o aparelho administrativo, gerando estruturas inovadoras, flexíveis e criativas. Assim, a partir do momento em que os problemas da população são conhecidos de perto, os recursos podem ser alocados mais adequadamente, de forma que se podem obter menores custos na realização dos serviços, resultados mais justos e equitativos, e maior rapidez na tomada de decisão¹⁰⁴.

¹⁰²AZEVEDO, Andréa; PASQUIS, Richard; BURSZTYN, Marcel. A reforma do Estado, a emergência da descentralização e as políticas ambientais. **Revista do Serviço Público**, Brasília, v. 58, n. 1, p. 37 – 55, 2007.

¹⁰³CHIESA, M. Gestão ambiental: entraves e perspectivas para a municipalização no Estado do Espírito Santo. In: CONGRESSO CONSAD DE GESTÃO PÚBLICA. 2. ed. 2008, Brasília. **Anais...** Brasília: UNB, 2008.

¹⁰⁴AGNES, Carina Cristina; CALEGARI, Leandro; GATTO, Darci Alberto; STANGERLIN, Diego Martins. Uma discussão sobre a descentralização da gestão ambiental. **Revista Científica Eletrônica de Engenharia Florestal**, Garça, v. 14, n. 8, 2009.

Em contrapartida, é possível identificar riscos que, se concretizados, caracterizariam desvantagens da implementação do licenciamento ambiental municipal e de uma gestão ambiental descentralizada: a auto-organização local é muito dispendiosa; há conflitos entre os usuários locais de recursos naturais; muitos usuários locais não investem tempo e energia na regulamentação do uso dos recursos naturais; também há altos custos políticos; há medo de ter seus esforços derrubados por autoridades superiores; ocorrência de tiranias locais (captura do poder por elites dominantes); e risco de haver estagnação na gestão dos recursos.

A falta de estrutura física e a insuficiência de recursos financeiros e humanos por parte dos Municípios, por exemplo, são um grande entrave para a efetivação das políticas ambientais no Município. Os Municípios não têm empreendimentos suficientes, falta mão de obra qualificada, técnicos para avaliação dos processos de licenciamento, e existe a possibilidade de corrupção pelos poderes locais, resultando em uma fragilidade institucional, financeira e administrativa, além do orçamento insuficiente dos Municípios e/ou a escassez do repasse de recursos dos Estados e da União aos Municípios. Isso pode sugerir ainda a possibilidade de os recursos naturais serem excessivamente explorados para gerar receitas regionais e locais, além das concessões ambientais especiais do governo às empresas investidoras.¹⁰⁵

¹⁰⁵AGNES, op. cit.

Além disso, ainda existe a falta de vontade dos prefeitos municipais em assumir tal competência. Alguns Municípios, por não encontrarem algo motivador no Licenciamento, não buscam adotar tal responsabilidade. A não existência de um compromisso compensatório equalizador que faça com que o Município assuma novos encargos remete, para alguns prefeitos, que assumir o Licenciamento Ambiental no Município pode trazer maiores problemas, e por isso normalmente optam por deixar a questão das Licenças a cargo do órgão ambiental estadual¹⁰⁶.

Enfim, os benefícios e os limites da descentralização do licenciamento ambiental, apontados pelos diversos estudos, evidenciam que o tema é controverso e ainda precisa de envolvimento de todas as partes.

5 O LICENCIAMENTO AMBIENTAL MUNICIPAL NO ÂMBITO RS

Segundo Struchel¹⁰⁷, os Municípios desenvolvem dois tipos de estudo em sede de licenciamento ambiental municipal: (a) quando a competência é sua, e, portanto, o impacto ambiental é de ordem local (por deliberação do órgão estadual do meio ambiente) ou mediante convênio ou em caráter suplementar; e (b) quando a competência afeta aos outros entes federativos.

¹⁰⁶AZEVEDO, op. cit.

¹⁰⁷ STRUCHEL, Andrea Cristina de Oliveira. **Licenciamento ambiental municipal**. São Paulo: Oficina de Textos, 2016.

Nas palavras de Milaré¹⁰⁸:

Ao contrário do licenciamento tradicional, marcado pela simplicidade, o licenciamento ambiental é ato uno, de caráter complexo, em cujas etapas podem intervir vários agentes dos diversos órgãos do SISNAMA, e que deverá ser precedido de estudos técnicos que subsidiem sua análise, inclusive EIA/RIMA, sempre que constatada a significância do impacto ambiental.

Mesmo existindo a possibilidade de exercer a competência plena do licenciamento ambiental municipal local, a realidade dos municípios brasileiros é heterogênea, ou seja, uns apresentam órgãos ambientais capacitados, legislação ambiental sólida, processos de informatização e boa interface com a sociedade por meio dos conselhos municipais de meio ambiente, já outros ainda apresentam carência de estrutura e gestão na área.

Diante deste cenário, a Lei Complementar n. 140 de 2011¹⁰⁹, se preocupou em embarcar as duas situações existentes: no caso de delegação, podendo-se aumentar e fomentar o licenciamento ambiental, e no caso de atuação supletiva e subsidiária, quando o ente é hipossuficiente em sua estrutura de gestão ambiental.

¹⁰⁸ MILARÉ, 2011, op. cit., p. 406.

¹⁰⁹ BRASIL, 2011, op. cit., p 2.

No Estado do Rio Grande do Sul, o órgão estadual responsável pela fiscalização dos licenciamentos ambientais municipais, nesta esfera, é a Fundação Estadual de Proteção Ambiental Henrique Luiz Roessler (FEPAM). A FEPAM tem além desta função a de operar o licenciamento ambiental das atividades de impacto supralocal, aplicar e fiscalizar a legislação em conjunto com demais órgãos como a Secretaria Estadual do Meio Ambiente (SEMA), os Municípios e o Batalhão Ambiental da Brigada Militar¹¹⁰.

Há diferentes tipos de estudo que tratam da atuação dos Municípios em matéria ambiental, como o de Burmann¹¹¹, que relata que a questão ambiental, em nível local, sempre teve um espaço reduzido dentro das administrações municipais e argumenta que os Municípios têm uma iniciativa ainda tímida diante da amplitude e complexidade do tema.

Em outro estudo, realizado por Lourenço e Asmus¹¹² no Porto de Rio Grande – RS, no ano de 2015, é possível evidenciar que a questão ambiental portuária é bastante complexa e geradora de muitos impactos ambientais negativos, mas ao mesmo tempo possuía

¹¹⁰ FUNDAÇÃO ESTADUAL DE PROTEÇÃO AMBIENTAL HENRIQUE LUIZ ROESSLER (Rio Grande do Sul). Disponível em: <http://www.fepam.rs.gov.br/>. Acesso em: jun. 2017.

¹¹¹ BURMANN, Alexandre. **Estudo crítico do licenciamento ambiental municipal no estado do Rio Grande do Sul**. 2012. Dissertação (Mestrado em Avaliação de Impactos Ambientais de Mineração) - Centro Universitário La Salle, Canoas, 2012.

¹¹² LOURENÇO, Andréia Vigolo; ASMUS, Milton L. Gestão ambiental portuária: fragilidades, desafios e potencialidades no porto do Rio Grande, RS, Brasil. **Revista de Gestão Costeira Integrada**, ano 15, v.2, p. 223-235, 2015.

potencialidades principalmente nos processos de licenciamento ambiental. Havia uma estrutura estabelecida, o porto possuía licença ambiental em sua quarta renovação e demonstrava uma crescente articulação com o órgão ambiental.

Brandt¹¹³ *et al.*, com base no estudo na cidade de Roca Sales/RS, demonstram que a partir da análise dos procedimentos de licenciamento ambiental aplicados pelo Departamento de Meio Ambiente municipal, foram estabelecidos critérios técnicos para as atividades de licenciamento ambiental de impacto local, promovendo assim a sustentabilidade das propriedades locais e conscientizando os empreendedores da importância de uso de práticas sustentáveis que visam à racionalização do uso excessivo de recursos naturais. Obtiveram-se os dados de 522 licenças emitidas pelo município. Os resultados mostraram uma procura significativa pela Licença de Operação de Regularização e pela Licença Única. Os dados expressam o interesse dos empreendedores em regularizar os empreendimentos e do poder público municipal em atuar fiscalizando, licenciando e atuando no sentido de conscientizar a população sobre a importância do licenciamento ambiental.

Percebe-se que a gestão ambiental municipal, em especial o licenciamento, pode envolver muitos processos; mas, além disso, ela envolve pessoas e

¹¹³ BRANDT, Fabiele *et al.* O desafio do licenciamento ambiental no município de Roca Sales, Rio Grande do Sul, Brasil. **Revista de Ciências Ambientais**, Canoas, vol.7, 2013, n.2, p. 73-86.

instituições, sendo a sustentabilidade, no seu sentido amplo, um grande desafio.

Esse desafio tem sido enfrentado no Estado do Rio Grande do Sul. Conforme dados da Fundação Estadual de Proteção Ambiental Henrique Luiz Roessler (Fepam)¹¹⁴, dos 497 municípios existentes no Estado do Rio Grande do Sul, 488 deles estão habilitados para o licenciamento ambiental de atividades de impacto local, ou seja, um total de 98,19%, um índice completamente satisfatório, em vista de muitos estados brasileiros.

Considerando a competência constitucional para legislar sobre meio ambiente e assuntos de interesse local, e a necessidade da efetiva integração dos municípios no Sistema Nacional de Meio Ambiente – SISNAMA, bem como a necessidade de descentralização para buscar maior efetividade do sistema, o Conselho Estadual de Meio Ambiente – CONSEMA instituiu os requisitos para a implementação do licenciamento e da gestão ambiental municipal, através da Resolução CONSEMA n.º 04/2000. Posteriormente, em junho de 2003, o programa foi chamado de Sistema Integrado de Gestão Ambiental – SIGA, e, atualmente, a Resolução CONSEMA n.º 167/07 é que define os requisitos e critérios para a adequação ao programa.

Na definição governamental, o Sistema Integrado de Gestão Ambiental – SIGA:

¹¹⁴ FUNDAÇÃO ESTADUAL DE PROTEÇÃO AMBIENTAL HENRIQUE LUIZ ROESSELER, op. cit.

[...] é o mecanismo que aproxima os órgãos ambientais para a gestão compartilhada das políticas ambientais, em especial dos instrumentos de licenciamento e de fiscalização ambiental. A descentralização da gestão ambiental visa ao fortalecimento dessas ações governamentais em nível municipal, capacitando os órgãos locais de meio ambiente para a gestão do uso dos recursos naturais e para o controle das fontes poluidoras, exercício do poder de polícia, representado pela expedição de licenças ambientais aos empreendimentos e atividades considerados como de impacto local. O principal objetivo do SIGA/RS é a mobilização dos municípios que buscam a qualificação junto ao Conselho Estadual do Meio Ambiente (CONSEMA) para a realização do licenciamento de impacto local, mantendo uma Central de Atendimento que presta orientações administrativas e jurídicas para a elaboração do processo tendente à verificação da qualificação à gestão ambiental. Atendidos os requisitos previstos em Resoluções do CONSEMA para a qualificação, o processo é submetido ao Conselho Estadual do Meio Ambiente.¹¹⁵

Vale destacar, que a instância mais adequada, na vastíssima maioria dos casos, para realizar o licenciamento ambiental, é o Município, visto que todo impacto ambiental é, em primeiro lugar, de impacto local, atingindo outras instâncias, como a regional ou nacional, apenas em casos especiais.

¹¹⁵ Ibid.

Esse programa tem por objetivo delegar aos Municípios gaúchos a responsabilidade pela gestão ambiental, em caráter local, mas sendo esta delegação uma espécie de orientação. O próprio programa não utiliza a expressão delegar, mas sim qualificar, em razão da clara autonomia e competência originária constitucional do Município em realizar o licenciamento ambiental de impacto local¹¹⁶.

Para que os Municípios possam realizar o licenciamento ambiental é necessária sua habilitação junto à Secretaria Estadual do Meio Ambiente (SEMA). A esse respeito, dispõe a Resolução CONSEMA n. 4 de 2000¹¹⁷, fixando critérios para o exercício da competência do Licenciamento Ambiental Municipal:

Art. 1º - Os Municípios para realizarem o licenciamento ambiental das atividades de impacto local, conforme dispõe a Resolução CONSEMA nº 005/98, deverão habilitar-se junto à SEMA.

Art. 2º - Visando à habilitação junto a SEMA para a realização do licenciamento ambiental das atividades consideradas de impacto local, deverá o Município:

a) ter implantado Fundo Municipal de Meio Ambiente;

¹¹⁶ BURMANN, op. cit..

¹¹⁷ CONSELHO ESTADUAL DO MEIO AMBIENTE (Rio Grande do Sul).

Resolução CONSEMA n ° 004/2000. Dispõe sobre os critérios para o exercício da competência do Licenciamento Ambiental Municipal e dá outras providências. Disponível em:

<https://www.sema.rs.gov.br/upload/arquivos/201611/29162101-resolucao-004-2000.pdf>. Acesso em: jan. 2020.

- b) ter implantado e em funcionamento Conselho Municipal de Meio Ambiente, com caráter deliberativo, tendo em sua composição, no mínimo, 50% de entidades não governamentais;
- c) possuir nos quadros do órgão municipal do meio ambiente, ou a disposição deste órgão, profissionais legalmente habilitados para a realização do licenciamento ambiental, emitindo a devida Anotação de Responsabilidade Técnica (ART);
- d) possuir servidores municipais com competência para exercício da fiscalização ambiental;
- e) possuir legislação própria disciplinando o licenciamento ambiental e as sanções administrativas pelo seu descumprimento;
- f) possuir Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano, o Município com população superior a 20.000 habitantes, ou Lei de Diretrizes Urbanas, o Município com população igual ou inferior a 20.000 habitantes;
- g) possuir Plano Ambiental, aprovado pelo Conselho Municipal de Meio Ambiente, de acordo com as características locais e regionais.

Importante destacar que a gestão ambiental municipal, segundo a Confederação Nacional dos Municípios, compreende a gestão das áreas protegidas municipais, a educação ambiental da população, a recuperação de ambientes degradados, a fiscalização das atividades e empreendimentos locais, o licenciamento ambiental de empreendimentos, entre outros. Tem a função de manter, proteger, recuperar, manejar, controlar, fiscalizar e monitorar todos os

recursos ambientais existentes no município, incluindo a fauna, a flora, o solo, o ar, as águas, e as suas interações com os seres humanos e as estruturas das cidades.

Considerando que a quase totalidade dos municípios gaúchos atualmente estão habilitados para a realização do licenciamento ambiental das atividades de impacto local, parece não restar dúvida de que os benefícios dessa política descentralizada superam os riscos e desconfianças acerca dos benefícios advindos da implantação desse modelo de gestão pública do meio ambiente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no estudo realizado, é notável a importância do licenciamento ambiental municipal, tendo este um grande potencial na minimização dos impactos ambientais locais, notadamente a partir da Lei Complementar n. 140 de 2011, que estabeleceu um modelo de federalismo ambiental cooperativo no Brasil, implementando, em matéria de proteção do meio ambiente, mecanismos de cooperação administrativa entre todos os entes federativos, reconhecida a extrema importância de tutelar o meio ambiente como bem público, de uso comum do povo e essencial à boa qualidade de vida.

A referida lei define como objetivos fundamentais dos entes federativos proteger, defender e conservar o

meio ambiente por meio da gestão descentralizada, democrática e eficiente. Dispõe ainda que os entes federativos devem também harmonizar as políticas e ações administrativas para evitar a sobreposição de atuação entre eles, de forma a evitar conflitos de atribuições e a garantir uma atuação administrativa eficiente.

Por meio deste instrumento, a administração pública exerce o controle sobre as atividades humanas que interferem nas condições ambientais, buscando conciliar o desenvolvimento econômico com o uso dos recursos naturais.

Com a pesquisa realizada foi possível identificar que as vantagens de uma gestão descentralizada do licenciamento ambiental superam as desvantagens e riscos existentes. A prova disso é o absoluto sucesso desse modelo de gestão no Estado do Rio Grande do Sul, onde quase a totalidade dos Municípios já estão habilitados para realizar o licenciamento das atividades de impacto local.

Algumas vantagens da municipalização do licenciamento ambiental identificadas no presente estudo relacionam-se com uma maior autonomia dos entes municipais, com a agilização dos procedimentos, com a proximidade do local do impacto e com a obtenção de recursos a serem investidos na proteção do meio ambiente local. Mas o presente estudo também levantou riscos que não podem ser olvidados e devem permanentemente ser considerados e evitados pelos gestores ambientais municipais: a falta

de recursos técnicos, financeiros e operacionais, como também, a possibilidade de politização do processo de licenciamento, beneficiando empresas que sinalizem com "geração de empregos" e "desenvolvimento rápido". Afinal, a sustentabilidade e o bem-estar socioambiental dos munícipes estão em jogo.

Para tanto, uma efetiva cooperação federativa em matéria ambiental deve ser amadurecida no Brasil, de modo que tanto pela ação supletiva ou subsidiária dos Estados membros seja possível identificar e suprir as falhas e limitações da gestão ambiental municipal.

Conclui-se, pois, que a hipótese inicialmente formulada, de que a estratégia da municipalização do licenciamento ambiental, como modelo de gestão dos impactos ambientais locais, se mostra vantajosa em termos de política pública de proteção ambiental restou confirmada, ficando clara a necessidade, contudo, que esse modelo só terá pleno êxito se o federalismo ambiental cooperativo realmente for levado a sério no Brasil, colocando o meio ambiente em primeiro lugar, com uma atuação supletiva e subsidiária dos demais entes federativos.

REFERÊNCIAS

AGNES, Carina Cristina; CALEGARI, Leandro; GATTO, Darci Alberto; STANGERLIN, Diego Martins. Uma discussão sobre a descentralização da gestão ambiental. **Revista Científica Eletrônica de Engenharia Florestal**, Garça, v. 14, n. 8, 2009.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

AZEVEDO, Andréa; PASQUIS, Richard; BURSZTYN, Marcel. A reforma do Estado, a emergência da descentralização e as políticas ambientais. **Revista do Serviço Público**, Brasília, v. 58, n. 1, p. 37 – 55, 2007.

BELCHIOR, Germana Parente Neiva. **Hermenêutica jurídica ambiental**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BRANDT, Fabiele *et al.* O desafio do licenciamento ambiental no município de Roca Sales, Rio Grande do Sul, Brasil. **Revista de Ciências Ambientais**, Canoas, vol.7, 2013, n.2, p. 73-86.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 27 maio. 2018."

BRASIL. **Lei nº 140 de 8 de dezembro 2011**. Diário Oficial da União: Brasília, 2011, p 2. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp140.htm. Acesso em: jun. 2017.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Brasília, DF: Senado Federal, 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm. Acesso em: 03 jun. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional do Meio Ambiente. **Resolução 237, de 19 de dezembro de 1997**. Disponível em: <http://www2.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>. Acesso em: jun. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Cartilha de licenciamento ambiental**. Brasília: TCU, 2007. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/cartilha-de-licenciamento-ambiental-2-edicao.htm>. Acesso em: 20 out. 2018.

BURMANN, Alexandre. **Estudo crítico do licenciamento ambiental municipal no estado do Rio Grande do Sul**. 2012. Dissertação (Mestrado em Avaliação de Impactos Ambientais de Mineração) - Centro Universitário La Salle, Canoas, 2012.

CHIESA, M. Gestão ambiental: entraves e perspectivas para a municipalização no Estado do Espírito Santo. *In*: CONGRESSO CONSAD DE GESTÃO PÚBLICA. 2. ed. 2008, Brasília. **Anais...** Brasília: UNB, 2008.

CONSELHO ESTADUAL DO MEIO AMBIENTE (Rio Grande do Sul). **Resolução CONSEMA n.º 004/2000**. Dispõe sobre os critérios para o exercício da competência do Licenciamento Ambiental Municipal e dá outras providências. Disponível em: <https://www.sema.rs.gov.br/upload/arquivos/201611/29162101-resolucao-004-2000.pdf>. Acesso em: jan. 2020.

CONSELHO ESTADUAL DO MEIO AMBIENTE (Rio Grande do Sul). **Resolução CONSEMA n. 379/2018**. Altera a Resolução 372/2018 que dispõe sobre os empreendimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou [...]. Porto Alegre: Secretaria do Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, 2018. Disponível em: <https://www.canoas.rs.gov.br/wp-content/uploads/2018/03/CONSEMA-379-2018-Atividades-Licenci%C3%A1veis.pdf>. Acesso em: jan. 2020.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do Estado Socioambiental de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

FINK, Daniel Roberto; ALONSO Jr., Amilton; DAWALIBI, Marcelo. **Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

FUNDAÇÃO ESTADUAL DE PROTEÇÃO AMBIENTAL HENRIQUE LUIZ ROESSLER (Rio Grande do Sul). **Institucional**: principais funções da FEPAM. Disponível em: <http://www.fepam.rs.gov.br/institucional/funcoes.asp>. Acesso em: 17 jun. 2017.

GODOY, André Vanoni de. **A eficácia do licenciamento ambiental como um instrumento público de gestão do meio ambiente**. Brasília: OAB editora, 2005.

GUERRA, Sidney. Competência ambiental à luz da Lei Complementar 140 de 08 de dezembro de 2011. **Revista Jurídica UNICURITIBA**, Curitiba, v.4, n. 41, 2015.

KOEPFER, Michael. A caminho do Estado Ambiental? A transformação do sistema político e econômico da República Federal da Alemanha através da proteção ambiental especialmente desde a perspectiva da ciência jurídica. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

LEITE, José Rubens Morato ; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

LOURENÇO, Andréia Vigolo; ASMUS, Milton L. Gestão ambiental portuária: fragilidades, desafios e potencialidades no porto do Rio Grande, RS, Brasil. **Revista de Gestão Costeira Integrada**, ano 15, v.2, p. 223-235, 2015.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Meio ambiente: direito e dever fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MILARÉ, Édís. **Princípios fundamentais do direito do ambiente**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

OLIVEIRA, Raissa Lustosa de. **Licenciamento ambiental: avaliação ambiental estratégica e (in)eficiência da proteção do meio ambiente**. Curitiba: Juruá, 2014.

PEÑA CHACON, Mario ; FOURNIER CRUZ, Ingrid. Derechos humanos y medio ambiente. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, ano 10, n. 39, p. 189-211, jul./set. 2005.

RAMMÊ, Rogério Santos. Federalismo ambiental cooperativo e mínimo existencial socioambiental: a multidimensionalidade do bem-estar como fio condutor. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v.10, n.20, p.156. jul./dez. de 2013.

RAMMÊ, Rogério Santos. **O dever fundamental ecológico e a proteção dos serviços ecossistêmicos**. Curitiba: Prismas, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SÁNCHEZ, Luis Enrique. **Avaliação de impacto ambiental**: conceitos e métodos. São Paulo: Oficina de Textos, 2008.

SOUZA, José Fernando Vidal; ZUBEN, Erika Von. O licenciamento ambiental e a Lei Complementar nº 140/2011. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, v. 12, n.23, p.11-44, jul./dez. 2012.

STRUCHEL, Andrea Cristina de Oliveira. **Licenciamento ambiental municipal**. São Paulo: Oficina de Textos, 2016.

THOME, Romeu. **Manual de direito ambiental**. 5. ed. Bahia: Juspodium, 2015.

PA
RE
CE
RES



PARECERES
INDIVIDUAIS

DIREITO À MORADIA. PREVISÃO CONSTITUCIONAL. DIFERENTES FORMAS DE EXPRESSÃO DESTE DIREITO. COMPRA ASSISTIDA POR MEIO DE BÔNUS MORADIA

Vanêscia Buzelato Prestes¹¹⁸
Gustavo Moreira Pestana¹¹⁹

PARECER INDIVIDUAL N. 1203/2019
PROCESSO N. 19.0.000031342-7
INTERESSADOS: PGA-DPUMA e DEMHAB

EMENTA: Direito à moradia. Previsão constitucional. Diferentes formas de expressão deste direito. Compra assistida por meio de Bônus Moradia. Modalidade revista na Lei Municipal Nº 11.229/12. Requisitos para percepção validade deste. Publicação do cadastro. Formalização de direito preexistente que pode ser feito a qualquer tempo, desde que presentes os requisitos que qualificam o direito. Indenização da casa e não do lote. Possibilidade de alienação da casa construída em lotes públicos pelos ocupantes. Previsão na Lei Complementar Municipal Nº 242, § 9º do art. 5º. Possibilidade de subrogação do direito na compra assistida, desde que seja do interesse do beneficiário. Sugestão de procedimento para esta hipótese.

[ÍNTEGRA DO PARECER](#) disponível no site da PGM, em menu Pareceres (www.portoalegre.rs.gov.br/pgm).

¹¹⁸ Procuradora Municipal de Porto Alegre.

¹¹⁹ Procurador Municipal de Porto Alegre.

PARECERES
INDIVIDUAIS

REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA.
REURB. LEI FEDERAL N. 13.465/17.
INTERPRETAÇÃO ACERCA
DO CONTEÚDO E FORMA
DE APLICAÇÃO

Simone Somensi¹²⁰

Vanêsa Buzelato Prestes¹²¹

Luis Carlos Pellenz¹²²

PARECER INDIVIDUAL N. 1204/2019

PROCESSO N. 19.0.000074542-4

INTERESSADOS: DEMHAB – Loteamento Nova Santa Rosa

Ementa: Regularização Fundiária. REURB. Lei Federal n. 13.465/17. Interpretação acerca do conteúdo e forma de aplicação. Adequação de procedimento e atos administrativos. Possibilidade de outorga de título de legitimação fundiária. Requisitos. Gratuidade.

[ÍNTEGRA DO PARECER](#) disponível no site da PGM, em menu Pareceres (www.portoalegre.rs.gov.br/pgm).

¹²⁰ Procuradora Municipal de Porto Alegre.

¹²¹ Procuradora Municipal de Porto Alegre.

¹²² Procurador Municipal de Porto Alegre.

PARECERES
INDIVIDUAIS

EXAME DE VÍCIO DE INICIATIVA EM PROJETOS DE LEI QUE ALTERAM O PLANO DIRETOR

Vanêsa Buzelato Prestes¹²³

PARECER INDIVIDUAL N. 1205/2019
PROCESSO N. 18.0.000069315-0
INTERESSADOS: PGA-DPUMA

EMENTA: Os planos diretores são leis de competência municipal, devem ser elaborados a partir de critérios técnicos e submetidos a participação popular. Lei de Iniciativa do Legislativo Municipal, alterando o Plano Diretor. Vício de Procedimento. Leis desta natureza exigem um conteúdo técnico para sua proposição, que é de atribuição intrínseca do Executivo. Precedentes jurisprudenciais.

[ÍNTegra DO PARECER](#) disponível no site da PGM, em menu Pareceres (www.portoalegre.rs.gov.br/pgm).

¹²³ Procuradora Municipal de Porto Alegre.

PARECER
COLETIVO

REFERÊNCIA DE SERVIDOR QUE INGRESSA EM OUTRO CARGO VIA CONCURSO PÚBLICO

Clarissa Cortes Fernandes Boher¹²⁴

PARECER COLETIVO N. 212/2019

PROCESSO N. 001.032908.15.6.00000

INTERESSADOS: Procuradoria Adjunta de Pessoal, Contratos
e Serviços Públicos (PGAPCSP)

EMENTA: Ingresso em outro cargo de carreira no Município mediante concurso público. Impossibilidade de manutenção da referência do cargo anterior como regra.

[ÍNTEGRA DO PARECER](#) disponível no site da PGM, em menu Pareceres (www.portoalegre.rs.gov.br/pgm).

¹²⁴ Procuradora Municipal de Porto Alegre.

MU
NI
CÍPIO
EM
JUÍZO



ÁREA DO DIREITO: DIREITO TRIBUTÁRIO MUNICIPAL

APELAÇÃO CÍVEL 70078589371. TRIBUTAÇÃO SOBRE PATRIMÔNIO DE INSTITUIÇÕES DE EDUCAÇÃO E ASSISTÊNCIA SOCIAL SEM FINS LUCRATIVOS. IMUNIDADE. IPTU, ART. 150, VI, “C”, § 4º DA CF. NECESSIDADE DE SE RELACIONAR COM SUAS FINALIDADES ESSENCIAIS

Cristiane da Costa Nery¹²⁵
Adriana Carvalho Silva Santos¹²⁶

Embargos à execução Fiscal n. 001/1.17.0013219-0
Embargante: Comunidade Evangélica Luterana São Paulo - CELSP
Embargado: Município de Porto Alegre.

COMENTÁRIOS

Trata-se de embargos à execução fiscal referente à cobrança de IPTU dos exercícios 2003-2006, relativo a imóvel de propriedade da embargante que sustentou prescrição parcial, imunidade do art. 150, VI, c da CF,

¹²⁵ Procuradora Municipal de Porto Alegre.

¹²⁶ Procuradora Municipal de Porto Alegre.

nos termos do art. 14 do CTN e aplicação da súmula vinculante 52 do STF, que reconhece a imunidade ainda que o imóvel esteja locado a terceiros, desde que o valor dos aluguéis seja aplicado nas atividades estatutárias.

O Município, em sua defesa, sustentou a inocorrência da prescrição, bem como a não incidência de imunidade, visto que o imóvel consta como de uso residencial nos cadastros municipais, não se aplicando a presunção relativa de que o imóvel gerador dos débitos é utilizado para as finalidades essenciais da Associação, cabendo ao autor a prova, sendo ônus que lhe caberia.

A alegada imunidade da instituição tem por norma o art. 150, VI, “c”, da Constituição Federal, que assim estabelece:

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.

Os requisitos definidos em lei, são, de início, os do art. 14 do CTN:

Art. 14. O disposto na alínea c do inciso IV do artigo 9º é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas:

I - não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título;

II - aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;

III - manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

§ 1º Na falta de cumprimento do disposto neste artigo, ou no § 1º do artigo 9º, a autoridade competente pode suspender a aplicação do benefício.

§ 2º Os serviços a que se refere a alínea c do inciso IV do artigo 9º são exclusivamente, os diretamente relacionados com os objetivos institucionais das entidades de que trata este artigo, previstos nos respectivos estatutos ou atos constitutivos.

No âmbito municipal, a imunidade do IPTU encontra regulamentação no Decreto 16.500/2009, artigos 10 a 18, que transcrevemos abaixo:

Art. 10. São imunes ao IPTU:

I - os imóveis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II - os templos de qualquer culto; e

III - os imóveis dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos

trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos.

§ 1º A imunidade referida no inc. I é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere aos imóveis vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.

§ 2º A imunidade referida no inc. I e no § 1º não se aplica aos imóveis relacionados com a exploração de atividades econômicas, regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar o IPTU relativamente ao bem imóvel.

§ 3º A imunidade referida nos incs. II e III compreende somente os imóveis relacionados com as finalidades essenciais das entidades neles mencionadas.

§ 4º Considera-se sem fins lucrativos a pessoa jurídica de direito privado que não distribui, entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades e que os aplica integralmente na consecução do respectivo objeto social.

§ 5º Instituição de educação é aquela que presta serviços de ensino escolar básico ou superior, devidamente credenciada pelos órgãos da União, do Estado ou do Município, conforme o caso, e cujos cursos são autorizados por aqueles órgãos.

§ 6º Entende-se por educação básica, de acordo com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDBEN), aquela formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio.

§ 7º Instituição de assistência social é aquela cadastrada em um dos Conselhos de Assistência Social das esferas governamentais (União, Estado ou Município).

§ 8º As instituições de educação e assistência social, sem fins lucrativos, são aquelas que exercem atividades complementares às do Estado, sendo estas colocadas à disposição da população em caráter geral.

Art. 11. A imunidade referida no inc. III do art. 10 está subordinada à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele mencionadas:

I - não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título;

II - aplicarem integralmente no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais; e

III - manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

Parágrafo único. Os livros referidos no inc. III são o Diário e o Razão, escriturados em correspondência com a respectiva documentação e observadas as formalidades prescritas em lei. Art. 12. São indicativos de distribuição de patrimônio ou renda, entre outros, os negócios pelo qual a pessoa jurídica:

I - aliena, por valor notoriamente inferior ao de mercado, bem do seu ativo a pessoa ligada;

II – adquire, por valor notoriamente superior ao de mercado, bem de pessoa ligada;

III – perde, em decorrência do não exercício de direito à aquisição de bem e em benefício de pessoa ligada, sinal, depósito em garantia ou importância paga para obter opção de aquisição; IV – transfere a pessoa ligada, sem pagamento ou por valor inferior ao de mercado, direito de preferência à subscrição de valores mobiliários de emissão de companhia;

V – paga a pessoa ligada aluguéis, “royalties” ou serviços em montante que excede notoriamente ao valor de mercado; ou

VI – realiza com pessoa ligada qualquer outro negócio em condições de favorecimento, assim entendido condições mais vantajosas para a pessoa ligada do que as que prevaleçam no mercado ou em que a pessoa jurídica contrataria com terceiros.

Parágrafo único. Considera-se como distribuição de lucros, entre outros, o pagamento, pela instituição imune, de despesas consideradas pessoais, em favor de pessoa a ela ligada.

Art. 13. Considera-se pessoa ligada à pessoa jurídica, entre outras:

I – o sócio ou acionista desta, mesmo quando for outra pessoa jurídica;

II – o administrador ou o titular da pessoa jurídica; ou

III – o cônjuge e os parentes até o terceiro grau, inclusive os afins, do sócio pessoa física referido no inc. I e das demais pessoas referidas no inc. II.

Art. 14. Considera-se valor de mercado a quantia mais provável, pela qual se negociaria voluntariamente um bem, numa data de referência, dentro das condições do mercado

vigente. Parágrafo único. O valor dos bens, para os quais não haja mercado ativo, poderá ser determinado com base em negociações anteriores e recentes do mesmo bem ou em negociações contemporâneas de bens semelhantes, entre pessoas não compelidas a comprar ou vender e que tenham conhecimento das circunstâncias que influam de modo relevante na determinação do preço.

Art. 15. Quando a entidade deixar de atender algum dos requisitos legais terá suspenso o reconhecimento da imunidade, passando à condição de contribuinte do imposto e sua situação cadastral na Secretaria Municipal da Fazenda será alterada de ofício.

§ 1º Será suspenso o reconhecimento da imunidade do IPTU a partir do exercício seguinte àquele em que a entidade deixou de atender algum dos requisitos da lei.

§ 2º Será restabelecido o reconhecimento da imunidade do IPTU a partir do exercício seguinte àquele em que foi constatada a restauração do atendimento dos requisitos legais.

Art. 16. O reconhecimento da imunidade relativa a exercícios futuros será efetuado sob condição resolutória.

Art. 17. O contribuinte deve requerer o reconhecimento da imunidade tributária à Fazenda Municipal, através da protocolização de requerimento neste sentido, acompanhado dos documentos necessários à comprovação do preenchimento dos requisitos legais.

Parágrafo único. A autoridade fiscal poderá reconhecer de ofício, em decisão fundamentada, a

imunidade tributária, em especial no caso previsto no inc. I do art. 10, desde que tenha acesso às informações e documentação que comprove estarem plenamente atendidos os requisitos legais. Art. 18. Gozam dos mesmos direitos reconhecidos ao proprietário, para fins de reconhecimento da imunidade ou isenção, o detentor da posse e o titular do domínio útil com aptidão para serem contribuintes do imposto, nos termos do art. 34 do CTN, bem como o promitente comprador, desde que o contrato de compra e venda esteja registrado no Registro de Imóveis e averbado à margem da ficha cadastral.

A sentença de 1º grau entendeu pela procedência dos embargos, afastando a prescrição, mas acolhendo a imunidade tributária.

O Município apelou com os argumentos acima referidos, salientando precedentes jurisprudenciais.

A apelação foi provida, restando assim ementada:

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. COMUNIDADE EVANGELICA LUTERANA SAO PAULO - CELSP. IMUNIDADE. IPTU. ARTIGO 150, VI, "C", E § 4º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

A vedação à cobrança de impostos sobre patrimônio das instituições de educação e de assistência social sem fins lucrativos de que trata o artigo 150, VI, da Constituição Federal compreende apenas, na dicção do seu § 4º, aqueles bens que se relacionarem com suas finalidades essenciais. Hipótese de imóvel residencial, segundo informado pelo ente municipal,

explicação alguma apresentada pela parte embargante que pudesse conduzir à conclusão de que relacionado o imóvel com suas finalidades essenciais. Improcedência da demanda.

PRESCRIÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. Ajuizada a execução fiscal dentro do prazo prescricional, a demora inerente ao mecanismo judiciário não pode prejudicar a parte. Enunciado da Súmula nº 106 do STJ.

SUBSTITUIÇÃO DA PRENHORA. Ausência de demonstração de que o arresto em ação trabalhista consome toda sua renda líquida.

APELAÇÃO PROVIDA.

Nas razões do relator, cujo voto foi acompanhado à unanimidade, há ênfase ao ônus da embargante de provar e demonstrar que a utilização do imóvel revertia para atendimento de suas finalidades essenciais, o que não foi feito, salientando o registro no cadastro imobiliário municipal como de uso residencial, além de manter afastada a alegada prescrição.

A seguinte passagem do voto ilustra:

No caso, desde a impugnação aos embargos, o apelante denunciou que a vedação à cobrança do imposto se ressentia da falta de qualquer demonstração de que utilizado o imóvel para atender às finalidades a que se propunha a autora da demanda, apontando que se trata, segundo cadastro imobiliário, de um imóvel de uso “Exclusivamente Residencial” (fl.63).

Sobre essa alegação, claramente posta na impugnação aos embargos (fl. 62), a embargante se limitou a colacionar julgados, não comprovando por meio de qualquer documento a destinação do imóvel, e mesmo após, quando oportunizada a produção de provas, deixou de demonstrar sua efetiva utilidade para as finalidades institucionais de natureza educativa da instituição.

Então, rigorosamente, a afirmação do Município a respeito da natureza do imóvel passou incólume nos autos, assim assumindo a condição de fato incontroverso, com o que é ser reputada mesmo como verdadeira. A partir daí, o mínimo que se exigiria da parte adversa era alguma explicação, que pudesse dar suporte à sua pretensão, nem que fosse, por exemplo, a de que os rendimentos eventualmente produzidos pela utilização (que poderia ser por terceiro) do imóvel reverteriam em prol de suas atividades fins.

Da decisão foi interposto Recurso Extraordinário, que não foi admitido. Dessa decisão foi interposto Agravo que aguarda julgamento no STF.

Atuou em segundo grau e nas instâncias superiores a Procuradora Adriana Carvalho Silva Santos.

PGM/PTR, 24 de maio de 2019.

Cristiane da Costa Nery
Procuradora-Chefe da Procuradoria Tributária

Adriana Carvalho Silva Santos
Procuradora Municipal

ÍNTEGRA DO ACÓRDÃO

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. COMUNIDADE EVANGELICA LUTERANA SAO PAULO - CELSP. IMUNIDADE. IPTU. ARTIGO 150, VI, "C", E § 4º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

A vedação à cobrança de impostos sobre patrimônio das instituições de educação e de assistência social sem fins lucrativos de que trata o artigo 150, VI, da Constituição Federal compreende apenas, na dicção do seu § 4º, aqueles bens que se relacionarem com suas finalidades essenciais. Hipótese de imóvel residencial, segundo informado pelo ente municipal, explicação alguma apresentada pela parte embargante que pudesse conduzir à conclusão de que relacionado o imóvel com suas finalidades essenciais. Improcedência da demanda.

PRESCRIÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. Ajuizada a execução fiscal dentro do prazo prescricional, a demora inerente ao mecanismo judiciário não pode prejudicar a parte. Enunciado da Súmula nº 106 do STJ.

SUBSTITUIÇÃO DA PRENHORA. Ausência de demonstração de que o arresto em ação trabalhista consome toda sua renda líquida.

APELAÇÃO PROVIDA.

APELAÇÃO CÍVEL
Nº 70078589371 (Nº CNJ: 0224149-42.2018.8.21.7000)
MUNICIPIO DE PORTO ALEGRE
COMUNIDADE EVANGELICA
LUTERANA SAO PAULO - CELSP

VIGÉSIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL
COMARCA DE PORTO ALEGRE
APELANTE
APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Vigésima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, dar provimento ao apelo.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. ARMINIO JOSÉ ABREU LIMA DA ROSA (PRESIDENTE) E DES.^a IRIS HELENA MEDEIROS NOGUEIRA.**

Porto Alegre, 22 de agosto de 2018.

DES. MARCELO BANDEIRA PEREIRA,
Relator.

RELATÓRIO

DES. MARCELO BANDEIRA PEREIRA (RELATOR)

MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE interpõe recurso de apelação da sentença que, nos autos dos embargos opostos à execução fiscal ajuizada em face da ASSOCIAÇÃO EDUCACIONAL LUTERANA DO BRASIL – AELBRA, julgou procedente o pedido para reconhecer a imunidade da demandante ao pagamento de Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU), determinando o prosseguimento da execução fiscal somente em relação a cobrança de Taxa de Coleta de Lixo (TCL). Ainda, condenou o Município ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 15% do valor da causa, conforme art. 85 do CPC, corrigidos monetariamente pelo IPCA-E e acrescidos de juros de mora e taxa legal, a contar do trânsito em julgado (fls. 105/109)

Alega que, por se tratar de um fato constitutivo do direito da parte autora, cabe a ela o ônus da prova de que o referido imóvel está vinculado às suas atividades essenciais. Sustenta que a dívida ativa goza de presunção de certeza e liquidez. Argumenta que o imóvel em questão está cadastrado como “*uso residencial*”, conforme documento juntado aos autos, não sendo caso de aplicação do art. 150, VI, alínea “c”, da CF. Registra que, na hipótese de ser mantida a decisão, não é o caso de total procedência dos pedidos postulados na inicial pela autora, tendo em vista que apenas o requerimento de imunidade de pagamento de IPTU foi acolhido, mantendo a execução fiscal no tocante à TLC e afastando a prescrição do exercício de 2003, bem como a nulidade da Certidão de Dívida Ativa. Pugna pelo redirecionando os ônus sucumbenciais.

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 119/131).

O Ministério Público, nesta instância, opina pelo conhecimento e não provimento do recurso (fls. 133/136).

É o relatório.

VOTOS

DES. MARCELO BANDEIRA PEREIRA (RELATOR)

O Município de Canoas ajuizou execução fiscal com vista ao recebimento de valores correspondentes ao IPTU e Taxa de coleta de lixo referentes aos exercícios de 2003 a 2006.

Por sua vez, a embargante aduz que faz jus ao direito constitucional de ver afastada a incidência do imposto, nos termos do artigo 150, c, da Constituição Federal:

Artigo 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; (grifei).

Acontece, porém, que o § 4º desse artigo prevê que "... 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 nela mencionadas...".

E essa limitação, materializada na utilização da palavra "**somente**", diante da vírgula que antecede a palavra "relacionados", claramente se volta a cada uma das três situações de que cogita: "**o patrimônio, a renda e os serviços**".

No caso, desde a impugnação aos embargos, o apelante denunciou que a vedação à cobrança do imposto se ressentia da falta de qualquer demonstração de que utilizado o imóvel para atender às finalidades a que se propunha a autora da demanda, apontando que se trata, segundo cadastro imobiliário, de um imóvel de uso "*Exclusivamente Residencial*" (fl.63).

Sobre essa alegação, claramente posta na impugnação aos embargos (fl. 62), a embargante se limitou a colacionar julgados, não comprovando por meio de qualquer documento a destinação do imóvel, e mesmo após, quando oportunizada a produção de provas, deixou de demonstrar sua efetiva utilidade para as finalidades institucionais de natureza educativa da instituição.

Então, rigorosamente, a afirmação do Município a respeito da natureza do imóvel passou incólume nos autos, assim assumindo a condição de fato incontroverso, com o que é ser reputada mesmo como verdadeira. A partir daí, o mínimo que se exigiria da parte adversa era alguma explicação, que pudesse dar suporte à sua pretensão, nem que fosse, por exemplo, a de que os rendimentos eventualmente produzidos

pela utilização (que poderia ser por terceiro) do imóvel reverteriam em prol de suas atividades fins.

Deixando, porém, a situação no mais absoluto vazio, sequer se dignando, a despeito da controvérsia posta na impugnação aos embargos, a declinar o uso dado ao imóvel, não poderia esperar a apelada que fosse a atividade judiciária elucubrar no sentido de identificar hipóteses pelas quais o benefício almejado pudesse se justificar.

Então, à vista do modo como retratada nos autos a controvérsia, a solução que se impõe é a de provimento da apelação, visto que o município bem sinalizou no sentido de que longe esteve a apelada de produzir a prova da utilização do imóvel para as suas finalidades essenciais, ônus que cabia à embargante.

Afastada a pretensão de reconhecimento da imunidade em relação a este imóvel, devem ser analisadas as demais questões suscitadas nos embargos à execução.

No que concerne aos créditos de IPTU e taxa de coleta de lixo do exercício de 2003, tratando-se de tributos de lançamento de ofício cujo fato gerador ocorre no primeiro dia do respectivo exercício financeiro, a prescrição ocorreria em 1º/01/2008.

Ainda, por ser posterior à edição da Lei Complementar nº 118/2005, que alterou o art. 174, parágrafo único, inciso I, do CTN, o mero despacho que ordenou a citação interrompe a prescrição.

No caso, a ação foi ajuizada em 05/12/2007 (fl. 02 dos autos principais), sendo o despacho ordenando a citação proferido em 24/01/2008 (fl. 05), ato que deve retroagir à data da propositura, uma vez que não pode ser a parte ser punida em virtude de demora inerente ao mecanismo judiciário, conforme teor do enunciado da Súmula nº 106 do STJ¹²⁷.

¹²⁷ Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência.

Assim, não restam prescritos os créditos do exercício de 2003.

Por fim, a pretensão de substituição de penhora de renda líquida pelo imóvel não prospera, uma vez que não demonstrado que o arresto trabalhista atinge todos os seus ativos financeiros.

Soma-se a isso, o fato de que a ordem contida no art. 11 da LEF estabelece o dinheiro como preferencial aos demais bens para fins de penhora.

Apenas saliento que sequer deveriam ter sido recebidos os embargos, porque, embora determinada a penhora sobre percentual dos ativos financeiros, nenhum depósito houve, inexistindo garantia do débito em execução, em ofensa ao art. 16, § 1º, da LEF.

- Ante o exposto, DOU PROVIMENTO à apelação para julgar improcedente a pretensão contida na inicial.

Inverto os ônus sucumbenciais, suspensa, porém, sua exigibilidade em face de litigar a parte agora sucumbente sob o pálio da assistência judiciária gratuita.

DES.^a IRIS HELENA MEDEIROS NOGUEIRA –

De acordo com o(a) Relator(a).

DES. ARMINIO JOSÉ ABREU LIMA DA ROSA (PRESIDENTE) -

De acordo com o(a) Relator(a).

DES. ARMINIO JOSÉ ABREU LIMA DA ROSA - Presidente -
Apelação Cível nº 70078589371, Comarca de Porto Alegre:
"DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. UNÂNIME."

Julgador(a) de 1º Grau: ADRIANE DE MATTOS FIGUEIREDO.

ÁREA DO DIREITO: DIREITO ADMINISTRATIVO MUNICIPAL

ACÓRDÃO APELAÇÃO TRINCHEIRA ANITA

Patrícia Dornelles Schneider¹²⁸

COMENTÁRIOS

Trata-se de acórdão de apelação oriunda da 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, julgado em 29/06/2017, e que deu provimento ao recurso do Município de Porto Alegre.

A sentença havia julgado parcialmente procedente a ação ajuizada por Greek Donner Sabor Grego Restaurante Ltda., condenando o Município de Porto Alegre a indenizar os danos materiais que o estabelecimento comercial havia suportado em razão da queda de seu faturamento, e que teria ocorrido em função das obras da chamada Trincheira da Anita Garibaldi, local onde se localizava o restaurante.

¹²⁸ Procuradora Municipal de Porto Alegre.

Acolhendo a tese do Município de Porto Alegre, o relator da apelação, *Desembargador Marcelo Cezar Muller*, afirmou que, se existe omissão da Administração Pública em razão das obras, a responsabilidade é subjetiva, havendo a necessidade do exame da culpa (STF, RE 369.820, Rel. Ministro Carlos Velloso, julgamento em 4-11-2003, Segunda Turma, DJ de 27-2-2007).

No caso em análise, a culpa não ocorreu ou não foi comprovada, uma vez que houve o entendimento de que a obra pública é necessária, e existiu percalço fora do normal para a sua finalização, o que justificou o seu prazo maior de duração. Ausentes o ato ilícito, a omissão ou o defeito do serviço, incabível o dever de indenizar por parte da Administração Pública Municipal.

Por ser obra de engenharia civil em importante via da Cidade, a chamada Trincheira da Anita é necessária para propiciar o melhor fluxo de veículos na Cidade – cruzamento entre a avenida Carlos Gomes (Terceira Perimetral) e a rua Anita Garibaldi.

No curso da execução da obra, foi encontrada rocha com elevado grau de dureza, o que ocasionou a necessidade de rebaixamento do leito da rua Anita Garibaldi e a consequente prorrogação do seu término.

Ausente falha ou defeito por parte do ente público municipal ou ausente a demonstração de que a obra poderia ter sido realizada de outro modo ou em

menor tempo, atestando que não houve culpa por Poder Público, afastado o dever de indenizar.

Conforme a tese de defesa desenvolvida ao longo da instrução processual, a Administração Pública Municipal está sujeita ao regime da responsabilidade civil previsto no art. 37, §6º, da Constituição Federal, entretanto, se a responsabilidade civil decorre de uma suposta omissão do ente municipal, existe a necessidade do exame da culpa. Na instrução do processo, a prova produzida afastou a presença do elemento culposo por parte da Administração Municipal.

E o critério para a aferição da presença de culpa ou não no desempenho da atividade pública deve considerar as circunstâncias do evento e um padrão de normalidade.

Conforme mencionado no voto do Desembargador *no momento atual o poder público não responde por todos os acidentes ocorridos com os cidadãos, de maneira geral e irrestrita. Está obrigado a indenizar se houver ato ilícito, erro, falha do serviço ou omissão de um dever jurídico.*

O voto do relator foi acompanhado pelos demais Desembargadores que reformaram a sentença de primeiro grau e afastaram o dever de indenizar do Município de Porto Alegre, uma vez que não houve ato ilícito, falha ou defeito (omissão) por parte do ente municipal a ensejar a reparação civil pleiteada.

ÍNTEGRA DO ACÓRDÃO

RESPONSABILIDADE CIVIL. MUNICÍPIO. OBRA PÚBLICA. TRINCHEIRA DA RUA ANITA GARIBALDI. DANO A PESSOA JURÍDICA.

A responsabilidade do ente público está disposta na regra do art. 37, § 6º, da CF.

Se existe omissão a responsabilidade é subjetiva, com necessidade de exame sobre a culpa (STF, RE 369.820, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 4-11-2003, Segunda Turma, DJ de 27-2-2004).

No caso, a obra pública é necessária. Existiu percalço fora do normal para ser finalizada a obra, o que justifica o maior prazo. Considerando as circunstâncias de fato, o pedido de indenização de empresa localizadas nas proximidades não deve ser acolhido. Ausentes o ato ilícito, a omissão ou o defeito de serviço.

Apelo provido.

APELAÇÃO CÍVEL

Nº 70072935166 (Nº CNJ: 0057631-96.2017.8.21.7000)

MUNICIPIO DE PORTO ALEGRE

GREEK DONNER SABOR GREGO, FAST
FOOD BAR E RESTAURANTE LTDA

DÉCIMA CÂMARA CÍVEL

COMARCA DE PORTO ALEGRE

APELANTE

APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em dar provimento ao recurso de apelação.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. JORGE ALBERTO SCHREINER PESTANA (PRESIDENTE) E DESA. CATARINA RITA KRIEGER MARTINS.**

Porto Alegre, 29 de junho de 2017.

DES. MARCELO CEZAR MÜLLER,
Relator.

RELATÓRIO

DES. MARCELO CEZAR MÜLLER (RELATOR)

O réu interpôs recurso de apelação, em face da sentença que dispôs:

*Razões expostas, **julgo parcialmente procedente** a ação ajuizada por Greek Donner Sabor Grego, Fast Food, Bar e Restaurante LTDA, para **condenar** o Município de Porto Alegre ao pagamento de indenização por danos materiais à parte autora, fixados em R\$ 172.268,32 (cento e setenta e dois mil, duzentos e sessenta e oito reais e trinta e dois centavos), a ser atualizado desde janeiro de 2014.*

Para parâmetros de cálculo, até 25/03/2015 deverá ser aplicado o índice oficial de remuneração básica e juros da caderneta de poupança (art. 1º-F da Lei nº 9.494/97). A partir de 26/03/2015, deverá ser utilizado o Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E), e quantos aos juros,

deverão ser computados com base no índice da caderneta de poupança.

*Trata-se de hipótese de decaimento recíproco, logo as despesas serão proporcionalmente distribuídas na forma do artigo 86 do NCP. Assim, **condeno a parte autora e o demandado na proporção de 50% para cada um.***

***Condeno ambos ao pagamento dos honorários advocatícios ao advogado da parte adversa,** cujo percentual será fixado depois de conhecido o valor da condenação, na forma do artigo 85, § 4º, inciso II, do NCP.*

Condeno a parte autora ao pagamento da metade das custas processuais.

*Ainda, **condeno o Município de Porto Alegre** ao pagamento de metade das custas nos termos do artigo 11 da Lei nº 8.121/1985, em sua redação original, considerando o julgamento das Arguições de Inconstitucionalidade nº 70041334053 e nº 70038755864, julgadas procedentes, onde restou declarada a inconstitucionalidade das disposições da Lei nº 13.471/2010.*

Constou no relatório:

***Greek Donner Sabor Grego, Fast Food, Bar e Restaurante LTDA,** já qualificado na inicial, ajuizou a presente ação em desfavor do Município de Porto Alegre e União Federal, alegando, em síntese, ser titular de um estabelecimento comercial há 10 anos, localizado nas esquinas da Rua Anita Garibaldi com a Alameda Vicente de Carvalho. Relatou que o início da obra pública denominada "Trincheira da Anita" que trouxe inúmeros transtornos, os quais culminaram com o encerramento do estabelecimento. Disse que a obra, de interesse público, causou danos imensuráveis devido à negligência, pois, o aparecimento de ratos, baratas, pó, material de obra, barro e esgoto a céu aberto tornaram impossível a manutenção do restaurante. Afirmou que, antes das obras, sua média de faturamento anual correspondia a R\$ 90.000,00. Discorreu acerca do direito e dos danos. Pugnou pela procedência da ação para*

condenar os réus ao pagamento de danos materiais no valor de R\$ 900.000,00, bem como danos morais. Juntou documentos (fls. 12/24).

Citado, o Município apresentou contestação (fls. 37/50). Disse que as alegações da parte autora não se mostram suficientes para configurar o liame de causalidade entre o agir ou não agir do Município, tendo em vista que as obras são de interesse de toda a coletividade, e que se há alguma responsabilidade, há de ser subjetiva, cabendo ao requerente comprovar o dano sofrido. Sustentou que apenas uma pequena parcela das pessoas foi prejudicada com a obra, havendo a supremacia do interesse público. Aduziu que inexistem nos autos provas suficientes para que o Município seja condenado ao pagamento de dano moral, pois mero dissabor não constitui fato passível de condenar o ente público em danos. Pugnou pela improcedência da ação.

A união apresentou contestação às fls. 52/60 alegando, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva. No mérito, disse que a ação deve ser julgada improcedente, pois a responsabilidade civil da União impõe a comprovação de um ato ilícito de um agente estatal ou falha na prestação de um serviço público, existindo dano e demonstração de nexo de causalidade entre o ato estatal e o dano supostamente experimentado, características ausentes nos autos. afirmou que as provas dos autos não são suficientes para demonstrar que o efetivo fechamento do estabelecimento se deu em razão da obra em questão. Quanto aos danos morais, sustentou que ausente o ato ilícito, bem como dano e nexo de causalidade. Aduziu que o valor postulado para danos materiais se mostra exorbitante. Discorreu acerca do valor do dano moral, dos juros e da correção. Requereu o reconhecimento da sua ilegitimidade passiva ou, em entendimento diverso, a improcedência da ação. Na hipótese de eventual condenação, postulou a observância dos limites mencionados na fundamentação. Juntou documentos (fls. 61/63).

Intimadas as partes acerca do interesse na produção de provas (fl. 70), a parte autora requereu a prova testemunhal (fls. 74/75) e a União e o Município postularam o julgamento antecipado da lide (fls. 80 e 83).

A preliminar de ilegitimidade passiva da União foi acolhida e a competência foi declinada (fls. 86/88). A União opôs embargos (fl. 94) que restaram acolhidos para sanar a decisão anterior com a condenação da parte autora em honorários (fl. 97).

O autor foi intimado para adequar seu pedido inicial (fl. 113). Em resposta, a parte autora afirmou que o demandado já foi citado e já apresentou contestação, requerendo o saneamento com as cópias das peças extraídas do processo originário na Justiça Federal (fl. 115).

Juntados documentos referentes ao processo da Justiça Federal (fls. 120/162).

Intimadas as partes acerca do interesse na produção de outras provas (fl. 164), a parte autora requereu a prova testemunhal (fl. 166) e o Município postulou o depoimento pessoal do representante legal da parte autora (fl. 167).

Deferida a prova testemunhal (fl. 168). Audiência realizada (fls. 181/183).

O Município apresentou memoriais às fls. 185/193, juntando documentos (fls. 194/199), e a parte autora apresentou memoriais às fls. 200/201. Ambos reiteraram seus argumentos e pedidos anteriormente expostos.

O Ministério Público exarou parecer opinando pela improcedência da ação (fls. 203/205).

Em suas razões, defende o não acolhimento do pedido. Lembra do fato ocorrido e da necessidade de ser afastada a obrigação de indenizar. Menciona que a obra favorece a comunidade e enfrentou grande dificuldade na execução. Pede a modificação da sentença.

A resposta foi apresentada.

O Ministério Público elaborou parecer.

É o relatório.

VOTOS

DES. MARCELO CEZAR MÜLLER (RELATOR)

A responsabilidade do ente público está disposta na regra do art. 37, § 6º, da CF.

Se existe omissão a responsabilidade é subjetiva, com necessidade de exame sobre a culpa (STF, RE 369.820, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 4-11-2003, Segunda Turma, DJ de 27-2-2004).

No caso, a obra pública é necessária. Existiu percalço fora do normal para ser finalizada a obra, o que justifica o maior prazo. Considerando as circunstâncias de fato, o pedido de indenização não deve ser acolhido. Ausentes o ato ilícito, a omissão ou o defeito de serviço.

Sendo assim, a inconformidade merece guarida, devendo ser julgado improcedente o pedido reparatório.

Trata-se de obra de engenharia civil em importante via da Capital do Estado. A trincheira é necessária para propiciar o melhor fluxo de veículos pela cidade. Após a finalização, os veículos podem passar livremente no cruzamento entre a Avenida Carlos Gomes (Terceira Perimetral) e a Rua Anita Garibaldi. O cruzamento no mesmo nível é eliminado.

Ocorre que no curso da execução da construção, com necessidade de rebaixamento do leito da Rua Anita Garibaldi, foi encontrada rocha com elevado grau de dureza.

Não é possível usar explosivos com grande poder, isso porque a execução da obra é nas proximidades de prédios de moradia e comercial. As fundações e estruturas das construções vizinhas poderiam ser afetadas.

A dificuldade foi tamanha que a construtora Sultepa não teve condições de prosseguir normalmente até o final da obra. Na medida do possível, houve a substituição por nova empresa e o serviço teve continuidade.

Note-se que a obra teve seguimento e a passagem de veículos pela Rua Anita Garibaldi ocorreu no final do mês de setembro de 2016.

Sendo assim, diante desses elementos, não se constata a presença de ato ilícito, negligência, omissão ou defeito do serviço por parte do Município.

A obra é necessária. Somente com a efetiva execução surgiu o problema que dificultou os trabalhos. Deparou-se a contratada com rocha de difícil retirada com os meios viáveis, considerando o local.

Esse elemento objetivo merece especial atenção. Trata-se de execução de obra em meio a uma grande cidade, entre prédios e pessoas. As tarefas ficam mais difíceis realmente. Houve necessidade de retirada da rocha em pequenos pedaços, de modo a não provocar danos aos edifícios mais próximos.

Não se desconhece dos transtornos ocasionados aos moradores da redondeza e empresas ali localizadas.

Contudo, mesmo o tempo decorrido, desde o início de 2013, não deve, neste caso, fundamentar o reconhecimento de falha ou omissão do poder público municipal.

Existiu circunstância fática, objetiva, real, a qual provocou a maior dificuldade, o maior dispêndio de valores monetários e de tempo.

Levando em conta essas particularidades dessa obra, a responsabilidade do Município não deve ser afirmada. Inexiste o requisito legal concernente ao ato ilícito ou à falha do serviço (omissão).

Nem existe a efetiva demonstração de que pudesse ser realizada a obra de outro modo e em menor tempo. Sem esse elemento, fica afastado o reconhecimento de falha ou de defeito por parte do ente público.

Em resumo, a obra demorou bem mais do que a previsão inicial devido a extrema dificuldade. Na hipótese, uma rocha,

com dureza elevada, teve que ser retirada em pedaços e com cuidado para não afetar outras construções.

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos estão sujeitas ao regime de responsabilidade previsto no art. 37, § 6.º, da Constituição da República.

Se a responsabilidade decorre de omissão do ente público existe a necessidade de exame de culpa. Recorda-se de julgado do STF:

"Tratando-se de ato omissivo do Poder Público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, esta numa de suas três vertentes, a negligência, a imperícia ou a imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço. A falta do serviço – faute du service dos franceses – não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao Poder Público e o dano causado a terceiro." (RE 369.820, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 4-11-2003, Segunda Turma, DJ de 27-2-2004.) No mesmo sentido: RE 602.223-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 9-2-2010, Segunda Turma, DJE de 12-3-2010; RE 409.203, Rel. p/ o ac. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 7-3-2006, Segunda Turma, DJ de 20-4-2007; RE 395.942-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 16-12-2008, Segunda Turma, DJE de 27-2-2009.

O critério para aferição da presença de culpa ou não no desempenho da atividade pública deve considerar as circunstâncias do evento e um padrão de normalidade.

No momento atual o poder público não responder por todos os acidentes ocorridos com os cidadãos, de maneira geral e irrestrita. Está obrigado a indenizar se houver ato ilícito, erro, falha do serviço ou omissão de um dever jurídico.

O STF tem afirmado:

"A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, admite pesquisa em torno da culpa da vítima, para o fim de abrandá-la ou mesmo excluí-la. Precedentes." (AI 636.814-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 22-5-2007, Segunda Turma, DJ de 15-<6>-2007.)

Em tese, o poder público pode responder por obra que provoque prejuízo ao particular. É ilustrativo este julgado:

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS. OCORRÊNCIA DE INUNDAÇÃO NA CASA DA AUTORA. FATO ORIGINADO DA OMISSÃO OU ATUAÇÃO DEFICIENTE DO ENTE PÚBLICO. CULPA RECONHECIDA. ESCOAMENTO PLUVIAL. - Residência atingida pelo transbordamento de águas pluviais. Ausência de adequada drenagem na rede de escoamento. Obras nas imediações que deram causa ao alagamento. Desídia do réu. Omissão ou atuação deficiente. Responsabilidade do ente público demandado. Dever de indenizar configurado. - Dano moral presumido, in re ipsa. No arbitramento da compensação por abalo extrapatrimonial, cumpre atentar-se às condições das partes, o bem jurídico lesado e aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Valor fixado em 1ª Instância mantido. NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS. UNÂNIME. (Apelação Cível N° 70072588254, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 27/04/2017)/

Por sua vez, o ato ilícito ou a falha no serviço devem estar presentes. Assim, para a responsabilização civil, esta é a solução apresentada pela doutrina:

“É indispensável a ilicitude, que constitui a violação de um dever jurídico preexistente (“violar direito e causar dano”, como preceitua o art. 186). Sendo lícita a conduta, em princípio, não haverá obrigação de indenizar, ainda que prejudicial a terceiro.”

(Carlos Roberto Gonçalves, Direito das Obrigações, Parte Especial, Responsabilidade Civil, volume 6, tomo II, Sinopses Jurídicas, Editora Saraiva, 3ª edição, p. 3)

“Não poderá haver responsabilidade civil se o agente atual no exercício regular de um direito reconhecido (art. 188, I, segunda parte).

Isso é muito claro.

Se alguém atua escudado pelo Direito, não poderá estar atuando contra esse mesmo Direito.”

(Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, Novo Curso de Direito Civil, responsabilidade civil, volume 3, 10ª ed., Editora Saraiva, p. 154)

Entretanto, como já referido, o caso em apreço traz elementos específicos, que justificam o maior prazo para a execução da obra pública. E nessa situação a responsabilidade do Município não deve ser afirmada.

Considerando essa solução, a alegação de sentença extra petita resta prejudicada. Não há necessidade de ser analisada essa alegação.

A Câmara tem se manifestação nesse sentido:

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. ERRO DE DIAGNÓSTICO. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. POSTO DE SAÚDE MUNICIPAL. ATO ILÍCITO NÃO DEMONSTRADO.

AUSENTE O DEVER DE INDENIZAR. A prestação de serviços relacionados à saúde possui riscos inerentes, que não podem ser atribuídos integralmente aos médicos, hospitais ou ao ente público. Necessária a presença de culpa do profissional ou falha no serviço prestado pelo fornecedor. A partir dos elementos que se apresentam, inexistente a falha no atendimento ou no diagnóstico, inexistindo um juízo de certeza e segurança quanto aos fatos narrados. Tampouco presente o nexo de causalidade. Sentença de improcedência mantida. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70068041003, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 18/08/2016)

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. ATIVIDADE ADMINISTRATIVA JUDICIÁRIA. ATO OMISSIVO. RESPONSABILIDADE SUJETIVA. Em se tratando de ato omissivo imputado aos agentes públicos de serventia cartorária judicial, a presença do dever de indenizar é de ser analisada sob o prisma da teoria subjetiva, sendo imprescindível a demonstração de uma conduta dolosa ou culposa por parte do agente público, numa das três modalidades: negligência, imprudência ou imperícia. Lições doutrinárias. NEGLIGÊNCIA NA GUARDA DOS AUTOS. NÃO CONFIGURAÇÃO. Inexistência da alegada desídia dos funcionários da serventia cartorária na guarda do processo, ou da omissão quanto às providências de localização e recuperação dos autos. A retirada do processo em carga pelos procuradores das partes é expressamente admitida pelo Código de Processo Civil e pelo Estatuto do Advogado. Hipótese em que o retardamento na tramitação do processo, em fase de execução, foi imputável ao procurador

constituído pela autora, que retirou os autos em carga e não os devolveu ao Cartório. Cientificada pela parte interessada acerca da retenção indevida do processo, a Serventia Cartorária adotou as medidas tendentes à sua recuperação, inclusive com a busca e apreensão do processo. Ausente a falha na prestação do serviço, descabe a responsabilização do Estado. Sentença de improcedência mantida. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70057166084, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 28/11/2013)

Dessa maneira, o pedido de indenização é julgado improcedente. As custas são pela autora e honorários advocatícios estabelecidos em quatro mil reais.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso.

DESA. CATARINA RITA KRIEGER MARTINS -

De acordo com o Relator.

DES. JORGE ALBERTO SCHREINER PESTANA (PRESIDENTE) -

De acordo com Relator.

A parte autora alega que, em razão das obras da denominada “Trincheira da Anita”, suportou incomensuráveis transtornos, até culminar no encerramento das atividades comerciais.

Não foram feitas provas de quando o restaurante parou de operar.

Pelo que se extrai da declaração de faturamento de fl. 18, o último mês com movimento financeiro foi fevereiro de 2014, donde se infere que aí o estabelecimento comercial fechou as portas.

A obra questionada teve início em janeiro de 2013.

Por informações obtidas na internet (contrato assinado entre a vencedora da licitação e o Município¹²⁹), o prazo de conclusão dos serviços era de 12 meses.

Ou seja, a finalização não ocorreria antes de janeiro de 2014.

Logo, a questão trazida na sentença da falta de planejamento imputado ao município, que fez com que a obra ainda não estivesse concluída na data em que lavrada a decisão (outubro de 2016) não pode fundamentar a condenação.

Pela delimitação da causa de pedir, a parte autora quer ser indenizada pela simples realização da obra.

Não fosse isso, não reclamaria da redução de faturamento e encerramento das atividades verificados praticamente dentro do período inicial de execução da obra (fechou as portas um mês depois do prazo inicial de encerramento).

Logo, o fundamento possível para justificar uma condenação seria a chamada “responsabilidade civil por ato lícito”.

Isso, no entanto, não é alegado.

Dessa forma, tenho por corretos os fundamentos do Relator no sentido de que *Inexiste o requisito legal concernente ao ato ilícito ou à falha do serviço (omissão)*.

Do exposto, acompanho o Colega.

DES. JORGE ALBERTO SCHREINER PESTANA - Presidente -
Apelação Cível nº 70072935166, Comarca de Porto Alegre:
"DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO.
UNÂNIME."

Julgador(a) de 1º Grau: KARLA AVELINE DE OLIVEIRA.

¹²⁹ http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/smf/usu_doc/cnt048682-0740-0293.pdf

ÁREA DO DIREITO: DIREITO ADMINISTRATIVO MUNICIPAL

INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS

Patrícia Dornelles Schneider¹³⁰

Processo originário n. 9038696-94.2017.8.21.0001

COMENTÁRIOS

Trata-se de ação de indenização por danos materiais e morais ajuizada por G.L. e outros em face do MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE, alegando, em síntese, que sofreram prejuízos materiais e morais em razão de alagamentos ocorridos em 2017 em suas residências, no bairro Humaitá/Farrapos. Mencionaram que tais prejuízos foram decorrentes do não funcionamento de bombas de drenagem.

A tese de mérito da defesa do Município de Porto Alegre foi de que, mesmo que se todas as bombas de

¹³⁰ Procuradora Municipal de Porto Alegre.

drenagem estivessem funcionando no momento das chuvas, os alagamentos mesmo assim teriam ocorrido. Ainda, com os agravantes de haver grande depósito de lixo clandestino no local, e as edificações se encontrarem sem as devidas licenças.

Por ser a conduta do Município supostamente omissiva (deixar de fazer o que lhe era devido ou insuficiência ou defeito na prestação do serviço), a perquirição da culpa é elemento essencial para se configurar o dever de indenizar.

Diante do acolhimento da tese da responsabilidade civil subjetiva do ente municipal, não restou comprovado nos autos a culpa da Administração Municipal a ensejar o seu dever de indenizar. Não bastando a comprovação das fortes chuvas e dos alagamentos ocorridos, mister é a comprovação do nexo de causalidade entre o agir (ou não agir) e o resultado danoso. Ocorre que os requerentes não lograram provar os danos narrados.

Ainda, a tese de mérito da Municipalidade foi de que os altos índices pluviométricos atingidos no período (chuvas ocorridas entre maio de junho de 2017), foram acima dos padrões normais, superando as expectativas com as quais o administrador trabalha para dimensionar o volume de vazão acumulada e calcular a drenagem, consubstanciando-se o fenômeno da força maior, que afasta o nexo causal e, por consequência, o dever de indenizar.

Assim, o acolhimento da tese de força maior, aliado ao fato de as construções ou edificações encontrarem-se de forma irregular ou clandestina, sem que tenha a

parte demandante se incumbido de seu ônus probatório, a teor do art. 373, I, do CPC, levou ao juízo de total improcedência da ação.

Não se mostrou, portanto, nenhum elemento de prova que pudesse indicar que eventual inércia do ente municipal poderia ocasionar os alagamentos e os danos narrados, não havendo prova da culpa do Município de Porto Alegre na causação dos eventos danosos.

A sentença de improcedência de lavra do Magistrado Dr. *Fernando Carlos Tomasi Diniz* foi proferida em 30/10/2018, com trânsito em julgado em 23/01/2019.

Participaram da defesa e acompanhamento do processo os procuradores *Marcelo Dias Ferreira* e *Paulo de Tarso Vernet Not* – PIND/PGM.

ÍNTEGRA DO ACÓRDÃO

SENTENÇA

Juízo: 4ª Vara da Fazenda Pública - Porto Alegre

Processo: 9038696-94.2017.8.21.0001

Tipo de Ação: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS
MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO

:: Indenização por Dano Moral

Autor: G. L. S. e outros

Réu: Município de Porto Alegre

Local e Data: Porto Alegre, 29 de outubro de 2018

VISTOS.

G.L.S., E.M.B.E. e D.S.E. ajuizaram AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS, originalmente distribuída ao Juizado Especial da Fazenda Pública, contra o MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE, alegando que sofreram prejuízos em sua residência, em razão de alagamentos causados por problemas no funcionamento de bombas de drenagem do requerido. Discorreram sobre a situação das casas de bombas de Porto Alegre. Teceram considerações sobre a responsabilidade civil do requerido, pelos danos morais e materiais causados. Anexaram documentos.

Citado, o requerido apresentou contestação, alegando preliminarmente a ilegitimidade ativa dos autores. No mérito, alegou que, no período de 20 de maio de 2017 a 20 de junho de 2017, a vazão máxima da casa de bombas da região de residência dos autores foi ultrapassada. Referiu que o depósito clandestino de lixo e a edificação ruim das residências locais agravou a situação. Destacou que, mesmo que todas as bombas de drenagem estivessem operando naquela época, os alagamentos ocorreriam. Sustentou que não há nexo causal, porque o evento foi causado pela elevada precipitação pluviométrica, bem como porque a residência foi edificada irregularmente. Teceu considerações sobre a ausência de danos morais e materiais. Ao final, pugnou pela improcedência da ação. Anexou documentos.

Não houve réplica.

Instadas as partes sobre a produção de outros meios de prova, nada foi postulado.

O Ministério Público opinou pela improcedência da ação.

Declinada a competência, o processo veio redistribuído a este Juizado.

Relatei.

Primeiro, afastado a ilegitimidade ativa dos autores, pois comprovada a residência, conforme o documento de fl. 37,

no suposto local atingido pelos alagamentos referidos na petição inicial.

No mérito, a pretensão articulada na exordial não merece acolhimento.

Conforme a Carta Magna, *“as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”* (art. 37, § 6º).

A primeira parte do dispositivo diz respeito à responsabilidade objetiva do Estado – e daqueles que agem em seu nome –, ao qual recairá o dever de ressarcir eventuais danos decorrentes da simples demonstração do dano e do seu nexos causal com a conduta comissiva do agente público. Desnecessária a perquirição da culpa, pois a Administração assume integralmente o risco – que no caso é presumido – pela prestação dos serviços que disponibiliza. Nem sequer se exige a existência de ato ilícito, como ocorre no Direito Civil.

Entretanto, em temas como o aqui versado, não deve incidir a teoria da responsabilidade objetiva, como querem os requerentes, notadamente porque o suposto ilícito advém da omissão do demandado em evitar alagamentos.

Nas condutas administrativas omissivas – quando o dano é associado à inexistência, insuficiência ou defeito na prestação do serviço, ou à inobservância de um dever legal de agir – a responsabilidade do Estado é subjetiva, e por conseguinte deve haver a demonstração da culpa para que surja o dever de indenizar.

No ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello 1:

“Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode,

logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumprir dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo”.

E continua,

“(...) logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva”.

Ensina, ainda, o ilustre doutrinador:

“(...) Ante qualquer evento lesivo causado por terceiro, como um assalto em via pública, uma enchente qualquer, uma agressão sofrida em local público, o lesado poderia sempre arguir que o 'serviço não funcionou'. A admitir-se a responsabilidade objetiva nestas hipóteses, o Estado estaria erigido em segurador universal! Razoável que responda pela lesão patrimonial da vítima de um assalto se os agentes policiais relapsos assistiram à ocorrência inertes e desinteressados ou se, alertados a tempo de evitá-lo, omitiram-se na adoção de providências cautelares. Razoável que o Estado responda por danos oriundos de uma enchente se as galerias pluviais e os bueiros de escoamento das águas estavam entupidos ou sujos, propiciando o acúmulo da água. Nestas situações, sim, terá havido descumprimento do dever legal na adoção de providências obrigatórias. Faltando, entretanto, este cunho de injuridicidade, que advém de dolo, ou da culpa tipificada na negligência, na imprudência ou na imperícia, não há cogitar de responsabilidade pública”.

No caso dos autos, pretendem os autores a condenação do requerido ao pagamento de danos morais e materiais sofridos por suposto alagamento em sua residência. Todavia, não restou demonstrada a conduta culposa do réu, não bastando a prova da ocorrência da inundação devido às fortes chuvas, pois os autores deveriam demonstrar o nexo causal. Aliás, os suplicantes nem sequer demonstraram a ocorrência dos danos alegados na peti o inicial.

A propósito, uma das causas defensivas   no sentido de que   época houve precipita o pluviométrica fora dos padrões normais. Os requerentes não impugnaram tal afirmativa. Realmente, quando a intensidade de chuvas se d  de modo excepcional, superando as expectativas com as quais o administrador trabalha para dimensionar o volume de vazão da água acumulada, ocorre o fenômeno da força maior, que afasta o dever de indenizar do ente público. Essa desonera o da responsabilidade fica ainda mais evidente quando a edifica o - como no caso -, se d  em área irregular, de forma clandestina.

De fato, os demandantes não lograram provar o fato constitutivo de seu direito, na forma do art. 373, I, do Código de Processo Civil, em especial porque não há nenhum elemento probatório indicando a inércia do ente público em evitar os alagamento da região onde vivem os suplicantes, que sequer comprovaram que de fato foram atingidos por um alagamento em sua residência. A propósito:

A O DE INDENIZA O POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. CHUVAS. ARROIO. ALAGAMENTO DE RESIDÊNCIA. ATO OMISSIVO GENÉRICO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MUNICÍPIO. AUSÊNCIA DE CULPA. EVENTO DA NATUREZA. DANOS MATERIAIS E MORAIS. INOCORRÊNCIA. I. Nos termos do art. 14, do CPC/2015, a norma processual não retroagirá, respeitados os atos processuais praticados e as situa es jurídicas consolidadas sob a vigência da norma

revogada. Dessa forma, aplicam-se ao presente processo as disposições constantes do CPC/1973, em vigor quando do ajuizamento da ação, da prolação da sentença e da interposição deste recurso. II. No caso, a autora alega que teve sua residência alagada em decorrência do transbordamento do arroio São Joaquim, localizado no Município de Sapucaia do Sul, onde reside, e que o ente público deve ser responsabilizado pelos danos materiais e morais supostamente sofridos. III. A responsabilidade da Administração Pública é, em regra é objetiva, ou seja, independe de culpa, bastando a comprovação do prejuízo e do nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano. Inteligência do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. No entanto, há situações que ensejam a verificação da culpa para se configurar a responsabilidade civil do Estado. IV. Quando se trata de danos causados por omissão, é imperioso distinguir a omissão específica da omissão genérica. A omissão é específica quando o Estado, diante de um fato lesivo, tinha a obrigação de evitar o dano. É genérica quando o Estado tinha o dever legal de agir, mas, por falta do serviço, não impede eventual dano ao seu administrado. Por conseguinte, em se tratando de omissão específica, a responsabilidade do Estado é objetiva. Quando a omissão for genérica, a responsabilidade é subjetiva, havendo necessidade de prova da culpa. V. Na hipótese dos autos, em se tratando de responsabilidade por omissão genérica, portanto subjetiva, deveria a autora ter demonstrado que os alegados prejuízos decorreram do mau funcionamento do escoamento pluvial, ônus do qual não se desincumbiu, nos termos do art. 333, I, do CPC/1973, pois a prova coligida aos autos demonstra que o alagamento em sua residência decorreu de fortes chuvas na região, tratando-se de evento da natureza. Desse modo, é de ser mantida a decisão proferida na origem APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70067698605, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge André Pereira Gailhard, Julgado em 25/05/2016)

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ALAGAMENTO DE IMÓVEL E QUEDA DE MURO LINDEIRO À PROPRIEDADE DAS AUTORAS. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA REJEITADA. CERCEAMENTO DE DEFESA INOCORRENTE. As próprias autoras acostaram o laudo de fls. 31/33 aos autos, como sendo a resposta encaminhada pelo Departamento de Esgotos Pluviais da Prefeitura Municipal de Porto Alegre à solicitação de cópia da perícia realizada na residência à data dos alagamentos, bem como o relatório de precipitação pluviométrica da fl. 34. Aplicação ao caso concreto, no ponto, do princípio "Nemo auditur propriam turpitudinem allegans". Sem prejuízo disso, a sentença de mérito valorou todo o conjunto probatório produzido nos autos. Preliminar rejeitada. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MUNICÍPIO. QUEDA DE MURO LINDEIRO E ALAGAMENTO DO IMÓVEL DAS AUTORAS. CHUVAS INTENSAS. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE CONDOTA (OMISSÃO IMPUTADA AO MUNICÍPIO) E O NOTICIADO DANO. DEVER DE INDENIZAR INEXISTENTE. Incumbe a quem se afirma lesado provar os fatos constitutivos do seu direito, quais sejam, o dano efetivo e o nexo causal. Inteligência do art. 333, I do CPC/73. "In casu", a parte autora desistiu da prova pericial, indispensável à avaliação das condições de funcionamento do sistema de escoamento pluvial quando dos noticiados alagamentos. Ausência de prova do nexo causal entre os danos descritos na inicial e omissão específica imputável ao ente público. Improcedência da ação. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70067467449, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Julgado em 15/03/2017)

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ALAGAMENTOS. DANOS MATERIAIS E MORAIS. NEXO DE CAUSALIDADE. AUSÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO. É incontroverso que a Administração Pública responde objetivamente pelos danos causados por seus agentes em razão de atos comissivos praticados no exercício de suas funções ou por ocasião delas - CF, art. 37, §6º. Todavia, o regime da objetividade não significa adoção de risco integral, mas apenas afastamento da necessidade da prova da culpa. Há que se demonstrar a presença dos demais elementos da responsabilidade civil, como uma conduta estatal, um dano e o

nexo de causalidade entre aquela e este. Caso dos autos em que a prova pericial, corroborada pela prova testemunhal, destaca construção de casa de madeira de cerca de 30 anos, sem manutenção periódica, em terreno naturalmente alagadiço, bem como a ausência de sinais de que alguma obra realizada pelo Município réu tenha contribuído para os danos no imóvel. Ausência de nexo de causalidade que impede a caracterização do dever de indenizar. Sentença de improcedência Confirmada. (Apelação Cível N° 70068077452, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 08/06/2016).

Dessa forma, não havendo nenhum elemento probatório a indicar que os requerentes tiveram a sua residência atingida por alagamentos e tampouco comprovaram a culpa estatal, a improcedência se faz imperativa.

EM FACE DO EXPOSTO, julgando o pedido, condeno **IMPROCEDENTE** os autores ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, que quantifico no correspondente a dez por cento do valor atualizado da causa, de acordo com o art. 85, § 4º, III, do Código de Processo Civil, nomeadamente pela desnecessidade de produção de provas, ficando suspensa a exigibilidade desta obrigação, por estarem os sucumbentes litigando sob os auspícios da gratuidade judiciária, que vai deferida neste ato.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

1- Curso de Direito Administrativo, 26ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008. Págs. 1002-1003.

Porto Alegre, 29 de outubro de 2018.

Dr. Fernando Carlos Tomasi Diniz - Juiz de Direito.

ÁREA DO DIREITO: DIREITO URBANÍSTICO MUNICIPAL

CASA AZUL. IMÓVEL INVENTARIADO DE ESTRUTURAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Thais Astarita Soirefmann¹³¹

Processo originário n. 001/1.05.0286206-1

COMENTÁRIOS

O Ministério Público Estadual ingressou com a ação civil pública nº 001/1.05.0286206-1, no ano de 1999, contra o Município de Porto Alegre e os proprietários do imóvel localizado na esquina das Ruas Riachuelo e Marechal Floriano, nesta Capital.

A casa foi objeto de estudo pela Equipe de Patrimônio Histórico e Cultural da Secretaria Municipal da Cultura – EPAHC/SMC, tendo sido inventariado de estruturação, conforme Parecer do COMPAHC nº 07/98 (processo administrativo nº 001.017106.98.2), em 1998.

¹³¹ Procuradora Municipal de Porto Alegre.

Em abril de 2001, já após o ajuizamento da ação, foi realizada vistoria no imóvel, pela Secretaria Municipal de Obras e Viação – SMOV, a qual relatou a existência de risco de desabamento devido aos problemas na cobertura, o que levou à emissão da notificação de Autos de Infração.

Diante da inércia dos proprietários, em 2010, o Município contratou uma empresa e arcou com os custos de medidas emergenciais para evitar a queda da parede externa.

No ano de 2012, novamente, o Município contratou empresa para executar obras emergenciais na Casa Azul, tendo realizado a estabilização das paredes de alvenaria, em função de um desabamento parcial de lajes.

Em 2014 foi realizada nova vistoria pelo Município. Os técnicos apontaram que a estabilização da fachada por meio de tirantes, realizada pelo Município em 2012, foi solução emergencial preparatória para restauração ou recuperação estrutural. Entretanto, os proprietários nada fizeram, o que causou o agravamento da situação em relação às rachaduras, à deterioração e ao iminente risco de desabamento.

Foi sugerida pelos técnicos, portanto, a demolição do que havia restado do imóvel, em virtude do estágio de deterioração e perigo de desabamento em que se encontrava a edificação.

A ação civil pública foi julgada parcialmente procedente em relação ao Município, para:

[...] obrigar o demandado a providenciar imediatamente, a interdição total do passeio público, a edificação situada na Rua Marechal Floriano nº 300, 308, 310 e 312, esquina com a Rua Riachuelo, nesta Capital, no prazo de 05 dias em toda a extensão da edificação, bem como a interdição parcial das ruas Marechal Floriano Peixoto e Riachuelo nas proximidades do imóvel em comento, impedindo a circulação de veículos naquele, sob pena de multa diária de R\$ 300,00 por descumprimento; ainda condeno o Município de Porto Alegre a pagar o valor de R\$ 80.000,00 a título de reparação por danos morais coletivos, importância que deve ser atualizada pelo índice IPCA-E desde o arbitramento, devendo ser acrescida com juros da caderneta de poupança com base nos índices de remuneração da caderneta de poupança, devendo ser aplicados nos termos do art. 1º, II, "a" e "b", da Lei nº 12.703/12, desde a citação, que serão revertidos para o Fundo de Reconstituição dos Bens Lesados (art. 13 da Lei nº 7.347/85).

Em sede de Apelação¹³², a sentença foi modificada, no seguinte sentido:

[...] impositiva a reforma da sentença para julgar parcialmente procedente o pedido na ação civil pública, condenando os demandados à obrigação de restaurar a fachada do imóvel, apresentando projeto conjunto de restauração no prazo de 60 dias, a contar do trânsito em julgado da presente decisão.

¹³² Apelação Cível 700714223750. Vigésima Câmara Cível do TJ/RS. Relator Des. Marcelo Bandeira Pereira. Julgado em 09/08/2017.

Não atendida a obrigação, destaco que, no cumprimento de sentença, o juiz poderá determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente (art. 536 do CPC), inclusive com a expropriação do imóvel, se necessário for, com a aplicação dos recursos no projeto de restauração, sem embargo da aplicação de multa e outros meios coercitivos para garantir o cumprimento da tutela específica.

O Município interpôs Recurso Especial e Recurso Extraordinário.

A interdição do passeio público na extensão da fachada do imóvel foi realizada pela EPTC, como forma de acautelamento, em maio de 2018.

Em agosto de 2018 o Município ingressou com a ação 9049433-25.2018.8.21.0001 contra os proprietários do imóvel, objetivando a declaração de abandono do imóvel e a arrecadação do mesmo, com base no art. 1.276 do Código Civil. Foi deferida tutela de urgência para conceder a posse do imóvel ao Município.

Nos autos da ação civil pública, entretanto, foi noticiada pelo Ministério Público a existência de valores depositados na 3ª Vara da Comarca de Viamão, da família Granata. Assim, o MP requereu a transferência do montante para conta vinculada à ação civil pública, para garantir a execução das obras de restauro da casa.

Em dezembro de 2018, foi celebrado acordo judicial entre as partes, nos seguintes termos:

Aberta a audiência pelo(a) MM. Juiz(a) de Direito foi dito que, presente as partes e seus procuradores, presente o Ministério Público, fica acordado o que segue: A) recuperação do imóvel será custeada por parte do valor bloqueado junto à 3º vara Cível da Comarca de Viamão, sendo que já fora determinado a transferência do referido valor; B) a obra fica por cargo dos demandados, mediante o cumprimento do cronograma ora juntado aos autos firmado pelo arquiteto Antônio Jorge Silva Sobral, o qual é ratificado pelo ofício nº 075/2018 do Município de Porto Alegre; C) será liberado para início da obra a quantia de R\$ 140.000,00, por alvará, em nome de Antônio Jorge Silva Sobral, sendo que, com ele, começará a correr o prazo de 6(seis) meses para a sua conclusão; D) serão liberados 6(seis) alvarás, no valor de R\$ 180.000,00 cada um, mensalmente, sendo o primeiro após 30(trinta) dias ao início da obra e mediante manifestação do Município dando por cumprida a etapa, e assim sucessivamente até findar as 6(seis) parcelas e etapas como previstas no referido cronograma; E) ao final da obra, após nova manifestação do Município pela sua conclusão total, será liberado o valor final de R\$ 145.269,10; F) para fins de agilizar o trâmite os laudos mensais serão juntados aos autos e enviada cópia ao Ministério Público, ao e-mail meioambiente@mprs.mp.br, sendo que este se manifestará tão somente quando entender necessário, com exceção do laudo final conclusivo, quando lançará manifestação; G) a liberação do primeiro valor fica também

condicionado a autorização do Município, o qual postula-se seja conferido no prazo de 15(quinze) dias. Fica a presente demanda, bem como a ação de emissão de posse, conseqüentemente sua liminar, suspensos durante o transcurso da obra a ser realizada no imóvel. Presentes intimados. Nada mais.

Embora tenha havido o pedido de transferência dos valores para conta relacionada à ação civil pública 001/1.05.0286206-1, o mesmo requerimento foi feito em outra ação civil pública, em que figuram as mesmas partes, mas o objeto é outro imóvel inventariado de estruturação, tendo sido deferido primeiro por este juízo.

Assim, embora já tenha sido demonstrado que o valor é suficiente para manutenção dos dois imóveis, ainda não foi possível o cumprimento do acordo feito.

Para que seja eliminado o risco de queda e, conseqüentemente, desinterditada a via pública, o Município contratou a execução de serviços emergenciais de estabilização da fachada do imóvel, e irá requerer o ressarcimento, assim que os valores forem disponibilizados.

A ação civil pública relatada é mais uma entre tantas que tramitam na Procuradoria de Urbanismo e Meio Ambiente, em que o Ministério Público busca responsabilizar o ente público municipal pela manutenção dos imóveis inventariados de estruturação, de propriedade privada.

Na maioria delas houve transmissão da propriedade *causa mortis* e os herdeiros deixam o bem perecer (seja propositalmente, ou por falta de recursos).

No caso em tela, a atuação da Procuradoria do Município buscou formas alternativas de garantir a execução do restauro pelos seus proprietários. Embora ainda não seja uma questão resolvida, a existência de valores bloqueados em juízo demonstra que existem grandes chances de ressarcimento aos cofres públicos.

E, no caso de não ser possível tal ressarcimento, há a chance de arrecadação do imóvel por abandono, nos termos do código Civil, conforme ação já ajuizada.



Prefeitura de Porto Alegre

PROCURADORIA-GERAL
DO MUNICÍPIO